

Förvaltningsrätten i Göteborg
forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 118 60 Stockholm

Motpart

Uddevalla Skolskjuts AB, 559439-0535, Varvsvägen 1, 451 81 Uddevalla

Ombud

Advokat

Advokatfirman Gärde & Partners, Danderydsgatan 14, 114 26 Stockholm

Telefon

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, i lydelsen innan den 1 januari 2024 (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Uddevalla Skolskjuts AB ska betala 3 000 000 (tre miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Uddevalla Skolskjuts AB (USAB) har den 4 juli 2023 ingått avtal om skolskjuts (Avtalet) med Uddevalla Omnibus AB (Leverantören) utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades förutsättningar för att ingå Avtalet utan sådan annonsering. USAB har därmed gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet.

Bakgrund och omständigheter

2. Uddevalla kommun äger både USAB och Leverantören.¹
3. USAB:s verksamhetsföremål är att ombesörja att skolskjuts anordnas, planeras och beställs för den skolskjuts som kommunen ansvarar för (Bilaga 1). USAB är en upphandlande myndighet enligt LOU (1 kap. 18 § och 22 § andra stycket 2 LOU).
4. Leverantörens verksamhetsföremål är att tillhandahålla lokal och regional linjetrafik med buss, bedriva skolskjutstrafik och andra persontransporter med buss, verkstad för egna fordon samt därmed anknytande verksamheter (Bilaga 2).
5. Under 2021 och 2022 lät Uddevalla kommun utreda möjligheterna för kommunen att direktupphandla skolskjutstjänster från Leverantören med undantaget för vertikal intern upphandling (3 kap. 12 § LOU). Enligt utredningarna fick undantaget inte användas eftersom Leverantören inte utför huvuddelen av sin verksamhet för kommunens räkning (Bilaga 3–4).
6. Den 12 april 2023 beslutade Uddevalla kommun att bilda USAB i syfte att bedriva skolskjutstrafik i kommunen (§ 83 i Bilaga 5).
7. Den 4 juli 2023 ingick USAB och Leverantören Avtalet (Bilaga 6). Avtalet omfattade skolskjuts och utbildningsrelaterade resor i Uddevalla kommun. Avtalet skulle gälla i 20 år med möjlighet till förlängning med ett år i taget, utan begränsning av antalet förlängningar. Avtalet ingicks utan föregående annonsering. Det är Avtalet som ligger till grund för den här ansökan.
8. Den 22 december 2023, medan Konkurrensverkets tillsynsärende mot USAB med anledning av Avtalet pågick, ingick USAB och Leverantören ett nytt avtal om skolskjuts som ersatte Avtalet (Bilaga 7). Det nya avtalet skulle gälla i fyra år med möjlighet till förlängning med ett år.

¹ USAB är helägt av kommunen. Leverantören är helägd av Uddevalla Utvecklings AB, som är helägt av kommunen.



9. Den 1 februari 2024 ingick Uddevalla kommun och USAB ett avtal om skolskjuts (Bilaga 8). Enligt det avtalet ska USAB, själv eller genom annan aktör, tillhandahålla skolskjutstjänster till kommunen mot ersättning.
10. USAB har anfört att Avtalet fick direktupphandlas med hänvisning till undantaget för horisontell intern upphandling, det vill säga upphandling mellan systerbolag. USAB har också hänvisat till undantaget för upphandling mellan upphandlande myndigheter, även kallat samarbetsundantaget.
11. Konkurrensverket delar inte USAB:s uppfattning om att Avtalet fick direktupphandlas. Undantaget för horisontell intern upphandling fick inte användas eftersom Leverantören inte utför huvuddelen av sin verksamhet för Uddevalla kommuns räkning. Detta krav uttrycks inte i den svenska lagtexten, men följer av den bakomliggande bestämmelsen i upphandlingsdirektivet² och undantagets syfte. Det är inte tillåtet att göra avsteg från direktivets kriterier för interna upphandlingar. Samarbetsundantaget fick inte användas eftersom upphandlingen inte avsåg ett sådant samarbete som undantaget avser, utan ett vanligt tjänstekontrakt. USAB har därmed gjort en otillåten direktupphandling och ska betala en upphandlingsskadeavgift. Detta utvecklas nedan.
12. Upphandlingen av Avtalet påbörjades innan den 1 januari 2024. I enlighet med punkt 2 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ansöker Konkurrensverket därför om upphandlingsskadeavgift.³

USAB:s inställning under utredningen

13. USAB har huvudsakligen anfört följande under utredningen.
14. USAB har ingått Avtalet i förenlighet med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Det finns inte skäl att påföra USAB upphandlingsskadeavgift.
15. USAB bestrider att Avtalet ska tillmätas någon betydelse i aktuellt ärende eftersom det har ersatts med ett annat avtal den 22 december 2023. Konkurrensverkets beräkning av det äldre avtalets värde saknar relevans.
16. Enligt bestämmelsen om horisontell intern upphandling i LOU ska den upphandlande myndigheten uppfylla verksamhetskriteriet. Samma krav ställs inte på den kontrollerade motparten. Upphandlingsdirektivet innehåller ingen bestämmelse som tyder på att något annat gäller.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

³ Se 21 kap. 2 § LOU och prop. 2023/24:3 s. 66–67.



17. Skolskjuts är en allmännyttig verksamhet som Uddevalla kommun är skyldig att tillhandahålla kommuninvånare enligt skollagen (2010:800). USAB har bildats för att tillgodose kommunens behov av denna tjänst. Ersättningen som Leverantören erhåller motsvarar bolagets faktiska kostnader, utan påslag, för fullgörandet. Avtalet innebär således inte att Leverantören gynnas i förhållande till konkurrenter på den privata marknaden. Följaktligen föreligger inte risk att konkurrensen snedvrids.
18. USAB bestrider att Leverantören inte skulle uppfylla verksamhetskriteriet. Leverantörens huvudsakliga verksamhet är att köra regionalt upphandlad busstrafik. Över 80 procent av Leverantörens intäkter är från Västtrafik AB som ägs av Västra Götalandsregionen. Intäkterna avser huvudsakligen ersättning för linjetrafik i Uddevalla kommun. Konkurrensverket har i sin bedömning av omfattningen av Leverantörens externa respektive interna verksamhet endast tagit hänsyn till den andel av bolagets ersättning som Uddevalla kommun har stått för. USAB anser därmed att Konkurrensverkets slutsats är felaktig.
19. Det kan inte uteslutas att samarbetsundantaget är tillämpligt på avtalsrelationen mellan USAB och Leverantören.

USAB har gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet

Upphandlingens värde

20. En upphandlings värde är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas enligt de varu- och tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen, inklusive options- och förlängningsklausuler (5 kap. 3 § LOU).
21. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse tidpunkten när anbudsinfordran skickas ut eller, om sådan inte krävs, tidpunkten när den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingen (5 kap. 5 § LOU).
22. Värdetidpunkten ska avse en tidpunkt innan avtal ingås eftersom värdet styr vilka regler som gäller för upphandlingen. Om en anbudsinfordran inte har skickats ut, trots att det egentligen krävs, får uppskattningen avse tidpunkten för upphandlingens påbörjande.
23. USAB har under Konkurrensverkets utredning uppgett att upphandlingens värde var [REDACTED] kronor. USAB:s värdering avser det avtal som USAB och Leverantören ingick den 22 december 2023 (Bilaga 7), flera månader efter att USAB och Leverantören hade ingått Avtalet. Detta värde ska inte läggas till grund för att bestämma värdet på upphandlingen av Avtalet.
24. Konkurrensverkets ansökan grundar sig på Avtalet, det vill säga det avtal som USAB och Leverantören ingick den 4 juli 2023. Det är därför värdet på



USAB:s upphandling av Avtalet som är relevant i detta fall. Upphandlingens värde ska uppskattas baserat på det belopp som skulle betalas enligt Avtalet. Värdet på upphandlingen av Avtalet påverkas inte av att Avtalet senare, efter värdetidpunkten, kom att ersättas av ett annat avtal.

25. Enligt Avtalet skulle USAB betala en ersättning på [REDACTED] kronor per år till Leverantören (avsnitt 6.8 i Bilaga 6). Ersättningens värde under Avtalets giltighetstid var därmed minst [REDACTED] kronor ([REDACTED] · 20). Det verkliga värdet kunde ha blivit högre eftersom det fanns en obegränsad rätt att förlänga Avtalets giltighetstid.
26. Avtalet innehöll också en option för särskild bussresa (avsnitt 6.9 i Bilaga 6). USAB har uppskattat optionens värde till [REDACTED] kronor per år. Konkurrensverket ifrågasätter inte detta. Optionens värde under Avtalets giltighetstid var därmed minst [REDACTED] kronor ([REDACTED] · 20). Det verkliga värdet kunde ha blivit högre eftersom det fanns en obegränsad rätt att förlänga giltighetstiden.
27. Upphandlingens värde var därmed minst 525 337 700 kronor exklusive mervärdesskatt ([REDACTED]).

Inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt

Åberopat undantag

28. Upphandlingens värde översteg tröskelvärdet (5 kap. 1 § LOU).⁴ Upphandlingen skulle därför ha annonserats om inte något undantag från annonseringskravet var tillämpligt (10 kap. 1 § LOU).
29. USAB har anfört att undantaget för horisontell intern upphandling fick användas för att direktupphandla Avtalet. Enligt USAB kan det inte heller uteslutas att det så kallade samarbetsundantaget kunde ha varit tillämpligt. Konkurrensverket anser inte att USAB har visat att något undantag fick användas för att direktupphandla Avtalet. Detta utvecklas nedan.

Undantaget för horisontell intern upphandling

Utgångspunkter

30. Enligt 3 kap. 11 § LOU gäller lagen inte när den upphandlande myndighetens motpart är en juridisk person och upphandlingen är en intern upphandling.
31. Enligt 3 kap. 15 § LOU ska en upphandling anses vara en intern upphandling om följande tre kriterier är uppfyllda:

⁴ Tröskelvärdet för varu- och tjänstekontrakt var 2 236 731 kronor när Avtalet upphandlades, se tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

- a. Den upphandlande myndigheten står under en kontroll som motsvarar den som den kontrollerande personen utövar över sin egen förvaltning och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll över motparten (kontrollkriteriet)
 - b. Myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande motpartens räkning, eller för andra juridiska personer eller gemensamma nämnder enligt kommunallagen (2017:725) som den kontrollerande motparten utövar kontroll över (verksamhetskriteriet)
 - c. Det finns inte något direkt privat ägarintresse i motparten (ägarkriteriet).
32. Undantaget ska tolkas restriktivt och USAB har bevisbördan för att det fick användas.⁵ En restriktiv tolkning ska inte göras på ett sådant sätt att undantaget förlorar sin ändamålsenliga verkan.⁶
33. Konkurrensverket bedömer att kontrollkriteriet och ägarkriteriet var uppfyllt när USAB direktupphandlade Avtalet (se punkt 31 a och c ovan).
34. Konkurrensverket anser däremot inte att verksamhetskriteriet var uppfyllt. Detta utvecklas nedan.

Verksamhetskriteriet vid horisontell intern upphandling

35. I 3 kap. 15 § första stycket 2 LOU anges att "[m]yndigheten" ska uppfylla verksamhetskriteriet (se punkt 31 b ovan). Enligt Konkurrensverket räcker det dock inte att bara den upphandlande myndigheten (USAB) uppfyller verksamhetskriteriet för att det ska anses vara en intern upphandling. Den bakomliggande bestämmelsen i upphandlingsdirektivet kräver att även motparten (Leverantören) ska uppfylla verksamhetskriteriet. Ett sådant krav är också nödvändigt för att undantaget ska få sin ändamålsenliga verkan. Detta utvecklas nedan.
36. 3 kap. 15 § LOU genomför artikel 12.2 i upphandlingsdirektivet.⁷
37. Enligt artikel 12.2 i upphandlingsdirektivet gäller direktivets artikel 12.1 när den kontrollerade juridiska personen är en upphandlande myndighet, och myndigheten tilldelar ett kontrakt till den kontrollerande upphandlande

⁵ Se bland annat EU-domstolens dom av den 10 mars 1987, Kommissionen mot Italien, 199/85, EU:C:1987:115, p. 14, EU-domstolens dom av den 10 april 2003, Kommissionen mot Tyskland, C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220, p. 58, EU-domstolens dom av den 14 september 2004, Kommissionen mot Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, p. 19, EU-domstolens dom av den 2 juni 2005, Kommissionen mot Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336, p. 33 och EU-domstolens dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291, RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

⁶ Jfr EU-domstolens dom den 3 februari 2022, Advania Sverige och Kammarkollegiet, C-461/20, EU:C:2022:72, p. 30.

⁷ Se prop. 2015/16:195 s. 963.



myndigheten eller till en annan juridisk person som kontrolleras av samma upphandlande myndighet. I bestämmelsen anges vidare att detta gäller förutsatt att det inte finns något direkt privat ägarintresse i kapitalet i den juridiska person som tilldelas det offentliga kontraktet med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

38. Enligt artikel 12.1 i upphandlingsdirektivet ska ett offentligt kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en privaträttslig eller offentlighetsjuridisk person inte omfattas av direktivets tillämpningsområde om samtliga följande villkor är uppfyllda:
- a. Den upphandlande myndigheten utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning
 - b. Den kontrollerade juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning eller för andra juridiska personer som den upphandlande myndigheten utövar kontroll över
 - c. Det finns inget direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.
39. Artikel 12.2 hänvisar alltså till kriterierna i artikel 12.1. Artikel 12.2 anger också ytterligare kriterier som ska vara uppfyllda av den kontrollerade juridiska personen som tilldelas kontraktet. Konkurrensverket förstår artikel 12.2 som att alla kriterier i artikel 12.1, utöver de kriterier som anges i artikel 12.2, ska vara uppfyllda för att undantaget om horisontell intern upphandling ska få användas.⁸
40. Eftersom artikel 12.2 inte innehåller något särskilt verksamhetskriterium ska regleringen i artikel 12.1 b tillämpas. Artikel 12.1 b anger att "[d]en kontrollerade juridiska personen" ska uppfylla verksamhetskriteriet.⁹ Enligt artikel 12.2 ska både den upphandlande myndigheten och motparten vara kontrollerade juridiska personer vid en horisontell intern upphandling.

⁸ För motsvarande tolkning, se Steinicke och Vesterdorf, *EU Public Procurement Law Brussels Commentary* (1:a uppl, Nomos Verlagsgesellschaft, 2018), s. 268.

⁹ Se även skäl 32 till upphandlingsdirektivet.

Artikel 12.2, läst tillsammans med artikel 12.1, kräver därmed att alla kontrollerade juridiska personer (det vill säga både den upphandlande myndigheten och motparten), eller i vart fall motparten, ska uppfylla verksamhetskriteriet för att undantaget ska få användas.

41. Utöver att en sådan tolkning har stöd i artikeln, är den nödvändig för att undantaget ska få sin ändamålsenliga verkan. Undantagen för intern upphandling ska vägledas av de principer som EU-domstolen har slagit fast.¹⁰ Enligt EU-domstolen syftar verksamhetskriteriet till att säkerställa att upphandlingsdirektiven är tillämpliga när ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och därför kan konkurrera med andra företag.¹¹ Om bara den upphandlande myndigheten behövde uppfylla verksamhetskriteriet vid horisontell intern upphandling hade det varit möjligt att direktupphandla från ett offentligt ägt och kontrollerat företag *trots* att det är aktivt på marknaden och kan konkurrera med andra företag. Undantaget skulle då inte kunna uppfylla sitt syfte att skydda konkurrensen.
42. En ordning där bara den upphandlande myndigheten behöver uppfylla verksamhetskriteriet vid horisontell intern upphandling skulle också göra det enkelt att kringgå en begränsning av möjligheten att genomföra en vertikal intern upphandling, det vill säga en upphandling mellan en upphandlande myndighet och en kontrollerad motpart.¹² Om verksamhetskriteriet inte var uppfyllt för motparten vid en vertikal intern upphandling hade den upphandlande myndigheten bara kunnat bilda ett ytterligare bolag och låta det bolaget direkttilldela ett avtal till motparten i stället.¹³ Undantaget för vertikal intern upphandling skulle då tappa sin substans och betydelse.
43. Ett krav på att motparten ska uppfylla verksamhetskriteriet vid horisontell intern upphandling är också konsekvent med andra undantags utformning.¹⁴
44. Sammanfattningsvis följer det av såväl artikel 12 i upphandlingsdirektivet som undantagets syfte att den upphandlande myndigheten och motparten, eller i vart fall motparten, ska uppfylla verksamhetskriteriet vid horisontell intern upphandling.

¹⁰ Se skäl 31 till upphandlingsdirektivet. Se även EU-domstolens dom den 22 december 2022, *Sambre & Biesme*, C-383/21, EU:C:2022:1022, p. 44.

¹¹ Se EU-domstolens dom den 11 maj 2006, *Carbotermo och Consorzio Alisei*, C-340/04, EU:C:2006:308, p. 60; och dom den 18 december 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, C-220/06, EU:C:2007:815, p. 62. Jfr skäl 31 andra stycket till upphandlingsdirektivet.

¹² Se 3 kap. 12 § LOU och artikel 12.1 i upphandlingsdirektivet.

¹³ Detta är vad som skett i det här fallet: Uddevalla kommun bedömdes inte kunna göra en intern upphandling av skolskjuts från Leverantören eftersom verksamhetskriteriet inte var uppfyllt (se punkt 5 ovan). Kommunen bildade sedan USAB som ingick avtalet med Leverantören i stället för kommunen.

¹⁴ Se artikel 12.1 upphandlingsdirektivet och 3 kap. 12 och 13 §§ LOU.



45. Principen om unionsrättens företrädare innebär att svenska domstolar och myndigheter inte får tillämpa en svensk lagbestämmelse, som inte kan tolkas på ett sätt som överensstämmer med unionsrättens krav, i strid med en unionsbestämmelse som har direkt effekt.¹⁵
46. Bestämmelsen i artikel 12.2 i upphandlingsdirektivet är ovillkorlig och anger på ett klart sätt vilka krav som måste uppfyllas för att en upphandlande myndighet ska få direkttilldela ett avtal.¹⁶ Artikel 12.2 har därmed direkt effekt, och den kan åberopas av Konkurrensverket inför domstol.¹⁷
47. I det här fallet innebär alltså verksamhetskriteriet i undantaget för horisontell intern upphandling att både USAB och Leverantören, eller i vart fall Leverantören, ska bedriva minst 80 procent av sin verksamhet för Uddevalla kommuns räkning.
48. Enligt 3 kap. 16 § LOU ska verksamhetskriteriet i första hand bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen.
49. Konkurrensverket invänder inte mot att USAB utför mer än 80 procent av sin verksamhet för Uddevalla kommuns räkning.
50. Konkurrensverket gör dock en annan bedömning avseende Leverantören. USAB har gett in en sammanställning av Leverantörens totala omsättning för de tre år som föregick tilldelningen av Avtalet (Bilaga 9). Enligt sammanställningen var Leverantörens genomsnittliga totala omsättning för intern verksamhet 0,074 procent för 2020; 0,024 procent för 2021; och 0,052 procent för 2022. USAB har också angett att över 80 procent av Leverantörens intäkter är från Västtrafik AB, som ägs av Västra Götalandsregionen. Dessa intäkter är inte interna eftersom de inte är hänförliga till verksamhet som utförs för Uddevalla kommun eller någon juridisk person eller nämnd som kommunen kontrollerar.
51. Leverantören utförde alltså inte minst 80 procent av sin verksamhet för Uddevalla kommuns räkning. Verksamhetskriteriet var därmed inte uppfyllt.
52. Undantaget för horisontell intern upphandling fick därför inte användas för att direktupphandla Avtalet.

¹⁵ Se EU-domstolens beslut den 26 april 2023, A.L. mot Migrationsverket, C-629/22, EU:C:2023:365, p. 38–39 och Migrationsdomstolens dom den 5 april 2024 i mål nr UM 4196-24. Jfr även NJA 2022 s. 965, p. 35, och NJA 2014 s. 79, p. 15. Se även EU-domstolens dom den 9 september 2001, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, p. 48–49.

¹⁶ Jfr EU-domstolens dom den 22 december 2022, Sambre & Biesme, C-383/21, EU:C:2022:1022, p. 49–50, rörande samma artikel som nu är aktuell men dess p. 3 och 4; och dom den 14 januari 2021, RTS infra och Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel, C-387/19, EU:C:2021:13, p. 46.

¹⁷ Jfr EU-domstolens dom den 22 december 2022, Sambre & Biesme, C-383/21, EU:C:2022:1022, p. 39 och 51.



Samarbetsundantaget

53. Enligt 3 kap. 17 § LOU gäller lagen inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter om upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål. Enligt bestämmelsen krävs också att samarbetet endast styrs av överväganden som hänger samman med allmänintresset och att myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.
54. Avtal som huvudsakligen avser köp, där den ena partens bidrag består i att ersätta kostnader, utgör inte ett sådant samarbete som avses i undantaget.¹⁸
55. Det aktuella Avtalet är ett vanligt tjänstekontrakt där USAB:s bidrag består i att ersätta Leverantörens kostnader. Avtalet syftade inte till att upprätta eller reglera ett sådant samarbete som avses i undantaget. USAB har inte heller visat att det rör sig om ett samarbete som endast styrs av överväganden som hänger samman med allmänintresset eller att USAB och Leverantören utövar mindre än 20 procent av berörd verksamhet på den öppna marknaden.
56. Sammanfattningsvis har USAB inte visat att något rekvisit för undantaget var uppfyllt när Avtalet direktupphandlades. Enligt Konkurrensverket är det tvärtom tydligt att alla rekvisit inte var uppfyllda. Samarbetsundantaget fick därmed inte användas för att direktupphandla Avtalet.

Slutsats

57. USAB har direktupphandlat Avtalet trots att inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt. Upphandlingen av Avtalet var därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

58. Vid en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU).
59. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.¹⁹ Avgiften syftar till att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.²⁰

¹⁸ Se EU-domstolens dom den 4 juni 2020, Remondis, C-429/19, EU:C:2020:436, p. 25–26 och 28–30. Se även Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7355–16 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4018–22.

¹⁹ Se skäl 13 och artikel 2e.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för provning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet) samt prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 49.

²⁰ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och prop. 2023/24:3 s. 45.



60. Den upphandlande myndigheten måste inte ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt för att en avgift ska dömas ut.²¹ Bristande kännedom om rättsläget eller misstag om lagstiftningens innehåll ursäktar inte en överträdelse.²²
61. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst tio tusen kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU).
62. Avgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.²³ Särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är, det vill säga överträdelsens sanktionsvärde.²⁴ Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.²⁵ Någon avgift ska inte beslutas i ringa fall och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).
63. Av förarbetena framgår följande om sanktionsvärdet.²⁶ Både försvårande och förmildrande omständigheter ska beaktas. Det bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör till exempel påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Sanktionsvärdet kan anses vara högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör också beaktas. Upprepade otillåtna direktupphandlingar bör till exempel ses som försvårande. Om den upphandlande myndigheten har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan det i vissa fall ses som förmildrande.
64. Värdet på upphandlingen av Avtalet var 525 337 700 kronor. Avgiften kan därför bestämmas till högst tio miljoner kronor.
65. En otillåten direktupphandling är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen.²⁷ Sanktionsvärdet för USAB:s överträdelse är därför som utgångspunkt högt.²⁸

²¹ Se prop. 2009/10:180 s. 192 och 368 samt prop. 2023/24:3 s. 36.

²² Se prop. 2009/10:180 s. 368.

²³ Se prop. 2009/10:180 s. 369 och prop. 2023/24:3 s. 49 f. Se även HFD 2014 ref. 69.

²⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och 370 samt prop. 2023/24:3 s. 50.

²⁵ Se HFD 2014 ref. 69 och prop. 2023/24:3 s. 29 och 74.

²⁶ Se prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.

²⁷ Se skäl 13 till ändringsdirektivet (2007/667/EG), prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 52 f.

²⁸ Se prop. 2009/10:180 s. 197. Jfr även HFD 2014 ref. 69 samt Kammarrätten i Göteborgs domar den 5 december 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.



66. USAB:s otillåtna direktupphandling avsåg ett avtal värt mer än en halv miljard kronor. Det är ett avsevärt högt värde. Detta är en försvårande omständighet som höjer sanktionsvärdet betydligt. Avtalets långa giltighetstid, med obegränsad förlängningsmöjlighet, är också en försvårande omständighet. Dessa försvårande omständigheter skulle utgöra grund för en hög avgift i förhållande till lagens ram om de beaktades isolerat.
67. Utredningen talar dock för att USAB beslutade att direktupphandla Avtalet baserat på hur undantaget för horisontell intern upphandling är formulerat i LOU. Formuleringen i LOU är ofullständig eftersom den inte helt återger vad som krävs för en horisontell intern upphandling enligt upphandlingsdirektivet. Detta sänker överträdelsens sanktionsvärde. Samtidigt kände USAB, genom kommunen, väl till att kommunen inte kunde göra en vertikal intern upphandling från Leverantören på grund av att verksamhetskriteriet inte var uppfyllt (se punkt 5 ovan). Det är också klart inte ändamålsenligt att en horisontell intern upphandling skulle vara tillåten när en vertikal intern upphandling inte är det (se punkt 42 ovan). Omständigheterna talar för att direktupphandlingen var ett konstruerat upplägg för att kringgå kommunens begränsning att göra en intern upphandling av skolskjutstjänster och säkerställa att Leverantören ändå tilldelades uppdraget utan en annonserad upphandling. Mot denna bakgrund kan sanktionsvärdet, trots den ofullständiga formuleringen i LOU, inte anses vara mycket lågt.
68. Sanktionsvärdet påverkas inte av att USAB ingick ett annat avtal med kortare giltighetstid efter att bolaget hade direktupphandlat Avtalet. USAB vidtog den åtgärden först efter att upphandlingen av Avtalet hade genomförts och Konkurrensverket hade inlett ett tillsynsärende.
69. Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket, särskilt med beaktande av den ofullständiga formuleringen av det åberopade undantaget i LOU, att en upphandlingsskadeavgift på tre miljoner kronor är en proportionerlig och ändamålsenlig sanktion för överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Erik Sollenberg
Processråd

Bilagor

- Bilaga 1 Bolagsordning (USAB)
- Bilaga 2 Bolagsordning (Leverantören)
- Bilaga 3 Juridisk bedömning 1
- Bilaga 4 Juridisk bedömning 2
- Bilaga 5 Protokoll från kommunfullmäktige i Uddevalla kommun
- Bilaga 6 Avtalet
- Bilaga 7 Avtal mellan USAB och Leverantören, 22 december 2023
- Bilaga 8 Avtal mellan Uddevalla kommun och USAB
- Bilaga 9 Sammanställning av Leverantörens omsättning