

Förvaltningsrätten i Växjö  
Box 42  
351 03 Växjö

## **Ansökan om upphandlingsskadeavgift**

### **Sökande**

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### **Motpart**

Affärsverken Karlskrona AB, Box 530, 371 23 Karlskrona

### **Saken**

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

---

### **Yrkande**

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Affärsverken Karlskrona AB (Affärsverken) ska betala 120 000 kronor i upphandlingsskadeavgift.

## Grunder

1. Affärsverken har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 22 november 2019 ingå samarbetsavtal gällande räkfrossa med Blomlöfs Rökeri AB (Blomlöfs) utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

## Bakgrund och omständigheter

2. Affärsverken arrangerar evenemanget räkfrossa under chartrad båtutur vid ett antal tillfällen per år. Evenemangen äger rum på Affärsverkens båtar som framförs av Affärsverkens personal. Mat och dryck serveras under båtturena genom en leverantör som Affärsverken anlitat.
3. Den 8 november 2019 skickade Affärsverken ut en offertförfrågan med bifogat förfrågningsunderlag till tre olika företag, se bilaga 1. Ett av företagen, Blomlöfs lämnade anbud. Den 22 november 2019 ingick Affärsverken och Blomlöfs samarbetsavtal gällande räkfrossa (Avtalet), se bilaga 2. Avtalet trädde i kraft den 1 januari 2020 och upphör att gälla den 31 december 2020 om inte Affärsverken begär förlängning senast tre månader innan Avtalets slut. Förlängning kan ske med ett år i taget och Avtalet kan som längst löpa i fyra år.
4. Affärsverken har genomfört offertförfrågan i form av en direktupphandling enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Detta har motiverats med att Affärsverken bedömer att Avtalet utgör en koncession vars värde understiger direktupphandlingsgränsen enligt LUK.

## Avtalet

5. Enligt offertförfrågan omfattar uppdraget 19 planerade räkfrossor per år. Uppskattningsvis kommer 70 personer besöka varje räkfrossa. Priset till slutkund är 395 kronor per person. Av detta pris utgår en del till leverantören och en del till Affärsverken. Enligt bilaga 1 till Avtalet uppgår Blomlöfs del av ersättningen till 239 kronor (213,39 kronor exklusive mervärdesskatt) och Affärsverkens del till 156 kronor. Blomlöfs får sin del av ersättningen genom att fakturera Affärsverken.
6. Avtalet reglerar menyn som ska serveras vid evenemangen. Enligt offertförfrågan ska leverantören ha den utrustning som krävs för att hantera och servera dryck. Försäljning av dryck sker helt i leverantörens försorg. Sortiment och pris på dryck regleras inte i Avtalet.
7. Biljetter till evenemanget köps på förhand och försäljningen pågår fram till 48 timmar före avgång. Enligt Avtalet ansvarar Affärsverken för biljettförsäljningen. Biljetter kan köpas direkt från Affärsverken eller från

Nortic som säljer biljetter på uppdrag av Affärsverken. Affärsverken är avtalspart i förhållande till slutkund. Blomlöfs har inte möjlighet att själva sälja biljetter.

8. Maxantalet biljetter för varje enskilt evenemang är 70. Om antalet sålda biljetter är lägre än 40 vid ett enskilt evenemang ställs detta in. Enligt uppgift från Affärsverken är gränsen för 40 sålda biljetter satt för att Affärsverken ska få kostnaderna för båt och personal täckta samt för att Affärsverken ska göra en vinst. Värde för 40 sålda biljetter täcker även de kostnader som Blomlöfs har för det enskilda evenemanget i form av personal, transporter, mat etc. Dock täcks inte kostnaderna för vissa andra investeringar som krävs för att fullgöra tjänsten kontraktsevenligt.

#### Affärsverken utgör en upphandlande myndighet

9. Med upphandlande myndighet avses enligt 1 kap. 22 § LOU en statlig eller kommunal myndighet. Med myndighet jämställs offentligt styrt organ enligt 1 kap. 18 § LOU. Av denna bestämmelse framgår att ett offentligt styrt organ är en juridisk person som tillgodoser ett behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Om den juridiska personen dessutom uppfyller ett av de tre följande kriterierna ska den betraktas som ett offentligt styrt organ:
  - Den juridiska personen är till största delen finansierad av staten, en kommun, en region eller en upphandlande myndighet
  - Den juridiska personens verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, en region eller en upphandlande myndighet
  - Minst halva antalet ledamöter i den juridiska personens styrelse eller motsvarande ledningsorgan är utsedda av staten, en kommun, en region eller en upphandlande myndighet.
10. Affärsverken är ett aktiebolag som ägs till 100 procent av AB Karlskrona Moderbolag, vilket i sin tur ägs till 100 procent av Karlskrona kommun. Affärsverkens verksamhet omfattar huvudsakligen elnät, elhandel, värme, renhållning, stadsnät och båttrafik.
11. Affärsverken är en juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse eftersom den verksamhet bolaget bedriver är till nytta för allmänheten. Verksamheten är inte av industriell eller kommersiell karaktär. Av Affärsverkens bolagsordning framgår att dess styrelse utses av kommunfullmäktige i Karlskronas kommun. Affärsverken är därmed ett offentligt styrt organ och ska jämföras med en upphandlande myndighet.

## **Avtalet mellan Affärsverken och Blomlöfs utgör ett tjänstekontrakt enligt LOU**

### Tjänstekontrakt enligt LOU

12. Av 1 kap. 15 § LOU framgår att ett kontrakt är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och dessutom avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad. Ett tjänstekontrakt är enligt 1 kap. 21 § LOU ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än byggentreprenader.
13. För att det ska anses föreligga ekonomiska villkor enligt LOU krävs att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag. Det ska vara fråga om rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.<sup>1</sup>

### Tjänstekoncession enligt LUK

14. Enligt 1 kap. 13 § LUK definieras en koncession som ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare, där kontraktet utgör antingen en byggkoncession eller en tjänstekoncession, där ersättningen för arbetet utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller dels en sådan rätt, dels betalning och där kontraktet innefattar att verksamhetsrisken övertas av koncessionshavaren. En tjänstekoncession är enligt 1 kap. 19 § LUK en koncession genom vilken en upphandlande myndighet anförtror till koncessionshavaren tillhandahållandet och förvaltningen av andra tjänster än de som utgör byggentreprenader.
15. Vad som särskilt kännetecknar en tjänstekoncession är således rätten att utnyttja tjänsten som är föremål för kontraktet och att verksamhetsrisken överförs på koncessionshavaren. Enligt EU-domstolen är verksamhetsrisken oupplösligt förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten.<sup>2</sup> Domstolen har även konstaterat att med rätten att utnyttja tjänsten följer att koncessionshavaren har en viss ekonomisk frihet att bestämma hur villkoren för denna rätt utnyttjas inom ramen för avtalet och att koncessionshavaren därigenom också i huvudsak står riskerna med detta utnyttjande.<sup>3</sup> I en tjänstekoncessionssituation uppstår risken genom att leverantören står kostnaderna för att tillhandahålla en tjänst och får inkomster för att täcka

---

<sup>1</sup> Se bl.a. EU domstolens dom i mål C-451/08 Helmut Müller, p. 63 och C-51/15 Remondis, p. 43.

<sup>2</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-206/08 Eurawasser, p. 66.

<sup>3</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-300/07 Oymanns, p. 71. Se även de förenade målen C-458/14 och C-67/15 Promoimpresa, p. 46.

kostnaderna och för att göra vinst enbart om denne framgångsrikt lyckas utnyttja de tjänster som tillhandahålls genom att sälja dem till allmänheten.<sup>4</sup>

16. Av förarbetena till LUK framgår att leverantörens rätt att utnyttja tjänsten innebär att samma tjänst eller tillhörande tjänster kan säljas till andra än den upphandlande myndigheten.<sup>5</sup> Ersättningen till leverantören får inte utgå endast som betalning från den upphandlande myndigheten eftersom ersättningen då inte till någon del är avhängig av leverantörens egen rätt att utnyttja tjänsten. I sådana fall utgör kontraktet i stället ett sedvanligt tjänstekontrakt varigenom myndigheten anskaffar en tjänst mot betalning.<sup>6</sup>
17. Med verksamhetsrisk avses efterfrågerisk eller utbudsrisik eller båda, se 1 kap. 22 § LUK. För att verksamhetsrisken ska anses övertagen krävs enligt 1 kap. 23 § LUK att koncessionshavaren genom koncessionen vid normala verksamhetsförhållanden inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen och utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara.
18. EU-domstolen har konstaterat att om ersättningen till leverantören består i att den upphandlande myndigheten ersätter leverantören i förhållande till hur stor andel som utnyttjas av allmänheten, medan avtalet medför att leverantörens finansiella och ekonomiska stabilitet garanteras föreligger det varken en rätt för leverantören att utnyttja tjänsten eller något övertagande av verksamhetsrisken.<sup>7</sup>

#### Prövning av Avtalet

19. Avtalet består av två delar med olika konstruktioner, i det följande benämnda cateringdelen respektive dryckesdelen. Detta aktualiserar tillämpning av reglerna om blandat kontrakt och frågan om ett kontrakt är delbart eller odelbart.
20. Med blandat kontrakt förstås allmänt ett kontrakt som består av delar, vilka omfattas av olika rättsregler varför det finns behov av att avgöra vilka regler som ska tillämpas för hela eller delar av kontraktet.<sup>8</sup> Ett delbart blandat kontrakt är ett kontrakt där det ingår delar som kan särskiljas objektivt. Ett

---

<sup>4</sup> Arrowsmith, The law of public and utilities procurement, volume 1, third ed., 6-62.

<sup>5</sup> SOU 2014:69, s. 214.

<sup>6</sup> Prop. 2015/16:195 s. 352.

<sup>7</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-382/05 Kommissionen mot Italien, p. 36-37.

<sup>8</sup> Jfr prop. 2015/16:195 s. 359.

odelbart blandat kontrakt är ett kontrakt där det ingår delar som inte kan särskiljas objektivt, 2 kap. 4 § LOU.

#### *Cateringdelen*

21. Enligt Avtalet ska Blomlöfs leverera och servera mat till de kunder som köpt biljetter till ett evenemang. För denna cateringdel får Blomlöfs ersättning per såld biljett genom att fakturera Affärsverken.
22. Blomlöfs har inte någon möjlighet att sälja tjänsten till tredje part. Det är Affärsverken som ansvarar för att sälja biljetter till evenemanget till allmänheten och är avtalspart i förhållande till de som köper biljetter. Avtalet med Blomlöfs i cateringdelen innebär därför att Blomlöfs enbart har rätt att sälja cateringtjänster till Affärsverken. Avtalet nyttjas för att fullgöra delar av Affärsverkens avtalsförpliktelser gentemot tredje part. Avtalet avseende cateringdelen innebär att Blomlöfs inte har någon möjlighet att reglera priset till slutkund. Meny är specificerad i Avtalet och antalet planerade räkfrossor framgår av offertförfrågan<sup>9</sup>.
23. Avtalet i cateringdelen medför sammantaget inte någon sådan rätt att utnyttja tjänsten eller en sådan ekonomisk frihet som kännetecknar rätten att utnyttja tjänsten. Följaktligen är Blomlöfs inte heller utsatt för någon risk förenad med ett utnyttjande av företagets prestationer.
24. Vad gäller frågan om Blomlöfs övertagit en risk kan även följande konstateras. För cateringdelen garanteras Blomlöfs intäkter för minst 40 biljetter, annars ställs evenemanget in. Detta innebär att Blomlöfs inte har någon skyldighet att utföra tjänsterna vid det tillfället. 40 sålda biljetter täcker de kostnader som Blomlöfs har för det enskilda tillfället i form av personal, transporter, mat etc.
25. Under utredningen har Affärsverken invänt att Blomlöfs bär ansvaret för verksamheten vid skada på person eller egendom och att Blomlöfs behöver extra personalresurser och investera i extra inventarier för att kunna genomföra evenemangen. Dessa investeringskostnader täcks inte vid en försäljning av 40 biljetter eftersom någon vinst inte genereras vid ett så lågt deltagarantal. Vidare har Affärsverken angett att bolaget har en ensidig rätt att begära förlängning av Avtalet och att Blomlöfs saknar möjlighet att begära justering av priset, vilket medför att de står den ekonomiska risken för ökade kostnader på råvaror och arbetskraft. Därutöver föreligger konkurrens från andra leverantörer.

---

<sup>9</sup> Antalet planerade räkfrossor bygger enligt Affärsverken på tillgänglig kapacitet då turerna ligger utanför ordinarie linjetrafik. Tillfällena för evenemanget är dock inplanerade tillsammans med leverantören.

26. De risker som Affärsverken framhåller sträcker sig emellertid inte utöver de risker som är inneboende i varje kontrakt avseende cateringtjänster, oavsett om det är fråga om ett tjänstekontrakt enligt LOU eller en tjänstekoncession.<sup>10</sup>
27. Konkurrensverket konstaterar sammanfattningsvis att något sådant övertagande av verksamhetsrisk som avses i 1 kap. 23 § LUK inte har skett.
28. Cateringdelen i Avtalet utgör ett tjänstekontrakt enligt LOU eftersom det är fråga om ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som avser tillhandahållande av tjänst. Avtalets cateringdel innebär att Blomlöfs tillhandahåller en tjänst mot ersättning genom att fakturera Affärsverken. Det är fråga om förpliktelser av ömsesidigt bindande karaktär. De tjänster som ska utföras i enlighet med Avtalet (catering) ska klassificeras som tjänster enligt bilaga 2 till LOU.

#### *Dryckesdelen*

29. Enligt Avtalet ska Blomlöfs sälja dryck direkt till de som köpt biljetter till räkfrossan under evenemangets genomförande. I den delen får Blomlöfs ersättning direkt från de personer som deltar i räkfrossan och som köper dryck.
30. Avtalet i dryckesdelen lämnar ett större utrymme för Blomlöfs att utnyttja tjänsten än vad Avtalet gör i cateringdelen. Drycken säljs direkt till de som deltar i evenemanget och Blomlöfs är inte garanterad några intäkter för försäljningen av dryck. Blomlöfs har också en större ekonomisk frihet avseende sortiment och pris. Det medför även att en viss grad av verksamhetsrisk kan anses ha överförts på Blomlöfs. Dryckesdelen skulle därför kunna anses utgöra en tjänstekoncession enligt LUK.

#### *Avtalet omfattas av LOU*

31. Avtalet i sin helhet omfattas ändå av LOU. Oavsett om det är fråga om ett blandat kontrakt i enlighet med 2 kap. LOU har cateringdelen och dryckesdelen tilldelats gemensamt.
32. Om en upphandlande myndighet tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader som regleras i LOU, dels upphandling som regleras i LUK ska kontraktet tilldelas med tillämpning av bestämmelserna i 19 kap. LOU, om värdet av den del av kontraktet som regleras i LOU beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § och värdet av den del som avser koncessioner beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt LUK, 2 kap. 8 § LOU. Vid tilldelning av

---

<sup>10</sup> Jfr beaktandeskäl 20 i direktiv 2014/23/EU. Se även EU-domstolens dom i mål C-382/05 Kommissionen mot Italien, p. 42.

ett odelbart blandat kontrakt ska de bestämmelser som gäller för kontraktets huvudföremål tillämpas, se 2 kap. 12 § LOU.

33. Oavsett om Avtalet är delbart eller odelbart skulle upphandlingen ha genomförts i enlighet med LOU. Värdet för cateringdelen understiger det aktuella tröskelvärdet enligt 5 kap. 1 § LOU och värdet för dryckesdelen understiger tröskelvärdet enligt LUK.<sup>11</sup> Cateringdelen utgör även Avtalets huvudföremål. Cateringdelen är den del som är karaktäristisk för Avtalet och dryckesdelen är av kompletterande karaktär och nödvändig på grund av Avtalets ändamål.<sup>12</sup> Dryckesdelen är även värd mindre än hälften så mycket som cateringdelen.<sup>13</sup>

### **Avtalet mellan Affärsverken och Blomlöfs utgör en otillåten direktupphandling**

34. Det framgår av utredningen att Avtalet inte har föregåtts av någon annonsering.
35. 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 en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen<sup>14</sup>) behöver 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>15</sup>

### **Upphandlingens värde**

36. Värdet av en upphandling är enligt 5 kap. 3 § LOU det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt det kontrakt som ingår i upphandlingen. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt. Enligt 5 kap. 5 § LOU ska uppskattningen av en upphandlings värde avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfördran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

---

<sup>11</sup> Se punkterna 42 och 44 nedan.

<sup>12</sup> Jfr EU-domstolens dom i mål C-412/04 Kommissionen mot Italien, p. 49.

<sup>13</sup> Se punkterna 44 och 45 nedan.

<sup>14</sup> För upphandlingar som påbörjades under år 2018 eller 2019 är direktupphandlingsgränsen 586 907 kronor.

<sup>15</sup> Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85 Kommissionen mot Italien, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, punkt 58, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, punkt 19, mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, punkt 33 och mål C-26/03 Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2006/07:128 del 1 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.



37. Enligt 19 kap. 1 § LOU ska bestämmelserna i 19 kap. LOU tillämpas om upphandlingens värde beräknas understiga det aktuella tröskelvärdet<sup>16</sup> och på upphandlingar som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2. Av 19 kap. 8 § LOU följer att värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.
38. Affärsverken har beräknat värdet på upphandlingen till 1 300 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Bedömningen av värdet har gjorts utifrån den statistik som finns avseende tidigare års genomförda räkfrossor (antal genomförda räkfrossor per år och genomsnittligt antal gäster).<sup>17</sup>
39. Värdet av en upphandling ska dock uppskattas till det totala belopp som kan komma att betalas enligt Avtalet.<sup>18</sup> Av offertförfrågan framgår att uppdraget omfattar 19 tilltänkta evenemang per år och att Affärsverken uppskattar att 70 personer kommer besöka respektive räkfrossa. Avtalet sträcker sig över fyra år. Avtalet omfattar därmed totalt 5 320 biljetter (19 x 70 x 4).
40. För varje såld biljett får Blomlöfs 213,39 kronor exklusive mervärdesskatt. Blomlöfs ersättning för samtliga 5 320 biljetter motsvarar därför 1 135 235 kronor exklusive mervärdesskatt (213,39 x 5 320). Detta utgör ersättningen för Avtalets cateringdel.
41. Vid beräkningen av en upphandlings värde ska alla intäkter beaktas, oavsett om de kommer från den upphandlande myndigheten eller tredje part.<sup>19</sup> Detta innebär att även intäkterna för dryckesdelen ska ingå i beräkningen av upphandlingens värde.
42. Enligt Affärsverkens uppskattning motsvarar försäljningen av dryck vid räkfrossor som har genomförts tidigare år ca 100 kronor per person exklusive mervärdesskatt. Intäkterna för dryckesdelen ska därför beräknas till 532 000 kronor exklusive mervärdesskatt (5 320 x 100).
43. Konkurrensverket uppskattar värdet på upphandlingen, dvs. värdet för samtliga biljetter och intäkter för dryck till 1 667 235 kronor exklusive mervärdesskatt (1 135 235 + 532 000). Upphandlingens värde understiger därför tröskelvärdet enligt LOU för tjänster enligt bilaga 2, men överstiger direktupphandlingsgränsen enligt LOU.

---

<sup>16</sup> För upphandlingar som påbörjades under år 2018 eller 2019 och som avser tjänster enligt bilaga 2 var tröskelvärdet 7 113 450 kronor.

<sup>17</sup> Värdet innefattar inte intäkter för dryckesdelen.

<sup>18</sup> Se prop. 2009/10:180 s. 292.

<sup>19</sup> Se mål C-220/05 Jean Auroux, p. 57 och beaktandeskäl 19 i direktiv 2014/24/EU. Se även Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, volume 1, third ed, 6-100.

Något undantag från annonseringsskyldigheten föreligger inte

44. Det har enligt Konkurrensverket inte framkommit några omständigheter i utredningen som medger ett undantag från annonseringsplikten. Affärsverken har inte heller gjort gällande att det funnits förutsättningar för att tillämpa något undantag. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

### **Upphandlingsskadeavgift**

45. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU). Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har 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>20</sup>
46. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.<sup>21</sup>

### **Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan**

47. 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 (21 kap. 7 § LOU).
48. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av parterna den 20 respektive den 22 november 2019. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 22 november 2019 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

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

49. 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. eller 19 kap. 8 § LOU (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.<sup>22</sup> Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 1 667 235 kronor (se punkt 45 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 166 724 kronor (1 667 235 x 0,1).

---

<sup>20</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

<sup>21</sup> A prop. s. 196–197.

<sup>22</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

50. 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 (21 kap. 5 § LOU).
51. 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>23</sup>
52. 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 till exempel 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>24</sup> Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.<sup>25</sup>
53. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling vilket talar för ett högt sanktionsvärde. Affärsverken har anfört att bedömningen har varit mycket komplicerad och att Avtalet åtminstone till viss del utgör en tjänstekoncession. Enligt Affärsverken utgör detta förmildrande omständigheter. Det har enligt Konkurrensverket dock varit fullt möjligt att utifrån lagstiftningen bilda sig en uppfattning om upphandlingsskyldigheten. Rättsläget kan inte anses oklart i detta fall. Omständigheterna i ärendet är enligt Konkurrensverkets uppfattning därutöver varken förmildrande eller försvårande.
54. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 120 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

---

<sup>23</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

<sup>24</sup> A prop. s. 197–198 och 369–370.

<sup>25</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.

---

Rosemarie Jansson Håvik e.u. Ida Ganrud

Maria Andersson Müller

**Bifogas**

Bilaga 1 –

Offertförfrågan den 8 november 2019

Bilaga 2 –

Samarbetsavtal gällande räkfrossa den 22 november 2019