



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2025-07-18
Meddelad i Uppsala

Mål nr
6620-24

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Västerås kommun

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att
Västerås kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 350 000 kr.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

BAKGRUND

Den 4 september 2023 annonserade Västerås kommun (kommunen) en upphandling av ett ramavtal för presentkort att ge till kommunens anställda i julklapp. Den 18 oktober 2023 avbröt kommunen den annonserade upphandlingen eftersom inget av de inkomna anbuden uppfyllde samtliga krav.

Efter att upphandlingen hade avbrutits gick kommunen centralt ut med ett meddelande till nämnderna och förvaltningarna om julgåvor. Enligt meddelandet kunde julgåvor ges i form av gåva såsom presentkort, julbord eller jultallrik. Det angavs också ett maxbelopp för de olika alternativen.

Mellan den 26 oktober 2023 och den 15 december 2023 beställde kommunen, genom sina nämnder och förvaltningar, presentkort från olika leverantörer. Beställningarna gjordes per e-post eller formulär där kommunen angavs som beställande organisation. Kommunen ingick inga särskilda skriftliga avtal.

Konkurrensverkets ansökan grundar sig på det första avtalet om presentkort som kommunen ingick under den nämnda perioden. Kommunen beställde de berörda presentkorterna från leverantören den 26 oktober 2023 och en faktura ställdes ut den 27 oktober 2023.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att kommunen ska betala 350 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för ansökan anføres bland annat följande.

Kommunen har den 27 oktober 2023 ingått avtal om presentkort med en viss leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades förutsättningar för att ingå avtalet utan sådan annonsering. Kommunen har

därmed gjort en otillåten direktupphandling av avtalet. Konkurrensverket bedömer att värdet på upphandlingen av avtalet översteg tröskelvärdet för annonseringskravet i LOU, och kommunen har inte åberopat eller visat att något undantag från detta fick användas.

Vad gäller upphandlingens värde är detta det uppskattade värdet när en upphandling påbörjas, och den aktuella upphandlingen får anses påbörjad genom att kommunen skickade en beställning till leverantören den 26 oktober 2023. Kommunen har angett att upphandlingens värde var 2 624 744 kr, vilket är det slutliga värdet av alla presentkort som kommunen faktiskt anskaffade inför julen 2023. Denna värdering är inte korrekt då den baseras på omständigheter som inträffade efter den gällande värdetidpunkten (26 oktober 2023). Det är det uppskattade värdet vid värdetidpunkten som ska ligga till grund för värderingen, och värdet ska inte justeras efter omständigheter som inträffar därefter.

Eftersom kommunen inte har angett ett uppskattat värde för upphandlingen vid värdetidpunkten får värdet bestämmas enligt följande. Efter att den annonserade upphandlingen hade avbrutits meddelade kommunen att presentkort kunde anskaffas som julgåva till kommunens medarbetare, kommunen måste därmed ha planerat för och räknat med att presentkort kunde komma att anskaffas till alla medarbetare. Alla kontrakt som kommunen kunde ha ingått inför julen 2023 omfattas därmed av upphandlingen, och dess värde ska ingå i upphandlingens värde. I den annonserade upphandlingen uppskattade kommunen värdet till 4 400 000 kr. Uppskattningen utgick från att presentkorterna hade ett fast pris om 400 kr exklusive mervärdesskatt. Uppskattningen måste rimligtvis ha varit fortsatt gällande även efter att kommunen avbröt upphandlingen och gick ut med meddelandet om att presentkort till alla medarbetare kunde direktupphandlas till samma värde som i den annonserade upphandlingen. Uppskattningens fortsatta giltighet och

relevans visas också av att kommunen gjort samma uppskattning av värdet i en ny upphandling för 2024. Upphandlingens värde var därmed 4 400 000 kr.

Upphandlingens värde översteg därmed tröskelvärdet, och skulle ha annonserats. Kommunen har alltså direktupphandlat avtalet trots att inget undantag varit tillämpligt.

Mot bakgrund av upphandlingens värde kan en upphandlingsskadeavgift bestämmas till högst 440 000 kr. En otillåten direktupphandling är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen, varför sanktionsvärdet för kommunens överträdelse som utgångspunkt är högt. Konkurrensverket har därtill i ett tidigare tillsynsbeslut konstaterat att kommunen har gjort en otillåten direktupphandling av läkarkonsulttjänster. Kommunens upprepade överträdelser är en försvårande omständighet som höjer den aktuella överträdelsens sanktionsvärde. Det finns inga förmildrande omständigheter som sänker överträdelsens sanktionsvärde, och det finns inget stöd för att kommunen skulle ha försökt att begränsa eller minska inköpen av presentkortet inför julen 2023. Kommunen måste tvärtom ha planerat och lämnat öppet för att presentkortet skulle direktupphandlas till alla medarbetare till upphandlingens värde. Det är därför inte förmildrande att värdet på kommunens faktiska anskaffningar blev lägre än upphandlingens värde. Det är inte heller förmildrande att kommunen annonserade en upphandling av presentkort i mars 2024, flera månader efter att de genomfört den otillåtna direktupphandlingen.

Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en avgift på 350 000 kr är en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för överträdelsen. Den yrkade avgiften ligger väl i nivå med tidigare utdömda avgifter för liknande överträdelser.

Kommunen bestrider ansökan och yrkar i första hand att den avslås, i andra hand att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 4 725 kr, i tredje hand att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 131 237 kr och i fjärde hand att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 208 667 kr. Till stöd för sin talan anför kommunen i huvudsak följande.

Det har alltid varit kommunens avsikt att anskaffningen av presentkort skulle ske i enlighet med de upphandlingsrättsliga bestämmelserna. Av denna anledning annonserades upphandlingen av presentkort i september 2023. Kommunen skulle ha ingått ramavtal i god tid inför julen 2023 om marknadens aktörer inkommit med anbud som uppfyllde de krav, villkor och kriterier som gällde för upphandlingen. När så inte var fallet var kommunen tvungen att göra om upphandlingen.

Den 27 oktober 2023 la kommunen en beställning hos en leverantör avseende presentkort till ett värde om 94 500 kr. Beställningen föregicks inte av någon förhandling eller något avtalstecknande i form av ett ramavtal. Beställningen åtföljdes av den faktura som Konkurrensverket åberopat i målet. Eftersom parterna inte kommit överens om annat utgör beställningen tillsammans med fakturan ett civilrättsligt bindande avtal. Avtalets värde uppgår enligt fakturan till 94 500 kr. Som kommunen förstår det menar Konkurrensverket att anskaffningen är otillåten även om den stannar vid denna summa, dvs. långt under gränsen för direktupphandling eftersom den rent teoretiskt hade kunnat bli högre. Detta argument får anses helt orimligt och det saknas rättsligt stöd för en sådan bedömning. En sådan ordning medför att en anskaffning med ett faktiskt värde kan påföras en sanktionsavgift som vida överstiger vad den upphandlande myndigheten inom ramen för avtalet ska erlagga i ersättning. Detta strider mot grundläggande rättsprinciper om proportionalitet. Då värdet av avtalet ligger med god marginal under gränsen för direktupphandling har ingen otillåten direktupphandling skett. Det saknas därför grund att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Om förvaltningsrätten ändå finner att förutsättningar för upphandlingsskadeavgift föreligger anser kommunen att denna ska sättas ned. Utifrån det värde Konkurrensvärdet beräknat upphandlingen till motsvarar den ansökta sanktionsavgiften en avgift om 7,95 procent av det uppskattade värdet.

Konkurrensverket anger i ansökan att en försvårande omständighet är att kommunen vid ett tidigare tillfälle genomfört en otillåten direktupphandling, men kommunen ifrågasätter att en förhöjd upphandlingsskadeavgift ska påföras endast av den anledningen. Att upprepade förseelser kan föranleda en högre avgift är vedertaget i praxis, men det är emellertid nödvändigt att sätta antalet överträdelser i relation till myndighetens totala upphandlingsverksamhet. Något annat kan inte anses skäligt, och ett annat system skulle missgynna större myndigheter där enskilda fel automatiskt leder till förhöjda sanktionsavgifter trots att felen kan utgöra en mycket liten del av myndighetens totala upphandlingsverksamhet.

De faktum att det varit kommunens avsikt att följa lagstiftningen, att kommunen bjudit in marknaden i god tid, att ingen anbudsgivare lämnat anbud som uppfyllde kraven, att kommunen under våren 2024 genomfört en ny annonserad upphandling där ramavtal ingåtts samt att kommunen begränsat anskaffningen av presentkort är sådana förmildrande omständigheter som förvaltningsrätten bör beakta. Om en upphandlingsskadeavgift ska utgå bör den uppgå till högst fem procent av upphandlingen värde.

Värdet av den upphandling som Konkurrensverket grundar sin talan på är 94 500 kr. Det förekommer inte några ytterligare villkor, options- eller andra klausuler än den beställning som gjorts och den faktura som svarat mot beställningen. Mellanhavandet kan inte heller ses som ett ramavtal. Det avtal som är för handen samt kontraktsvärdet av, och det totala belopp som ska betalas för, detta avtal är alltså 94 500 kr. Av lagstiftningens förarbeten framgår vidare att det är utifrån kontraktsvärdet som nivån av en

upphandlingsskadeavgift ska fastställas utifrån. Detta var även vad som framgick av äldre lagtext, och det framgår inte av lagens förarbeten att avsikten med de ändringar som infördes att de skulle medföra någon ändring i sak.

Det stämmer inte som Konkurrensverket påstår att kommunen efter avbrytandet av den första upphandlingen skulle ha planerat för och räknat med att presentkort kunde komma att anskaffas till alla medarbetare. Vid denna tidpunkt, och fram till julen, var kommunen mån om att begränsa anskaffningen av presentkort. Mot bakgrund av upphandlingens faktiska värde får inte en upphandlingsavgift överstiga 9 450 kr i detta ärende. Sanktionsvärdet bör enligt kommunen dock fastställas till högst fem procent av värdet, dvs. 4 725 kr. Eftersom beloppet underskrider den lägsta möjliga upphandlingsskadeavgiften enligt bestämmelserna bör någon avgift inte beslutas. Det saknas stöd i lag för Konkurrensverkets uppfattning att värdet på den föregående, avbrutna, upphandlingen och den efterföljande upphandlingen för 2024 ska läggas till grund för beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

I de av kommunen annonserade upphandlingarna, som Konkurrensverket åberopar som stöd för deras beräkningsmodell, har höjd tagits för ett ändrat framtida behov där utrymme finns att frångå exempelvis julbord och fruktkorgar till förmån för presentkort. Det finns ingen grund för att sådant framtida behov ska ligga kommunen till last för de begränsade anskaffningar som gjordes inför julen 2023.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

Den 1 januari 2024 infördes nya regler för en effektivare upphandlingstillsyn i kraft, vilket bland annat innebär att Konkurrensverket får fatta beslut om

upphandlingsskadeavgift som första instans, det vill säga utan ett ansökningsförfarande till allmän förvaltningsdomstol. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. I förevarande mål ska därmed de äldre bestämmelserna tillämpas.

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 bland annat 10 kap. 1 § LOU (21 kap. 1 § tredje punkten LOU, i för målet tillämplig lydelse).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU, i för målet tillämplig lydelse).

Vid fastställandet 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, i för målet tillämplig lydelse).

Det är Konkurrensverket som har bevisbördan för att det finns förutsättningar att ta ut upphandlingsskadeavgift. Detta gäller även avgiftens storlek. (jfr exempelvis Kammarrätten i Stockholms dom den 11 april 2013 i mål nr 5426–12 och den 15 februari 2021 i mål nr 1304–20).

Finns det grund för att besluta om en upphandlingsskadeavgift?

Upphandlingens värde

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är upphandlingens värde.

Av 5 kap. 3 § LOU framgår bl.a. att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt som ingår i upphandlingen.

Av 5 kap. 5 § LOU framgår att uppskattningen av en upphandling ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är ostridigt att den upphandling som kommunen annonserade under hösten 2023, vilken sedan avbröts, hade ett uppskattat värde om 4 400 000 kr.

Vad gäller det e-postmeddelande som skickades från Stadsledningskontoret till kommunens olika förvaltningar bedömer förvaltningsrätten att detta inte kan förstås på annat sätt än att det har överlåtits på de enskilda förvaltningarna att besluta om hur många presentkort som skulle införskaffas för respektive enhet.

Mot bakgrund av ovanstående bedömer förvaltningsrätten att kommunen inte kan anses ha visat att det skett någon samordning eller utredning av kommunens faktiska behov av presentkort som skulle skilja sig från det tidigare uppskattade värdet som föranlett den aktuella beställningen. Förvaltningsrätten anser därmed, likt Konkurrensverket, att ledning kan tas av det uppskattade värdet för den tidigare annonserade upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser därtill att Konkurrensverket har haft skäl för sin bedömning att kommunen måste ha planerat, samt räknat med, att presentkort kunde komma att behöva anskaffas till samtliga medarbetare.

Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att Konkurrensverket får anses ha gjort mycket sannolikt att upphandlingens värde uppgår till 4 400 000 kr, vad kommunen har anfört i övrigt medför ingen annan bedömning.

Har kommunen genomfört en otillåten direktupphandling?

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingens värde överstiger direktupphandlingsgränsen om 700 000 kr. Det är därtill ostridigt att förvärvet av presentkort inte har föregåtts av något upphandlingsförfarande. Kommunen har därtill inte gjort gällande att det funnits något tillämpligt undantag för att frångå annonseringsskyldigheten.

Förvaltningsrätten bedömer mot denna bakgrund att kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling, varför förutsättningarna för att besluta om en upphandlingsskadeavgift är uppfyllda.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek framgår bl.a. följande av förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f.). En otillåten direktupphandling är en sådan förseelse som anses höra till en av de allvarligaste formerna av överträdelser vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelser kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelser kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelser anses mindre allvarliga. 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.

Beloppsbegränsningen i 21 kap. 4 § LOU, i målet aktuell lydelse, innebär att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktsvärdet är en av flera avgörande faktorer och där högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall (jfr HFD 2014 ref. 69).

Med hänsyn till att det rör sig om en otillåten direktupphandling anser förvaltningsrätten att överträdelsen inte kan anses som ringa. Det finns därför inte skäl att sätta ned avgiften till noll med hänsyn till att det har varit fråga om en ringa förseelse. Några synnerliga skäl till att efterge avgiften har inte gjorts gällande och har inte heller i övrigt kommit fram. Att det är fråga om en otillåten direktupphandling, vilket är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, medför också att sanktionsvärdet i detta fall som utgångspunkt får anses ligga i det högre skiktet. Det är därtill en försvårande omständighet att kommunen tidigare tilldelats en sanktionsavgift till följd av en otillåten direktupphandling.

Vad gäller frågan om upphandlingsskadeavgiften ska bedömas utifrån upphandlingens värde eller kontraktsvärdet konstaterar förvaltningsrätten att det framgår direkt av tillämplig lagtext, 21 kap. 4 § LOU, att det är upphandlingens värde som ska läggas till grund för upphandlingsskadeavgiftens nivå. Vad kommunen har anfört i övrigt medför ingen annan bedömning. Detta medför att lägsta möjliga avgift är 10 000 kr och högsta möjliga avgift 440 000 kr. Förvaltningsrätten anser vidare att vad kommunen anfört om deras totala mängd upphandlingar inte medför skäl att besluta om en lägre sanktionsavgift.

Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att den av Konkurrensverket föreslagna upphandlingsskadeavgiften om 350 000 kr får

anses utgöra en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion i förhållande till den aktuella överträdelsen. Sammanfattningsvis bedömer alltså förvaltningsrätten att upphandlingsskadeavgiften ska fastställas till 350 000 kr, varför Konkurrensverkets ansökan ska bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-03)

Leif Nilsson
Tf rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Jonathan Franzén Boger.