

**KLAGANDE**

Ovanåkers kommun

MOTPART

Konkurrensverket

ÖVERKLAGAT BESLUT

Konkurrensverkets beslut 2025-09-15 (bilaga 1)

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Besöksadress

Kullen 4

Telefon023-383 0000, tider se
hemsida**Öppettider**

måndag–fredag

08:00–12:00

13:00–16:00

Postadress

Box 45

S-791 21 Falun

E-post

forvaltningsrattenifalun@dom.se

Webbplats

www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

BAKGRUND OCH YRKANDEN

I det överklagade beslutet har Konkurrensverket ålagt Ovanåkers kommun (kommunen) att betala en upphandlingsskadeavgift om 160 000 kr enligt 21 kap. 7 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Beslutet i dess helhet framgår av bilaga 1.

Kommunen motsätter sig upphandlingsskadeavgift och yrkar i andra hand att avgiften ska sättas ned.

Konkurrensverket står fast vid beslutet.

VAD PARTERNA ANFÖR**Kommunen**

Kommunen upphandlade år 2018 ett omfattande drift- och underhållsavtal (DoU1805) med NCC Industry AB avseende kommunens vägar och grönytor m.m. Avtalet, som tilldelades efter annonsering i konkurrens, utgör en form av totalentreprenad för löpande skötsel och underhåll av kommunens infrastruktur. I driftavtalet delades åtagandena in på olika konton (81 Vinterväghållning, 82 Belagd väg, 83 Grusväg, 84 Bro, 85 Sidoområde, 86 Sidoanläggning, 87 Vägutrustning, 88 Gatubelysning och 89 Övriga arbeten). Avtalet förlängdes och gällde t.o.m. 30 april 2025. Kommunens inställning är att detta driftavtal är flexibelt tillämpligt inom hela kommunen, dvs. att det kan användas på alla kommunens aktuella markytor vid behov, inte enbart på specifika objekt som råkade vara markerade på kartor vid avtalets ingående. Inom ramen för driftavtalet finns också en möjlighet att beställa extratjänster eller projekt inom konto 89 (Övriga arbeten) till avtalade enhetspriser, utöver de återkommande funktionsuppgifter som löper kontinuerligt.

Under 2023–2024 behövde kommunens gräsfotbollsplan i Alfta rustas upp. Först genomfördes en separat upphandling, vilket avbröts efter oförutsett hinder. Ett försök att direktupphandla slutförandet misslyckades under våren 2024 när inga anbud inkom. För att ändå få projektet utfört beslutade kommunen att avropa arbetena från det befintliga driftavtalet med NCC. NCC, som redan var upphandlad av kommunen för drift- och underhållstjänster, lämnade en detaljerad offert baserad på driftavtalets villkor och prislista. Avropet skedde genom att NCC:s offert accepterades enligt avtalet. De aktuella arbetena – dränering av planen, utläggning av ny jord och nytt gräs, m.m. – behandlades därmed som ett Övrigt arbete (konto 89) inom ramen för driftavtalet. Åtgärden utgjorde i praktiken en utnyttjad avtalsoption eller avrop inom ett befintligt kontrakt, inte en otillåten direktupphandling. Det kan jämföras med att göra ett avrop på ett ramavtal eller att utnyttja en option i ett entreprenadkontrakt – sådana moment medför normalt ingen annonseringsplikt, förutsatt att ramen/optionen själv blev upphandlad i laga ordning.

Arbeten under konto 89 utförs mot fasta à-priser enligt en överenskommen prislista, till skillnad från de löpande funktionsåtagandena som avtalats som ett helhetsåtagande. I prislistan för kontot finns en rad relevanta poster som direkt motsvarar de moment som krävdes för färdigställande av fotbollsplanen. Det handlar om dränering, komplett enligt typsektion, jordschakt och bortforsling, matjord inklusive utläggning och grässådd samt diverse återställningsarbeten. NCC:s offert korresponderar direkt med driftavtalets à-priser. Någon väsentlig förändring av driftavtalet skedde inte. Det arbete som beställdes låg i linje med driftavtalets syfte och storlek. Att beställa 2,26 mkr extra arbete inom ett flerårigt kontrakt för miljonbelopp får anses vara en proportionerlig avropsvolym i förhållande till avtalet, till skillnad från t.ex. de fall där en upphandlande myndighet försökt använda ett litet ramavtal för ett väldigt stort projekt. Kommunen hänförde dessutom formellt kostnaderna till det aktuella avtalskontot i sin redovisning vilket understryker att inget utomavtalsmässigt arvode utbetalats.

Visserligen avsåg driftavtalet initialt främst specificerade vägsträckor och parker etc., men det fanns en uttrycklig flexibilitet inbyggd i avtalsdokumentationen: ”Avtalet kan användas på kommunens samtliga ytor” beroende på kommunens behov och val att anlita entreprenören eller ej.

Det är felaktigt att tolka driftsavtalet så snävt som Konkurrensverket gör. Avtalet var uttryckligen avsett att vid behov användas flexibelt för kommunens samtliga park- och infrastrukturytor. De konkreta arbetena (dränering, jordpåfyllnad, sådd etc.) förutsågs i driftavtalet genom dess prislista för övriga arbeten (konto 89). Forsparken i Alfta, där fotbollsplanen är belägen, är just en sådan kommunal park och rekreationsyta. Att den specifika grönytan inte namngavs bland avtalsbilagorna år 2018 innebär inte att den uteslöts från avtalets potentiella omfattning – bara att kommunen inte initialt hade inräknat den bland de ytor som skulle skötas löpande. Konto 89 var till för större underhållsinsatser varhelst de behövdes och omfattar en katalog av möjliga extratjänster. Någon volym garanteras dock inte utan det liknar ramavtalets karaktär.

Det ligger i sakens natur att en fotbollsplan som ska renoveras inte hanteras genom vanlig gräsklippning enligt avtalet, utan genom ett särskilt jobb (avrop) med egna specifikationer. Kommunen såg därför fotbollsplaneprojektet som ett underhållsarbete på en kommunal grönyta, snarare än som en ny fristående entreprenad. I kommunens ögon var Forsparkens fotbollsplan en del av kommunens parkmark, och därmed principiellt inom avtalsområdet – bara det att inget hade gjorts där inom ramen för avtalet tidigare.

Driftavtalet definierar *sidoområde* som området mellan vägbanekant och yttersta släntkrön/vägområdesgräns, vilket strikt tolkat inte inkluderar en fristående fotbollsplan. Kommunen erkänner att just ordet *sidoområde* kanske inte är träffande för en fotbollsplan. Samtidigt talas det i avtalet även om

”grönytor” mer generellt. Begreppet grönytor är inte begränsat till vägkanter; i vanligt språkbruk inkluderar det alla typer av grönt offentligt område, inklusive parker och gräsplaner etc. Det finns inget i avtalet som förbjuder kommunen att utöka entreprenörens uppdrag till en ny yta; tvärtom var avtalet gjort för att kunna anpassas efter kommunens beslut. Exempelvis skulle inte den omständigheten att kommunen ville låta NCC sköta gräset vid en nyanlagd lekplats kräva genomförande av en ny upphandling.

Omläggningen av fotbollsplanen är typiska underhållsåtgärder på en befintlig anläggning. Inte ett nybygge eller en fristående investering. Att planens storlek ökade med 13 procent är en i sammanhanget marginell förändring som följde av att man ändå grävde upp ytan. Fotbollsplanen hade funnits på platsen sedan länge men var i dåligt skick och arbetet syftade till att återställa dess funktion (bättre dränering, nytt gräställe, utjämning). Detta skiljer sig från t.ex. att anlägga en helt ny fotbollsplan på jungfrulig mark, vilket otvetydigt hade varit en nybyggnation utanför driftavtalet. Kommunen valde ursprungligen att göra en separat upphandling för denna åtgärd – för att volymen var stor och projektet kunde ses som engångskaraktär – men när det avtalet avbröts insåg man att driftavtalet kunde hantera även en större underhållsinsats.

Kommunen har i vart fall agerat i god tro och ingen leverantör har utestängts. En sanktion framstår som oproportionerlig och motverkar inte något väsentligt syfte med upphandlingsregelverket, eftersom projektet hade konkurrensumsatts redan från början. Att meningsskiljaktighet nu råder om arbetet beror på den komplexa gränsdragningen, inte på uppsåt från kommunens sida. Det framstår som strängt att påföra avgift trots att kommunen sökt en lösning inom ramen för ett upphandlat avtal och i övrigt agerat öppet och ansvarsfullt. NCC har inte heller erhållit någon monopolvinst. Det handlar också om ett relativt begränsat kontraktsvärde i sammanhanget. Skulle förvaltningsrätten ändå anse att en avgift måste tas ut, bör beloppet sättas väldigt lågt, närmast minimibeloppet.

Konkurrensverket

Driftavtalet utgör ett entreprenadkontrakt som slutits efter upphandling. Tolkningen av driftavtalet ska således ske i enlighet med de principer som gäller för tolkning av avtal efter upphandling respektive för entreprenadavtal. Avrop kan inte göras från ett avtal som inte upphandlingsrättsligt är att se som ramavtal. Ett vanligt kontrakt reglerar i sin tur uttömmande leverantörens åtagande genom kontraktets villkor. Utförandet är därmed inte beroende av ytterligare åtgärder eller beslut från myndighetens sida.

Varken det entreprenadkontrakt eller de administrativa föreskrifterna som tillsammans utgör del av driftavtalet, anger att det skulle vara fråga om ett ramavtal. Någon sådan information återfinns inte heller i den annons som föregått driftavtalet. Sammantaget står det klart att driftavtalets huvudsakliga föremål varit löpande funktionsåtaganden av bestämd omfattning mot fast årlig ersättning till leverantören. Driftavtalet utgör således ett kontrakt som uttömmande reglerat förhållandet mellan kommunen och leverantören utifrån de vid avtalsingående fastställda villkoren.

Entreprenaden i driftavtalet avser endast utförande av drift och underhåll. Kommunen anför i stället att arbetena de facto var en underhållsåtgärd som ryms inom ramen för begreppet ”underhåll”. I återställandet av fotbollsplanen ingick breddning av planen från 60x100 meter till 105x65 meter samt att den skulle klara Svenska Fotbollsförbundets rekommendationer vilket framstår som en standardförbättring av fotbollsplanen. De åtgärder som avtalet innebär ryms därmed inte inom ordalydelsen av ”underhåll”, utan utgör snarare specifika markarbeten i form av om- eller tillbyggnad av en särskild fotbollsplan. Detta återspeglas även i det faktum att kommunen använt olika CPV-koder för driftavtalet respektive återställningen av fotbollsplanen. Avtalet har således haft ett annat syfte än driftavtalets ändamål om drift och underhåll av kommunala gator och cykelvägar, grönytor och belysning.

Otillåtna direktupphandlingar tillhör de allvarligaste överträdelsena av upphandlingsregelverket. Sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt och kommunen måste inte ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt för att upphandlingsskadeavgift ska utgå. Vad kommunen anger avseende agerande i god tro och i det allmännas intresse ska således inte beaktas vid bedömningen. Frånvaron av försvårande omständigheter utgör inte en förmildrande omständighet. Varken det avtalsrättsliga eller det upphandlingsrättsliga rättsläget har varit oklart. Inte heller utgör den omständigheten att kommunen annonserat en annan upphandling en förmildrande omständighet. Vad kommunen anfört om transparens och avsaknad av skada på konkurrensen ska inte heller beaktas vid bedömningen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Fråga i målet

Det är ostridigt mellan parterna att upphandlingen omfattas av tillämpningsområdet för LOU och att uppdragsavtalet från driftsavtalet den 20 augusti 2024 inte har föregåtts av annonsering. Det förvaltningsrätten ska pröva är således om kommunen varit skyldig att annonsera upphandlingen av avtalet. Om kommunen inte haft fog att underlåta annonsering och det därmed finns grund att ta ut en upphandlingsskadeavgift ska förvaltningsrätten ta ställning till frågan om upphandlingsskadeavgiftens storlek och om det föreligger skäl att helt eller delvis sätta ner avgiften. Det är som utgångspunkt Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift.

Gällande regler m.m.

Enligt 21 kap. 7 § LOU får Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om den upphandlande

myndigheten har slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 6 §.

I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte påföras. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl. Se 21 kap. 8 § LOU.

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 20 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Se 21 kap. 9 § LOU.

Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § ska meddelas inom två år från det att avtalet slöts. Beslutet får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut. Se 21 kap. 11 § LOU.

Om parterna i ett löpande avtal tillåts omförhandla villkoren i avtalet, finns det en risk för att andra potentiella leverantörer särbehandlas. Anledningen är att förändringen i en upphandlingssituation kunnat medföra att andra anbud antagits eller att andra leverantörers möjlighet eller intresse att delta i upphandlingen påverkats (jfr Pressetext C-454-06 p. 35). Av EU-domstolens praxis kan således utläsas att den likabehandlingsprincip som gäller inom upphandlingsrätten är av avgörande betydelse även för frågan om en ändring i ett avtal under avtalstiden kan godtas utan en ny konkurrensutsättning (jfr mål C-549/14 Finn Frogne). Även Högsta förvaltningsdomstolen har fastslagit att likabehandlingsprincipen är central vid denna prövning (HFD 2016 ref 85)

Förvaltningsrättens bedömning

Det får anses ostridigt att den aktuella upphandlingen överstiger gränsen för direktupphandling. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och 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. Avsteg från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt svenska förarbetsuttalanden tillämpas restriktivt.

Kommunen har inte gjort gällande att man genomfört någon ändring av ett avtal under avtalstiden, utan att driftsavtalet tillåter den beställning som gjorts. Om det hade rört sig om ett ramavtal hade en sådan bedömning varit mer naturlig. Kommunen förefaller i tidig korrespondens med Konkurrensverket ansett att det rör sig om ett ramavtal men anger nu att avtalet liknar ramavtal/option. Det framgår dock inte av upphandlingsdokumenten till upphandlingen drift att en om- eller tillbyggnad av fotbollsplan på den aktuella ytan till aktuell omfattning utgör eller skulle kunna utgöra en del av upphandlingsföremålet. Enligt förvaltningsrättens mening följer det nämligen tydligt av driftavtalets ordalydelse, att entreprenaden är avsett för löpande drift och underhåll av kommunala gator, gång- och cykelvägar, grönytor och gatubelysning. Skötseln omfattar cirka 72 km gator, 24 km gång- och cykelvägar, ett specificerat antal broar och belysningsstolpar, cirka 160 000 kvadratmeter gräsklippning samt slaghackning av 415 000 kvadratmeter.

Förvaltningsrätten anser vidare att det inte varit möjligt att med stöd av beställning av ytterligare arbete, konto 89 (övriga arbeten) lägga till en beställning av ombyggnad av fotbollsplanen eftersom detta inte kan bedömas utgöra en komplettering eller ett tillägg i förhållande till det ursprungliga kontraktet avseende drift och underhåll. För arbete under kontogrupp 89 anges att beställaren senast i mars respektive år ska meddela vilka arbeten som är aktuella. Avtalet måste också, bl.a. med hänsyn till principerna om transparens och ett öppet förfarande, anses omfatta de till driftavtalet bifogade kartorna (jfr 85.17 driftsavtalets funktions- och standardbeskrivning där avseende skötsel av grönytor och hårdgjorda ytor bekräftas att kartor på grönytor finns i bilaga grönytor). Även det faktum att CPV-koder som skiljer sig mellan driftsavtalet

och tidigare upphandling av uppdragsavtalet talar för att driftsavtalet var avsett att ha omfattning enligt ovan.

Med stöd av såväl likabehandlings- som transparensprincipen kan inte leverantörer skäligen haft att räkna med att här avropat arbete kunnat tillkomma (jfr HFD 2016 ref. 85). Denna bedömning vinner ytterligare stöd av den omständigheten att kommunen vid två tidigare tillfällen inlett ett separat upphandlingsförfarande. Att kommunen enligt vad som anges haft avsikt om ett bredare upphandlingsupplägg även avseende driftsavtalet har inte tydligt reglerats i anvisningarna. Sammantaget kan entreprenaden inte anses ha omfattats av den konkurrensutsatta upphandlingen. Något av de undantag som kan åberopas för direktupphandling har inte heller förts fram från kommunen.

Det saknades således förutsättningar att tilldela leverantören uppdraget att utföra entreprenaden avseende fotbollsplanen utan föregående annonsering. Avtalet den 20 augusti 2024 har följaktligen ingåtts genom en otillåten direktupphandling. Det finns därmed förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anförs i förarbetena till LOU bl.a. följande. En otillåten direktupphandling är en sådan förseelse som anses höra till de allvarligare formerna av överträdelser vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelserna kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelserna kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelserna anses mindre allvarliga. Vidare kan avtalstidens längd och värdet på upphandlingen påverka sanktionsvärdet på så sätt att det anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde (prop. 2009/10:180 s. 197–198).

Att det rör sig om en otillåten direktupphandling talar för att sanktionsvärdet är högt. Förvaltningsrätten delar vidare Konkurrensverkets bedömning att det är en klar överträdelse då det är tydligt att något undantag från annonseringsskyldigheten inte var tillämpligt. Vad kommunen anfört om att tidigare försök till upphandling misslyckats kan inte heller ges någon avgörande betydelse. Förvaltningsrätten anser inte därutöver att rättsläget är oklart på sätt som påverkar prövningen. Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en upphandlingsskadeavgift ska kunna beslutas. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse. Det är sammantaget inte fråga om ett ringa fall och sanktionsvärdet är relativt högt. Det är vidare ostridigt att upphandlingens värde uppgår till cirka 2,26 miljoner kr. En avgift om 160 000 kr är enligt förvaltningsrättens bedömning en lämplig sanktion i förhållande till överträdelsens allvar. Det finns inte heller skäl att efterge avgiften. Överklagandet ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR-05).

Eva Karlsson Helghe
rådman

Föredragande jurist har varit Anders Sanner.