



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2022-11-02
Meddelad i Uppsala

Mål nr
8226-21

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Mälarenergi AB, 556448-9150

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Mälarenergi AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om 400 000 kronor.

BAKGRUND

I januari 2020 slöt Mälarenergi AB (Mälarenergi) ett ramavtal avseende konsulttjänster inom verksamhetsutveckling (Avtal 1). Avtalet gällde 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 sammanlagt tre år.

Den 22 december 2020 gjorde Mälarenergi och leverantören en överenskommelse om ändring i Avtal 1 innebärande att avtalet skulle gälla tills vidare med en månads uppsägningstid (Avtal 2).

Mälarenergi sade upp Avtal 2 den 29 april 2021 med uppsägningstid enligt avtal.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten beslutar att Mälarenergi ska betala 400 000 kronor i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för ansökan anføres bl.a. följande. Mälarenergi har brutit mot 10 kap. 1 § LUF genom att den 22 december 2020 sluta Avtal 2 utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningarna för att sluta avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling. Det har inte framkommit några omständigheter som talar för att det har funnits förutsättningar att ingå Avtal 1 utan föregående annonsering. Avtal 1 utgör därmed en otillåten direktupphandling. Även Avtal 2 borde ha föregåtts av annonsering. Eftersom Avtal 1 i sig var en otillåten direktupphandling utgör Avtal 2 inte en sådan tillåten ändring som avses i 16 kap. LUF. Avtal 2 har inte heller utgjort ett tillåtet undantag som avses i 16 kap. 8–14 §§ LUF om dessa bestämmelser varit tillämpliga. Eftersom det inte föreligger omständigheter som talar för att något undantag från kravet på annonsering har varit tillämpligt utgör Avtal 1 en

otillåten direktupphandling. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt. För ett högt sanktionsvärde talar också att Avtal 2 utgör ett tillsvidareavtal som kunnat tillämpas på obestämd tid. Att Avtal 2 sagts upp innan Konkurrensverket kontaktade Mälarenergi med anledning av tillsyn påverkar sanktionsvärdet i sänkande riktning. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna anses en upphandlingsskadeavgift om 400 000 kronor vara en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelserna.

Mälarenergi bestrider ansökan och anser att den i första hand ska avslås och i andra hand att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 124 763 kronor eller det lägre belopp som domstolen finner skäligt. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Mälarenergi har inte brutit mot 10 kap. 1 § LUF genom att underteckna ändringen och ändringen borde inte ha föregåtts av annonsering. Ändringen utgör därmed inte någon otillåten direktupphandling. Avsikten med ändringen var att Avtal 1 skulle kunna sägas upp med kort varsel när en annonserad upphandling av aktuella tjänster genomförts eller det efter utredning visats att ramavtal upphandlat av inköpscentral skulle kunna användas för aktuella avrop. Ändringen av Avtal 1 utgör en tillåten ändring. Ingenstans i LUF eller försörjningsdirektivet anges att det skulle vara en förutsättning för reglernas tillämpning att kontraktet eller ramavtalet har ingåtts efter en viss typ av upphandlingsförfarande. Snarare framgår att reglerna är tillämpliga på alla kontakt respektive ramavtal oavsett dess tillkomst. Ändringarna har kunnat göras med stöd av reglerna om lågt värde i 16 kap. 9 § LUF och med stöd av reglerna om icke väsentliga ändringar i 16 kap. 14 § LUF. Hade en upphandling av Avtal 1 genomförts med den förändring som ändringen innebär skulle inte ytterligare leverantörer ha deltagit i upphandlingen. Att ingå ett avtal med en obegränsad rätt för den upphandlande enheten att när som helst säga upp avtalet med en månads uppsägningstid kan knappast anses kommersiellt attraktivt för en leverantör. Ändringen av Avtal 1 utgör inte en otillåten ändring och är således inte något nytt avtal. Ändringens värde ska beräknas utifrån det

sammanlagda faktiska värdet. Det värdet ligger under direktupphandlingsgränsen och därmed utgör ändringen oavsett ett tillåtet direktupphandlat avtal som Mälarenergi inte haft att annonsera. Värdet på ändringen får i sammanhanget anses som mycket lågt oavsett beräkningsgrund. I det aktuella fallet är rättsläget ifråga om vad som utgör en väsentlig ändring oklart. Det låga värdet såväl som det faktum att rättsläget är oklart är två omständigheter som ytterligare ska räknas Mälarenergi till godo vid bestämning av storleken på en eventuell upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket har tidigare bedömt det rimligt med en upphandlingsskadeavgift om 1,3 procent av ändringens värde. En proportionerlig sanktion borde utgöra maximal 1,3 procent av värdet på ändringen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser, m.m.

Den 1 februari 2022 trädde vissa ändringar i LUF i kraft som bl.a. berör direktupphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till SFS (2021:1111) gäller äldre bestämmelser fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före det nyssnämnda datumet. I detta mål ska därför LUF tillämpas i dess lydelse före den 1 februari 2022.

Av den gamla lydelsen i 21 kap. 1 § 3 LUF följer att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3, eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. 9 §.

Enligt 21 kap. 4 § LUF ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får enligt den gamla

lydelsen av 21 kap. 4 § LUF inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.

Enligt 21 kap. 5 § LUF ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Mälarenergi genom att ingå överenskommelsen om ändring i Avtal 1 (Avtal 2) har genomfört en otillåten direktupphandling och det därmed finns skäl att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Innebär Avtal 2 en tillåten ändring av Avtal 1?

I målet får det anses ostridigt att Avtal 1 har tillkommit genom en otillåten direktupphandling. Enligt Konkurrensverket innebär det att bestämmelserna om tillåtna ändringar av avtal i 16 kap. 8–14 §§ LUF inte är tillämpliga på Avtal 2. Mälarenergi har anfört att det inte finns någon sådan begränsning i bestämmelserna om tillåtna ändringar och menar att Avtal 2 utgör en sådan tillåten ändring av Avtal 1.

I artikel 36.1 andra stycket i direktiv 2014/25/EU anges att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för direktivet eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Den s.k. konkurrensprincipen har införlivats i svensk rätt genom 4 kap. 2 § LUF. I bestämmelsen anges att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Förvaltningsrätten anser att Mälarenergis tolkning av bestämmelserna i LUF om tillåtna ändringar innebär ett klart avsteg från konkurrensprincipen. Det kan enligt förvaltningsrätten inte vara möjligt att göra en tillåten ändring av ett avtal som tillkommit genom en otillåten direktupphandling. Detta eftersom en sådan tillämpning skulle innebära att en otillåten direktupphandling blir tillåten genom en mindre ändring av avtalet. Avtal 2 innebär därtill att Avtal 1 övergick till att gälla tills vidare. Oavsett vilken avsikt Mälarenergi hade när Avtal 2 ingicks innebär detta att Mälarenergi genom ändringen förbehållit sig rätten att nyttja avtalet på obestämd tid.

Vidare delar förvaltningsrätten Konkurrensverkets uppfattning att reglerna i 16 kap. 8–14 §§ LUF avser undantag för i vilka situationer kontrakt eller ramavtal får ändras utan att en *ny* upphandling behöver genomföras. Så som lagtexten är formulerad får det antas förutsättas att en tidigare upphandling har genomförts i enlighet med LUF.

Eftersom reglerna om tillåtna ändringarna inte är tillämpliga på Avtal 1 kan Avtal 2 inte ses som en tillåten ändring enligt 16 kap. 8–14 §§ LUF. Därmed ska Avtal 2 också ses som ett eget avtal.

Vilket värde ska Avtal 2 beräknas till?

Enligt Konkurrensverket ska värdet av Avtal 2 bestämmas till månadsvärdet multiplicerat med 48 i enlighet med 5 kap. 12 § LUF. Utifrån den uppgift om det belopp som avropats från Avtal 2 från Mälarenergi (999 701 kronor) uppgår avtalets värde enligt Konkurrensverket till 9 597 120 kronor.

Mälarenergi anser att värdet ska beräknas utifrån det sammanlagda faktiska värdet, dvs utifrån värdet på de anskaffningar som faktiskt gjorts under avtalet. Det värdet understiger enligt Mälarenergi gränsen för direktupphandling och Avtal 2 utgör därmed enligt bolaget ett tillåtet direktupphandlat avtal.

Enligt 5 kap. 2 § LUF är värdet av en upphandling det totala belopp som enligt den upphandlande enhetens uppskattning ska betalas enligt det eller de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Uppskattningen av en upphandlings värde ska enligt 5 kap. 4 § LUF avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande enheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

Vidare anges att metoden för att uppskatta en upphandlings värde enligt 5 kap. 5 § LUF inte får väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.

I 5 kap. 12 § LUF anges att om en tjänst ska upphandlas utan att det totala belopp som ska betalas för tjänsten anges, ska värdet av upphandlingen vara det som ska betalas för tjänsten under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader. Om löptiden är längre eller om den är obestämd, ska värdet bestämmas till månadsvärdet multiplicerat med 48.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Vid bestämmandet av en upphandlings värde är inte det avgörande upphandlingens faktiska värde utan det värde som upphandlingen uppskattas till vid tidpunkten för upphandlingens påbörjande. Eftersom det saknats en sådan uppskattning av värdet har Konkurrensverket utgått från det belopp som Mälarenergi uppgett har avropats från Avtal 2. Det saknas enligt förvaltningsrätten skäl att ifrågasätta det värdet som utgångspunkt.

Vidare anser förvaltningsrätten att det varit riktigt av Konkurrensverket att, i enlighet med 5 kap. 12 § LUF, bestämma värdet till månadsvärdet multiplicerat

med 48 i och med att Avtal 2 gällde tills vidare. Sammantaget anser förvaltningsrätten att det värde som kan beaktas när det gäller fastställandet av upphandlingsskadeavgiften uppgår till 9 597 120 kronor.

Förvaltningsrätten konstaterar därmed att värdet av Avtal 2 överstiger tröskelvärdet samt att det inte framkommit att något undantag från annonseringsplikten i LUF var tillämpligt vid tecknande av Avtal 2.

Eftersom Avtal 2 inte kan utgöra en tillåten ändring av Avtal 1 och inte heller är undantaget från annonseringsplikten utgör avtalet en otillåten direktupphandling. Det finns därmed förutsättningar att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek

I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 197 och 369 f.) framgår bl.a. följande om fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvarande som förmildrande omständigheter. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till.

När det gäller avgiftens storlek bedömer förvaltningsrätten att överträdelsen varken är ringa eller att det i målet har kommit fram sådana synnerliga skäl som krävs för att avgiften ska kunna efterges.

Eftersom det är fråga om en otillåten direktupphandling ska sanktionsvärdet i normalfallet vara högt. Att Avtal 2 sagts upp innan Konkurrensverket kontaktat Mälarenergi med anledning av tillsynen av Avtal 2 ska enligt förvaltningsrätten beaktas i förmildrande riktning. Det Mälarenergi anfört om att rättsläget om

vad som är en väsentlig ändring är oklart kan däremot inte beaktas. Inte heller kan upphandlingens uppskattade värde anses så lågt att det ska beaktas i för- mildrande riktning. Sammantaget anser förvaltningsrätten att det av Konkurrensverket yrkade beloppet framstår som väl avvägt i förhållande till den konstaterade överträdelsen och vad som i övrigt framkommit i målet. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-03)

Karin Åsberg
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Charlotta Fröhammar.



Hur man överklagar

FR-03

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Så här gör du

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att kammarrätten ska

ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).

3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.