

Förvaltningsrätten i Stockholm  
115 76 Stockholm

## Ansökan om upphandlingsskadeavgift

### Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### Motpart

Södertälje kommun, 151 89 Södertälje

### Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK)

---

### Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LUK beslutar att Södertälje kommun ska betala 875 000 (åttahundrasjuttiofemtusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

### **Grunder**

1. Södertälje kommun har brutit mot 15 kap. 5 § LUK genom att den 19 maj 2017 ingå avtal om drift av Södertälje gästhamn med Ekerö Rederi AB (Ekerö Rederi) utan föregående annonsering. Det saknas skäl för att inte annonsera avtalet enligt LUK. Avtalet är därmed en otillåten direktupphandling.

### **Bakgrund och omständigheter**

2. Södertälje kommun ingick år 2003 ett avtal om driften av Södertälje gästhamn. Under våren 2016 kontaktade den leverantör som vid tidpunkten drev gästhamnen kommunen då den önskade lämna sitt åtagande. Beslut om förtida uppsägning av kontraktet fattades i kommunstyrelsen den 31 mars 2017.
3. Kommunen stod från och med datumet för uppsägningen av kontraktet utan entreprenör för driften av gästhamnen. Kommunen publicerade därför den 3 april 2017 en inbjudan till intresseanmälan för att driva gästhamnen på sin egen hemsida. Inbjudan publicerades enbart på kommunens hemsida och var upplagd under perioden den 3–21 april 2017.
4. Avtal om drift av Södertälje gästhamn tecknades den 19 maj 2017 mellan kommunen och Ekerö Rederi, se bilaga 1. Avtalet gäller för en tid om ett år och fyra månader, med tillträdesdag den 22 maj 2017 och avträdesdag den 21 september 2018. Avtalet innehåller även två optioner om förlängning av avtalet med ett år vardera dvs. som längst t.o.m. den 21 september 2020.
5. Södertälje kommun har anfört att värdet av koncessionen uppgår till 750 000 kronor per år och till 2 250 000 kronor totalt. Det uppskattade värdet grundar sig på en värdering av verksamheten som Länia Företagsförmedling (Länia) genomfört, daterad den 10 januari 2017, se bilaga 2. Eftersom kommunen har uppskattat värdet till understigande direktupphandlingsgränsen för LUK har kommunen tilldelat kontraktet genom en direktupphandling.

### **Vad kommunen har anfört under Konkurrensverkets utredning**

6. Avsikten med Länias värdering har inte varit att göra en uppskattning av omsättningen för att genomföra en upphandling utan den togs fram i syfte att nå en överenskommelse med tidigare arrendator om ett förtida upphörande av arrendet. Den tidigare arrendatorn hade inte bara inkomster från att driva gästhamnen utan även från andra näringsgrenar, exempelvis catering, och dessa försäljningssiffror kan inte hänföras till driften av gästhamnen.
7. Länias värdering är gjord på uppskattningar och i rapporten informeras också om att varken resultat- eller balansräkning finns att tillgå. Rapporten är inte heller framåtriktad och ingen uppskattning görs av omsättningen vid tidpunkten för anbudsinfordran dvs. den tidpunkt som enligt 5 kap. 3 § LUK

är den relevanta för bedömningen av koncessionens värde. Kommunen har redan tidigare hänvisat till att det är svårt att beräkna omsättningen och har även påtalat att omfattande byggarbeten kommer att genomföras i området under arrendetiden. Kommunens bedömning av omsättningen bygger på att intäkterna för den här typen av verksamhet kommer under en kort period, från slutet på juni till mitten av augusti, samt att omsättningen kan förväntas sjunka med hänsyn till att de omfattande byggarbetena kommer att leda till att en stor majoritet av båtägarna kommer att välja andra rutter.

### **Avtalets karaktär och värde**

#### **Tillämplig lag**

8. Enligt 1 kap. 2 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) gäller lagen för offentlig upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt. Av 1 kap. 3 § LOU framgår att lagen inte gäller för upphandling som omfattas av LUK. Det anges i 1 kap. 2 § LUK att lagen gäller för upphandling av koncessioner. Med en koncession avses enligt 1 kap. 13 § LUK ett skriftligt kontrakt som utgör antingen en bygg- eller tjänstekoncession där ersättningen utgörs antingen helt eller delvis av rätten att utnyttja föremålet för koncessionen och där verksamhetsrisken övertas av koncessionshavaren.
9. Av avtalet mellan kommunen och Ekerö Rederi framgår att upplåtelsen gäller drift av en gästhamn för fritidsbåtar med därmed sammanhängande verksamhet samt restaurang/servering och shop för båttillbehör. Av avtalet framgår vidare att Ekerö Rederi under avtalstiden har ensamrätt till all slags servering och försäljning inom avtalsobjektets gränser. Ekerö Rederi åtar sig enligt avtalet att hålla anläggningen öppen under vissa specifikt angivna perioder.
10. Ersättningen för det arbete som Ekerö Rederi utför utgörs enbart av rätten att utnyttja föremålet för avtalet, dvs. Södertälje gästhamn. Ekerö Rederi ska å sin sida erlagga hyra till Södertälje kommun. Verksamhetsrisken för driften av gästhamnen får därigenom anses ha gått över till Ekerö rederi. Avtalet mellan Södertälje kommun och Ekerö Rederi uppfyller därmed kriterierna för att vara en tjänstekoncession enligt LUK. Avtalet gäller därmed verksamhet som faller under LUK:s tillämpningsområde.<sup>1</sup>

#### **Avtalets värde**

11. Beräkningen av kontraktsvärdet i mål om upphandlingsskadeavgift ska göras enligt 5 kap. 2–5 §§ LUK. Det framgår av 5 kap. och 15 kap. 7 § LUK. Värdet av ett kontrakt ska enligt 5 kap. 2 § LUK uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen

---

<sup>1</sup> Se 1 kap. 2, 13 och 19 §§ LUK.



under dess löptid. Eftersom det slutliga värdet inte kan vara känt förrän koncessionen är avslutad är det alltid fråga om en förhandsbedömning. Den upphandlande myndighetens uppskattning måste dock ske på ett omsorgsfullt sätt och vara så korrekt som möjligt.<sup>2</sup>

12. Värdet av en koncession ska enligt 5 kap. 5 § LUK uppskattas med hjälp av en objektiv metod. Vid uppskattningen ska hänsyn tas till bl.a. värdet av varje form av options- och förlängningsklausul. Vad som utgör en objektiv beräkningsmetod av koncessionens sammanlagda omsättning framgår dock inte närmare av LUK.
13. Södertälje kommun har bedömt värdet på koncessionen till 750 000 kronor per år och till 2 250 000 kronor totalt. Av den värdering av verksamheten som gjorts av Läna framgår visserligen att det beräknade marknadsvärdet uppgår till 750 000 kronor.<sup>3</sup> Det framgår dock att det beräknade marknadsvärdet avser ett så kallat *avkastningsvärde* som utgår från verksamhetens resultat och som avviker klart från verksamhetens omsättning. Det har inte framkommit något som talar för att verksamhetens avkastningsvärde skulle vara en rättvisande metod för att bedöma verksamhetens framtida omsättning. Eftersom en koncessions värde ska beräknas utifrån koncessionshavarens sammanlagda omsättning ger kommunens uträkning enligt Konkurrensverket ett uppenbart felaktigt värde enligt LUK.
14. Beräkningen av en koncessions värde ska göras av den upphandlande myndigheten innan koncessionen tilldelas. Mot bakgrund av att den uppskattning av värdet som kommunen har gjort är uppenbart felaktig anser Konkurrensverket att en alternativ beräkning måste göras.
15. Av det underlag som Södertälje kommun beräknat koncessionens värde på framgår utöver ett avkastningsvärde bl.a. Södertälje gästhamns historiska omsättning avseende de fyra senaste åren. Av underlaget framgår även att det avkastningsvärde som kommunen tillämpat delvis har beräknats utifrån den genomsnittliga omsättningen avseende dessa fyra år. Eftersom kommunen i sin bedömning utgått från värdet på den historiska omsättningen avseende de senaste fyra åren anser Konkurrensverket att uppskattningen av koncessionens värde i detta fall i stället bör beräknas på det underlaget.

---

<sup>2</sup> Se prop. 2015/16:195 s. 490.

<sup>3</sup> Se bilaga 2 s. 4.

16. Verksamhetens genomsnittliga omsättning för de fyra senaste åren har uppgått till 3 275 000 kronor per år. Den genomsnittliga omsättningen per månad har därmed uppgått till 272 916 kronor (3 275 000/12 månader).
17. Avtalet mellan kommunen och Ekerö Rederi sträcker sig inklusive optioner om förlängning över en period om totalt tre år och fyra månader (40 månader). Konkurrensverket beräknar den totala omsättningen för koncessionen, och därmed också det totala värdet, till 10 916 640 kronor (272 916 kronor x 40 månader). Det har inte framkommit några skäl för att beräkna den framtida omsättningen för verksamheten till ett lägre belopp.
18. Vad gäller kommunens invändningar i denna del kan följande noteras. Av Länsias värdering framgår att värdeutlåntagandet endast rör själva gästhamnsverksamheten.<sup>4</sup> Övrig verksamhet som den dåvarande rörelseidkaren bedrev, som catering och handel med leksaker, ingick inte i värdeutlåntagandet. Södertälje kommun har vidare fått tillfälle att redogöra för förväntad framtida omsättning, bl.a. med hänsyn till påstådda byggnadsarbeten under arrendetiden, men har inte kunnat göra det. Upphandlingens värde ska därför fastställas till ovan angivna belopp.

#### **Avtalet utgör en otillåten direktupphandling**

19. Enligt huvudregeln i 8 kap. 1 § och 15 kap. 5 § LUK ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras.<sup>5</sup> För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LUK är tillämpliga.<sup>6</sup>
20. Eftersom upphandlingens värde enligt Konkurrensverket överstiger den tillämpliga direktupphandlingsgränsen, men understiger tröskelvärdet, skulle kommunen enligt 15 kap. 5 § LUK ha förhandsannonserat upphandlingen i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Enligt förarbetena till LUK är huvudregeln att upphandlande myndigheter ska offentliggöra sin avsikt att tilldela koncessioner.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Jfr bilaga 2 s. 2.

<sup>5</sup> Tröskelvärdet för koncessioner uppgick under 2017 till 47 758 068 kronor (5 225 000 Euro) och direktupphandlingsgränsen uppgick till 2 387 903 kronor, se Kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2172 av den 24 november 2015 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU och 15 kap. 6 § 1 LUK.

<sup>6</sup> Se 15 kap. 6 § LUK.

<sup>7</sup> Prop. 2015/16:195 s. 623.



21. Av utredningen i ärendet framgår att kommunen har publicerat en inbjudan till intresseanmälan för att driva gästhamnen på sin egen hemsida. Detta kan inte anses vara tillräckligt för att uppfylla kravet på annonsering i LUK.<sup>8</sup>
22. Det har enligt Konkurrensverkets bedömning inte heller förelegat några omständigheter som medför att något av de särskilda undantagen från annonsering i LUK varit tillämpliga. Avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

### Upphandlingsskadeavgift

23. Vid en otillåten direktupphandling får enligt 17 kap. 1 § 3 LUK en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.<sup>9</sup> 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 inte heller någon ursäkt för en överträdelse.<sup>10</sup>
24. 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>11</sup>
25. 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. Det framgår av 17 kap. 7 § LUK.
26. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av parterna den 16 respektive den 19 maj 2017. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 19 maj 2017 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.
27. 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 5 kap. LUK (17 kap. 4 § LUK). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Se Förvaltningsrätten i Malmös dom i mål nr 2423-13 och prop. 2009/10:180 s. 97 jfr med prop. 2015/16:195 s. 615 f. och 629.

<sup>9</sup> Av prop. 2015/16:195 s. 877 framgår att bestämmelser om bl.a. upphandlingsskadeavgift i LUK ska motsvara de regler som finns i LOU. Hänvisningar till tidigare förarbetsuttalanden samt domstolsavgöranden beträffande LOU är därför aktuella även vid tillämpningen av bestämmelserna i LUK. Av förarbeten framgår även att reglerna i 2017 års LOU, LUF och LUK överförts väsentligen oförändrade från tidigare lagar (s. 875 f. och 1158 ff.).

<sup>10</sup> Se prop. 2015/16: 195 s. 1383 ff. samt prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

<sup>11</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196 f.

<sup>12</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 10 916 640 kronor (se punkt 15 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 1 091 664 kronor ( $10\,916\,640 \times 0,1$ ).

28. 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. Det framgår av 17 kap. 5 § LUK.
29. 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 upphandlingslagstiftningen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.<sup>13</sup>
30. 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 omständighet.<sup>14</sup> Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.<sup>15</sup>
31. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Detta talar för ett högt sanktionsvärde. Rättsläget kan inte anses vara oklart avseende vad beräkningen av en koncessions värde ska utgå i från. Att Södertälje kommun genom två lagakraftvunna domar konstaterats ha genomfört två otillåtna direktupphandlingar även tidigare ska ses som en försvårande omständighet vid bestämmandet av överträdelsens sanktionsvärde.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Se prop. 2015/16:195 s. 1383 f. och prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369 f.

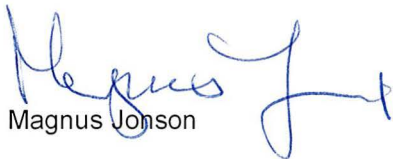
<sup>14</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 f. och 369 f.

<sup>15</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.

<sup>16</sup> Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 8 juli 2016 i mål nr 12268-15 och den 18 januari 2018 i mål nr 26003-17.

32. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 875 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

---

  
Magnus Jonson

  
Natacha Otte Widgren

**Bifogas**

Bilaga 1 - Avtal om drift av Södertälje gästhamn mellan Södertälje kommun och Ekerö Rederi AB

Bilaga 2 - Värdebedömning – Södertälje Gästhamn, utförd av Länia Företagsförmedling