

Förvaltningsrätten i Stockholm  
115 76 Stockholm

## Ansökan om upphandlingsskadeavgift

### Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### Motpart

Region Gotland Tekniska nämnden, 621 81 Gotland

### 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 Region Gotland Tekniska nämnden ska betala 220 000 (tvåhundraåtjugotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

### Grunder

1. Region Gotland Tekniska nämnden (Nämnden) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 28 augusti 2021 ingå avtal om drift av återvinningscentraler med leverantören Fröjelstugan Entreprenad AB (Fröjelstugan) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades (se bilaga 1). Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

## Bakgrund och omständigheter

### Den upphandlande myndigheten

2. Både kommuner och kommunala nämnder kan enligt Konkurrensverket utgöra upphandlande myndigheter. Av HFD 2018 ref. 67 följer att en kommunal nämnd kan vara en egen upphandlande myndighet. För att en nämnd ska anses vara en egen upphandlande myndighet krävs att nämnden agerar självständigt i förhållande till kommunen och genomför den aktuella upphandlingen självständigt.
3. Under utredningen har Nämnden uppgett att det är den som är upphandlande myndighet för det aktuella avtalet och redogjort för sin självständighet. Redogörelsen kan sammanfattas enligt följande. Av Region Gotlands reglemente för tekniska nämnden framgår bl.a. nämndens verksamhetsområden.<sup>1</sup> Av 2 § 4 framgår att ett av tekniska nämndens verksamhetsområden är renhållningsverksamhet. Tekniska nämnden har en egen förvaltning, teknikförvaltningen, vilket framgår av 5 §. Den verksamhet som är ansvarig för renhållningsverksamheten benämns Avfallsavdelningen. Under den avdelningen finns en enhet benämnd ÅVC/Slamenhet, och där finns ansvaret för återvinningscentraler, både i fråga om dem som bedrivs i egen regi och dem som drivs av extern leverantör.
4. Konkurrensverket har inte anledning att ifrågasätta det som framförts. Därmed ska en ansökan om upphandlingsskadeavgift riktas mot Nämnden.

### Bakgrund till och sammanfattning av den aktuella direktupphandlingen

5. Nämnden hade under 2014 upphandlat avtal avseende drift av fem återvinningscentraler i Hemse, Fårösund, Klintehamn, Ljugarn och Vamlingbo. Avtalet för återvinningscentralen i Hemse löpte ut den 31 mars 2021 medan avtalen för övriga fyra återvinningscentraler löpte ut den 30 september 2021.
6. Nämnden påbörjade, i samband med att avtalen gick ut, arbetet med att utreda hur framtida behov kan tillgodoses och med framtagning av upphandlingsdokument i syfte att upphandla fortsatt drift av ovan angivna återvinningscentraler. Arbetet blev inte klart i tid, och avtalet gällande Hemse gick ut. Nämnden fortsatte då driften av återvinningscentralen i Hemse genom att bedriva den i egen regi under perioden från den 31 mars 2021 till och med den 30 september 2021.
7. Den 28 augusti 2021 slöts ett avtal mellan tidigare driftleverantör Fröjelstugan och Nämnden (Avtalet). Avtalet slöts för att säkra driften av

---

<sup>1</sup> Bilaga 2.



samtliga fem återvinningscentraler tills upphandlingen blev klar och för att ta höjd för en eventuell överprövning i en instans. Det löpte under perioden den 1 oktober 2021 till och med den 31 mars 2022, då Avtalet upphörde att gälla utan föregående uppsägning. Avtalet föregicks inte av annonsering eller avrop från ramavtal. Det utgjorde också ett självständigt avtal.

8. Upphandlingen avseende drift av återvinningscentralerna annonserades den 23 september 2021, och tilldelningsbeslut meddelades den 25 januari 2022 med planerad avtalsstart den 1 april 2022.
9. Det är avtalet med Fröjelstugan den 28 augusti 2021 som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift.

#### **Vad Nämnden har anfört**

10. Nämnden har i kontakten med Konkurrensverket i allt väsentligt vitsordat verkets beskrivning av omständigheterna i målet. Nämnden har dock invänt mot upphandlingsskadeavgiften och har anfört sammanfattningsvis följande.
11. Det pågick under våren 2021 en utredning om framtida behov av och former för återvinning på Gotland anpassad efter ny och kommande lagstiftning. Utredningen och beslutsprocessen visade sig kräva längre tid än tidplanen medgav. Frågan om driften av de fem återvinningscentralerna visade sig kräva en mer akut lösning efter sommaren 2021. Bakomliggande orsaker till den uppkomna situationen har varit brister i ledning och styrning av den avdelning där verksamheten är organiserad.
12. Återvinningscentraler behövs i avfallshanteringssystemet för att skydda miljön och för att motverka skador på människors liv och hälsa. Avtalet ingicks för att tillgodose dessa behov i avvaktan på genomförandet av en annonserad upphandling samt var kortvarigt och har upphört att gälla. Nämndens agerande är således inte uttryck för någon tredska utan endast för att akut lösa viktiga behov. Även om en bedömning görs att detta inte utgör synnerliga skäl för att kunna direktupphandla, bör upphandlingsskadeavgiften vid en proportionalitetsbedömning nedsättas helt eller i vart fall inte uppgå till mer än minimibeloppet 10 000 kronor.

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

##### **Tillämpliga bestämmelser**

13. Den 1 februari 2022 trädde nya upphandlingsrättsliga bestämmelser i kraft genom lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Äldre bestämmelser gäller dock fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.



14. Av utredningen framgår att Nämnden påbörjade upphandlingen av Avtalet under våren 2021. Eftersom nu aktuell upphandling påbörjats före den 1 februari 2022 ska ändringarna i LOU som trädde i kraft den 1 februari 2022 inte tillämpas. Hänvisningarna till lagtext nedan avser bestämmelserna i deras lydelse innan den 1 februari 2022.
15. Det finns vid offentlig upphandling ett antal möjliga upphandlingsförfaranden som får användas under vissa förutsättningar. Dessa är öppet och selektivt förfarande, förhandlat förfarande med och utan föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog samt förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.<sup>2</sup>
16. Ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas bland annat om det på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas den upphandlande myndigheten och inte heller har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.<sup>3</sup>
17. När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande myndigheten, ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbuden.<sup>4</sup>

#### Avtalets karaktär

18. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.<sup>5</sup> Ett kontrakt i LOU:s mening är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer.<sup>6</sup>
19. Av 1 kap. 21 § LOU framgår att med tjänstekontrakt avses ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än de som avses i 1 kap. 9 §, dvs. byggtreprenad. Avtalet utgör således ett tjänstekontrakt.
20. Den annonserade upphandlingen som syftade till att ersätta Avtalet har CPV-kodats efter följande: 90530000-1, Drift av avfallsupplag. Denna CPV-kod är inte upptagen i förteckningen i bilaga 2 eller bilaga 2 a till LOU.

---

<sup>2</sup> 6 kap. 1 § LOU.

<sup>3</sup> 6 kap. 15 § LOU.

<sup>4</sup> 11 kap. 1 § första meningen LOU.

<sup>5</sup> 1 kap. 2 § LOU.

<sup>6</sup> 1 kap. 15 § LOU.



Avtalet avser således inte sådana sociala eller andra särskilda tjänster som anges i bilaga 2 eller bilaga 2 a till LOU

21. Avtalet borde därmed ha föregåtts av annonsering enligt LOU, förutsatt att upphandlingens värde översteg tröskelvärdet respektive direktupphandlingsgränsen, och att något särskilt undantag inte är tillämpligt.

#### Avtalets värde

22. Av 5 kap. 3 § LOU följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. För upphandlingar som påbörjades under 2021 och som avser tjänster är tröskelvärdet 2 197 545 kronor.
23. Det framgår av Avtalet att Fröjelstugan har rätt att erhålla 496 000 kronor i månaden (fast del). Avtalet löper i sex månader för att sedan löpa ut utan förgående uppsägning. Värdet för Avtalets fasta del är således 2 976 000 kronor ( $496\,000 \times 6$ ).
24. Det finns även möjlighet att avropa tilläggstjänster (rörlig del) i Avtalet. Nämnden har under utredningen angett att dessa tjänster uppskattas användas i begränsad uträkning och hänvisar till den då nyligen publicerade upphandlingen. I upphandlingsdokumenten beräknas en tilläggstjänst nyttjas tio timmar under en tvåårsperiod, vilket motsvarar ett snitt på 2,5 timmar per sexmånadersperiod ( $10 / 4$ ). Motsvarande pris för tilläggstjänsten i Avtalet är 700 kronor i timmen. Värdet för Avtalets rörliga del är således 1 750 kronor ( $700 \times 2,5$ ).
25. Nämnden har inte avropat några tilläggstjänster från Avtalet. Det faktiska värdet på avtalets rörliga del är således 0 kronor.
26. Konkurrensverket bedömer att Avtalets sammanlagda värde uppgår till 2 977 750 kronor ( $2\,976\,000 + 1\,750$ ). Värdet överskrider direktupphandlingsgränsen och tröskelvärdet enligt LOU. Upphandlingen skulle därmed som huvudregel ha annonserats enligt 10 kap. 1 § LOU.

#### Det har inte förelegat skäl för undantag från kravet på annonsering av upphandlingen

27. Huvudregeln enligt LOU är att upphandlingar ska annonseras och att alla leverantörer ska få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna anbud. Av vad som framgår ovan överstiger Avtalets värde aktuellt tröskelvärde.
28. För att avtal med ett värde som är högre än aktuellt tröskelvärde ska vara tillåtna 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>7</sup>

29. Enligt 6 kap. 15 § LOU får en upphandlande myndighet genomföra direktupphandlingar i fall där det på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig. Undantaget ska tillämpas sparsamt, och det krävs exceptionella omständigheter.<sup>8</sup>
30. Förseningen av upphandlingsprocessen var självförvållad. Behovet har länge varit känt. Avtalen som gick ut under 2021 upphandlades 2014, varför avtalens utgång var förutsebar, och arbetet har varit möjligt att planera under en längre tid. Brister inom ledning och organisation är omständigheter som Nämnden kan styra över. Att viss ny lagstiftning har tillkommit på området kan inte heller ses som en oförutsebar händelse som kan aktualisera undantaget. Det ställs höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation.<sup>9</sup>
31. Det har varit möjligt att använda sig av påskyndat förfarande enligt 11 kap. 10 § LOU, och det har därför inte heller varit omöjligt att hålla tidsfristerna.<sup>10</sup>
32. Konkurrensverket bedömer att förutsättningarna för att tillämpa undantaget gällande synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU inte föreligger.
33. Det har inte heller i övrigt framkommit skäl för att göra undantag från kravet på annonsering.
34. Konkurrensverket bedömer mot bakgrund av vad som kommit fram i utredningen att det inte fanns något tillämpligt undantag från skyldigheten att annonsera Avtalet. Nämnden har således genomfört en otillåten direktupphandling i samband med att den ingick Avtalet.

---

<sup>7</sup> Se bland annat EU-domstolens uttalanden i mål 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, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2001/02:142 s. 99 och 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>8</sup> Skäl 50 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>9</sup> Se bland annat mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, punkt 26–28, mål C-318/94 Ems punkt 14, HFD 2017 ref. 66 och Kammarrätten i Sundsvalls domar i mål nr 3208-14 och mål nr 3209-14.

<sup>10</sup> Mål C-126/03 Kommissionen mot Tyskland, punkt 22–23 och jmf med mål C-107/92 Kommissionen mot Italien, punkt 12–14.



### Upphandlingsskadeavgift

35. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.<sup>11</sup>
36. Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har agerat med uppsåt eller av oaksamhet 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>12</sup>
37. 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>13</sup>
38. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Avtalets värde uppgår till 2 977 750 kronor. Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 297 775 kronor ( $2\,977\,750 \times 0,1$ ).
39. I 21 kap. 5 § LOU anges att 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.
40. När sanktionsvärdet för en överträdelse ska fastställas tas hänsyn till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Hur klar överträdelsen kan anses vara är också något som vägs in. Detta eftersom omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Överträdelsen ses i sådana fall som 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 genomföra 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>
41. I detta fall bedömer Konkurrensverket att det rör sig om en otillåten direktupphandling vilket talar för ett högt sanktionsvärde. Konkurrensverket bedömer också att det inte heller finns några

<sup>11</sup> 21 kap. 1 § 3 LOU.

<sup>12</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

<sup>13</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 prop. s. 196 och 197.

<sup>14</sup> Prop. 2009/10:180 s. 197–198 och 369–370.





försvårande eller förmildrande omständigheter som kan påverka sanktionsvärdet.

42. Konkurrensverket ifrågasätter inte att Nämndens avsikt med att ingå Avtalet var att säkerställa en lösning i en avtalslös situation och inte att kringgå regelverket. Som har nämnts ovan är dock detta en situation som har uppkommit till följd av Nämndens agerande och något som har legat inom dess möjligheter att kontrollera. Detta kan därför inte ses som förmildrande omständigheter vid bedömningen av upphandlings-skadeavgiften.
43. Inte heller att Avtalet var begränsat i tid och gällde en kortare tid ger anledning att minska upphandlingsskadeavgiften. Motsatsen hade bedömts som försvårande omständigheter, och frånvaron av sådana försvårande omständigheter är inte i sig en förmildrande omständighet.
44. Konkurrensverket bedömer, mot bakgrund av det anförda, att en upphandlingsskadeavgift om 220 000 kronor vid en sammantagen bedömning av samtliga relevanta omständigheter i ärendet är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

#### **Tidsfristen för ansökan**

45. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska lämnas in till förvaltningsrätten inom ett år från det att ett avtal ingicks. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut.<sup>15</sup>
46. Enligt vad som kommit fram i utredningen undertecknades Avtalet genom digital signering av Fröjelstugan den 26 augusti 2021 och av Nämnden den 28 augusti 2021.<sup>16</sup> Konkurrensverkets bedömning är att ett bindande avtal ingicks den 28 augusti 2021 och att en ansökan om upphandlings-skadeavgift måste lämnas in till domstol senast den 28 augusti 2022.

---

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Stefan Olsen Siri

---

<sup>15</sup> 21 kap. 7 § LOU.

<sup>16</sup> Bilaga 1.



**Bifogas**

Bilaga 1 – avtal för drift av återvinningscentraler med dnr TN 2021-2772.

Bilaga 2 – reglemente för tekniska nämnden.