

Förvaltningsrätten i Malmö
Box 4522
203 20 Malmö

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

VA SYD (222000-2378), Box 191, 201 21 Malmö

Saken

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

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LUF beslutar att VA SYD ska betala 1 700 000 (en miljon sjuhundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. VA SYD har den 3 maj 2021 ingått ett avtal om inköp och installation av utrustning för slambehandling av avloppsvatten på Källby avloppsreningsverk utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LUF¹. Det saknades förutsättningar att ingå avtal utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. VA SYD är ett kommunalförbund som består av dess medlemskommuners VA-verksamheter. Medlemskommunerna är Burlöv, Eslöv, Lomma, Lund och Malmö. VA SYD:s verksamhet består av att tillhandahålla dricksvatten, rena avloppsvatten och hantera hushållsavfall, se [bilaga 1](#).
3. I juli 2019 annonserade VA SYD en upphandling av ett entreprenadkontrakt (referensnummer 19/01534), se [bilaga 2](#). Upphandlingen avsåg en ny slambehandlingsutrustning och syftet med projektet var att öka och förbättra slambehandlingskapaciteten på Källby avloppsreningsverk i Lund. Upphandlingen genomfördes som ett förenklat förfarande enligt 19 kap. LUF.
4. I november 2019 beslutade VA SYD att avbryta den annonserade upphandlingen med motiveringen att det endast kommit in ett anbud och att detta anbud väsentligt överskred budget, se [bilaga 3](#).
5. Efter att upphandlingen avbrutits påbörjade VA SYD ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LUF jämförd med 6 kap. 5–6 §§ LUF med hänvisning till avsaknad av lämpliga anbudsansökningar eller anbud. VA SYD bjöd in leverantören HJORTKÆR maskinfabrik A/S (HJORTKÆR) och ytterligare en leverantör till förhandling. Vid utvärderingen bedömdes HJORTKÆR ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, se [bilaga 4 och 5](#).
6. Den 28 juni 2020 ingick VA SYD ett avtal om slambehandlingsutrustning till Källby avloppsreningsverk med HJORTKÆR med ett avtalat pris om 13 067 485,95 kronor, se [bilaga 6](#).

Omförhandling av avtalet 2020–2021

7. Under september 2020 upptäckte VA SYD att den upphandlade utrustningen var underdimensionerad och att den ursprungliga lösningen och behovsbeskrivningen i upphandlingsdokumenten inte motsvarade VA SYD:s faktiska behov, se [bilaga 7](#). I kravspecifikationen hade årsmedelvärden för

¹ Eftersom upphandlingen påbörjades före den 1 februari 2022 är det LUF i dess lydelse innan denna tidpunkt som är tillämplig i målet.

kapaciteten angetts i stället för momentanvärden. För att få rätt dimensionering skulle utrustningen ha varit dimensionerad utifrån de momentanvärden som anläggningen behöver klara. När felet uppdagats tog VA SYD kontakt med HJORTKÆR för att stoppa den leverans av utrustning med felaktig dimensionering som var på väg till VA SYD enligt det upphandlade avtalet.

8. Den 18 december 2020 lämnade VA SYD en beställning till HJORTKÆR om ny utrustning, i vilken HJORTKÆR ombads skicka en orderbekräftelse, se bilaga 7 och 8.
9. Den 18 mars 2021 inkom HJORTKÆR med en ny offert för uppdraget, som baserades på de nya dimensionsunderlagen, se bilaga 9.
10. Den 3 maj 2021 meddelade VA SYD per e-post att man ville lägga en beställning på det nya anbudet, se bilaga 10. Enligt VA SYD ingicks därmed det så kallade Ändringsavtalet.
11. Genom Ändringsavtalet har flertalet offererade maskiner bytts ut mot nya maskiner för att tillgodose andra, högre kapacitetskrav. Bland annat har två stycken HM RDS10 trumavvattnare ersatts med tre HM RDS10-2 dubbla trumavvattnare, och skruvpress IEA SP-HF 08 med aktuell kapacitet 266 kg TS/timme utvecklad för upp till 430 kg TS/timme, har ersatts med Skruvpress IEA SP-HF 10 XL med aktuell kapacitet 547 kg TS/timme utvecklad för upp till 912 kg TS/timme. Av utredningen framgår att utrustningens omfattning och kapacitet nästan har fördubblats i förhållande till det som avtalades i det ursprungliga avtalet. Kostnaden för den beställda utrustningen uppgår vidare till 23 134 650,60 kronor, att jämföra med den tidigare överenskomna ersättningen om 13 067 485,95 kronor (se punkt 6 ovan).

Ändringsavtalet utgör en otillåten direktupphandling

Upphandlingen omfattas av LUF

12. Enligt 1 kap. 2 § LUF är lagen tillämplig för upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader som genomförs av en upphandlande enhet för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter eller posttjänster enligt 2 kap. 1–8 §§ LUF (upphandling inom försörjningssektorerna).
13. LUF är även tillämplig på upphandling som har anknytning till rening av avloppsvatten och som genomförs av en upphandlande enhet som bedriver verksamhet inom en av försörjningssektorerna (i detta fall verksamhet som avser dricksvatten enligt 2 kap. 1 § LUF). Detta framgår av 2 kap. 4 § LUF.²

² Se även prop. 2015/16:195 Del 2 s. 1173.

Eftersom VA SYD bedriver dricksvattenverksamhet,³ och den aktuella upphandlingen avser bortskaffande eller rening av avloppsvatten, faller den aktuella upphandlingen därmed inom LUF:s tillämpningsområde.

Ändringsavtalets karaktär

14. Under utredningen har VA SYD uppgett att entreprenaden som upphandlades, och därmed följaktligen även Ändringsavtalet, omfattas av regelverket för byggentreprenadkontrakt eftersom inköpet avser byggnation av en anläggning för slambehandling.
15. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta VA SYD:s bedömning i denna del. Konkurrensverket bedömer därmed att Ändringsavtalet är ett byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 8 § LUF.

Ändringavtalets värde

16. Bestämmelser om beräkning av en upphandlings uppskattade värde finns i 5 kap. LUF och 19 kap. 8 § LUF. Det är den upphandlande enheten som i praktiken företar beräkningen, men beräkningen ska kunna motiveras på objektiva grunder.⁴
17. VA SYD har under Konkurrensverkets utredning inte lämnat någon uppgift om det uppskattade värdet av byggentreprenaden inför valet av upphandlingsförfarande. VA SYD har dock uppgett att värdet på utrustningen är 23 134 650,60 kronor enligt offerten. Konkurrensverket bedömer mot denna bakgrund att priset i offerten den 18 mars 2021 (bilaga 9) ska ligga till grund för uppskattningen av upphandlingens värde.
18. Upphandlingens värde ska därmed uppskattas till 23 134 650 kronor. Eftersom upphandlingens värde understiger tillämpligt tröskelvärde för byggentreprenadkontrakt (54 938 615 kronor) är bestämmelserna i 19 kap. LUF tillämpliga. Enligt huvudregeln i 19 kap. 9 § LUF ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud.

Undantag från annonseringsplikten med stöd av bestämmelserna om ändring av kontrakt

Utgångspunkter för bedömningen

19. Bestämmelserna om ändring av kontrakt i 16 kap. 9–14 §§ LUF är inte direkt tillämpliga på upphandlingar på det icke-direktivstyrda området, det vill säga upphandlingar som, liksom den nu aktuella anskaffningen, understiger tillämpligt tröskelvärde. I lagens förarbeten konstaterade dock regeringen att

³ Se bilaga 1 samt information på VA SYD:s hemsida, www.vasyd.se/Artiklar/Dricksvatten.

⁴ Se prop. 2006/07:128 s. 315.

bestämmelserna på det direktivstyrda området ger uttryck för allmänna principer som även är gällande vid icke-direktivstyrd upphandling.⁵ Med hänsyn till att nämnda bestämmelser delvis kodifierar EU-domstolens rättspraxis och genomför de allmänna upphandlingsrättsliga principerna kan en bedömning av om det förelåg ett undantag från annonseringsplikten göras bland annat med utgångspunkt i bestämmelserna i 16 kap. LUF.

20. Principen om likabehandling och den skyldighet att lämna insyn som följer, utgör hinder för den upphandlande enheten och leverantören att efter tilldelningen av ett avtal ändra bestämmelserna i avtalet så att det uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet. I princip ska en väsentlig ändring av ett avtal leda till ett nytt upphandlingsförfarande för det kontrakt som således ändrats.⁶ Enligt 16 kap. 8 § LUF får dock ett kontrakt eller ett ramavtal ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§. Regleringen anger uttömmande i vilka situationer ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan att en ny upphandling behöver genomföras. En ändring utan stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§ utgör med andra ord en otillåten direktupphandling.⁷
21. EU-domstolens praxis innebär att en ändring i ett avtal under avtalstiden kan godtas utan en ny konkurrensutsättning om potentiella leverantörer haft lika möjlighet att vid tiden för anbud inse att en sådan ändring skulle kunna komma i fråga och att då beakta detta. Den likabehandlingsprincip som gäller inom upphandlingsrätten är således av avgörande betydelse även för denna fråga (jämför HFD 2016 ref. 85).
22. VA SYD har under utredningen anført att den justerade beställningen var nödvändig då den aktuella anläggningen uppnått sin tekniska livslängd med frekventa haverier som följd. Den ursprungliga utrustningen som var producerad och färdig att levereras var vidare underdimensionerad och om VA SYD hade gått vidare med denna utrustning hade anläggningen inte uppfyllt de villkor som är ställda i VA SYD:s tillstånd och verksamheten hade inte fått bedrivas.⁸

Utgör Ändringsavtalet en tillåten kompletterande beställning enligt 16 kap. 11 § LUF?

23. En kompletterande beställning av varor, tjänster eller byggtreprenader får enligt 16 kap. 11 § LUF göras från den leverantör som har tilldelats kontraktet utan att en ny upphandling måste genomföras, om 1. beställningen har blivit

⁵ Se prop. 2015/16:195 s. 858 f.

⁶ Se bland annat EU-domstolens mål C-526/17 kommissionen mot Italien punkt 58–59 och där angivna rättsfall, HFD 2016 ref. 85 och prop. 2015/16:195 s. 842 ff. och 1127 ff.

⁷ Se prop. 2015/16:195 s. 1127.

⁸ Se bilaga 6.

nödvändig, 2. leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och 3. ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande enheten.

24. Frågan är då om ändringen av det ursprungliga avtalets krav, omfattning och pris kan anses utgöra en tillåten kompletterande beställning enligt 16 kap. 11 § LUF.
25. I skäl 114 till direktiv 2014/25/EU⁹ anges följande vad gäller kompletterande beställningar. De upphandlande enheterna kan ställas inför situationer där kompletterande byggentreprenader, varor eller tjänster behövs; i sådana fall kan en ändring av det ursprungliga kontraktet utan ett nytt upphandlingsförfarande vara motiverad, i synnerhet om de kompletterande leveranserna syftar antingen till att delvis ersätta eller till att utöka befintliga tjänster, varor eller anläggningar, i de fall ett byte av leverantör skulle tvinga den upphandlande enheten att anskaffa materiel, byggentreprenader eller tjänster med andra tekniska egenskaper med åtföljande inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll.
26. Av förarbetena till den nu aktuella bestämmelsen framgår vidare bland annat följande.¹⁰ Sådana tekniska skäl som avses får även anses innebära betydande olägenheter enligt första stycket 3. Det ligger i sakens natur att det måste anses vara omöjligt att byta leverantör enligt första stycket 2 och 3, om ett leverantörsbyte skulle vara en otillåten ändring av kontraktet. Om ett leverantörsbyte är en tillåten ändring av kontraktet, men skulle medföra betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten än en kompletterande beställning, får myndigheten i stället göra en kompletterande beställning från befintlig leverantör. Betydligt större omkostnader enligt första stycket 3 får även anses utgöra ett ekonomiskt skäl enligt första stycket 2. Vad som avses med betydligt större omkostnader framgår inte av direktivet. Enligt standardformuläret för annonsering om kompletterande beställningar ska dock den upphandlande myndigheten i annonsen beskriva bland annat "fördubblingen av kostnaden vilken förhindrar ett byte av uppdragstagare".
27. Möjligheten att direkttilldela ett avtal med tillämpning av bestämmelserna om ändring av kontrakt ska tolkas restriktivt.¹¹ Som anges i skäl 114 i direktiv 2014/25/EU utgår bestämmelsen ifrån att de kompletterande leveranserna ska syfta till att *delvis ersätta* eller till att *utöka befintliga* tjänster, varor eller anläggningar i de fall ett byte av leverantör skulle tvinga den upphandlande

⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

¹⁰ Se prop. 2015/16:195 s. 850, 1129 f. och 1274.

¹¹ Se EU-domstolens avgörande i mål C-461/20, Advania Sverige och Kammarkollegiet, punkt 30.

enheten att anskaffa materiel, byggentreprenader eller tjänster med andra tekniska egenskaper med åtföljande inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll.

28. Att VA SYD ändrade uppfattning om sitt behov, såsom det beskrevs i den ursprungliga upphandlingens kravställning, innebär dock inte att den nu aktuella anskaffningen är en komplettering som har blivit nödvändig för att uppfylla syftet med den ursprungliga upphandlingen. Vid en jämförelse mellan anbudet den 7 maj 2020 (se bilaga 4) och offerten den 18 mars 2021 (se bilaga 9) kan konstateras att i princip samtliga avtalade maskiner har avbeställts och bytts ut för att tillgodose en helt ny kravställning. Det är i praktiken frågan om en ny riktad upphandling utifrån ökade krav på kapacitet. Den aktuella ändringen utgör således inte en *komplettering*, utan ett fullständigt byte av de avtalade slambehandlingsmaskinerna för att uppnå andra – utökade krav – på anläggningens kapacitet.
29. Av utredningen framgår inte heller några uppgifter som tyder på att de övriga förutsättningarna som krävs för bestämmelsens tillämplighet, det vill säga att leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och att ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande enheten är uppfyllda. Enligt Konkurrensverkets bedömning är den omförhandling som VA SYD och HJORTKÆR kommit överens om och som resulterade i Ändringsavtalet således inte en kompletterande beställning eller ett delvis utbyte i den mening som avses i 16 kap. 11 § LUF. VA SYD har därmed inte haft fog för att med stöd av den bestämmelsen underlåta en annonsering av den aktuella anskaffningen.

Utgör Ändringsavtalet en sådan icke väsentlig ändring som omfattas av 16 kap. 14 § LUF?

30. Ett kontrakt eller ett ramavtal får även ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig. En ändring ska anses vara väsentlig, bland annat om den 1. inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen, 2. innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller är part i ramavtalet, 3. medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller 4. innebär byte av leverantör. Detta framgår av 16 kap. 14 § LUF.
31. Som konstaterats i punkten 11 ovan har den aktuella utrustningens omfattning och kapacitet nästan fördubblats i förhållande till det ursprungliga avtalet. Även den erlagda ersättningen har vidare i princip

fördubblats, med en ökning från 13 067 485 kronor till 23 134 650 kronor. Ändringen får mot denna bakgrund anses vara så stor att det ursprungliga kontraktets omfattning utvidgats betydligt. Ingåendet av Ändringsavtalet är därmed inte heller en sådan tillåten ändring av ett kontrakt som kan göras med stöd av 16 kap. 14 § LUF.

Undantag från annonsering enligt 19 kap. LUF

32. Enligt 19 kap. 9 § LUF ska en upphandlande enhet genom en anbudsinfordran informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling eller en förhandsannons. Annonser ska enligt 19 kap. 8 § LUF publiceras i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik.
33. Direktupphandling utan krav på annonsering förutsätter att något av villkoren i 19 kap. 7 § tredje stycket LUF är uppfyllda. Av praxis framgår att undantaget från skyldigheten att annonsera ska tolkas restriktivt.¹² Det är den upphandlande enheten som måste visa att villkoren för ett undantag är uppfyllda.
34. Enligt Konkurrensverket har det inte framkommit att det funnits grund att använda ett förfarande utan föregående annonsering vid tilldelningen av Ändringsavtalet. Vad VA SYD har anfört i detta avseende (se punkten 22) tyder inte på att det har förelegat synnerlig brådska på grund av omständigheter som inte kan tillskrivas den upphandlande enheten själv. Det har inte heller framkommit omständigheter som uppfyller villkoren för synnerliga skäl.
35. Med hänsyn till det ovanstående bedömer Konkurrensverket att VA SYD har ingått Ändringsavtalet utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LUF, trots att det saknades förutsättningar för det. Ändringsavtalet har därmed tilldelats genom en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

36. Vid en otillåten direktupphandling får enligt 21 kap. 1 § 3 LUF en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift. 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.¹³

¹² Se HFD 2019 ref. 65 och HFD 2017 ref. 66.

¹³ Prop. 2009/10:180 Del 1, s. 193 och 368.

37. 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.¹⁴
38. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁵ Konkurrensverket har som framgår ovan (punkten 18) uppskattat upphandlingens värde till 23 134 650 kronor. Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 2 313 465 kronor (23 134 650 kronor x 0,1).
39. 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. Detta följer av 21 kap. 5 § LUF.
40. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter, såväl försvårande som förmildrande, i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten eller enheten, och även andra myndigheter och enheter, följer upphandlingsreglerna. Av betydelse är bland annat den upphandlande enhetens agerande. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹⁶ 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. Även förhållanden hos den upphandlande enheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet.¹⁷ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁸
41. I detta fall bedömer Konkurrensverket att det rör sig om en otillåten direktupphandling vilket talar för ett högt sanktionsvärde. Det är dessutom fråga om en situation där rättsläget är klart och där det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges.
42. Konkurrensverket finner vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet att en upphandlingsskadeavgift om 1 700 000

¹⁴ A. prop. s. 196–197.

¹⁵ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹⁶ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

¹⁷ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

¹⁸ A. prop. 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.

kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

43. Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Natacha Otte Widgren

Bifogas

Bilaga 1 – Förbundsordning.

Bilaga 2 – Utdrag från upphandlingsdokument, referensnummer 19/01534.

Bilaga 3 – Avbrytandebeslut 2019-11-05.

Bilaga 4 – Anbud från HJORTKÆR 2020-05-07.

Bilaga 5 – Utvärderingsprotokoll 2020-05-25.

Bilaga 6 – Ursprungligt avtal med HJORTKÆR 2020-06-28.

Bilaga 7 – Svarsskrivelse med beskrivning av händelseförloppet.

Bilaga 8 – E-post med beställning av ny utrustning 2020-12-18.

Bilaga 9 – Ny offert från HJORTKÆR 2021-03-18.

Bilaga 10 – Ändringsavtalet 2021-05-03.