

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ****DOM**
2016-08-26
Meddelad i
UmeåMål nr
1441-15**SÖKANDE**Konkurrensverket
103 85 Stockholm**MOTPART**Västernorrlands läns Trafik AB, 556205-1101
Box 114
872 23 KramforsOmbud: Advokaterna Anders Nilsson och Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och bestämmer att Västernorrlands läns Trafik AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om 1 700 000 kr.

Dok.Id 61011

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se www.forvaltningsratteniumea.domstol.se	090-13 75 88	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Västernorrlands läns Trafik Aktiebolag (VLTAB) ingick den 25 juli 2011 ett avtal med FARA ASA (FARA). Avtalsobjektet angavs vara uppgradering av befintligt biljetthanteringssystem till en ny version, Fara Ticketing. Därutöver omfattas projektgenomförande, leveransprovning, utbildning, dokumentation samt leverans av utrustningar. Före avtalets ingående publicerade VLTAB ett meddelande om frivillig förhandsinsyn i Tenders Electronic Daily, av vilket framgår att VLTAB avsåg att tilldela det aktuella kontraktet till Fara utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska.

I en ansökan som kom in till Förvaltningsrätten i Härnösand den 28 juni 2012, och som sedermera överlämnades till Förvaltningsrätten i Umeå med inkomstdatum den 2 juli 2012, yrkade Konkurrensverket att VLTAB skulle förpliktas att betala 1 700 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Som grund för avgiften angavs att ett avtal som ingåtts med FARA utgjort en otillåten direktupphandling.

I en dom den 3 december 2014 (mål nr 1231-12) avslog förvaltningsrätten Konkurrensverkets ansökan. Som skäl angavs sammanfattningsvis att VLTAB uppfyllt samtliga förutsättningar i 4 kap. 2 § 4. LUF, varför det aktuella avtalet inte utgjorde en otillåten direktupphandling.

Konkurrensverket överklagade förvaltningsrättens avgörande till Kammarrätten i Sundsvall som i en dom den 26 augusti 2015 (mål nr 3209-14) fann att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 2 § 4. LUF inte var tillämplig, men att förvaltningsrätten inte prövat om avtalet fått slutas utan föregående annonsering med stöd av undantagsbestämmelsen i 4 kap. 2 § 3. LUF och inte heller upphandlingsskadeavgiftens storlek. Kammarrätten visade därför målet åter till förvaltningsrätten för prövning av om det finns andra bestämmelser i LUF än reglerna om synnerlig brådska som medger

undantag från annonseringsskyldigheten och, om så inte är fallet, för en prövning av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

VLTAB överklagade kammarrättens dom till Högsta förvaltningsdomstolen, som den 20 april 2016 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

YRKANDEN

Konkurrensverket yrkar att VLTAB ska förpliktas att betala 1 700 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

VLTAB anser att ansökan ska avslås. I andra hand görs gällande att upphandlingsskadeavgiften ska efterges, alternativt fastställas till ett lägre belopp än det som yrkats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Grunden för Konkurrensverkets talan är att VLTAB har brutit mot LUF genom att sluta ett avtal med 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 enligt Konkurrensverket att betrakta som en otillåten direktupphandling.

VLTAB gör gällande att den aktuella upphandlingen inte är en otillåten direktupphandling eftersom undantaget för tekniska skäl i 4 kap. 2 § 3. LUF är tillämpligt. Om förvaltningsrätten skulle anse att det är fråga om en otillåten direktupphandling anser VLTAB att överträdelsen är att betrakta som ringa, och i vart fall att synnerliga skäl föreligger att efterge upphandlingsskadeavgift.

Nedan redovisas under skilda rubriker tillämpliga författningsbestämmelser, en sammanfattning av parternas argumentation och förvaltningsrättens bedömning. En mer utförlig beskrivning av omständigheterna och argumentationen i målet finns i förvaltningsrättens nämnda dom i mål 1231-12 samt Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 3209-14.

Utgör det aktuella avtalet en otillåten direktupphandling?

Tillämpliga bestämmelser

Vid upphandling ska öppet, selektivt eller förhandlat förfarande användas. Tilldelning av kontrakt skall föregås av annonsering enligt 7 kap. 1 § om inte något annat följer av 2 §. (4 kap. 1 § LUF)

En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 2 §. (7 kap. 1 § LUF)

En upphandlande enhet får tilldela kontrakt utan föregående annonsering bl.a. om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör. (4 kap. 2 § 3. LUF)

Parternas argumentation

VLTAB har gjort gällande att det som har anskaffats genom avtalet är en uppgradering av det befintliga systemet där delar av det gamla systemets hårdvara fortfarande används. Enligt VLTAB finns det ingen annan leverantör på marknaden som erbjuder mjukvara till biljetthanteringssystem fristående från hårdvara. Leverantörer på marknaden erbjuder istället s.k. embedded solutions, dvs. hårdvara där mjukvaran är förinstallerad och inbyggd. FARA har därför varit den enda leverantör som kunnat leverera en uppgradering innehållande mjukvara som var kompatibel med den mjukvara

som VLTAB redan ägde. Alternativet hade varit att anskaffa ett helt nytt biljetthanteringssystem, vilket hade inneburit en merkostnad för VLTAB om ca 12,7 miljoner kr.

Det som har upphandlats har alltså, enligt VLTAB, varit en uppgradering av det befintliga systemet, och denna uppgradering har av tekniska skäl endast kunnat fullgöras av en leverantör, FARA. Förutsättningar har således förelegat att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § 3. LUF.

VLTAB har slutligen angett att man inte åberopar undantaget för kompletterande leveranser i 4 kap. 2 § 5. LUF.

Konkurrensverket har invänt att det inte är tillräckligt, för att det aktuella undantaget ska vara tillämpligt, att en viss leverantör bedöms kunna leverera den aktuella varan eller tjänsten bättre eller billigare än andra leverantörer på marknaden. Aktuell leverantör ska vara den enda som över huvud taget kan leverera det som efterfrågas, vilket följer av ordalydelsen i 4 kap. 2 § 3 LUF.

Enligt Konkurrensverket finns det inte stöd för VLTAB:s påstående att det handlar om en uppgradering av det befintliga biljetthanteringssystemet. I stället handlar det, enligt Konkurrensverket, huvudsakligen om anskaffning av ett helt nytt biljetthanteringssystem. Konkurrensverket har bl.a. hänvisat till att VLTAB inte närmare har beskrivit vilka konkreta delar i det äldre biljetthanteringssystemet som lever vidare i det nya systemet, att de uppgifter som VLTAB lämnat till Konkurrensverket visar att det inte handlar om en uppgradering utan om anskaffningar av helt nya produkter, att det av FARA:s skrivelser till VLTAB i januari och maj 2011 framgår att de äldre systemen ska utgå ur sortimentet och att personalen som arbetat

med systemen inte längre kommer att arbeta kvar hos företaget *samt att* det äldre systemet ursprungligen har tagits fram av ett annat företag.

Förvaltningsrättens bedömning

I målet är ostridigt att VLTAB utan föregående annonsering enligt LUF har slutit avtal om ett biljetthanteringssystem. Vidare är det ostridigt att det aktuella kontraktsvärdet överstiger tröskelvärdet i LUF. Upphandlingen skulle därmed ha annonserats enligt huvudregeln i 7 kap. 1 § LUF och det krävs därför att en undantagsbestämmelse är tillämplig för att den aktuella direktupphandlingen ska vara tillåten enligt LUF.

VLTAB hävdar att det som anskaffats genom avtalet är en uppgradering av det befintliga biljetthanteringssystemet där delar av det gamla systemets hårdvara fortfarande används. VLTAB har preciserat att de åberopade omständigheterna avser undantaget i 4 kap. 2 § 3. LUF och uttryckligen förklarat att undantaget i 4 kap. 2 § 5. LUF, avseende kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören, inte åberopas. Förvaltningsrättens prövning i denna del avser därför endast frågan om undantaget i 4 kap. 2 § 3 LUF varit tillämpligt.

EU-domstolen har uttalat att två kumulativa villkor ska vara uppfyllda för att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 2 § 3. LUF ska kunna tillämpas;

- att upphandlingsföremålet är av teknisk karaktär och
- att det därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet (C-394/02 Kommissionen mot Grekland, punkt 34).

Det är ostridigt att upphandlingsföremålet är av teknisk karaktär. Förvaltningsrätten anser emellertid att utredningen inte ger stöd för att det varit absolut nödvändigt att VLTAB skulle tilldela just FARA kontraktet. Det är ostridigt att det finns ett flertal leverantörer som kan tillhandahålla biljetthanteringssystem av den typ som efterfrågas. Mot denna bakgrund

samt med hänsyn tagen till hur de sammantagna kostnaderna för det upphandlade systemet i sin helhet, inklusive kostnader för nyinköpt hårdvara, systeminstallation, m.m., har beskrivits framgår det inte att ett ingående av avtal med en annan leverantör skulle kunna leda till opropor-tionerliga tekniska svårigheter eller kostnader för VLTAB. Det kan därför inte anses ha varit uteslutet att biljetthanteringssystem från en annan leverantör än FARA hade kunnat tillgodose VLTAB:s behov. Undantags-bestämmelsen i 4 kap. 2 § 3. LUF är således inte tillämplig och VLTAB har därmed genomfört en otillåten direktupphandling. Vad VLTAB anført om eventuella ensamrätter avseende källkod, m.m. eller merkostnader vid köp av ett helt nytt biljetthanteringssystem föranleder därför inte någon annan bedömning.

Upphandlingsskadeavgiften

Tillämpliga bestämmelser

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) bl.a. 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 § 3 p. LUF).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontrakts-värdet. (17 kap. 4 § första stycket 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)

Parternas argumentation

VLTAB har gjort gällande att överträdelsen är att betrakta som ringa och att någon avgift därför inte ska beslutas och att det i vart fall föreligger synnerliga skäl att efterge avgiften. Enligt VLTAB är överträdelsen ringa, bl.a. eftersom den inte har haft någon påverkan på upphandlingsresultatet. FARA har ju varit den enda leverantör som, på grund av tekniska skäl, kunnat uppgradera TravelMaster. Varje annan leverantör skulle vid en upphandling ha varit tvungen att offerera ett helt nytt biljetthanteringssystem, vilket hade blivit väsentligt dyrare och FARA hade alltså vunnit upphandlingen.

Konkurrensverket har invänt att det inte finns något stöd i rättspraxis eller andra rättskällor för VLTAB:s påstående. Konkurrensverket har vidare anfört att det inte går att spekulera i vem som skulle ha kunnat vinna upphandlingen om den hade annonserats på rätt sätt. Enligt Konkurrensverket ligger det i överträdelsens natur vid otillåten direktupphandling att en sådan regelmässigt kan påverka upphandlingsresultatet.

VLTAB har också gjort gällande att det föreligger synnerliga skäl att efterge upphandlingsskadeavgiften. Enligt VLTAB, som hänvisat till förarbetena till LUF, kan det utgöra synnerliga skäl för att efterge upphandlingsskadeavgiften att det har uppstått en sådan tidsnöd att den upphandlande enheten anser sig tvungen att direktupphandla för att säkerställa ett tvingande hänsyn till allmänintresse. Upprätthållande av kollektivtrafiken i länet utgör ett tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Konkurrensverket har bl.a. invänt att sanktionsvärdet inte kan betraktas som lågt enbart för att det som upphandlats ska tillgodose viktiga behov. I så fall skulle, enligt Konkurrensverket, en mycket stor andel av upphandlande enheters anskaffningar aldrig kunna åsättas ett normalt sanktionsvärde i

händelse av att de sker genom otillåtna direktupphandlingar. Vidare handlar det inte om några tvingande hänsyn till ett allmänintresse eftersom de olägenheter VLTAB skulle kunna ha drabbats av om avtalet inte hade ingåtts med FARA är ekonomiska (uteblivna biljettintäkter).

Konkurrensverket har beräknat avtalets totala värde till 24 313 198 kr och menar att en upphandlingsskadeavgift om cirka sju procent av avtalets värde, dvs. 1 700 000 kr, är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Eftersom lagstiftaren har uttalat att sanktionsvärdet för otillåtna direktupphandlingar ofta kan anses vara högt anser Konkurrensverket att upphandlingsskadeavgiften vid otillåten direktupphandling i normalfallet bör ligga i mitten av den övre delen av tioprocentsskalan.

VLTAB har invänt mot beräkningen av kontraktsvärdet och gjort gällande att det vore orimligt om optioner eller rörliga delar ska beaktas som om de utnyttjas även om det står klart att de inte har eller kommer att utnyttjas. Enligt VLTAB ska kontraktets sammanlagda värde bestämmas till 18 111 670 kr avseende grundpriset och 4 179 194 kr avseende utnyttjande av optioner, eller sammanlagt 22 290 864 kr.

VLTAB har vidare gjort gällande att en eventuell överträdelse av LUF inte på något sätt kan betraktas som klar, eftersom rättsläget är oklart. Överträdelsen ska därför betraktas som mindre allvarlig. Vidare bör det betraktas som förmildrande omständigheter att VLTAB publicerat ett meddelande om förhandsinsyn och således gett potentiella leverantörer en möjlighet att överpröva upphandlingen och att kontrakt inte tecknats ”i smyg”.

VLTAB anser att utgångspunkten bör vara att upphandlingsskadeavgiften vid en otillåten direktupphandling av normalgraden bestäms till 5 procent av

kontraktets värde och att den i det aktuella fallet bör bestämmas betydligt lägre med hänsyn till förmildrande omständigheter.

Konkurrensverket har invänt att publicering av ett meddelande om frivillig förhandsinsyn överhuvudtaget inte kan påverka sanktionsvärdet och avgiftens storlek, och att meddelandet därutöver har varit vilseledande eftersom VLTAB inte angett att man ansåg att kontraktet av tekniska skäl endast kunde fullgöras av FARA.

Förvaltningsrättens bedömning

Eftersom VLTAB har genomfört en otillåten direktupphandling kan förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § LUF besluta att VLTAB ska betala en upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten anser inte att överträdelsen kan betraktas som ringa. VLTAB ska därför åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift. Härfter återstår att pröva frågan hur stor upphandlingsskadeavgift VLTAB ska åläggas att betala.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt 17 kap. 4 § LUF uppgå till mellan 10 000 kr och 10 000 000 kr. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 3 kap. 2 § LUF ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Förvaltningsrätten anser att bestämmelsen inte ger utrymme för att uppskatta kontraktbeloppet på det sätt VLTAB vill göra gällande, dvs. att icke utnyttjade optioner inte ska beaktas. Konkurrensverket har beräknat att kontraktsvärdet, inklusive optioner, uppgår till 24 313 198 kr.

Förvaltningsrätten finner inte skäl att frångå denna beräkning.

Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kr – 2 431 319 kr.

I förarbetena anges bl.a. att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften 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 allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. I förarbetena erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande (prop. 2009/10:180 s. 196-197 och 370).

VLTAB har anfört att direktupphandlingen i detta mål har ett lågt sanktionsvärde och att det föreligger flera förmildrande omständigheter. Enligt VLTAB uppskattas kostnaden för ett helt nytt biljetthanteringssystem vara 12,7 miljoner kr högre jämfört med den uppgradering som skett, vilket innebär att någon annan leverantör än FARA inte skulle ha kommit ifråga ens om ett annonserat förfarande hade genomförts. Överträdelsen har därför, enligt VLTAB, i praktiken inte haft någon som helst påverkan på upphandlingsresultatet. VLTAB anför vidare att frivillig förhandsinsyn har skett och som inte har blivit föremål för överprövning, att det som upphandlats skulle tillgodose viktiga behov samt att det inte varit fråga om något medvetet kringgående av LUF.

Enligt förvaltningsrätten motiverar inte den genomförda förhandsinsynen att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ner. Inte heller föreligger det enligt förvaltningsrättens mening någon annan förmildrande omständighet som motiverar att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ner på det sätt VLTAB anfört. Förvaltningsrätten finner inte heller några synnerliga skäl som talar för eftergift.

Mot bakgrund av vad som anförts ovan och då den överträdelse som VLTAB har begått tillhör de allvarligaste som finns inom upphandlings-

området (prop. 2009/10:180 s. 187 och 197) anser förvaltningsrätten att det inte finns några skäl att bestämma upphandlingsskadeavgiftens storlek till ett lägre belopp än det Konkurrensverket har ansökt om, dvs. 1 700 000 kr. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas.

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

Patrik Södergren
Rådman

Målet har föredragits av Kristin Persson.



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.