



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I KARLSTAD**

Enhet 2

**DOM**  
2025-02-19  
Meddelad i Karlstad

Mål nr  
4313-23

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

**MOTPART**

Askersunds kommun

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

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

**KONKURRENSVERKETS ANSÖKAN**

*Konkurrensverket* yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Askersunds kommun ska betala 3 200 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Som grund för ansökan anges sammanfattningsvis följande.

Kommunen har brutit mot 19 kap. 6 § LOU genom att den 3 oktober 2022 ingå ett avtal om uppförande av idrottshall med NCC Sverige AB (leverantören) utan föregående annonsering. Eftersom det saknats förutsättningar att ingå avtal utan föregående annonsering utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Kommunen beslutade 2019 att renovera, och genomföra tillbyggnad på, en av kommunens skolor, Närlundaskolan. För att tillgodose behovet av aktuella arbeten genomförde kommunen en annonserad upphandling av ett byggtreprenadkontrakt för ny-, till- och ombyggnation av skolbyggnader. Det totala värdet av upphandlingen uppgår enligt kommunen till cirka 230 000 000 kr exklusive mervärdesskatt. Upphandlingen utmynnade i att kommunen ingick avtal (Avtal 1) med leverantören den 21 december 2020 om ny-, till- och ombyggnation av Närlundaskolan. I början av 2021 beslutade kommunen om en ny skolorganisation. Enligt kommunen medförde beslutet att det uppstod behov av att bygga en ny idrottshall i anslutning till skolan. Kommunen ingick därför ett avtal om nybyggnation av en idrottshall med leverantören den 3 oktober 2022 (Avtal 2) utan föregående annonsering. Kommunen har uppskattat värdet av Avtal 2 till 43 500 000 kr exklusive mervärdesskatt. Värdet understiger därmed tillämpligt tröskelvärde, men överstiger direktupphandlingsgränsen. Avtal 2 skulle således ha föregåtts av en annonserad upphandling enligt de icke-direktivstyrda bestämmelserna i LOU, förutsatt att lagens bestämmelser om ändring av avtal eller undantag från annonseringskyldighet inte har kunnat tillämpas.

Under utredningen har kommunen hänvisat till att Avtal 2 har kunnat ingås utan föregående annonsering med stöd av bestämmelserna om kompletterande beställningar i 17 kap. 11 § LOU samt oförutsebara omständigheter i 17 kap. 12 § LOU. De omständigheter som kommunen lagt till grund för tillämpningen av 17 kap. 11 § LOU är inte av sådan teknisk karaktär som bestämmelsen förutsätter. Det har inte varit tekniskt omöjligt för en annan leverantör att uppföra idrottshallen. Det har i stället av andra skäl inte varit lämpligt eller möjligt att ha flera leverantörer arbetandes på området samtidigt.

Ekonomiska skäl som medför att byte av leverantör inte är möjligt kan vara att det medför betydligt större omkostnader. För att rekvisitet ska vara uppfyllt krävs emellertid att ett leverantörsbyte medför kostnader utöver förväntade kostnader, såsom administrativa kostnader för genomförandet av en upphandling och uppstartskostnader. En motsatt tolkning skulle innebära att rekvisitet i princip alltid är uppfyllt. Kommunen har preciserat de förväntade kostnaderna för genomförandet av en ny upphandling och en merkostnad till följd av att byggstarten skulle ha förskjutits med en åtföljande indexjustering. Den antagna merkostnaden mot bakgrund av indexeringen är dock inte av sådan storleksordning, sett till värdet av Avtal 2, att den kan ses som betydande. 17 kap. 11 § LOU har därmed inte kunnat tillämpas för att ingå Avtal 2 utan föregående annonsering.

Det har inte heller förelegat förutsättningar att tillämpa bestämmelsen om oförutsebara omständigheter i 17 kap. 12 § LOU. En sådan omständighet ska bero på en yttre omständighet och inte på den upphandlande myndighetens eget agerande. I det aktuella fallet har behovet av ändring uppstått till följd av att kommunen fattat ett beslut som medfört behov av att bygga en ny idrottshall. Omständigheten som föranlett behovet måste anses ha varit förutsägbar för kommunen. Det har därmed inte heller varit möjligt att med stöd av denna bestämmelse ingå Avtal 2 utan föregående annonserad upphandling.

Sanktionsvärdet för otillåtna direktupphandlingar är som regel högt. Det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges. Det föreligger inte några förmildrande eller försvårande omständigheter som bör inverka på sanktionsavgiftens storlek. Konkurrensverket bedömer därför att 3 200 000 kr utgör en proportionerlig sanktion för den otillåtna direktupphandlingen.

#### **PARTERNAS TALAN**

*Kommunen* motsätter sig bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Den 21 december 2020 ingick kommunen avtal med NCC angående ny-, till- och ombyggnation av Närlundaskolan (Avtal 1). Genom avtalet skulle även den dåvarande idrottshallen renoveras. I början av 2021 beslutade kommunen att skolorna i kommunen skulle omorganiseras, vilket innebar att mellanstadie-eleverna från två andra skolor skulle flyttas till Närlundaskolan. Det medförde att elevantalet utökades med drygt 100 elever och att den dåvarande idrottshallen inte räckte till för att täcka elevernas behov av adekvat idrottsundervisning. Det blev därför nödvändigt för kommunen att göra en kompletterande beställning enligt 17 kap. 11 § LOU. Beslutet om skolomorganisation var en sådan oförutsebar omständighet för kommunen att den med stöd av 17 kap. 12 § LOU kunde ändra Avtal 1 utan en ny upphandling. Kommunen gjorde därför en kompletterande beställning med den redan etablerade entreprenaden NCC och ändrade avtalet genom att leverantören nu även skulle bygga en ny idrottshall.

Kommunen uppfyllde samtliga kriterier i 17 kap. 11 § LOU vid ingåendet av Avtal 2. Värdet av avtalet översteg inte 50 procent av värdet på Avtal 1 och det blev efter kommunens beslut om skolomorganisation nödvändigt för kommunen att göra den kompletterande beställningen. Om en ny upphandling hade genomförts skulle kommunen haft merkostnader för projekteringsutgifter,

av- och nyetablering av ny entreprenad samt för upphandling av entreprenad om cirka 4 miljoner kr. Det saknas stöd i lagtext, förarbeten och praxis för att kostnaderna för genomförandet av en ny upphandling inte bör beaktas vid bedömningen. Om en ny idrottshall hade upphandlats skulle kommunen även behövt föra in en indexklausul i kontraktet, eftersom arbetet inte hade kunnat påbörjas förrän i mars 2024. Perioden juni 2022–juni 2023 utföll byggkostnadsindex med 16,3 %, vilket motsvarar en kostnadsökning på 7,1 miljoner kr. Det skulle även ha funnits indexering för perioden juni 2023–mars 2024. Om index under den perioden utfallit på samma sätt skulle det ha medfört kostnadsökningar om sammanlagt 18,2 miljoner kr för kommunen.

Det saknas stöd för Konkurrensverkets slutsats att kostnaderna ska behöva fördubblas vid en kompletterande beställning. Den språkliga diskrepansen mellan den svenska versionen av standardformulär 20 och art. 72.1.b.ii i direktiv 2014/24/EU bör beaktas eftersom den påverkar tolkningen av 17 kap. 11 § LOU. Svensk lagtext och direktivtext stadgar att det krävs ”betydligt större omkostnader”, inte en fördubbling av kostnader. Kommunens merkostnader om 18,2 miljoner kr uppfyller kravet på betydligt större omkostnader.

Det har varit tekniskt omöjligt för kommunen att byta leverantör eftersom två entreprenader inte kunde etablera sig samtidigt på platsen där idrottshallen skulle byggas. Det fanns endast en infart till det aktuella området och var mycket trångt i området. Folk som bodde i närheten, skolbarnen och entreprenören fick dela på vägen till och från skolan. Att etablera en ny entreprenad på området skulle ha riskerat såväl den allmänna säkerheten som säkerheten för skolbarnen. Kontrollansvarig har lämnat ett utlåtande som styrker att två entreprenader inte hade kunnat vara verksamma på platsen samtidigt. Kommunen hade därmed blivit tvungen att vänta till mars 2024 för byggstart av hallen. Det har därför förelegat tekniska skäl att inte byta leverantör.

Kommunen har även uppfyllt kriterierna i 17 kap. 12 § LOU vid ingåendet av Avtal 2. Oförutsebara omständigheter bör inte enbart avse yttre omständigheter. Hos en kommun behöver den partipolitiska sammansättningen och styrningen beaktas. Kommunen hade inte kunnat förutse beslutet om skolomorganisation då det inte finns någon styrande majoritet i kommunen. Utredningen om omorganisation påbörjades i augusti 2020, endast tre månader innan upphandlingen för Avtal 1 annonserades. Utredningen resulterade i fem förslag på skolomorganisation, som samtliga var på återremiss till den 30 november 2020, dvs. knappt en månad innan Avtal 1 ingicks. Efter återremissen slogs förslagen ihop till en kompromisslösning, som sedermera antogs. På grund av den politiska situationen i kommunen var det svårt att förutse vilket alternativ som skulle antas. Vänsterpartiet anslöt sig till kompromissförslaget i sista stund. Om partiet inte gjort det hade beslutet om skolomorganisation inte fattats och behovet av en kompletterande beställning av ny idrottshall inte uppstått. Beslutet om skolomorganisation kunde därmed inte förutses när beslutet om upphandling av ny-, till- och ombyggnation av Närlundaskolan fattades. Kommunen har inte brustit i sin förberedelse inför upphandlingen av Avtal 1. När avtalet upphandlades ansågs renoveringen av Närlundahallen täcka både nuvarande och framtida behov av adekvat idrottsundervisning på skolan. Det var först efter beslutet om skolomorganisation som det upptäcktes att ytterligare en idrottshall skulle behövas. Vid ingåendet av Avtal 2 förelåg det därför sådana oförutsebara omständigheter som avses i 17 kap. 12 § LOU.

Eftersom kommunen inte gjort en otillåten direktupphandling ska den inte betala en upphandlingsskadeavgift. Avgiften ska i annat fall efterges eftersom det handlar om en idrottshall och det ska ses som ett ringa fall. Kommunen behövde bygga en idrottshall relativt snabbt för att inte hamna i konflikt med skollagen. Genom att tilldela NCC kontraktet skulle idrottshallen bli klar i tid, utan olägenheter för eleverna och störningstiden för de boende i området minskas. Kontraktet med NCC var begränsat till upprättandet av idrottshallen och tidsramen för färdigställande var ungefär ett år. Att det inte var en lång

tidsperiod påverkar bedömningen att det är ett ringa fall. Idrottshallen utgör även en allmännyttighet som kommunen var tvungen att skaffa.

Att rättsläget är oklart då det föreligger språkmässiga skillnader mellan standardformulär 20, sektion VII 2.2. första punkten och artikel 72.1.b. ii) i direktiv 2014/24/EU samt 17 kap. 11 § första stycket 3 LOU som leder till tolkningssvårigheter bör ses som en förmildrande omständighet som påverkar avgiftens storlek. Det är vidare oklart vilka kostnader som enligt standardformuläret ska fördubblas. Även andra olägenheter, som påverkan på boende i närheten av entreprenadområdet och att kommunen försökte agera i enlighet med skollagen, måste beaktas vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Den yrkade avgiften är inte proportionerlig och bör sättas ned till ett skäligt värde.

*Konkurrensverket* vidhåller sin ansökan och har tillagt bland annat följande.

Det föreligger inte sådana tekniska eller ekonomiska skäl som krävs för tillämpning av 17 kap. 11 § LOU. Kommunens förväntade kostnader för genomförandet av en ny upphandling ska inte beaktas vid bedömningen. Sådana kostnader kan alltid förväntas uppstå i samband med byte av leverantör och utgör inte sådana merkostnader som förutsätts. I relation till värdet av Avtal 2 om 43,5 miljoner kr kan en hypotetisk kostnadsökning om 14,2 miljoner (18,2-4 avseende kostnader för projektering m.m.) inte betraktas som betydande. Det kan inte ens vitsordas att indexeringskostnaden för den senare perioden uppgått till antaget belopp. Även om direktiv 2014/24/EU och förarbetena inte anger vad som avses med begreppet ”betydande” hänvisas i förarbetena till standardformulär 20 enligt kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 där den upphandlande myndigheten bl.a. ska beskriva ”fördubblingen av kostnaden vilken förhindrar ett byte av uppdragstagare”. Att den engelska versionen av direktivtexten respektive standardformuläret använder begreppet ”duplication”, dvs. ”fördubbling”, talar för att det är en

kostnadsökning av sådan volym som avsetts av unionslagstiftaren. Oavsett om merkostnaderna ska bedömas i relation till en fördubbling av kostnader eller till betydligt större omkostnader är de hävdade merkostnaderna inte av sådan storleksordning att det finns ekonomiska skäl för en ändring. Detta gäller även om kostnaderna för genomförandet av en ny upphandling om 4 miljoner kr medräknats. Det är således inte fråga om sådana betydligt större omkostnader som förutsätts enligt 17 kap. 11 § LOU.

Gällande tillämpningen av 17 kap. 12 § LOU har det inte varit fråga om sådana yttre förhållanden som krävs. Utredningen om ändrad skolorganisation inleddes innan den ursprungliga upphandlingen annonserades. Det kan således inte ha varit främmande för kommunen att behovet av idrottshall skulle kunna komma att förändras. Det har därmed funnits anledning att ta höjd för detta i den annonserade upphandlingen (t.ex. genom en option eller ändringsklausul).

Det saknas synnerliga skäl att efterge avgiften och av omständigheterna i målet framgår att det inte är ett ringa fall. Det som anskaffas av upphandlande myndigheter är ofta allmännyttigt och av nödvändig karaktär. Det kan inte ha varit lagstiftarens avsikt att eftergift ska meddelas eller avgiften ska underlåtas i alla situationer då det rör sig om en nödvändig anskaffning. Det saknas för- mildrande omständigheter. Det följer av principen om restriktiv tillämpning att det krävs mycket speciella omständigheter för att en ny upphandling ska kunna underlåtas. Avtalstidens längd kan inte ses som förmildrande och det kan ifrågasättas om den aktuella avtalstiden är kort.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Enligt 21 kap. 1 § 3 och 2 § LOU, i för målet tillämplig lydelse, får allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av tillsynsmyndigheten, besluta att en



upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 6 §.

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.

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska, enligt 21 kap. 5 § LOU, särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

En kompletterande beställning av varor, tjänster eller byggentreprenader får, enligt 17 kap. 11 § LOU, 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 1) beställningen har blivit nödvändig, 2) leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas och 3) ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.

I skäl 108 till LOU-direktivet (2014/24/EU) anges att de upphandlande myndigheterna kan ställas inför situationer där kompletterande byggentreprenader, varor eller tjänster behövs och att en ändring av det ursprungliga kontraktet i sådana fall kan vara motiverad utan ett nytt upphandlingsförfarande, i synnerhet om de kompletterande leveranserna syftar antingen till att delvis ersätta eller till att utöka befintliga tjänster, varor eller anläggningar, i de fall ett byte av leverantör skulle tvinga den upphandlande myndigheten att anskaffa materiel, byggentreprenader eller tjänster med andra tekniska egenskaper med åtföljande inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll.

Enligt 17 kap. 12 § LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal 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 kontrakt eller 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.

I skäl 109 till LOU-direktivet anges att den upphandlande myndigheten kan ställas inför yttre omständigheter som den inte hade kunnat förutse när den tilldelade kontraktet, särskilt när ett fullgörande sker under en längre tidsperiod och att det i sådana fall behövs en viss flexibilitet för att kontraktet ska kunna anpassas till dessa omständigheter utan ett nytt upphandlingsförfarande. Vidare anges att begreppet oförutsebara omständigheter avser omständigheter som inte hade kunnat förutses trots att den upphandlande myndigheten visat skälig omsorg i förberedelserna av den ursprungliga kontraktstilldelningen med hänsyn till tillgängliga medel, det berörda projektets beskaffenhet och egenskaper, god praxis på det berörda området samt behovet av att säkerställa ett lämpligt förhållande mellan de resurser som ägnas åt att förbereda kontraktstilldelningen och dess förutsebara värde.

Undantag från att annonsera ska tolkas restriktivt och det är som utgångspunkt den upphandlande myndigheten som måste visa att alla villkor i undantagsbestämmelsen är uppfyllda (HFD 2017 ref. 66). Det är emellertid Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift. I kammarrättspraxis har angetts att en upphandlande myndighet som invänder mot Konkurrensverkets ansökan genom att hävda att ett visst undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpligt inte kan 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. Det bör då, med hänsyn

till svårigheterna att visa att ett undantag inte är tillämpligt, vara tillräckligt att verket gör sannolikt att myndighetens invändning inte ska godtas (se Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20).

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Frågan i målet är om det finns skäl att besluta om upphandlingsskadeavgift på grund av att kommunen genom att ingå Avtal 2 har genomfört en otillåten direktupphandling.

Konkurrensverket har anfört att kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling genom att inte upphandla nybyggnation av en idrottshall (Avtal 2) utan istället göra en ändring av det befintliga kontrakt som funnits (Avtal 1). Kommunen har gjort gällande att Avtal 2 utgör en tillåten kompletterande beställning till Avtal 1 enligt 17 kap. 11 § LOU samt att ändring av avtalet varit tillåten enligt 17 kap. 12 § LOU.

#### Ändring av ingånget kontrakt utan ny upphandling enligt 17 kap. 12 § LOU

Det ursprungliga avtalet om ny-, till- och ombyggnation av Närlundaskolan tecknades den 21 december 2020. Den 15 februari 2021 fattade kommunfullmäktige beslut om skolomorganisation i kommunen, vilket fick till följd att bedömning gjordes att istället för att renovera skolans idrottshall, skulle en ny byggas.

Av protokoll från Kommunstyrelsen i Askersunds kommuns sammanträde den 3 november 2020 (§ 236 Fördjupad utredning kring kommunens skolorganisation) samt Kommunfullmäktige i Askersunds kommuns sammanträde den 15 februari 2021 (§ 9 – Skolorganisation i Askersunds kommun) framgår att utredningen av huruvida skolorna i kommunen skulle omorganiseras påbörjades i augusti 2020, efter att barn- och utbildningsförvaltningen tagit fram

ett utredningsförslag med fem olika alternativ för en framtida skolorganisation. I ärendebeskrivningen anges att samtliga förvaltningar till kommunens budgetdagar i mars 2020 fick möjlighet att föreslå utredningsuppdrag med fokus på effektiviseringar. Förslagen på skolomorganisation återremitterades från fullmäktige till styrelsen med ett nytt förslag på skolomorganisation den 30 november 2020, vilket var knappt en månad innan Avtal 1 ingicks. I återremissen angavs att eftersom det rörde sig om ett nytt förslag behövde en redogörelse för effekterna förslaget får på bl.a. lokalutnyttjande göras samt en genomförandeplan tas fram. Kommunfullmäktige beslutade sedan den 15 februari 2021 om skolomorganisation innebärande, enligt kommunen, bl.a. att Närlundaskolans elevantal utökades med 100 elever och att den sedan tidigare beslutade idrottshallens renovering inte bedömdes räcka till som en effekt av detta, utan att en ny behövde byggas.

Eftersom det kommunala beslutsfattandet styrs av den beslutande församlingen i kommunfullmäktige och dess förtroendevalda ledamöter har förvaltningsrätten viss förståelse för att en kommun, i egenskap av upphandlande myndighet, i vissa fall kan ha svårt att förutse vilket utfall beslutsfattandet i kommunen ska få. Det är vidare inte otänkbart att det skulle kunna uppstå situationer där kommunen inte rimligen kunnat förutse ett visst behov av att exempelvis uppföra en ny skola eller därtill hörande byggnader. Ett sådant behov kan t.ex. uppstå till följd av ett plötsligt ökat barnunderlag som inte kunnat förutses och som skulle kunna vara en sådan yttre omständighet som medför att ett redan ingånget kontrakt behöver anpassas till nya förhållanden. I nu aktuellt fall synes omorganisationen dock främst vara föranledd av ett behov av effektivisering av skolorganisationen i kommunen snarare än av sådana yttre förhållanden som har att göra med ett ökat eller minskat elevunderlag.

Eftersom utredningen av en skolomorganisation påbörjades i augusti 2020, innan upphandlingen av Avtal 1 annonserades, torde det vidare redan vid denna tidpunkt för kommunen ha funnits indikationer på att skolorna i kommunen

skulle kunna komma att beröras av en omorganisation. Trots detta har utredningen, såvitt framkommit, inte beaktats vid framtagandet av upphandlingen av Avtal 1, lika litet som den sedermera avslutade upphandlingen av Avtal 1 synes ha uppmärksammats i beslutsunderlaget inför beslutet om skolomorganisation, så att beslutsfattarna kunnat ta ställning till samtliga förslags praktiska och ekonomiska konsekvenser. Även om kommunen inte kunnat förutse exakt hur skolomorganisationen skulle komma att se ut på grund av den politiska sammansättningen i fullmäktige, bedömer förvaltningsrätten att kommunen har haft goda grunder att anta att en omorganisation av skolan, med ett förändrat behov av lokaler för skolverksamheten, skulle kunna bli resultatet av den påbörjade utredningen.

Även med beaktande av vad kommunen har anfört bedömer förvaltningsrätten därför att behovet av en ny idrottshall enligt Avtal 2 har uppstått till följd av kommunens eget beslut om skolomorganisation och inte till följd av en sådan omständighet som kommunen inte hade kunnat, eller borde kunnat, förutse. Förvaltningsrätten bedömer därför att Konkurrensverket har gjort sannolikt att förutsättningarna för ändring av kontrakt utan ny upphandling enligt 17 kap. 12 § LOU inte varit uppfyllda.

#### Kompletterande beställning enligt 17 kap. 11 § LOU

För att kunna göra en kompletterande beställning utan att genomföra en ny upphandling krävs att beställningen blivit nödvändig, att leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kunnat bytas ut och att ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att en kompletterande beställning av nybyggnad av idrottshall blivit nödvändig efter kommunens beslut om skolomorganisation.

Kommunen har vidare gjort gällande att det inte varit tekniskt möjligt för två entreprenader att samtidigt verka på platsen där idrottshallen skulle byggas, bland annat eftersom det endast funnits en infart till området.

I förarbetena (prop. 2015/16:195 s. 1129) anges att tekniska skäl kan avse att ett leverantörsbyte inte kan göras på grund av krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer. Vidare anges i skäl 108 till direktivet att en kompletterande beställning kan vara motiverad om ett byte av en leverantör skulle tvinga den upphandlande myndigheten att anskaffa byggentreprenader med andra tekniska egenskaper med åtföljande inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll.

Enligt förvaltningsrättens bedömning tar undantaget på grund av tekniska skäl främst sikte på att en tidigare upphandlad tjänst inte är tekniskt kompatibel vid användning med en annan leverantörs tjänst och inte, som i nu aktuellt fall, på vad som kan bedömas vara praktiskt genomförbart. Även med beaktande av vad kommunen har anfört bedömer förvaltningsrätten att det inte kan anses föreligga sådana tekniska skäl som motiverar en kompletterande beställning utan genomförandet av en ny upphandling.

Kommunen har även gjort gällande att leverantören av ekonomiska skäl inte kunnat bytas ut och att ett byte skulle medföra betydligt större omkostnader för kommunen.

Bestämmelsen i 17 kap. 11 § LOU genomför artikel 72.1. första stycket b) i LOU-direktivet. I artikel 72.1.b ii) om ändring av kontrakt under löptiden, anges att kontrakt får ändras utan nytt upphandlingsförfarande, bl.a. för kompletterande byggentreprenader som har blivit nödvändiga, i de fall ett byte av entreprenör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande enheten.

Varken av förarbetena eller LOU-direktivet framgår vad som avses med betydligt större omkostnader. Det förhållandet att det i ett standardformulär, som tagits fram för annonsering av kompletterande beställningar, anges att den upphandlande myndigheten ska beskriva fördubblingen av kostnaden, vilken förhindrar ett byte av uppdragstagare, medför inte med automatik att det krävs att en omkostnad ska dubbleras för att kunna vara betydligt större. Det ska härvid konstateras, utöver att formuläret inte utgör förarbeten i dess egentliga bemärkelse, att det i den engelska språkversionen, vilken synes ligga till grund för utformningen av aktuellt standardformulär, anges att ett byte av entreprenör ska medföra ”substantial duplication of costs” för den upphandlande myndigheten. Uttrycket ”substantial duplication” måste enligt förvaltningsrättens bedömning förstås i sitt språkliga sammanhang och torde inte endast avse en fördubbling av kostnader, utan snarare ”betydande/väsentliga ökade kostnader”, vilket stämmer överens med den svenska språkversionens uttryck ”betydligt större omkostnader”.

Mot denna bakgrund konstaterar förvaltningsrätten att det varken i lagtext och förarbeten klarlagts vad som krävs för att ett byte av en leverantör ska anses medföra betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.

Enligt förvaltningsrättens mening ligger det i sakens natur att ett byte av leverantör generellt kan medföra vissa merkostnader, t.ex. för genomförandet av en ny upphandling. Av lagtext och praxis framgår inte att sådana kostnader inte kan beaktas vid bedömningen av en upphandlande myndighets merkostnader. För att den upphandlande myndighetens omkostnader ska anses vara betydande och kunna motivera en kompletterande beställning med stöd av bestämmelsen torde emellertid krävas att kostnaderna överstiger sådana kostnader som generellt kan förväntas uppstå vid ett leverantörsbyte.

Värdet av Avtal 2 har uppskattats till 43,5 miljoner kr och kommunen har uppskattat sina merkostnader för byte av en leverantör till 18,2 miljoner kr. I

dessa ingår kostnad för genomförande av ny upphandling (4 miljoner kr) samt en beräknad indexering, baserad på byggkostnadsindex, som enligt kommunen blivit nödvändig mot bakgrund av att en entreprenad till inte har kunnat verka på området samtidigt som tidigare entreprenad. Konkurrensverket har inte närmare bemött kommunens beräkning av merkostnaden baserat på indexeringen, mer än att denna inte kan vitsordas. Även om kommunens beräknade kostnader för att genomföra en ny upphandling inte räknas med vid bedömningen av ”betydligt större omkostnader”, uppgår de av kommunen uppskattade omkostnaderna till nästan en tredjedel av värdet av Avtal 2. Mot denna bakgrund, och då det varken av lagtext eller förarbeten närmare framgår vad som avses med ”betydligt större omkostnader”, bedömer förvaltningsrätten att kommunens merkostnader har varit av sådan storlek att kommunen har haft skäl att utgå ifrån att förutsättningarna för att göra en kompletterande beställning till den redan anlitate entreprenaden varit uppfyllda. Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att Konkurrensverket inte har gjort sannolikt att förutsättningarna för kompletterande beställning utan ny upphandling enligt 17 kap. 11 § LOU inte varit uppfyllda. Det är därmed inte heller visat i tillräcklig grad att kommunen genomfört en otillåten direktupphandling.

Ansökan om upphandlingsskadeavgift ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Carina Ludvigsson

Rådman

Föredragande i målet har varit Sanna Gård.