

HFD 2018 ref. 67

Vid bedömningen av storleken på den upphandlings-skadeavgift som ska betalas på grund av att en kommunal nämnd har genomfört en otillåten direkt-upphandling har det inte ansetts vara en försvårande omständighet att en annan nämnd i samma kommun tidigare har gjort sig skyldig till en sådan överträdelse.

2 kap. 19 § och 17 kap. 1, 4 och 5 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 20 november 2018 följande dom (mål nr 122-18).

Bakgrund

En offentlig upphandling ska normalt annonseras. Om en upphandlande myndighet sluter ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering i en situation då detta inte är tillåtet (s.k. otillåten direktupphandling) får Konkurrensverket ansöka om att myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift.

Stockholms kommun har, genom sin fastighetsnämnd, ingått ett avtal om byggande av en bullerskyddsskärm. Avtalet föregicks inte av något annonserat upphandlingsförfarande. Konkurrensverket ansökte hos förvaltningsrätten om att kommunen skulle betala en upphandlingsskadeavgift om 100 000 kronor. Som grund för ansökningen anfördes att avtalet var att betrakta som en otillåten direktupphandling. Vid bedömningen av avgiftens storlek skulle enligt Konkurrensverket som en försvårande omständighet beaktas att kommunens idrottsnämnd tidigare hade gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

Förvaltningsrätten biföll ansökningen delvis och beslutade att kommunen skulle betala en upphandlingsskadeavgift om 90 000 kronor. Förvaltningsrätten ansåg att fastighetsnämnden skulle ses som en egen upphandlande myndighet och att det därför saknades skäl att vid fastställande av storleken på avgiften beakta att en annan nämnd inom kommunen tidigare hade gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. Kammarrätten instämde i den bedömningen.

Yrkanden m.m.

Konkurrensverket yrkar att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 100 000 kronor och anför följande.

Vad som är en upphandlande myndighet avgörs ytterst av unionsrätten. Att det av förarbetena framgår att ambitionen har varit att använda begreppet myndighet på ett sätt som är förenligt med svensk rättstradition saknar därför betydelse vid tolkningen av begreppet upphandlande myndighet.

Fastighetsnämnden är inte så självständig att den kan ses som en egen upphandlande myndighet utan det är kommunen som sådan som är upphandlande myndighet i detta fall. Frågan om en nämnd utgör en egen upphandlande myndighet är dock inte i sig avgörande för om upprepade överträdelser inom en och samma kommun kan beaktas som en försvårande omständighet när storleken på upphandlingsskadeavgiften bestäms. Det är kommunen som sådan, i egenskap av juridisk person, som åläggs att betala avgiften och den avskräckande effekt som avgiften medför drabbar alltså kommunen.

Stockholms kommun anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Fastighetsnämnden är en kommunal myndighet. Kommunala myndigheter är enligt svensk rätt upphandlande myndigheter. Det framgår varken av lag eller av förarbeten att frågan om en kommunal myndighet också är en upphandlande myndighet ska avgöras utifrån en prövning av den kommunala myndighetens självständighet.

Eftersom fastighetsnämnden är en egen upphandlande myndighet ska inte idrottsnämndens otillåtna direktupphandling belasta fastighetsnämnden när upphandlingsskadeavgiften bestäms.

Skälen för avgörandet

Frågan i målet

Frågan i målet är om det vid bedömningen av storleken på den upphandlingsskadeavgift som ska betalas på grund av att en kommunal nämnd har genomfört en otillåten direktupphandling är en försvårande omständighet att en annan nämnd i samma kommun tidigare har gjort sig skyldig till en sådan överträdelse.

Rättslig reglering m.m.

I målet är den nu upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, tillämplig. Bestämmelser om upphandlingsskadeavgift finns i 17 kap. i lagen.

Av 1 § 3 följer att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering i strid med vissa angivna bestämmelser i lagen.

I 4 § första stycket anges att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktets värde. Enligt 5 § första stycket ska vid fastställande av avgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Av förarbetena framgår att förhållandena hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet och att upprepade överträdelser bör ses som en försvårande omständighet (prop. 2009/10:180, del 1, s. 198 och 370).

Upphandlingsskadeavgiften är en s.k. alternativ sanktion enligt artikel 2e i direktiv 89/665/EEG (det första rättsmedelsdirektivet). Av den artikeln framgår att alternativa sanktioner ska vara effektiva, proportionella och avskräckande samt att medlemsstaterna får ge prövningsorganet stort utrymme för egen bedömning för att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter, bl.a. hur allvarlig överträdelsen är och den upphandlande myndighetens agerande.

Med upphandlande myndighet avses enligt 2 kap. 19 § första stycket LOU statliga och kommunala myndigheter. Enligt andra stycket ska vid tillämpningen av lagen vissa andra organ jämföras med myndighet. Paragrafen grundas på artikel 1.9 i det nu upphävda direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG). Där definieras upphandlande myndigheter som statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ. Motsvarande bestämmelse finns numera i artikel 2.1 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling.

I den nu gällande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling finns definitionen av upphandlande myndighet i 1 kap. 22 § och reglerna om upphandlingsskadeavgift i 21 kap. Dessa bestämmelser överensstämmer i allt väsentligt med bestämmelserna i 2007 års lag.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Ramen för processen

Det är ostridigt att Fastighetsnämnden i Stockholms kommun har genomfört en otillåten direktupphandling och att det därmed finns förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten och kammarrätten har beslutat att avgiften ska uppgå till 90 000 kr. Underinstansernas domar har överklagats bara av Konkurrensverket som yrkar att avgiften ska höjas till 100 000 kr. Processen i Högsta förvaltningsdomstolen gäller således avgiftens storlek inom intervallet 90 000 till 100 000 kr.

Upprepade överträdelser som försvårande omständighet

Konkurrensverket anför som skäl för att avgiften bör höjas att Idrottsnämnden i Stockholms kommun tidigare har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

Av 17 kap. 5 § första stycket LOU och av bestämmelsens förarbeten framgår att storleken på upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är och att upprepade överträdelser av den upphandlande myndigheten bör ses som en försvårande omständighet. Att den upphandlande myndighetens agerande kan vägas in vid bedömningen har också stöd i artikel 2e i det första rättsmedelsdirektivet. Om idrottsnämnden och fastighetsnämnden ska anses vara delar av en och samma upphandlande myndighet, dvs. kommunen, finns därmed grund för att beakta idrottsnämndens tidigare överträdelse när avgiften för fastighetsnämndens överträdelse bestäms.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan dock – eftersom upphandlingsskadeavgiften tas ut av kommunen i egenskap av juridisk person – idrottsnämndens tidigare överträdelse beaktas även om de två nämnderna skulle anses vara egna upphandlande myndigheter. Högsta förvaltningsdomstolen anser emellertid att det i lagen och dess förarbeten saknas stöd för ett sådant synsätt.

Avgörande för om den otillåtna direktupphandling som idrottsnämnden tidigare har gjort sig skyldig till ska ses som en försvårande omständighet när avgiften för fastighetsnämndens överträdelse bestäms är därmed om det är kommunen eller fastighetsnämnden som ska anses vara upphandlande myndighet vid den nu aktuella upphandlingen.

Direktivets betydelse vid tolkningen av definitionen av upphandlande myndighet

Definitionen av upphandlande myndighet i 2 kap. 19 § första stycket LOU syftar till att genomföra artikel 1.9 i 2004 års upphandlingsdirektiv. En första fråga är vilken betydelse den bakomliggande direktivbestämmelsen har vid tolkningen av definitionen i den svenska lagen.

Definitionen av upphandlande myndighet i direktivet innehåller ingen hänvisning till nationell rätt. Det innebär att de begrepp som används i direktivbestämmelsen som utgångspunkt är unionsbegrepp som ska ges en unionsrättslig tolkning (se t.ex. Adolf Truley, C-373/00, EU:C:2003:110, p. 35). Den svenska bestämmelsen ska sedan så långt det är möjligt tolkas i ljuset av direktivbestämmelsen.

EU-domstolen har i ett stort antal rättsfall tolkat definitionen av upphandlande myndighet. De flesta av dessa fall har avsett den del av definitionen som gäller offentligrättsliga organ (se t.ex.

HFD 2016 ref. 67 för en sammanfattning av EU-domstolens praxis när det gäller den frågan). Men det finns också några fall där domstolen har bedömt om en upphandling har gjorts av en regional myndighet eller av ett organ som utgör en del av staten (se t.ex. kommissionen mot Belgien, C-323/96, EU:C:1998:411 och kommissionen mot Tyskland, C-126/03, EU:C:2004:728).

Gemensamt för de fall som har prövats av EU-domstolen är att de har rört frågan om ett visst organ över huvud taget faller in under upphandlingsdirektivets tillämpningsområde. Domstolen har då uttalat att för att direktivets syften ska uppnås så ska definitionen av upphandlande myndighet tolkas funktionellt och ges en stor räckvidd (se t.ex. LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, p. 31). Däremot har domstolen inte haft anledning att ta ställning till om direktivregleringen har någon betydelse för en sådan fråga som är aktuell i detta mål, dvs. om ett visst organ ska anses vara en egen upphandlande myndighet eller en del av en större upphandlande myndighet.

Myndighetsstrukturen varierar mellan medlemsstaterna och det finns inte något enhetligt myndighetsbegrepp inom EU. Detta talar för att frågan om en viss del av den offentliga sektorn ska anses utgöra en enda eller flera upphandlande myndigheter som utgångspunkt är något som får avgöras av den nationella rätten. Medlemsstaterna kan dock inte anses ha total frihet att bestämma hur denna indelning ska göras. Om indelningen sker på ett sätt som motverkar upphandlingsregleringens ändamålsenliga verkan, och är till men för de rättigheter för enskilda som följer av denna reglering, så kan indelningen komma i konflikt med direktivet (jfr *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, p. 71–73).

En kommunal nämnd kan vara en upphandlande myndighet

Med upphandlande myndighet avses enligt 2 kap. 19 § första stycket LOU statliga och kommunala myndigheter. Någon definition av vad som är en kommunal myndighet finns dock varken i den lagen eller i någon annan författning. I förarbetena uttalas att det är angeläget att begreppet myndighet i svensk rätt används på ett enhetligt sätt och att begreppet förbehålls det som enligt svensk lagstiftning och svenskt språkbruk utgör en myndighet. Genom att i lagen använda ordet myndighet uppnås enligt förarbetena att kommunala och landstingskommunala myndigheter kommer att anses som upphandlande myndigheter enligt lagen (prop. 2006/07:128 s. 147).

Normalt anses att kommunala nämnder är egna förvaltningsmyndigheter (se t.ex. Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 7 uppl. 2016, s. 19, Hellners och Malmqvist, *Förvaltningslagen med kommentarer*, 3 uppl. 2010, s. 59 f. samt prop. 2011/12:106 s. 37). Det bör därmed kunna accepteras att en kommun betraktar varje

kommunal nämnd som en egen upphandlande myndighet, så länge detta inte sker på ett sätt som kommer i konflikt med direktivets syften.

Krav på att nämnden agerar självständigt

Att en kommunal nämnd behandlas som en egen upphandlande myndighet får när det gäller tillämpningen av upphandlingsdirektivet betydelse framför allt vid den s.k. tröskelvärdesberäkningen (artikel 9 i 2004 års direktiv, jfr artikel 5 i 2014 års direktiv). Denna är avgörande för om en upphandling över huvud taget omfattas av direktivet. Beräkningsreglerna innehåller bl.a. bestämmelser om när en upphandling får delas upp och om när värdet av flera delkontrakt ska räknas samman. Konsekvensen av att varje enskild nämnd, och inte kommunen som sådan, betraktas som en upphandlande myndighet vid beräkningen är att fler upphandlingar kan komma att falla utanför direktivets tillämpningsområde.

Detta innebär inte att det generellt kan anses vara oförenligt med direktivet att behandla kommunala nämnder som egna upphandlande myndigheter. För att säkerställa direktivets effektiva genomslag bör ett villkor dock vara att nämnden agerar självständigt i förhållande till kommunen.

En jämförelse kan här göras med de nya regler om s.k. separata operativa enheter som har införts i artikel 5.2 i 2014 års upphandlingsdirektiv. Reglerna ska tillämpas vid tröskelvärdesberäkningen och innebär att om en upphandlande myndighet består av flera sådana enheter så får beräkningen göras för varje enskild enhet, men bara under förutsättning att enheten självständigt ansvarar för sin upphandling. Dessa regler har visserligen ingen omedelbar relevans för vad som utgör en upphandlande myndighet som sådan. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening skulle dock en nationell reglering som tillåter att även osjälvständiga delar av en regional eller lokal myndighet betraktas som egna upphandlande myndigheter kunna komma i konflikt med syftena bakom dessa regler och därmed med syftena bakom tröskelvärdesbestämmelserna i stort.

För att inte undergräva direktivets effektiva verkan bör ett krav för att en kommunal nämnd ska godtas som egen upphandlande myndighet alltså vara att nämnden genomför sina upphandlingar självständigt.

Bedömningen i detta fall

Av utredningen i målet framgår att Stockholms kommun i sina regler för ekonomisk förvaltning betraktar varje nämnd i kommunen som en egen upphandlande myndighet med ansvar för

att dess upphandlingar sker i enlighet med gällande regelverk. Det framgår vidare att fastighetsnämnden har egen förvaltning och budget.

Högsta förvaltningsdomstolen anser mot denna bakgrund att det saknas anledning att ifrågasätta att det är fastighetsnämnden som självständigt har genomfört den aktuella upphandlingen och att nämnden således ska anses vara upphandlande myndighet. Det finns därmed inget stöd för att vid bedömningen av storleken på upphandlingsskadeavgiften beakta att idrottsnämnden tidigare har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. Något annat skäl för att höja avgiften har inte anförts. Konkurrensverkets överklagande ska därför avslås.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

I avgörandet deltog justitieråden *Jäderblom*, *Knutsson*, *Ståhl*, *Askersjö* och *Baran*. Föredragande var justitiesekreteraren Simon Isaksson.

Förvaltningsrätten i Stockholm (2016-12-28, Bäckström):

Konkurrensverket har vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek beaktat att kommunens idrottsnämnd tidigare gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. Kommunen har i målet gjort gällande att fastighetsnämnden är en egen upphandlande myndighet och att idrottsnämndens överträdelse av LOU därför inte ska beaktas vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Förvaltningsrätten konstaterar i denna fråga inledningsvis att det i LOU inte uppställs något krav på att en upphandlande myndighet ska vara en juridisk person. Av doktrinen framgår att även funktionellt skilda enheter inom en juridisk person kan utgöra upphandlande myndigheter i lagens mening och att begreppet ”juridisk person” därmed inte alltid sammanfaller med begreppet ”upphandlande myndighet” (se Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling; en kommentar*, 2015, s. 201). Det förhållandet att fastighetsnämnden inte är en juridisk person innebär därför inte att nämnden inte skulle kunna vara en upphandlande myndighet.

Enligt förvaltningsrättens mening är en kommunal nämnd en funktionellt skild enhet inom kommunen. Förvaltningsrätten anser vidare att en kommunal nämnd utgör en kommunal myndighet. Mot bakgrund härav och då det i 2 kap. 19 § LOU anges att kommunala myndigheter är upphandlande myndigheter anser förvaltningsrätten att fastighetsnämnden är en egen upphandlande myndighet. Enligt förvaltningsrättens mening saknas det därför, vid fastställandet av upphandlingsskade-

avgiftens storlek, skäl att beakta att en annan nämnd inom kommunen (idrottsnämnden) tidigare gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. Vid denna bedömning anser förvaltningsrätten att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till ett något lägre belopp än det som yrkats av Konkurrensverket. Förvaltningsrätten anser att ett belopp om 90 000 kronor får anses väl avvägt i förhållande till den konstaterade överträdelsen och till vad som i övrigt framkommit i målet. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas på så sätt att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift om 90 000 kronor. – Med delvis bifall till Konkurrensverkets ansökan beslutar förvaltningsrätten att Stockholms kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 90 000 kr.

Kammarrätten i Stockholm (2017-12-18, Rolén, Jahn och Braun):

Upphandlande myndighet

[text här utelämnad]

I LOU uppställs inte något krav på att en upphandlande myndighet ska vara en juridisk person. Enligt uttalanden i doktrin kan funktionellt skilda enheter inom en juridisk person utgöra upphandlande myndigheter i lagens mening. Detta skulle då innebära att varje kommunal nämnd bör kunna betraktas som en upphandlande myndighet ("Lagen om offentlig upphandling, En kommentar", Rosén m.fl., 2015, s. 201). Att det kan finnas flera upphandlande myndigheter inom en och samma juridiska person, exempelvis en kommun, anges även i "Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF", Asplund m.fl., 2012, s. 84. Där konstateras att det som är avgörande är bl.a. om organet har en egen inköpsfunktion, egen budget och om organet inte räknar in andra organs upphandlingar för att uppnå rabattförmåner. Även Kammarkollegiet anser att kommunala nämnder kan vara egna upphandlande myndigheter. I dess vägledning 2011:6 om direktupphandling anges att en kommun kan ha sin verksamhet indelad i flera olika självständiga enheter, såsom nämnder eller skolor. Nämnderna och skolorna tillhör formellt sett den juridiska personen, men kan ibland agera självständigt, ha en egen budget och genomföra egna upphandlingar. I vägledningen hänvisar Kammarkollegiet till Europeiska kommissionens arbetsdokument "Policy Guidelines on Contracts awarded by separate units of a contracting entity under dir. 90/531/EES Utilities". I dessa riktlinjer har kommissionen ställt upp en rad kriterier till vägledning för när en enhet inom en upphandlande myndighet ska anses ha en sådan självständig ställning att de upphandlingar som enheten gör inte ska räknas samman med den övergripande upphandlande myndighetens (den juridiska personens) upphandlingar.

Funktionellt skild enhet och separat operativ enhet

Förvaltningsrätten har ansett att en kommunal nämnd utgör en kommunal myndighet och att fastighetsnämnden med stöd av 2 kap. 19 § LOU därmed är en egen upphandlande myndighet. Vid bedömningen om en kommunal nämnd ska anses vara en egen upphandlande myndighet har förvaltningsrätten lagt vikt vid om den kommunala nämnden kan anses vara en funktionellt skild enhet inom kommunen. Konkurrensverket

anser att det som ska beaktas är fastighetsnämndens grad av självständighet i förhållande till den övergripande upphandlande myndigheten och att kriterierna för separata enheter (enligt Europeiska kommissionens riktlinjer) kan användas vid bedömningen av självständigheten. Detta får i sin tur betydelse vid bedömningen av om fastighetsnämnden är en egen upphandlande myndighet. Begreppet separat operativ enhet används i det nya upphandlingsdirektivet för att definiera en enhet inom en upphandlande myndighet.

Kammarrättens bedömning

Enligt 2 kap. 19 § LOU är kommunala myndigheter upphandlande myndigheter. En kommunal nämnd är en förvaltningsmyndighet. Kammarrätten anser mot denna bakgrund att en kommunal nämnd är en kommunal myndighet som under vissa förutsättningar kan vara en upphandlande myndighet.

Av vad som sägs i doktrinen kan slutsatsen dras att begreppen separat enhet och separat operativ enhet är begrepp som används då en upphandlings kontraktvärde ska fastställas, dvs. för att avgöra om alla inköp hos en myndighet ska räknas samman eller om kontraktsvärdet ska fastställas på den enskilda enhetens nivå. Kammarrätten anser inte att dessa begrepp kan ligga till grund för bedömningen av vad som är en upphandlande myndighet. Däremot har graden av självständighet betydelse för frågan om en kommunal nämnd ska anses vara en egen upphandlande myndighet. Av Stockholms stads program för upphandling och inköp och Reglemente för fastighetsnämnden framgår att det yttersta ansvaret för upphandling och ingångna avtal ligger hos den upphandlande nämnden. Nämnderna i Stockholms stad har vidare en egen förvaltning och en egen budget. Det är nämnderna som ska ha kontroll över vilka upphandlingar som görs inom den egna nämnden och som ska se till att upphandlingar av samma slag räknas samman.

Enligt kammarrätten står det klart att det är fastighetsnämnden som självständigt har upphandlat och ingått avtal om bullerskyddsskärm och att fastighetsnämnden därför ska anses vara en egen upphandlande myndighet. Mot denna bakgrund saknas det skäl att beakta att idrottsnämnden tidigare har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling när upphandlingsskadeavgiften ska fastställas.

Stockholms stad har inte överklagat förvaltningsrättens dom. Kammarrätten är därför förhindrad att fastställa upphandlingsskadeavgiften till ett lägre belopp än vad förvaltningsrätten har gjort. Mot denna bakgrund ska överklagandet avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.