



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2016-03-17
Meddelad i
Härnösand

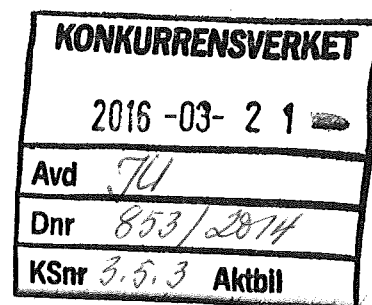
Mål nr
4235-14 E

SÖKANDE

Konkurrensverket (dnr 853/2014)
103 85 Stockholm

MOTPART

Bergs Tingslags Elektriska AB, 556012-2649
Olstavägen 26
840 31 Åsarna



SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar, med delvis bifall till Konkurrensverkets ansökan, att Bergs Tingslags Elektriska AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om 480 000 kr.

Dok.Id 98254

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om upphandlingsskadeavgift och yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § första stycket 3 LUF beslutar att Bergs Tingslags Elektriska AB (BTEA) ska betala 550 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket bl.a. följande.

BTEA har brutit mot LUF genom att den 13 januari 2014 och den 22 januari 2014 ingå avtal avseende grävtjänster med Klövsjö Gräv AB respektive Reaxcer AB. Avtalen har ingåtts utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LUF trots att förutsättningarna för sådana förfaranden inte var uppfyllda. De ingångna avtalen utgör således otillåtna direktupphandlingar.

BTEA har använt sig av de två leverantörerna avseende grävtjänster under många år. Med Klövsjö Gräv AB har det funnits muntliga avtal under de senaste 40 åren och med Reaxcer AB har det funnits ett skriftligt avtal som gällde under perioden den 1 september 2010 – 31 augusti 2013.

Det granskade avtalet med Klövsjö Gräv AB är giltigt under perioden 1 februari 2014 – 31 januari 2017 och förlängs per automatik med ett år i taget om det inte sägs upp av någon part. Det granskade avtalet med Reaxcer AB är giltigt under perioden 1 september 2014 – 31 augusti 2018 och förlängs per automatik med ett år i taget om det inte sägs upp av någon part. Efter det att Konkurrensverket påbörjade sin granskning har BTEA sagt upp de båda avtalen.

Upphandlande enhet

BTEA är ett elnätsföretag som innehar koncession för sitt nätägande enligt ellagen (1997:857). Genom att sköta distribution av el i nämnda nät till allmänheten och med hänsyn till vad som anges i BTEA:s bolagsordning så an-

ser Konkurrensverket att BTEA bedriver sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4 § LUF. BTEA är i sin helhet ägt av Bergab AB som i sin tur är helägt av den upphandlande myndigheten Bergs kommun. Ägarförhållandena innebär att Bergs kommun utövar ett bestämmande inflytande över BTEA. Bolaget är därmed en upphandlande enhet som har en skyldighet att iaktta de bestämmelser som finns i LUF vid anskaffning av varor, tjänster och byggentreprenader som är avsedda för bolagets verksamhet.

BTEA:s verksamhet

Sedan år 2012 har BTEA utvidgat sin verksamhet till att omfatta utbyggnad av bredband. BTEA äger de fysiska kablarna, fiberoptiken, medan ett annat bolag levererar själva bredbandstjänsterna till kunderna/slutanvändarna. Eftersom bredbandsverksamheten inte omfattas av de verksamheter som anges i 1 kap. 4-10 §§ LUF kan LOU i stället vara tillämplig om verksamheten inte omfattas av det s.k. teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU. Oavsett om bredbandsverksamheten omfattas av LOU:s tillämpningsområde eller inte är det ostridigt att de avtal som Konkurrensverket har granskat avser båda de verksamheter som BTEA bedriver. För sådana s.k. blandade kontrakt gäller enligt praxis från EU-domstolen att om de olika delarna är sammanbundna så att de inte kan separeras utan bildar en odelbar enhet, ska transaktionen prövas i sin helhet vid den rättsliga klassificeringen och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel (se EU-domstolens dom i mål nr C-393/06 *Ing. Aigner*; EU-domstolens domar i de förenade målen nr C-145/08 och C-149/08 *Club Hotel Loutraki m.fl.* och EU-domstolens dom i mål nr C-215/09 *Mehiläinen*). Konkurrensverket anser att det är möjligt att separera de olika delarna i avtalen från varandra. Eftersom bredbandsverksamheten kan omfattas av teleundantaget och därmed falla utanför LOU:s tillämpningsområde har Konkurrensverket valt att helt bortse från den verksamheten. Yrkandet om utdömande av upphandlingsskadeavgift har därför ändrats från 850 000 kr, vilket övervägdes i utkastet till ansökan, till 550 000 kr.

Otillåtna direktupphandlingar

Syftet med upphandlingsreglerna är att upphandlande enheter på bästa sätt ska använda de offentliga medel som finansierar offentliga upphandlingar genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad.

BTEA har under många år använt sig av de två leverantörerna för olika gräv-tjänster. De avtal som är föremål för Konkurrensverkets granskning gäller samma parter och liknande tjänster. Avtalen kan klassificeras som ramavtal för byggentreprenad och anläggningsarbeten. De nya avtalen innehåller flera väsentliga skillnader som innebär att avtalen är att anse som nya separata avtal i förhållande till de avtal som tidigare gällt mellan parterna. BTEA har anfört att de nya avtalen föranleddes av att bolaget hade behov av mer moderna maskiner med anledning av nya arbetsmiljökrav och behov av högre kapacitet. Avtalen innehåller avsevärda skillnader gällande avtalsföremål, ersättningar och maskinförarens kompetens i förhållande till de tidigare avtalen. Det är ostridigt att avtalen ingåtts utan föregående annonsering. Avtalen utgör därmed direktupphandlingar.

Enligt avtalet med Klövsjö Gräv AB uppgår ersättningen för den minsta avropsvolymen till totalt 1 305 000 kr per år. Enligt avtalet med Reaxcer AB uppgår ersättningen för den minsta avropsvolymen till totalt 1 514 000 kr per år. Avtalen löper på tre respektive fyra år med en obegränsad möjlighet till förlängning. Den obegränsade möjligheten att förlänga avtalen innebär att det inte är möjligt att fastställa avtalens maximala värde. Klart är emellertid att värdet överstiger gränsen för direktupphandling och att upphandlingarna skulle ha hanterats enligt huvudregeln och annonserats, vilket inte har skett.

Den omständigheten att BTEA tillfrågat tre leverantörer i närområdet inför avtalstecknandet medför inte att det lagstadgade kravet på annonsering är uppfyllt. Det är visserligen möjligt att ta hänsyn till de förutsättningar som råder på den lokala marknaden, men i detta fall är det fråga om grävtjänster.

Sådana tjänster kan inte jämföras med BTEA:s egen verksamhet och kan inte anses ha någon unik särprägel. Det kan därför inte vara ett skäl som motiverar upphandlingar utan annonsering. Vidare anser Konkurrensverket att den omständigheten att det är fråga om ett stort geografiskt område inte medför att möjligheten till konkurrens begränsas. Det behöver nödvändigtvis inte vara en och samma leverantör som verkar inom hela området. Det har inte framkommit några andra skäl som motiverar BTEA att upphandla utan föregående annonsering. De omständigheter som BTEA hänvisat till medför således inte att direktupphandlingarna har varit tillåtna.

Upphandlingsskadeavgift

De avtal som Konkurrensverkets ansökan avser är undertecknade av parterna den 13 januari 2014 respektive den 22 januari 2014. Ett civilrättsligt bindande avtal har således uppkommit vid dessa datum och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från de nämnda datumen.

Eftersom avtalen förlängs automatiskt med ett år i taget kan avtalen fortgå under obegränsat antal år. Det medför att avtalens värde blir oändliga. Att det lagstadgade beloppet på tio miljoner kr ska utgöra beloppstaket i samtliga situationer där ett avtals värde inte kan beräknas är enligt Konkurrensverkets mening orimligt och oförenligt med de syften som motiverar uttagandet av en upphandlingsskadeavgift. För att få fram ett beloppstak i dessa situationer bör i stället ett antagande göras om vad avtalet skäligen kan förväntas vara värt. Dessa antaganden får göras utifrån vad som bedöms vara rimligt i det enskilda fallet. I detta fall är det mest rimligt att tillämpa den s.k. 48-månadersregeln i 3 kap. 11 § LUF analogt vid fastställandet av avtalens värde (jfr Kammarrätten i Göteborg mål nr 4915-13 där Konkurrensverket i ansökan beräknade kontraktsvärdet på liknande sätt). Den delen av avtalen som avser kostnaden för bredbandsverksamheten ska inte räknas med. BTEA har anfört att 35 procent av den totala kostnaden för avtalen är hänförlig till den

verksamheten och den kostnaden ska därför räknas bort från de årliga kontraktsvärdena. Det innebär att avtalens värde bör uppskattas till ca 7 329 400 kr. Avgiften får därmed högst uppgå till tio procent av det värdet, dvs. 732 940 kr.

Vid bestämmande av den yrkade upphandlingsskadeavgiften har Konkurrensverket beaktat att BTEA genomfört otillåtna direktupphandlingar. Detta medför att sanktionsvärdet ska vara högt (se HFD 2014 ref. 69). Att avtalen är utformade som tillsvidareavtal och att upphandling enligt LUF av de aktuella tjänsterna aldrig har genomförts bör enligt Konkurrensverkets mening ligga BTEA till last. Att avtalen inte längre är giltiga kan vara en omständighet som enligt förarbetena är förmildrande. Av praxis från landets domstolar framgår emellertid att åtgärder som vidtas först efter det att den upphandlande enheten har fått vetskap om Konkurrensverkets granskning, inte har någon verkan i förmildrande riktning (jfr HFD 2014 ref. 69 samt Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12). Att BTEA har ändrat sina rutiner och numera avser att följa upphandlingslagstiftningen är visserligen positivt, men utgör i sig inte heller omständigheter som inverkar sänkande på upphandlingsskadeavgiftens storlek. Den omständigheten att det är samma leverantörer som visade intresse vid den annonserade upphandlingen enligt LUF som de som BTEA tidigare har haft avtal med kan inte heller utgöra en förmildrande omständighet (jfr Kammarrätten i Göteborg mål nr 4402-14). Det är naturligt att de befintliga leverantörerna vill fortsätta att leverera grävtjänsterna. Att det endast är ett fåtal leverantörer som erbjuder de grävtjänster som BTEA efterfrågar kan inte i detta fall komma att sänka avgiftens storlek eftersom det inte är fråga om några tjänster av unik karaktär (jfr Kammarrätten i Göteborg mål nr 4915-13).

När det gäller vad BTEA anfört om att den tidigare verkställande direktören inte förstått att bolaget haft en skyldighet att formalisera bolagets inköp genom LUF, så anser Konkurrensverket att det är mycket viktigt att förvaltningsrätten inte lägger okunskap, fel och försummelser hos enskilda anställda

hos en upphandlande enhet till grund för bestämmandet av avgiftens storlek. En upphandlande enhet ska inte kunna undgå ansvar genom att hänvisa till att felen begåtts av dess egen personal. Det är i stället den upphandlande enheten som sådan som är ansvarig för att dess personal har god kunskap om och följer upphandlingslagstiftningen.

BTEA påstår att ingen leverantör på marknaden ha lidit skada eftersom samma leverantör har tilldelats kontrakt efter annonserad upphandling som vid upphandling utan föregående annonsering. Enligt Konkurrensverkets mening kan en sådan omständighet inte ha någon betydelse för avgiftens storlek eftersom påståendet är rent hypotetiskt. Hur marknaden hade sett ut om bestämmelserna i LUF hade följts och de aktuella tjänsterna därmed hade annonserats går inte att besvara. Klart är att tjänsterna har upphandlats utan konkurrensutsättning under en mycket lång tid och att inga andra potentiella leverantörer har fått möjlighet – eller ens vetskap om möjligheten – att lämna anbud.

Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 550 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för de aktuella överträdelserna.

BTEA medger att utge upphandlingsskadeavgift och motsätter sig inte att avgiften fastställs till 300 000 kr. BTEA överlämnar till förvaltningsrätten att avgöra om avgiften ska fastställas till högre belopp som Konkurrensverket yrkat. BTEA anför bl.a. följande.

Konkurrensverket har satt ned sitt yrkande till 550 000 kr sedan ärendet inleddes. Reduktionen är rent matematiskt beräknad på grund av att viss del avsett grävtjänster för bredbandsverksamheten och det har inte tagits någon egentlig hänsyn till de omständigheter i övrigt som bolaget anfört i samband med handläggningen hos Konkurrensverket.

BTEA har genom sin tidigare VD inte förstått att bolaget haft en skyldighet att formalisera sina inköp genom LUF. De direktupphandlingar som bolaget nu ska betala upphandlingsskadeavgift för, har inte fått någon effekt och inte medfört någon skada för någon leverantör på marknaden.

Avtalen upphävdes innan de hade börjat tillämpas efter att Konkurrensverket uppmärksammat BTEA på det. I de formellt riktiga upphandlingarna enligt LUF som BTEA därefter genomfört, har samma leverantörer tilldelats kontrakt till samma priser och villkor i övrigt som gällt enligt de direktupphandlade kontrakten. Inga andra leverantörer valde att delta i upphandlingen genom att lämna in anbud. Det finns därför ingen som lidit skada av den felaktiga upphandlingen. Det kan ifrågasättas om det är rimligt att den speciella situationen inte till någon del ska tillgodoräknas BTEA i förmildrande riktning. Nu verkar upphandlingsskadeavgiften i stället oskälig och får en orimlig effekt och börda för BTEA. Bolaget tror inte att upphandlingsskadeavgiften kommer att inverka på ett avskräckande sätt för andra upphandlande enheter utan att effekten snarare blir den motsatta för alla enheter som verkar i glesbefolkad landsbygd på lokala marknader.

Vad BTEA främst invänder mot i Konkurrensverkets ansökan är verkets oförmåga att förstå den konkurrenssituation som under åtskilliga decennier gällt för grävtjänster inom den glesbygd som södra Jämtland utgör. Den geografiska placeringen av BTEA:s elnätsområde och därmed marknad ställer inte bara krav på BTEA:s verksamhet utan även på BTEA:s leverantörer. Det krävs omfattande etableringskostnader för potentiella leverantörer eftersom de måste kunna leverera till hela BTEA:s elnätsområde. Att elnätsområdet är placerat över ett stort område i södra Norrlands inland bidrar även det i sig till att marknaden begränsas.

Det finns inte någon konkurrens till de leverantörer som BTEA tilldelat kontrakt efter genomförd upphandling och som bolaget tidigare direktupphandlat

grävtjänster av. Man kan inte jämföra glesbygd med marknaden i Stockholm. Det finns också beskrivet i statliga utredningar om anläggningsbranschen att det finns ett fåtal rikstäckande mycket stora företag som konkurrerar om de stora arbetena och att mindre anläggningsarbeten såsom gräventreprenader hanteras av små lokala enmansföretag utanför storstadsregionerna. Det kan i och för sig hända att bygdens två lokala grävare får konkurrens av något lokalt förankrat nystartat företag i någon framtid. Men att företag med verksamhet på annan ort skulle vilja utföra grävtjänster åt BTEA och konkurrera med lokala entreprenörer saknar all förankring i verkligheten. I syfte att försöka öka konkurrensen och hitta andra leverantörer har bolaget under många år informellt verkat för att försöka att nå andra leverantörer. BTEA har uppvaktat anläggningsentreprenörer i Åre och Järpen liksom närmare kusten. Inga andra leverantörer har heller visat intresse för bolaget som beställare, vilket den gjorda upphandlingen tydligt exemplifierar. Det finns inte heller någon utvecklingspotential för marknaden eftersom BTEA har monopolställning i det aktuella koncessionsområdet. Det är därför nära nog utsiktslöst att hoppas på att andra leverantörer med verksamhet i andra delar av Sverige eller utomlands ska etablera sig i södra Norrlands inland bara för att kunna konkurrera om att få sälja mindre anläggningsentreprenader.

BTEA har förståelse för att Konkurrensverket anser att otillåtna direktupphandlingar i sig är allvarliga. Förutsättningarna för upphandlande enheter och leverantörer ser dock olika ut inte bara i Sverige utan i hela EU. Naturligen finns större konkurrens i vissa marknader och regioner än andra. Exempelvis är marknaden för grävarbeten i centrala Stockholm liksom i merparten av kontinentaleuropa är betydligt större än i den gles- och avfolkningsbygd som södra Norrlands inland utgör. Att göra en otillåten direktupphandling av exempelvis grävarbeten i centrala Stockholm jämfört med grävarbeten i södra Norrlands inland, kan därför inte per definition innebära en lika allvarlig skada. Beskrivningen av BTEA:s verksamhet och verklighet är viktig att ha i åtanke när man ska bedöma vilka förutsättningar som råder på den lokala

marknaden. Om dessa förhållanden glöms bort riskerar man att jämföra BTEA med andra helt ojämförbara verksamheter, vilket vore djupt olyckligt för säkerställandet av en levande landsbygd.

Bolaget har också, trots att det inte krävs enligt LUF, valt att samordna upphandlingen avseende elnät och bredbandstjänster, vilket omfattar ungefär 35 procent av de aktuella avtalen. Anledningen att BTEA valt att samordna upphandlingen är att använda skattemedlen på ett korrekt sätt och inte fördyra projekt i onödan. Det verkar då oskäligt att BTEA straffas ytterligare för det genom den yrkade upphandlingsskadeavgiften.

När det gäller de aktuella avtalen menar BTEA i och för sig att Konkurrensverkets bedömning ur ett strikt juridiskt perspektiv är riktig, dvs. att BTEA:s verksamhet såsom den redogjorts för ovan i huvudsak är sådan att det medför att BTEA ska anses vara en upphandlande enhet med krav att upphandla de verksamheter som omfattas av LUF (dock inte bredbandsverksamheten). BTEA kan därför acceptera att de aktuella avtalen ur ett strikt juridiskt perspektiv är otillåtna direktupphandlingar.

Eftersom BTEA tycker att det är viktigt att följa gällande regelverk har bolaget ändrat rutiner och kommer se till att gällande regelverk följs såsom Konkurrensverket tolkat det. På grund av BTEA:s tidigare felaktiga bedömning av hur LUF ska tillämpas i bolagets säregna marknadssituation, så har bolaget förståelse för att upphandlingsskadeavgift ska utgå i och för sig. BTEA anser dock att beloppet är alldeles för högt och att större hänsyn borde tas till BTEA:s marknad samt till de förmildrande omständigheterna.

Effekten av den rätteligen utförda upphandlingen, av flera olika skäl som angetts ovan, är exakt densamma som vid den felaktigt utförda upphandlingen. BTEA noterar därvid att Falk som exempel angett fall där den överträdelse som begåtts av den upphandlande enheten i praktiken haft liten påverkan på

upphandlingsresultatet (Falk, Jan-Erik, *Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporttjänster och posttjänster – en kommentar*, 1 uppl., s. 548). I detta fall har överträdelsen inte haft någon påverkan över huvud taget.

Syftet med bestämmelsen om upphandlingsskadeavgift är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på korrekt sätt. Att en upphandlingsskadeavgift utgår i detta fall kommer inte att påverka säkerställandet av upphandlingsreglernas iakttagande då BTEA redan rättat sig efter Konkurrensverkets mening. Den föreslagna upphandlingsskadeavgiften uppgår till 1 procent av BTEA:s årsomsättning. Det är pengar som i stället för att användas till att utveckla den glesbefolkade landsbygden går till staten i allmänhet. Därutöver riskerar upphandlingsskadeavgiften att sakta ned eller i värsta fall stoppa BTEA:s nuvarande miljöexpansion. Det kan knappast anses vara ett korrekt användande av skattemedlen och inte heller i linje med regeringens miljömål. Det är även värt att notera att förarbetena angett att även negativa ekonomiska konsekvenser samt andra olägenheter för den upphandlande enheten ska ses som förmildrande omständigheter. Om det var så att BTEA inte rättat sig efter Konkurrensverket och inte heller avsåg att göra det i framtiden hade BTEA kunnat förstå Konkurrensverkets ståndpunkt. Nu verkar upphandlingsskadeavgiften i stället oskälig och får en orimlig effekt och börda för BTEA (se prop. 2009/10:180 s. 195 ff. och 369-370). BTEA tror inte heller att upphandlingsskadeavgiften kommer inverka avskräckande för andra upphandlande enheter eftersom en upphandlande enhet, trots att enheten vidtagit rättelse, ändå straffbeläggs med dyra upphandlingsskadeavgifter.

Den särpräglade marknaden, betydelsen för den glesbefolkade landsbygdens överlevnad i Sverige, att BTEA inte aktivt verkat för att inte följa LUF utan informellt verkat för att främja konkurrensen samt att den otillåtna upphandlingen inte haft någon effekt på upphandlingens resultat bör således beaktas vid bedömningen om upphandlingsskadeavgift.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3, 4 eller 5 §, 13 kap. 5 §, eller 15 kap. 4 eller 6 § (17 kap. 1 § första stycket 3 LUF).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 2 och 3 §§ eller 15 kap. 3 a § (17 kap. 4 § 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 (17 kap 5 § LUF).

När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (17 kap. 7 § andra stycket LUF).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har i målet att kontrollera att förutsättningarna för upphandlingsskadeavgift är uppfyllda och, om så är fallet, att ta ställning till upphandlingsskadeavgiftens storlek. Förvaltningsrätten behandlar dessa frågor i nu nämnd ordning.

Är förutsättningarna för upphandlingsskadeavgift uppfyllda?

Det är ostridigt i målet att BTEA genomfört otillåtna direktupphandlingar när bolaget tecknat kontrakt med två entreprenörer av grävtjänster utan att annonsera trots att sådan skyldighet funnits. BTEA har inte bestritt att de i målet aktuella kontrakten är nya. Då ansökan skett inom ett år från det att kontrakt tecknats, finner förvaltningsrätten att ansökan skett i rätt tid.

BTEA bedriver dels elnätverksamhet, dels bredbandsverksamhet. Eftersom Konkurrensverket i sin ansökan valt att till förmån för BTEA bortse från bredbandsverksamheten i sitt slutliga yrkande om upphandlingsskadeavgift,

får elnätsverksamheten i det aktuella målet anses vara möjlig att avskilja. BTEA har inte heller invänt mot detta.

BTEA har medgett att betala upphandlingsskadeavgift och motsätter sig inte att avgiften fastställs till 300 000 kr. Förvaltningsrätten finner således att det föreligger förutsättningar för att påföra upphandlingsskadeavgift och att ansökan endast avser BTEA:s elnätsverksamhet. Förvaltningsrätten instämmer i Konkurrensverkets bedömning att kontraktsvärdet för elnätsverksamheten uppgår till 7 329 400 kr, mot vilket BTEA inte heller har riktat några invändningar.

Skäl för eftergift eller ringa överträdelse?

Förvaltningsrätten finner inte att det som framkommit i målet utgör synnerliga skäl och att det därför skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut upphandlingsskadeavgiften (jfr prop. 2009/10:180 s. 198 f.). Det är i målet fråga om en otillåten direktupphandling, vilket anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Den överträdelse som BTEA begått kan således inte anses vara ringa. Förvaltningsrätten har därför att ta ställning till upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

En upphandlingsskadeavgift ska bestämmas till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet om 7 329 400 kr. Upphandlingsskadeavgiften ska därför bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kr och 732 940 kr.

Som skäl för att upphandlingsskadeavgiften inte bör uppgå till 550 000 kr har BTEA i huvudsak anfört att

- bolagets tidigare VD inte förstått att bolaget haft en skyldighet att formalisera sina inköp genom LUF,

- BTEA sagt upp kontrakten efter att Konkurrensverket inlett sin granskning,
- BTEA inte aktivt verkat för att inte följa LUF utan informellt verkat för att främja konkurrensen,
- upphandlingsskadeavgiften uppgår till 1 procent av BTEA:s årsomsättning och att pengarna i stället för att användas till att utveckla den glesbefolkade landsbygden kommer att gå till staten i allmänhet,
- BTEA samordnat upphandlingen avseende elnät och bredbandstjänster och att det skulle vara oskäligt att straffa BTEA ytterligare,
- upphandlingsskadeavgiften riskerar att sakta ned eller i värsta fall stoppa BTEA:s miljöexpansion, vilket inte kan anses vara i linje med regeringens miljömål,
- det inte finns någon som har lidit skada av de otillåtna upphandlingarna, vilket resultatet av de formellt riktiga upphandlingarna enligt LUF visar (Falk, Jan-Erik, *Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporttjänster och posttjänster – en kommentar*, 1 uppl., s. 548), samt att
- avgiften också framstår som orimlig utifrån den särpräglade marknadssituationen som råder för gräventreprenader i södra Norrlands inland.

Förvaltningsrätten finner följande. Att genomföra en otillåten direktupphandling anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet (prop. 2009/10:180 s. 197). Sanktionsvärdet bör därför som utgångspunkt bedömas som högt. Vidare är det fråga om kontrakt med en obegränsad kontraktstid och ett upphandlingsföremål som i det ena avtalsförhållandet aldrig tidigare upphandlats under 40 års tid. Dessa omständigheter är försvårande för BTEA.

Den oklarhet som funnits beträffande frågan om bredbandsverksamheten omfattas av teleundantaget i LOU anser förvaltningsrätten tillgodosetts redan

genom att Konkurrensverket bortsett från bredbandsverksamheten i sitt yrkande i ansökan och således gett bolaget en reduktion av den av verket yrkade upphandlingsskadeavgiften med 300 000 kr. Den okunskap som funnits i bolaget om skyldigheten att upphandla medför inte att upphandlingsskadeavgiften kan sättas ned eftersom ansvaret är strikt, dvs. skyldigheten att betala en avgift uppkommer när ett regelbrott objektivt kan konstateras oberoende av vad avgiftssubjektet, med andra ord den upphandlande enheten, kände till eller borde ha känt till kring överträdelsen (se prop. 2009/10:180 s. 192-194). Inte heller kan det förhållandet att BTEA vidtagit åtgärder för att minska skadeverkningarna av de otillåtna direktupphandlingarna genom att säga upp kontrakten efter att Konkurrensverket inlett sin granskning av dessa medföra att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned (se rättsfallet HFD 2014 ref. 69). För att en åtgärd ska anses som förmildrande ska den ha vidtagits före Konkurrensverket inlett sin granskning.

BTEA har anfört att bolaget inte aktivt verkat för att inte följa LUF utan informellt verkat för att främja konkurrensen. Mot bakgrund av bolagets lagstadgade skyldigheter att upphandla enligt LUF, så kan inte informella åtgärder uppväga brister i obligatoriska krav som följer av lag. Att det skulle finnas en tanke om att särskilt beakta betydelsen av en upphandlingsskadeavgift för glesbefolkad landsbygd anser förvaltningsrätten inte överensstämmer med principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt med ändamålet med LUF, nämligen att ta tillvara konkurrensen på den relevanta geografiska marknaden oavsett var den är placerad. BTEA har också anfört att en konsekvens av upphandlingsskadeavgiften för bolaget blir att avgiften riskerar att sakta ner eller stoppa BTEA:s miljöexpansion och att det i sin tur inte är i linje med regeringens miljömål. Förvaltningsrätten anser inte att det bör föranleda en lägre upphandlingsskadeavgift eftersom en sådan faktor inte kan anses ha en omedelbar relevans i förhållande till LUF. Inte heller bör uppgiften om att BTEA samordnat upphandlingen avseende elnät och bredbandstjänster inverka förmildrande, eftersom det skett först efter att Konkurrens-

verket påbörjat sin granskning. Dessa grunder kan därför inte föranleda att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned.

Konkurrensverket har menat att påståendet om att ingen leverantör på marknaden har lidit skada är rent hypotetiskt eftersom det inte går att besvara hur marknaden hade sett ut om bestämmelserna i LUF hade följts och de aktuella tjänsterna hade annonserats. BTEA har bl.a. hänvisat till den genomförda upphandlingen enligt LUF och anfört att den överträdelse som begåtts i praktiken haft liten påverkan på upphandlingsresultatet och att ingen leverantör lidit skada.

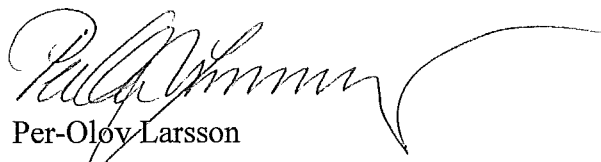
Som konstaterats i Konkurrensverkets ansökan så är syftet med upphandlingslagstiftningen att en upphandlande enhet på bästa sätt ska använda de offentliga medel som finansierar offentliga upphandlingar genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad (se också prop. 2009/10:180 s. 196). Konkurrensverket kan endast anses ha invänt mot BTEA:s beskrivning av den aktuella marknadssituationen genom att påpeka att bolaget kan dela upp marknaden för grävtjänster geografiskt och att grävtjänsterna inte har någon unik karaktär. I målet får därför anses visat att det på den relevanta geografiska marknaden endast funnits ett mycket begränsat antal entreprenörer som tillhandahåller grävtjänster. Utbudet av sådana tjänster har således varit starkt begränsat varför tjänsternas karaktär i sig blir sekundärt i bedömningen av i hur stor grad BTEA kunnat uppsöka och dra nytta av konkurrensen på den aktuella marknaden. Det har inte framkommit något i målet som tyder på att en geografisk uppdelning av marknaden skulle ha kunnat öka utbudet av gräventreprenörer och att BTEA på så vis skulle ha kunnat uppsöka och dra nytta av ett större urval av leverantörer på den aktuella marknaden. Även om det som utgångspunkt får anses vara ett hypotetiskt påstående att ingen lidit skada då BTEA under lång tid i någon mån sannolikt medverkat till att snedvrیدا marknaden och utbudet av gräventreprenörer, så framstår det också som orimligt mot bakgrund av BTEA:s beskrivning av marknadssitua-

ionen, den genomförda upphandlingens entydiga resultat och det låga kontraktsvärdet att inte låta dessa omständigheter påverka avgiftens storlek. Då Konkurrensverket inte synes ha beaktat dessa omständigheter i sitt yrkande anser förvaltningsrätten därför att en nedsättning är påkallad på grund av de speciella omständigheterna i denna del.

Vid en samlad bedömning av de i målet anförda omständigheterna anser förvaltningsrätten att 480 000 kr i upphandlingsskadeavgift framstår som effektivt, proportionerligt och tillräckligt avskräckande.

Förvaltningsrätten lämnar därför delvis bifall till Konkurrensverkets ansökan och beslutar att BTEA ska betala upphandlingsskadeavgift om 480 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C).



Per-Olov Larsson
rådmän

Målet har föredragits av föredraganden Benjamin Älmedal.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.