

Förvaltningsrätten i Uppsala
Box 1853
751 48 Uppsala

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Mälarenergi AB, Box 14, 721 03 Västerås

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1146) om offentlig upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LUF beslutar att Mälarenergi AB ska betala fyrahundratusen (400 000) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Mälarenergi AB har brutit mot 10 kap. 1 § LUF genom att den 22 december 2020 sluta avtal med Sigholm Tech AB, utan föregående annonsering, se [bilaga 1–2](#). Eftersom förutsättningarna för att sluta avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Den 23 januari 2020 slöt Mälarenergi AB (Mälarenergi) ett ramavtal med Sigholm Tech AB avseende konsulttjänster för strategi- och organisationsutveckling, förändringsledning, strategiskt och praktiskt stöd vid förändringar, verksamhetsutveckling och processutveckling (Avtal 1), se bilaga 2.
3. Avtal 1 avsåg perioden från och med avtalets tecknande till och med den 31 januari 2021, med en ensidig rätt för Mälarenergi att förlänga avtalet med oförändrade villkor i 1+1+1 år.
4. Avtal 1 hade inte föregåtts av annonsering enligt LUF. Mälarenergi har, under Konkurrensverkets utredning, uppgett att bolaget i efterhand har gjort bedömningen att det inte förelåg förutsättningar att sluta Avtal 1 utan föregående annonsering enligt LUF.
5. Den 22 december 2020 slöt parterna ett nytt avtal med samma lydelse som Avtal 1, med ändringen att det förlängdes på obestämd tid med en månads uppsägningstid (Avtal 2), se bilaga 1.
6. Inte heller Avtal 2 har föregåtts av en annonserad upphandling enligt LUF. Det är upphandlingen av Avtal 2 som omfattas av Konkurrensverkets ansökan.
7. Av e-post mellan två av Mälarenergis anställda framgår att Avtal 2 föranleddes av att Mälarenergi i december 2020 såg över möjligheten att avropa aktuella tjänster från ramavtal som upphandlats av en nationell inköpscentral, Sinfra. Avsikten med Avtal 2 var att Avtal 1 skulle kunna sägas upp på kort varsel om behovet av aktuella tjänster skulle kunna tillgodoses genom Sinfras avtal. Mälarenergi hade emellertid för avsikt att fortsätta tillämpa Avtal 1, med de ändringar som följer av Avtal 2, för det fall det inte var möjligt att använda Sinfras avtal, se [bilaga 3](#).
8. I mars 2021 beslutade Mälarenergi att säga upp Avtal 2 för att i stället genomföra en ny upphandling i egen regi, se [bilaga 4](#).

9. Den 29 april 2021 sade Mälarenergi upp Avtal 2, se bilaga 5. Avtal 2 löpte således till och med den 29 maj 2021.
10. Den 7 maj 2021 kontaktade Konkurrensverket Mälarenergi med anledning av tillsyn avseende bland annat Avtal 2.
11. Mälarenergi har, under Konkurrensverkets utredning, uppgett att Mälarenergi och Mälarenergi Elnät AB¹ sammanlagt har anskaffat tjänster om totalt 7 827 680 kronor exklusive mervärdesskatt med anledning av Avtal 1 och Avtal 2. Av det totala beloppet har 6 827 979 kronor avropats enligt Avtal 1, och 999 701 kronor har avropats efter att Avtal 2 slöts. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta dessa uppgifter.

Avtal 2 utgör en otillåten direktupphandling

Avtalens karaktär

12. LUF omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande enheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt eller ramavtal inom försörjningssektorerna.² Bland annat omfattas verksamheter som består av tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av gas, värme, el eller dricksvatten, samt verksamheter som består av leverans av gas, värme, el eller dricksvatten till fasta publika nät.³
13. Med upphandlande enhet avses upphandlande myndigheter och sådana företag som enligt lagen är att jämställa med upphandlande myndigheter.⁴ Begreppet upphandlande myndighet omfattar bland annat offentligt styrda organ. Med offentligt styrt organ avses en sådan juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och som dessutom uppfyller åtminstone ett av tre alternativa rekvisit.⁵
14. Med tjänstekontrakt avses avtal med ekonomiska villkor, som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer och som avser tillhandahållande av tjänster.⁶ Med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer i

¹ Förutom Mälarenergi var även bolagen Mälarenergi Elnät AB (556554-1504), Mälarenergi Vattenkraft AB (556016-6018) och Fibra AB (556907-6200) avropsberättigade från Avtal 1 och Avtal 2.

² 1 kap. 2 § LUF och 2 kap. 1–8 §§ LUF.

³ 2 kap. 1 § LUF.

⁴ 1 kap. 22–23 §§ LUF.

⁵ 1 kap. 17 § LUF.

⁶ 1 kap. 14 § och 1 kap. 21 § LUF.

syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.⁷

15. Mälarenergi har, under Konkurrensverket utredning, uppgett att bolaget utgör en sådan upphandlande enhet som omfattas av LUF, att bolaget bedriver sådana verksamheter som omfattas av LUF, samt att såväl Avtal 1 som Avtal 2 avser tjänster som har varit avsedda för den delen av verksamheten som omfattas av LUF. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta dessa uppgifter och bedömningar. Avtal 1 och Avtal 2 omfattas således av LUF.
16. Såväl Avtal 1 som Avtal 2 avser upphandling av tjänster i den mening som avses i LUF. Det noteras att det inte rör sig om sådana sociala eller andra särskilda tjänster som omfattas av bilaga 2 till LUF.
17. Av avtalen framgår vidare bland annat att de inte garanterar att Mälarenergi kommer att anskaffa viss volym. Konkurrensverket gör bedömningen att Avtal 1 och Avtal 2 utgör ramavtal.⁸

Krav på föregående annonsering

18. Huvudregeln enligt LUF är att upphandlingar av kontrakt eller ramavtal som överstiger direktupphandlingsgränsen (1 142 723 kronor) eller tröskelvärdet (4 395 089 kronor) ska annonseras enligt 19 kap. 9 § LUF respektive enligt 10 kap. 1 § LUF. Alla leverantörer ska få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna anbud.⁹ Undantagen från kraven på annonsering ska tolkas restriktivt.¹⁰
19. Ett kontrakt eller ett ramavtal får inte heller, som huvudregel, ändras utan att det genomförs en ny upphandling, som, enligt huvudregeln ovan, i sig ska föregås av annonsering. Endast vid vissa särskilt reglerade ändringar finns möjlighet till ändring utan att först genomföra en ny upphandling enligt LUF.¹¹ Ett avtal om ändring av ett kontrakt eller ett ramavtal som inte utgör en tillåten ändring enligt LUF utgör således en otillåten direktupphandling om det omfattas av LUF, om värdet av upphandlingen

⁷ 1 kap. 19 § LUF.

⁸ Jfr bland annat 1 kap. 19 § LUF, prop. 2015/16:195 s. 514 f, prop. 2006/07:128 s. 160, Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2459-18, Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5389-5390-16, Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1054-16, Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7754-15 och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1871-13.

⁹ 10 kap. 1 § och 19 kap. 9 § LUF.

¹⁰ Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 58, mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.

¹¹ Se 16 kap. 8-14 §§ LUF, artikel 89.5 LUF-direktivet och prop. 2015/16:195 s. 843 ff. Jfr även bland annat EU-domstolens dom i mål C-454/06, *Pressetext*, p. 34 och i mål C-526/17, *Kommissionen mot Italien*, p. 58-59.

överstiger direktupphandlingsgränsen och inga undantag från kraven på annonsering är tillämpliga.¹²

20. Vare sig Avtal 1 eller Avtal 2 har föregåtts av annonsering enligt LUF.
21. Såväl Avtal 1 som Avtal 2 borde ha föregåtts av annonsering enligt 10 kap. 1 § eller 19 kap. 9 § LUF, förutsatt att värdet av avtalen översteg tröskelvärdet respektive direktupphandlingsgränsen och att inga undantag var tillämpliga. Vad gäller Avtal 2 förutsätter krav på annonsering också att det inte rörde sig om en sådan tillåten ändring av Avtal 1 som avses i 16 kap. LUF.
22. Vad gäller Avtal 1 gör Mälarenergi i efterhand bedömningen att detta avtal borde ha föregåtts av annonsering enligt LUF. Konkurrensverket noterar att värdet av upphandlingen av Avtal 1 översteg såväl direktupphandlingsgräns som tröskelvärde (se nedan p. 35). Det noteras också att det inte har framkommit några omständigheter som talar för att det har funnits förutsättningar att ingå Avtal 1 utan föregående annonsering. Konkurrensverket finner därför inte skäl att ifrågasätta Mälarenergis bedömning i denna del. Vid dessa förhållanden utgör Avtal 1 en otillåten direktupphandling.
23. Konkurrensverket gör bedömningen att även Avtal 2 borde ha föregåtts av annonsering enligt LUF. Detta utvecklas nedan under p. 24–45.

Avtal 2 utgör inte en tillåten ändring av Avtal 1

24. Mälarenergi har, under Konkurrensverkets utredning, bland annat gjort gällande att Avtal 2 skulle utgöra en sådan tillåten ändring som avses i 16 kap. LUF, och att det därför inte skulle föreligga krav på föregående annonsering. Mot denna bakgrund noteras följande.

Avtal om ändring av en otillåten direktupphandling kan inte utgöra en tillåten ändring

25. Avtal 2 medför att ett tidsbestämt avtal, som i sig utgör en otillåten direktupphandling, ändras på ett sådant sätt att den upphandlande enheten förbehåller sig rätten att nyttja avtalet på obestämd tid. Det innebär också att uppsägningstiden ändras. I Avtal 1 förlängdes avtalet med ett år i taget och enligt Avtal 2 gäller i stället en månads uppsägningstid.
26. Av 16 kap. 8 § LUF följer att det finns vissa specifika undantag till huvudregeln att ett avtal om ändring av ett tidigare kontrakt eller ramavtal

¹² Se bland annat Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål 30512-13. Se även Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 3795-19, samt den underliggande domen från Förvaltningsrätten i Karlstad i det målet. Se även Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4, *Ändringar av kontrakt och ramavtal – möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen*, s. 7.

ska föregås av annonsering.¹³ Ändring får göras i enlighet med någon av de särskilt angivna förutsättningar som anges i 16 kap. 9–13 §§ LUF. Därutöver får ändring ske i enlighet med 16 kap. 14 § LUF, om ändringen inte är väsentlig.

27. Bestämmelserna i 16 kap. 8–14 §§ LUF genomför art. 89 i Direktiv 2014/25/EU, som i sin tur till stor del utgör en reglering av äldre praxis från EU-domstolen. Syftet och den närmare innebörden av bestämmelsen utvecklas i skäl 113–117 i samma direktiv. Att det råder begränsade möjligheter att ändra ett tidigare kontrakt eller ett ramavtal utan en ny annonsering följer ytterst av principerna om likabehandling och öppenhet.¹⁴
28. Bestämmelserna i 16 kap. LUF, om att det undantagsvis ska vara möjligt att sluta avtal om ändringar av ett tidigare avtal utan föregående annonsering, enligt Konkurrensverkets bedömning, inte anses syfta till att möjliggöra direktupphandling av ändringsavtal i situationer där det ursprungliga avtalet i sig utgör en otillåten direktupphandling. Enligt Konkurrensverket skulle en sådan tolkning inte vara förenlig med syftet med det direktiv som LUF genomför.¹⁵
29. Avtal 2 utgör inte ett sådant tillåtet undantag som avses i 16 kap. 8–14 §§ LUF. Detta följer redan av att Avtal 1 i sig var en otillåten direktupphandling.

Ändringarna är inte av en sådan karaktär som avses i 16 kap. LUF

30. Såvitt framgår av omständigheterna hade Avtal 2 inte heller utgjort ett sådant tillåtet undantag som avses i 16 kap. 8–14 §§ LUF om dessa bestämmelser hade varit tillämpliga.
31. Det har bland annat inte rört sig om sådana omständigheter som avses i 16 kap. 9 § LUF. Av 16 kap. 9 § LUF följer att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och ökningen eller minskningen av kontraktets eller ramavtalets värde är lägre än dels det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § LUF, dels 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde. När värdet av ändringen uppskattas ska samma principer användas som vid uppskattning av värdet av en upphandling enligt 5 kap. LUF.¹⁶

¹³ Se prop. 2015/16:195 s. 843 ff. Jfr även EU-domstolens dom i mål C-454/06, *Pressetext*, p. 34 och i mål C-526/17, *Kommissionen mot Italien*, p. 58–59.

¹⁴ Se bland annat EU-domstolens domar i mål C-549/14, *Finn Frogne*, p. 28, och i mål C-454/06, *Pressetext*, p. 34.

¹⁵ Jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6784-09, samt den underliggande domen från Länsrätten i Stockholms i mål nr 14710-08.

¹⁶ Bestämmelsen genomför art. 89.2 i Direktiv 2014/25/EU. Se även skäl 113 till nämnda direktiv.

32. Med ändringar av övergripande karaktär avses exempelvis de fall då en ändring medför att de byggentreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas ersätts med något annat, eller då den innebär att typen av upphandling förändras i grunden. I dessa situationer kan det antas att resultatet i upphandlingen skulle ha påverkats.¹⁷
33. Konkurrensverket gör bedömningen att ändringen i Avtal 2 är av övergripande karaktär. Ändringarna av avtalstiden till ett tillsvidareavtal och av uppsägningstiden innebär i detta fall sammantaget att upphandlingen förändras i grunden. Om Avtal 1 hade föregåtts av annonsering enligt LUF kan det antas att resultatet i upphandlingen skulle ha påverkats om Avtal 1 istället hade innehållit de villkor som följer av ändringen i Avtal 2. Vid dessa omständigheter är bestämmelsen i 16 kap. 9 § LUF inte tillämplig.¹⁸
34. Även värdet av ändringen är i sig för högt för att bestämmelsen i 16 kap. 9 § LUF ska kunna tillämpas. Konkurrensverket gör bedömningen att värdet av upphandlingen av Avtal 1 uppgick till 29 794 800 kronor (se nedan p. 35) och att värdet av ändringen i Avtal 2, som slöts efter att Avtal 1 hade tillämpats i 11 månader, i sig var värd 9 597 120 kronor (se nedan p. 39–42). Ändringens värde överstiger således såväl tröskelvärdet¹⁹ som 10 procent av värdet av upphandlingen av Avtal 1²⁰.
35. Att värdet av upphandlingen av Avtal 1 uppgick till 29 794 800 kronor följer av de bestämmelser om beräkning av värde som regleras i 5 kap. LUF (se nedan p. 39). Eftersom Avtal 1 utgör ett ramavtal ska värdet av upphandlingen av Avtal 1 uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet.²¹ Mälarenergi har, vid fråga om värdet av Avtal 1, inte förmått uppge det uppskattade värdet av Avtal 1, men har däremot inkommit med uppgifter om värdet av samtliga avrop som gjorts från Avtal 1. Konkurrensverket gör bedömningen att dessa uppgifter kan användas som vägledning för vad värdet borde ha uppskattats till vid den relevanta tidpunkten.²² Enligt Mälarenergi har det har avropats tjänster till ett sammanlagt värde om 6 827 979 kronor från Avtal 1. Avtal 1 har tillämpats från och med den 23 januari 2020 till och med den 22 december 2020. Den genomsnittliga månadskostnaden för Avtal 1 är således ungefär 620 725 kronor (6 827 979 / 11). Med hänsyn till att Avtal 1 ursprungligen varit avsett att löpa i maximalt 48 månader bedömer Konkurrensverket att värdet av

¹⁷ Jfr skäl 115 till Direktiv 2014/25/EU.

¹⁸ Jfr skäl 115 till Direktiv 2014/25/EU.

¹⁹ 2020 års tröskelvärde för varor och tjänster uppgick till 4 395 089 kronor.

²⁰ 2 979 480 kronor (29 794 800 kronor x 0,1).

²¹ 5 kap. 13 § LUF.

²² Jfr 5 kap. 4 § LUF.

Avtal 1 uppgår till 29 794 800 kronor (620 725 x 48). Avtal 1 skulle sett till detta värde ha annonserats enligt bestämmelserna i 10 kap. LUF.

36. Att värdet av ändringen i Avtal 2 i sig uppgick till 9 597 120 kronor utvecklas nedan i p. 39–42.
37. Enligt Konkurrensverkets bedömning utgör Avtal 2 vidare en sådan väsentlig ändring som innebär att det införs nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha kunnat medföra att andra anbud hade ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha kunnat delta i upphandlingen. Leverantörer som hade varit intresserade av att lämna anbud i en upphandling med de villkor som följer av Avtal 1, och som hade lämnat konkurrenskraftiga anbud i en sådan upphandling, hade inte nödvändigtvis varit desamma i en upphandling med de villkor om annan avtalstid och kortare uppsägningstid som följer av Avtal 2.²³ Ändringen är därför inte heller tillåten mot bakgrund av 6 kap. 14 § LUF.
38. Vid dessa förhållanden utgör Avtal 2 en ny upphandling som borde ha föregåtts av annonsering enligt 10 kap. 1 § eller 19 kap. 9 § LUF, förutsatt att värdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet eller direktupphandlingsgränsen, och inget undantag är tillämpligt.

Värdet av upphandlingen av Avtal 2

39. Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt det eller de kontrakt som ingår i upphandlingen. Options- och förlängningsklausuler som ska beaktas som om de hade utnyttjats.²⁴ Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga och en upphandling får delas upp så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.²⁵ Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande enheten påbörjar upphandlingsförfarandet.²⁶ Om löptiden för ett avtal är obestämd ska värdet bestämmas till månadsvärdet multiplicerat med 48.²⁷ Vad gäller ramavtal finns också en särskild bestämmelse som reglerar att värdet av ett ramavtal ska uppskattas till det

²³ Jfr bland annat EU-domstolens dom i mål C-549/14, *Finn Frogne*, p. 28–29.

²⁴ 5 kap. 2 § LUF.

²⁵ 5 kap. 5–6 §§ LUF.

²⁶ 5 kap. 4 § LUF.

²⁷ 5 kap. 12 § LUF

högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet.²⁸

40. Eftersom Avtal 2 utgör ett ramavtal ska värdet av upphandlingen uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen avtalet.²⁹ Eftersom avtalstiden för Avtal 2 är obestämd är det även relevant att ta stöd i den så kallade 48-månadersregeln.³⁰
41. Konkurrensverket noterar att när Avtal 2 slöts hade Mälarenergi inte någon klar uppfattning om hur länge Avtal 2 skulle tillämpas (se ovan p. 7 samt bilaga 3). Det noteras också att Mälarenergi, under Konkurrensverkets utredning, inte har kunnat lämna några uppgifter om hur av värdet av upphandlingen av Avtal 2 uppskattades vid den relevanta tidpunkten enligt LUF. Det noteras emellertid vidare att Mälarenergi har uppgett att behovet av aktuella tjänster skiljde sig åt vid de relevanta tidpunkterna för beräkning av värdet av upphandlingen av Avtal 1 respektive Avtal 2. Enligt Mälarenergi slöts Avtal 1 med anledning av en omfattande organisationsförändring, och det behov som förelåg med anledning av organisationsförändringen förelåg inte längre vid tidpunkten för Avtal 2. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta dessa uppgifter. Det noteras också att Mälarenergi har haft en lägre månadskostnad för aktuella tjänster efter att Avtal 2 slöts.
42. Mot denna bakgrund finner Konkurrensverket att den månatliga genomsnittskostnaden för köp av aktuella tjänster efter att Avtal 2 slöts om 199 940 kronor (999 701 / 11) bör läggas till grund för beräkningen av värdet av upphandlingen av Avtal 2. Värdet av upphandlingen av Avtal 2, som slöts då Avtal 1 hade tillämpats i 11 månader, uppgår mot denna bakgrund till 9 597 120 kronor (199 940 x 48).
43. Av detta följer att Avtal 2 borde ha föregåtts av annonsering enligt 10 kap. 1 § LUF, förutsatt att inget undantag från kravet på annonsering är tillämpligt.

Inget undantag från annonseringsplikten är tillämpligt

44. LUF innehåller specifika bestämmelser om förutsättningar för undantag från annonsering. Undantagen ska tolkas restriktivt (se ovan p. 18).

²⁸ 5 kap. 13 § LUF

²⁹ Jfr 5 kap. 13 § LUF.

³⁰ Notera att den aktuella bestämmelsen skyddar den upphandlande enheten på så sätt att den föreskriver att beräkningen av ett avtals värde ska göras utifrån premissen att avtalet löper i 48 månader, trots att avtalets löptid kan vara längre än så.

45. Eftersom det inte föreligger omständigheter som talar för att något undantag från kravet på annonsering har varit tillämpligt utgör Avtal 2 en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

46. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift.³¹ Det finns inget krav på att den upphandlande enheten ska ha 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.³²
47. 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.³³

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

48. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.³⁴
49. Avtal 2 slöts den 22 december 2020. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste således ha lämnats in till domstolen inom ett år från detta datum.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

50. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. LUF.³⁵
51. Upphandlingens värde uppgår till 9 597 120 kronor (se ovan p. 39–42). Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 959 712 kronor (9 597 120 kronor x 0,1).
52. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.³⁶ Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det

³¹ 21 kap. 1 § 3 LUF.

³² Prop. 2009/10:180 s. 193, 368 och 396.

³³ A. prop. s. 196–197.

³⁴ 21 kap. 7 § LUF.

³⁵ 21 kap. 4 § LUF.

³⁶ 21 kap. 5 § LUF.42

enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.

Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att enheten, och även andra, följer LUF. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.³⁷ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.³⁸

53. 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 exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Vikt kan också i vissa fall läggas vid om avtalet fortfarande är giltigt. 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 upprepade otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande enhet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.³⁹ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁴⁰
54. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.⁴¹
55. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. För ett högt sanktionsvärde talar också att Avtal 2 utgör ett tillsvidareavtal som kunnat tillämpas på obestämd tid.⁴² Avtal 2 har emellertid sagts upp innan Konkurrensverket kontaktade bolaget med anledning av tillsyn som avsåg Avtal 2. Konkurrensverket anser att detta påverkar sanktionsvärdet i sänkande riktning. Såvitt framkommit under utredningen föreligger i övrigt inte några omständigheter som bör inverka försvårande eller förmildrande på sanktionsavgiften.

³⁷ Prop. 2009/10:180 s. 197, s. 369–370 och s. 396.

³⁸ HFD 2014 ref. 69.

³⁹ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

⁴⁰ Se prop. 2009/10:180 s. 197 och s. 396. Jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 4402-14 och i mål nr 4915-13.

⁴¹ 21 kap. 5 § LUF.

⁴² Jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och s. 396.

56. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 400 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.⁴³
-

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Sophia Anderberg

Bifogas

- Bilaga 1 Avtalet den 22 december 2020
- Bilaga 2 Avtalet den 23 januari 2020
- Bilaga 3 E-post den 18 december 2020
- Bilaga 4 E- post den 3 mars 2021
- Bilaga 5 Uppsägning den 29 april 2021

⁴³ Upplysningsvis noteras att Konkurrensverket under utredningen, i en sammanfattande skrivelse till Mälarenergi, gjorde bedömningen att upphandlingens värde var högre (29 794 800 kronor), samt att Konkurrensverket även i skrivelsen gjorde bedömningen att 400 000 kronor utgjorde en proportionerlig sanktion för överträdelsen. Att Konkurrensverket, i aktuell ansökan, gör en annan bedömning av upphandlingens värde beror på att Mälarenergi, i sitt svar på Konkurrensverkets skrivelse, har inkommit med nya uppgifter som Konkurrensverket inte finner skäl att ifrågasätta. Att Konkurrensverket beräknat upphandlingens värde till ett lägre värde i aktuell ansökan än i den sammanfattande skrivelsen påverkar inte verkets bedömning av vad som utgör en proportionerlig sanktion. Upphandlingens värde i sig har således inte varit avgörande vid bedömningen av sanktionsvärdet. Att upphandlingens värde endast utgör en av flera faktorer som påverkar sanktionsvärdet framgår av HFD 2014 ref. 69.