

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

SRV Återvinning AB, Box 1173, 141 24 Huddinge

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 SRV Återvinning AB ska betala 1 800 000 (en miljon åttahundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. SRV Återvinning AB (SRV) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 9 november 2021 ingå avtal med leverantören JD Stenqvist AB (JD Stenqvist) avseende leverans av matavfallspåsar utan föregående annonsering (Avtalet).¹ Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

Den upphandlande myndigheten

2. SRV är upphandlande myndighet för Avtalet. Bolaget ägs huvudsakligen av tre kommuner, Huddinge kommun, Botkyrka kommun och Haninge kommun, men även av Nynäshamns och Salems kommuner.²
3. SRV:s styrelse utgörs enligt bolagsordningen av de tre största ägarkommunerna. I bolagsordningen framgår också att SRV:s syfte och kommunala ändamål är att dels fullgöra det ansvar som åvilar ägarkommunerna enligt miljöbalken och annan lagstiftning inom avfallsområdet, dels främja en ändamålsenlig och effektiv avfallshantering.
4. Mot den bakgrunden bedömer Konkurrensverket att SRV är ett sådant offentligt styrt organ som avses i 1 kap. 18 § LOU och som utgör en upphandlande myndighet enligt 1 kap. 22 § andra stycket 2 LOU.

Bakgrund till och sammanfattning av den aktuella direktupphandlingen

5. I fråga om bakgrunden har uppgifterna som rör SRV:s agerande huvudsakligen hämtats in från SRV, vars uppgifter i den delen Konkurrensverket inte har funnit skäl att ifrågasätta. Utifrån dessa kan bakgrunden till avtalet beskrivas sammanfattningsvis enligt följande.
6. Under 2018 upphandlade Adda Inköpscentral, då SKL Kommentus Inköpscentral, ett ramavtal "Avfallskärl och avfallspåsar 2018" (Ramavtalet) med tre leverantörer, bland annat JD Stenqvist.³ Ramavtalet skulle löpa först i två år från och med den 1 maj 2019 och därefter ett år i taget i totalt ytterligare två år, under förutsättning att ingen uppsägning skedde senast sex månader innan giltighetstiden löpte ut. SRV hade rätt, men ingen skyldighet, att avropa från avtalet. Ramavtalet är alljämt gällande.
7. Den 5 oktober 2021 lät SRV publicera ett meddelande om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering ("frivillig förhandsinsyn").⁴ Av detta

¹ Bilaga 1.

² Ägarfördelningen ser ut enligt följande: Huddinge kommun (31,5 procent), Botkyrka kommun (31,5 procent) och Haninge kommun (31,5 procent), men även Nynäshamn (2,75 procent) och Salems kommuner (2,75 procent).

³ Bilaga 2 a-e.

⁴ Bilaga 3.



framgick att bolaget hade för avsikt att teckna ett ramavtal om inköp av matavfallspåsar med JD Stenqvist. Valet av förhandlat förfarande utan föregående annonsering motiverades med att konkurrens saknades av tekniska skäl i enlighet med 6 kap. 14 § LOU.

8. Innan meddelandet publicerades ställde SRV frågor till de leverantörer som omfattades av Ramavtalet och fick då till svar att det förelåg svårigheter att få fram råvaror för tillverkning av matavfallspåsarna på grund av brist på kraftpapper. SRV genomförde en marknadsundersökning i form av en dialog med leverantörerna i Ramavtalet. Bolaget gjorde därefter bedömningen att endast SRV:s dåvarande leverantör, JD Stenqvist, kunde leverera den efterfrågade volymen om cirka 13–15 miljoner matavfallspåsar per år, då de två andra företagen hade uppgett att de inte kunde leverera den volym som SRV önskade. JD Stenqvist uppgav dock att det inte kunde leverera med de leveransvillkor som förelåg i Ramavtalet. SRV valde då att inte göra avrop från Ramavtalet, utan genomförde i stället ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, varefter en överenskommelse slöts med JD Stenqvist om ett nytt separat ramavtal, dvs. Avtalet.

Vad SRV har anfört

9. SRV har under utredningen beretts tillfälle att yttra sig och har då anfört sammanfattningsvis följande.
10. SRV menar att det har varit fråga om en tillåten direktupphandling,
 - i första hand på grund av att det har varit fråga om en förhandlad upphandling utan föregående annonsering som var tillåten på grund av tekniska skäl enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU,
 - i andra hand på grund av att ingen skyldighet att annonsera upphandlingen har funnits enligt 17 kap. 9, 11 och 12 §§ LOU då Avtalet har slutits genom förnyad konkurrensutsättning i enlighet med Ramavtalet, och
 - i tredje hand på grund av att SRV har haft rätt enligt 6 kap. 17 § första stycket 2 LOU att ingå Avtalet för att kontraktet gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga varuleverantören och/eller för att kontraktet, i enlighet med 6 kap. 17 § första stycket 3 LOU, gäller varor som är noterade och omsätts på en råvarumarknad.

Tekniska skäl enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU

11. SRV har hämtat in upplysningar från samtliga leverantörer som det har bedömt skulle kunna komma i fråga och har fått veta att endast en leverantör har förmåga att leverera den efterfrågade kvantiteten. I upphandlingen som föregick Ramavtalet var det var endast JD Stenqvist och övriga leverantörer



enligt ramavtalet från 2018, som lämnade anbud inom den aktuella produktkategorin "Matavfallspåsar i papper". SRV har också efterforskat konkurrensläget på den aktuella marknaden genom att ställa frågor till såväl leverantörer som upphandlande myndigheter.

- SRV bedömde, utifrån inkomna underlag, att dessa tre företag har en dominerande ställning på den aktuella marknaden och att det inte fanns någon annan leverantör som skulle kunna konkurrera om ett avtal. Sammantaget anser SRV att undantaget på grund av tekniska skäl är tillämpligt, och att LOU:s bestämmelser om annonsering således inte har överträtts.

Ändring enligt 17 kap. 9, 11 och 12 §§ LOU

- Avtalet har slutits i enlighet med Ramavtalet, eftersom SRV har skickat ut avropsförfrågan till leverantörerna. Två av dessa avböjde att delta i konkurrensutsättningen, eftersom de på grund av råvarubrist inte skulle förmå att leverera efterfrågade volymer. JD Stenqvist meddelade att bolaget hade en leveranskapacitet, men att bolaget inte kunde godta villkoren om vite i Ramavtalet på grund av att den rådande råvarubristen gav upphov till en alltför stor riskexponering. Efter vissa förhandlingar kunde SRV och JD Stenqvist enas om ändringar av Ramavtalets villkor, och de ingick då Avtalet. De överenskomna ändringarna har gjorts i enlighet med 17 kap. 9, 11 och 12 §§ LOU. Därmed krävdes ingen annonsering enligt 10 kap. 1–3 §§ LOU.

Undantag på grund av 6 kap. 17 § första stycket 2 och 3 LOU

- Avtalet avser kompletterande leveranser från en befintlig leverantör. Leveranserna syftar till att delvis ersätta varuleveranser enligt Ramavtalet. Om Avtalet inte hade slutits skulle SRV ha äventyrat sina möjligheter att trygga sin tillgång till matavfallspåsar, eftersom världsläget har bidragit till en ökad efterfrågan och minskad tillgång till papper. Vidare skulle leverantören sannolikt ha hunnit fylla sin orderkvot innan SRV hade hunnit genomföra en ny upphandling. Om SRV inte skulle kunna trygga sin tillgång till matavfallspåsar skulle det uppstå stora tekniska problem i dess tekniska verksamhet, dvs. i avfallshantering och efterkommandet av det tvingande regelverk som gäller för avfallshantering. Det förelåg, med hänsyn till världs- och marknadsläget samt SRV:s behov av varan, synnerliga skäl för att kunna förlänga avtalet ett år i taget för en period om maximalt fyra år. Följaktligen har rätt att ingå Avtalet funnits enligt 6 kap. 17 § första stycket 2 LOU.
- Dessutom tillverkas varan av pappersmassa som är noterad och omsätts på en råvarumarknad, och SRV har således haft rätt att ingå Avtalet enligt 6 kap. 17 § första stycket 3 LOU.



Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Övergripande bestämmelser

16. 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.
17. Det aktuella avtalet ingicks den 30 september 2021, och SRV påbörjade således upphandlingen innan dess. Eftersom nu aktuell upphandling hade påbörjats före den 1 februari 2022 ska ändringarna i LOU som trädde i kraft den 1 februari 2022 inte tillämpas.
18. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.⁵ En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.⁶
19. 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.⁷

Avtalets karaktär

20. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt eller ramavtal.⁸ I detta fall är det fråga om ett ramavtal för senare tilldelning av varukontrakt, då kontraktet gäller köp av matavfallspåsar.⁹
21. Avtalet borde mot bakgrund av det anförda ha föregåtts av annonsering enligt LOU, förutsatt att upphandlingens värde översteg direktupphandlingsgränsen respektive tröskelvärdet och att något särskilt undantag inte var tillämpligt.

⁵ 4 kap. 1 § första meningen LOU.

⁶ 4 kap. 2 § LOU.

⁷ 6 kap. 1 § LOU.

⁸ 1 kap. 2 § LOU.

⁹ 1 kap. 20 § LOU och 1 kap. 24 § LOU.

Avtalets värde

Rättsliga förutsättningar

22. Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Ett ramavtals värde ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet under löptiden. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.¹⁰
23. Om värdet av en upphandling är högre än tillämpligt tröskelvärde ska upphandlingen genomföras enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena. För kommunala myndigheter uppgick 2021 års tröskelvärde för tjänstekontrakt till 2 197 545 kronor exklusive mervärdesskatt. Direktupphandlingsgränsen uppgick vid tillfället till 615 312 kronor.

Avtalets värde överstiger gällande direktupphandlingsgräns och tröskelvärde

24. Enligt Konkurrensverkets bedömning uppgår Avtalets totala värde till 25 500 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Beräkningen har skett enligt följande.
25. Det årliga värdet av upphandlingen uppskattades till 3 500 000 kronor.¹¹ Detta skulle motsvara ett totalt värde om 14 000 000 kronor för Avtalets löptid.
26. Utöver uppgifterna i annonsen har SRV under utredningen uppgett att behovet av matavfallspåsar uppgår till cirka 13–15 miljoner påsar per år och 1 125 000 matavfallspåsar per månad. Det första alternativet skulle utmynna i ett behov av cirka 52–60 miljoner matavfallspåsar och det andra alternativet till 54 miljoner matavfallspåsar för hela Avtalets löptid.
27. Enligt Avtalet uppgår kostnaden till 40 öre per påse under perioden mellan den 1 januari 2022–den 30 juni 2022¹², och därefter till 45 öre per påse under perioden från den 1 juli 2022¹³ tills vidare. Det totala värdet för 2022 är då 6 375 000 kronor och det totala värdet för resterande avtalstid 6 750 000 kronor per år (1 250 000 x 12 månader x 45 öre= 6 750 000 kronor).

¹⁰ 5 kap. 3 och 14 §§ LOU.

¹¹ I annonsen uppstod ett fel, och värdet angavs till det tiodubbla beloppet.

¹² Totalt 60 000 000 matavfallspåsar under avtalstiden om fyra år motsvarar 1 250 000 påsar per månad. 1 250 000 påsar x 6 månader x 40 öre = 3 000 000 kronor.

¹³ 1 250 000 påsar x 6 månader x 45 öre = 3 375 000 kronor.



28. Enligt Konkurrensverkets beräkningar uppgår värdet för Avtalets totala löptid till 25 500 000 kronor exklusive mervärdesskatt (6 375 000 kronor + 6 750 000 x 3 = 26 625 000 kronor–1 125 000 kronor).¹⁴
29. SRV har invänt att beräkningen inte är korrekt på grund av att SRV avser att bringa Avtalet till upphörande vid en ansökan om upphandlingsskadeavgift och att förlängningsoptionerna därmed inte ska räknas med i värdet. Som framgår ovan ska dock förlängningsoptionerna beaktas som om de hade utnyttjats, inte endast om de har utnyttjats. Vad SRV har anfört i den delen medför således inte någon annan bedömning av Avtalets värde.
30. Värdet överstiger därmed såväl direktupphandlingsgränsen som tillämpligt tröskelvärde. Avtalet skulle sett till detta värde ha annonserats enligt bestämmelserna i 10 kap. LOU.

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

Rättsliga förutsättningar

31. För att upphandlingar vars värde överskrider tillämpligt tröskelvärde ska få genomföras utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.¹⁵
32. En upphandlande myndighet får tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör, eftersom det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Det ska vidare inte finnas något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens får inte bero på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.¹⁶
33. För att detta undantag ska kunna tillämpas krävs således i första hand att två kumulativa villkor är uppfyllda. Det krävs att de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär, och att det med anledning av upphandlingens tekniska karaktär är nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet.¹⁷ Det kan vara fråga om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan leverantör att uppnå erforderlig fullgörandenivå, eller att det krävs specifik kunskap eller verktyg som endast en leverantör har. Det kan också röra sig om särskilda driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas för att

¹⁴ Värdet för fyra år minus de två sista månaderna på sista förlängningsoptionen då Avtalet ingicks i början av november 2021 (1 250 000 påsar x två månader x 45 öre = 1 125 000 kronor).

¹⁵ Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 58, mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.

¹⁶ 6 kap. 14 § 2 LOU; Se även skäl 50 till Direktiv 2014/24/EU.

¹⁷ Se EU-domstolens dom i mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*, p. 34–39.



det som upphandlas ska fungera.¹⁸ I likhet med övriga undantag från kravet på annonsering ska undantaget för tekniska skäl tolkas restriktivt.

34. De krav som en upphandlande myndighet ställer måste kunna kopplas till upphandlingsföremålet, och de tekniska krav som ställs måste vara proportionerliga i förhållande till upphandlingsföremålet.¹⁹ Kraven ska dessutom vara nödvändiga och objektivt sett godtagbara för att uppnå syftet med kravställningen, det vill säga det behov som den upphandlande myndigheten har och inte en i förväg utvald teknisk lösning av behovet. EU-domstolen har uttalat att det inte är tillräckligt att visa att en särskild leverantör är mest *effektiv* avseende ett visst utförande.²⁰
35. Eftersom ett av syftena med upphandlingslagstiftningen är att öppna upp den inre marknaden för konkurrens blir undantaget inte tillämpligt bara för att det saknas konkurrens på marknaden i Sverige. Det krävs att det saknas alternativa leverantörer på marknaden även i andra länder inom den inre marknaden.²¹

Det föreligger inte tekniska skäl för att göra undantag från kravet på att göra en annonserad upphandling.

36. Som framgår ovan är det en central utgångspunkt för att undantaget ska vara tillämpligt att det rör sig om en situation där en vara eller tjänst på grund av sina tekniska egenskaper utgör en så exceptionell vara eller tjänst att endast en leverantör kan tillhandahålla den.
37. I detta fall omfattar Avtalet matavfallspåsar, som på grund av råvarubrist endast finns i begränsad tillgång. Enligt vad som har framkommit i utredningen har JD Stenqvist, tack vare sin planering, haft större tillgång till den nödvändiga råvaran än de övriga leverantörer som SRV har haft kontakt med. Råvaran i sig, pappersmassa, är dock inte knutet specifikt till JD Stenqvist, och det finns inget som visar att det skulle vara tekniskt omöjligt för någon annan leverantör att tillverka produkten. Snarare än problem av teknisk natur måste de problem som finns anses vara en fråga om lagerhållning. Dessa omständigheter utgör därmed inte tekniska egenskaper i den bemärkelse som krävs för att undantaget för tekniska skäl ska vara tillämpligt på Avtalet.
38. Även om de anförda omständigheterna skulle kunna utgöra tekniska skäl, har dock inte framkommit att det som skulle upphandlas endast kunde tillhandahållas av JD Stenqvist. Det rör sig om en vara som vanligen upphandlas genom ett annonserat förfarande, och SRV omfattades av ett

¹⁸ Skäl 50 till Direktiv 2014/24/EU.

¹⁹ Mål C-234/03, *Contse*, p. 25; jfr prop. 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, s. 132.

²⁰ Mål C-199/85 *Kommissionen mot Italien*, p. 14.

²¹ Jfr. skäl 50 till direktiv 2014/24/EU.



ramavtal med flera leverantörer som avsåg aktuella varor. Det har inte heller framkommit annat än att varorna från de olika leverantörerna var utbytbara mot varandra. Detta talar i sig emot att endast en leverantör kan komma ifråga för den undantagssituation som avses i undantaget avseende tekniska skäl.

39. Till det kommer att det inte har presenterats något underlag som tyder på att det enbart är JD Stenqvist som hade möjlighet att leverera matavfallspåsar utifrån SRV:s behov. Den marknadsundersökning som SRV har gjort har bestått i att ta kontakt med leverantörer, som redan har ingått i det befintliga ramavtalet, och med myndigheter. För att säga något om möjligheten för företag att leverera matavfallspåsar enligt SRV:s önskemål måste det visas att kretsen av potentiella leverantörer, dvs. företag som antingen redan i dag producerar varorna i tillräcklig mängd eller som inom rimlig tid skulle kunna ställa om sin produktion, inte var begränsad till dem som redan ingick i ramavtalet och att sådana inte fanns inom EU. Till det kommer att övriga ramavtalsleverantörer borde ha fått frågan om även de hade möjlighet att leverera till de nya villkor som JD Stenqvist erbjöds.
40. Undantaget för tekniska skäl kan, mot bakgrund av det anförda, således inte anses ha varit tillämpligt vid tidpunkten för ingåendet av avtalet.

Avtalet utgör inte en tillåten ändring enligt 17 kap. 9, 11 och 12 §§

41. SRV har anförts att Avtalet utgör en tillåten ändring enligt 17 kap. 9, 11 eller 12 §§ LOU.
42. 17 kap. 8 § jämte 9, 11 och 12 §§ LOU stadgar att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras under vissa förutsättningar. Syftet med dessa bestämmelser är att reglera när den *upphandlande myndigheten* får ändra ett avtal eller ett kontrakt.²² SRV är inte *upphandlande myndighet* i förhållande till Ramavtalet, och det framgår av Ramavtalet att det endast får ändras av behöriga företrädare för nuvarande Adda Inköpscentral AB.²³ SRV är, såvitt har framkommit, inte en sådan behörig företrädare och inte heller en avtalspart i Ramavtalet. Det rör sig således inte om en ändring av Ramavtalet. SRV har inte heller gjort gällande att Avtalet skulle utgöra en ändring av något annat gällande avtal. Redan därav följer att Avtalet inte utgör en tillåten ändring.
43. Till detta kommer att såväl 9 § som 12 § förutsätter att avtalets övergripande karaktär inte ändras. En väsentlig förändring i Avtalet jämfört med Ramavtalet är att leverantören har befriats från skyldigheten att betala vite vid sen leverans som beror på råvarubristen.²⁴ Det är en ändring som typiskt

²² Prop. 2015/16:195 s. 842.

²³ § 15 Ramavtalet.

²⁴ § 1.5.1 jämte § 1.5.7 Avtalet.

sett anses utgöra en ändring av avtalets övergripande karaktär.²⁵ Även därav framgår att det inte är fråga om en tillåten ändring enligt 17 kap. 9 och 12 §§ LOU.

44. Till det kommer också att 17 kap. 11 § LOU stadgar att en kompletterande beställning under vissa förutsättningar får göras utan att upphandlingen annonseras. Det är dock inte fråga om en kompletterande beställning.²⁶ Avtalet avser varor och volymer som SRV hade avsett att upphandla inom ramen för Ramavtalet och avser inte någon tilläggsbeställning eller ersättning av beställda varor. Även därför har det således inte funnits skäl att göra undantag från annonseringsskyldigheten enligt 17 kap. 11 § LOU.

Det har inte förelegat skäl enligt 6 kap. 17 § första stycket 2 eller 3 LOU för undantag från kravet på annonsering av upphandlingen

45. SRV har gjort gällande att Avtalet har avsett kompletterande leveranser, varför undantag från annonseringsskyldigheten ska ha funnits på grund av 6 kap. 17 § första stycket 2 LOU. Bestämmelsen avser tilläggsleveranser eller viss ytterligare anskaffning av varor.²⁷ Avtalet avser leverans av varor under en tidsperiod som delvis överlappar med giltighetstiden för Ramavtalet, men också gäller för tiden därefter. För tiden efter att Ramavtalets giltighetstid har löpt ut kan det inte vara frågan om en komplettering till eller utbyte av varor som skulle ha levererats enligt detta. För tiden dessförinnan syftar Avtalet till en anskaffning av varor från samma leverantör och i samma mängd som förutses i ramavtalet. Det är således inte fråga om att ersätta andra varor eller att komplettera dessa. Bestämmelsen är således inte tillämplig i målet, och något undantag från annonseringsskyldigheten på grund av den har inte funnits.
46. SRV har också anfört att undantag från annonseringsskyldigheten har funnits på grund av bestämmelserna i 6 kap. 17 § första stycket 3 LOU, då de i målet aktuella påsarna tillverkas av pappersmassa som är registrerat på en råvarubörs. Matavfallspåsar är dock inte i sig en råvara, varför bestämmelsen inte är tillämplig i målet.
47. Sammanfattningsvis finns alltså inte undantag från annonseringsskyldigheten på grund av bestämmelserna i 6 kap. 17 § första stycket 2 eller 3 LOU.

²⁵ Prop. 2015/16:195 s. 850.

²⁶ Se närmare nedan p. 45.

²⁷ Prop. 1992/93:88 s. 1000.



Upphandlingsskadeavgift

Rättsliga förutsättningar

48. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan från Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.²⁸
49. Det finns inga 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 lagens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.²⁹
50. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Konkurrensverket beräknat att upphandlingens värde uppgår till 25 500 000 kronor. Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 2 550 000 kronor ($25\,500\,000 \times 0,1$).
51. När sanktionsvärdet för en överträdelse ska fastställas tas hänsyn till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Hur klar överträdelsen anses vara är också något som vägs in, eftersom omständigheten att t.ex. 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.³⁰
52. Om det rör sig om ett ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.³¹

Vad är en avskräckande och proportionerlig sanktion?

53. SRV menar att det har funnits sådana synnerliga skäl som gör att avgiften får efterges. Konkurrensverket bedömer dock att de omständigheter som har framkommit under utredningen inte utgör sådana synnerliga skäl för att efterge avgiften.
54. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Det föreligger härutöver inte några förmildrande eller

²⁸ 21 kap. 1 § 3 LOU.

²⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

³⁰ Ibid. s. 197–198 och 369–370.

³¹ 21 kap. 5 § LOU.



försvårande omständigheter som påverkar upphandlingsskadeavgiftens storlek.

55. Vid en sammantagen bedömning av samtliga relevanta omständigheter i ärendet bedömer Konkurrensverket att 1 800 000 kronor utgör en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Tidsfristen för ansökan

56. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska lämnas till förvaltningsrätten inom ett år från att avtalet som ansökan avser ingicks.³² Avtalet ingicks den 9 november 2021.³³ Med hänsyn till detta måste en eventuell ansökan om upphandlingsskadeavgift avseende Avtalet lämnas in till Förvaltningsrätten i Stockholm senast den 9 november 2022.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Stefan Olsen Siri

Bifogas

- Bilaga 1 – Avtalet.
- Bilaga 2 a – Ramavtalet.
- Bilaga 2 b – bilaga 1 till Ramavtalet.
- Bilaga 2 c – bilaga 3 till Ramavtalet.
- Bilaga 2 d – Tilläggsavtal till Ramavtalet.
- Bilaga 2 e – Ändringsavtal till Ramavtalet.
- Bilaga 3 – Annons förhandsinsyn matavfallspåsar.

³² 21 kap. 7 § LOU.

³³ Bilaga 1.