

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

MOTPART

Trafiknämnden i Region Stockholm

Ombud: Advokaterna [REDACTED] och [REDACTED]

SAKEN

Upphandlingskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att ansökan ska avvisas.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Trafiknämnden i Region Stockholm till staten ska betala 10 000 000 kr i upphandlingskadeavgift.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1
Telefon
08-561 680 00

Öppettider
måndag–fredag
08:00–16:00

Postadress
115 76 Stockholm

E-post
avd5.fst@dom.se

Webbplats
www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/

YRKANDEN M.M.

Under 2019–2020 genomförde Trafiknämnden i Region Stockholm (Trafiknämnden) en annonserad upphandling av ett kontrakt för en utbyggnad av spårvägen Tvärbanan i Stockholm i enlighet med lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF. Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş (Gülermak) tilldelades kontraktet. Trafiknämnden ingick den 8 september 2020 ett avtal med leverantören Gülermak gällande en totalentreprenad för byggnation och projektering av tvärbanan. Genom undertecknande av kontraktet gav Gülermak sitt samtycke till att kontraktet omedelbart överläts till AB Storstockholm lokaltrafik (SL). Den 25 januari 2023 har ett tilläggsavtal slutits gällande samma kontrakt, utan föregående annonsering.

Konkurrensverket ansöker nu hos förvaltningsrätten om en upphandlings-skadeavgift om 10 000 000 kr med Trafiknämnden som motpart.

Trafiknämnden yrkar att ansökan ska avvisas. För det fall förvaltningsrätten inte avvisar ansökan bestrider Trafiknämnden ansökan i dess helhet. I andra hand medger Trafiknämnden att utge upphandlingsskadeavgift, men yrkar att avgiften fastställs till ett väsentligt lägre belopp.

Konkurrensverket bestrider yrkandet om avvisning och vidhåller i övrigt ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Fråga om Trafiknämnden är upphandlande enhet

Förvaltningsrätten har först att pröva om det föreligger hinder för att pröva ansökan i sak med anledning av att Trafiknämnden inte skulle vara att anse som upphandlande enhet av nu aktuellt kontrakt.

Trafiknämnden anför till stöd för sitt yrkande att ansökan ska avvisas att Trafiknämnden inte är upphandlande enhet i Tilläggsavtalet. Det är i stället SL som är part i avtalet med Gülermak. Det är SL som har förhandlat fram och ingått Tilläggsavtalet. Trafiknämnden, en nämnd inom Region Stockholm, och SL, ett av Region Stockholm helägt aktiebolag, är två olika juridiska personer. Trafiknämnden förvaltar SL enligt ett mellan SL och Trafiknämnden ingånget, och av regionfullmäktige godkänt, samarbetsavtal. Nämndens förvaltningsuppdrag är även reglerat i reglemente för Trafiknämnden samt i specifika ägardirektiv för SL. Även om SL i stor utsträckning förvaltas av Trafiknämnden kvarstår SL som en separat juridisk person med rättigheter och skyldigheter. SL kan agera självständigt i förhållande till Trafiknämnden. I de förhandlingar med Gülermak som föregick tecknandet av Tilläggsavtalet är det SL som självständigt har drivit förhandlingarna och sedermera träffat den överenskommelse som framgår av Tilläggsavtalet. Det aktuella Tilläggsavtalet har således både förhandlats fram och undertecknats av företrädare för SL, utan några instruktioner om innehållet från Trafiknämnden.

Konkurrensverket har med anledning av Trafiknämndens yrkande att ansökan ska avvisas anfört bl.a. följande. Trafiknämnden med dess förvaltning utredde förutsättningarna för att ingå Tilläggsavtalet. Trafiknämndens godkännande var en förutsättning för att Tilläggsavtalet skulle bli giltigt. SL ingick Tilläggsavtalet enligt Trafiknämndens beslut och uppdrag. Utredningen visar att upphandlingen av Tilläggsavtalet inte hade genomförts utan att

Trafiknämnden fattade beslut om att upphandlingen skulle genomföras. Det finns inget stöd för att SL ändå hade ingått avtalet. Det saknar betydelse om SL i och för sig kan agera självständigt, eftersom bolaget inte gjorde det i det här fallet. Av samma skäl är det inte heller betydelsefullt att Trafiknämnden och SL är två olika juridiska personer. Trafiknämnden är alltså den upphandlande enheten för Tilläggsavtalet och rätt motpart i målet. Ansökan ska därför inte avvisas.

Förvaltningsrättens bedömning

Av artikel 56.2 i 2014 års LUF-direktiv¹ framgår förutsättningarna för två eller flera upphandlande enheter att genomföra en tillfällig gemensam upphandling. När ett upphandlingsförfarande i sin helhet genomförs gemensamt av de upphandlande enheterna för alla upphandlande enheters räkning och i deras namn ska de gemensamt ansvara för att fullgöra skyldigheterna i direktivet. Detta gäller också i de fall där en upphandlande enhet ensam administrerar upphandlingsförfarandet och då agerar för egen och för de andra berörda upphandlande enheternas räkning. Bestämmelserna i direktivet om tillfällig gemensam upphandling har inte införts i LUF. Skälet till det är att upphandlingsbestämmelserna i övrigt inte hindrar tillfällig gemensam upphandling och att det redan tidigare fanns möjlighet att använda sig av sådana tillfälliga samarbeten. När det gäller formerna för och ansvarsfördelningen inom en tillfällig gemensam upphandling får det bedömas i varje enskild upphandling om den i det avseendet är tillåten (se prop. 2015/16:195 s. 544).

Trafiknämndens deltagande i det nu aktuella förfarandet kommer bl.a. till uttryck i Tilläggsavtalet p 6 *Giltighet för Tilläggsavtalet*, vari anges att avtalet

¹ 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, EUT L 94, 28.3.2014, s. 243.

är villkorat av att det godkänns av Trafiknämnden i Region Stockholm. Tilläggsavtalet är därtill undertecknat av företrädare för SL, Gülermak och Trafikförvaltningen. Trafiknämnden får därmed anses vara faktisk part i Tilläggsavtalet. Att Trafiknämnden inte anges som part i Tilläggsavtalets ingress medför ingen annan bedömning. Vad som angavs i avtal den 8 september 2020 om att SL efterträtt Trafiknämnden som part har genom Tilläggsavtalet ingen fortsatt betydelse.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning är därmed Trafiknämnden, i vart fall gemensamt med SL, upphandlande enhet för den nu aktuella upphandlingen. Det föreligger således inget hinder för Konkurrensverket att rikta en ansökan om upphandlingsskadeavgift mot Trafiknämnden samt för förvaltningsrätten att pröva om nämnden iakttagit de skyldigheter som en upphandlande enhet har vid genomförandet av en upphandling. Det saknas därmed skäl att avvisa Konkurrensverkets ansökan på anförda skäl.

Avtalets värde

En upphandlingsskadeavgift får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Det är i första hand den upphandlande enheten som företar beräkningen av en upphandlings värde. Denna ska dock på objektiva grunder kunna angripas (jfr prop. 2006/07:128 s. 315).

I ansökan om upphandlingsskadeavgift har Konkurrensverket angett att värdet på upphandlingen av Tilläggsavtalet är minst 300 000 000 kr. Beloppet utgår från uppgifter som Trafiknämnden har lämnat under Konkurrensverkets utredning. Trafiknämnden har i förvaltningsrätten inte redovisat någon annan uppskattning av upphandlingens värde.

I avsaknad av närmare precisering av upphandlingens värde från Trafiknämndens sida anser förvaltningsrätten att Konkurrensverket

uppskattning av värdet för ändringen får godtas. Värdet för ändringen och Tilläggsavtalet ska således beräknas till 300 000 000 kr. Detta värde överstiger tröskelvärdet enligt 5 kap. 1 § LUF. Tilläggsavtalet kan således inte undantas med upphandling med stöd av reglerna för ändring av mindre värde enligt 16 kap. 9 § LUF och utgångspunkten är därmed att ett kontrakt av sådan storlek ska annonseras enligt 10 kap. 1–3 §§ LUF.

Frågan om grund för ändring av avtal utan ny upphandling

Genom Tilläggsavtalet har villkoren för avtalet från 2020 ändrats på sådant sätt att Gülermak får ersättning för prisökningar, att ersättningsmodellen ändrats från fast pris till löpande räkning, att villkor om förseningsvite tagits bort och att villkor om rätt att innehålla betalning tagits bort.

Frågan är då om det har funnits undantag från kravet på föregående annonsering i 10 kap. 1, 2 eller 3 §§ LOU. Som skäl för att underlåta annonsering har Trafiknämnden gjort gällande att Tilläggsavtalet utgör en ändring som kan göras utan ny upphandling med stöd av befintliga avtalsvillkor/ändringsklausul enligt 16 kap. 10 § LUF, oförutsedda omständigheter enligt 16 kap. 12 § LUF och med hänvisning till att ändringen inte är väsentlig på sådant sätt som avses i 16 kap. 14 LUF.

Bestämmelserna om ändringar av kontrakt reglerar undantag från annonseringskravet. Bestämmelserna ska därför tolkas restriktivt och det är Trafiknämnden som har bevisbördan för att var och en av ändringarna som gjordes genom Tilläggsavtalet har stöd i LUF.

Vad avser fråga om tillämpningen av en ändringsklausul i 16 kap. 10 § LUF och oförutsägbara omständigheter enligt 16 kap. 12 § LUF har

Trafiknämnden anfört bl.a. följande. SL har med stöd av det upphandlade kontraktets befintliga avtalsvillkor (ABT06 kap. 6 § 3 jämte tillägg under

koden AFD.6 i AF-del) ingått en överenskommelse om att ändra det avtalade priset. Det har således endast varit fråga om en tillämpning av gällande avtal med därpå följande ekonomisk reglering. Genom tillämpning av ABT 06 kap. 6 § 3 justerades det avtalade priset med hänsyn till att Gülermak drabbades av kostnadsändringar som berodde på onormala prisförändringar på material samt kostnadsändringar på förnödenheter och tjänster förorsakade av krig eller annat krigsförhållande med liknande effekt. Så som Trafiknämnden uppfattar Konkurrensverket talan görs det gällande att ABT 06 kap. 6 § 3 överhuvudtaget inte är tillämplig i offentligt upphandlade entreprenadavtal. Genom att möjligheten att göra justeringar har reglerats i upphandlingsdokumenten har alla aktörer som kan vara intresserade av att delta i upphandlingen redan från början fått information om att justeringar kan komma att ske och har därmed behandlats lika när de utformat sina anbud. Avtalets övergripande karaktär har således inte ändrats i och med tillämpningen av ABT 06 kap. 6 § 3 jämte AFD.6. Den i AB 04 och ABT 06 likalydande regeln i kap 6 § 3 är därigenom mer av en rättsregel än ett avtalsvillkor. Ett bifall till Konkurrensverkets talan på den principiella grunden att regeln som sådan inte går att förena med upphandlingsrättens förbud mot väsentliga ändringar i upphandlade kontrakt skulle dels skapa kaos i samtliga redan upphandlade och nu pågående bygg- och anläggningsprojekt, dels riskera medföra en betydande ökning av antalet konkurser bland bygg- och anläggningsentreprenörer i Sverige. Enligt Trafiknämndens mening har pandemin och Rysslands invasion av Ukraina sammantaget haft sådan dramatisk och långvarig påverkan på entreprenaden och därmed kontraktet att det måste anses vara sådana oförutsebara omständigheter som omfattas av 16 kap. 12 § LUF. Materialpriser har ökat kraftigt under perioden till följd av brister i utbudet. Konsekvensen av Rysslands krig i Ukraina är att arbetskraft från Ukraina, Ryssland och Belarus inte längre står till arbetsmarknadens förfogande i samma utsträckning samt att arbetskraft från Polen i större utsträckning genomför arbeten i hemlandet till följd av att ukrainsk arbetskraft inte heller står till förfogande i Polen. Trafiknämnden bestrider att ändringarna som skett är av sådan art att den

övergripande karaktären på kontraktet har ändrats. Förbudet mot att ändra avtalets övergripande karaktär innebär bland annat att de tjänster som upphandlats inte får ersättas med något annat. Det har genom Tilläggsavtalet inte skett någon ändring av entreprenadens omfattning eller art. Avtalet avser fortfarande samma entreprenad. De entreprenadarbeten som Gülermak ska utföra har inte heller förändrats och någon ändring i fråga om Gülermaks ansvar för projekteringen som totalentreprenör enligt ABT 06 har inte heller skett. De justeringar som gjorts i ersättningsmodellen medför inte att Gülermak fått någon vinning därav, vilket måste inverka på bedömningen.

Konkurrensverket anför i denna del bl.a. att kontraktets ändringsklausul inte uppfyller de upphandlingsrättsliga kraven på en ändringsklausul. Det saknar betydelse hur klausulen kan tolkas i en entreprenadrättslig kontext. Upphandlingsrätten och entreprenadrätten ställer olika krav på hur ändringsklausuler utformas och används. En ändringsklausul i ett offentligt kontrakt får inte användas bara för att det är entreprenadrättsligt tillåtet, utan användningen måste vara upphandlingsrättsligt tillåten. Entreprenadrättens särart inom civilrätten innebär inte en lättnad från de upphandlingsrättsliga kraven på transparens och likabehandling. Standardavtalen har tagits fram av svenska branschaktörer utifrån andra hänsyn än de som ligger till grund för EU:s upphandlingsregelverk. Bestämmelsen i 6 kap. 3 § ABT 06 är för otydligt utformad för att uppfylla de upphandlingsrättsliga kraven på ändringsklausuler. Trafiknämnden har inte visat på ett orsakssamband mellan de återopade oförutsebara omständigheterna och behovet att ändra kontraktet i den utsträckning som skett. Det är inte tillräckligt att visa på en korrelation mellan vissa omständigheter och prishöjningar på marknaden för att ändra kontraktet på det sätt som skett genom Tilläggsavtalet. Konkurrensverket invänder inte mot att priserna på stål, vissa material och förnödenheter (bränsle och el) har ökat sedan kontraktet ingicks och under samma period som coronapandemin och kriget i Ukraina. Den omständigheten att vissa priser har ökat under samma period som coronapandemin och kriget i Ukraina är dock inte

tillräckligt för att visa på ett orsakssamband i förhållande till behovet att ändra kontraktet i den utsträckning som skett. Kontraktets övergripande karaktär ändrades i vart fall av de samlade ändringarna som gjordes genom Tilläggsavtalet. Den samlade ersättningen för prishöjningar uppgår till minst cirka 23 procent av kontraktssumman. Det är en stor skillnad mellan å ena sidan ett kontrakt med fast pris, villkor om förseningsvite och rätt att innehålla betalning och å andra sidan ett kontrakt på löpande räkning utan förseningsvite och innehållanderätt, där entreprenören ges större möjligheter att få ersättning för prisökningar. Den höga ersättningen till leverantören, ensam och tillsammans med övriga ändringar genom Tilläggsavtalet, ändrade kontraktets övergripande karaktär.

Förvaltningsrättens bedömning

Av underlaget i målet framgår att den ursprungliga upphandlingen år 2019–2020 utvärderades utifrån lägsta pris och att Gülermak tilldelades avtalet med anledning av det pris som bolaget lämnat. Kontraktet gällde en ersättningsmodell med fast pris.

I den av Trafiknämnden åberopade ändringsklausulen ABT 06 kap. 6 § 3 jämte AFD.6 framgår att avtalat pris kan ändras om en kostnadsändring beror på onormala prisförändringar, vilket ska avgöras med utgångspunkt i de generella priser som gäller på den relevanta marknaden. Genom Tilläggsavtalet har villkoren för avtalet från 2020 ändrats på sådant sätt att Gülermak får ersättning för prisökningar, att ersättningsmodellen ändrades, att villkor om förseningsvite togs bort, och att villkor om rätt att innehålla betalning togs bort.

Gemensamt för att ändringar ska vara tillåtna enligt LUF med åberopande av ändringsklausul eller oförutsägbara omständigheter är att kontraktets övergripande karaktär inte ändras.

Vad som avses med kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär framgår enligt förarbetena till bestämmelsen (prop. 2015/16:195 s. 849 f.) i viss mån av uttalanden i skälen 113 och 115 till LUF-direktivet. I skäl 113 anges att ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter. Sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet. Vidare uttalas i skäl 115 att en ändring inte är tillåten om den leder till att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär, exempelvis genom att de byggentreprenader, varor eller tjänster som upphandlats ersätts med något annat eller genom att typen av upphandling förändras i grunden, eftersom man i en sådan situation kan anta att resultatet skulle ha påverkats. Ett kontraktets eller ramavtals övergripande karaktär kan ändras även om ändringen inte är stor i ekonomisk mening. Så kan vara fallet om den upphandlande myndigheten frånfaller ett krav som har ställts i upphandlingen eller avstår från att tillämpa ett väsentligt avtalsvillkor, t.ex. avseende vite. Alltför dramatiska förändringar av parternas förpliktelser ändrar avtalets övergripande karaktär.

Det ursprungliga avtalet från 2020 avser en totalentreprenad för byggnation och projektering av tvärbanan för en viss sträcka, något som inte har förändrats genom Tilläggsavtalet. Genom Tilläggsavtalet har det dock, enligt förvaltningsrättens mening, gjorts så pass ingripande förändringar i villkoren för ersättning, leverans och tidpunkt för betalning att typen av upphandling får anses ha förändrats i grunden. Den ursprungliga upphandlingen avsåg ett kontrakt enligt vilken entreprenören åtog sig att genomföra ett projekt mot en fast ersättning och inom en klar tidsplan, vid risk att denne annars skulle riskera ekonomisk förlust och inte obetydliga vite. Dessa förutsättningar utgjorde grunden för den konkurrensutsättningen som skedde år 2019–2020. Förvaltningsrätten konstaterar att ersättningsvillkor är viktiga kontraktsvillkor

och har särskilt stor betydelse när upphandlingen, såsom i förevarande fall, utvärderats utifrån lägsta pris. Av de kommersiella villkoren i upphandlingsdokumenten framgår förvisso att avtalat pris kan ändras med hänsyn till vissa föreskrivna kostnadsändringar, varför potentiella anbudsgivare får anses ha kunnat förutse att det offererade och avtalade priset i vissa fall kan komma att förändras. I förevarande fall innebär dock ändringen av ersättningsmodellen, i förening med övriga ändringar i Tilläggsavtalet, en betydande förändring av förutsättningarna för leverans av den upphandlande byggtreprenaden. Det kan enligt förvaltningsrättens mening antas att resultatet av den ursprungliga upphandlingen skulle ha påverkats om de ändrade ersättningsvillkoren hade funnits med från början. De ändringar som skett genom Tilläggsavtalet får sammantaget anses innebära att kontraktets övergripande karaktär har ändrats. Detta gäller oavsett om de av Trafiknämnden åberopade avtalsklausulerna i 6 kap. 3 § ABT 06 och AFD.6 är att betrakta som klara, exakta och entydiga. Således anser förvaltningsrätten att det inte har förelegat skäl att ändra kontraktet på så sätt som skett genom Tilläggsavtalet med åberopande av 16 kap. 10 § eller 12 § LUF.

Väsentlig ändring

Fråga är då om ändringen ändå är tillåtlig med beaktande av att den inte skulle vara att anse som väsentlig i 16 kap. 14 § LUF.

Enligt 16 kap. 14 § LUF får ett kontrakt eller ett ramavtal 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, bl.a. 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

EU-domstolens praxis avseende väsentliga ändringar 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 (jfr HFD 2016 ref. 37 och där anmärkta rättsfall) är således av avgörande betydelse även för denna fråga (jfr HFD 2016 ref. 85).

Trafiknämnden har i denna del anfört bl.a. följande. Ändringarna har i viss mån ändrat den risk som ursprungligen lades på leverantören i avtalet. Den ursprungliga riskfördelningen i kontraktet har inte varit rimlig och genomförbar att verkställa mot bakgrund av den genomgripande förändring av marknaden och världsläget som pandemin och invasionen av Ukraina har inneburit. Ändringen har inte heller skett i syfte att ändra balansen i avtalet eller för att ge leverantören några fördelar mot vad som ursprungligen avtalats. Eftersom ändringarna i avtalet har skett till följd av oförutsebara omständigheter som givetvis inte har kunnat förutses under upphandlingens genomförande, har behovet av ändringarna vid tidpunkten för beslutet att tilldela avtalet också varit omöjliga att beakta. Trafiknämnden har även svårt att se att intresset för att inkomma med anbud i en upphandling där leverantören inte erhåller vinst skulle vara något annat än obefintligt.

Förvaltningsrättens bedömning

Det kan enligt förvaltningsrättens mening, även vid nu aktuell prövning om ändringen är väsentlig, antas att resultatet av den ursprungliga upphandlingen skulle ha påverkats om de ändrade ersättningsvillkoren hade funnits med från början. Det har vidare av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen, såvitt framgår, inte varit möjligt för leverantörerna att utläsa att ändring av villkor varit möjliga på så sätt som skett. De genom Tilläggsavtalet genomförda ändringarna får enligt förvaltningsrättens mening innebörden att samtliga deltagande leverantörer i upphandlingen inte har givits samma möjligheter att göra korrekta beräkningar av lönsamheten i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därför att ändringarna är att betrakta som väsentliga och att undantaget i 16 kap. 14 § LUF därmed inte har varit tillämpligt.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.

Frågan är därefter om Trafiknämnden ska åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift och, om så är fallet, storleken på avgiften.

Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte (prop. 2009/10:180 s.197 f. och 369 f.). Av rättsfallet HFD 2014 ref 69 framgår bl.a. följande. Avgiftens storlek måste bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan vare sig av lagtext eller förarbeten läsas ut att sanktionsvärdet ska fastställas till en viss procentandel av kontraktsvärdet. Beloppsbegränsningen i lagrummet måste innebära att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktsvärdet är en av flera avgörande faktorer och där högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall. Kontraktsvärde om 161 miljoner kr bedömdes inte som avsevärt högt.

Som förmildrande omständigheter har **Trafiknämnden** framhållit att upphandlingen av det ursprungliga kontraktet och ändring annonserades i enlighet med LUF, att värdet på avtalet inte var avsevärt högt, och att Trafiknämndens agerande har varit i linje med tvingande hänsyn till allmänintresse.

Förvaltningsrättens bedömning.

Omständigheten att det ursprungliga avtalet och ändringsavtalet var föremål för annonsering utgör enligt förvaltningsrätten inte skäl att betrakta överträdelsen att ingå Tilläggsavtalet utan annonsering som mindre allvarlig. Att annonsera en upphandling är en skyldighet enligt LUF och annonseringen av det ursprungliga avtalet år 2020 är därtill en förutsättning för att i ett senare skede kunna åberopa bestämmelserna om ändring av kontrakt i 16 kap. LUF (jfr Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, p. 40–42). Att annonsera en ändring enligt 16 kap. 16 § LUF är likaså en skyldighet för det fall en upphandlande enhet genomför ändring med stöd av 16 kap. 11 och 12 §§ LUF. Förvaltningsrätten bedömer att Trafiknämndens offentliggörande genom annonsering om ändringen visar att enheten inte haft någon avsikt att dölja tecknandet av Tilläggsavtalet. Att Trafiknämnden beaktat sin skyldighet att annonsera den ursprungliga upphandlingen och att annonsera ändringen ger dock inte skäl att betrakta avsaknaden av annonsering enligt 10 kap. 1–3 §§ LUF som mindre allvarlig.

Vad gäller kontraktets värde bör, enligt förvaltningsrätten, inte bara betrakta värdet på ändringen i sig, utan det avtal som undandragits ny upphandling. Detta avtal uppgår till över 1,3 miljarder kr, vilket får anses vara högt.

Vad gäller bedömningen om en extraordinär samhällssituation kan situationen jämföras med den i Kammarrätten i Stockholms dom i mål 2912-23. I det målet var det frågan om en direktupphandling föranledd av pandemin och ett avtal

vars syfte, från den upphandlande myndighetens sida, var att skydda patienters och personals liv och hälsa. Förvaltningsrätten finner att samma hänsynstagande inte gör sig gällande vid utbyggandet av kollektivtrafik och förseningar i sådant arbete. Vad Trafiknämnden anför i denna del utgör inte skäl att sätta ned avgiften.

Fråga är till sist om SL:s deltagande i upphandlingen kan påverka upphandlingsskadeavgiftens storlek. I tidigare förarbetena anges följande. En annan fråga kan också vara att bestämma vilket kontraktsvärde som är hänförligt till respektive upphandlande myndighet eller enhet. Eftersom något solidariskt ansvar inte föreslås, bör vardera upphandlande myndighet eller enhet under sådana förhållanden bära ansvar endast för sin andel av den otillåtna åtgärd som kan anses föranleda påförandet av upphandlingsskadeavgift (prop. 2009/10:180 s. 191f). I nu aktuellt fall finns det inte skäl att göra en uppdelning mellan det ansvar och den del av kontraktsvärdet som kan hänföras till Trafiknämnden respektive SL. Trafiknämnden har varit styrande, eller i vart fall genom sitt godkännande haft sista ordet, vad gäller tilldelningen av kontraktet. Det saknas således skäl att sätta ner avgiften även av detta skäl.

Utifrån en bedömning av relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte bedömer förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift om 10 000 000 kr får anses vara en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion för Trafiknämnden. Avgiften överstiger inte 10 procent av upphandlingens värde om 300 000 000 kr enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU. Det har inte heller framkommit sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en sanktionsavgift.

Sammanfattning

Trafiknämnden har genomfört en otillåten direktupphandling. Överträdelsen kan inte ses som ringa. Trafiknämnden ska därför påföras en upphandlingsskadeavgift. Avgiften ska uppgå till 10 000 000 kr. Det finns inte synnerliga skäl för att efterge avgiften. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Peter Lif
Chefsrådman

Erik Mellstrand
Rådman

I avgörandet har även deltagit nämndemännen Lars Granath, Marita Ros och Daniel Selin.

Föredragande juristen Anton Himmelstrand har varit föredragande.