

Förvaltningsrätten i Karlstad
forvaltningsrattenikarlstad@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Askersunds kommun, 696 82 Askersund

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Askersunds kommun ska betala 3 200 000 (tremiljonertvåhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Askersunds kommun (Kommunen) har brutit mot 19 kap. 6 § LOU genom att den 3 oktober 2022 ingå avtal om uppförande av idrottshall med NCC Sverige AB (Leverantören) utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Kommunen beslutade under 2019 att bland annat renovera och genomföra tillbyggnad till en av kommunens skolor. Kommunen genomförde en annonserad upphandling för att tillgodose behovet av aktuella arbeten. Av upphandlingsdokumenten framgår att upphandlingen avser ett byggtreprenadkontrakt för ny- till- och ombyggnation av skolbyggnader. Det totala värdet av upphandlingen uppgår enligt kommunen till ca 230 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.¹
3. Upphandlingen utmynnade i att Kommunen ingick avtal med Leverantören den 21 december 2020 (Avtal 1), se bilaga 1. Av Avtal 1 framgår bland annat att detta avser ny- till- och ombyggnation av en skola.
4. I början av 2021 beslutade Kommunen om en ny skolorganisation. Enligt Kommunen medförde detta beslut bland annat att det uppstod ett behov av att bygga en ny idrottshall i anslutning till den skola som Kommunen upphandlat arbeten till. Med anledning av detta ingick Kommunen ett avtal om nybyggnation av en idrottshall med Leverantören den 3 oktober 2022 (Avtal 2) utan föregående annonserad upphandling, se bilaga 2.
5. Kommunen har uppgett att den uppskattat värdet av Avtal 2 till 43 500 000 kronor exklusive mervärdesskatt.
6. Kommunen har under utredningen hänvisat till att Avtal 2 har kunnat ingås utan föregående annonserad upphandling med stöd av bestämmelserna om kompletterande beställningar i 17 kap. 11 § LOU samt oförutsebara omständigheter i 17 kap. 12 § LOU. Till stöd för detta har Kommunen bland annat uppgett följande.
7. Beslutet om ny skolorganisation var inte fattat när upphandlingen av ny- till- och ombyggnation av skolan gjordes. Uppförandet av den nya idrottshallen behövde ske samtidigt som om- och nybyggnationer av skolan pågick. Det saknades plats för etablering av ytterligare entreprenör på området vilket innebär att det var tekniskt omöjligt att driva två entreprenader samtidigt. Tillfarten till entreprenadområdet är också en begränsande faktor. Ytterligare

¹ I meddelande om tilldelning av kontrakt avseende upphandlingen "Ny- till- och ombyggnad Närlundskolan" anges upphandlingens totala värde uppgå till 220 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.



en entreprenör skulle innebära att den redan betydande olägenheten för de boende i området skulle ha blivit oacceptabel samt att säkerhetsrisker skulle uppstå. Betydande olägenhet skulle också uppstå för skolan i dess undervisning. Byggandet av en ny idrottshall skulle ha förlängts med minst ett år om en ny upphandling hade genomförts. Den tekniska omöjligheten har inte handlat om driftskompatibilitet utan om att det inte är möjligt att bedriva två parallella entreprenader på den yta som finns tillgänglig för byggnationens genomförande.

8. Det skulle vidare ha medfört en stor kostnad att ta fram underlag till och annonsera en upphandling av uppförandet av idrottshallen. Kostnaden för projektering av en idrottshall beräknas till 1 500 000 kronor, av- och nyetablering för ny entreprenad till 1 500 000 kronor, upphandling av ny entreprenad med framtagande av upphandlingsdokument, genomförande och utvärdering till 1 000 000 kronor. Om en upphandling hade genomförts under 2022 hade en motsvarande kostnad för hallen på 43 500 000 miljoner kronor kunnat uppnås. Det hade dock varit omöjligt att undvika en indexklausul mot byggindex för perioden från kontraktstilldelning till byggstart. Byggstart med en alternativ leverantör hade inte kunnat ske före mars 2024 vilket hade inneburit en indexjustering för perioden juni 2022 till mars 2024. Index för perioden juni 2022 till juni 2023 utföll med 16,3 procent vilket skulle motsvarat en kostnadsökning på 7 100 000 miljoner kronor. Detta hade gjort entreprenaden minst 7 100 000 miljoner kronor dyrare än den aktuella tilläggsbeställningen plus index för tiden juni 2023 till mars 2024 som hade varit tidigaste byggstart.
9. Med hänsyn till detta, och att värdet av tilläggsbeställningen bedömdes understiga 50 procent av värdet av den ursprungliga upphandlingen, bedömdes tilläggsbeställningen kunna ingås i form av en kompletterande beställning.

Avtal 2 har ingåtts genom en otillåten direktupphandling

Föremålet för upphandlingen av Avtal 2

10. LOU gäller för upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt (1 kap. 2 § och 19 kap. 1 § LOU).
11. Med byggtreprenadkontrakt avses ett kontrakt som
 - 1) avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1 till LOU,
 - 2) avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller



- 3) innebär att ett byggnadsverk realiseras, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen (1 kap. 9 § och 19 kap. 1 § LOU).
12. Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion (1 kap. 10 § och 19 kap. 1 § LOU).
13. Genom att ingå Avtal 2 har Kommunen och Leverantören kommit överens om att Leverantören ska uppföra en idrottshall för Kommunens räkning. Avtal 2 utgör ett byggtreprenadkontrakt.

Värdet av upphandlingen av Avtal 2

14. Upphandlingar som omfattas av LOU:s tillämpningsområde ska som huvudregel annonseras, så att alla potentiella leverantörer får samma förutsättningar att lämna anbud (10 kap. 1 § och 19 kap. 6 § LOU). Om värdet av en upphandling överstiger tillämpligt tröskelvärde ska upphandlingen, som huvudregel, annonseras enligt de direktivstyrda bestämmelserna i LOU. Om värdet understiger tillämpligt tröskelvärde men överstiger direktupphandlingsgränsen ska upphandlingen annonseras enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i LOU (1 kap. 4 § och 19 kap. 1 § LOU). Om upphandlingens värde understiger direktupphandlingsgränsen föreligger förutsättningar att genomföra en direktupphandling (19 kap. 1 § och 19 a kap. 2 § LOU).
15. Kommunen har uppgett att den uppskattat att värdet av upphandlingen av Avtal 2 uppgår till 43 500 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta denna uppgift. Värdet av upphandlingen av Avtal 2 understiger tillämpligt tröskelvärde, men överstiger direktupphandlingsgränsen.² Avtal 2 skulle således ha föregåtts av en annonserad upphandling enligt de icke-direktivstyrda bestämmelserna i LOU, förutsatt att någon av LOU:s bestämmelser om ändring av avtal respektive undantag från annonseringsskyldigheten inte har kunnat tillämpas.

Det har inte förelegat förutsättningar att tillämpa någon av ändringsbestämmelserna i 17 kap. LOU vid ingåendet av Avtal 2

Föremålet för och värdet av upphandlingen av Avtal 1

16. Av upphandlingsdokumenten för upphandlingen av Avtal 1 framgår att upphandlingen avser ett byggtreprenadkontrakt för ny- till- och ombyggnation av skolbyggnader. Det totala värdet av upphandlingen av

² Tillämpligt tröskelvärde för upphandlingen av Avtal 2 är tröskelvärdet för upphandling av byggtreprenader, vilket vid tidpunkten för ingåendet av Avtal 2 uppgick till 55 991 099 kronor. Direktupphandlingsgränsen uppgick vid denna tidpunkt till 700 000 kronor.



Avtal 1 uppgår enligt Kommunen till ca 230 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.

17. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta denna uppgift. Upphandlingen av Avtal 1 avser därmed en byggentreprenad med ett uppskattat värde på 230 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Värdet överstiger tröskelvärdet.³ Upphandlingen av Avtal 1 omfattas därmed av tillämpningsområdet för de direktivstyrda bestämmelserna i LOU. Detta innebär i sin tur att frågan om Avtal 2 utgör en tillåten ändring av Avtal 1 ska prövas mot bestämmelserna i 17 kap. LOU. Ändringsbestämmelserna i 17 kap. LOU ska tolkas restriktivt.⁴

Det har inte förelegat förutsättningar att tillämpa bestämmelsen om kompletterande beställningar vid ingåendet av Avtal 2

18. Av 17 kap. 11 § LOU följer att en kompletterande beställning av varor, tjänster eller byggentreprenader får göras från den leverantör som har tilldelats kontraktet utan att en ny upphandling måste genomföras, om beställningen inte innebär att värdet av kontraktet ökar med mer än 50 procent och under förutsättning att beställningen har blivit nödvändig, leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.
19. Konkurrensverket ifrågasätter inte att byte av leverantör skulle ha orsakat problem av olika karaktär för Kommunen. Detta är dock inte tillräckligt för att bestämmelsen om kompletterande beställningar ska vara tillämplig.
20. Vad gäller att en leverantör av tekniska skäl inte kan bytas framgår det av förarbetena till 17 kap. 11 § LOU att tekniska skäl kan vara att leverantörsbyte inte kan göras på grund av krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer.⁵ Av skälen till LOU-direktivet framgår att de upphandlande myndigheterna 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 myndigheten att anskaffa materiel, byggentreprenader eller tjänster med

³ Tillämpligt tröskelvärde för upphandlingen av Avtal 1 är tröskelvärdet för upphandling av byggentreprenader, vilket vid tidpunkten för ingåendet av Avtal 1 uppgick till 54 938 615 kronor.

⁴ EU-domstolens dom av den 3 februari 2022, Advania Sverige och Kammarkollegiet, C-461/20, p. 30.

⁵ Prop. 2015/16:195 s. 1129.

andra tekniska egenskaper med åtföljande inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll.⁶

21. De omständigheter som Kommunen har lagt till grund för tillämpningen av 17 kap. 11 § LOU är inte av sådan teknisk karaktär som bestämmelsen förutsätter. Det har inte handlat om att det varit tekniskt omöjligt för en annan leverantör att uppföra idrottshallen eller att byte av leverantör skulle ha medfört oproportionerliga svårigheter vid användning. I stället har det av andra skäl inte varit lämpligt eller möjligt att flera leverantörer skulle arbeta på området samtidigt.
22. Vad gäller ekonomiska skäl anges det i förarbetena att ett ekonomiskt skäl till varför en leverantör inte kan bytas kan vara betydligt större omkostnader.⁷
23. Ett byte av leverantör kan som regel förväntas medföra ökade kostnader bestående i bland annat administrativa kostnader för genomförandet av en upphandling och uppstartskostnader. För att det aktuella rekvisitet ska vara uppfyllt krävs emellertid att ett leverantörsbyte skulle medföra kostnader utöver sådana förväntade kostnader. Detta sett till att en motsatt tolkning skulle innebära att rekvisitet i princip alltid är uppfyllt.
24. Kommunen har preciserat de förväntade kostnaderna för själva genomförandet av en ny upphandling. Därutöver har kommunen preciserat den merkostnad som skulle ha uppstått till följd av att byggstarten skulle ha förskjutits med en åtföljande indexjustering. Den av kommunen antagna merkostnaden mot bakgrund av indexering är dock inte av den storleksordningen, sett till värdet av Avtal 2 (se p 15 ovan), att den kan ses som betydande.
25. Konkurrensverket bedömer mot denna bakgrund att det aktuella rekvisitet inte varit uppfyllt. Med hänsyn till detta kan konstateras att 17 kap. 11 § LOU inte har kunnat tillämpas för att ingå Avtal 2 utan föregående annonserad upphandling.

⁶ Skäl 108 i direktiv 2014/24/EU.

⁷ Prop. 2015/16:195 s. 1130. Vidare framgår att "Vad som avses med betydligt större omkostnader framgår inte av LOU-direktivet. Enligt standardformuläret för annonsering om kompletterande beställningar ska dock den upphandlande myndigheten i annonsen beskriva bl.a. "fördubblingen av kostnaden vilken förhindrar ett byte av uppdragstagare", se standardformulär 20 enligt Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011."

26. Konkurrensverket noterar vidare att såvitt framkommit under utredningen har Kommunen inte heller publicerat någon annons om Avtal 2 i enlighet med 17 kap. 16 § LOU.

Det har inte förelegat förutsättningar att tillämpa bestämmelsen om oförutsebara omständigheter vid ingåendet av Avtal 2

27. Enligt 17 kap. 12 § LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet. En sådan ändring får dock inte medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras, eller innebära att värdet av kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 procent.
28. Av skälen till LOU-direktivet framgår att de upphandlande myndigheterna kan ställas inför yttre omständigheter som de inte hade kunnat förutse när de tilldelade kontraktet, särskilt när fullgörandet av kontraktet sker under en längre tidsperiod. I sådana fall behövs det en viss flexibilitet för att kontraktet ska kunna anpassas till dessa omständigheter utan ett nytt upphandlingsförfarande. Begreppet oförutsebara omständigheter avser omständigheter som inte hade kunnat förutses trots att den upphandlande myndigheten har visat skälig omsorg i förberedelserna av den ursprungliga kontraktstilldelningen med hänsyn till tillgängliga medel, det berörda projektets beskaffenhet och egenskaper, god praxis på det berörda området samt behovet av att säkerställa ett lämpligt förhållande mellan de resurser som ägnas åt att förbereda kontraktstilldelningen och dess förutsebara värde.⁸
29. Att omständigheten ska vara oförutsägbar innebär att denna ska bero på en yttre omständighet och inte på den upphandlande myndighetens eget agerande. I det aktuella fallet har behovet av ändringen uppstått till följd av att kommunen fattat ett beslut som medfört behov av att bygga en ny idrottshall. Det finns inget som tyder på att beslutet fattats mot bakgrund av en oförutsägbar omständighet. Omständigheten som föranlett behovet måste under dessa förutsättningar anses vara förutsägbar för kommunen.
30. Med hänsyn till detta kan konstateras att 17 kap. 12 § LOU inte har kunnat tillämpas för att ingå Avtal 2 utan föregående annonserad upphandling.

⁸ Skäl 109 i direktiv 2014/24/EU.



Det har inte förelegat förutsättningar att tillämpa någon av övriga ändringsbestämmelser i 17 kap. LOU vid ingåendet av Avtal 2

31. Det har under utredningen inte framkommit några omständigheter som föranleder skäl för Konkurrensverket att anta att någon av de övriga ändringsbestämmelserna i 17 kap. LOU har kunnat tillämpas.

Det har inte förelegat förutsättningar att tillämpa något av undantagen i 19 a kap. LOU vid ingåendet av Avtal 2

32. Kommunen har under utredningen inte hänvisat till att något undantag från annonseringsskyldigheten i 19 a kap. LOU har kunnat tillämpas för att ingå Avtal 2 utan föregående annonserad upphandling. Det har inte heller framkommit några omständigheter som föranleder skäl för Konkurrensverket att anta att något undantag har kunnat tillämpas. Med hänsyn till detta bedömer Konkurrensverket att ingåendet av Avtal 2 borde ha föregåtts av en annonserad upphandling.

Upphandlingsskadeavgift

33. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU). Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har 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.⁹
34. 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.¹⁰

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

35. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (21 kap. 7 § LOU).
36. Avtal 2 ingicks den 3 oktober 2022. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste därmed lämnas in till förvaltningsrätten inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

37. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Beräkningen av värdet ska ske enligt 5 kap. (21 kap. 4 § LOU). Det

⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196–197.

högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹¹

Konkurrensverket har beräknat upphandlingens värde till 43 500 000 kronor (se punkt 15 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 4 350 000 kronor ($43\,500\,000 \times 0,1$).

38. När upphandlingsskadeavgiftens storlek ska fastställas 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).
39. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹²
40. 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 till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹³ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁴
41. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges.
42. Såvitt framkommit under utredningen föreligger inte heller några försvårande eller förmildrande omständigheter som bör inverka på sanktionsavgiften.
43. Med hänsyn till ovanstående bedömer Konkurrensverket att 3 200 000 kronor utgör en proportionerlig sanktion för den otillåtna direktupphandlingen.

¹¹ Se HFD 2014 ref. 69.

¹² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

¹³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

¹⁴ Se prop. 2009/10:180 del 1 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.



Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Maria Andersson Müller
Processråd

Bifogas

Bilaga 1 Avtal den 21 december 2020, Totalentreprenadkontrakt
Närlundaskolan

Bilaga 2 Avtal den 3 oktober 2022, Beställning av ny idrottshall