



**SÖKANDE**

Konkurrensverket

**MOTPART**

Eksjö Energi AB, 556005-3950

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift enligt lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att Eksjö Energi AB ska betala 220 000 kronor i upphandlingsskadeavgift.

**YRKANDEN**

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

Eksjö Energi AB har ingen erinran mot ansökan.

**VAD PARTERNA ANFÖR**

**Konkurrensverket** anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Eksjö Energi AB har brutit mot 19 kap. 9 § LUF genom att den 29 juli 2020 ingå avtal med VODA A/S utan föregående annonsering. Eftersom det saknades förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Under första halvåret av 2020 genomförde Eksjö Energi AB ett upphandlingsförfarande för tilldelning av kontrakt för revision av en avfallspanna. Upphandlingen rubricerades som ett förenklat förfarande enligt LUF. Den 21 februari 2020 skickade Eksjö Energi AB ut en anbudsinvitan till tre leverantörer, VODA A/S, Babcock & Wilcox Völund AB och Saltängens Mekaniska Verkstad AB. Upphandlingen annonserades inte genom en annons i en elektronisk databas som var allmänt tillgänglig eller på något annat vis. Upphandlingen omfattade normala revisionsarbeten av en avfallspanna, byte eller skifte av vissa delar, reparation eller lagning av vissa delar samt övriga arbeten som tillkommer under revisionsperioden. Vid utgången av tidsfristen för att lämna anbud, den 27 mars 2020, hade anbud inkommit från samtliga tre leverantörer. Den 6 maj 2020 beslutade Eksjö Energi AB att anta VODA A/S som entreprenör.

Den 12 maj 2020 inkom en ansökan från Saltängens Mekaniska Verkstad AB om överprövning av upphandlingen till förvaltningsrätten i Jönköping (se Förvaltningsrättens dom 2742-20 den 31 augusti 2020). Eksjö Energi AB kontaktade förvaltningsrätten gällande möjligheten till ett förhandsbesked med anledning av att revisionsarbetet behövde genomföras under sommarhalvåret men fick ett nekande svar. Eksjö Energi AB ingick därefter avtal med VODA A/S den 29 juli 2020. Eksjö Energi AB skickade den 31 juli 2020 en skrivelse (självanmälan) till Konkurrensverket om att myndigheten ingått avtalet med VODA A/S under en pågående överprövning.

Eksjö Energi AB har till Konkurrensverket angett att det var en ny situation med en överprövad upphandling och avtalsspärr vilket innebar att den planerade revisionen av avfallspannan inte skulle kunna genomföras. När Eksjö Energi AB inte fick förhandsbesked från förvaltningsrätten i fråga om överprövningen fattades beslutet om att fullfölja revisionen med den tilldelade entreprenören trots gällande avtalsspärr. Det huvudsakliga skälet var att den aktuella avfallspannan står för 75 procent av fjärrvärmeproduktionen och att

det saknas reservkapacitet för att fullt ut kompensera den produktionen vilket medför att revisionen måste genomföras under det varma halvåret för att kunna garantera fjärrvärmeleveranser under höst och vinter.

**Eksjö Energi AB** har anfört att de haft möjlighet att svara på frågor under Konkurrensverkets utredning och att de inte har någon erinran mot ansökan eller mot den beskrivning av ärendet som Konkurrensverket sammanställt och lämnat till förvaltningsrätten.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### Gällande regler

Enligt 19 kap. 9 § LUF (i dess lydelse innan 1 januari 2021) ska den upphandlande enheten vid ett förenklat förfarande begära anbud genom en annons.

Enligt 21 kap. 1 § 3 LUF får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt bland annat 19 kap. 9 § LUF.

Enligt 21 kap. 7 § andra stycket LUF ska, om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet, ansökan om upphandlingsskadeavgift inkommit till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

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

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska, enligt 21 kap. 5 § LUF, 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**

Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Konkurrensverkets bedömning att det aktuella kontraktet utgör ett s.k. byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i 1 kap. 8 § 1 LUF. Förvaltningsrätten instämmer i Konkurrensverkets bedömning att det är den faktiska ersättning (exklusive mervärdesskatt) som utgått enligt kontraktet som ska ligga till grund för upphandlingens värde, dvs. 2 914 644 kronor. Värdet av upphandlingen överstiger därmed den s.k. direktupphandlingsgränsen och upphandlingen borde ha annonserats i enlighet med 19 kap. 8-9 §§ LUF. Det är i målet ostridigt att någon sådan annonsering inte genomförts av Eksjö Energi AB.

I likhet med Konkurrensverket gör förvaltningsrätten bedömningen att det inte har förelegat synnerliga skäl som kan medföra undantag från kravet på annonsering med anledning av synnerlig brådska. Eksjö Energi AB har under utredningen angett att den aktuella avfallspannan står för 75 procent av fjärrvärmeproduktionen och att revisionen behövde genomföras under det varma halvåret för att kunna garantera fjärrvärmeleveranser under hösten och vintern. Förvaltningsrätten konstaterar i detta avseende att den aktuella överprövningen på intet sätt förhindrat Eksjö Energi AB att i behörig ordning annonsera upphandlingen i enlighet med 19 kap. 9 § LUF tidigare under året. Den aktuella revisionen är vidare en årligen återkommande revision vilket innebär att den aktuella situationen inte har varit oförutsebar. Det har inte framkommit andra skäl som innebär att Eksjö Energi AB skulle haft rätt att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering. Eksjö Energi AB har inte heller anfört att det förelegat sådana skäl. Avtalet den 29 juli 2020 utgör således en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift är en sanktion som ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet vilket leder till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses högt. Förvaltningsrätten bedömer inte att överträdelsen är att anse som ringa. Det har inte heller framkommit några särskilt förmildrande omständigheter.

Vid en samlad bedömning anser förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift om 220 000 kr får anses stå i proportion till överträdelsens allvar.

Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas och Eksjö Energi AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om 220 000 kr.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga 1 (FR-05).

Veronica Lindström

Rådmannen Veronica Lindström har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Adam Sarenmalm har varit föredragande.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av 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 myndigheten 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 ni 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 nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni 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 er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns 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 ni 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 rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.