



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2025-04-14
Meddelad i Göteborg

Mål nr
14345-24

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Renova Miljö AB, 556946-0321

Ombud:

Advokaten [REDACTED] och biträdande juristen [REDACTED]
Hellström Advokatbyrå

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i dess lydelse innan den 1 januari 2024, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Renova Miljö AB ska betala 250 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Besöksadress
Sten Sturegatan 14
Telefon
031 - 732 70 00

Öppettider
måndag–fredag
08:00–16:00

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

E-post
forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
Webbplats
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

BAKGRUND OCH ANSÖKAN

Renova Miljö AB (Renova) ingick den 3 januari 2024 ett avtal om renhållningsfordon med H2X Global Ltd (H2X) utan föregående annonsering (Avtalet). Avtalet har föregåtts av en avsiktsförklaring i maj 2022. En offert på vätgasfordon lämnades av ett dotterbolag (H2X Gothenburg AB nedan kallat dotterbolaget) till Renova i oktober 2022 och Renova beställde utifrån denna offert två vätgasfordon den 18 november 2022 (Ursprungsavtalet). Denna införskaffning uppgick till ett värde om 3 250 000 kr exklusive mervärdesskatt.

Konkurrensverket ansöker nu om att Renova ska betala 250 000 kr i upphandlingsskadeavgift och anför att avtalet den 3 januari 2024 med H2X utgör en otillåten direktupphandling. Konkurrensverket anser att Ursprungsavtalet varit en otillåten direktupphandling och att de ändringar som därefter skett har varit väsentliga vilket i sin tur medför att även Avtalet den 3 januari 2024 utgör en otillåten direktupphandling. För fullständig motivering av ansökan se bilaga 1.

PARTERNAS INSTÄLLNING M.M.

Renova yrkar i första hand att ansökan ska avvisas och i andra hand att ansökan ska avslås. *Renova* anför bl.a. följande. Ursprungsavtalet slöts den 18 november 2022 då anskaffningen gjordes. Detta är ett civilrättsligt bindande avtal varför tiden för preskription löper från detta datum. Det senare Avtalet klargör och reglerar endast villkoren för den tidigare anskaffningen. En ansökan om upphandlingsskadeavgift skulle således ha lämnats in till förvaltningsrätten senast den 18 november 2023. Bara för att anskaffningen reglerats närmare vid Avtalet innebär inte detta att Ursprungsavtalet väcks till liv och att en ny preskriptionstid börjar löpa. Det är enligt förarbetena till LOU straffrättens bestämmelser om påföljdspreskription som utgör utgångspunkt för LOU:s bestämmelser om preskription. Det är ostridigt att bestämmelserna om

ändringar i 17 kap. LOU kan inte tillämpas på en otillåten direktupphandling. Renova har inte heller gjort gällande att den ifrågasatta anskaffningen har skett med stöd av någon ändringsbestämmelse. Det Renova gör gällande är att anskaffningen är preskriberad och att Avtalet inte innebär att preskriptionen bryts eller att en ny preskriptionstid uppstår då ingen ny anskaffning har skett. Nya avtal väcker inte preskriberade ändringar eller anskaffningar till liv.

Konkurrensverket vidhåller sin ansökan och anför bl.a. följande. Ansökan har kommit in i rätt tid. Utrymmet att ändra ett otillåtet direktupphandlat avtal är inte större än utrymmet att ändra ett korrekt upphandlat avtal. Resultatet av ändringarna i detta fall är att det har uppstått ett nytt Avtal som omfattar Ursprungsavtalet och genomförda ändringar. Att tillåta fler ändringar i otillåtna direktupphandlade avtal än i korrekt upphandlade avtal är inte förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna om öppenhet, transparens och lika-behandling. Det krävs inte en ny civilrättslig anskaffning för att Konkurrensverket ska kunna ansöka om en upphandlingsskadeavgift avseende en ändring av ett avtal som är en otillåten direktupphandling. För preskription i en upphandlingsrättslig kontext är det alltså inte avgörande när ett civilrättsligt köp genomförs utan när en upphandlingsrättslig otillåten ändring görs. En otillåten ändring medför att den upphandlande myndigheten har gjort en otillåten direktupphandling som kan läggas till grund för en ansökan om upphandlingsskadeavgift. Att Ursprungsavtalet ingicks genom en otillåten direktupphandling saknar betydelse avseende preskriptionsfristen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om myndigheten har slutit

avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU (21 kap. 1 § tredje punkten LOU).

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska, i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet, ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet tecknades (21 kap. 7 § andra stycket LOU).

Upphandlingar ska som regel annonseras. Därigenom ska alla leverantörer få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar som med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt, den så kallade direktupphandlingsgränsen, behöver inte annonseras (10 kap. 1 § och 19 a kap. 2 § LOU).

Förutsättningar för tillåtna ändringar i ingångna avtal regleras i 17 kap. LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Aktuellt Ursprungsavtal om anskaffning av aktuella fordon slöts den 18 november 2022. Det ändringsavtal som utgör grund för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift ingicks den 3 januari 2024. Konkurrensverkets ansökan kom in till förvaltningsrätten den 19 december 2024. Den första frågan i målet är om Konkurrensverkets ansökan har kommit in i rätt tid.

Har ansökan kommit in i rätt tid?

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att målet rör en anskaffning som omfattas av bestämmelserna i LOU och att LOU därmed ska tillämpas på aktuellt avtal.

Parterna är överens om att Ursprungsavtalet har tillkommit genom en otillåten direktupphandling. Då Ursprungsavtalet utgör en otillåten direktupphandling är 17 kap. LOU överhuvudtaget inte tillämpligt eftersom det inte går att göra tillåtna ändringar i ett från början otillåtet avtal. Ändringar i avtal som inte är tillåtna enligt 17 kap. LOU utgör otillåtna direktupphandlingar (prop. 2015/16:195 s 844 och 1127). Detta medför enligt förvaltningsrättens bedömning att en ny otillåten direktupphandling har skett genom Avtalet den 3 januari 2024 oavsett om någon ny anskaffning har skett eller inte.

Den invändning som Renova har lämnat om att någon ny anskaffning inte har skett eller att ändringar i otillåtna direktupphandlingar ett år efter Ursprungsavtalet inte skulle kunna leda till upphandlingsskadeavgifter medför ingen annan bedömning då detta synsätt skulle leda till att fler ändringar tilläts av otillåtna direktupphandlingar jämfört med korrekt upphandlade avtal. Ett sådant förfarande är inte förenligt med de grundläggande principerna för upphandling.

Sammantaget utgör således Avtalet en otillåten direktupphandling.

Förvaltningsrätten anser därmed att ettårsfristen ska räknas från Avtalet varför Konkurrensverkets ansökan har kommit in i rätt tid.

Avtalets värde

Renova har under utredningens gång uppgett Avtalets värde till 3 250 000 kr – ett värde som inte ifrågasatts av Konkurrensverket. Eftersom parterna är överens om värdet på Avtalet saknas det skäl för förvaltningsrätten att göra en annan bedömning i denna del. Värdet av upphandlingen är därmed så högt att upphandlingen borde ha annonserats.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. (21 kap. 4 § LOU).

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 (21 kap. 5 § LOU).

Av förarbetena framgår att bestämmelsen om att någon avgift inte ska tas ut i ringa fall bör komma till användning endast i sällsynta fall. Vidare framgår att med synnerliga skäl närmast åsyftas situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009/10:180 s. 198).

Förvaltningsrätten anser att den överträdelse av LOU som Renova har gjort inte är att anse som ringa. Det har inte heller kommit fram sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en sanktionsavgift. Det finns därmed grund för att bestämma att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift.

En otillåten direktupphandling är en sådan förseelse som anses höra till de allvarligare formerna av överträdelser och motiverar en avgift hänförlig till den högre skalan av avgiftsramen. Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten, som exempelvis ett upprepat beteende, bör ses som en försvårande omständighet. Avtalstidens

längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet (prop. 2009/10:180 s. 197 f.).

Renova har genomfört en otillåten direktupphandling. Det rör sig alltså om en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket betyder att sanktionsvärdet är högt. Det har enligt förvaltningsrättens bedömning inte kommit fram vare sig försvårande eller förmildrande omständigheter. En upphandlingsskadeavgift om 250 000 kr får utifrån upphandlingens värde och omständigheterna i övrigt därför anses som en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion för Renova. Förvaltningsrätten bifaller därmed Konkurrensverkets ansökan i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (FR-05)

Pia Espeland Nyhlén

Rådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg