

Förvaltningsrätten i Stockholm  
115 76 Stockholm

## **Ansökan om upphandlingsskadeavgift**

### **Sökande**

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### **Motpart**

Sveriges Television AB (556033-4285), 105 10 Stockholm

### **Saken**

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

---

### **Yrkande**

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling beslutar att Sveriges Television AB ska betala 95 000 (nitiofemtusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

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

## Grunder

1. Sveriges Television AB (SVT) är ett offentligt styrt organ som har skyldighet att genomföra upphandlingar i enlighet med bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).
2. SVT har brutit mot LOU genom att bolaget slutit avtal med Rezidor Hotel & Congress AB (Rezidor) utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningar för sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet är att betrakta som en otillåten direktupphandling.

## Bakgrund

3. Den 15 september 2012 genomförde SVT en personalfest i Stockholm Waterfront Congress Centre för bolagets samtliga anställda. Inför personalfesten ingick SVT två olika avtal, dels nu aktuellt avtal med Rezidor avseende upplåtelse av festlokaler samt köp av mat och dryck, dels ett avtal med Svenska Möten avseende arrangemang av festen.
4. Båda avtalen är enligt Konkurrensverkets bedömning att betrakta som otillåtna direktupphandlingar och behandlas i två ansökningar om upphandlings-skadeavgift.

## Avtalet och dess värde

5. Avtalet mellan SVT och Rezidor avser upplåtelse av lokaler för festen samt köp av mat och dryck (se bilaga 1). I avtalet ingår *inte* tjänsten att servera den mat och dryck som köps in. I avtalet anges fasta priser för lokalerna, medan priset för mat och dryck anges per person eller per glas/flaska. Av fakturan den 28 september 2012 (se bilaga 2) framgår att kostnaden för festlokalerna uppgår till 465 714 kronor samt att kostnaderna för mat och dryck uppgår till sammanlagt 763 835 kronor. Därutöver uppgår posten Extra städ till 2 500 kronor. Samtliga belopp är här angivna exklusive mervärdesskatt.
6. Eftersom värdet av varorna (mat och dryck) överstiger värdet av tjänsterna (lokalupplåtelse samt övriga, mindre tjänster), är avtalet enligt 2 kap. 18 § andra stycket LOU att betrakta som ett varukontrakt.
7. Det sammanlagda värdet av SVTs avtal med Rezidor avseende personalfesten den 15 september 2012 uppgår således till 1 232 049 kronor exklusive mervärdesskatt. Tröskelvärdet för statliga upphandlande myndigheter vid upphandlingar av varor och tjänster uppgår under år 2012 och 2013 till 1 233 401 kronor (se tillkännagivande 2011:1575 av tröskelvärden vid offentlig upphandling).

8. Värdet på det aktuella avtalet överstiger direktupphandlingsgränsen om cirka 284 000 kronor men understiger tröskelvärdet. Reglerna i 15 kap. LOU ska följaktligen tillämpas i förevarande mål.

## **SVTs avtal med Rezidor utgör en otillåten direktupphandling**

### **Inledning**

9. Huvudregeln i LOU är att upphandlingar ska annonseras och att alla leverantörer ska få lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Avtal får ingås med en leverantör utan föregående annonsering endast i vissa i LOU specificerade undantagsfall, eller om avtalets värde understiger direktupphandlingsgränsen.
10. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis tolkas restriktivt. Den som åberopar en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantagsbestämmelsen får tillämpas.<sup>1</sup>
11. I 15 kap. LOU finns ingen särreglering jämfört med lagens direktivstyrda delar i fråga om restriktivitet och bevisbördans placering vid åberopande av undantag från annonseringsskyldigheten. Den svenska lagstiftaren har istället uttryckt att den upphandlande myndigheten har bevisbördan även för påstående att förutsättningar för direktupphandling med stöd av de icke direktivstyrda bestämmelserna i LOU föreligger.<sup>2</sup> I RÅ 2009 not 134 har Högsta förvaltningsdomstolen fastslagit att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att undantag från annonseringsskyldigheten föreligger vid upphandlingar enligt 15 kap. LOU.<sup>3</sup>
12. Det är således SVT som ska styrka att det föreligger sådana omständigheter att de aktuella tjänsterna fick köpas utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU.

### **Avtalet fick inte ingås utan föregående annonsering med stöd av hyresundantaget**

13. SVT har under Konkurrensverkets utredning uppgett att avtalet har slutits med tillämpning 1 kap. 6 § 1 LOU, men samtidigt angett att en förutsättning för avtalet var att det även omfattade köp av mat och dryck.

---

<sup>1</sup> Se bl.a. mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.

<sup>2</sup> Prop. 2001/02:142 s. 99

<sup>3</sup> Se även Förvaltningsrätten i Växjö i mål nr 286-12 och Förvaltningsrätten i Luleå i mål nr 434-12.

14. I 1 kap. 6 § 1 LOU anges att kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet inte omfattas av lagen. Av 15 kap. 2 § LOU framgår att bestämmelsen i 1 kap. 6 § 1 ska tillämpas även vid upphandlingar enligt 15 kap.
15. Konkurrensverket bedömer att det så kallade hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU inte kan tillämpas på det aktuella avtalet, av två olika skäl som behandlas i det följande.

*Lokalupplåtelsen är inte sådan som avses i hyresundantaget*

16. För det första gör Konkurrensverket gällande att hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU inte omfattar sådana tillfälliga upplåtelser av lokaler som innebär att myndigheten genomför eller deltar i en konferens eller en fest eller liknande.
17. Att avtal rörande hyra och andra rättigheter till fast egendom är undantagna från LOU:s tillämpningsområde, kan enligt Konkurrensverkets bedömning inte leda till slutsatsen att varje ianspråktagande av lokaler inbegrips i undantaget, oavsett avtalets karaktär och syfte eller vilka moment som ingår. Vid en sådan extensiv tolkning av bestämmelsen skulle exempelvis hotelltjänster vara undantagna från LOU, trots att de finns upptagna i förteckningen över upphandlingspliktiga B-tjänster (bilaga 3 till LOU) och alldeles uppenbart omfattas av lagens tillämpningsområde.
18. Utmärkande för den typ av tillfällig lokalupplåtelse som avtalet mellan SVT och Rezidor avser, är att den inte ger någon varaktig rätt att nyttja lokalerna. Enligt Konkurrensverkets bedömning uppvisar en sådan tillfällig lokalupplåtelse inte de särdrag som utgör bevekelsegrunden för att undanta rättigheter till fast egendom från regelverket för offentlig upphandling.
19. Konkurrensverket erinrar om att hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU, som genomför artikel 16a direktiv 2004/18/EG, är upphandlingsrättsligt och ska tolkas utifrån unionsrätten. Hyresundantaget i LOU har inte samma tillämpningsområde som 12 kap. jordabalken (hyreslagen). Hyreslagen är ett nationellt regelverk som har andra syften och skyddsändamål än upphandlingslagstiftningen. Ett och samma avtal kan följaktligen å ena sidan omfattas av hyreslagens regler men samtidigt inte vara undantaget upphandlingsskyldighet enligt 1 kap. 6 § 1 LOU.
20. Konkurrensverket bedömer att hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU inte är tillämpligt på den del av avtalet som avser lokalupplåtelsen. Samtliga delar av avtalet mellan SVT och Rezidor är alltså av sådan beskaffenhet att de omfattas av LOU:s tillämpningsområde.

*Lokalupplåtelsen utgör inte avtalets huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel*

21. Om förvaltningsrätten trots detta skulle bedöma att den aktuella lokalupplåtelsen i sig omfattas av tillämpningsområdet för undantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU, måste avtalet mellan SVT och Rezidor under alla omständigheter betraktas som en upphandlingspliktig anskaffning eftersom det, förutom upplåtelsen av lokalerna, även i betydande omfattning innehåller köp av upphandlingspliktiga varor i form av mat och dryck.
22. När det är fråga om så kallade blandade kontrakt, som innehåller både upphandlingspliktiga och icke upphandlingspliktiga delar, ska anskaffningen prövas i sin helhet. Avtalets olika beståndsdelar ska för det första, på objektiva grunder, bedömas vara så pass svåra att separera och nödvändiga att behandla i en och samma affär att de bildar en "odelbar enhet". Om det är fråga om en sådan odelbar enhet, blir avtalets huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel avgörande för om anskaffningen ska ske enligt reglerna i LOU eller inte.<sup>4</sup>
23. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta SVT:s påstående att både lokalupplåtelsen och köpet av mat och dryck varit nödvändiga beståndsdelar för att avtalet skulle kunna ingås. Konkurrensverkets resonemang i det följande utgår således ifrån att avtalets två delar är så pass sammanbundna att de utgör en odelbar enhet. Det ska då prövas vilken del som utgör avtalets huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel.
24. Värdet av lokalupplåtelsen uppgår till cirka 465 000 kronor medan värdet av köpet av mat och dryck uppgår till cirka 765 000 kronor. Enligt Konkurrensverkets bedömning får, på grund av att värdet för köp av mat och dryck i väsentlig mån överstiger värdet av lokalupplåtelsen, i vart fall den dominerande beståndsdelen i det aktuella avtalet anses vara köp av upphandlingspliktiga varor. Därmed omfattas avtalet i dess helhet av upphandlingsskyldighet enligt reglerna i LOU.
25. Det kan påpekas att motsvarande gäller oavsett om köpet av mat och dryck enligt det aktuella avtalet ska betraktas som köp av *varor* eller *tjänster*, eftersom bådadera omfattas av upphandlingsskyldighet enligt LOU. Bedömningen i den frågan saknar således betydelse vid en prövning av det blandade avtalets karaktär. Likaså ska, oavsett om köpet av mat och dryck anses utgöra varor eller tjänster, reglerna i 15 kap. LOU tillämpas på det aktuella avtalet.

---

<sup>4</sup> Se bland annat EU-domstolens avgöranden i de förenade målen C-145/08 och C-149/08 *Club Hotel Loutraki*, punkterna 48-49 samt mål C-215/09 *Mehiläinen*, punkterna 36 och 39.

### Sammanfattande slutsatser

26. Konkurrensverket bedömer att hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU inte är tillämpligt på den del av avtalet mellan SVT och Rezidor som avser lokalupplåtelsen.
27. Om förvaltningsrätten inte skulle dela Konkurrensverkets bedömning rörande tillämpningsområdet för hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU, gör Konkurrensverket i andra hand gällande att i vart fall den dominerande beståndsdelen i det aktuella avtalet får anses vara köp av upphandlingspliktiga varor, varför det blandade avtalet av detta skäl i sin helhet omfattas av LOU:s tillämpningsområde.
28. Avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen men understiger tillämpligt tröskelvärde och skulle ha föregåtts av en annonserad upphandling enligt 15 kap. 4 § LOU. Eftersom avtalet inte föregåtts av ett sådant upphandlingsförfarande, och inga andra undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpliga, utgör det en otillåten direktupphandling.

### Upphandlingsskadeavgift

29. Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3 LOU efter ansökan av tillsynsmyndigheten besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket är enligt 18 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige.
30. En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.
31. Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. I förarbetena erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Prop. 2009/10:180 s. 196-197 och 370.

32. Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiften. Denna metod bidrar till en enhetlighet och förutsebarhet vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Avtalets värde är också ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelse en otillåten direktupphandling typiskt sett är – ju högre avtalsbelopp desto allvarligare överträdelse.<sup>6</sup> Att ha avtalets värde som utgångspunkt vid beräkningen av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för system med sanktionsavgifter i svensk rätt, där lagstiftaren har framhållit att avgiftsbelopp så långt som möjligt bör kunna utgå ifrån ett mätbart moment i överträdelsen som gör det möjligt att förutse och fastställa hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet.<sup>7</sup> I förarbetena till reglerna om upphandlingsskadeavgift har lagstiftaren också hänvisat till dessa allmänna riktlinjer.<sup>8</sup>
33. Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och av den svenska lagstiftaren i sig vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt.<sup>9</sup> En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den övre delen av skalan, i allmänhet mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden, bör avgiften ligga i mitten av den övre delen av skalan, det vill säga 7-8 procent av avtalets värde. Konkurrensverket har i flera avgöranden från kammarrätt och förvaltningsrätt fått fullt gehör för sin beräkning av upphandlingsskadeavgiften, vilken således bedömts vara väl avvägd.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Jfr a prop. s. 197.

<sup>7</sup> Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:JuU53.

<sup>8</sup> Prop. 2009/10:180 s. 183.

<sup>9</sup> A prop. s. 187 och 197.

<sup>10</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom 7 juni 2012 i mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Stockholms domar den 25 juli 2012 i mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö's dom 15 februari 2012 i mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå's dom den 20 mars 2012 i mål nr 2166-11 samt Förvaltningsrätten i Göteborg's dom den 20 december 2012 i mål nr 13115-12.

34. Konkurrensverket har beräknat avtalens värde till 1 232 049 kronor. En upphandlingsskadeavgift om 95 000 kronor utgör 7,7 procent av avtalens värde och är enligt Konkurrensverket vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i förevarande ärende en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.
- 

Per Karlsson

Daniel Johansson

## **Bilagor**

1. Avtalet mellan SVT och Rezidor
2. Faktura utfärdad den 28 september 2012