



KLAGANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Askersunds kommun

Ombud: Advokat [REDACTED] och
biträdande jurist [REDACTED]

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 19 februari 2025
i mål nr 4313-23, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och bestämmer att Askersunds kommun ska betala 3 200 000 kronor i upphandlingsskadeavgift.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att kammarrätten bifaller ansökan och anför följande.

Huvudregeln är att avtal inte får ändras utan en ny upphandling. Reglerna i 17 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, utgör undantag och ska tillämpas restriktivt.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Dok.Id 732475

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

De tre punkterna i 17 kap. 11 § LOU innehåller kumulativa rekvisit som ska vara uppfyllda för att en kompletterande beställning ska få göras. Det är i målet ostridigt att kravet på att beställningen är nödvändig är uppfyllt. De tekniska skäl som kommunen åberopat är inte sådana skäl som föranleder att den andra punkten är uppfylld. Det har heller inte förelegat sådana ekonomiska skäl som avses i den punkten. Inte heller är det fråga om sådana betydligt större omkostnader som avses i den tredje punkten.

Begreppet ekonomiska skäl i den andra punkten har inte samma innebörd som begreppet betydligt större omkostnader i den tredje punkten.

Uttryckssättet ”inte kan” i den andra punkten talar för att de tekniska eller ekonomiska skälen måste utgöra i det närmaste ett absolut hinder mot att byta leverantör. Detta skiljer sig från uttryckssättet i den tredje punkten som endast kräver att omkostnaderna för att byta leverantör är betydande.

Enligt förarbetena får betydligt större omkostnader även anses utgöra ett ekonomiskt skäl (prop. 2015/16:195 s. 1130). Detta innebär att sådana omkostnader som avses i den tredje punkten även ska beaktas vid bedömningen av om det förelegat ekonomiska skäl enligt den andra punkten. Dock torde ekonomiska skäl enligt den andra punkten även innefatta andra kostnader.

Kommunen har dock inte visat något i det närmaste absolut hinder mot att byta leverantör av ekonomiska skäl. Den omständigheten att entreprenaden hade kunnat kosta mer om kommunen ingick avtal med en annan leverantör kan inte utan vidare utgöra ett sådant absolut hinder.

Kommunen har i sin beräkning av omkostnader åberopat hypotetiska kostnader för att genomföra byggentreprenaden vid ett senare tillfälle. De åberopade kostnaderna är baserade på index.

Merkostnaden avseende byggindex och den kostnadsökning som förvaltningsrätten bedömer som tillräckligt hög för att utgöra betydligt större omkostnader var inte kända vid tidpunkten för ändringen och när avtalet ingicks. En viss prisuppgång kunde förväntas, men omfattningen stod inte klar vid tidpunkten för avtalet.

Den upphandlande myndigheten har att redan vid tidpunkten för en ändring klargöra om förutsättningarna för att åberopa en undantagsbestämmelse är uppfyllda. En hypotetisk kostnad kan rimligtvis inte ligga till grund för en tillämpning av bestämmelserna. En hypotetisk omkostnad om 14,2 miljoner kronor kan därför inte vitsordas och kommunens uppskattade merkostnad för en ny upphandling som utförandeentreprenad om cirka 25 miljoner kronor saknar stöd. Kommunen har vidare inte beaktat att en annan leverantör hade kunnat lämna ett lägre anbudspris än det som kommunen baserat sin bedömning på.

Oaktat vad som anförts ovan är inte omkostnaderna tillräckliga för att motivera ett undantag.

Den engelska språkversionen av artikel 72.1 b) ii) i LOU-direktivet (2014/24/EU) talar om "substantial duplication of costs" och detta begrepp används även i den engelska versionen av standardformulär 20. Detta ska jämföras med den svenska versionen av standardformuläret som talar om "fördubbling". Ordvalet talar för att det ska vara fråga om en mycket omfattande ökning. Så är inte fallet i föreliggande situation.

En upphandlingsskadeavgift om 3 200 000 kronor är en proportionerlig och avskräckande sanktion för den aktuella överträdelsen.

Askersunds kommun anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Kommunen har inte gjort en otillåten direktupphandling och ska därför inte betala någon upphandlingsskadeavgift. Om kammarrätten skulle anse att kommunen har gjort en otillåten direktupphandling ska upphandlingsskadeavgiften efterges eller i andra hand sättas ned till ett skäligt belopp.

Det är ostridigt att den kompletterande beställningen var nödvändig. Vidare synes det vara ostridigt att beställningen inte medförde att kontraktets värde ökade med mer än 50 procent.

Även andra tekniska skäl än de som fördes fram i förvaltningsrätten bör anföras. Dessa skäl har betydelse även för bedömningen av de ekonomiska skälen vid leverantörsbyte.

I samband med ny-, till- och ombyggnaden av Närlundaskolan uppgraderades ventilationsanläggningen med tillhörande styrsystem. Låssystemet byttes ut till ett helt nytt, och även belysningssystemet och brandlarmen uppgraderades. När det i februari 2021 blev aktuellt att uppföra en ny idrottshall, beaktades att dessa system och resultattavlorna i den nya hallen behövde vara tekniskt kompatibla med dem i den nyligen renoverade Närlundahallen och övriga delar av Närlundaskolan. Ett byte av leverantör hade medfört att systemen och annan teknisk utrustning inte längre skulle vara kompatibla mellan de två idrottshallarna och skolan i övrigt. Detta hade inneburit merkostnader i form av krav på utbildning av driftpersonal i flera olika system, behov av dubbel reservdelshantering och parallella serviceavtal. Dessa tekniska skäl är tydligt sådana som avses i 17 kap. 11 § 2 LOU.

Vidare skulle även inredning och tekniska installationer ha behövt samordnas med det befintliga beståndet för att säkerställa funktionalitet och minimera framtida driftstörningar. Om olika leverantörer hade ansvarat för

olika delar av styrsystemen hade risken för inkompatibilitet, felkopplingar och svårigheter vid drift och underhåll ökat avsevärt. Att upphandla dessa system separat skulle ha varit både tekniskt komplicerat och svårt att kravställa på ett effektivt sätt, vilket ytterligare hade drivit upp kostnaderna och ökat risken för framtida tilläggsarbeten.

Dessutom hade en ny upphandling sannolikt förutsatt att en utförande-entreprenad upphandlades i stället för en totalentreprenad med partnering, vilket i sig skulle ha varit förenat med betydande administrativa och ekonomiska bördor. Förfarandet hade också tagit avsevärt längre tid, vilket omorganisationen inte hade råd med då barn och personal skulle ha drabbats.

De justerade merkostnaderna för ett eventuellt leverantörsbyte är som följer:

- Kommunen skulle ha behövt ta fram underlag för att upphandla en konsult som skulle kunna genomföra en projektering av den nya idrottshallen. Denna konsult skulle ha behövts för att säkerställa att den nya idrottshallen anpassades till de befintliga förutsättningarna. Merkostnaden för att upphandla en konsult för projektering uppskattas till cirka 500 000 kronor, exklusive mervärdesskatt, och arbetet skulle ha tagit cirka 4–6 månader.
- Projekteringen av idrottshallen med nödvändiga anpassningar till den befintliga entreprenaden skulle förmodligen ha inneburit en merkostnad på cirka 1 500 000 kronor, exklusive mervärdesskatt. Det bör här påpekas att den hall som uppfördes genom NCC och den kompletterande beställningen var en färdigprojekterad hall, eftersom NCC tidigare hade byggt en liknande anläggning.
- Efter genomförd projektering skulle upphandlingen för byggnation av den nya idrottshallen ha kunnat påbörjas. Byggnationen skulle dock inte ha varit möjlig förrän tidigast i mars 2024, vilket skulle ha medfört ytterligare en

merkostnad om cirka 1 000 000 kronor, exklusive mervärdesskatt. Förskjutningen i tid skulle även ha medfört att kommunen behövt beakta indexförändringar, och byggkostnadsindexet skulle ha använts för att beräkna denna justering.

- Vid en ny upphandling skulle även kostnader för av- och nyetablering av entreprenad ha tillkommit, vilket uppskattades innebära en merkostnad om cirka 1 500 000 kronor, exklusive mervärdesskatt.

Sammantaget skulle en ny upphandling ha inneburit en merkostnad om cirka 4 500 000 kronor, exklusive mervärdesskatt. Dessa merkostnader utgör sådana omkostnader som avses med begreppet betydligt större omkostnader. Ett leverantörsbyte skulle ha medfört betydligt större omkostnader och alltså förelåg hinder att byta leverantör av ekonomiska skäl.

Konkurrensverket har anfört att det index som kommunen åberopat inte bör beaktas, eftersom utvecklingen inte var känd vid beslutstidpunkten. Kommunen vidhåller att byggkostnadsindex är relevanta, eftersom dessa hade använts vid en ny upphandling, särskilt med hänsyn till projektets tidshorisont.

Indexklausuler är branschstandard för att hantera risk mellan parterna, vilket också bekräftas i rättsliga källor. Utan en indexklausul finns risk att giltiga anbud uteblir eller att prissättningen blir osäker. Kommunens val att tillämpa index från första kvartalet 2021 är korrekt, eftersom upphandlingsprocessen skulle ha startat då. Den reviderade indexberäkningen visar en kostnadsökning om 29 procent (20 procent från 2021 till 2022 och ytterligare 9 procent till 2024).

Rättsläget är vidare oklart, vilket utgör en förmildrande omständighet.

Konkurrensverket har i yttrande anfört följande.

De kompatibilitetssvårigheter som kommunen gör gällande verkar bygga på att NCC skulle ha haft någon form av ensamrätt till de aktuella systemen. Detta saknas det stöd för.

Kommunen har justerat merkostnaderna för leverantörsbyte, men har inte angett något stöd för de uppgivna kostnaderna. Eftersom kommunen inte konkurrensutsatt anskaffningen kan kommunen inte heller veta om en annan leverantör hade haft en färdigprojekterad idrottshall på samma sätt som NCC påstås ha haft. Kommunen har inte heller kunnat förklara varför en upphandling hade krävt en annan entreprenadform förenad med tillkommande kostnader.

Om kammarrätten anser att en indexeringskostnad ska beaktas ska bedömningen göras från den tidpunkt då idrottshallen upphandlades, dvs. från oktober 2022. Det är först vid denna tidpunkt som kostnader för en fördröjning av arbetena skulle kunna bedömas. Detta innebär, utifrån de uppgifter som kommunen har lämnat in, en ökning på maximalt nio procent. En sådan ökning kan inte anses utgöra betydligt större omkostnader, och än mindre ekonomiska skäl.

Den yrkade avgiften är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Att det behövs vägledning i de i målet aktuella frågorna är inte detsamma som att rättsläget är oklart.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Förutsättningar för prövningen

Kommunen har i kammarrätten åberopat nya exempel på tekniska hinder och nya kostnader som inte tagits upp i målet hos förvaltningsrätten.

Kammarrätten bedömer att bestämmelsen i 20 kap. 5 c § LOU om preklusion för nya omständigheter i kammarrätten inte är tillämplig i mål om upphandlingsskadeavgift, varför domstolen är oförhindrad att beakta de nya omständigheterna.

Förutsättningar för upphandlingsskadeavgift

Det står klart att det avtal som ingicks den 3 oktober 2022 skulle ha annonserats om inte något undantag var tillämpligt. Kommunen har gjort gällande att avtalet ska anses vara en tillåten ändring av det avtal som tidigare hade ingåtts, eftersom tilläggsavtalet uppfyllde förutsättningarna för kompletterande beställning i 17 kap. 11 § LOU och även uppfyllde förutsättningarna i 17 kap. 12 § LOU för oförutsebara omständigheter.

Oförutsebara omständigheter, 17 kap. 12 § LOU

Kommunen har gjort gällande att det funnits skäl att ingå det nya avtalet på grund av oförutsedda händelser. Beträffande denna fråga gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten.

Kompletterande beställning, 17 kap. 11 § LOU

Det är ostridigt att värdet av kontraktet inte ökar med mer än 50 procent och att beställningen blivit nödvändig (första stycket 1.) Kammarrätten gör ingen annan bedömning än parterna i dessa delar. Vad sedan beträffar frågan om även förutsättningarna enligt första stycket 2 och 3 är uppfyllda gör kammarrätten följande överväganden.

I artikel 72.1.b i) i LOU-direktivet anges att tekniska och ekonomiska skäl kan utgöras av krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer som upphandlats vid den ursprungliga upphandlingen.

I förarbetena till bestämmelsen framgår följande (prop. 2015/16:195 s. 1129 f.). Av skäl 108 i LOU-direktivet framgår att en kompletterande beställning bör vara tillåten om ett leverantörsbyte skulle tvinga den upphandlande myndigheten att anskaffa materiel, byggentreprenader eller tjänster med andra tekniska egenskaper med åtföljande inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning eller underhåll. Sådana tekniska skäl som avses får även anses innebära betydande olägenheter enligt första stycket 3. Betydligt större omkostnader enligt första stycket 3 får även anses utgöra ett ekonomiskt skäl enligt första stycket 2. Vad som avses med betydligt större omkostnader framgår inte av LOU-direktivet. Enligt standardformuläret för annonsering om kompletterande beställningar ska dock den upphandlande myndigheten i annonsen beskriva bl.a. ”för-dubblingen av kostnaden vilken hindrar ett byte av uppdragstagare”, se standardformulär 20 enligt kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986.

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att de praktiska svårigheterna med att ha två entreprenader samtidigt och de svårigheter som en försenad entreprenad innebär inte är att anse som sådana tekniska skäl som avses med bestämmelsen.

I kammarrätten har kommunen lagt till ytterligare svårigheter i fråga om att få den nya entreprenaden att anpassas till de befintliga byggnadernas olika tekniska system. Kommunen har inte åberopat något underlag som visar att det bara är den befintliga leverantören som kan tillhandahålla de behövliga tekniska systemen och annan utrustning. Kommunen har vidare uppgett att det skulle innebära merkostnader i en ny upphandling att se till att den nya byggnaden anpassas till det befintliga. Detta talar för att den nya byggnaden rent tekniskt bör kunna anpassas till den gamla i en ny upphandling. Kommunen har därför inte visat att leverantören av tekniska skäl inte kan bytas.

Den aktuella direktivtexten ger snarast intryck av att det som avses med ekonomiska skäl är kostnader som uppstår på grund av krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer, dvs. när detta leder till så stora kostnader att leverantören inte kan bytas. Men enligt förarbetsuttalanden kan även betydligt större omkostnader enligt punkten 3 innebära att det anses finnas ekonomiska skäl att ett byte av leverantör inte kan ske.

Under alla förhållanden är det kammarrättens bedömning att utredningen enbart ger ett begränsat stöd för de merkostnader som kommunen har uppgett, och som inte har vitsordats av Konkurrensverket. Kommunen har därför inte visat att ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för kommunen.

Kammarrätten bedömer således att kommunen inte visat att någon av de förutsättningar som anges i punkten 2 eller 3 i 17 kap. 11 § LOU är uppfyllda. Den aktuella upphandlingen borde därför ha annonserats. Eftersom kommunen inte gjorde det finns det skäl att påföra en upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek och frågan om eftergift

Kammarrätten bedömer att det yrkade beloppet om 3 200 000 kronor är skäligt, då det är fråga om en otillåten direktupphandling vilket har ett högt sanktionsvärde. Det finns inte några förmildrande omständigheter som bör leda till en lägre avgift. Rättsläget är inte så oklart att detta bör inverka på beloppet.

Det har inte framkommit några synnerliga skäl som talar för eftergift av avgiften.

Sammanfattningsvis gör kammarrätten således bedömningen att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift om 3 200 000 kronor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (KR-01).

I avgörandet har deltagit kammarrättslagmannen Johan Sanner (ordförande), kammarrättsrådet Sonja Huldén (referent) och tf. kammarrättsassessorn Johan Törvik.

Föredragande har varit föredragande juristen Jennie Wenneberg.