

Förvaltningsrätten i Jönköping
Box 2201
550 02 Jönköping

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Eksjö Energi AB, 556005-3950, c/o EKSJÖ KOMMUN, 575 80 Eksjö

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LUF beslutar att Eksjö Energi AB ska betala 220 000 (tvåhundraåtjugotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Eksjö Energi AB (EE) har brutit mot 19 kap. 9 § LUF genom att den 29 juli 2020 ingå avtal om revision av avfallspanna (Avtalet) med leverantören VODA A/S (VODA) utan föregående annonsering. Avtalet har ingåtts genom att EE i ett e-postmeddelande har lämnat accept (bilaga 1) på ett anbud som VODA hade lämnat (bilaga 2). Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

Den upphandlande myndigheten och tillämplig lagstiftning

2. EE är ett av Eksjö Stadshus AB helägt dotterbolag. Eksjö Stadshus AB ägs i sin tur till 100 procent av Eksjö kommun. EE:s verksamhet består i att bedriva energiverksamhet och annan därtill anknuten verksamhet, såsom handel

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Ringvägen 100
Telefon 08-700 16 00
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se

med energi, energiproduktion, renhållning och avfallsåtervinning, vatten och avlopp, biogas, infrastruktur för elektronisk kommunikation, tjänster och entreprenader, samt i härför erforderlig omfattning anskaffa, äga och förvalta anläggningar och fastigheter, samt äga aktier och andelar i företag inom energisektorn. EE är ett offentligt styrt organ enligt 1 kap. 17 § LUF och därmed en upphandlande enhet. Bolaget omfattas därför av upphandlingslagstiftningen och Konkurrensverkets tillsyn.

Anmälan

3. EE skickade den 31 juli 2020 en skrivelse (självanmälan) till Konkurrensverket i vilken bolaget uppgav att det anmäler att det genom styrelsebeslut den 29 juli 2020 bryter mot Förvaltningsrätten i Jönköpings föreläggande i mål nr 2742-20. Av självanmälan framgick att EE hade ingått avtal under pågående handläggning i domstol.

Händelseförloppet

4. Under våren och sommaren 2020 genomförde EE ett upphandlingsförfarande för tilldelning av kontrakt för revision av avfallspanna. Upphandlingen rubricerades som ett förenklat förfarande enligt LUF. Det saknas ett skriftligt beslut om att inleda upphandling. Ett verksamhetsbeslut togs vid projektstart. EE uppskattade värdet på de arbeten som skulle utföras till totalt 1 200 000 – 2 500 000 kronor inför upphandlingen.
5. Den 21 februari 2020 skickade EE ut anbudsinvjudan och övriga upphandlingsdokument till de tre leverantörerna VODA, Babcock & Wilcox Völund AB och Saltängens Mekaniska Verkstad AB (bilaga 3). EE annonserade inte upphandlingen genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller på annat sätt. Upphandlingen omfattade normala revisionsarbeten, byte eller skifte av vissa delar och reparation eller lagning av vissa delar enligt specifikationer i upphandlingsdokumenten. Upphandlingen omfattade också övriga arbeten som uppkommer vid inspektion samt beställning, leverans och montering av reservdelar under revisionsperioden.
6. Vid utgången av tidsfristen för att lämna anbud, den 27 mars 2020, hade anbud inkommit från de tre tillfrågade leverantörerna. Den 6 maj 2020, efter genomförd utvärdering, beslutade EE att anta VODA som entreprenör för revisionen av avfallspannan (bilaga 4).
7. Den 12 maj 2020 inkom en ansökan om överprövning av upphandlingen till Förvaltningsrätten i Jönköping. Under handläggningen i domstol fördes en diskussion hos EE om när VODA måste få besked om genomförande eller ej av avtalet med hänsyn till sin egen planering. Den 6 juli 2020 kontaktade EE Förvaltningsrätten i Jönköping per e-post och ställde frågan om det fanns möjlighet till förhandsbesked, då revisionsarbetet bedömdes behöva

genomföras under den varma delen av året. Dagen därpå blev EE vid telefonsamtal med förvaltningsrätten informerat om att något förhandsbesked inte kan lämnas och att förhoppningen från domstolens sida var att målet skulle avgöras i augusti 2020.

8. Den 29 juli 2020 vid ett extrainsatt styrelsemöte beslutade EE:s styrelse att inte invänta förvaltningsrättens utlåtande, med motiveringen att en försenad revision av avfallspannan bedömdes medföra stora risker avseende leveranser senare under året (se bilaga 5). Samma dag meddelade EE VODA att det är beslutat att revisionen ska utföras som planerat, trots att EE inte fått något beslut från förvaltningsrätten.
9. EE informerade inte Förvaltningsrätten i Jönköping om att avtal ingåtts eller att det arbete som omfattades av den överprovade upphandlingen hade påbörjats och senare avslutats. Den 31 augusti 2020 avslog Förvaltningsrätten i Jönköping ansökan om överprövning av upphandlingen.¹ Eftersom domstolen inte informerats om att avtal ingåtts i upphandlingen prövades ansökan om överprövning av upphandlingen i sak.

Vad EE har anfört som skäl för beslutet att ingå avtal under pågående överprövning

10. EE har under utredningen redogjort för de omständigheter som låg till grund för EE:s beslut att ingå avtal under pågående överprövning. EE har då uppgett sammanfattningsvis följande. Det var för EE en ny situation med en överprovad upphandling och en avtalsspärr som innebar att den planerade revisionen av avfallspannan inte skulle kunna genomföras. När EE inte fick förhandsbesked från förvaltningsrätten i fråga om överprövningen fattades beslutet om att fullfölja revisionen med den tilldelade entreprenören trots gällande avtalsspärr. Skälet för det är att den aktuella avfallspannan står för 75 procent av fjärrvärmeproduktionen och att det saknas reservkapacitet för att fullt ut kompensera den produktionen samt att revisionen måste genomföras under sommarperioden för att kunna garantera fjärrvärmeleveranserna under höst och vinter.

Avtalet mellan EE och VODA utgör en otillåten direktupphandling

11. EE slöt avtal med VODA under pågående överprövning. Då domstol inte har meddelat ett sådant avgörande som avses i 21 kap. 1 § 1 LUF har Konkurrensverket bedömt att det saknas förutsättningar att ansöka om upphandlingsskadeavgift på den grunden. Avtalet utgör dock en otillåten direktupphandling, vilket utgör grunden för denna ansökan om upphandlingsskadeavgift.

¹ Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 31 augusti 2020 i mål nr 2742-20.

Det är fråga om ett byggentreprenadkontrakt

12. Med tjänstekontrakt avses ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än de som avses i 1 kap. 8 § LUF, dvs. byggentreprenadkontrakt (se 1 kap. 21 § LUF).
13. Med byggentreprenadkontrakt menas bl.a. ett kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1 till LUF (se 1 kap. 8 § 1 LUF).²
14. I upphandlingsdokumenten anges att upphandlingen avser årlig revision av en avfallspanna, samt att arbetet avser specifika underhållsåtgärder och tillkommande arbeten under revisionen. EE har under utredningen uppgett att EE inte gjorde någon bedömning av om det upphandlade kontraktet skulle klassas som byggentreprenadkontrakt eller tjänstekontrakt.
15. Med beaktande av att föremålet för upphandlingen är anläggningsarbeten på en avfallspanna (specialbyggnad) bedömer Konkurrensverket att upphandlingen avser tilldelning av ett byggentreprenadkontrakt (jfr 1 kap. 8 § 1 LUF). Övriga inslag, som upprättande av rapporter och leverans av reservdelar, bedöms vara av underordnad betydelse.³

Kontraktsvärde

16. Av 5 kap. 2 § LUF följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande enhetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet på options- och förlängningsklausuler ska inbegripas som om de utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.
17. Enligt 19 kap. 8 § LUF ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.
18. EE bedömde värdet till totalt 1 200 000 – 2 500 000 kronor inför upphandlingen. Omfattningen baserades på 2019 års besiktningar av avfallspannan.

² Detta inkluderar bl.a. NACE 45.25 *Andra bygg och anläggningsarbeten* och CPV-undergruppen 45250000 och kategorier 45262000, vilket inkluderar bl.a. 45251000-1 *Bygg- och anläggningsarbeten: kraftverk och värmekraftverk*, 45259000-7 *Reparation och underhåll av anläggningar* och 45262000-1 *Bygg- och anläggningsarbeten som kräver specialkunskaper eller specialverktyg, med undantag för takarbeten* (se bilaga 1 till LUF, tillkännagivande [2016:1228] av CPV-referensnummer för byggentreprenadkontrakt vid offentlig upphandling, och Europaparlamentets och rådets förordning [EG] nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling [CPV], i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning [EG] nr 213/2008).

³ Ett kontrakt bör bedömas vara ett offentligt byggentreprenadkontrakt endast om det specifikt avser utförande av de verksamheter som avses i bilaga II till direktiv 2014/25/EU, även om kontraktet också kan omfatta tillhandahållande av andra tjänster som är nödvändiga för utförandet av dessa verksamheter (se skäl 10 direktiv 2014/25/EU).

Värdet på de arbetena bedömdes av EE mot bakgrund av antalet arbetstimmar och materielbehov i anbudshandlingarna. EE bedömde att utifrån specificerade arbeten och en del tillkommande arbeten torde 2 500 000 kronor vara högsta totala belopp. I uppskattningen ingick även en post för tillkommande arbeten, som baserades på tidigare revisioner, vid vilka tillkommande arbeten varit på 25–30 procent.

19. Den slutliga faktureringen för revisionen 2020 uppgick till 2 914 644 kronor exklusive mervärdesskatt för utfört arbete. EE har uppgett att värdet av tilläggsarbetena blev stora i förhållande till grundbeställningen efter de initiala inspektionerna på plats av pannan, och att ett flertal extra arbeten behövde utföras.
20. Konkurrensverket anser att den faktiska ersättning som har utgått enligt kontraktet ska ligga till grund för upphandlingens värde, som därmed uppgår till 2 914 644 kronor.

Tröskelvärde och tillämpliga bestämmelser för upphandlingen

21. Eftersom upphandlingen avser byggtreprenadkontrakt och upphandlingens värde enligt ovan inte överstiger relevant tröskelvärde⁴ (54 938 615 kronor) ska upphandlingen genomföras med tillämpning av 19 kap. LUF.
22. Enligt huvudregeln i 19 kap. 9 § LUF ska upphandlingar annonseras, och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger den så kallade direktupphandlingsgränsen (1 142 723 kronor) 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 LUF är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁵
23. Under vissa förutsättningar kan det finnas skäl för undantag från annonsering med stöd av synnerlig brådska enligt 19 kap. 7 § och 6 kap. 8 § LUF. För att sådan synnerlig brådska ska anses föreligga krävs dock att brådskan beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och som inte heller har kunnat förutses av den upphandlande enheten. Upphandlingsföremålet ska vara av en nödvändig karaktär och upphandlingen får enbart omfatta det omedelbara behovet. Samtliga dessa förutsättningar måste vara

⁴ För relevant tröskelvärde, se tillkännagivandet (2020:8) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, som utfärdades den 16 januari 2020.

⁵ Se bland annat EU-domstolens uttalanden i mål C-199/85 *Kommissionen mot Italien*, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2006/07:128 s. 291 och 460 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not 134.

uppfyllda för att undantaget ska kunna tillämpas. I vissa undantags-situationer där en överprövning drar ut på tiden mer än vad som kan förväntas kan det röra sig som sådana exceptionella omständigheter som innebär synnerlig brådska förutsatt att övriga villkor för undantaget är uppfyllda.⁶

24. Konkurrensverket anser att det inte funnits grund att underlåta annonsering, och att upphandlingen således skulle ha annonserats enligt 19 kap. 9 § LUF. EE har under utredningen uppgett att bolaget har genomfört ett förenklat förfarande. Med detta avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare (19 kap. 5 § LUF). Vid förenklat förfarande ska den upphandlande enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig (19 kap. 9 § LUF i dess lydelse vid tidpunkten för upphandlingen).⁷
25. Av utredningen framgår att EE inte har begärt in anbud genom en annons, utan i stället har skickat anbudsfrågan till de tre leverantörer på marknaden som EE visste uppfyllde de krav som ställdes i upphandlingen. För att kravet på annonsering ska vara uppfyllt räcker det inte att den upphandlande enheten kontaktar samtliga leverantörer som enheten känner till, utan en publicering ska ske i en annonsdatabas så att samtliga leverantörer som har ett intresse av kontraktet kan lämna anbud. Genom att inte publicera en annons har EE således slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LUF.
26. EE har inte under utredningen anfört att det har funnits sådan synnerlig brådska som utgör skäl för undantag från kravet på annonsering. Tvärtom har EE uttalat att bolaget inte har några invändningar mot Konkurrensverkets bedömning att det inte har funnits grund att använda ett förfarande utan föregående annonsering.
27. EE har uppgett att bolaget, på grund av att handläggningen i domstol dragit ut på tiden, funnit sig manad att ingå avtalet om revision i nära anslutning till den period i augusti då revisionen behövde utföras. Detta förändrar dock inte att EE har underlåtit att annonsera upphandlingen och att EE har haft möjlighet att påbörja en korrekt upphandling i så god tid att avtal hade kunnat slutas med tillräcklig framförhållning, även med beaktande av eventuella dröjsmål på grund av en normalt förekommande överprövning. Vidare sker revisionen av avfallspannan årligen, vilket medför att den omständigheten inte kan anses har varit oförutsebar.

⁶ Jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2019 ref. 65.

⁷ Bestämmelsen i 19 kap. 9 § LUF har ändrats den 1 januari 2021, SFS (2019:671).

28. Det har inte framkommit några omständigheter som skulle kunna medföra att något av de övriga undantag som framgår av bestämmelserna i LUF var tillämpliga. Den aktuella upphandlingen måste således anses ha utgjort en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

29. Vid en otillåten direktupphandling får enligt 21 kap. 1 § 3 och 2 § LUF en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Det finns inget krav på att den upphandlande enheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.⁸
30. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁹
31. Vid fastställande 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. Detta följer av 21 kap. 5 § LUF.

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

32. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (21 kap. 7 § LUF).
33. Det avtal som ansökan gäller slöts den 29 juli 2020. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

34. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁰ Upphandlingens värde uppgår till 2 914 644 kronor (se punkterna 16–20). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 291 464 kronor (2 914 644 x 0,1).
35. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter, såväl försvårande som förmildrande, i det

⁸ Prop. 2009/10:180, Del 1, s. 193, 368 och 395.

⁹ A. prop. s. 196–197.

¹⁰ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att den upphandlande enheten, och även andra enheter, följer upphandlingsreglerna. Av betydelse är bland annat den upphandlande enhetens agerande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹¹ Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Även förhållanden hos den upphandlande enheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet.¹² Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹³

36. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, där det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges. Rättsläget kan inte anses oklart.
37. Det har inte framkommit några förmildrande omständigheter som påverkar storleken av upphandlingsskadeavgiften i sänkande riktning. Det är ostridigt att Avtalet inte har varit föremål för annonsering. Den brådska som har uppkommit har inte huvudsakligen berott på omständigheter som har legat utanför vad EE har kunnat förutse och påverka. Att direktupphandlingen gjordes under den förlängda avtalsspärren i en överprövning som avsåg det behov som tillgodoses genom Avtalet påverkar sanktionsvärdet i skärpande riktning. EE tog inte initiativ till att avtalsspärren skulle hävas och informerade inte heller domstolen eller motparten i överprövningsmålet om Avtalet.
38. Då upphandlande myndigheter och enheter på eget initiativ informerat Konkurrensverket om en misstänkt överträdelse har detta i vissa ärenden ansetts utgöra en förmildrande omständighet vid bedömningen av sanktionsvärdet. Eftersom informationen i detta fall lämnades under den pågående överprövningen kan det emellertid antas att det redan fanns en ökad risk för att direktupphandlingen skulle uppmärksammas, och eventuellt bli föremål för talan om ogiltighet enligt LUF eller komma till tillsynsmyndighetens kännedom. I detta sammanhang är det, som har nämnts, också relevant att beakta att EE inte informerade domstolen eller motparten i överprövningsmålen om Avtalet.

¹¹ Prop. 2009/10:180 s. 197, 369–370 och 396.

¹² A. prop. s. 197–198, 369–370 och 396.

¹³ A. prop. s. 197. Jfr HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

39. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 220 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Stefan Olsen Siri

Bifogas

Bilaga 1 – E-postmeddelande

Bilaga 2 – Anbud från VODA

Bilaga 3 – Förfrågningsunderlag

Bilaga 4 – Upphandlingsprotokoll

Bilaga 5 - Styrelsebeslut