

Förvaltningsrätten i Karlstad  
Box 568  
651 12 Karlstad

## Ansökan om upphandlingsskadeavgift

### Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### Motpart

Kristinehamns kommun, Kungsgatan 30, 681 84 Kristinehamn

### Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK)

---

### Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LUK beslutar att Kristinehamns kommun ska betala 430 000 (fyrahundratrettiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

## Grunder

1. Kristinehamns kommun (kommunen) har den 10 september 2018 ingått avtal om drift av Kristinehamn biograf med Kristinehamns Conference Centre Aktiebolag (KCC) utan föregående annonsering enligt 15 kap. 5 § LUK. Det saknades förutsättningar att ingå avtalet utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

## Bakgrund och omständigheter

2. Biografen i Kristinehamn har sedan 2011 drivits av samma leverantör. I december 2017 meddelade kommunen den tidigare leverantören att hyresavtalet sades upp med en uppsägningstid om nio månader. Avtalet löpte ut den 30 september 2018.
3. Kommunen ingick den 10 september 2018 avtal om tjänstekoncession med KCC avseende driften av biografverksamheten. Avtalet löper fr.o.m. den 1 oktober 2018 t.o.m. den 30 september 2019 med möjlighet till förlängning om ett år, dvs. som längst t.o.m. den 30 september 2020, se bilaga 1.
4. Kommunen har anfört att de har uppskattat värdet till ett värde som understiger direktupphandlingsgränsen och att de därför har kunnat tilldela kontraktet genom en direktupphandling. Eftersom den tidigare leverantören inte lämnade in ekonomiskt underlag och statistik fanns det enligt kommunen inte heller möjlighet att utforma ett förfrågningsunderlag. Vidare menar kommunen att det i vilket fall måste anses vara fråga om ett ringa fall och att en avgift därför inte ska utgå.

## Avtalet mellan Kristinehamns kommun och KCC utgör en otillåten direktupphandling

Avtalet utgör ett avtal om tjänstekoncession

5. Enligt 1 kap. 2 § LUK gäller lagen för upphandling av koncessioner. Med en koncession avses enligt 1 kap. 13 § LUK ett skriftligt kontrakt som utgör antingen en bygg- eller tjänstekoncession där ersättningen utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning och där verksamhetsrisken övertas av koncessionshavaren.
6. Av avtalet mellan kommunen och KCC framgår att upplåtelsen gäller drift av biografverksamhet och därmed sammanhängande verksamhet. KCC ska under årets samtliga månader för kommunens räkning bedriva biografverksamhet. Samtliga intäkter av verksamheten ska tillfalla KCC. Driftsbidrag ska utgå med 576 000 kronor per år.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Se bilaga 1, Avtal p. 1, 5 och 8.

7. KCC har enligt avtalet ålagts att löpande underhålla den tekniska utrustningen för filmvisning och ljud i biograflokalen. KCC är ansvarigt för skada som uppstår genom fel eller försummelse vid utövandet av verksamheten. Kommunen har regressrätt mot KCC för de fall kommunen förpliktas att ge ut ersättning till tredjeman för skada som uppdragstagaren svarar för.<sup>2</sup>
8. KCC ska ansöka om tillstånd och teckna försäkringar som behövs för att bedriva verksamheten. Arbetsgivaransvaret för personalen är reglerat i avtalet där KCC är angivet som arbetsgivare.<sup>3</sup>
9. Ersättningen för det arbete KCC utför utgörs alltså dels av rätten att utnyttja föremålet för avtalet, dvs. biografverksamheten, dels av ersättningen som utgår från kommunen (dvs. driftsbidraget).
10. För att det ska vara fråga om en tjänstekoncession måste verksamhetsrisken övertas av koncessionshavaren. Med detta avses en risk för att vara utsatt för marknadens nycker. Sådan risk kan exempelvis ta sig uttryck i en risk för att utsättas för konkurrens från andra aktörer, risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, risk för insolvens hos verksamhetens kunder som är betalningsskyldiga, risk för att inkomsterna i verksamheten inte ska täcka samtliga kostnader eller risk för att behöva bära ansvaret för skador som uppkommer till följd av verksamheten. Att koncessionshavaren tar verksamhetsrisken innefattar alltså att leverantören riskerar att inte få betalt för sina kostnader på grund av faktorer som ligger utanför dennes kontroll.<sup>4</sup>
11. Om ingen del av den risk som är förenad med tillhandahållandet av tjänsten överförs på koncessionshavaren utgör transaktionen inte en tjänstekoncession. Hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten ska föras över på koncessionshavaren. Det finns dock inget krav på att risken i sig ska vara betydande.<sup>5</sup>
12. Konkurrensverket bedömer att en betydande del av den ekonomiska risk som är förenad med att bedriva den aktuella verksamheten har övergått till KCC. Avtalet gäller därmed en verksamhet som faller under LUK:s tillämpningsområde.

#### Kontraktets värde

13. Beräkningen av kontraktsvärdet ska göras enligt 5 kap. 2–5 §§ LUK (5 kap. och 15 kap. 7 § LUK). Värdet av ett kontrakt ska enligt 5 kap. 2 § LUK

---

<sup>2</sup> Se bilaga 1, Avtal, p. 6 och 10.

<sup>3</sup> Se bilaga 1, Avtal p. 4, 11 och 12.

<sup>4</sup> Se skäl 18 och 20 i direktiv 2014/23/EU. Se även EU domstolens dom i mål C-274/09 Stadler p. 37. För liknande resonemang se även mål C-234/03 Contse m.fl. p. 22.

<sup>5</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-206/08 Eurawasser p. 70–72 och skäl 19 i direktiv 2014/23/EU.

uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid. De intäkter som koncessionshavaren får som ersättning för de tjänster som koncessionen avser, samt värdet på varor som följer med sådana tjänster, utgör alltså koncessionens värde. Eftersom det slutliga värdet inte kan vara känt förrän koncessionen är avslutad är det alltid fråga om en förhandsbedömning. Den upphandlande myndighetens uppskattning måste dock ske på ett omsorgsfullt sätt och vara så korrekt som möjligt.<sup>6</sup>

14. Värdet av en koncession ska enligt 5 kap. 5 § LUK uppskattas med hjälp av en objektiv metod. Vid uppskattningen ska hänsyn tas till bl.a. värdet av varje form av options- och förlängningsklausul, ersättningar eller andra ekonomiska fördelar oavsett form som koncessionshavaren får av den upphandlande myndigheten eller enheten samt bidrag eller andra ekonomiska fördelar som koncessionshavaren får från tredje part för utförandet av koncessionen. Vad som utgör en objektiv beräkningsmetod av koncessionens sammanlagda omsättning framgår dock inte närmare av LUK.
15. Kommunen har bedömt värdet på koncessionen till 1 252 000 kronor. Kommunen har utgått från driftsbidraget om 576 000 kronor på två år för det fall att förlängningsoptionen utnyttjas samt bidrag från SFI som för avtalsperioden torde utgå med 100 000 kronor. Kommunen har vidare anfört att det ekonomiska underlag som Konkurrensverket hämtat in inte ska utgöra underlag för beräkningen av koncessionens värde. 5 kap. 2 § LUK måste läsas mot bakgrund av vad som framgår av 5 kap. 5 § LUK.
16. Värdet ska dock uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen. 5 kap. 5 § LUK utgör endast en precisering av hur värdet enligt 5 kap. 2 § ska uppskattas.<sup>7</sup> Av det underlag som Konkurrensverket har hämtat in från tidigare leverantör framgår biografens historiska omsättning avseende åren 2013–2018, se bilaga 2. Mot bakgrund av detta underlag bedömer Konkurrensverket att den uppskattning som kommunen har gjort är uppenbart felaktig och att en alternativ beräkning måste göras.<sup>8</sup>
17. Verksamhetens genomsnittliga nettoomsättning för de senaste 69 månaderna innan tilldelning av det nya avtalet har uppgått till 189 000 kronor per månad.<sup>9</sup> Den genomsnittliga omsättningen per år har varit 2 268 000 kronor. Förutom nettoomsättningen har den tidigare leverantören erhållit

---

<sup>6</sup> Se prop. 2015/16:195 s. 490.

<sup>7</sup> Se prop. 2015/16:195 s. 1342.

<sup>8</sup> Konkurrensverket vill i detta sammanhang hänvisa till Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 1 oktober 2018 i mål nr 11218-18 och Kammarrätten i Stockholms beslut den 16 november 2018 i mål nr 8431-18 där det historiska omsättningsvärdet för verksamheten fick ligga till grund för beräkningen av koncessionens värde.

<sup>9</sup> Antalet månader om 69 månader bygger på bokslutssiffror för 2013–2017 och för 2018 finns bokslutssiffror för 9 månader.

kommunala bidrag om 117 000 kronor per år och bidrag från SFI i genomsnitt om 50 000 kronor per år.<sup>10</sup>

18. Numera erhåller KCC bidrag från kommunen eller s.k. driftsbidrag om 576 000 kronor per år. Enligt villkoren i koncessionsavtalet förväntas KCC även söka bidrag från SFI.<sup>11</sup> Konkurrensverket uppskattar bidraget till 50 000 kronor per år och totalt 100 000 kronor.
19. Utifrån omsättningsuppgifterna, driftsbidraget och övriga verksamhetsrelaterade bidrag får avtalets värde beräknas enligt följande.

Genomsnittlig omsättning per år: 2 268 000 kronor

Driftsbidrag per år: 576 000 kronor

SFI-bidrag per år: 50 000 kronor

Totalt:  $2\,268\,000 + 576\,000 + 50\,000 = 2\,894\,000$  kronor per år.

Totalt för en avtalsperiod om två år = 5 788 000 kronor.

Den totala omsättningen avseende två år för koncessionen, och därmed värdet av koncessionen, uppgår enligt Konkurrensverkets beräkning till 5 788 000 kronor. Det har inte kommit fram några skäl för att beräkna den framtida omsättningen för verksamheten till ett lägre belopp.

#### Otillåten direktupphandling

20. Enligt huvudregeln i 8 kap. 1 § och 15 kap. 5 § LUK ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras.<sup>12</sup> För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LUK är tillämpliga.<sup>13</sup>
21. Eftersom upphandlingens värde enligt Konkurrensverket överstiger den tillämpliga direktupphandlingsgränsen, men understiger tröskelvärdet, skulle kommunen enligt 15 kap. 5 § LUK ha förhandsannonserat upphandlingen i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Enligt

<sup>10</sup> SFI-bidraget avser ett genomsnitt för åren 2013–2018. Bidraget är inte jämnt fördelat.

<sup>11</sup> Se bilaga 1 Avtal p. 4.

<sup>12</sup> Tröskelvärdet för tjänstekoncessioner uppgick 2018 till 52 620 561 kronor och direktupphandlingsgränsen till 2 631 028 kronor.

<sup>13</sup> Se 15 kap. 6 § LUK.

förarbetena till LUK är huvudregeln att upphandlande myndigheter ska offentliggöra sin avsikt att tilldela koncessioner.<sup>14</sup>

22. Det finns enligt Konkurrensverkets bedömning inte några omständigheter i utredningen som medför att något av de särskilda undantagen från annonsering i LUK varit tillämpliga. Vad kommunen anfört om att det saknades ekonomiskt underlag och statistik för att utforma ett förfrågningsunderlag ändrar inte denna bedömning. Avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

### **Upphandlingsskadeavgift**

23. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LUK).<sup>15</sup> Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.<sup>16</sup>
24. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.<sup>17</sup>
25. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (17 kap. 7 § LUK).
26. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av parterna den 10 september 2018. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 10 september 2018 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

### **Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek**

27. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av koncessionens värde. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Prop. 2015/16:195 s. 623.

<sup>15</sup> Av prop. 2015/16:195 s. 877 f. framgår att bestämmelser om bl.a. upphandlingsskadeavgift i LUK ska motsvara de regler som finns i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Hänvisningar till tidigare förarbetsuttalanden samt domstolsavgöranden beträffande LOU är därför aktuella även vid tillämpningen av bestämmelserna i LUK. Av förarbeten framgår även att reglerna i 2017 års LOU, LUF och LUK överförts väsentligen oförändrade från tidigare lagar (s. 875 f. och 1158 ff.).

<sup>16</sup> Se prop. 2015/16:195 s. 1383 ff. och prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

<sup>17</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196 f.

<sup>18</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

Beräkningen av värdet ska ske enligt 5 kap. LUK (17 kap. 4 § LUK).

Konkurrensverket har beräknat koncessionens värde till 5 788 000 kronor (se punkt 19 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 578 800 kronor ( $5\,788\,000 \times 0,1$ ).

28. 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 (17 kap. 5 § LUK).
29. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer upphandlingslagstiftningen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.<sup>19</sup>
30. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses 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 göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.<sup>20</sup> Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.<sup>21</sup>
31. Kommunen har anfört att det, mot bakgrund av Konkurrensverkets eget konstaterande under utredningen att det inte framgår vad som avses med en objektiv beräkningsmetod vid beräkningen av koncessionens värde, får anses vara fråga om ett ringa fall. Konkurrensverket gör dock en annan bedömning.
32. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Detta talar för ett högt sanktionsvärde. Rättsläget kan inte anses vara oklart. Av lagtext och förarbeten framgår tydligt att det är den sammanlagda omsättningen till följd av koncessionen som utgör värdet av koncessionen.<sup>22</sup> Enligt

<sup>19</sup> Se prop. 2015/16:195 s. 1383 f. och prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369 f.

<sup>20</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 f. och 369 f.

<sup>21</sup> Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

<sup>22</sup> 5 kap. 2 § LUK och prop. 2015/16:195 s. 490 f.

Konkurrensverket finns det därutöver varken försvårande eller förmildrande omständigheter.

33. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 430 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

---

Marie Östman

Maria Andersson Müller

**Bifogas**

Bilaga 1 – Avtal om tjänstekoncession mellan Kristinehamns kommun och Kristinehamns Conference Centre Aktiebolag den 10 september 2018

Bilaga 2 – Bokslut åren 2014–2018