



SÖKANDE

Konkurrensverket, 202100-4342

MOTPARTER

1. Ale El Ekonomisk Förening, 763500-0040
(mål nr 6434-19)
2. Härryda Energi AB, 556026-3245
(mål nr 6435-19)
3. Lerum Energi AB, 556109-3955
(mål nr 6437-19)
4. Kungälv Energi AB, 556083-2064
(mål nr 6438-19)

Ombud för 1-4: Advokaterna Joel Fingal och Tobias Hamrin

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019 09 11	
Avd	RS
Dnr	
KSnr 353	Aktbil 11

Dnr 366/2019
367/2019
368/2019
369/2019

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökningar och beslutar

- att Ale El Ekonomisk Förening ska betala en upphandlingsskadeavgift om 40 000 kr,
- att Härryda Energi AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om 20 000 kr,
- att Lerum Energi AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om 60 000 kr och
- att Kungälv Energi AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om 30 000 kr.

BAKGRUND

Ale El Ekonomisk Förening, Härryda Energi AB, Lerum Energi AB och Kungälv Energi AB (tillsammans "de upphandlande enheterna") har genomfört ett ramavtal avseende kabel 04-40kV. Upphandlingen genomfördes som ett förhandlat förfarande enligt LUF. Härryda Energi AB administrerade upphandlingen och företrädde de upphandlande enheterna i överprövningsmålen.

Ett första tilldelningsbeslut meddelades den 7 maj 2018 varvid en annan leverantör än Ahlsell tilldelades kontraktet. Ahlsell ansökte om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Göteborg. Förvaltningsrätten i Göteborg beslutade att lämna över målet till Förvaltningsrätten i Falun på grund av hög arbetsbelastning. Förvaltningsrätten i Falun meddelade genom dom den 8 juni 2018 att upphandlingen skulle rättas på så sätt att ny anbudsutvärdering skulle göras.

Ett nytt tilldelningsbeslut meddelades den 11 juni 2018 där Ahlsell tilldelades kontraktet. Avtalsspärren löpte till och med den 21 juni 2018. Den 21 juni 2018 ansökte en leverantör om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Göteborg (mål nr 7306-18). Därmed inträdde en förlängd avtalsspärr.

Den 27 juni 2018 tecknade de upphandlande enheterna kontrakt med Ahlsell. Med anledning av att avtal ingåtts justerade den klagande leverantören sitt yrkande till att avse överprövning av avtalets giltighet. I dom som meddelades den 6 november 2018 fann Förvaltningsrätten i Göteborg att de upphandlande enheterna hade överträtt den förlängda avtalsspärren då avtalet tecknades med Ahlsell. Leverantörens ansökan avslogs dock då leverantören inte hade visat att de upphandlande enheterna hade överträtt någon av de grundläggande principerna eller någon annan

bestämmelse i LUF och att detta medfört att denne lidit eller kunde komma att lida skada. Det saknades därmed förutsättningar att förklara avtalet ogiltigt. Avtalet fick bestå, trots att det ingåtts i strid med bestämmelsen om förlängd avtalsspärr. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft.

Konkurrensverket ansöker nu om att förvaltningsrätten ska besluta om att de upphandlande enheterna ska betala upphandlingsskadeavgift. Under den utredning som föregått Konkurrensverkets ansökan har de upphandlande enheterna uppgett bl.a. följande. När avtalet tecknades den 27 juni 2018 hade de upphandlande enheterna inte kännedom om att en leverantör under avtalsspärren ansökt om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet. Föreläggandet från Förvaltningsrätten i Göteborg adresserades till fel juridisk person, nämligen till Härryda Energi ABs dotterbolag. Innan avtal tecknades med Ahlsell följdes rutinen att ringa förvaltningsrätten och kontrollera om en ansökan om överprövning kommit in. Kontakten togs dock med Förvaltningsrätten i Falun och inte Förvaltningsrätten i Göteborg. De upphandlande enheterna anger att den information som mottogs var att det överhuvudtaget, inte heller i annan domstol, fanns något pågående mål i fråga om upphandlingen. De upphandlande enheterna har inte haft någon avsikt att teckna avtal i strid med den förlängda avtalsspärren och har inte heller gjort det av oaktsamhet eller av misstag, utan har förfarit så aktsamt som det är möjligt att göra.

YRKANDEN M.M.

Vad Konkurrensverket yrkar och anför

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 1 LUF beslutar att de upphandlande enheterna var för sig ska betala upphandlingsskadeavgift enligt följande. Ale El Ekonomisk Förening

40 000 kr, Härryda Energi AB 20 000 kr, Lerum Energi AB 60 000 kr och Kungälv Energi AB 30 000 kr.

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av ett avtals ogiltighet fastställt att ett avtal får bestå trots att det ingåtts i strid med bestämmelserna om avtalsspärr och avgörandet har vunnit laga kraft. Konkurrensverket är i en sådan situation skyldigt att ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgift ska tas ut oberoende av om överträdelsen skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Ansvaret är således strikt. Det har således ålegat de upphandlande enheterna att, innan avtalet ingicks, försäkra sig om att ansökan om överprövning inte hade kommit in till Förvaltningsrätten i Göteborg och att förlängd avtalsspärr därmed inte gällde. Enligt Konkurrensverkets uppfattning får en överträdelse av avtalsspärr typiskt sett anses vara av mindre allvarlig karaktär i jämförelse med en otillåten direktupphandling av normalgraden. Det har inte framkommit några försvårande omständigheter under Konkurrensverkets utredning. Sanktionsvärdet får därför i detta fall anses vara lågt.

Konkurrensverket tillbakavisar de upphandlande enheternas påståenden om att det skulle vara fråga om ringa fall. Enligt förarbetena är det endast i sällsynta fall som bestämmelsen bör komma till användning. Eftergift kräver enligt lagen att synnerliga skäl föreligger. I motiven uttalas att de situationer som åsyftas närmast är sådana där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Möjligheten att medge eftergift är en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall.

Av Konkurrensverkets utredning framgår att Förvaltningsrätten i Göteborg skickade föreläggandet med lösbrev till Härryda Energi ABs dotterbolag. Postadressen till Härryda Energi AB och dess dotterbolag är identisk. Under Konkurrensverkets utredning har även framkommit att e-postadressen är gemensam för Härryda Energi AB och dess dotterbolag. Konkurrensverket noterar även att organisationsnumret som angetts för Härryda Energi AB i samtliga överprövningsmål av upphandlingen i fråga i själva verket tillhör dotterbolaget. Detta fel har således funnits genomgående i samtliga processer. Mot bakgrund av detta kan det inte anses vara klarlagt att de upphandlande enheterna saknade kännedom om att upphandlingen hade överprövats. Alldeles oavsett anser dock inte Konkurrensverket att enbart det förhållandet att en upphandlande enhet inte i rimlig tid har informerats av förvaltningsrätten om att en ansökan kommit in är förmildrande när avtal har ingåtts i strid med reglerna om avtalsspärr. En upphandlande myndighet som vill ingå avtal i relativt nära anslutning till den ordinarie avtalsspärren löper ut bör själv förvissa sig om att upphandlingen inte begärts överprövad. Ansvaret är strikt.

De upphandlande enheterna gör en jämförelse med ett antal av Konkurrensverkets tidigare upphandlingsskadeavgiftsmål avseende överträdelserna av avtalsspärr där förvaltningsrätten har ansett att det föreligger ringa fall. I samtliga av dessa mål yrkade Konkurrensverket på den lägsta upphandlingsskadeavgiften om 10 000 kr. Skälet till yrkandet berodde på att utredningen gav stöd för att förvaltningsrätten brustit i sina rutiner samt att den upphandlande myndigheten fått uttrycklig information från förvaltningsrätten om att någon ansökan inte kommit in, trots att detta skett. De upphandlande enheterna har inte vidtagit tillräckliga åtgärder för att kontrollera om upphandlingen har överprövats. De har kontaktat fel domstol och tolkat Förvaltningsrätten i Faluns svar som att någon ansökan om överprövning inte kommit in till någon annan domstol heller. Konkurrensverket noterar dock att förvaltningsrätten inte har tillgång till

varandras diarium och det har därför inte varit möjligt för Förvaltningsrätten i Falun att uttala sig om någon ansökan kommit in till Förvaltningsrätten i Göteborg.

Konkurrensverket ifrågasätter inte de upphandlande enheternas uppgift att det inte har varit fråga om en medveten överträdelse av avtalsspärren. Uppgifterna om att fel förvaltningsrätten har kontaktats framstår som trovärdiga och Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta att överträdelsen har skett av oaktsamhet. Misstaget utgör emellertid inte en sådan förmildrande omständighet som inverkar på upphandlingsskadeavgiftens storlek i sänkande riktning. Ett sådant synsätt skulle motverka avgiftens preventiva syfte. Det finns inget som talar för att förvaltningsrätterna har lämnat felaktig information. Företrädaren för det samordnande bolaget har inte kontaktat rätt domstol. Någon kontroll som åligger en upphandlande enhet att göra innan denne tecknar avtal har därmed inte genomförts på ett tillfredsställande sätt. Att företrädaren felaktigt tolkat informationen från Förvaltningsrätten i Falun medför inte någon annan bedömning. Sammanfattningsvis bedöms den avgift som Konkurrensverket har yrkat vara en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Vad de upphandlande enheterna yrkar och anför

De upphandlande enheterna yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska avslå ansökningarna. I andra hand yrkas att upphandlingsskadeavgiften ska efterges. I tredje hand yrkar de upphandlande enheterna att, för det fall förvaltningsrätten beslutar att upphandlingsavgift ska utgå, avgiften inte ska uppgå till mer än 10 000 kr. Den överträdelse av bestämmelsen kring avtalsspärr som kan läggas de upphandlande enheterna till last är ett sådant ringa fall då någon upphandlingsskadeavgift inte ska beslutas. Skulle förvaltningsrätten komma fram till att upphandlingsskadeavgift ska utgå

föreligger sådana synnerliga skäl att avgiften i vart fall ska efterges. Överträdelsen kan under inga omständigheter ha ett sanktionsvärde som betingar en högre avgift än 10 000 kr.

De upphandlande enheterna tecknade avtal med Ahlsell den 27 juni 2018, dvs. först sex dagar efter att den ordinarie avtalsspärren löpt ut. Vid ramavtalets undertecknande hade något föreläggande inte kommit de upphandlande enheterna till handa. Efter sedvanliga rutiner tog de upphandlande enheterna kontakt med förvaltningsrätten för att efterhöra om någon ansökan om överprövning kommit in. Telefonsamtal med Förvaltningsrätten i Falun ägde rum den 26 juni 2018 genom att kontaktpersonen och upphandlaren på Härryda Energi AB, Micael Kry, för de upphandlande enheternas räkning ringde upp förvaltningsrätten. Vid samtalet fick Micael Kry beskedet att någon ansökan om överprövning inte kommit in. Av bifogad e-postkorrespondens framgår att kontakt har tagits med förvaltningsrätten.

Förvaltningsrätten i Göteborg har skickat föreläggandet till dotterbolaget till Härryda Energi AB som inte varit en av de upphandlande enheterna i upphandlingen. Förvaltningsrätten har vidare skickat föreläggandet med vanlig post och inte e-post. Först den 7 juli 2018 skickades föreläggandet med e-post, dock fortsatt adresserat till fel part, nämligen Härryda Energi Elhandel AB. Inget av de nämnda föreläggandena har kommit fram till Härryda Energi AB. Först den 15 augusti 2018 har föreläggandet skickats till samtliga upphandlande enheter som genomfört upphandlingen. Av tilldelningsbeslutet den 11 juni 2018 framgår tydligt att det är Härryda Energi AB med organisationsnummer 556026-3245 som varit avsändare av tilldelningsbeslutet. Trots detta har förvaltningsrätten i aktörsuppgifterna angett organisationsnumret 556799-5112, vilket tillhör Härryda Energi Elhandel AB. Sannolikt beror detta på att den sökande parten angett detta organisationsnummer i sin ansökan om överprövning. Att förvaltningsrätten

har brustit i sin kommunikationsskyldighet ska inte innebära att de upphandlande enheterna påförs upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten i Falun har inte heller upplyst om att kontakt borde ha tagits med någon annan förvaltningsrätt för ytterligare kontroller.

Förvaltningsrätterna har i ett flertal fall då Konkurrensverket ansökt om upphandlingsskadeavgift på grund av en överträdelse av avtalsspärr beslutat att någon avgift inte ska utgå. Gemensamt i dessa avgöranden är att den upphandlande myndigheten/enheten vidtagit åtgärder för att kontrollera huruvida någon ansökan om överprövning kommit in, ofta i kombination med att förvaltningsrätten på något sätt har brustit i sina rutiner. De upphandlande enheterna har vidtagit tillräckliga åtgärder för att försäkra sig om att någon förlängd avtalsspärr inte inträtt. Det finns flera förmildrande omständigheter vilket medför att situationen ska bedömas som ett sådant sällsynt och ringa fall där någon upphandlingsskadeavgift inte ska beslutas. Det ska särskilt framhållas att även situationer med otillåtna direktupphandlingar, som är den betydligt mer allvarliga formen av överträdelse, bedömts utgöra ringa fall.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 § (21 kap. 1 § 1 LUF).

Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 21 kap. 1 § 1 LOU (21 kap. 2 § LUF).

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 (21 kap. 5 § LUF).

Förvaltningsrättens bedömning

Det är ostridigt att de upphandlande enheterna har tecknat avtal i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Förvaltningsrätten i Göteborg har i en lagakraftvunnen dom (mål nr 7306-18) bestämt att det avtal som de upphandlande enheterna ingått med leverantör, trots att förlängd avtalsspärr gällde, inte skulle förklaras ogiltiga. De grundläggande förutsättningarna för att påföra de upphandlande enheterna upphandlingsskadeavgift är således uppfyllda.

Av utredningen framgår att Förvaltningsrätten i Göteborg skickat ett föreläggande till Härryda Energi ABs dotterbolag i anslutning till att ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten. De upphandlande enheterna har anfört att de vid avtalets undertecknade inte fått domstolens föreläggande. Det förhållandet att de upphandlande enheterna inte fått någon information från Förvaltningsrätten i Göteborg innan avtalet tecknades om att en ansökan om överprövning hade kommit in saknar i förevarande fall betydelse för bedömningen av om upphandlingsskadeavgift ska betalas. Avsaknaden av en sådan åtgärd från domstolens sida fräntar inte den upphandlande myndigheten ansvaret att säkerställa att avtal inte ingås när avtalsspärr gäller. Härryda Energi AB har kontaktat fel domstol och har därmed inte vidtagit tillräckliga åtgärder för att kontrollera om

upphandlingen har överprövats. Det saknas stöd för att Förvaltningsrätten i Falun har lämnat felaktig information till företrädaren för Härryda Energi AB. Upphandlingsskadeavgift ska tas ut oberoende av om överträdelsen skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. Ansvaret är således strikt. Med hänsyn till vad som kommit fram i målen bedömer förvaltningsrätten att det inte kan anses röra sig om ett sådant ringa fall där någon avgift inte ska beslutas och inte heller att avgiften kan efterges på grund av synnerliga skäl. Konkurrensverkets beräkningsgrund framstår i det aktuella fallet som väl avvägda och innebär inte en oproportionerligt hög avgift. Med hänsyn härtill ska Konkurrensverkets ansökningar bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Maria Sjunnesson

Tf. rådman

Föredragande jurist i målet har varit Sandra Andersson.



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 beslutets datum.

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 avisar 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 rättstillämpningen.
- 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.

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.