

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2013-09-06
Meddelad i
KarlstadMål nr
2670-12 E**SÖKANDE**
Konkurrensverket
103 85 Stockholm**MOTPART**
Länstrafiken Örebro AB, 556184-3334
Box 8013
700 08 ÖrebroOmbud: Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

KONKURRENSVERKET	
2013-09-06	
Avd	JU
Dnr	394/2012
KSnr	862 Aktbil

*dos:***SAKEN**
Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
- LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Länstrafiken Örebro AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om 1 500 000 kronor.

Dok.Id 84882

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad**Besöksadress**
Rådhuset, Stora
torget**Telefon**
054-14 85 00
E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.domstol.se**Telefax**
054-14 85 30**Expeditionstid**
måndag - fredag
08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**Sida 2
2670-12 E**BAKGRUND**

Länstrafiken Örebro AB (Länstrafiken) är huvudman för kollektivtrafiken i Örebro län. Transam AB (Transam) har varit ett helägt dotterbolag till Länstrafiken. Den 19 mars 2012 har Transam genom en fusion uppgått i Länstrafiken. Den 25 oktober 2010 ingick Länstrafiken ett avtal med Transam avseende utförande av tjänster i en beställningscentral för samhällsbetalda transporter m.m. Avtalet gällde från och med den 1 november 2010 och fram till och med fusionen mellan de båda företagen den 19 mars 2012.

Samres AB (Samres) ansökte om överprövning av giltigheten av avtalet mellan Länstrafiken och Transam. Förvaltningsrätten i Karlstad biföll i dom den 26 juli 2011 (mål nr 1466-11) Samres ansökan och ogiltigförklarade avtalet. Länstrafiken överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Göteborg, som i lagakraftvunnen dom den 2 december 2011 upphävde förvaltningsrättens dom och avslog ansökan om ogiltighetsförklaring av avtalet. Kammarrätten fastställde i domskälen att avtalet ingåtts genom en otillåten direktupphandling men fann att det förelåg tvingande hänsyn till ett allmänintresse, varför det fanns skäl att låta avtalet bestå.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar i ansökan att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § punkten 2 LOU beslutar att Länstrafiken ska betala 1 500 000 kronor i upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket anför huvudsakligen följande som skäl för sin talan.

Avtalets värde

Under skriftväxlingen i förvaltningsrätten uppgav Samres att värdet av avtalet uppgick till ungefär 15 miljoner kronor per år. Länstrafiken har

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD

DOM

Sida 3
2670-12 E

på fråga från Konkurrensverket vidgått denna uppgift. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta uppgiften och utgår därmed ifrån att värdet av avtalet uppgår till 15 miljoner kronor per år. Avtalet har gällt under ca 16 ½ månad. Mot denna bakgrund bedömer Konkurrensverket att värdet av det aktuella avtalet bör uppskattas till 20 625 000 kronor ((15 000 000 kronor per år / 12 månader) × 16 ½ månad).

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

I förevarande mål om upphandlingsskadeavgift finns ingen möjlighet att ompröva huruvida det ingångna avtalet är en otillåten direktupphandling eller andra frågor som hade betydelse för prövningen i ogiltighetsmålet. De bakomliggande omständigheterna har i detta mål endast betydelse för sanktionsvärdet och avgiftens storlek. Upphandlingsskadeavgiftens storlek bör 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. Konkurrensverket har i mål om upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling ansett att avgiften för en sådan överträdelse av normalgraden bör ligga i mitten av den högre delen av tioprocentsskalan, det vill säga ca 7 - 8 procent av avtalets värde. Att avtalen har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, kan inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Länstrafiken har redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig att det fanns tvingande hänsyn. Det kan inte ha varit den svenska lagstiftarens avsikt att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ner så snart det i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet har fastställts att det förelegat tvingande hänsyn till ett allmänintresse. En sådan ordning skulle dessutom riskera att vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

Även om det ännu inte gällande in-house-undantaget i 2 kap. 10 a § LOU skulle tillämpas på avtalet mellan Länstrafiken och Transam, skulle avtalet

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD

DOM

Sida 4
2670-12 E

inte vara undantaget upphandlingsskyldighet (förvaltningsrätten noterar att 2 kap. 10 a § LOU har trätt i kraft den 1 januari 2013). Det så kallade verksamhetskriteriet i nämnda paragraf torde nämligen inte vara uppfyllt i relationen mellan Transam och Länstrafiken. Under år 2010 uppgick ersättningen till Transam från Länstrafiken till 16 282 000 kronor, medan intäkterna från andra än Länstrafiken uppgick till 6 583 000 kronor. Under år 2011 uppgick ersättningen från Länstrafiken till 17 777 000 kronor och intäkterna från andra än Länstrafiken uppgick till 6 730 000 kronor. Detta ger vid handen att mer än en tredjedel, eller ca 37 procent, av intäkterna under de två senaste åren inte kommer från Länstrafiken. När en sådan kvantitativt stor andel av Transams intäkter kommer från andra än Länstrafiken är det uteslutet att Transam skulle kunna anses bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med Länstrafiken. Det medför att avtalet mellan Länstrafiken och Transam inte hade varit undantaget från lagens tillämpningsområde. Därmed kan detta inte heller utgöra en förmildrande omständighet vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek i detta fall.

En upphandlingsskadeavgift om 1 500 000 kronor utgör ca sju procent av avtalets värde och är enligt Konkurrensverkets mening vid en samlagen bedömning en skälig och proportionerlig sanktion för Länstrafikens otillåtna direktupphandling.

Länstrafiken anser att Konkurrensverkets ansökan ska lämnas utan bifall och anför i svar huvudsakligen följande.

Länstrafiken vitsordar att Kammarrätten i Göteborg genom lagakraftvunnen dom har fastställt att avtalet som har ingåtts mellan Länstrafiken och Transam ska bestå med hänsyn till tvingande hänsyn till ett allmänintresse, att Transam, som var ett helägt dotterbolag till Länstrafiken den 19 mars 2012 genom fusion har uppgått i Länstrafiken, att avtal den 25 oktober 2010 ingicks mellan Transam och Länstrafiken och att avtalet gällde mel-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**Sida 5
2670-12 E

lan den 1 november 2010 och den 19 mars 2012. Länstrafiken anser att avgiften i första hand ska efterges på grund av synnerliga skäl. Under inga förhållanden ska upphandlingsskadeavgiften fastställas till högre än en procent av kontraktsvärdet, beaktat tolv månader av otillåtlighet, d.v.s. totalt 150 000 kronor.

Ringa fall och synnerliga skäl

Länstrafiken menar att det är fråga om ringa fall och synnerliga skäl. Avtalet är samhällsviktigt. Länstrafiken har fram till årsskiftet 2011/2012 varit trafik huvudman i Örebro län, då den nya kollektivtrafiklagen trädde i kraft. Lagen antogs av riksdagen under sommaren 2010. En ny kollektivtrafikmyndighet inrättades vid årsskiftet 2011/2012. Örebro läns landsting är numera ny kollektivtrafikmyndighet. Stora omorganisationer var behövliga. De tjänster som avtalet omfattar utgör del av vad som måste utföras av den organisation som tillhandahåller kollektivtrafiken och de samhällsbetalda resorna. Länstrafiken bedömde, mot bakgrund av den nya lagstiftningen som skulle träda i kraft, att det var en oerhört stor insats att ta fram ett förfrågningsunderlag i det läge man befann sig. Man visste inte vilken myndighet som skulle ansvara för de mycket nära förbundna frågorna om kollektivtrafiken och inte heller hur ägandet av bolag eller annan form skulle se ut mellan regionens kommuner och landsting 14 månader senare. Den nya lagstiftningen om kollektivtrafiken, som trädde i kraft den 1 januari 2012, föranledde svårutredda och stora organisationsförändringar, av vilken Transams roll och de tjänster som utfördes i bolaget endast var en mycket liten del. Även om domstolarna har fastslagit att det inte har funnits synnerliga skäl att direktupphandla ligger omständigheterna nära synnerliga skäl för direkt upphandling av avtalet om tjänsterna, vilket ska beaktas (se prop. 2009/10:180 s. 198).

Avtalet är ingånget med ett helägt dotterbolag. Hade avtalet bestått efter årsskiftet 2012/2013 hade det varit tillåtligt och "läkt". Verksamhetskriteriet hade, om inte fusionen hade genomförts, varit uppfyllt efter 1 januari

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD

DOM

Sida 6
2670-12 E

2012, om det hade gått att separera från Länstrafikens övriga verksamhet. Intäkterna som avsett tjänsterna som utfördes under avtalet och efter årsskiftet 2011/2012 har endast kommit från Länstrafiken, annat än högst marginellt. De tidigare årsredovisningarna för Transam utvisar inte de förändringar som organisationsförändringarna medförde när den nya kollektivtrafikmyndigheten infördes. Det skulle vara stötande att påföra avgift i nuläget, när det inte ens hade varit frågan om en otillåten direktupphandling. Avtalet hade inte ens gått att förklara ogiltigt, om en prövning av förhållandena hade skett efter den 31 december 2012. Retroaktiviteten i in-house-undantagets utformning från den 1 januari 2013 ska därför ges genomslag även beträffande upphandlingsskadeavgiften. Skulle förvaltningsrätten finna att avgiften inte ska efterges ska avgiften fastställas till ett avsevärt mycket lägre belopp än vad Konkurrensverket har yrkat.

Avgiftens storlek

Länstrafiken anser att vid fastställande av avgiftens storlek ska följande beaktas. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Konkurrensverkets inställning är att omständigheter som hade betydelse för prövningen i ogiltighetsmålet inte ska beaktas vid mål om upphandlingsskadeavgift. Det är felaktigt och har dessutom underkänts av domstol (se Förvaltningsrätten i Jönköping, mål nr 5355/11). Länstrafiken anser att sanktionsvärdet ligger i den lägre delen av skalan, när ett avtal består på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. Det är inte fråga om normalgraden av otillåten direktupphandling. Upphandlingsskadeavgiften ska generellt sett vara lägre i dessa fall än när överträdelse sker av avtalsspärr eller när otillåtna direktupphandlingar av andra skäl angrips. Av förarbetena framgår att när ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt (se prop. 2009/2010:180 s. 198). Redan av detta skäl ska inte procentsatsen sättas högre än tre procent.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**Sida 7
2670-12 E

Som förmildrande omständigheter ska beaktas att Länstrafiken hade påbörjat fusionsprocessen i september 2011 och försökt att genomföra den så snabbt som möjligt. Avtalet har naturligtvis inte upphört med anledning av den inledda fusionsprocessen utan först när fusionen effektuerats, men vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiften ska det beaktas att fusionsbeslutet fattades den 12 oktober 2011. Det innebär att avtalet var otillåtligt under endast tolv månader, fram till dess att en effektiv åtgärd faktiskt vidtagits som skulle förändra situationen helt och hållet. En fusionsprocess tar alltid ett visst antal månader.

Länstrafiken menar vidare att som förmildrande omständighet ska beaktas att det är fråga om inköp av tjänst från ett helägt dotterbolag. Förvisso har undantaget för in-house-anskaffning inte tidigare kunnat åberopas. Emellertid hade den verksamhet som Transam bedrev inte intäkter annat än marginellt från annan än dess ägare sedan den nya kollektivtrafikmyndigheten infördes den 1 januari 2012. Det är emellertid oerhört svårt att visa att så sker med tanke på att fusionen är genomförd. Fusionen gjordes i huvudsak för att undkomma upphandlingsproblematiken. I efterhand har ny lagstiftning som rått bot på avtalets giltighet tillkommit, vilket även har fått retroaktiv verkan (prop. 2011/12:106 s. 115 f). Det i sig ska kraftigt påverka sanktionsvärdet i en mildrande riktning.

Samordningen av de samhällsbetalda resorna med mera, har inneburit att det inte alls har varit fråga om ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Med hänsyn till den nya kollektivtrafiklagen, som skulle träda i kraft den 1 januari 2012, och den omvälvande omorganisationsförändring som denna nya lagstiftning skulle medföra var det ursäktligt att Länstrafiken direkttilldelade avtalet till det egna dotterbolaget under övergångstiden till dess det klarnat hur ägandet och bolagsstrukturerna skulle se ut och i vilka bolag respektive verksamhet skulle läggas. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD

DOM

Sida 8
2670-12 E

Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig (prop. 2009/10:180 s. 197).

Konkurrensverket tillägger i yttrande i huvudsak följande.

Otillåtna direktupphandlingar betingar ett högt sanktionsvärde

Den överträdelse som ska beivras i förevarande mål är Länstrafikens otillåtna direktupphandling när man ingick avtalet med Transam. Det är alltså i förevarande mål fråga om att åsätta ett sanktionsvärde och besluta om en upphandlingsskadeavgift för en av de allvarligaste typerna av överträdelser av upphandlingslagstiftningen. Att den rättsliga grunden för att besluta om en upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § punkten 2 LOU skiljer sig från den rättsliga grunden i 17 kap. 1 § punkten 3 samma lag, innebär inte att de bakomliggande överträdelserna av LOU skiljer sig åt. Lagstiftaren har uttalat att sanktionsvärdet för otillåtna direktupphandlingar ofta kan anses vara högt (prop. 2009/10:180 s. 183). Upphandlingsskadeavgiften vid otillåten direktupphandling i normalfallet bör därför ligga i mitten av den övre delen av tioprocentsskalan.

Konkurrensverkets avgiftsmodell innehåller ett mätbart moment. Därutöver beaktas enligt modellen samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet vid fastställandet av avgiftens storlek. Avtalets ekonomiska värde är det enskilt viktigaste måttet på hur allvarlig en viss otillåten direktupphandling typiskt sett är. Med Konkurrensverkets modell blir upphandlingsskadeavgiften avskräckande och effektiv, samtidigt som kraven på rättssäkerhet, proportionalitet och att lika fall ska behandlas lika iakttas. Modellen medför att utrymmet för skönsmässiga bedömningar begränsas, samtidigt som alla omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka höjande eller sänkande på avgiften beaktas. Konkurrensverket har fått gehör för detta synsätt i ett stort antal avgöranden från kammarrätt och förvaltningsrätt där yrkade belopp i enlighet med modellen dömts ut av domstolarna. Domen från Förvaltningsrätten i Jönköping, som Länstrafiken

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**Sida 9
2670-12 E

hänvisar till, är den enda avseende otillåten direktupphandling där en domstol frångått Konkurrensverkets yrkande i själva avgiftsdelen. I det fallet fanns det emellertid förmildrande omständigheter, vilket föranledde Konkurrensverket att yrka en avgift motsvarande mindre än fem procent av avtalets värde. Förvaltningsrätten beslutade därefter om en avgift motsvarande 3,3 procent.

Konkurrensverket har inte gjort gällande att omständigheter som hade betydelse för prövningen i ogiltighetsmålet inte ska beaktas i förevarande mål, utan Konkurrensverket anser att samtliga relevanta omständigheter ska beaktas vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde och fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Att en sådan helhetsbedömning ska göras innebär däremot naturligtvis inte att samtliga omständigheter som Länstrafiken anser vara förmildrande ska påverka sanktionsvärdet vid rättens bedömning. För att kunna påverka avgiftens storlek ska en omständighet på grund av sakliga skäl, vid en objektiv bedömning, vara av relevans för sanktionsvärdet.

Omständigheterna kring den konstaterade överträdelsen medför inte att den yrkade avgiften bör sänkas

Vad Länstrafiken har anfört om de påstådda svårigheterna att efterleva LOU på grund av organisatoriska förändringar och brådska vid införandet av den nya kollektivtrafiklagstiftningen, utgör enligt Konkurrensverkets bedömning inte omständigheter som medför att den yrkade avgiften bör sänkas. Utifrån förvaltningsrättens och kammarrättens respektive bedömningar i det lagakraftvunna målet är det enligt Konkurrensverket tydligt att det inte har varit fråga om en situation som ligger nära synnerlig brådska eller synnerliga skäl. Utifrån de beskrivna omständigheterna och domstolarnas bedömningar anser Konkurrensverket att en avgift som motsvarar ca sju procent av avtalets värde är en rimlig och proportionerlig sanktion för den konstaterade överträdelsen. Omständigheterna kan i detta fall inte

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD

DOM

Sida 10
2670-12 E

sägas avvika från vad som är vanligt förekommande vid otillåtna direktupphandlingar.

Att avtalet har fått bestå av tvingande hänsyn kan inte påverka upphandlingsskadeavgiftens storlek

Att ett avtal ogiltigförklaras är typiskt sett en åtgärd som är mer ingripande för en upphandlande myndighet än att betala en upphandlingsskadeavgift. Av bland annat detta skäl finns undantaget för tvingande hänsyn endast i mål om överprövning av avtals giltighet och inte i mål om upphandlingsskadeavgift. En upphandlande myndighet ska inte få tillgodoräkna sig den tvingande hänsynen två gånger, det vill säga både i ogiltighetsmålet och vid bedömningen av hur stor upphandlingsskadeavgift som ska utgå. Vid bedömningen av sanktionsvärdet måste det också beaktas att upphandlingsskadeavgiften är en sanktion som enligt rättsmedelsdirektiven måste utgå när avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn, vilken har föranlett att Konkurrensverket är skyldigt enligt lag att ansöka om upphandlingsskadeavgift i dessa situationer, i motsats till övriga otillåtna direktupphandlingar där Konkurrensverket själv får prioritera vilka ärenden som ska föranleda en ansökan i domstol. Ett synsätt där förekomsten av tvingande hänsyn utgör en förmildrande omständighet i mål om upphandlingsskadeavgift, skulle medföra att behovet av det aktuella inköpet styr hur pass allvarlig överträdelse en viss otillåten direktupphandling bedöms vara. Detta riskerar att sätta upphandlingsskadeavgiftsreglernas avskräckande syfte ur spel för myndigheter som upphandlar varor, tjänster och byggentreprenader för viktiga och grundläggande samhällsfunktioner. Otillåtna direktupphandlingar för sådana behov skulle då inte kunna beivras med vare sig ogiltighet av ingångna avtal eller upphandlingsskadeavgift med en storlek som motsvarar överträdelsens sanktionsvärde.

Skyldigheten att annonsera upphandlingar enligt LOU föreligger oavsett vilket behov upphandlingen ska tillgodose. Många upphandlande myndigheter har i uppdrag att tillgodose viktiga och grundläggande samhällsfunk-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**Sida 11
2670-12 E

tioner. I det uppdraget ligger även att de upphandlingar som behöver genomföras sker enligt LOU och att myndigheten planerar och genomför dessa på ett seriöst sätt och i god tid. Det bör i sammanhanget poängteras att undantagen för synnerlig brådska och synnerliga skäl i LOU innebär att en upphandlande myndighet som iakttar normal aktsamhet och tillräcklig framförhållning aldrig behöver ställas inför valet att antingen bryta mot LOU eller att underlåta att tillhandahålla eller upprätthålla viktiga samhällsfunktioner. Om den brådska som uppstår inte kan hänföras till den upphandlande myndighetens bristande planering, utan beror på omständigheter som myndigheten inte rimligen kunnat förutse, är det tillåtet enligt LOU att ingå avtal utan föregående annonsering med stöd av undantaget för synnerlig brådska eller synnerliga skäl. Om det däremot, när brådskan kan tillskrivas myndighetens bristande planering eller agerande, uppkommer en konflikt mellan att upprätthålla viktiga samhällsfunktioner och skyldigheten att följa LOU, har denna lösts i lagstiftningen på så sätt att de allra viktigaste avtalen skyddas från att ogiltigförklaras, men att en alternativ sanktion – upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § punkten 2 LOU – då istället måste utgå. Det är också detta som har skett i förevarande fall när domstolarna fann att Länstrafikens avtal med Transam utgjorde en otillåten direktupphandling.

Att regelmässigt döma ut en mildare sanktion i dessa fall än vad som är motiverat utifrån överträdelsens sanktionsvärde endast för att det förelegat tvingande hänsyn till ett allmänintresse, skulle enligt Konkurrensverkets mening vara oförenligt med lagstiftningens ändamål och systemet med alternativa sanktioner. Konkurrensverket menar att vissa av uttalandena i prop. 2009/10:180 s. 197-199 – enligt vilka det inte synes uteslutas att förekomsten av tvingande hänsyn skulle kunna påverka sanktionsvärdet – kan uppfattas som svårförenliga med reglerna om obligatorisk upphandlingsskadeavgift när ett avtal som har ingåtts genom en otillåten direktupphandling har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Konkurrensverket menar att om det visar sig att förarbetsuttalandena inte går att

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**Sida 12
2670-12 E

förena med lagstiftningens ordalydelse eller syfte, bör de inte tjäna som ledning för rättstillämpningen. Särskilt påtagligt blir detta när den aktuella lagstiftningen genomför EU-direktiv. I sådana fall kan den svenska lagstiftaren inte på motsvarande sätt som vid rent inhemsk lagstiftning göra sig till uttolkare av den avsedda innebörden av regelverket, eftersom denne endast är en av många aktörer i EU:s kollektiva lagstiftningsprocess. Reglerna om obligatorisk upphandlingsskadeavgift i 17 kap. 1 § punkterna 1 - 2 LOU kommer från rättsmedelsdirektivens bestämmelser om alternativa sanktioner. Det är följaktligen fråga om ett inhemskt regelverk som genomför EU-direktiv. Förarbetsuttalanden angående tolkningen av dess bestämmelser kan då inte per automatik utgöra handlingsdirektiv till rättstillämpningen, utan måste värderas utifrån deras sakliga tyngd.

Verksamhetskriteriet var inte uppfyllt

Konkurrensverket har i ansökan redogjort för varför Transam inte kan anses ha bedrivit huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med Länstrafiken, eftersom en alltför stor del av Transams intäkter kommer från andra än Länstrafiken. Länstrafiken har inte bestritt de sakuppgifter rörande härkomsten av Transams intäkter, som Konkurrensverket har redogjort för. De är hämtade från Transams årsredovisningar och av dessa framgår att verksamhetskriteriet inte var uppfyllt vare sig år 2010 eller 2011, d.v.s. både före tidpunkten för kontraktstilldelningen samt under nästan hela avtalets giltighetstid. Transams intäkter kom under 14 av avtalets 16 ½ månaders löptid i alltför stor utsträckning från andra än Länstrafiken. De av Transams intäkter som Länstrafiken redogör för avser endast den verksamhet som bestod av de tjänster som omfattades av avtalet med Länstrafiken, d.v.s. inte Transams hela verksamhet. Vid en bedömning av om verksamhetskriteriet är uppfyllt ska hänsyn tas till Transams hela verksamhet, eftersom all annan verksamhet endast får vara av marginell karaktär. Någon fiktiv uppdelning av verksamheten vid beräkningen av ett eventuellt uppfyllande av kriteriet är således inte möjligt.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**Sida 13
2670-12 E

Vid en prövning enligt den kommande lydelsen av 2 kap. 10 a § LOU hade avtalet mellan Länstrafiken och Transam således inte varit undantaget upphandlingskyldighet enligt LOU, eftersom verksamhetskriteriet inte var uppfyllt. De organisationsförändringar som Länstrafiken har redogjort för har skett alltför sent (efter årsskiftet 2011/12) och omfattar en alltför liten period av avtalets totala löptid (ca 2 ½ månader av totalt 16 ½ månader) för att kunna medföra att verksamhetskriteriet skulle kunna bedömas vara uppfyllt vid Länstrafikens anskaffning av de aktuella tjänsterna från Transam.

Det står enligt Konkurrensverket följaktligen klart att Länstrafikens påståenden rörande tillämpningen av den kommande lydelsen av 2 kap. 10 a § LOU på det aktuella avtalet, inte kan utgöra en förmildrande omständighet vid fastställandet av upphandlingskadeavgiftens storlek.

Övrigt

Att det inte har varit fråga om ett medvetet kringgående av lagen utgör inte i sig någon förmildrande omständighet. Om det varit fråga om ett medvetet kringgående av LOU hade det utgjort en försvårande omständighet som skulle ha inverkat höjande på avgiftens storlek. Avsaknaden av en sådan försvårande omständighet utgör naturligtvis inte därmed en förmildrande omständighet som kan sänka avgiften.

Avtalets värde kan i detta fall inte beräknas på annat sätt än utifrån att det gällde från och med den 1 november 2010 till och med den 19 mars 2012. Konkurrensverket vidhåller således att avtalets värde ska beräknas till 20 625 000 kronor.

Konkurrensverket anser att det är uteslutet att avslå ansökan på grund av att det skulle vara fråga om ett ringa fall eller att efterge avgiften på grund av synnerliga skäl. Avgiften bör fastställas till det yrkade beloppet.

Länstrafiken tillägger i yttrande i huvudsak följande.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**Sida 14
2670-12 E*Olika sanktionsvärde för olika typer av upphandlingsskadeavgifter*

Länstrafiken anser att sanktionsvärdet för de olika typerna av överträdelser i 17 kap. 1 § LOU punkterna 1 - 3 är olika. Det finns därför skäl att anse att upphandlingsskadeavgiften inte bör ligga i den övre delen av tioprocentsskalan när det är fråga om upphandlingar som inte har annonserats och som avser kontrakt där domstol har konstaterat att samhällets behov konstaterats överspela giltigheten av avtalet.

Sanktionsvärdet ska vara avgörande vid fastställandet av avgiften. Vad förarbetena – med hänsyn till det bakomliggande EU-direktivet – angivit om otillåtna direktupphandlingar som en av de allvarliga överträdelserna inom upphandlingsområdet och att det ska avspeglas i sanktionsvärdet, avser – enligt Länstrafiken – endast frågan om sanktionsvärdet i fråga om överlåtelser enligt 17 kap. 1 § punkten 3 LOU. Sanktionsvärdet för otillåtna direktupphandlingar som avser avtal som är nödvändiga med hänsyn till tvingande intresse är generellt sett lägre. Sanktionsvärdet i fråga om en situation när avtal fått bestå trots tvingande hänsyn till allmänt intresse ska därför redan som utgångspunkt vara lägre än fem procent.

Förmildrande omständigheter

I första hand ska kontraktsvärdet beräknas utifrån den tid som avtalet varit i kraft innan Länstrafiken agerat för att åtgärda otillåtligheten av avtalets uppkomst, d.v.s. fusionsbeslutet. Avtalstiden som ska ligga till grund för beräkningen ska därför endast vara tolv månader.

Om initierandet av fusionen inte beaktas i fråga om beräkningen av kontraktsvärdet anser Länstrafiken att de av Länstrafiken vidtagna åtgärderna avseende fusionsprocessen utgör förmildrande omständigheter vid fastställandet av sanktionsvärdet. Genomförandet av fusionen påverkar direkt frågan om upphandlingsskyldigheten och ägarna ägde beslutet. Att det sedan enligt lag tar minst sex månader att genomföra fusionen ska härvid beaktas.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**Sida 15
2670-12 E

Länstrafiken menar att förmildrande omständigheter kan avse även åtgärd vidtagen efter tidpunkten för avtals ingående.

Utan beaktande av vad som har anförts ovan i fråga om att sanktionsvärdet i sig är lägre vid upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § punkten 2 anser Länstrafiken att den övre delen av skalan, d.v.s. över 6 - 7 procent av kontraktswärdet ska vara förbehållen situationer där den upphandlande myndigheten medvetet kringgått upphandlingsreglerna. Så är inte fallet här.

Konkurrensverket tillägger i yttrande i huvudsak följande.

Länstrafiken måste rimligen ha varit medveten om de faktiska omständigheterna och det händelseförlopp som sedermera av domstolarna bedömts utgöra en otillåten direktupphandling. Om det hade funnits krav på uppsåt för att upphandlingsskadeavgift skulle kunna beslutas, hade det kravet således varit uppfyllt i förevarande fall. Om den upphandlande myndigheten anser att det är svårbedömt om det är tillåtet eller inte att ingå ett visst avtal utan föregående annonsering enligt LOU, bör det inte utgöra en förmildrande omständighet att myndigheten väljer att ingå avtalet utan föregående annonsering i stället för att iaktta försiktighet och genomföra en korrekt upphandling.

Länstrafiken har inte lämnat uppgifter som visar att Transams intäkter från andra än Länstrafiken verkligen skulle ha minskat i så stor utsträckning att de under perioden 1 januari – 19 mars 2012 endast var av marginell karaktär. Konkurrensverket har inte tillgång till dessa uppgifter, men finner det osannolikt att intäkterna från externa kunder skulle ha minskat i så stor omfattning att de endast varit av marginell karaktär, när dessa under år 2011 uppgick till ca 37 procent av Transams totala intäkter .

Att fusionsprocessen inleddes ett halvår före fusionen ägde rum den 19 mars 2012 kan inte sänka sanktionsvärdet. Det kan vidare noteras att Kon-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**Sida 16
2670-12 E

kurrensverket har eftersökt i annonsdatabaserna för offentlig upphandling huruvida Länstrafiken tidigare, före avtalet med Transam den 25 oktober 2010, har upphandlat de aktuella tjänsterna i konkurrens genom annonserade upphandlingar. Konkurrensverket har inte återfunnit några sådana upphandlingar. Konkurrensverket har inte återfunnit några sådana upphandlingar. Av Transams årsredovisningar för åren 2002-2011 framgår att i genomsnitt ca 65 - 75 procent av bolagets totala intäkter varje år under åtminstone de senaste tio åren har kommit från Länstrafiken. Detta indikerar att Länstrafiken har ingått avtal med Transam utan föregående annonsering enligt LOU under lång tid även före 2010 års avtal. Dessutom framgår av årsredovisningarna att verksamhetskriteriet vid en hypotetisk prövning enligt den kommande lydelsen av 2 kap. 10 a § LOU samt enligt EU-domstolens rättspraxis, inte någon gång varit uppfyllt under dessa tio år. Detta eftersom intäkter från andra än Länstrafiken uppgått till ca 25 - 35 procent av bolagets totala intäkter och således inte har varit av endast marginell karaktär. Konkurrensverket menar att de ovan beskrivna förhållandena talar för att Länstrafikens påståenden om den brådska och de svårigheter som enligt bolaget uppstod inför ingåendet av 2010 års avtal inte framstår som avgörande för beslutet att inte upphandla tjänsterna enligt LOU. Tilldelningar av kontrakt till det egna bolaget i strid med upphandlingsrätten har snarare utgjort ett upprepat beteende från Länstrafikens sida. Likaså medför dessa förhållanden att verksamhetskriteriets eventuella uppfyllande under perioden den 1 januari – 19 mars 2012 inte bör kunna få något genomslag vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

I målet gäller bestämmelserna i 16 kap. och 17 kap. LOU i den lydelse de hade enligt lagen (2010:571) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, som gällde från och med den 15 juli 2010 till och med den 31 oktober 2011.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD

DOM

Sida 17
2670-12 E

Allmän förvaltningsdomstol får enligt 17 kap. 1 § LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 6, 8 eller 9 §,
2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 §, eller
3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 §.

Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU 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. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU.

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska, enligt 17 kap. 5 § LOU, särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

*Förvaltningsrättens bedömning*Grund för att påföra upphandlingsskadeavgift

Av förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift (prop. 2009/10:180 s. 370) framgår bl.a. följande. För det fall en leverantör har fört talan om ogiltighet av avtalet, och rätten har beslutat att avtalet får bestå på grund av ett tvingande allmänintresse, så är det i målet om upphandlingsskadeavgift fråga om en situation där ändringsdirektivet kräver att en sanktion ska påföras.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD

DOM

Sida 18
2670-12 E

Vidare framgår av förarbetena (a. prop. s. 198) bl.a. följande. I sällsynta fall, när överträdelsen får anses ringa, bör det kunna aktualiseras om någon avgift över huvud taget ska påföras. Regeringen vill understryka att utgångspunkten är att bestämmelsen bör komma till användning endast i sällsynta fall och det ska i detta sammanhang även erinras om att det i de direktivstyrda fallen följer att det ska finnas en alternativ sanktion till ogiltighet i dessa fall, varför utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är ytterst begränsat.

Kammarrätten har i lagakraftvunnen dom angående överprövning av giltigheten av det aktuella avtalet fastställt att avtalet ingåtts genom en otillåten direktupphandling men funnit att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Utrymmet för att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är som framgår ovan ytterst begränsat. Förvaltningsrätten anser inte att vad Länstrafiken anfört medför skäl för att underlåta påföra upphandlingsskadeavgift. Grund föreligger därmed för att ta ut upphandlingsskadeavgift. Vad Länstrafiken har anfört medför inte att överträdelsen ska anses som ringa.

Eftergift av upphandlingsskadeavgiften och avgiftens storlek

Förvaltningsrätten har därefter att pröva om avgiften ska efterges eller sättas ned till ett lägre belopp. Till ledning för hur beloppet närmare ska bestämmas anges i förarbetena (se prop. 2009/10:180 s. 197 f.) bl.a. följande. Som framgått tidigare anses exempelvis otillåtna direktupphandlingar vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. När det är fråga om avtal som löper under lång tid kan det antas att andra leverantörer som skulle ha kunnat komma i fråga löper större skada än vid ett kortvarigt avtal som möjliggjort en upphandling med konkurrensutsättning ha gjorts

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**Sida 19
2670-12 E

efter en kortare tid. Om det i det enskilda fallet föreligger synnerliga skäl ska avgiften kunna efterges. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften.

Länstrafiken har framfört flera skäl för nedsättning av avgiften, bl.a. att det var ursäktligt att direkttilldela avtalet till det egna dotterbolaget på grund av de svårutredda och omvälvande organisationsförändringar som ny lagstiftning skulle medföra. Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan emellertid vad som har framkommit rörande detta inte utgöra omständigheter som ska påverka upphandlingsskadeavgiftens storlek. Av uppgifterna från Konkurrensverket att döma har tilldelningar av kontrakt till det egna bolaget i strid med upphandlingsrätten snarare utgjort ett upprepat beteende från länstrafikens sida.

Lagstiftaren har genom bestämmelserna i 2 kap. 10 a § LOU infört ett s.k. in-house-undantag, vilket trädde i kraft den 1 januari 2013. Enligt övergångsbestämmelser ska den nya bestämmelsen tillämpas även i fall då avtal har slutits för ikraftträdandet. Länstrafiken har anfört att då avtalet är ingånget med ett helägt dotterbolag hade avtalet varit tillåtligt och "läkt" för det fall det hade bestått efter årsskiftet 2012/2013. Länstrafiken menar att avtalet inte hade gått att förklara ogiltigt om en prövning av förhållandena hade skett efter den 31 december 2012 och att detta skulle vara ett skäl till att efterge eller sätta ned upphandlingsskadeavgiften. Mot detta talar Konkurrensverkets sakuppgifter hämtade från Transams årsredovisningar, vilka inte har bestritts i av Länstrafiken. Enligt dessa uppgifter var verksamhetskriteriet inte uppfyllt vare sig år 2010 eller 2011. Förvaltningsrätten anser således att Länstrafiken inte har visat att verksamhetskriteriet skulle ha varit uppfyllt på så sätt att avtalet genom övergångsregler inom en snar framtid hade varit tillåtet.

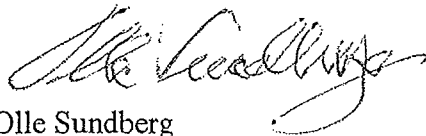
Länstrafiken har anfört att den omständigheten att avtalet fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska utgöra en förmild-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**Sida 20
2670-12 E

rande omständighet. Såsom redan anförts ovan är det just i de fall där rätten har beslutat att avtalet får bestå på grund av ett tvingande allmänintresse som direktivet kräver att en sanktion ska påföras.

Vad Länstrafiken har anført utgör sammanfattningsvis inga förmildrande omständigheter. Konkurrensverket har yrkat att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till cirka sju procent av kontraktsvärdet och förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som anförts i det föregående inte skäl att bestämma avgiften till ett lägre belopp. Några synnerliga skäl för att avgiften helt ska efterges föreligger inte. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

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



Olle Sundberg

rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsjuristen Monica Krunegård