



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 5

DOM

2023-09-12

Meddelad i Stockholm

Mål nr

21691-22

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

SRV Återvinning AB, 556053-7515

Ombud: [REDACTED]

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan om upphandlings-
skadeavgift och beslutar att SRV Återvinning AB ska betala 1 800 000 kr i
upphandlingsskadeavgift.

BAKGRUND

Den 9 november 2021 ingick SRV Återvinning AB (SRV) och leverantören JD Stenqvist AB (JD Stenquist) avtal om leveranser av matavfallspåsar utan föregående annonsering. Tilldelningen av kontraktet föregicks av att SRV, den 5 oktober 2021, lät publicera ett meddelande om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering enligt 10 kap. 5 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), i vilken bolagen informerade om sin avsikt att ingå avtal om leveranser av matavfallspåsar med leverantören JD Stenqvist utan föregående annonsering. I meddelandet angav SRV bl.a. att marknadsläget med brist på kraftpapper leder till att ingen leverantör under marknadsundersökningen inför upphandling kunnat garantera leverans av efterfrågade produkter i den omfattning som SRV efterfrågar och att den enda leverantör som uttryckt sig kunna leverera dessa kvantiteter är SRV:s nuvarande leverantör JD Stenqvist.

Konkurrensverket inledde därefter, i egenskap av tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige, ett tillsynsärende avseende tilldelningen av avtalet. Den 3 november 2022 lämnade myndigheten in en ansökan om upphandlingsskadeavgift till Förvaltningsrätten i Stockholm.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om upphandlingsskadeavgift och yrkar att förvaltningsrätten, med stöd av 21 kap. 1 § 3 LOU, ska förpliktiga SRV att betala en upphandlingsskadeavgift om 1 800 000 kr. Till stöd för sin ansökan anför Konkurrensverket i huvudsak följande. SRV har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att ingå avtal med leverantören JD Stenqvist för leverans av matavfallspåsar utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling. Den fullständiga motiveringen till ansökan framgår av bilaga 1.

SRV motsätter sig bifall till ansökan om upphandlingsskadeavgift och anför i huvudsak följande. I första hand gör **SRV** gällande att bolaget har haft rätt att ingå avtalet med stöd av 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. I andra hand gör **SRV** gällande att bolaget har slutit avtalet genom förnyad konkurrensutsättning i enlighet med Adda Inköpscentral AB:s ramavtal ”Avfallskärl och avfallspåsar 2018”. För det tredje gör **SRV** gällande att bolaget har haft rätt att ingå avtalet med stöd av 6 kap. 17 § första stycket 2 och/eller 3 LOU. För det fjärde föreligger synnerliga skäl för att efterge avgiften enligt 21 kap. 5 § LOU. För det femte ska den av Konkurrensverket anförda överträdelsen av LOU anses vara ringa varvid en upphandlingsskadeavgift om 10 000 kr vitsordas som skälig i sig.

Konkurrensverket vidhåller sin ansökan och tillägger bl.a. följande. Konkurrensverket anser att avtalet inte slutits efter en förnyad konkurrensutsättning i enlighet med bestämmelserna i LOU eftersom förfarandet enligt 7 kap. 9 § LOU inte har följts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Upphandlingen påbörjades år 2021 och LOU är därmed tillämplig i sin lydelse vid den tidpunkten (se övergångsbestämmelserna till lagen [SFS 2021:1110] om ändring av LOU).

Om en upphandlande myndighet har haft en skyldighet att konkurrensutsätta en upphandling enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §§ LOU och ändå slutit avtal med en leverantör utan sådan föregående annonsering får en allmän förvaltningsdomstol – efter ansökan från Konkurrensverket – besluta att myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift. Denna avgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av

upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §. 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. Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (se 21 kap. 1 § 3, samt 4 §, 5 § och 7 § andra stycket LOU).

Det är Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för en ansökan om upphandlingsskadeavgift (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 16 februari 2023 i mål nr 3095-22 och Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20).

Det är ostridigt mellan parterna att upphandlingen omfattas av tillämpningsområdet för LOU och att avtalet från november 2021 inte har föregåtts av annonsering. Ansökan har även inkommit i rätt tid. Det förvaltningsrätten ska pröva är således om SRV varit skyldig att annonsera upphandlingen av avtalet enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §§ LOU, eller om bolaget haft stöd i LOU att tilldela avtal utan sådan annonsering. Om SRV 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.

Inledande om avtalets värde och tillämpliga bestämmelser

En upphandlings uppskattade värde har betydelse för frågan om en upphandling ska genomföras med tillämpning av bestämmelserna för upphandling över tröskelvärdena, inklusive annonseringsskyldigheten i 10 kap. 1 § LOU. En upphandlingsskadeavgift får inte heller överstiga tio

procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § (se 1 kap. 4 § och 21 kap. 4 § LOU).

Enligt Konkurrensverket uppgår upphandlingens värde till 25 500 000 kr. Konkurrensverket har vid denna uppskattning utgått från uppgifter i avtalet om att volymen matavfallspåsar är ca 13–15 miljoner per år och beräknat att upphandlingens värde motsvarar den ersättning som, utifrån avtalade priser per matavfallspåsar, kan betalas ut för en leverans om 15 miljoner matpåsar per år under den maximala avtalstiden om fyra år.

SRV har under handläggningen hos Konkurrensverket invänt att myndighetens beräkning inte är korrekt eftersom SRV avser avsluta avtalet vid en ansökan om upphandlingsskadeavgift och att förlängningsoptionerna för år två, tre och fyra därmed inte ska räknas med i upphandlingens värde. Något alternativt belopp har inte presenterats i förvaltningsrätten men SRV har i sin annons om tilldelning utan föregående annonsering och i avtalet från november 2021 angett att avtalet kan löpa under fyra år och att avtalsvärdet per år beräknas till ca 3 500 000 kr.

Förvaltningsrätten noterar i denna del att värdeberäkningsreglerna i 5 kap. LOU inte tar sikte på den ersättning som faktiskt har betalats ut eller som – utifrån förhållandena som föreligger vid tidpunkten för en ansökan om upphandlingsskadeavgift – kommer att betalas ut enligt ett avtal som ingåtts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Uppskattningen av en upphandlings värde ska nämligen, enligt 5 kap. 4 § LOU, avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet. Vidare följer det av 5 kap. 3 § LOU att när värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Det är i första hand den upphandlande

myndigheten som företar beräkningen av en upphandlings värde. Denna ska dock på objektiva grunder kunna angripas (jfr prop. 2006/07:128 s. 315).

Utifrån det som framgår om volymuppskattningen gällande matavfallspåsar vid tidpunkten för upphandlingsförfarandet, styckpriserna i avtalet, samt förhållandet att förlängningsklausulerna ska räknas med i uppskattningen av upphandlingens värde, bedömer förvaltningsrätten att det finns skäl att frånga den uppskattning som SRV har gjort och i stället utgå ifrån Konkurrensverkets beräkning av ett uppskattat värde om 25 500 000 kr.

Eftersom upphandlingens uppskattade värde överstiger tillämpligt tröskelvärde om 2 197 545 kr för varukontrakt är utgångspunkten att SRV haft en skyldighet informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal enligt 10 kap. 1 § LOU före det att avtal tecknas.

Undantag från krav om föregående annonsering

Frågan är därefter om det har funnits undantag från kravet på föregående annonsering i 10 kap. 1, 2 eller 3 §§ LOU. Som skäl för att underlåta annonsering har SRV gjort gällande att det i första hand förelåg undantag enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU, i andra hand att avtal slutits genom förnyad konkurrensutsättning enligt villkor i ramavtal utan krav på ytterligare annonsering, och för det tredje att det förelåg undantag enligt 6 kap. 17 § första stycket 2 och/eller 3 LOU.

Undantag från annonsering p.g.a. tekniska skäl enligt 6 kap. 14 § LOU

Av 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas av endast en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Av tredje stycket i samma

bestämmelse framgår att ett sådant förfarande får användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Bestämmelsen avser situationer där det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst därför att det objektivt sett endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet. Om den exklusiva situationen har uppstått av tekniska skäl bör de definieras och motiveras ytterst noggrant från fall till fall. Det kan exempelvis röra sig om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan ekonomisk aktör att uppnå erforderlig fullgörandenivå eller att det är nödvändigt att använda specifik kunskap eller specifika verktyg eller medel som endast en ekonomisk aktör har. Tekniska skäl kan också innebära särskilda driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas i syfte att säkerställa att de byggentreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas kommer att fungera (se skäl 50 direktiv 2014/24/EU¹).

Den upphandlande myndigheten måste inte endast visa att det finns tekniska skäl utan även att de tekniska skälen gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas ett visst företag (se bl.a. målen C-199/85 Kommissionen mot Italien, C-57/94 Kommissionen mot Italien, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland och mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland). Bevisning kan exempelvis bestå av marknadsanalyser och expertutlåtande (jfr bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 3 november 2021 i mål nr 4042-21 och Kammarrätten i Stockholms dom den 4 november 2019 i mål nr 1591-19).

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, EUT L 94, 28.3.2014, s. 65–242.

Konkurrensverket anser att undantaget i 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU inte var tillämpligt och har bl.a. framfört att påståendet om att det har förelegat tekniska skäl faller på att det inte har varit omöjligt för något annat företag att tillverka och/eller leverera produkten, och att det inte har presenterats något underlag som tyder på att enbart leverantören JD Stenqvist hade möjlighet att leverera matavfallspåsar utifrån SRV:s behov.

SRV gör däremot gällande att dess utredning visar att de tre leverantörerna JD Stenqvist, San Sac AB (San Sac) och Svenco Pappersäckar AB (Svenco) – som år 2021 var ramavtalsleverantörer för anbudsområde 2 ”Papperspåsar för matavfall” på Adda Inköpscentral AB:s ramavtal ”Avfallskärl och avfallspåsar 2018” – var de enda aktörerna som kunnat konkurrera om kontraktet och att endast den tilldelade leverantören JD Stenqvist kunnat leverera utifrån SRV:s behov. SRV har i denna del gjort gällande att pandemin och kriget i Ukraina har påverkat utbudet av och priserna för matavfallspåsar samt att bolaget med stor sannolikhet inte skulle kunna få tillräckliga leveranser av matavfallspåsar vare sig genom avrop från dess befintliga ramavtal eller genom annonsering av ny upphandling. Till stöd för att matavfallspåsar i efterfrågade volymer endast kunde tillhandahållas av JD Stenqvist därför att det på grund av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens har SRV bl.a. hänvisat till

- två e-postmeddelande daterade i september 2021 i vilka företrädare för leverantörerna San Sac och Svenco uppger att bolagen inte kan garantera leveranser i den storleksordning som SRV är i behov av,
- en odaterad skrivelse rubricerad ”Marknadsbakgrund prisjustering av kraftpapper till matavfallspåsar” i vilken leverantören JD Stenqvist bl.a. uppger att det uppstått en global brist på kraftpapper där efterfrågan är större än tillgången och att bolaget måste få en möjlighet att ta ut de faktiska höjningar som drabbar bolaget som papperspåsestillverkare,
- tre e-postmeddelanden daterade i augusti 2022 i vilka leverantörerna JD Stenqvist, San Sac och Svenco uppger sig vara de enda tre

leverantörerna av matavfallspåsar i papper till offentliga upphandlingar i Sverige,

- en lista över upphandlingar av matavfallspåsar i Sverige och ett urval av tilldelningsbeslut daterade år 2021 och 2022 i vilka leverantörerna JD Stenqvist, San Sac, Svenco och Urbaser AB omnämns som kontraktsparter,
- tre epostmeddelanden daterade i januari 2023 i vilka företrädare för leverantörerna JD Stenqvist, San Sac och Svenco bl.a. uppger att leverantören Urbaser AB inte är en potentiell leverantör av endast matavfallspåsar,
- skärmsklipp från föreningen Skogsindustriernas hemsida i vilket bl.a. anges att av svensk produktion går 70 procent av sågade trävaror och 90 procent av massa, papper och kartong på export,
- ett e-postmeddelande daterat i februari 2023 i vilken marknadsanalytiker vid föreningen Skogsindustrierna uppger att import av kraftpapper och kraftpapp understigit 50 000 ton per år under de senaste fem åren och att exporten i runda slängar uppgår till 800 000 ton, och
- tre rapporter från föreningen Skogsindustrierna upprättade i februari 2021, mars 2022 och december 2022 avseende skogsindustrin år 2020–2022.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning om tillämpligheten av undantaget i 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU.

Såvitt framgår av underlaget i målet har SRV:s undersökning av marknaden år 2021 varit begränsad till kontakt med de tre leverantörer som återfanns på det rikstäckande ramavtalet ”Avfallskärl och avfallspåsar 2018”. Enligt förvaltningsrätten kan det inte utläsas av e-postmeddelandena från hösten 2021, samt övrigt underlag som lagt fram i målet att endast ett företag på marknaden kunde tillhandahålla aktuella matavfallspåsar på grund av tekniska skäl. Av underlaget framgår i stället att det fanns åtminstone tre leverantörer som kunde

tillhandahålla matavfallspåsar till upphandlande myndigheter och därmed konkurrera om det aktuella upphandlingsföremålet. Omständigheten att två av leverantörerna vid kontakt i september 2021 inte lämnat garantier eller intresse av att leverera efterfrågade volymer till just SRV innebär inte, i förvaltningsrättens mening, att det är frågan om tekniska skäl i den mening som avses i 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU.

SRV har inte heller visat att bolaget företagit några marknadsundersökningar för att kartlägga marknaden för matavfallspåsar eller för att eftersöka om det fanns rimliga alternativ utanför Sverige år 2021. Enligt förvaltningsrätten ger det som SRV presenterat om marknaden och handeln med pappersmassa inte skäl för slutsatsen att endast de tre leverantörer som SRV kontaktat skulle ha kunnat vara aktuella för kontrakt. Utifrån underlaget och avsaknaden av dokumenterade undersökningar går det inte att utesluta att ytterligare leverantörer har funnits på marknaden eller att potentiella anbudsgivare skulle kunna leverera varorna enligt villkoren i det tilldelade avtalet.

Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att SRV inte visat att förutsättningarna för att tillämpa undantaget från annonsering i 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU är uppfyllda.

Undantag från krav på ny upphandling p.g.a. förnyad konkurrensutsättning

När en upphandlande myndighet avser tilldela ett kontrakt enligt villkoren ett befintligt ramavtal enligt 7 kap. LOU är myndigheten inte skyldig att genomföra en ny annonsering utan tilldelning kan i stället ske inom ramen för och i enlighet med villkoren i ramavtalet. Vid en förnyad konkurrensutsättning enligt 7 kap. 9 § LOU ska de leverantörer som är parter i ramavtalet inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får enligt 7 kap. 3 § andra stycket LOU inte avvika väsentligt från villkoren i ramavtalet.

Bedömningen av vad som är väsentliga avvikelser ska göras med ledning av bestämmelserna i 17 kap. LOU om ändring av kontrakt (se prop. 2015/16:195 s. 1010).

Konkurrensverket har fört fram att avtalet inte har slutits efter en förnyad konkurrensutsättning enligt villkoren i ett ramavtal och att någon förnyad konkurrensutsättning i LOU:s mening följaktligen inte kan anses ha skett. Myndigheten har även fört fram att eventuella ändringar inte är förenliga med 17 kap. och att SRV inte haft rätt att ändra i ramavtalet ”Avfallskärl och avfallspåsar 2018”.

SRV gör gällande att avtalet har slutits enligt ramavtalet ”Avfallskärl och avfallspåsar 2018” eftersom bolaget har skickat ut avropsförfrågan till leverantörerna samt att eventuella ändringar i förhållande till ramavtalet varit tillåtna enligt 17 kap. 9, 11 och 12 §§ LOU. SRV har även uppgett att ändringar inte införts i ramavtalet utan att bolaget haft rätt att införa andra villkor i avtalet än vad ramavtalet stadgar om för avropade kontrakt.

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att det, utifrån underlaget som parterna lämnat in i målet, helt saknas stöd för att SRV genomfört en förnyad konkurrensutsättning enligt villkoren i ovan angivet ramavtal eller att avtalet från november 2021 skulle utgöra ett avrop på detta ramavtal. Av de e-postmeddelande som SRV lämnat in avseende kontakterna med leverantörer i september 2021 anges i stället att bolaget haft en bra dialog gällande eventuellt avrop, att ett alternativ till ett avrop var att gå ut med en egen öppen upphandling och bolaget beslutat att göra ett förhandlat förfarande med nuvarande leverantör. I avtalet från november 2021 anges även tydligt att upphandlingen genomförts som ett förhandlat förfarande enligt LOU. Någon förutsättning att betrakta förfarandet inför tilldelningen av kontraktet som en förnyad konkurrensutsättning enligt villkoren i ramavtalet finns således inte enligt förvaltningsrätten. Även för det fall en förnyad konkurrensutsättning

genomförts anser förvaltningsrätten, i likhet med Konkurrensverket, att ändringarna i förhållande till villkoren i ramavtalet är så pass omfattande att de inte kan anses utgöra ett tillåtet avrop eller ändring enligt 7 kap. 3 § andra stycket jämförd med 17 kap. 9, 11 och 12 §§ LOU.

Undantag från krav på annonsering p.g.a. kompletterande beställningar enligt 6 kap. 17 § första stycket 2 LOU

Enligt 6 kap. 17 § första stycket 2 LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av varor, om kontraktet gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga varuleverantören under förutsättning att a) leveransen antingen syftar till att delvis ersätta varuleveranser eller anläggningar, eller till att utöka befintliga varuleveranser eller anläggningar, och b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll. Av bestämmelsens andra stycket framgår att ett kontrakt om kompletterande leveranser enligt första stycket 2 får gälla under längre tid än tre år endast om det finns särskilda skäl.

Konkurrensverket har anfört bl.a. att avtalet från november 2021 inte är en komplettering eftersom det inte finns någon redan gjord beställning som avtalet är kopplat till och att något avrop inte gjorts som behöver kompletteras med leverans efter ramavtalets löptid. SRV har å sin sida gjort gällande att leveranserna enligt avtalet från november 2021 syftar till att delvis ersätta varuleveranser enligt ramavtalet ”Avfallskärl och avfallspåsar 2018” och att SRV utan det direkttilldelade avtalet hade äventyrat sina möjligheter att trygga sin tillgång till matavfallspåsar med stora tekniska problem i dess tekniska verksamhet som följd.

Enligt förvaltningsrätten har det inte framkommit något som tyder på att byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll. Undantaget i 6 kap. 17 § första stycket 2 LOU är således inte tillämpligt och medför inte undantag från krav på annonsering.

Undantag från annonsering p.g.a. förvärv på råvarumarknad enligt 6 kap. 17 § första stycket 3 LOU

Av 6 kap. 17 § första stycket 3 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av varor om kontraktet gäller varor som är noterade och omsätts på en råvarumarknad. Bakgrunden till undantaget är att det inte är ändamålsenligt att genomföra en upphandling när varor förvärvas direkt på en varumarknad, inklusive handelsplattformar för råvaror, exempelvis jordbruksprodukter, råmaterial och energiutbyten, om den reglerade och övervakade multilaterala handelsstrukturen på ett naturligt sätt garanterar marknadspriserna (se prop. 2015/16:195 s. 1000 och skäl 50 direktiv 2014/24/EU).

Konkurrensverket har framfört att undantaget inte är tillämpligt på SRV:s anskaffning av matavfallspåsar medan SRV gör gällande att råvaran trä/pappersmassa utgör en så stor del av den färdiga matavfallspåsens värde att den genom avtalet anskaffade produkten är att hänföra till en noterad och på råvarumarknad omsatt råvara.

Enligt förvaltningsrätten lämnar den aktuella bestämmelsen i 6 kap. 17 § första stycket 3 LOU inte något utrymme för att utvidga undantaget till andra varor än sådana som faktiskt omsätts på en råvarumarknad, varigenom marknadspriser garanteras. SRV har inte framställt något påstående eller lagt

fram någon bevisning om att den vara som anskaffats av den upphandlande myndigheten genom avtalet, dvs. matavfallspåsar, omsätts på en råvarumarknad. Att leverantörer av matavfallspåsar påstås anskaffa insatsvaror genom handelsplattformar för råvaror saknar enligt förvaltningsrätten betydelse för SRV:s möjlighet att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för de varor som bolaget anskaffat av JD Stenquist.

Undantaget i 6 kap. 17 § första stycket 3 LOU är således inte tillämpligt och medför inte undantag från krav på annonsering.

Sammanfattning om annonseringskrav

Förvaltningsrätten bedömer att det inte funnits något tillämpligt undantag från kravet på annonsering vid tilldelningen avtalet i november 2021. SRV har således genomfört en otillåten direktupphandling genom att ingå avtal utan sådan annonsering.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.

Frågan är därefter om SRV ska åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift.

Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte (prop. 2009/10:180 s.197 f. och 369 f.). I mål nr 672-13 uttalade Kammarrätten i Sundsvall följande gällande avgiftens storlek, vilket HFD sedan instämde i (se HFD 2014 ref 69). Avgiftens storlek måste bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan vare sig av lagtext eller förarbeten läsas ut att sanktionsvärdet ska fastställas till en viss procentandel av kontraktsvärdet. Beloppsbegränsningen i lagrummet måste innebära att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktsvärdet är en av flera avgörande faktorer och där högsta

avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall. Kontraktsvärdet om 161 miljoner kr bedömdes inte som avsevärt högt.

SRV har avseende upphandlingsskadeavgiftens storlek bl.a. framhållit att bolaget agerat efter bästa förmåga i ett extremt svårt läge, att bolaget genomfört en undersökning av marknadsläget och konkurrensutsatt upphandlingsföremålet, samt att annons om tilldelning av kontrakt gjordes med iakttagande av tio dagars avtalsspärr.

Förvaltningsrätten konstaterar att SRV har genomfört en otillåten direktupphandling. Det rör sig alltså om en av de allvarigare överträdelserna inom upphandlingsområdet. Förvaltningsrätten anser att den överträdelse som SRV har gjort sig skyldig till inte är att anse som ringa. Vad gäller omständigheten att SRV inför tilldelningen av avtalet kontaktat tre stora leverantörer på marknaden och låtit publicera en annons om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering, utgör enligt förvaltningsrätten inte skäl att betrakta överträdelsen att ingå avtalet som mindre allvarlig. En annonsering enligt 10 kap. 5 § LOU är en frivillig åtgärd som en upphandlande myndighet kan företa för att begränsa leverantörers möjlighet att ansöka om överprövning av avtalets giltighet efter det att en avtalsspärr löpt ut. Det är inte en åtgärd som kan likställas med en konkurrensutsättning enligt 10 kap. 1–3 §§ LOU eller som, enligt förvaltningsrätten, ska betraktas som en förmildrande omständighet vid fastställandet av en upphandlingsskadeavgifts storlek. Förvaltningsrätten anser vidare att överträdelsen är klar.

Utifrån en bedömning av relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte bedömer förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift om 1 800 000 kr får anses vara en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion för SRV. Avgiften överstiger inte 10 procent av upphandlingens värde om 25 500 000 kr enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU. Det har inte heller framkommit sådana omständigheter som

medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en sanktionsavgift.

Sammanfattning

SRV har genomfört en otillåten direktupphandling. Överträdelsen kan inte ses som ringa. SRV ska därför påföras en upphandlingsskadeavgift. Det finns inte synnerliga skäl för att efterge avgiften. Avgiften bör uppgå till 1 800 000 kr. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR-05).

Kerstin Andres

Rådman

Föredragande juristen Anton Himmelstrand har varit föredragande.