



Förvaltningsrätten i Härnösand
Box 314
871 27 Härnösand

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Länstrafiken i Jämtlands län AB (556437-0194), Hamngatan 14, 831 31 Östersund

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 3 LUF förpliktar Länstrafiken i Jämtlands län AB att betala 1 900 000 (en miljon niohundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

- 1 Länstrafiken i Jämtlands län AB (LTR) har brutit mot LUF genom att bolaget den 31 augusti 2010 har slutit ett avtal med FARA ASA ("FARA") om inköp av ett biljetthanteringssystem, "FARA Ticketing", utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LUF, trots att förutsättningarna för detta inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet är därför att betrakta som en otillåten direktupphandling.

Bakgrund

- 2 LTR är ett aktiebolag som samägs av Jämtlands läns landsting och de åtta kommunerna i Jämtlands län. Bolaget är trafik huvudman för kollektivtrafiken i Jämtlands län och dess verksamhet består till största delen av tillhandahållande av allmän kollektivtrafik med buss, tåg och linjebil inom länet. LTR är enligt 2 kap. 20-21 och 12 §§ LUF en upphandlande enhet. Utförandet av all kollektivtrafik inom ramen för LTR:s verksamhet sker av olika upphandlade privata leverantörer.
- 3 Under 1990-talet köpte LTR in ett elektroniskt biljetthanteringssystem av företaget CPT Nordic/ProData. Länstrafikbolagen i de fyra nordligaste länen i Sverige samverkade för att kunna skapa en gemensam taxe- och biljettstruktur för hela området. År 2000 gjordes en ny upphandling med utökade krav på teknisk kompatibilitet och integration mellan de olika länstrafikbolagens biljetthanteringssystem. Även denna gång tilldelades kontraktet till CPT Nordic. Det system som levererades benämndes PCE.
- 4 Åren 2007-2010 förnyade LTR biljetthanteringen delvis med ett nytt system för stadstrafikbussar som benämndes Travelmaster. PCE-systemet användes även fortsättningsvis inom landsbygdstrafiken. Även de andra länstrafikbolagen hade under åren 2007-2008 uppgraderat sina system med Travelmaster.
- 5 År 2008 gick CPT Nordic i konkurs och inkråmet i bolaget, däribland avtalen med länstrafikbolagen rörande biljetthanteringssystem, köptes av FARA, som är ett norskt företag som bildades i december 2005 (se bilaga 1 till denna ansökan). Den nya ägaren tog ansvar för att lämna service och sköta utveckling av program och maskinvara till sina användare.
- 6 Under inledningen av år 2009 meddelade FARA att båda de befintliga biljetthanteringssystemen PCE och Travelmaster skulle tas ur produktion och inte heller utvecklas eller underhållas vidare. FARA ville genom renodling skapa en enda gemensam plattform, FARA Ticketing. LTR:s planering före FARA:s meddelande om att systemen skulle tas ur bruk var att "hålla liv" i PCE till år 2012.



Avtalet

- 7 Den 31 augusti 2010 ingick LTR och FARA ett avtal om köp av FARA Ticketing (bilaga 2 till denna ansökan). Det är detta avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift. Avtalet omfattar förutom köp av själva systemet också leverans, installation, utbildning samt möjlighet till framtida inköp av tilläggsutrustning (optioner). Projektets leverans påbörjades direkt i samband med kontraktsskrivningen och systemet är planerat att introduceras i trafiken under sommaren 2011.
- 8 Enligt 1 kap. 2 och 8 §§ LUF gäller denna lag bland annat vid upphandling av varor för verksamheter som består av tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter med järnväg eller buss m.m. Avtalet mellan LTR och FARA avser varor för en sådan verksamhet. Värdet av varorna i det aktuella avtalet överstiger värdet av installations-, underhålls- och utbildningstjänsterna. Avtalet är enligt 2 kap. 19 och 24 §§ LUF därmed att betrakta som ett varukontrakt.
- 9 Beräkningen av avtalets värde i mål om upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § andra stycket ske enligt 3 kap. 2 och 3 §§ LUF när det är fråga om avtal som skulle ha upphandlats enligt lagens direktivstyrda delar. Enligt 3 kap. 2 § LUF ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. År 2010 var tröskelvärdet, det vill säga det kontraktsvärde som styr om lagens direktivstyrda delar ska tillämpas, 3 849 489 kronor för upphandling av varor enligt LUF (SFS 2010:53).
- 10 Enligt vad som är angivet i avtalet den 31 augusti 2010 uppgår kontraktsvärdet till 14 550 000 kronor. Dessutom anges i 10 § i avtalet att beställaren har rätt att beställa kompletterande leveranser, "optioner". I en bilaga till köpekontraktet, Dokument 6 (bilaga 3 till denna ansökan) framgår vilka optioner som finns enligt avtalet.
- 11 Konkurrensverket gör antagandet att de optioner som avser *bussutrustning* (punkt 1.7.1, 38 977 kronor), *bärbar biljettmaskin* (punkt 1.7.2, 30 047 kronor) och *kontrollmaskin* (punkt 1.7.3, 24 013 kronor) kommer att utnyttjas 100 gånger vardera. Dessa optioner värderas därmed till 9 303 700 kronor ((38 977 * 100) + (30 047 * 100) + (24 013 * 100)).
- 12 Konkurrensverket gör vidare antagandet att de optioner som avser *extra utbildning av personal 1 dagskurs* (punkt 1.7.4, 4 990 kronor), *extra utbildning av personal 2-dagarskurs* (punkt 1.7.4, 7 490 kronor), *"salgskontor"* (punkt 1.7.5, 85 824 kronor), *webshop* (punkt 1.7.8, 250 000 kronor) samt *"Opsjon – Bärbar EMV Terminal"* (punkt 1.3.1, 13 720 + 640 + 659 + 823 + 823 + 366 + 128 + 585 +



122 = 17 866 kronor) kommer att utnyttjas en gång vardera. Dessa optioner värderas till 366 170 kronor (4 990 + 7 490 + 85 824 + 250 000 + 17 866).

- 13 Utöver de nu redogjorda kostnaderna finns ytterligare optioner och redovisade kostnader i Dokument 6 som Konkurrensverket inte har tagit med i beräkningen, eftersom det saknas information om dessas värden och/eller beräknad volym/omfattning (se bl.a. punkt 1.7.6, 1.7.8, 1.7.9 och 2.6).
- 14 Det sammanlagda värdet av avtalet, inklusive optioner, ska alltså beräknas till 24 219 870 kronor (14 550 000 + 9 303 700 + 366 170) och överstiger det aktuella tröskelvärdet. Upphandlingen skulle rätteligen ha handlagts enligt de direktivstyrda delarna i LUF och annonseras i Europeiska unionens tidning (EUT) och i elektronisk form i databasen Tenders Electronic Daily (TED). Något sådan annonsering har inte skett.
- 15 Konkurrensverket har berett LTR tillfälle att yttra sig över ett utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift. I utkastet presenterade Konkurrensverket en beräkning av avtalets värde vars totalsumma överensstämmer med den som anges i denna ansökan. LTR ombads att särskilt yttra sig över beräkningen av kontraktets värde, och yttra sig över i vilken omfattning optionerna beräknas användas samt även uppge i vilken omfattning motsvarande optioner använts i tidigare avtal.
- 16 LTR har i svar på utkastet hävdats att Konkurrensverkets beräkning av andelen optioner som kommer att utnyttjas är orimligt hög, särskilt beträffande bussutrustning. De fasta bussutrustningarna utgör enligt LTR alltid den tyngsta delen av kostnaderna för den maskinuppsättning som krävs.
- 17 LTR har inte presenterat någon egen beräkning av i vilken omfattning optionerna kommer att användas, redan har använts eller i vilken omfattning motsvarande eller liknande optioner använts i tidigare avtal. Någon bevisning i denna fråga har inte heller presenterats av LTR.
- 18 Konkurrensverket har inte kännedom om och förfogar inte över den relevanta bevisningen för att kunna fastställa omfattningen av de olika optionerna och därmed det totala uppskattade värdet av det aktuella avtalet. Därutöver har verket, såsom har redogjorts för ovan, inte tagit med kostnaderna för samtliga optioner i beräkningen av avtalets värde samt beräknat att vissa optioner kommer att utnyttjas endast en gång, trots att det verkliga utnyttjandet av dessa sannolikt är högre.
- 19 Konkurrensverket kan komma att justera beräkningen av avtalets värde och det yrkade upphandlingsskadeavgiftsbeloppet om LTR presenterar en vederhäftig redogörelse och inger bevisning till förvaltningsrätten i denna fråga.



Avtalet mellan LTR och FARA är en otillåten direktupphandling

- 20 Enligt huvudregeln i 7 kap. 1 § LUF ska en upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av undantagen i 4 kap. 2 § LUF.
- 21 Undantag från skyldigheten att följa bestämmelserna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna ska tolkas restriktivt. Den som åberopar en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantagsbestämelsen får tillämpas.¹
- 22 Det är således LTR som har att styrka att det aktuella avtalet fick ingås utan föregående annonsering enligt LUF.

Avtalet fick inte ingås utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska

- 23 Enligt 4 kap. 2 § 4 LUF får en upphandlande enhet tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.
- 24 LTR fick redan under inledningen av år 2009 kännedom om att de befintliga biljetthanteringssystemen PCE och Travelmaster skulle tas ur bruk av leverantören. Först ett och ett halvt år senare, den 31 augusti 2010, ingick LTR avtal med FARA om det nya biljetthanteringssystemet FARA Ticketing. Det nya systemet introduceras under sommaren 2011 i den trafik som LTR tillhandahåller. Att LTR blivit varse om att de befintliga biljetthanteringssystemen tas ur bruk två och ett halvt år innan det nya systemet introduceras i trafiken, utgör inte en omständighet som medför att en annonserad upphandling enligt LUF inte skulle ha hunnits med att genomföra. Någon synnerlig brådska kan således inte anses ha förelegat.
- 25 LTR har dessutom låtit FARA ensidigt säga upp avtalen rörande PCE och Travelmaster utan vidta några åtgärder för att kräva fortsatt leverans av de varor och tjänster i avtalen som behövdes för att systemen även fortsättningsvis skulle kunna användas. Alternativt hade avtalen rörande PCE och Travelmaster 1) redan löpt ut vid tidpunkten för FARAs besked i början av år 2009 eller 2) över huvud taget inte haft någon löptid/bindningstid. Oavsett

¹ Se bl.a. mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2001/02:142 s. 99 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.



hur de gamla avtalen varit konstruerade har LTR underlåtit att agera på ett sådant sätt och med sådan framförhållning som krävs av en upphandlande enhet för att i rimlig mån undvika att försätta sig i en situation där man av tidsskäl anser sig nödgad att tilldela kontrakt utan föregående annonsering.

- 26 Enligt Konkurrensverkets mening visar dessa omständigheter att det inte förelegat någon synnerlig brådska på grund av omständigheter som LTR inte kunde förutse och som gjort det omöjligt för LTR att hinna med en annonserad upphandling enligt LUF i syfte att köpa in ett nytt biljetthanteringssystem.
- 27 Det förelåg därför inte förutsättningar att ingå avtalet med FARA om köp av FARA Ticketing utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska enligt 4 kap. 2 § 4 LUF.

Avtalet fick inte ingås utan föregående annonsering med stöd av undantaget för kompletterande varuleveranser

- 28 Enligt 4 kap. 2 § 5 LUF får en upphandlande enhet tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören, om varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande enheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll.
- 29 LTR har anfört att avtalet fick ingås utan föregående annonsering på grund av undantaget för kompletterande varuleveranser, med hänsyn till LTR:s val att fortsätta med samma system och att bibehålla samma grundsystem som samarbetande norrlandslän. Att byta system skulle i detta fall enligt LTR medföra betydande risker för kompatibilitet med LTR:s partners och övriga redan gjorda investeringar.
- 30 Konkurrensverket vill fästa rättens uppmärksamhet på att det nya biljetthanteringssystemet FARA Ticketing, enligt vad LTR själv har uppgett, helt kommer att ersätta de två äldre systemen. FARA Ticketing kan således inte anses utgöra något delvis utbyte till de tidigare levererade systemen PCE och Travelmaster. Det är inte heller fråga om ett tillägg till PCE eller Travelmaster eftersom det är ett helt nytt system. Likaså saknar den eventuella tekniska kompatibiliteten mellan FARA Ticketing och de först anskaffade systemen betydelse, eftersom de äldre systemen helt tas ur bruk i och med introduktionen av det nya systemet. Undantaget rörande tilläggsleveranser i 4 kap. 2 § 5 LUF är således inte tillämpligt när gamla system tas ur bruk och ett helt nytt köps in på det sätt som skett i detta fall.



- 31 Frågan är då om LTR:s köp av FARA Ticketing kan anses utgöra tilläggsleveranser till inköp av detta system som andra trafikhuvudmän i de övriga tre norrlandslänen påstås ha genomfört. Konkurrensverket anser att undantaget rörande tilläggsleveranser, som ska tillämpas restriktivt, över huvud taget inte kan tillämpas när de påstådda tilläggsköpen görs av en upphandlande enhet som inte var part i eller på annat sätt deltog i den ursprungliga annonserade upphandlingen enligt LUF. Andra trafikhuvudmäns upphandlingar av FARA Ticketing får således inte ligga till grund för LTR:s "tilläggsköp". Redan på denna grund utgör avtalet mellan LTR och FARA en otillåten direktupphandling.
- 32 Även om rätten skulle frångå principen om att undantagen från annonseringsskyldigheten tillämpas restriktivt och finna att också andra enheter än den eller de som omfattades av den ursprungliga upphandlingen får göra tilläggsköp, kan det konstateras att det inte har skett någon annonserad upphandling enligt LUF av FARA Ticketing av någon av de tre trafikhuvudmän som LTR hänvisat till. Enligt Konkurrensverkets bedömning måste det, för att undantaget för tilläggsleveranser ska få användas, krävas att den ursprungliga upphandlingen som tilläggsköpet stödjer sig på har skett genom en annonsering enligt LUF.² I annat fall skulle ett tilläggsköp kunna vara tillåtet trots att det ursprungliga avtalet som tilläggsköpet hänförs till ingåtts genom en otillåten direktupphandling.
- 33 Konkurrensverket har genom sökningar i den europeiska databasen TED och i de svenska annonseringsdatabaserna Opic och Allego (dessa två är numera sammanslagna till en databas) kontrollerat huruvida några annonserade upphandlingar av biljetthanteringssystem har genomförts över huvud taget av trafikhuvudmännen i Västernorrland, Västerbotten eller Norrbottens län. Det förekommer inga annonser om upphandlingar av biljetthanteringssystem i de aktuella databaserna där kontrakt tilldelats till FARA. Den enda annonserade upphandlingen rörande biljetthanteringssystem över huvud taget som Konkurrensverket har återfunnit genomfördes av Länstrafiken i Norrbotten AB år 2002 (se bilaga 4), det vill säga tre år innan företaget FARA bildades, minst tre år innan FARA Ticketing introducerades på marknaden och åtta år innan avtalet mellan LTR och FARA ingicks. LTR:s avtal med FARA avseende FARA Ticketing kan således inte utgöra tilläggsleveranser till den upphandling som genomfördes av Länstrafiken i Norrbotten AB år 2002.
- 34 Konkurrensverket har återfunnit två meddelanden om frivillig förhandsinsyn³ från Länstrafiken i Västerbotten AB och Västernorrlands läns trafik AB

² Se Kammarrätten i Stockholms dom den 14 september 2010 i mål nr 6784-09 för ett liknande resonemang.

³ En upphandlande enhet kan publicera ett meddelande om så kallad frivillig förhandsinsyn om enheten anser att den har rätt att göra ett inköp utan att genomföra en annonserad upphandling. Om



daterade den 1 juni 2011 som avser tilldelning av avtal rörande biljetthanteringssystem till FARA (se bilaga 5 och 6). Ett meddelande om frivillig förhandsinsyn förutsätter att ett avtal med leverantören ännu inte har ingåtts, eftersom det måste iakttas en avtalsspärr efter publiceringen av meddelandet för att förhandsinsynen ska kunna få avsedd verkan (16 kap. 8 och 17 §§ LUF).

- 35 LTR:s inköp av FARA Ticketing kan således inte ha skett som tilläggsleveranser till Västernorrlands läns trafik AB eller Länstrafiken i Västerbotten AB:s inköp av biljetthanteringssystem, eftersom LTR ingick avtal med FARA den 31 augusti 2010, mer än nio månader innan meddelandena om förhandsinsyn publicerades.
- 36 Sammanfattningsvis har LTR således inte fått ingå det aktuella avtalet med FARA utan föregående annonsering på grund av att det påstås utgöra kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören enligt 4 kap. 2 § 5 LUF, eftersom det saknas en annonserad upphandling enligt LUF som LTR kunnat stödja det påstådda tilläggsköpet på. Det aktuella avtalet utgör därför även av dessa skäl en otillåten direktupphandling.
- 37 Det har inte heller framkommit några andra omständigheter som medger rätt till undantag från annonseringsskyldigheten med stöd av någon annan bestämmelse i LUF.
- 38 Konkurrensverket vill poängtera att verket inte ifrågasätter LTR:s och de övriga trafikhuvudmännens gemensamma vilja att ha biljetthanteringssystem som är kompatibla med varandra i syfte att underlätta resande över länsgränserna. Det framstår emellertid som uppenbart att vare sig LTR eller de övriga trafikhuvudmännen har konkurrensutsatt inköpen av biljetthanteringssystem på det sätt som krävs enligt LUF, och som också måste ha varit praktiskt möjligt, utan man har istället låtit leverantören av de befintliga systemen få leverera även det nya, utan att det funnits giltiga skäl för undantag från annonseringsskyldigheten. Det kan upplysas om att det bara i Sverige, utöver FARA, finns åtminstone fyra andra leverantörer av biljetthanteringssystem till trafikföretag såsom SJ, Västtrafik, Skånetrafiken, SL och Östgötra-
trafiken. Två leverantörer har avtal med flera trafikhuvudmän som bildar två olika större länsöverskridande trafikregioner. Det har således inte saknats konkurrenter till FARA med kapacitet att leverera biljetthanteringssystem, vare sig till enskilda trafikhuvudmän eller till sammanslutningar av sådana.

en korrekt förhandsinsyn genomförs undviker den upphandlande enheten risken för att ett ingånget avtal efter överprövning ogiltigförklaras av domstol, se bl.a. 7 kap. 7 § och 16 kap. 17 § LUF.



Övergångsbestämmelsen och upphandlingens påbörjande

- 39 Reglerna om bl.a. upphandlingsskadeavgift i 17 kap. LUF trädde i kraft den 15 juli 2010 (lag 2010:572). Enligt övergångsbestämmelsen till 2010 års ändringar gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.
- 40 En upphandling anses påbörjad när den upphandlande enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud. När det gäller otillåten direktupphandling, det vill säga när ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LUF, får, enligt förarbetsuttalandena, en sådan anses påbörjad *först när avtalet har slutits* om inte enheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.⁴
- 41 Det bör noteras att det saknas bestämmelser i de bakomliggande upphandlings- och rättsmedelsdirektiven som anger hur övergångsbestämmelser till nationella regler som genomför dessa direktiv ska tillämpas och tolkas. Det är således fråga om en materiell situation som inte omfattas av någon EU-rättslig reglering, varför det är upp till den nationella lagstiftaren att i sin interna rättsordning reglera innebörden av övergångsbestämmelser i upphandlingslagstiftningen. Medlemsstaterna måste emellertid agera lojalt gentemot unionen, så att inte övergångsbestämmelser i praktiken medför en försening av genomförandet av EU-direktiv.
- 42 Ändringsdirektivet (2007/66/EG), som låg till grund för de nya rättsmedelsreglerna i LOU, skulle ha genomförts i medlemsstaterna senast den 20 december 2009. Om någon annan – tidigare – tidpunkt än avtalets ingående skulle anses vara avgörande för vilka otillåtna direktupphandlingar som kan bli föremål för talan i domstol enligt de nya reglerna i LUF (dvs. ogiltighetstalan enligt 16 kap. 15 § respektive ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 §), skulle det innebära en avsevärd fördröjning av genomförandet av ändringsdirektivet, i strid mot Sveriges förpliktelser gentemot unionen. En enhet som gjort en otillåten direktupphandling skulle då kunna hävda att man innan den 15 juli 2010 bestämde sig för att direkttilldela det aktuella kontraktet, varför överträdelsen inte skulle kunna beivras med de nya sanktionsreglerna. Sådana invändningar skulle kunna göras av enheter under en lång tid framöver, vilket skulle motverka de avsedda effekterna med lagstiftningen.
- 43 Någon sådan ytterligare fördröjning av genomförandet har inte varit den svenska lagstiftarens avsikt med de nya reglerna i LUF. Därför har det ut-

⁴ Prop. 2009/10:180 s. 310, 374 och 398.



tryckligen angetts i prop. 2009/10:180 s. 310 och 374 att en otillåten direktupphandling anses påbörjad först i och med att avtalet slutits.

- 44 LTR:s otillåtna direktupphandling av biljetthanteringssystemet FARA Ticketing har således påbörjats vid tidpunkten för avtalets ingående den 31 augusti 2010, varför reglerna om upphandlingsskadeavgift i LUF är tillämpliga på den aktuella överträdelsen.

Upphandlingsskadeavgift

- 45 Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3 LUF efter ansökan av tillsynsmyndigheten besluta att en upphandlande enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket är enligt 18 kap. 1 § LUF och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket tillsynsmyndighet för upphandling inom försörjningssektorerna. Ingen ansökan om överprövning av det aktuella avtalets giltighet har gjorts. Enligt 17 kap. 7 § andra stycket LUF ska en ansökan om upphandlingsskadeavgift i detta fall således ha kommit in till förvaltningsrätten senast inom ett år från det att avtalet slöts, det vill säga senast den 31 augusti 2011.
- 46 Upphandlingsskadeavgift kan tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Strikt ansvar gäller.
- 47 En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LUF uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får emellertid inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 § första stycket LUF ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.
- 48 Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgift är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att enheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra upphandlande enheter avhåller sig från överträdelser. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. I förarbetena erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.⁵
- 49 Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiften. Denna metod bidrar till en enhetlighet och

⁵ Prop. 2009/10:180 s. 196-197, 370.



förutsebarhet vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Avtalets värde är också ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelse en otillåten direktupphandling typiskt sett är – ju högre avtalsbelopp desto allvarligare överträdelse.⁶ Att ha avtalets värde som utgångspunkt vid beräkningen av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för system med offentligrättsliga sanktionsavgifter i svensk rätt, där lagstiftaren har framhållit att avgiftsbelopp så långt som möjligt bör kunna utgå ifrån ett mätbart moment i överträdelsen som gör det möjligt att förutse och fastställa hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet.⁷

- 50 Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och den svenska lagstiftaren vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt.⁸ En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den högre delen av skalan. Avgiften bör enligt Konkurrensverkets mening i allmänhet kunna bestämmas till mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar där vare sig några förmildrande eller försvårande omständigheter därutöver är för handen, bör avgiften kunna ligga i mitten av den högre delen av skalan, det vill säga 7-8 procent av avtalets värde.
- 51 Avtalet avser köp av varor över tröskelvärdet och LTR har ingått avtalet utan föregående annonsering. Något undantag från annonseringsskyldigheten har inte förelegat. Några förmildrande omständigheter har inte framkommit och Konkurrensverket finner därför att överträdelsens sanktionsvärde kan anses ligga inom det ovan angivna normalspannet om 7-8 procent.
- 52 Konkurrensverket har beräknat avtalets totala värde till ett belopp om 24 219 870 kronor. En upphandlingsskadeavgift i enlighet med det yrkade beloppet utgör 7,84 procent av avtalets värde. Den yrkade avgiften är enligt Konkurrensverkets mening en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Sammanfattning

- 53 Avtalet om mellan LTR och FARA om leverans av biljetthanteringssystemet FARA Ticketing är ett upphandlingspliktigt varukontrakt som borde ha föregåtts av en annonserad upphandling enligt LUF. De omständigheter som föregick avtalets ingående medför inte att det förelåg synnerlig brådska i den mening som avses i 4 kap. 2 § 4 LUF. Inte heller fick avtalet ingås med stöd av bestämmelsen om kompletterande varuleveranser i 4 kap. 2 § 5 LUF. Inga

⁶ Jfr prop. 2009/10:180 s. 197.

⁷ Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:JuU53. Jfr även prop. 2009/10:180 s. 183.

⁸ Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.

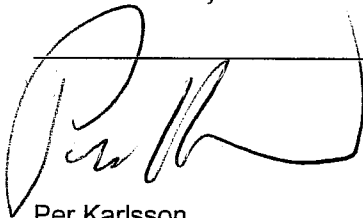


andra undantag från annonseringsskyldigheten har framkommit. Det ingångna avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

- 54 Avtalets värde ska beräknas till 24 219 870 kronor och omfattas av de direktivstyrda delarna av LUF.
- 55 Avtalet har ingåtts den 31 augusti 2010, det vill säga efter att reglerna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010. Enligt övergångsbestämmelsen till 2010 års ändringar i LUF anses en otillåten direktupphandling påbörjad först när avtalet har ingåtts, varför reglerna om upphandlingsskadeavgift är tillämpliga på överträdelsen.
- 56 Upphandlingsskadeavgiften vid otillåten direktupphandling bör beräknas med utgångspunkt i avtalets värde och ligga i den högre delen av tioprocentsskalan. Eftersom det inte har framkommit några förmildrande omständigheter i detta fall, utgör en avgift om 1 900 000 kronor – som motsvarar knappt åtta procent av avtalets värde – en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Skriftlig bevisning som åberopas

1. Information från FARA:s hemsida om bolagets uppkomst och utveckling.
2. Avtalet den 31 augusti 2010 mellan LTR och FARA.
3. Bilaga till avtalet, "Dokument 6".
4. Annons om upphandling av biljetthanteringssystem från Länstrafiken i Norrbotten AB, publicerad den 15 oktober 2002.
5. Meddelande om förhandsinsyn från Länstrafiken i Västerbotten AB den 1 juni 2011.
6. Meddelande om förhandsinsyn från Västernorrlands läns trafik AB den 1 juni 2011.



Per Karlsson



Daniel Johansson