



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA
Enhet 1

DOM
2022-05-04
Meddelad i Uppsala

Mål nr
895-21 E

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Västerås kommun

Ombud: Advokat [REDACTED]
Advokatfirman Delphi KB

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 4 500 000 kronor.

Dok.Id 373496

Postadress

Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress

Smedsgränd 22

Telefon

018-431 63 00

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–15:00

BAKGRUND

I september 2012 slöt Västerås kommun ett avtal (Leveransavtalet) avseende IT-drifttjänster efter att ha genomfört ett avrop från Kammarkollegiets ramavtal Helhetsdrift, dnr 93-96-09. Avtalet löpte i sextio månader från den 1 januari 2013 med möjlighet till förlängning i ytterligare tjugofyra månader. Förlängningsoptionen i Leveransavtalet utnyttjades i avtal den 30 juni 2016, vilket medförde att avtalet löpte ut den 31 december 2019.

Den 20 juni 2019 annonserade kommunen en ny upphandling av aktuella tjänster.

Den 28 juni 2019 slöt Västerås kommun ett tilläggsavtal (Tilläggsavtal 1) med samma leverantör om fortsatt leverans av tjänsterna enligt Leveransavtalet efter att Leveransavtalet löpt ut. Tilläggsavtal 1 gällde under perioden den 1 januari 2020–den 30 juni 2020.

Den 26 februari 2020 slöt Västerås kommun ytterligare ett tilläggsavtal (Tilläggsavtal 2) med samma leverantör om fortsatt leverans av de aktuella tjänsterna även efter att Tilläggsavtal 1 löpt ut. Tilläggsavtal 2 gällde under perioden den 1 juli 2020–den 31 december 2020. Avtalet innehöll även en option med möjlighet till förlängning i ytterligare tre månader därefter, till och med den 31 mars 2021.

Den 10 juni 2020 meddelade Västerås kommun tilldelningsbeslut i den upphandling som annonserats den 20 juni 2019.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten beslutar att Västerås kommun ska betala 4 500 000 kronor i upphandlingsskadeavgift. Till stöd

för ansökan anförs bl.a. följande. Västerås kommun har brutit mot LOU genom att den 26 februari 2020 sluta avtal (Tilläggsavtal 2) utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningarna för att sluta avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling. Avtalet avser visserligen samma tjänster som Leveransavtalet, men avser tid efter att det avtalet löpte ut och inte längre kunde förlängas. Avtalet utgör inte heller en tillåten ändring av Leveransavtalet. Värdet av direktupphandlingen ska beräknas mot bakgrund av värdet av både Tilläggsavtal 1 och Tilläggsavtal 2. Av detta följer att värdet av direktupphandlingen uppgår till minst 54 540 000 kronor. Värdet överstiger således direktupphandlingsgränsen och tröskelvärdet i LOU och borde ha föregåtts av annonsering, om det inte förelåg några undantag från krav på annonsering. Några sådana undantag har inte framkommit. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelsena inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt. Västerås kommun har tidigare vid upprepade tillfällen genomfört otillåtna direktupphandlingar. Detta innebär att det rör sig om ett sådant upprepat beteende som utgör en försvårande omständighet. Vid en sammantagen bedömning anses en upphandlingsskadeavgift på 4 500 000 kronor vara en lämplig och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Västerås kommun bestrider ansökan och yrkar att den ska avslås. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Avtalet har inte slutits i strid med LOU. Kommunen har genomfört en tillåten ändring av ett avropsavtal som avrops från ett offentligt upphandlat ramavtal. Alternativt har kommunen genomfört en tillåten direktupphandling. Förutsättningarna för att besluta om upphandlingsskadeavgift är inte uppfyllda. Vidare är det bara Tilläggsavtal 2 som ska ligga till grund för uppskattningen av avtalets värde. Detta i kombination med att kommunens agerande utgör ett ringa fall innebär att beslut om avgift inte ska fattas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser, m.m.

Av 21 kap. 1 § 3 LOU följer att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlings-skadeavgift), om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § eller 36 § första stycket.

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.

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

Frågan i målet är om Västerås kommun genom att ingå Tilläggsavtal 2 har genomfört en otillåten direktupphandling och att det därmed finns skäl att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Partena har under skriftväxlingen i målet tagit upp frågor om bevisbörda och beviskrav i mål om upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten gör, mot bakgrund av det Kammarrätten i Stockholm uttalat i dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20, följande bedömning i denna del.

Utgångspunkten är att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift. När det är fråga om en sanktionsavgift är beviskravet högre än vad som i allmänhet gäller inom förvaltningsprocessen och Konkurrensverket ska därför göra mycket sannolikt att upphandlingen uppgår till det värde som verket påstår. Däremot kan en upphandlande myndighet som i ett mål om upphandlingsskadeavgift invänder mot Konkurrensverkets uppgifter genom att hävda att ett visst undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpligt, inte förhålla sig passiv till ansökan utan måste presentera omständigheter som ger stöd för ett sådant påstående. Det kan sedan, beroende på tyngden i den upphandlande myndighetens invändning, bli aktuellt för Konkurrensverket att motbevisa en sådan invändning.

I målet är det utrett att värdet av Tilläggsavtal 2 överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tröskelvärdet för den typ av tjänster som är aktuella. En upphandling av ett sådant avtal ska enligt 10 kap. 1 § LOU som huvudregel annonseras. Enligt förvaltningsrätten får det även anses ostridigt att Tilläggsavtal 2 inte är en förlängning av Leveransavtalet samt att Västerås kommun inte gjort någon annonsering innan Tilläggsavtal 2 slöts.

Västerås kommun har gjort gällande att Tilläggsavtal 2 antingen avser en kompletterande beställning av Leveransavtalet eller är undantaget kravet på annonsering då det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens och förhandlat förfarande utan föregående annonsering därmed fick användas.

Utgör Tilläggsavtal 2 en kompletterande beställning av Leveransavtalet?

Enligt 17 kap. 11 § LOU får en kompletterande beställning av tjänster 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.

Bestämmelsen i 17 kap. 11 § LOU genomför artikel 72.1 b Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet). I artikeln anges bl.a. att kontrakt och ramavtal får ändras utan nytt upphandlingsförfarande för kompletterande byggentreprenader, tjänster eller varor från den ursprungliga entreprenören som har blivit nödvändiga och som inte ingår i den ursprungliga upphandlingen, i de fall ett byte av entreprenör inte kan ske av ekonomiska eller tekniska skäl såsom krav på utbytarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer som upphandlats vid den ursprungliga upphandlingen, och det skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande enheten.

Västerås kommun har till stöd för påståendet att Tilläggsavtal 2 utgör en tillåten ändring av Leveransavtalet enligt 17 kap. 11 § LOU anført bl.a. följande. Redan hösten 2017 påbörjades arbetet med den nya upphandlingen av IT-tjänster. Beslut fattades att den nya upphandlingen skulle delas upp i fem olika delområden. Syftet med uppdelningen var att göra det lättare för fler och mindre leverantörer att lämna anbud. Trots en omfattande arbetsinsats med att färdigställa det nya upphandlingsunderlaget drog arbetet ut på tiden. Det blev därmed nödvändigt för kommunen att beställa ytterligare tjänster gällande IT-drift av den befintliga leverantören. Utan IT-driften kan kommunen inte bedriva sin verksamhet. Sammantaget hade ett byte av leverantör mycket sannolikt inneburit att kostnaden hade blivit över dubbelt så hög, jämfört med att beställa ytterligare tjänster från leverantören. Dessutom hade ett byte krävt omfattande resurser från kommunen, dvs. medfört betydande olägenheter. Därtill stod det klart att det inte var tekniskt möjligt för någon annan leverantör att överta ansvaret för IT-driften i tid. Åtagandet var

för omfattande för att kunna genomföras med så kort varsel med bibehållen driftsäkerhet och krav.

Konkurrensverket har anfört att huvudregeln är att ett nytt avtal ska föregås av annonsering. Vidare anser Konkurrensverket att 17 kap. 11 § LOU avser kompletteringar och inte syftar till att användas istället för en förlängningsoption i den ursprungliga upphandlingen, i situationer då det föreligger ett löpande behov av en viss tjänst. Konkurrensverket har även anfört att det gäller i synnerhet då det finns flera leverantörer som kan erbjuda aktuella tjänster, då ett kortare ”tilläggsavtal” har slutits i avvaktan på en ny upphandling som har försenats till följd av bristande planering, och då eventuella tekniska besvär och merkostnader vid detta kortare avtal utgörs av sådana besvär och kostnader som generellt kan uppstå vid ett leverantörsbyte. Konkurrensverket har även anfört att Västerås kommun inte gjort gällande att avtalet skulle ha annonserats på det sätt som följer av 17 kap. 16 § LOU.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Att Västerås kommun befunnit sig i ett akut behov av fortsatt IT-drift saknas det skäl att ifrågasätta. Däremot anser förvaltningsrätten att situationen inte inneburit att ett byte av leverantör inte kunde ske eller att en kompletterande beställning blivit nödvändig på det sätt som avses i 17 kap. 11 § LOU.

Vidare delar förvaltningsrätten Konkurrensverkets bedömning att eventuella tekniska besvär och merkostnader är sådana som generellt kan uppstå vid ett leverantörsbyte. Därtill har Västerås kommun inte heller ens påstått att kommunen annonserat på det sätt som krävs enligt 17 kap. 16 § LOU för kompletterande beställningar. Förvaltningsrätten anser därför att Tilläggsavtal 2 inte kan ses som en kompletterande beställning till Leveransavtalet.

Fanns det förutsättningar att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering?

I 6 kap. 14 § LOU anges att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör bl.a. därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Ett sådant förfarande får användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Enligt Västerås kommun behöver en ny leverantör av IT-drifttjänsten mellan sex och tolv månader endast för själva övertagandet. Det står därmed enligt kommunen klart att det bara var den befintliga leverantören som kunde tillhandahålla IT-driftstjänsterna, varför konkurrens saknades av tekniska skäl.

Enligt Konkurrensverket är omständigheterna att det skulle bli svårare och dyrare att anlita en annan leverantör inte i sig av sådan teknisk karaktär som medför att endast en leverantör ska anses kunna utföra tjänsten.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten delar Konkurrensverkets bedömning att det inte endast är en viss ekonomisk aktör som kan tillhandahålla den för Tilläggsavtal 2 aktuella tjänsten. Att det varit fördelaktigt att ha samma leverantör är inte heller detsamma som att det av tekniska skäl inte funnits någon konkurrens. Förvaltningsrätten anser därmed att det inte funnits förutsättningar att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Sammanfattande bedömning

Västerås kommun har slutit Tilläggsavtal 2 utan någon föregående annonsering. Det kommunen anfört är inte tillräckligt för att avtalet ska ses som en *kompletterande beställning* eller för att *undantag från kravet på annonsering* ska anses ha varit aktuellt. Sammanfattningsvis anser därför förvaltningsrätten att Tilläggsavtal 2 utgör en *otillåten direktupphandling* och att det därmed finns förutsättningar att besluta om *upphandlingsskadeavgift*.

Hur bestäms det värde som Tilläggsavtal 2 ska beräknas till?

Frågan i denna del är vilket värde Tilläggsavtal 2 uppgår till och vad som därmed är det högsta belopp som en upphandlingsskadeavgift kan utgå med. I 21 kap. 4 § LOU hänvisas till 5 kap. LOU för att bestämma upphandlingens värde.

Västerås kommun har invänt mot att Konkurrensverket beaktat värdet av Tilläggsavtal 1 i beräkningen av värdet i och med att Konkurrensverket inte kan ansöka om upphandlingsskadeavgift för det avtalet då tidsfristen för en sådan ansökan löpt ut. Effekten av att Konkurrensverket utkräver ansvar för Tilläggsavtal 1 genom att beakta avtalet i beräkningen av avgiftens storlek för Tilläggsavtal 2, är enligt kommunen densamma som om Konkurrensverket formellt hade ansökt om upphandlingsskadeavgift för Tilläggsavtal 1. Enligt Västerås kommun har det aldrig varit lagstiftarens syfte att reglerna om preskription ska kunna kringgå av Konkurrensverket genom en kreativ tillämpning av bestämmelserna om beräkningen av avtalens värde. Västerås kommun har även invänt att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU, endast hänvisade till vissa av bestämmelserna i det som motsvarade 5 kap. LOU och att lagstiftaren inte haft som avsikt att alla bestämmelserna i 5 kap. LOU nu ska vara tillämpliga.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att även om hänvisningen i ÄLOU var begränsad till vissa bestämmelser, saknas den begränsningen i den nu aktuella hänvisningen. Därmed kan samtliga bestämmelser i 5 kap. LOU tillämpas vid fastställande av upphandlingens värde (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20).

I 5 kap. 11 § LOU anges att värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid, ska uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet, eller det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen eller, om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret.

Förvaltningsrätten anser att det är riktigt att beakta det sammanlagda värdet av Tilläggsavtal 1 och 2 vid bestämmandet av värdet av Tilläggsavtal 2, eftersom Tilläggsavtal 1 tecknats under tolv månadersperioden närmast före det att Tilläggsavtal 2 tecknats. Vidare anser förvaltningsrätten att en sådan tillämpning inte innebär ett kringgående av preskriptionsregeln i 21 kap. 7 § LOU, eftersom hänvisningen i 21 kap. 4 § LOU till 5 kap. LOU endast avser att begränsa det belopp som upphandlingsskadeavgiften kan fastställas till, på samma sätt som de beloppsgränser som anges i 21 kap. 4 § LOU. En sådan tillämpning innebär däremot inte att ansvar utkrävs för Tilläggsavtal 1.

Västerås kommun har vitsordat de värden som Konkurrensverket uppskattat att Tilläggsavtal 1 och 2 uppgår till. Det har inte heller i övrigt framkommit

skäl att ifrågasätta värdena. Det högsta belopp som avgift kan utgå med är därför 5 454 000 kronor.

Fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek

I förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 och 369 f.) framgår bl.a. följande om fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till.

Västerås kommun har anfört att kommunen har inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling, men på grund av omständigheter som i huvudsak legat utanför vad kommunen kunnat förutse och påverka inte kunnat avsluta det inledda upphandlingsförfarandet som planerat. En av orsakerna till förseningen var enligt kommunen att anbudsgivarna ställde väldigt många frågor under anbudstiden vilket medförde att det blev nödvändigt att förlänga densamma. En annan orsak var enligt kommunen att det inkom betydligt fler anbudsansökningar än vad som rimligen hade kunnat förutses. I samband med förhandlingsfasen bröt spridningen av Covid-19 ut vilket också medförde att processen tog mer tid i anspråk. Västerås kommun har även anfört att vid en helhetsbedömning med hänsyn till omständigheterna är behovet av en sådan avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift utgör, inte tillräckligt starkt för att motivera en avgift.

När det gäller avgiftens storlek bedömer förvaltningsrätten att överträdelsen varken är ringa eller att det i målet har kommit fram sådana synnerliga skäl som krävs för att avgiften ska kunna efterges. Förvaltningsrätten har då beaktat att det ålegat Västerås kommun att inleda den nya upphandlingen i god tid. Genom att inte göra detta har också risken ökat för ett akut behov av IT-

drifttjänster. Vidare delar förvaltningsrätten Konkurrensverkets bedömning att kommunen i stor utsträckning kunnat påverka eventuella förseningar av upphandlingen, t.ex. genom att tillföra resurser. Den omständigheten att upphandlingen försenats är därmed inte något som legat utanför vad Västerås kommun kunnat förutse och påverka (jfr. HFD 2014 ref. 49). Inte heller kan pandemin anses ha orsakat någon försening då den utbröt först efter att Tilläggsavtal 2 slutits.

Eftersom det är fråga om en otillåten direktupphandling ska sanktionsvärdet i normalfallet vara högt. Det har enligt förvaltningsrätten inte framkommit några förmildrande omständigheter. Däremot bör det beaktas att Västerås kommun vid upprepade tillfällen ingått avtal med leverantörer över tröskelvärdena utan föregående annonsering.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att det av Konkurrensverket yrkade beloppet framstår som väl avvägt i förhållande till den konstaterade överträdelsen och vad som i övrigt framkommit i målet. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-03)

Eva Frånlund Althin
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Charlotta Fröhammar.



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.