



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
Avdelning 3

**DOM**  
2022-04-01  
Meddelad i Malmö

Mål nr  
1114-21

### **SÖKANDE**

Konkurrensverket

### **MOTPART**

Ystads kommun

Ombud: advokaten [REDACTED] och biträdande juristen [REDACTED]  
Advokatfirman Lindahl KB

### **SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,  
förkortad LOU

---

### **FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Ystads  
kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 90 000 kr.

---

**BAKGRUND**

Förvaltningsrätten har i en dom, som fått laga kraft, fastställt att ett avtal som ingåtts mellan Ystads kommun och Telepass AB får bestå trots att det slutits i strid med förlängd avtalsspärr (dom den 10 juli 2020 i mål nr 7099-20). Avgörandet föregicks av att Bergkvarabuss AB, nedan Bergkvarabuss eller bolaget, ansökt om överprövning av upphandlingen och därefter – sedan Ystads kommun slutit avtal – ändrat sitt yrkande till att avtalet skulle förklaras ogiltigt. Av domen framgår att förvaltningsrätten ansåg att Ystads kommun hade ingått avtalet i strid med bestämmelserna om förlängd avtalsspärr, men att Bergkvarabuss inte visat att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU har överträtts som medfört att Bergkvarabuss kan anses ha lidit skada.

**YRKANDE OCH INSTÄLLNING M.M.**

**Konkurrensverket**, nedan även verket, yrkar att förvaltningsrätten med stöd av 21 kap. 1 § 1 LOU beslutar att Ystads kommun ska betala 90 000 kr i upphandlings-skadeavgift. Som grund för ansökan anför verket bl.a. följande.

Förvaltningsrätten fastslog i ovan angiven dom att ett avtal mellan Ystads kommun och Telepass AB avseende skolskjuts får bestå, trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Förvaltningsrättens dom fick laga kraft genom att Kammarrätten i Göteborg den 21 augusti 2020 i mål nr 4439-20 beslutat att inte meddela prövningstillstånd. Kammarrättens beslut överklagades inte.

För att avgöra storleken på upphandlingsavgiften måste värdet på avtalet som har fått bestå beräknas. Avtalet mellan kommunen och Telepass AB har en maximal löptid om 6,5 år. Enligt kommunen uppgår det totala kontraktsvärdet avseende delområde Väster – dvs. såvitt nu är aktuellt – till 22 287 200 kr exklusive mervärdeskatt. Kommunen har härvid dock invänt att avtalet

innehåller en klausul innebärande att avtalet, för det fall en domstol skulle besluta att upphandlingen ska rättas eller avbrytas och Telepass AB:s anbud därmed förkastas, upphör att gälla den 31 december 2020, vilket innebär att den garanterade avtalsperioden för delområde Väster är begränsad till perioden den 1 augusti–31 december 2020. Kommunen har uppskattat kontraktsvärdet för denna period till 1 558 540 kr exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket ser inte skäl att ifrågasätta kommunens uppskattning i sig men anser att kontraktsvärdet, mot bakgrund av att en upphandlings värde ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet som ingår i upphandlingen, ska bestämmas utifrån den maximala avtalstiden om 6,5 år. Detta innebär att kontraktsvärdet kan fastställas till 22 287 200 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed som lägst uppgå till 10 000 kr och som högst till 2 228 720 kr.

Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek i förevarande fall anser Konkurrensverket att följande omständigheter är av betydelse.

Att Ystads kommun tecknat ett avtal trots kännedom om att en ansökan om överprövning av upphandlingen lämnats in inom tiden för avtalsspärren får anses vara en försvårande omständighet vid fastställandet av sanktionsvärdet. Den omständigheten att avtalet innehåller en klausul som möjliggör en förkortad avtalstid innebär inte att avtalet har karaktären av en tillfällig lösning och det har efter ingåendet av avtalet dessutom inte varit möjligt att besluta att upphandlingen ska rättas eller göras om. Några förmildrande omständigheter som inte redan har beaktats i ansökan och som skulle kunna medföra att avgiften bör bestämmas till ett lägre belopp, finns inte.

En överträdelse av avtalsspärren är typiskt sett av mindre allvarlig karaktär än en otillåten direktupphandling av normalgraden, som i praxis ofta funnits motsvara cirka 7–8 procent av avtalets värde. Överträdelsen är i förevarande fall heller inte sådan att det kan anses vara fråga om ett ringa fall.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 90 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

**Ystads kommun**, nedan även kommunen, bestrider Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift om 90 000 kr och anför som grund för sin talan i huvudsak följande.

Avtalet mellan kommunen och Telepass AB har begränsats i tid varför det enbart är värdet som är hänförligt till denna period som vid beräkning av en eventuell upphandlingsskadeavgift ska beaktas. Den klausul som kommunen fört in avseende avtalstiden begränsar avtalets löptid på samma sätt som en direktupphandling hade gjort. Kontraktsvärdet kan i förevarande fall därför inte överstiga det värde som hade bestämts om det i stället hade varit fråga om en direktupphandling avseende delområde Väster under samma period, vilket är 1 558 540 kr. Detta belopp är också det som enligt avtalet och 5 kap. 3 § LOU skulle betalas om förvaltningsrätten hade kommit fram till att kommunen brutit mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna vid tecknande av avtal med Telepass AB. Upphandlingsskadeavgiften får alltså inte överstiga 155 854 kr.

Kommunens överträdelse är av sådan ringa karaktär som enligt 21 kap. 5 § andra stycket LOU innebär att någon upphandlingsskadeavgift inte ska beslutas eller i vart fall sänkas med hänsyn till att det finns ett flertal förmildrande omständigheter.

Kommunen har en lagstadgad skyldighet att tillhandahålla skolskjuts varför det trots löpande avtalsspärr var absolut nödvändigt för kommunen att ingå i målet aktuellt avtal. I syfte att i minsta möjliga mån begränsa konkurrensen fördes en klausul in avseende avtalstiden med innehållet att om överprövning i förvaltningsrätten skulle leda till rättelse av upphandlingen eller att Telepass AB:s anbud skulle förkastas, skulle avtalet upphöra att gälla den 31 december

2020. Därtill har skolskjuts i kammarrättspraxis ansetts utgöra ett sådant allmänt intresse som avses i 20 kap. 14 § LOU. Kommunen har alltså begränsat sin överträdelse av bestämmelserna i LOU och följaktligen även den skada som andra leverantörer kunnat komma att lida, vilket får anses utgöra förmildrande omständigheter.

Kommunen bedömde att det inte var möjligt att låta upphandlingen övergå till ett annonserat öppet, selektivt, förhandlat eller påskyndat förfarande eftersom avtal då inte hade hunnit tecknas i tid före avtalsstart. En övergång till ett annat upphandlingsförfarande hade även medfört risk för dubbla kontrakt vid avtalsspärrens utgång. Det var enligt kommunens bedömning inte heller möjligt att förlänga befintligt avtal med Bergkvarabuss, eftersom det hade stridit mot bestämmelserna i LOU, bl.a. 17 kap. 14 § LOU. En otillåten ändring av ett redan upphandlat kontrakt utgör därtill en otillåten direktupphandling, vilket hade inneburit en allvarligare överträdelse av LOU än att ingå avtal inom tiden för avtalsspärr. Genom att ingå avtal med Telepass AB säkerställde kommunen att andra leverantörer inte skulle stängas ute från marknaden på grund av ansökan om överprövning. Dessa omständigheter får också anses vara kraftigt förmildrande och medföra att kommunens överträdelse ska bedömas vara ett ringa fall.

Som nämnts ovan har anskaffningen, till följd av den lagstadgade skyldigheten att tillhandahålla skolskjuts, varit absolut nödvändig. Det har dessutom förelegat dels synnerligen brådskande omständigheter, dels omständigheter som inte kan tillskrivas eller har kunnat förutses av myndigheten, vilket också innebär att överträdelsen måste anses vara av ringa karaktär. Det är i målet nämligen fråga om anskaffning av skolskjuts inför terminsstart som inte kunnat anstå och eftersom aktuell upphandling påbörjades i god tid (sju månader) före avtalsstart får överprövningsprocessen i förvaltningsrätten anses utgöra en sådan omständighet som kommunen inte har kunnat förutse. De nu nämnda omständigheterna ska i vart fall anses vara förmildrande.

Det får vidare anses vara kraftigt förmildrande att förvaltningsrätten i mål nr 7099-20 bedömde att kommunen vid överträdelsen av avtalsspärren inte hade förfarit i strid med någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Även de förhållandena att det inte varit fråga om en otillåten direktupphandling, att avtalet ingåtts på grund av en pågående överprövningsprocess, att skolskjuts utgör ett sådant allmänt intresse som avses i 20 kap. 14 § LOU samt att kommunen begränsat avtalstiden för att i största möjliga mån begränsa den skada som andra leverantörer kunde komma att lida, medför att upphandlingsskadeavgiften i vart fall kraftigt ska sättas ned.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Allmän förvaltningsdomstol får enligt 21 kap. 1 § 1 LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 § LOU.

Frågan i målet är således om Ystads kommun ska påföras en upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 1 LOU och i så fall med vilket belopp.

Som framgår ovan får förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 1 LOU besluta att en upphandlade myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift, om allmän förvaltningsdomstol i ett lagakraftvunnet avgörande avseende överprövning av avtals giltighet konstaterat att avtal ingåtts i strid med en avtalsspärr men inte förklarat avtalet ogiltigt. Situationen kan vara den att det inte föreligger något annat fel under förfarandet eller att ett fel som förekommit under förfarandet inte medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Bestämmelsen i 21 kap. 1 § 1 LOU är utformad med strikt ansvar och bristande kännedom om gällande rätt eller misstag om lagstiftningens innehåll

ursäktar inte en överträdelse (prop. 2009/10:180 s. 367 f.). Någon överprövning av det lagakraftvunna avgörandet ska inte göras inom ramen för prövning av frågan om upphandlingsskadeavgift (HFD 2014 ref. 49).

Förvaltningsrätten har i den dom som fått laga kraft beslutat att det aktuella avtalet mellan Ystads kommun och Telepass AB som tecknats i strid med den förlängda avtalsspärren fått bestå, eftersom Bergkvarabuss inte visat att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU har överträtts som medfört att bolaget kan anses ha lidit skada. De grundläggande förutsättningarna för att påföra Ystads kommun en upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § LOU är därmed uppfyllda.

#### *Värdet av upphandlingen*

Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 21 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap.

Konkurrensverket har i sin ansökan uppgett att kontraktet avseende delområde Väster, som har en maximal löptid om 6,5 år, har ett totalt värde uppgående till 22 287 200 kr. Ystads kommun har i och för sig vitsordat beloppet men anför att det enbart är värdet som är hänförligt till den i avtalet begränsade perioden, dvs. perioden den 1 augusti–31 december 2020, som ska beaktas.

Av 5 kap. 3 § LOU följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlade myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt. Det är således det teoretiska värdet, alltså det uppskattade värdet, av en upphandling som är föremål för beräkningen av en upphandlings

värde i mål om upphandlingsskadeavgift (Falk, Jan-Erik, ”Lag om offentlig upphandling - en kommentar”, fjärde upplagan 2020 s. 137 f. samt Karnovs och Lexinos lagkommentarer avseende 5 kap. 3 § LOU).

Av avtalet som grundar ansökan om avgift framgår att det gäller för perioden den 1 augusti 2020–31 juli 2023 med möjlighet till tre förlängningar om ett år per gång. I avtalet anges vidare att den upphandlande myndigheten därutöver och för det fall en överprövning enligt LOU skulle föranleda försening av upphandlingen, äger rätt att i lämplig omfattning förlänga kontraktstiden, dock högst sex månader. Detta innebär – och förefaller också vara ostridigt i målet – att avtalet har en maximal löptid om 6,5 år.

Mot bakgrund av det ovan anförda att upphandlingens värde ska beräknas utifrån dess möjliga teoretiska värde som framgår av avtalet, i förevarande fall den maximala löptiden om 6,5 år, finner förvaltningsrätten att det varit korrekt av Konkursverket att beräkna värdet utifrån den maximalt möjliga avtalsperioden. Det saknas således skäl att, trots vad Ystads kommun anført om klausulen avseende avtalstiden, att bestämma upphandlingens värde till ett lägre belopp än 22 287 200 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed som lägst uppgå till 10 000 kr och som högst till 2 228 720 kr.

*Frågan om upphandlingsskadeavgiftens storlek samt frågorna om det rör sig om ett ringa fall*

Av 21 kap. 5 § LOU framgår att vid fastställande av upphandlingsavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Domstolen har härvid ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Ju allvarligare överträdelsen anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften bestämmas till. Hänsyn ska tas både till försvårande och förmildrande omständigheter. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör



även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högre. Även förhållandena hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Ett upprepat beteende i fråga om exempelvis att inte iaktta avtalsspärr bör ses som en försvårande omständighet. I vissa fall kan olägenheter eller negativa ekonomiska konsekvenser för den upphandlande myndigheten ses som förmildrande omständigheter (prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.).

Om överträdelsen är att betrakta som ringa ska någon upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 5 § LOU inte beslutas. Bestämmelsen ska endast tillämpas i undantagsfall och utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är ytterst begränsat. Om det i det enskilda fallet föreligger synnerliga skäl får avgiften enligt 21 kap. 5 § LOU efterges. Med synnerliga skäl åsyftas situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009/10:180 s. 198).

I målet är ostridigt att Ystads kommun trots vetskap om att ansökan om överprövning av upphandlingen av skolskjuts kommit in till förvaltningsrätten ingått avtal i strid med den förlängda avtalsspärren. Genom kommunens agerande har Bergkvarabuss därmed fråntagits möjligheten till överprövning av upphandlingen. Att kommunen medvetet slutit avtal i strid med förlängd avtalsspärr får enligt förvaltningsrätten utgöra en försvårande omständighet. Det förbehåll som kommunen tagit in i avtalet angående avtalstiden vid en eventuell överprövningsprocess kan inte anses vara en förmildrande omständighet när det gäller överträdelsen av avtalsspärren. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att kommunen hamnat i viss tidsnöd med beaktande av att tidigare avtal löpte ut och att det är en viktig tjänst för kommunen. Det får

emellertid anses ankomma på den upphandlande myndigheten att dels ha framförhållning vid genomförande av upphandlingen, dels ta höjd för att en överprövningsprocess kan inledas. Med beaktande av den förhållandevis snäva tidsfristen som kommunen har tillämpat i det aktuella upphandlingsförfarandet får kommunen själv till avgörande del anses ha bidragit till att tiden blivit alltför snäv.

Enligt förvaltningsrättens mening kan Ystads kommuns överträdelse av upphandlingsreglerna inte anses som ett ringa fall och en upphandlingsskadeavgift ska därför beslutas. Vad kommunen anfört föranleder inte någon annan bedömning. Med beaktande av överträdelsens karaktär och upphandlingsföremålets värde får den avgift om 90 000 kr som Konkurrensverket yrkat anses vara proportionerlig. Några synnerliga skäl att enligt 21 kap. 5 § LOU efterge avgiften har inte framkommit.

Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas fullt ut.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05)

Cecilia Holmdahl

Sally Söderholm har varit föredragande.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.