

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

**MOTPART**

Eskilstuna kommun, 212000-0357

Ombud: [REDACTED]

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökningen och förordnar att Eskilstuna Kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 80 000 kr.

Avgiften ska vara betald inom trettio dagar från det att denna dom vunnit laga kraft.

**BAKGRUND**

Eskilstuna kommun, vidare kommunen, annonserade i april 2020 en samordnad upphandling avseende ett ramavtal för vuxenutbildning med svenska för invandrare, vidare SFI. Anbudstiden för upphandlingen gick ut i juni 2020 och tilldelningsbeslut fattades av kommunen i september 2020 med avsikten att nya avtal skulle kunna gälla från och med den 1 januari 2021. En ansökan om överprövning av tilldelningsbeslutet inkom till Förvaltningsrätten i Linköping den 14 september 2020 och ansökan avslogs den 27 november 2020 (mål nr 8184-20 m.fl.). Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft. För att säkerställa att kommunen skulle kunna tillhandahålla SFI från och med den 1 januari 2021, om överprövningsprocessen drog ut på tiden, inledde kommunen

ett förhandlat förfarande med den dåvarande leverantören Information & Kompetens Sverige AB, vidare IKS och den 8 oktober 2020 tecknades avtal. Avtalet föregicks inte av annonsering. Avtalet med IKS benämndes som en förlängning av tidigare ramavtal för SFI och löpte med oförändrade villkor under perioden den 1 januari 2021–30 juni 2021. En leverantör ansökte om överprövning och yrkade att avtalet skulle ogiltigförklaras. Kommunen invände och menade att det hade förelegat skäl för direktupphandling på grund av synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU. Förvaltningsrätten i Linköping beslutade i dom den 31 mars 2021 i mål nr 138-21 att avtalet fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse utifrån tjänstens karaktär att ge enskilda medborgare möjlighet att gå från arbetslöshet till anställning. Domen vann laga kraft den 17 augusti 2021.

### **ANSÖKAN M.M**

Konkurrensverket ansöker nu enligt 21 kap. 1 § 2 LOU att kommunen ska betala 80 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Ansökan avser det avtal som slutits med IKS den 8 oktober 2020 och som fått bestå i den underliggande ogiltighetsdomen.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

### **VAD PARTERNA I HUVUDSAK HAR ANFÖRT**

#### **Konkurrensverket**

##### *Förutsättningar för upphandlingsskadeavgift*

Förvaltningsrätten har genom dom i mål 138-21 fastställt att det avtal som tecknats den 8 oktober 2020 mellan kommunen och IKS, får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, trots att förutsättningarna för ogiltighet

var uppfyllda. Det finns därför förutsättningar att besluta om upphandlings-skadeavgift. Det är fråga om en skyldighet för Konkurrensverket att ansöka om en sådan avgift och någon överprövning ska inte göras av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift. Ansökan om upphandlingsskadeavgift har kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft.

#### *Beräkning av kontraktsvärdet*

Kommunen har under Konkurrensverkets utredning uppgett att det uppskattade värdet på avtalet (från den 1 januari 2021 till den 30 juni 2021) uppgår till 6 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Det finns inte skäl att ifrågasätta kommunens uppgifter.

#### *Överträdelsens sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek*

En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt. När ett avtal får bestå med hänvisning till ett tvingande allmänintresse kan antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt och att överträdelser i en del av dessa fall snarare kan antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen.

Att ett avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, kan inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften utan kommunen har redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig att det fanns tvingande hänsyn. Kommunen har inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med vad som gäller enligt LOU. Detta medför att

överträdelsens sanktionsvärde i det nu aktuella målet bör vara lägre än om någon annonsering överhuvudtaget inte hade skett. Avtalet har tidsbegränsats och var avsett att enbart täcka behovet fram till dess att den annonserade upphandlingen kunde avslutas.

Det åligger dock alltid den upphandlande myndigheten att planera sina anskaffningar på ett sådant sätt att de kan genomföras i enlighet med upphandlingslagstiftningen och innebär att tidsåtgång för avtalsspärr, tid för överprövning samt den eventuella tid för uppstart som ett specifikt kontrakt kräver ska beaktas. Kommunen undertecknade avtalet redan två veckor efter det att överprövningen hade inletts hos förvaltningsrätten och det framgår av förvaltningsrättens dom att vid denna tidpunkt förelåg inget omedelbart behov av tjänsterna och anskaffningen var inte absolut nödvändig. Kommunens planering uppfyller inte de högt ställda kraven på planering som gäller en upphandlande myndighet. Att kommunen ingick avtalet så kort tid efter det att överprövningen inletts talar för att kommunen avsatt för lite tid för en domstolsprocess och att kommunen ingick avtalet kan inte anses bero helt på de allmänna omständigheterna.

Vidare hade kommunen inte haft rätt att ingå avtalet med stöd av bestämmelserna om ändring av avtal i form av kompletterande beställning enligt 17 kap. 11 § LOU och kommunen har inte hellre under processen rörande ogiltighet argumenterat för att avtalet skulle ha kunnat utgöra en ändring av tidigare avtal. Vad kommunen gör gällande innebär i praktiken att avtalet från 2016 skulle ha innehållit ytterligare en förlängningsoption på sex månader. En sådan optionsmöjlighet saknades. Den tillämpning av bestämmelsen som kommunen gör gällande skulle medföra en möjlighet för upphandlande myndigheter att regelmässigt återropa möjligheten till ändring av avtal i den situationen att brådska uppstår till följd av en överprövning när förlängningsoption saknas och en anskaffning är nödvändig. Det är inte syftet med bestämmelsen. Om kommunen hade haft laglig möjlighet att ändra eller

förlänga tidigare avtal i stället för att ingå en direktupphandling men underlåtit detta hade det kunnat utgöra en försvårande, snarare än en förmildrande, omständighet i sammanhanget.

Det föreligger inte några sådana omständigheter som kan medföra att avgiften ska efterges. Den tolkning som kommunen företräder skulle urholka kravet på annonsering och motverka avgiftens avskräckande syfte. Det som anskaffas av upphandlande myndigheter är ofta av nödvändig karaktär. Det kan inte ha varit lagstiftarens avsikt att eftergift ska meddelas i alla situationer då det rör sig om en nödvändig anskaffning där något undantag inte är tillämpligt eftersom myndigheten har hamnat i den uppkomna situationen på grund av eget agerande.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anses en upphandlingsskadeavgift på 80 000 kronor vara en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

### **Kommunen**

Ramavtal med leverantören IKS gällde t.o.m. den 31 december 2020, inklusive utnyttjande av förlängningsklausuler. Kommunen annonserade i april 2020 en upphandling i syfte att tillgodose behovet av SFI och tilldelningsbeslut meddelades i september 2020 där avtalen i upphandlingen planerades träda ikraft den 1 januari 2021. En leverantör ansökte om överprövning av 17 av 50 anbudsområden i upphandlingen. Eftersom genomsnittlig handläggningstid i förvaltningsrätterna är cirka fyra månader förväntades överprövningsprocessen inte vara slutförd förrän i mitten av januari 2021, med ytterligare tidsutdräkt vid ett eventuellt överklagande.

Kommunen är enligt skollagen skyldig att tillhandahålla SFI och det förelåg en fara för att det nya upphandlade avtalet inte skulle vara på plats den 1 januari

2021. Eftersom kommunen har månadsvis 1 250 - 1 300 elever inskrivna i SFI och kommunens kapacitet är anpassad för att undervisa cirka 800 elever i egen regi behövs en extern leverantör av SFI för att täcka upp resterande behov. Möjligheten att genomföra ett annonserat förfarande med förkortade frister var inte genomförbart. En upphandling av SFI är komplicerad och utvärderingen i upphandlingen tog tre månader. Även om anbudstiden är mycket kort är det svårt att genomföra utvärdering fortare. En ny leverantör behöver tid för att börja leverera tjänsterna och en annonserad upphandling med förkortade frister var inte ett alternativ. Endast möjligheten med en eventuell förlängning av det befintliga avtalet med IKS fanns kvar och som befintlig leverantör hade IKS redan organisation, lokaler och personal på plats för de aktuella tjänsterna. Om kommunen hade väntat hade risken varit påtaglig för att IKS skulle åta sig andra uppdrag och därmed varit förhindrad att tillhandahålla kommunen de aktuella tjänsterna.

*Förutsättningar för eftergift av upphandlingsskadeavgift*

I ogiltighetsmålet (mål 138-21) anfördes att det varit rätt att ingå det aktuella förlängningsavtalet genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska. Kommunen gör nu gällande att den hade haft rätt att ändra det befintliga avtalet med IKS utan en ny upphandling, med stöd av bestämmelsen i 17 kap. 11 § LOU. I enlighet med bestämmelsen var det möjligt att genomföra en kompletterande beställning av tjänster från den leverantören som har tilldelats kontraktet utan att en ny upphandling måste genomföras, eftersom beställningen inte innebar att värdet av kontraktet ökade med mer än 50 procent och eftersom beställningen var nödvändig på grund av kommunens skyldighet att tillhandahålla SFI enligt skollagen. Leverantören kunde heller inte bytas ut av ekonomiska eller tekniska skäl och ett byte av leverantör skulle slutligen medfört betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för kommunen. Även om förvaltningsrättens dom ligger fast

föranleder omständigheten att kommunen haft rätt att ändra det aktuella avtalet att upphandlingsskadeavgiften bör efterges.

Om förvaltningsrätten kommer fram till att upphandlingsskadeavgiften inte ska efterges på ovan grund bör upphandlingsskadeavgiftens efterges, för det fall kommunen kan kritiseras för bristande planering, eftersom bristen endast varit marginell. Med facit i hand hade kommunen möjligen kunnat avstå från att ingå förlängningsavtalet eftersom överprövningsprocessen av upphandlingen avslutades fortare än normalt men det var inget som kommunen i september 2020 kunde veta. Kommunen kan inte klandras för att, under rådande omständigheter, ha tecknat avtalet eftersom det var tidsbegränsat och endast syftade till att tillgodose behovet av vuxenutbildning till dess att de nya upphandlande avtalen var på plats.

Sammanfattningsvis saknas skäl att besluta om upphandlingsskadeavgift eftersom behovet av en sådan avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift ska ha är inte tillräckligt starkt för att motivera en avgift utifrån omständigheterna i det aktuella fallet. Det rör sig om ett ringa fall.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Rättslig reglering

Enligt 21 kap. 1 § 2 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 § samma lag. Av 21 kap. 4 § LOU följer att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr samt att avgiften inte får överstiga tio procent av upphandlingens värde. Enligt 21 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur

allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska inte någon avgift beslutas och avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

I förarbetena till LOU framgår bl.a. att domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för avgiftens avskräckande syfte, såväl försvårande som förmildrande. När ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt och överträdelser kan i en del av fallen antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Det följer emellertid av ändringsdirektivet att en sanktion ska påföras i dessa fall. (Se prop. 2009/10: 180 s. 197 f. och 369 f.)

Beträffande fall när eftergift kan komma i fråga på grund av synnerliga skäl framgår av förarbetena att möjligheten ska användas restriktivt och främst ses som en ventil för rena undantagsfall. Regeln är avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande myndigheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Det kan emellertid tänkas att en upphandlande myndighet, på grund av eget agerande, har hamnat i en situation där den anser sig tvungen att direktupphandla, exempelvis för att människors liv eller hälsa annars skulle riskeras. Om detta inte skulle anses utgöra synnerliga skäl som innebär en rätt att direktupphandla, är det tänkbart att det skulle framstå som orimligt eller stötande att upphandlingsskadeavgift ska beslutas på grund av den otillåtna direktupphandlingen och att eftergift därför skulle kunna komma i fråga. I sammanhanget bör erinras om att för det fall en leverantör har fört talan om ogiltighet av avtalet, och rätten har beslutat att avtalet får bestå på grund av ett tvingande allmänintresse, så är det i målet om upphandlingsskadeavgift fråga om en situation där ändringsdirektivet kräver att en sanktion ska påföras (Se prop. 2009/10:180 s. 370).



**Förvaltningsrättens bedömning**

Förvaltningsrätten har i en lagakraftvunnen dom fastställt att ett avtal som kommunen ingått med IKS har fått bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse och av domen framgår att kommunen har ingått avtalet utan föregående annonsering i strid med bestämmelserna i LOU. Någon överprövning av det lagakraftvunna avgörandet ska inte göras inom ramen för prövningen av frågan om upphandlingsskadeavgift (HFD 2014 ref. 49).

Konkurrensverket har beräknat avtalets värde till 6 000 000 kr utifrån en uppskattning gjord av kommunen. Kommunen har inte fört fram några invändningar kring värdet. Förvaltningsrätten anser därför att det inte finns skäl att ifrågasätta uppgifterna och upphandlingsskadeavgiften kan därmed högst uppgå till 600 000 kr. Konkurrensverket har yrkat att kommunen ska påföras en upphandlingsskadeavgift om 80 000 kr.

Av domen i ogiltighetsmålet (mål 138-21) framgår att kommunen, vid tiden då den tecknade avtalet om förlängning, varken befann sig i tidsnöd som motiverade ett behov av direkt anskaffning eller befann sig i en situation då den på grund av omständigheter som den inte kunnat förutse var tvungen att genomföra en upphandling utan föregående annonsering för att säkra fortsatt SFI. Förvaltningsrätten gör därmed bedömningen att den i målet aktuella överträdelsen inte legat utanför kommunens kontroll på ett sådant sätt att det kan anses som ett ringa fall. Det kommunen har anfört om att upphandlingsskadeavgiften bör efterges eftersom den haft rätt att ingå avtalet mot bakgrund av bestämmelsen om kompletterande beställning enligt 17 kap. 11 § LOU är inte relevant för prövningen i aktuellt mål och föranleder inte någon annan bedömning. Kommunen ska därför betala en upphandlingsskadeavgift.

Att efterge avgiften på grund av synnerliga skäl kan endast göras i rena undantagsfall när till exempel människors liv eller hälsa annars skulle riskeras

och det skulle framstå som orimligt eller stötande att en avgift skulle tas ut. Förvaltningsrätten anser, trots det som kommunen fört fram om vikten och skyldigheten av att tillhandahålla SFI att det inte på ett tydligt sätt framkommer att något sådant undantagsfall föreligger. Det framstår inte som orimligt eller stötande att besluta om upphandlingsskadeavgift. Det har inte heller i övrigt kommit fram sådana skäl som medför att avgiften skulle efterges.

Förvaltningsrätten ifrågasätter dock inte kommunens behov av att ingå avtalet. Att avtalet har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse talar för att sanktionsvärdet bör bedömas som förhållandevis lågt. Rätten anser dock att den omständigheten att avtalet fått bestå inte är en förmildrande omständighet i sig, eftersom detta inte har något direkt samband med om den upphandlande myndighetens agerande har varit ursäktligt eller klandervärt (jfr Kammarrätten i Göteborgs domar den 26 februari 2014 i mål nr 5703-13 samt den 2 december 2014 i mål nr 4915-13). Av utredningen i målet framgår att kommunen har inlett och haft avsikt att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med LOU. Avtalet har tidsbegränsats och var avsett att enbart täcka behovet fram till dess att den annonserade upphandlingen kunde avslutas. Konkurrensverket har beaktat dessa omständigheter vid sin bedömning i fråga om avgiftens storlek. Andra omständigheter som talar för en mildare påföljd har enligt förvaltningsrättens mening inte framkommit.

Förvaltningsrätten instämmer i Konkurrensverkets uppfattning att det föreligger försvårande omständigheter som har legat inom kommunens kontroll vad gäller kommunens planering och som har lett till att kommunen tvingades ingå avtalet utan föregående annonsering. Den yrkade upphandlings-skadeavgiften om 80 000 kr ligger inom den lagstadgade ramen för hur stor avgift som får tas ut och motsvarar cirka 1,3 procent av kontraktsvärdet.

*Slutsats*

Förvaltningsrätten bedömer att den yrkade upphandlingsskadeavgiften får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till allvaret av överträdelsen. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas och Eskilstuna kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 80 000 kr.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-03).

Annika Lowén

Lagman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarie Nora Hansén.



## 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](http://www.domstol.se).