



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
Avdelning 4

**DOM**  
2022-09-30  
Meddelad i Malmö

Mål nr  
12823-21

**SÖKANDE**  
Konkurrensverket

**MOTPART**  
Region Skåne, Skånetrafiken

Ombud: Regionjuristerna [REDACTED] och [REDACTED]

**SAKEN**  
Upphandlingsskadeavgift enligt lagen om offentlig upphandling

---

### **FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Region Skåne ska betala en upphandlingsskadeavgift om 7 000 000 (sju miljoner) kr.

---

## YRKANDE OCH INSTÄLLNING

*Konkurrensverket* yrkar att förvaltningsrätten beslutar att Region Skåne ska betala 7 000 000 (sju miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för talan anförs bland annat följande.

### Allmänt om bakgrunden

Skånetrafiken (Region Skåne) genomförde 2017 en annonserad upphandling av serviceresor. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt den nu upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. De avtal som omfattades av upphandlingen avsåg trafikuppdrag under åren 2018–2022. I maj 2017 ingick Skånetrafiken sju upphandlingsavtal med Telepass AB (Telepass). I april 2020 fick Skånetrafiken en begäran från Telepass om att omförhandla dessa avtal. Telepass uppgav att reseantalet inom serviceresor hade minskat drastiskt på grund av Covid-19 och att detta väsentligt hade påverkat de ekonomiska förutsättningarna för Telepass som leverantör. Under april 2020 hade Skånetrafiken tidigare planerat in individuella avstämningsmöten med samtliga trafikleverantörer och dessa tider användes för diskussion angående omförhandling med samtliga leverantörer. Under sensvåren 2020 togs ett principiellt ställningstagande, efter Telepass förfrågan, med innebörden att en förlängning av upphandlingsavtalen skapade förutsättningar för tryggad leverans. Ställningstagandet förmedlades till Telepass. Vissa detaljer och omfattningen av förlängningen fortsatte diskuteras under sommaren och hösten. Parterna utgick, enligt Skånetrafiken, ifrån att en förlängning skulle ske. Samtliga trafikföretag som hade tilldelats kontrakt vid upphandlingen 2017 tillfrågades om de såg förlängning som något de skulle vara hjälpta av, men inget av de övriga företagen var intresserade av detta. I stället efterfrågades bidrag, som dock inte har getts.

Den 13 november 2020 ingick Skånetrafiken och Telepass tilläggsavtalet med innebörden att upphandlingsavtalen förlängdes från slutdatum den 31 januari

2022 till den 31 januari 2023. Skånetrafiken offentliggjorde inte någon upplysning om ändring enligt 17 kap. 16 § LOU.

Tilläggsavtalet utgör en otillåten direktupphandling

Frågan är om ett eventuellt behov av ändring av avtalstiden från fyra till fem år har berott på omständigheter som Skånetrafiken varken förutsåg eller borde ha förutsett vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet, samt om övriga förutsättningar för tillåten ändring enligt 17 kap. 9-14 § LOU är uppfyllda.

Frågan i nu aktuella fall är om förutsättningar för undantag finns enligt 17 kap. 12 § LOU.

Konkurrensverket ifrågasätter inte att Covid-19 pandemin i sig är en omständighet som inte hade kunna förutses vid tilldelningen av upphandlingsavtalen eller att eventuella tillkommande eller förändrade krav under pandemin kan ha medfört att villkor behövde anpassas under avtalsperioden.

För att en ändring ska kunna göras utan ett nytt upphandlingsförfarande räcker det dock inte att det föreligger oförutsedda omständigheter. Om en ändring går längre än vad som krävs på grund av den oförutsedda omständigheten kan det inte anses ha uppstått ett behov av ändring och inte heller ett orsakssamband mellan behovet och den oförutsedda händelsen.

Förhållandet, att resenärers nyttjande av serviceresor minskade under pandemiåret 2020, kan inte anses ha medfört ett behov av att förlänga upphandlingsavtalen från en tidpunkt som inträffar två år efter tidpunkten för de aktuella omständigheterna, dvs. 2022, när kontraktstiden för upphandlingsavtalen skulle löpa ut. Inte heller kan eventuella ekonomiska problem för Telepass anses motivera en utvidgning av löptiden för upphandlingsavtalen för att säkra leverans under den ursprungliga löptiden.

Det har förutsetts och reglerats i upphandlingsavtalen att beställningsvolymen såväl kan öka som minska under den fyraåriga avtalstiden. Skånetrafiken har inte lämnat några garantier om beställningsvolym och har förbehållit sig ett förhållandevis stort utrymme att dra ned på kostnader och ersättning vid minskad efterfrågan under avtalstiden. Detta utrymme har även använts under 2020. Det har inte framkommit att färre beställningar av färdtjänstresor och minskad totalersättning hade gjort det omöjligt att uppfylla kontraktets föremål under den reglerade avtalstiden om fyra år.

Vad gäller uppgifterna om att förlängning, eller löfte om förlängning, har möjliggjort uppskov med lånebetalningar och att Telepass annars skulle ha gått i konkurs saknar de i och för sig stöd i annat än muntliga uppgifter från leverantören avseende situationen våren 2020, dvs. ett halvår innan tilläggsavtalet slöts. Även om Telepass riskerade att hamna på obestånd kan inte leverantörers eventuella ekonomiska problem i detta fall vara en oförutsedd omständighet som ger upphov till ett behov att tilldela ett ettårigt avtal till leverantören. Tilläggsavtalet slöts nämligen i november 2020, närmare sju månader efter att Telepass flaggade för eventuella problem.

Mot bakgrund av ovanstående är den ändring som Skånetrafiken gjorde genom Tilläggsavtalet inte en sådan ändring som enligt 17 kap. 12 § LOU får göras utan en ny upphandling.

Det har inte heller framkommit på vilket sätt det skulle anses ha varit omöjligt att på grund av synnerlig brådska hålla tidsfristerna för en anskaffning som avser servicersor under år 2022 och 2023. Vidare är inte undantaget från annonsering vid synnerliga skäl enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU tillämpligt på upphandlingen, eftersom upphandlingen inte omfattas av förfaranderegler i 19 kap. LOU. Vad Skånetrafiken har anfört om att det var nödvändigt att ingå Tilläggsavtalet för att upprätthålla förtroendet är inte

heller sådana skäl som faller under de aktuella bestämmelserna om undantag.

Konkurrensverket anser således att tilläggsavtalet skulle ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande.

#### Upphandlingsskadeavgift

Konkurrensverket bedömer att det rör sig om en otillåten direktupphandling vilket talar för ett högt sanktionsvärde. Skånetrafiken har under 2020 befunnit sig i en situation där Serviceresors och leverantörers verksamhet har påverkats av den osäkerhet som Covid-19-pandemin inneburit. Överträdelsen den 13 november 2020 kan dock inte antas bero enbart på de allmänna omständigheterna under pandemiåret. Det är dessutom fråga om en situation där rättsläget är klart och där det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges.

Konkurrensverket bedömer att en uppholdingsskadeavgift om sju miljoner kronor vid en sammantagen bedömning av samtliga relevanta omständigheter i ärendet är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

*Region Skåne* bestrider bifall till Konkurrensverkets yrkande om upphandlingsskadeavgift och anför i huvudsak följande.

Region Skåne, genom förvaltningen Skånetrafiken, genomförde under 2017 upphandling av Serviceresor. 93 procent av fordonen i upphandlingen var specialfordon, som är oerhört komplexa och måste anpassas särskilt med en leveranstid upp emot 12 månader.

I början av 2020 var samhällsspridning av ett nytt coronavirus i Sverige ett faktum. Restriktioner följde från och med mars 2020 vilket resulterade i en

minskad efterfrågan på bland annat taxitjänster och andra persontransporter. Den 16 mars 2020 beslutade Skånetrafiken att dra ner på antalet schemalagda fordon till lägsta nivå. Den 1 april 2020 tog Skånetrafiken över utförandet för sjukresor i Malmö stad. Kort därefter, den 3 april 2020 fick Skånetrafiken besked om att en leverantör blivit varslad om skyddsstopp av Svenska Transportarbetareförbundet. Under pandemin har sjukresor stått för 60 procent av resorna och färdtjänstresor för resterande 40 procent. Sjukresor har således varit oerhört viktiga för att upprätthålla grundläggande samhällsfunktioner under pandemin. I samband med dessa omständigheter tog Telepass kontakt med Skånetrafiken. Telepass meddelade att de riskerade konkurs om Skånetrafiken inte agerade. Telepass begärde, liksom samtliga övriga leverantörer, omförhandling av avtalen med anledning av Covid-19 pandemin. Skånetrafiken tog våren 2020, ett bindande ställningstagande att avtalet med Telepass skulle förlängas med ett år. Samtliga övriga leverantörer tackade nej till en sådan förlängning. Ställningstagandet förmedlades till Telepass. Tilläggsavtalet formaliserades den 13 november 2020.

Region Skåne anser att grund för att ålägga Region Skåne upphandlingsskadeavgift saknas eftersom det inte har påvisats att Region Skåne har brutit mot annonseringsskyldigheten i LOU och genomfört en otillåten direktupphandling. För det fall att Region Skåne skulle ha brutit mot annonseringsskyldigheten och genomfört en otillåten direktupphandling bör avgiften på grund av de speciella omständigheter som föreligger helt efterges eller sättas ner till 10 000 kr.

I allt väsentligt stämmer Konkurrensverkets beskrivning av händelseförloppet. Region Skåne vill dock anföra att det garanterades en schemaläggning om minst 180 timmar per månad med undantag för lågtrafik. Detta får i sammanhanget anses utgöra en volymgaranti.

Telepass stod för 84 procent av samtliga specialfordon inom affärsområde

serviceresor 2020. Som anförts ovan är dessa fordon specialanpassade för Skånetrafikens behov och finns inte att tillgå på den öppna marknaden i standardutförande. Leveranstiden för dessa fordon är således runt 12 månader. Därutöver är tillgången av liknande fordon än mer ansträngd under pågående pandemi. Det har således inte funnits någon möjlighet att införskaffa fler fordon inom den normala leveranstiden. Samtliga trafikleverantörer redogjorde för den ansträngda situationen och begärde omförhandling av sina avtal och ekonomiska bidrag för att överleva. I sammanhanget kan nämnas att antalet konkurser inom taxibranschen ökade med 200 procent i mars 2020 mot samma månad föregående år. Under april, juni, augusti och september 2020 var ökningen över 50 procent mot samma månad föregående år. Det var således en oerhört allvarlig situation som trafikleverantörerna befann sig i.

Såsom redovisats ansvarar Skånetrafikens affärsområde serviceresor för alla sjukresor i hela Skåne och för färdtjänstresor i 75 procent av Skånes kommuner. Såväl sjukresor som färdtjänstresor är ytterst samhällsviktiga tjänster. Vidare ingår Skånetrafikens affärsområde serviceresor i Region Skånes krisberedskapsplan. Det medför att Skånetrafiken har en skyldighet att kunna ställa fordon till förfogande vid en krissituation, så som under nämnda pandemi. Med anledning av Skånetrafikens åtagande fördes diskussioner om att Skånetrafiken skulle avlasta ambulansverksamheten och även ombesörja transport av avlidna. Skånetrafiken var och är således en oerhört viktig beståndsdel i krisberedskapsplanen.

Skånetrafikens Sjukresor är även under normala omständigheter en central beståndsdel i medborgarnas möjlighet till bl.a. sjukvård. Uppdraget är således absolut nödvändigt oaktat en pandemi eller ej, men är givetvis än viktigare i en pandemi då än fler människors liv eller hälsa påverkas. Uppdraget Sjukresor utgör således en grundläggande samhällsfunktion som har ett fundamentalt allmänintresse. Att det har varit absolut nödvändigt för Skånetrafiken att kunna säkerställa tillhandahållandet av Sjukresor har heller

inte ifrågasatts av Konkurrensverket.

Mitt under brinnande pandemi har Skånetrafiken konfronterats med uppgiften att Telepass, som står för en stor del av Skånetrafikens kapacitet i form av tillgängliga fordon för att utföra Sjukresor, riskerade att gå i konkurs inom snar framtid. Detta skulle i sin tur vara förödande för Region Skåne och dess medborgare. En redan ansträngd sjukvård och ambulanstjänst skulle hamna i en ohållbar situation om tjänsten Sjukresor havererade. Därutöver är vårdkedjan inte starkare än sin svagaste länk. Att transportera vårdsökanden och färdigbehandlade till och från diverse vårdförättningar är helt centralt för att vården ska kunna fortskrida och för att det inte ska bildas ”flaskhalsar”. Skånetrafiken har, av förklarliga skäl, varit nödgade att beakta hela vårdkedjan vid val av åtgärder och den möjliga katastrof ett ”icke-agerande” kunde leda till.

Som framförts ovan var det inte endast Telepass som flaggade för ekonomiska svårigheter. Samtliga leverantörer begärde omförhandling av sina avtal och ekonomiska bidrag. Det förestående hotet var således att samtliga leverantörer skulle gå i konkurs och att Skånetrafiken inte skulle kunna leverera Sjukresor eller uppfylla sina åtaganden enligt krisberedskapsplanen.

I den krissituation som uppstod var Skånetrafiken nödgade att agera för att säkerställa tillräcklig kapacitet för Sjukresor och garantera att människors liv och hälsa inte riskerades. Skånetrafikens handlande har inte utgått från att rädda en leverantör i kris. Skånetrafikens agerande har enkom handlat om att trygga kapaciteten för Region Skånes medborgare och därigenom säkerställa att Skånetrafiken uppfyller sin del i vårdkedjan och krisberedskapsplanen. Skånetrafiken har dock agerat i enlighet med LOU eftersom åtgärden är förenlig med 17 kap.12 § LOU.

Med stöd av en förlängning kunde Telepass bland annat få uppskov med



låneinbetalningar till banken och därmed stabilisera likviditeten och säkra driften. Fordonens livslängd ökade när körningarna minskade och miltalet blev lägre. Hade de nytillkomna omständigheterna kring fordonens förväntade livslängd varit kända vid annonseringen av den ursprungliga upphandlingen hade en längre avtalstid kunnat väljas redan från början. Region Skåne förstår att det vid en första anblick kan framstå som svårbegripligt att en avtalsförlängning från 2022 till 2023 skulle kunna ha relevans för att säkra tillgången av den aktuella tjänsten under 2020 och 2021. Det finns dock ett relevant samband mellan avtalsförlängningen och den akuta situationen 2020. Om man vidtar en åtgärd för att stärka den ekonomiska situationen för en leverantör som riskerar konkurs så kan man säkra tillgången till tjänsten vid den aktuella tidpunkten, och resterande del av kontraktet, genom att förhindra konkursen. Detta gäller oavsett om den åtgärd man vidtagit för att trygga kapaciteten innefattar en förlängning av ett avtal som inträffar längre fram i tiden. Det ligger i sakens natur att en förlängning, för att förhindra en förestående konkurs och trygga kapaciteten, träder i kraft i framtiden även om effekten av förlängningen (stabilisera likviditeten och säkra driften samt säkerställande av Skånetrafikens kapaciteten) sker direkt.

Konkurrensverket gör gällande att Telepass ekonomiska situation under våren 2020 inte ska tillmätas betydelse eftersom det skriftliga avtalet ingicks först i november 2020. Påståendet bestrids. Därutöver finns det inget som tyder på att Telepass skulle ha klarat sig utan förlängning. Vidare kunde, och inte heller ville, Skånetrafiken dra sig ur sitt åtagande från våren 2020. Om Skånetrafiken hade dragit sig ur förlängningen hade problematiken kvarstått, därutöver hade Skånetrafiken riskerat att få betala ett skadestånd till Telepass. Skånetrafiken har inte förlängt samtliga fordon med Telepass. Skånetrafiken har endast förlängt 114 av Telepass cirka 267 upphandlade fordon. Skånetrafiken har således även i detta hänseende begränsat och minimerat påverkan av tilläggsavtalet. Som anförts ovan var situationen på något sätt inte över i november 2020. Nya virusvarianter upptäcks hela tiden och det är

anmärkningsvärt att Konkurrensverket är av uppfattningen att det redan i november 2020 inte längre förelåg någon akut situation. Att pandemin inte på långa vägar är över talar med styrka för att Skånetrafikens agerande var korrekt, dels utifrån kända förutsättningar vid det givna tillfället, dels utifrån kända förutsättningar till dags datum.

Region Skåne bestrider att tilläggsavtalet utgör en otillåten direktupphandling. Enligt Region Skånes bedömning har det med stöd av 17 kap. 12 § LOU varit tillåtet att genomföra den aktuella avtalsändringen utan en ny upphandling. Det är i målet ostridigt att Covid-19 pandemin är en oförutsedd omständighet enligt 17 kap. 12 § LOU. Behovet av att göra en ändring av avtalet beror uteslutande på den oförutsedda omständigheten, dvs pandemin. Pandemin har medfört att förutsättningarna för det upphandlade avtalet har förändrats och att avtalet därför behövde ändras. Det synes även vara ostridigt i målet att en avtalsförlängning är en sådan ändring som kan göras i ett avtal med stöd av 17 kap. 12 § LOU. Vidare är det i målet ostridigt att den ändring som Region Skåne genomfört uppfyller de rekvisit som gäller för ändringen dvs. att ändringen inte medför en ändring av avtalets övergripande karaktär och inte medför att avtalets värde ökar med mer än 50 procent.

Ovanstående omständigheter till trots hävdar Konkurrensverket att det inte har varit möjligt att genomföra ändringen med stöd av den aktuella paragrafen. Konkurrensverkets skäl för denna uppfattning synes vara att Konkurrensverket anser att det inte har funnits något behov av att genomföra en avtalsförlängning. Region Skåne ställer sig frågande till hur Region Skåne skulle utfört Sjukresor om över halva kapaciteten försvunnit.

Huruvida det finns behov av en viss ändring eller ej bör vara upp till avtalsparterna att bedöma. I nu aktuella fallet har avtalsparterna bedömt att den genomförda avtalsändringen varit nödvändig för att säkra tillgången till den upphandlande tjänsten under pandemin. En avtalsförlängning om ett år var den

minst omfattande avtalsändringen som krävdes för att undvika en konkurs och säkra tillgången till tjänsten. Region Skåne har således inte gått längre än vad som krävdes på grund av den oförutsedda omständigheten.

Konkurrensverket grundar sin uppfattning att det inte funnits något behov av den aktuella avtalsändringen huvudsakligen på att det har förutsetts och reglerats i upphandlingsavtalen att beställningsvolymen såväl kan öka som minska under den fyraåriga avtalstiden. Konkurrensverket hänvisar till att Skånetrafiken inte har lämnat några garantier om beställningsvolym och har förbehållit sig ett förhållandevis stort utrymme att dra ned på kostnader och ersättning vid minskad efterfrågan under avtalstiden samt att detta utrymme har använts under 2020. Som framförts ovan finns där en volymgaranti.

Det noteras att 17 kap. 12 § LOU uttryckligen är tillämplig även på ramavtal. Själva grundtanken med ramavtal är att någon volym inte garanteras. Med Konkurrensverkets sätt att argumentera skulle det alltid kunna hävdas att det aldrig föreligger något behov av att göra en ändring i ett ramavtal på grund av oförutsedda omständigheter eftersom den upphandlande myndigheten ändå inte förbundit sig att köpa någon viss volym. En sådan inskränkning av paragrafens tillämplighet framstår inte som rimlig utifrån paragrafens lydelse och syfte.

Vidare är det, så som tidigare redogjorts för, inte endast minskade beställningar från Skånetrafiken som orsakat behovet av avtalsändringen utan den totalt förändrade situationen som upphandlade trafikleverantörer hamnat i på grund av pandemin samt den förändring av förutsättningarna för avtalet som pandemin orsakat bl.a. avseende fordonens livslängd.

Konkurrensverket anser att det inte har framkommit ”att färre beställningar av färdtjänstresor och minskad totalersättning hade gjort det omöjligt att uppfylla kontraktsföremålet under den reglerade avtalstiden om fyra år.”

Konkurrensverket synes här helt bortse från vad Region Skåne anfört angående skälen för ändringen. Det har förelegat en konkret risk för att Telepass inte skulle kunna uppfylla kontraktsföremålet om den aktuella avtalsändringen inte gjordes. Beviskravet för att det funnits behov av en ändring av avtalet kan inte rimligen ställas så högt att det måste kunna bevisas att det varit omöjligt för en leverantör att uppfylla kontraktsföremålet under den reglerade avtalstiden. Det är generellt svårt för en upphandlande myndighet att få fram skriftlig bevisning gällande leverantörers interna förhållanden. Vidare är det Konkurrensverket som har bevisbördan för att en upphandlingsskadeavgift ska kunna dömas ut. Vad gäller hur högt ställda beviskrav som kan ställas på Region Skåne gällande att förutsättningar föreligger för att tillämpa den aktuella paragrafen bör följande beaktas. Syftet med bestämmelsen i 17 kap. 12 § LOU är enligt skäl 109 i LOU direktivet att det i sådana oförutsebara fall behövs en viss flexibilitet för att avtalet ska kunna anpassas till dessa omständigheter, utan ett nytt upphandlingsförfarande. Den ändring som är möjlig enligt denna bestämmelse bör alltså inte vara begränsad till viss typ av ändring utan till de behov som uppstått till följd av en oförutsedd händelse.

Utifrån att paragrafen endast är tillämplig i rena force majeure-situationer, såsom vid en pandemi, torde det inte finnas skäl att ha en fullt så restriktiv tolkning och så högt ställda beviskrav avseende paragrafens tillämplighet som vid tillämpning av andra mer frekvent tillämpade undantagsbestämmelser från annonseringsskyldighet, såsom t.ex. vid synnerlig brådska. Om en upphandlande myndighets bedömning att det funnits behov av en viss ändring kan angripas genom upphandlingsskadeavgift och kraven på bevisning om behovet av ändring ställs högt blir paragrafen allt för riskabel för upphandlande myndigheter att tillämpa. Den möjlighet till ökad flexibilitet i en krissituation som paragrafen är tänkt att erbjuda går då förlorad.

Konkurrensverket anför som ytterligare skäl till varför behov av ändringen inte förelegat att ”*Även om Telepass riskerade att hamna på obestånd kan*

*dock inte leverantörens eventuella ekonomiska problem i detta fall anses vara en oförutsedd omständighet som ger upphov till ett behov att tilldela ett ettårigt avtal till leverantören.*” Just leverantörers ekonomiska svårigheter och problem att leva upp till kraven i offentliga kontrakt p.g.a. Covid-19 pandemin nämns av Upphandlingsmyndigheten som anledningar till att ändringar kan behöva göras i upphandlade avtal. Konkurrensverket tycks mena att den omständigheten att det skriftliga avtalet ingicks i november 2020 medför att något behov av avtalsändring på grund av pandemin inte förelåg. Såsom redogjorts för ovan har Skånetrafiken emellertid redan under våren 2020 tagit ställning till och godtagit att en avtalsförlängning behövde göras och har förmedlat detta till Telepass. Ett sådant ställningstagande, som Telepass har kunnat åberopa i sina kontakter med fordringsägare, har behövt stå fast. Att det skriftliga avtalet, bl.a. på grund av den höga arbetsbelastning som pandemin orsakade, ingicks först i november 2020 medför inte att behov av ändringen inte har förelegat. I november 2020 befann sig sjukvården i Skåne mitt i pandemins andra våg och även då har det varit nödvändigt att säkerställa tillgången på sjukresor.

#### Upphandlingsskadeavgift

Region Skåne anser att grund för att ålägga Region Skåne att betala upphandlingsskadeavgift saknas eftersom det inte har påvisats att Region Skåne har brutit mot annonseringsskyldigheten i LOU och genomfört en otillåten direktupphandling.

För det fall att förvaltningsrätten skulle finna att Region Skåne har brutit mot annonseringsskyldigheten och genomfört en otillåten direktupphandling måste sanktionsvärdet för den eventuella förseelsen under rådande omständigheter anses ringa, varför någon avgift inte bör beslutas.

Om sanktionsavgift ändå ska beslutas anser Region Skåne att synnerliga skäl föreligger för att efterge denna. Om sanktionsavgiften inte ska efterges bör

avgiften, på grund av den eventuella överträdelsens mycket låga sanktionsvärde, beräknas till 10 000 kr.

Enligt Region Skånes mening har Konkurrensverket i sin bedömning av upphandlingsskadeavgiftens storlek inte tagit hänsyn till samtliga relevanta omständigheter. Vidare har Konkurrensverket inte heller tillmätt de förmildrande omständigheter som föreligger tillräcklig betydelse.

Om en upphandlande myndighet i en force majeure-situation väljer att tillämpa en lagparagraf som är avsedd att tillämpas i just force majeure-situationer, men där praxis gällande hur paragrafen ska tolkas saknas, gör en potentiell missbedömning av paragrafens tillämplighet är det rimligen inte fråga om en överträdelse där rättsläget är klart.

Region Skånes eventuella oförmåga att visa att omständigheterna varit sådana att det aktuella lagrummet varit tillämpligt kan omöjligen anses utgöra en klar överträdelse av regelverket. Region Skåne konstaterar att Konkurrensverkets ställningstagande att 17 kap. 12 § LOU inte har varit tillämplig endast grundar sig på Konkurrensverkets egna tolkningar och bedömningar. Några hänvisningar till praxis har av naturliga skäl inte kunnat göras eftersom praxis till ledning för tillämpningen av paragrafen saknas. Konkurrensverket har, såvitt framkommit, inte heller grundat sina bedömningar kring paragrafens tillämplighet i förarbetsuttalanden.

Vidare är omständigheterna i ärendet sådana att synnerliga skäl för att efterge en eventuell upphandlingsskadeavgift föreligger. Region Skåne har, som tidigare anförts, ansett sig absolut tvungen att ingå förlängningsavtalet för att förhindra att människors liv eller hälsa riskerades.

Region Skåne har inte funnit någon möjlighet till ett alternativt handlingsätt för att säkra tillgången till denna oerhört viktiga tjänst under pandemin.

Samtliga avtalsparter fick samma erbjudande. Ingen leverantör har gynnats på otillbörligt sätt. Avtalsändringen har hållits till en absolut miniminivå för att kunna uppnå syftet med att säkra tillgången till kapacitet under pandemin. Region Skånes agerande har inte heller föranlett någon leverantör att begära överprövning i förvaltningsrätt. Några försvårande omständigheter föreligger inte. Däremot förmildrande omständigheter.

Förfarandet var en engångsföreteelse endast föranledd av Covid-19 pandemin och någon avskräckande sanktion är därför inte nödvändig. Det är Konkurrensverket som har bevisbördan för att alla relevanta omständigheter som läggs Region Skåne till last för att avgift ska kunna dömas ut. Konkurrensverket begär att Region Skåne ska betala en upphandlingsskadeavgift om sju miljoner kronor, motsvarande 7,2 procent av avtalsvärdet. Region Skåne ifrågasätter hur en sanktionsavgift motsvarande 7,2 procent av avtalsvärdet har kunnat bedömas vara motiverad i förevarande fall. 7,2 procent kan under normala omständigheter anses utgöra sanktionsvärde av ”normalgraden”. Under nu gällande omständigheter får beloppet snarare ett sanktionsvärde som endast ska tillämpas mot särskilt graverande fall. Vidare finns det praxis på området som visar att 6,4 procent blivit utdömt under försvårande omständigheter (Kammarrätten i Stockholm 2737–14). En avgift motsvarande 7,2 procent av avtalsvärdet är utifrån sanktionsvärdet i detta fall alldeles för högt. Konkurrensverket begär således att Region Skåne ska betala en avgift motsvarande den som hade kunnat bli aktuell om Region Skåne i icke pandemitider och helt utan några förmildrande omständigheter valt att strunta i att annonsera en upphandling och istället helt sonika tilldela en leverantör kontrakt. Detta framstår enligt Region Skånes mening, som fullkomligt orimligt. Konkurrensverket grundar sin bedömning av upphandlingsskadeavgiftens storlek på tre felaktiga förutsättningar, nämligen att det rör sig om en klar överträdelse av regelverket, att det rör sig om en situation där rättsläget är klart och att det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att eftergiften ska efterges. Eftersom Konkurrensverkets

utgångspunkter är felaktiga blir även deras slutsats att en upphandlingsskadeavgift om sju miljoner kronor är en proportionerlig sanktion felaktig. Utifrån den eventuella överträdelsens mycket låga sanktionsvärde bör upphandlingsskadeavgiften i det aktuella fallet sättas ner till 10 000 kr. Under alla omständigheter ska upphandlingsskadeavgiften sättas ner till ett mycket lågt belopp.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Enligt 21 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering.

Konkurrensverket får enligt 21 kap. 2 § andra stycket LOU ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift. Av 21 kap. 6 och 7 § LOU framgår att en ansökan om upphandlingsskadeavgift ska lämnas in till förvaltningsrätten inom ett från det att ett avtal ingicks. En ansökan får inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av avtals giltighet har löpt ut.

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte 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 någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.



*Förvaltningsrättens bedömning*

Den första frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om tilläggsavtalet mellan Skånetrafiken och Telepass utgör en otillåten direktupphandling.

Enligt huvudregeln ska alla upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det aktuella tröskelvärdet behöver inte annonseras. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt (se till exempel EU-domstolens uttalande i mål C-26/03 Stadt Halle, punkt 46, prop 2006/07:128 s. 291 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 10).

Enligt 17 kap. 8 § LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9 – 14 §§. En ändring som inte har stöd i 9 – 14 §§ utgör en otillåten direktupphandling. (se prop. 2015/16 :195 s. 1127).

Av 17 kap. 12 § LOU framgår att ett kontrakt eller ett ramavtal får 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.

Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att Covid-19 pandemin har varit en omständighet som inte har kunnat förutses när upphandlingsavtalen tilldelades. Förvaltningsrätten anser dock inte att det förhållande att resenärers nyttjande av serviceresor minskade under 2020 och det förhållande att Telepass hade ekonomiska problem motiverar en utvidgning av avtalen på så sätt som har skett när kontrakt tecknades i november 2020. Förvaltningsrätten anser således att utvidgningen av avtalen har gått längre än vad som krävs. Det kan därmed inte anses ha funnits ett behov av ändring på det sätt som skett och inte heller ett orsakssamband mellan situationen under våren och ett behov av att teckna det aktuella kontraktet i november.

Det har inte framkommit att det funnits en avtalsrättslig skyldighet att ingå avtal i november. En sådan skyldighet skulle i sådana fall vara en följd av Skånetrafikens agerande och inte innebära att det funnits skäl att avstå från att annonsera upphandlingen. Inte heller i övrigt har det funnits skäl att frånga annonseringskravet. Det ingångna avtalet utgör således en otillåten direktupphandling. Förutsättningar föreligger därmed för förvaltningsrätten att med stöd av 21 kap. 1 § 3 LOU påföra Region Skåne upphandlingsskadeavgift.

Den andra frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är storleken på upphandlingsskadeavgiften.

Den överträdelse som Region Skåne begått kan inte anses vara ringa eftersom rättsläget får anses klart och överträdelsen inte enbart berott på den osäkerhet som Covid-19 orsakat. Vid tidpunkten för avtalets ingående förelåg inte någon risk för människors liv och hälsa med anledning av Telepass ekonomiska situation eller andra omständigheter som medfört en risk för att de avtalade tjänsterna inte kunde levereras.

Förvaltningsrätten har därmed att fastställa upphandlingsskadeavgiftens storlek. Förvaltningsrätten finner härvid att det av Konkurrensverket yrkade

beloppet om 7 000 000 (sju miljoner) kronor framstår som avskräckande och proportionerligt med beaktande av omständigheterna kring den otillåtna direktupphandlingen. Några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte framkommit. Konkurrensverkets ansökan så således bifallas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (FR-05)

Cecilia Kuylenstierna

Rådman

Ulrika Skogler har föredragit målet



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av 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 myndigheten 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 ni 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.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni 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 er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns 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 ni 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 rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

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

### Vill ni veta mer?

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

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.