



Förvaltningsrätten i Stockholm  
115 76 Stockholm

## **Ansökan om upphandlingsskadeavgift**

### **Sökande**

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### **Motpart**

Aktiebolaget Nykvarnsbostäder, 556577-2323, Mikael Wincklers väg 9,  
155 30 Nykvarn

### **Saken**

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig  
upphandling (LOU)

---

### **Yrkande**

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar  
att Aktiebolaget Nykvarnsbostäder ska betala 110 000 (etthundratiotusen) kronor i  
upphandlingsskadeavgift.

*Adress* 103 85 Stockholm  
*Besöksadress* Torsgatan 11  
*Telefon* 08-700 16 00  
*Fax* 08-24 55 43  
konkurrensverket@kkv.se

[www.konkurrensverket.se](http://www.konkurrensverket.se)

## Grunder

1. Aktiebolaget Nykvarnsbostäder (Nykvarnsbostäder) har brutit mot 7 kap. 1 § LOU genom att den 5 maj 2014 ingå avtal om asfaltbeläggningsarbeten med NCC Roads AB (NCC) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades, se [bilaga 1](#). Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

## Bakgrund och omständigheter

2. Nykvarnsbostäder genomförde under år 2013 tillsammans med Nykvarns kommun (kommunen) en annonserad upphandling avseende asfaltbeläggningsarbeten. Efter anbudsutvärdering beslutade kommunen och Nykvarnsbostäder att anta ett anbud från Nygårdskvarn Entreprenad Mark & Anläggning AB (Nema), se [bilaga 2](#). Det avtal som slöts kom att gälla för perioden den 1 maj 2013–30 april 2014 med option med ytterligare ett plus ett år (1+1), se [bilaga 3](#).
3. Under sommaren 2013 tog kommunen emot ett antal klagomål från olika kommuninvånare om att beläggningsarbetena var dåligt utförda, se [bilaga 4](#). Med anledning av detta förde Nykvarnsbostäder och kommunen många samtal med Nema och beställarna anlidade även en oberoende besiktningsman för en okulär syn av utförda beläggningsarbeten. Vid synen, som utfördes i augusti 2013, var företrädare för såväl Nykvarnsbostäder som för kommunen närvarande, se [bilaga 5](#).
4. Under våren 2014 beslutade Nykvarnsbostäder att inte förlänga avtalet med Nema på grund av de risker som ett förlängt avtal kunde medföra, se [bilaga 6](#). Detta ledde till att Nykvarnsbostäder stod utan avtal efter den 30 april 2014.
5. Nykvarnsbostäder och kommunen ingick därefter den 5 maj 2014 ett avtal med NCC avseende asfaltbeläggningsarbeten. Avtalet gällde under perioden den 1 maj–31 december 2014 med möjlighet till ytterligare förlängning till dess att en annan upphandlande myndighet, Telge Inköp, har upphandlat beläggningsarbeten åt beställarna (se bilaga 1). Det är avtalet mellan Nykvarnsbostäder och NCC som är föremål för denna ansökan om upphandlingsskadeavgift.
6. Konkurrensverket har vid en sökning i annonsdatabaserna för offentlig upphandling den 8 april 2015 inte kunnat se att Telge Inköp har annonserat någon sådan upphandling för Nykvarnsbostäder.
7. Konkurrensverket har gett Nykvarnsbostäder möjlighet att yttra sig över ett utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift, varpå bolaget har anfört

bl.a. följande. Såsom bolag är det resurskrävande att upphandla tjänster och kostnaden kan ibland bli hög. För den aktuella tjänsten skrevs en avtalstid om ett år med förlängning i syfte att kunna avsluta avtalet om leverantören inte uppfyllde ställda krav. Eftersom leverantören i augusti 2013 garanterade att utförande och kvalitet skulle förbättras påbörjade bolaget inte omedelbart en process att avbryta avtalet. Om tjänsten hade avropats under årets samtliga månader hade bolaget med all säkerhet uppfattat fortsatta brister och planering för en ny upphandling hade påbörjats tidigare. Under våren 2014 konstaterade bolaget att en förlängning inte var möjlig med hänsyn till fortsatta brister i utförandet. Bolaget uppfattade att det fanns synnerlig brådska att frångå kravet på annonsering i den uppkomna situationen och att direktupphandling därmed var tillåten, se bilaga 7.

### **Nykvarnsbostäder ska följa LOU**

8. För att Nykvarnsbostäder ska vara skyldig att tillämpa LOU krävs att bolaget är ett sådant offentligt styrt organ som avses i 2 kap. 12 § LOU (jfr 2 kap. 19 § LOU). Med offentligt styrt organ avses bl.a. ett bolag som tillgodoser ett behov i det allmänna intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och vars verksamhet står under kontroll av t.ex. en kommun.
9. Nykvarnsbostäder ägs till 100 procent av Nykvarns kommunkoncern AB som i sin tur ägs till 100 procent av kommunen. Av Nykvarnsbostäders bolagsordning framgår bl.a. att bolaget inom kommunen ska förvärva, avyttra, äga eller med tomträtt nyttja fastigheter för att därpå uppföra och förvalta bostadshus med tillhörande anordningar, affärslokaler och servicelokaler. Bolagets har vidare till föremål att förvalta fastigheter och övrig fast egendom som ägs av kommunen samt för dessa därmed förenlig verksamhet. Bolaget ska också utföra drift av kommunens teknikverksamhet innefattande bl.a. gator, vägar, parker, vatten och avlopp. I uppdraget ingår också utförande av parkeringsövervakning på kommunal mark. Ändamålet med bolagets verksamhet är att inom ramen för den kommunala kompetensen främja dels bostadsförsörjningen i kommunen dels tillgången till handel, kommersiell samt offentlig service i kommunen.
10. Eftersom Nykvarnsbostäder i sin helhet indirekt ägs av kommunen genom Nykvarns kommunkoncern AB står bolaget under kommunens kontroll. Med hänsyn till vad som framgår av bolagsordningen får Nykvarnsbostäder även anses bedriva en verksamhet som tillgodoser behov i det allmänna intresse och som inte är av industriell eller kommersiell natur. Nykvarnsbostäder är därmed att anse som ett offentligt styrt organ och bolaget ska således följa LOU.

## **Avtalet den 5 maj 2014 mellan Nykvarnsbostäder, kommunen och NCC utgör en otillåten direktupphandling**

11. Av avtalet den 5 maj 2014 framgår att NCC åtar sig att utföra reparations- och underhållsarbeten av asfaltbeläggning inom kommunen. De tjänster som avtalet omfattar får anses vara sådana tjänster som hör till undergrupp 45.23 *Anläggning av vägar, flygfält och idrottsanläggningar* i bilaga 1 till LOU. Kontraktet ska därmed klassificeras som en byggtreprenad.
12. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger den så kallade direktupphandlingsgränsen behöver dock inte annonseras. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.<sup>1</sup>
13. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet (3 kap. 3 § LOU). Det finns även en kompletterande beräkningsregel för byggtreprenader i 3 kap. 8 § LOU, men den är inte tillämplig för det kontrakt som denna ansökan avser.
14. Av avtalet mellan Nykvarnsbostäder, kommunen och NCC framgår att det gäller under en viss tidsperiod och att det kan förlängas till dess Telge Inköp har upphandlat asfaltbeläggningsarbeten åt kommunen. Eftersom avtalet inte är begränsat i tid eller gäller ett visst antal avrop kan något exakt avtalsvärde inte fastställas enligt 3 kap. 3 § LOU.
15. En konsekvens av att avtalet saknar slutdatum eller annan begränsning är att värdet får anses överstiga direktupphandlingsgränsen. Detta innebär att Nykvarnsbostäder i enlighet med huvudregeln har haft en skyldighet att annonsera upphandlingen. Frågan är emellertid om Nykvarnsbostäder har haft rätt att upphandla asfaltbeläggningsarbeten utan föregående annonsering på någon av de grunder som anges i 4 kap. 5–9 §§ LOU.
16. Nykvarnsbostäder har anfört att bolaget till följd av synnerlig brådska har haft rätt att upphandla asfaltbeläggningsarbeten utan föregående annonsering. Nykvarnsbostäder menar att den synnerliga brådskan uppstod när

---

<sup>1</sup> Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46.

bolaget först under våren 2014 insåg att avtalet med den dåvarande leverantören inte kunde förlängas till följd av brister i utförandet.

17. För att synnerlig brådska ska föreligga krävs enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU att det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, att den synnerliga brådskan gör det omöjligt att hålla tidsfristerna för ett annonserat förfarande och att brådskan ska vara förorsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Brådskan får inte heller vara orsakad av myndigheten själv. Samtliga förutsättningar måste vara uppfyllda för att undantaget ska kunna tillämpas.<sup>2</sup>
18. Av besiktningsprotokollet (se bilaga 5) framgår att Nykvarnsbostäder var närvarande vid den besiktning som utfördes i augusti 2013. Bolaget har tillsammans med kommunen även fört många samtal med Nema om bristerna i utförandet (se bilaga 4). Detta innebär att Nykvarnsbostäder redan i augusti 2013 har haft kännedom om att Nema hade brustit i utförandet av beläggningsarbetena och att avtalet eventuellt inte skulle komma att förlängas inför maj 2014. Mot denna bakgrund borde Nykvarnsbostäder ha följt upp avtalet inför en eventuell förlängning.
19. Nykvarnsbostäder har invänt att bolaget först under våren 2014 har insett att avtalet med Nema inte kunde förlängas. Med hänsyn till vad Nykvarnsbostäder har känt till om det bristfälliga utförandet bedömer Konkurrensverket det som osannolikt att bolaget först då skulle ha insett att avtalet med Nema inte avsågs förlängas. Detta eftersom Nykvarnsbostäder och kommunen har agerat gemensamt avseende både den annonserade upphandlingen och det efterföljande avtalet med Nema. Nykvarnsbostäder måste därför rimligen ha varit medvetet om kommunens inställning till avtalet med Nema och att kommunen avsåg att aktivt ta ställning till om avtalet skulle förlängas eller inte (jfr Konkurrensverkets ärende dnr 296/2015). Nykvarnsbostäder har inte heller lämnat någon närmare förklaring till vad som enligt bolagets mening föregick beslutet att inte förlänga avtalet med Nema.
20. De omständigheter som har föregått avtalstecknandet med NCC har därför enligt Konkurrensverkets mening kunnat förutses av Nykvarnsbostäder. Bolaget har därmed inte haft rätt att upphandla asfaltbeläggningsarbeten utan föregående annonsering med hänsyn till synnerlig brådska. Nykvarnsbostäder borde i stället för direktupphandling i god tid ha klarat ut med kommunen om avtalet skulle förlängas eller inte för att vid behov kunna genomföra ett annonserat förfarande.

---

<sup>2</sup> Jfr exempelvis Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 februari 2012 i mål nr 1446-1452-12 där domstolen bedömde att samtliga förutsättningar var uppfyllda (upphandling av livsmedel).

21. Det har under utredningen av ärendet inte kommit fram några uppgifter som innebär att det är aktuellt att pröva om några andra undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpliga. Nykvarnsbostäder avtal med NCC utgör därmed en otillåten direktupphandling.

### **Upphandlingsskadeavgift**

22. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU). Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör alltså inte någon ursäkt för en överträdelse.<sup>3</sup>
23. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.<sup>4</sup>

### **Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan**

24. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (17 kap. 7 § LOU).
25. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av parterna den 29 april 2014 och den 5 maj 2014. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 5 maj 2014 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

### **Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek**

26. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.<sup>5</sup>
27. Fastställandet av upphandlingsskadeavgiften förutsätter att det finns ett tak för hur hög avgift som kan beslutas i det enskilda fallet. Som tidigare konstaterats är det inte möjligt att beräkna kontraktets värde med stöd av de bestämmelser som är tillämpliga i detta fall (se punkterna 13–15 ovan). Kon-

<sup>3</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

<sup>4</sup> A prop. s. 196–197.

<sup>5</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

traktets värde kan inte i heller beräknas enbart med stöd av 3 kap. 3 och 4 §§ LOU, såsom anges i 17 kap. 4 § LOU. Att det högsta möjliga beloppet på tio miljoner kronor ska utgöra beloppstaket i de situationer där kontraktets värde inte kan beräknas är enligt Konkurrensverkets mening orimligt och oförenligt med de syften som motiverar uttagandet av en upphandlingsskadeavgift. Till fördel för Nykvarnsbostäder bör kontraktets värde i stället beräknas med ledning av andra bestämmelser i 3 kap. LOU. Eftersom avtalet löper på obestämd tid kan bestämmelserna om varukontrakt som löper på viss tid eller på obestämd tid enligt 3 kap. 9 § LOU och vissa tjänstekontrakt enligt 3 kap. 12 § LOU vara vägledande.

28. Avsikten med avtalet är att det ska tillgodose kommunens samlade behov av asfaltbeläggningsarbeten. Det är därför rimligt att utifrån den totala faktureringen beräkna kostnaden för sådana arbeten under ett år. Faktureringen under år 2014 har för Nykvarnsbostäders del uppgått till 411 156 kronor (se [bilaga 8](#)). Att använda det beloppet som utgångspunkt för att beräkna kontraktsvärdet bör inte leda till att beloppet beräknas för högt. Konkurrensverket beräknar därmed kontraktsvärdet till 1 644 624 kronor<sup>6</sup>. Upphandlingsskadeavgiften kan därför högst uppgå till 164 462 kronor ( $1\,644\,624 \times 0,1$ ).
29. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (17 kap. 5 § LOU).
30. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.<sup>7</sup>
31. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande om-

<sup>6</sup> Beräkningen enligt 3 kap. 9 § och 12 § LOU ger  $411\,156/12 = 34\,263$  kronor per månad,  $34\,263 \times 48 = 1\,644\,624$  kronor.

<sup>7</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.



ständighet.<sup>8</sup> Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.<sup>9</sup>

32. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Avtalet kan också komma att gälla under lång tid. Avtalet gäller alljämt och Nykvarnsbostäder har inte agerat för att begränsa den tid som den otillåtna direktupphandlingen pågår under. Nykvarnsbostäder har endast hänvisat till att Telge Inköp ska genomföra en upphandling som bolaget ska delta i, men någon sådan upphandling har, såvitt framgått, ännu inte annonserats. Det är visserligen positivt att en upphandlande myndighet samarbetar med andra sådana myndigheter för att genomföra upphandlingar, men det får inte leda till att upphandlingslagstiftningen frångås.
33. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 110 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

---

  
Magnus Jonson

  
Frida Nordholm

**Bifogas**

- Bilaga 1 Avtal om asfaltbelägningsarbeten 2014
- Bilaga 2 Tilldelningsbeslut avseende Asfaltbelägningsarbeten 2013, Nykvarn kommun och AB Nykvarnsbostäder
- Bilaga 3 Avtal om asfaltbelägningsarbeten 2013
- Bilaga 4 Kommunens e-postsvar den 27 maj 2014
- Bilaga 5 Konsultgruppen Röda Tråden AB:s utlåtande över okulär syn på utförda belägningsarbeten den 22 augusti 2013
- Bilaga 6 Nykvarnsbostäder brevsvar den 9 mars 2015
- Bilaga 7 Nykvarnsbostäder brevsvar den 7 april 2015
- Bilaga 8 E-postsvar den 10 februari 2015

---

<sup>8</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och s. 369–370.

<sup>9</sup> Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.