

Förvaltningsrätten i Umeå
Box 193
901 05 Umeå

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Umeå Energi AB (org.nr. 556097-8602), Box 224, 901 05 Umeå

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LUF beslutar att Umeå Energi AB ska betala 200 000 (tvåhundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Umeå Energi AB (Umeå Energi) har brutit mot 15 kap. 4 § LUF genom att den 22 december 2016 ingå avtal om konsulttjänster med Clockwork Bemanning & Rekrytering AB (Clockwork), utan att annonsera avtalet enligt LUF.¹ Eftersom förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda är avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket fick ett tips om att Umeå Energi direktupphandlat bemanningstjänster från Clockwork till ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen. Konkurrensverket inledde därför ett ärende och bad Umeå Energi att redogöra för omständigheterna kring köpen.
3. Umeå Energi har haft rätt att avropa bemanningstjänster från Umeå kommuns ramavtal för bemanningstjänster, *avtal 12160*. Avtalet omfattar inhyrning av personal inom fyra olika områden, där en leverantör per område har tilldelats uppdrag. Umeå Energi har även haft rätt att avropa tjänster från ett ramavtal som omfattar inhyrning av driftspersonal, *avtal 15057*. De två ramavtalen har ingåtts med andra leverantörer än Clockwork.
4. Parallellt med *avtal 12160* och *avtal 15057* har Umeå Energi löpande ingått oannonserade avtal med Clockwork för inhyrning av personal. Avtalen har framför allt avsett konsultuppdrag inom administration. Umeå Energi har uppgett att dessa har ingåtts när upphandlad leverantör inte kunnat leverera konsulter med den bakgrund som Umeå Energi haft behov av.
5. Umeå Energi har även ingått avtal med Clockwork för inhyrning av vägstationstekniker. Enligt Umeå Energi omfattas dessa tjänster inte av de upphandlade ramavtalen.
6. Varje avtal har reglerats i en uppdragsbekräftelse där bland annat konsult, uppdragsperiod, arbetstid och timpris har angetts. Utformningen av respektive tjänst och efterfrågade kvalifikationer har preciserats i en separat kravprofil.
7. Umeå Energi har under år 2016 ingått följande oannonserade avtal med Clockwork för inhyrning av vägstationstekniker. Samtliga avtal innehöll förlängningsoptioner:
 - i. Avtal 1 ingicks den 10 mars 2016, [bilaga 1](#). Uppdragsperiod var den 10 mars 2016 till den 31 december 2016.

¹ Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster upphävdes den 1 januari 2017 då lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna trädde i kraft. Den upphävda lagen gäller dock för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

- ii. Avtal 2 ingicks den 15 augusti 2016, bilaga 2. Uppdragsperiod var den 15 augusti 2016 till den 31 december 2016.
 - iii. Avtal 3 ingicks den 9 november 2016, bilaga 3. Uppdragsperiod var den 14 november 2016 till den 31 augusti 2017.
 - iv. Avtal 4 ingicks den 22 december 2016, bilaga 4. Uppdragsperiod var den 1 januari 2017 till den 31 augusti 2017.
8. Umeå Energi har uppgett att Clockwork har fakturerat 241 920 kronor enligt Avtal 1, 216 000 kronor enligt Avtal 2, 355 680 kronor enligt Avtal 3 och 190 400 kronor enligt Avtal 4. Sammanlagt har Clockwork fakturerat Umeå Energi 1 004 000 kronor (exklusive moms) enligt de fyra avtalen.
9. Det är Avtal 4 som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Umeå Energi är en upphandlande enhet vars verksamhet omfattas av LUF

Verksamhetens inriktning

10. Enligt 1 kap. 2 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) gäller lagen för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner.² Av 1 kap. 3 § LOU framgår att lagen inte gäller för upphandling som omfattas av LUF.
11. Enligt 1 kap. 2 § LUF gäller lagen för upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster enligt 4–10 §§. För att LUF ska vara tillämplig krävs alltså att upphandlingen är kopplad till viss verksamhet.
12. Av 1 kap. 4 § LUF framgår att en verksamhet omfattas av lagen om den består av tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av gas, värme, el eller dricksvatten. Enligt 2 kap. 15 § LUF avses med publikt nät ett nät som är avsett för att tillhandahålla tjänster för allmänheten inom verksamheter som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 1 kap. 4–10 §§.
13. Föremålet för Umeå Energis verksamhet är att på affärsmässiga grunder köpa, producera, sälja och distribuera energi samt bedriva avfallsförbränning. Det framgår av bolagsordningen, bilaga 5.

² Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes den 1 januari 2017 då lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft. Den upphävda lagen gäller dock för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

14. Koncernens verksamhet delas in olika affärs- och resultatområden. I moderbolaget Umeå Energi bedrivs verksamhet inom affärsområde *Energilösningar* (tidigare Värme), vilket bland annat omfattar produktion, försäljning och distribution av fjärrvärme och fjärrkyla inom Umeå kommun och Bjurholms kommun, samt produktion och försäljning av el.
15. Umeå Energi erbjuder vidare Umeå kommun och andra kunder avfallsbehandling i form av förbränning. Affärsområdet ansvarar också för energirelaterade tjänster som serviceavtal och energiutredningar. Torvbrytning sker i egen regi.
16. Konkurrensverket bedömer att Umeå Energi genom tillhandahållande av nät för el, fjärrvärme och fjärrkyla och distributör till allmänheten i nämnda nät bedriver en sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4 § LUF.
17. Det avtal som omfattas av ansökan avser bemanning av vågstationstekniker vid kraftvärmeverken *Dåva 1 och 2*, där bland annat fjärrvärme och el produceras. Avtalet gäller därmed den verksamhet som faller under LUF:s tillämpningsområde.

Umeå Energi är en upphandlande enhet

18. Med upphandlande enheter avses dels upphandlande myndigheter, dels sådana företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över eller bedriver verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 1 kap. 4–10 §§ LUF med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt. Det framgår av 2 kap. 20 § första stycket LUF.
19. Ett bestämmande inflytande ska anses finnas om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan. Det framgår av 2 kap. 20 § andra stycket LUF.
20. Umeå Energi är helägt av Umeå Kommunföretag AB, som i sin tur är helägt av den upphandlande myndigheten Umeå kommun. Styrelseledamöterna utses av kommunfullmäktige i Umeå. Umeå kommun utövar således ett bestämmande inflytande över Umeå Energi. Umeå Energi är därmed en upphandlande enhet som ska tillämpa LUF.

Beräkning av kontraktsvärde

21. Den tjänst som omfattas av avtalet utgör en så kallad B-tjänst enligt bilaga 3 till LUF. Konkurrensverkets bedömning är att aktuell tjänst faller inom kategori 22 (Rekrytering och urval av personal).

22. Beräkningen av kontraktsvärdet i mål om upphandlingsskadeavgift ska göras enligt 15 kap. 3 a § LUF om det är fråga om upphandlingar av B-tjänster. Det framgår av 17 kap. 4 § andra stycket LUF.
23. Värdet av ett kontrakt ska enligt 15 kap. 3 a § LUF uppskattas till det totala belopp som ska betalas. Beräkningen ska innefatta värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats. Vidare ska värdet av samtliga direktupphandlingar av samma slag som den upphandlande enheten gjort under räkenskapsåret läggas samman vid beräkningen av kontraktsvärdet.
24. De tjänster som omfattas av Avtal 1, 2, 3 och 4 är enligt Konkurrensverkets bedömning av samma slag. Avtalen gäller samma typ av bemanningstjänster och är avsedda att täcka samma behov och samma verksamhetsområde inom Umeå Energi. Tjänsterna tillhandahålls av samma leverantör. Kravprofilen är vidare identisk för samtliga fyra avtal och skillnaden i ersättning per timme marginell. Vid beräkningen av värdet ska därför värdet av samtliga fyra avtal läggas samman.³ Detta har även bekräftats i domstolspraxis.⁴
25. Samtliga avtal innehåller förlängningsoptioner utan något särskilt angivet slutdatum. Avtalen kan således förlängas att löpa under en obegränsad tid. Rent teoretiskt innebär det att avtalens värde kan vara oändligt. Det saknas särskilda bestämmelser i 15 kap. 3 a § LUF för hur kontraktsvärdet ska beräknas i sådana fall.
26. På grund av avtalens utformning kan alltså kontraktsvärdet inte uppskattas enligt nyss nämnda bestämmelse. När så är fallet är Konkurrensverkets uppfattning att den så kallade 48-månadersregeln i 3 kap. 11 § LUF ska vara vägledande vid fastställandet av avtalets värde.⁵ Enligt denna bestämmelse ska värdet av ett tjänstekontrakt som löper på obestämd tid bestämmas till det uppskattade värdet per månad multiplicerat med 48.
27. Kontraktsvärdet uppgår därför enligt Konkurrensverkets beräkning till 8 246 016 kronor (2 198 016 + 2 304 000 + 1 405 440 + 2 338 560 kronor), se beräkning i bilaga 6.

Avtalet är en otillåten direktupphandling

28. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska få möjlighet att lämna anbud, eller ansöka om att få lämna anbud.

³ Jfr prop. 2009/10:180 s. 293 samt Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3:e upplagan, 2014, s. 467 ff.

⁴ Se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5524-16 där det framgår att även tidigare överträdelse under det aktuella räkenskapsåret, som i och för sig har preskriberats, ska läggas till grund för beräkningen av avgiften.

⁵ Jfr exempelvis Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4915-13 och Förvaltningsrätten i Göteborgs dom i mål nr 10014-16.

Upphandlingar som understiger direktupphandlingsgränsen behöver inte annonseras.

29. Under 2016 uppgick direktupphandlingsgränsen för upphandling enligt LUF till 993 368 kronor.
30. Avtalets värde överstiger gränsen för direktupphandling. För att avtalet ska få ingås utan föregående annonsering krävs därför att något av de särskilt angivna undantagen i LUF varit tillämpliga. Undantagen ska tolkas restriktivt.⁶
31. Det har enligt Konkurrensverkets bedömning inte funnits några omständigheter som medför att något av de särskilda undantagen i LUF varit tillämpliga. Avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

32. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LUF). Det krävs inte att den upphandlande enheten 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.⁷
33. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁸

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

34. 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 § LUF).
35. Den uppdragsbekräftelse som Konkurrensverket grundar sin ansökan på är daterad den 22 december 2016. Undertecknad uppdragsbekräftelse eller övrig dokumentation kring köpet finns inte.

⁶ Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

⁷ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

⁸ A.a., s. 196–197.

36. Uppdragsbegräntelsen är en bekräftelse på de villkor som Umeå Energi kommit överens med Clockwork om för respektive uppdrag. När behov har uppstått har Umeå Energi skickat en förfrågan till Clockwork utifrån uppdragets art och omfattning. Utifrån denna förfrågan har Clockwork presenterat lämpliga kandidater, som sedan värderats av Umeå Energi. Uppdraget, det vill säga de specifika villkor som ska gälla och vilken resurs som ska utföra uppdraget, har slutligen bekräftats av Clockwork genom uppdragsbegräntelsen.
37. Datum på uppdragsbegräntelsen är datum för avtalets ingående. Ett bindande avtal får därmed anses ha uppkommit den 22 december 2016 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

38. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁹
39. Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 8 246 016 kronor. Upphandlingsskadeavgiften kan därför som lägst uppgå till 10 000 kronor och som högst 824 601 kronor ($8\,246\,016 \times 0,1$).
40. 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 § LUF).
41. 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 enheten, och även andra enheter, följer LUF. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹⁰
42. 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 t.ex. 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 enheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande enhet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till

⁹ Jfr HFD 2014 ref. 69.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹¹ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹²

43. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför högt. Det föreligger enligt Konkurrensverkets bedömning vare sig förmildrande eller försvårande omständigheter. Avtalen är enligt Umeå Energi avslutade och har inte förlängts. Konkurrensverket noterar därför att den analoga tillämpningen av den så kallade 48-månadersregeln *i detta enskilda fall* resulterar i ett kontraktsvärde som långt överstiger det faktiska utfallet; ett resultat som *i förevarande situation* ter sig särskilt ogynnsamt för Umeå Energi.¹³
44. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser därför Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 200 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Anna Görgård

¹¹ A.a., s. 197–198 och 369–370.

¹² A.a., 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.

¹³ Det noteras att upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktsvärdet är en av flera avgörande faktorer, jfr HFD 2014 ref. 69.

Bifogas

- Bilaga 1 Avtal 1, daterat den 10 mars 2016
- Bilaga 2 Avtal 2, daterat den 15 augusti 2016
- Bilaga 3 Avtal 3, daterat den 9 november 2016
- Bilaga 4 Avtal 4, daterat den 22 december 2016
- Bilaga 5 Bolagsordning Umeå Energi AB
- Bilaga 6 Konkurrensverkets beräkning av kontraktsvärdet