



KLAGANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Länstrafiken i Västerbotten AB, 556071-4478

Ombud: Advokaterna Anders Nilsson och
Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Umeå dom den 3 december 2014
i mål nr 1209-12, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver den överklagade domen och visar målet åter till
Förvaltningsrätten i Umeå för fortsatt handläggning i enlighet med vad som
sägs under skälen för kammarrättens avgörande.



YRKANDEN

Konkurrensverket yrkar i första hand att kammarrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket yrkar i andra hand att kammarrätten visar målet åter till förvaltningsrätten för prövning av frågan om avtal fick slutas utan föregående annonsering med stöd av undantaget för tekniska skäl i 4 kap. 2 § 3 lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, samt frågan om upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Länstrafiken i Västerbotten AB bestrider bifall till Konkurrensverkets yrkanden och vidhåller i andra hand vad som anförts i förvaltningsrätten avseende upphandlingsskadeavgiftens storlek, dvs. att upphandlingsskadeavgiften ska fastställas till 0 kr eftersom överträdelsen är ringa eller att den ska efterges alternativt fastställas till lägre belopp än det yrkade.

VAD PARTERNA ANFÖR

Konkurrensverket anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Länstrafiken i Västerbotten AB köpte år 2001 ett elektroniskt biljetthanteringssystem av företaget CPT Nordic AB. Systemet benämndes PCE. Efter utgången av det ursprungliga avtalet år 2007 hade länstrafikbolaget avtal rörande drift och underhåll som löpte ett år i taget, med en uppsägningstid om 90 dagar före utgången av respektive ettårsavtal. I oktober 2008 försattes CPT Nordic AB i konkurs. Avtalet med länstrafikbolaget övertogs av det norska företaget FARA ASA. Sistnämnda bolag tog, genom sitt dotterbolag, ansvar för att lämna service och sköta utveckling av program och maskinvara till sina användare. Under 2009 slöt länstrafikbolaget underhållsavtal med ett bolag i FARA-sfären med en giltighetstid till och med den 31 mars 2011. Avtalet skulle därefter förlängas i perioder om 12 månader såvida det inte sagts upp senast 90 dagar före



utgången av löpande avtalsperiod. Under år 2011 meddelade FARA länstrafikbolaget att det befintliga biljetthanteringssystemet skulle tas ur produktion och fasas ut under år 2011. Länstrafikbolaget erbjöds att köpa FARA:s eget biljetthanteringssystem FARA Ticketing.

Länstrafikbolaget slöt under sommaren 2011 avtal med FARA avseende köp av FARA Ticketing utan föregående annonsering enligt LUF. Länstrafikbolaget hade dessförinnan i meddelande enligt 7 kap. 7 § LUF gjort gällande att anskaffningen fick ske utan föregående annonsering med stöd av undantaget för synnerlig brådska i 4 kap. 2 § 4 LUF.

För att undantaget för synnerlig brådska ska kunna tillämpas krävs att det ska ha varit absolut nödvändigt att sluta avtalet, att det har förelegat synnerlig brådska som inte gjort det möjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat upphandlingsförfarande enligt LUF samt att brådskan ska vara orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av länstrafikbolaget. Konkurrensverket ifrågasätter inte att det varit absolut nödvändigt för länstrafikbolaget att ingå det aktuella avtalet och att det förelegat synnerlig brådska som gjort att det inte varit möjligt att lösa behovet genom en annonserad upphandling enligt LUF. Konkurrensverket anser dock att den uppkomna brådskan har kunnat förutses av länstrafikbolaget och att avtalet av det skälet inte fick slutas utan föregående annonsering. Undantaget för synnerlig brådska i LUF bör tolkas på ett sådant sätt att det får användas när det i objektiv mening framstår som orimligt att den upphandlande enheten ska behöva förutse och planera för den händelse som innebär att brådskan uppkommer.

Enligt Konkurrensverkets mening har förvaltningsrättens bedömning och resonemang skett utifrån felaktiga utgångspunkter rörande händelseförloppet och med tillämpning av andra rekvisit än dem som anges i bestämmelsen om synnerlig brådska. Tillämpningen har varit alltför tillåtande och oförenlig med EU-domstolens och Högsta



förvaltningsdomstolens rättspraxis samt med de svenska förarbetena. Undantagen från annonseringsskyldigheten ska tillämpas restriktivt.

Eftersom länstrafikbolaget alltsedan år 2007 bara har haft årsvisa underhållsavtal som har kunnat sägas upp så sent som 90 dagar före utgången av avtalsperioden är den konkurs som inträffade 2008 inte avgörande för bedömningen om länstrafikbolaget har kunnat förutse den uppsägning av avtalet som meddelades år 2011. Ettårsavtalen var ett faktum redan innan konkursen. Länstrafikbolaget har, trots de mycket osäkra ettåriga underhållsavtalen, under åren 2006-2008 valt att uppgradera det äldre biljetthanteringssystemet till ett system med namnet Travel Master. Någon utökad avtalstid för drift och underhåll av det uppgraderade systemet gjordes inte, trots länstrafikbolagets investeringar i uppgraderingen, utan ettårsavtalen fortsatte att användas. Dessa omständigheter illustrerar tydligt länstrafikbolagets ointresse eller oförmåga att säkra drift och underhåll av det verksamhetskritiska biljetthanteringssystemet. Detta är centralt vid prövningen av om den uppkomna brådskan kunnat förutses.

Avtalet har inte sagts upp plötsligt. Efter en period om fyra år med endast korta avtal som inte säkrat drift och underhåll på längre sikt, valde leverantören, till synes i enlighet med avtalsvillkoren, att inte fortsätta driva eller underhålla det äldre biljetthanteringssystemet. Det är också väsentligt att beakta att den nye leverantören FARA, som tog över drift och underhåll efter CPT Nordic AB:s konkurs i oktober 2008, hade ett annat, eget biljetthanteringssystem i sitt produktutbud. Det måste ha framstått som rimligt att den nye leverantören skulle kunna upphöra med drift och underhåll av det äldre systemet och istället erbjuda sina kunder det egna tidigare utvecklade biljetthanteringssystemet. Mellan konkursen i oktober 2008 och uppsägningen av underhållsavtalet i början av 2011 har det förflutit nästan två och ett halvt år. Mellan utgången av det ursprungliga avtalet 2007 och 2011 års uppsägning har det förflutit fyra år. Leverantörens



agerande kan mot den bakgrunden inte anses som plötsligt. Tvärtom har länstrafikbolaget kunnat förutse den uppkomna situationen.

Förvaltningsrätten har inte tillämpat bestämmelsen enligt dess ordalydelse. Förvaltningsrätten har funnit att länstrafikbolagets agerande i *huvudsak* måste anses vara föranlett av yttre omständigheter och att den uppkomna brådskan inte kunnat förutses av länstrafikbolaget så att bolaget självt kan *anses ha orsakat* den synnerliga brådskan. Bestämmelserna i LUF och direktiv 2004/17/EG ger inte utrymme för en sådan tolkning som förvaltningsrätten har gjort. Det avgörande momentet är alltid om den upphandlande enheten rätteligen kunnat förutse den uppkomna brådskan eller inte. Möjligen har förvaltningsrätten gjort sin bedömning av undantaget för synnerlig brådskan med ledning av rättsfallet HFD 2014 ref. 49 men detta rättsfall avser sanktionsvärden och frågan om överträdelserna var att anse som ringa.

Förvaltningsrättens bedömning innebär att mycket låga krav och förväntningar ställs på upphandlande myndigheters och enheters kompetens och förmåga att hantera centrala verksamhetsmässiga och ekonomiska risker. Förvaltningsrättens rättstillämpning riskerar att leda till en ökning av de inlåsningsproblem rörande verksamhetskritiska IT-system eller annan väsentlig infrastruktur som finns i dag, eftersom ett viktigt argument för upphandlande myndigheter vid förhandling med befintliga leverantörer – annonseringskraven i upphandlingslagstiftningen – urholkas eller försvinner helt.

Konkurrensverket åberopar vad verket anfört i förvaltningsrätten vad gäller undantaget från annonseringsskyldighet på grund av tekniska skäl samt om upphandlingsskadeavgiftens storlek.



Länstrafiken i Västerbotten AB åberopar vad som anförts i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande till stöd för sin inställning.

Klagandens bakgrundsbeskrivning vitsordas i allt väsentligt. Det är dock felaktigt att länstrafikbolaget köpt biljettsystemet FARA Ticketing. Det har köpt en uppgradering av biljettsystemet Travel Master till FARA Ticketing. I målet är ostridigt att det var absolut nödvändigt att ingå avtalet och att det förelegat synnerlig brådska som inte gjort det möjligt att hålla tidsfristerna vid de annonserade förfarandena i LUF. Fråga i målet är således om brådskan orsakats av omständigheter som inte kunnat förutses av länstrafikbolaget.

Det förhållandet att länstrafikbolaget har haft ettåriga underhållsavtal med den ursprungliga underhållsleverantören CPT Nordic AB saknar relevans i målet. Efter konkursen år 2008 erbjöd sig FARA Nordic att sköta underhåll och service av programvara och utrustning åt länstrafikbolaget enligt ett standardavtal där villkoren i avtalet inte var förhandlingsbara. Avtalet avsåg perioden den 1 april 2009 till och med den 31 mars 2011 och kunde härefter förlängas med avtalsperioder om 12 månader såvida inte avtalet sagts upp senast 90 dagar före utgången av löpande avtalsperiod. Det är viktigt att notera att länstrafikbolaget inte valt att ingå avtal som varit utformade på så sätt att man exponerat sig för FARA:s ensidiga ställningstaganden i fråga om framtida tillhandahållande av nödvändig drift och underhåll av Travel Master. Länstrafikbolaget har tecknat avtal på de bästa villkor som kunnat uppnås. Bolaget har inte varit i en position att kunna diktera avtalsvillkoren. CPT Nordic AB:s konkurs har inte kunnat förutses och konkursen tvingade länstrafikbolaget att ingå underhållsavtal med FARA Nordic enligt standardvillkor. Att länstrafikbolaget har haft ettårsavtal med den tidigare underhållsleverantören saknar kausalsamband såväl med den synnerliga brådska som uppkom när CPT Nordic AB försattes i konkurs som med att



FARA Nordic meddelade att underhållsavtalet avseende Travel Master skulle sägas upp.

Först genom brevet från FARA Nordic daterat den 11 maj 2011 har det stått klart för länstrafikbolaget att systemet Travel Master inte skulle kunna användas efter den 1 januari 2012 och att det dessförinnan var nödvändigt att antingen anskaffa ett nytt biljetthanteringssystem eller uppgradera det befintliga systemet. Den uppkomna brådskan beror på omständigheter utom länstrafikbolagets kontroll och har inte kunnat förutses. Konkurrensverket synes påstå att länstrafikbolaget borde ha förutsett att den uppkomna brådskan skulle kunna komma att uppstå, dvs. att det fanns en risk för att synnerlig brådskan skulle kunna uppstå. Konkurrensverket bygger sitt resonemang på uppfattningen att den omständigheten att FARA Nordic har haft rätt att säga upp avtalet med 90 dagars varsel medfört att länstrafikbolaget har förutsett att en sådan uppsägning skulle komma att ske. Detta bestrider länstrafikbolaget.

Länstrafikbolaget fick först genom brevet den 26 januari 2011 kännedom om att en nedläggning av Travel Master planerades. Det slutliga beskedet erhöll bolaget i ett brev från FARA Nordic den 11 maj 2011 med anledning av en uttrycklig fråga från länstrafikbolaget.

Konkurrensverkets resonemang leder till att upphandlande enheter skulle vara förhindrade att ingå avtal där uppsägningstiden understiger den tid det skulle ta att genomföra en ny upphandling. Detta är inte rimligt. Vad gäller underhållsavtal är det normalt så att de kan sägas upp med ett par månaders varsel. Möjligen menar Konkurrensverket att länstrafikbolaget omedelbart efter tecknandet av underhållsavtalet, skulle ha inlett en upphandling av nytt biljettsystem och kassera det fungerande systemet Travel Master.

Man kan inte kräva att en upphandlande enhet ska kunna förutse varje framtida möjlig risk för en händelse eller ett agerande från en avtalspart,



såsom en konkurs, ett avtalsbrott eller förändringar i en leverantörs utbud och att den upphandlande enheten ska tvingas genomföra en ny upphandling till undvikande av att en risk blir verklighet.

Länstrafikbolaget har med anledning av en leverantörs konkurs agerat för att säkerställa en verksamhetskritisk funktion och tecknat avtal på de enda villkor som erbjudits. Det har inte varit möjligt för länstrafikbolaget att upphandla underhåll av systemet på nytt eller av annan än FARA Nordic. Underhåll av Travel Master har på grund av tekniska skäl och på grund av FARA:s ensamrätt till källkoden inte kunnat tillhandahållas av annan än FARA Nordic. Under alla förhållanden har länstrafikbolaget på grund av synnerlig brådska efter CPT Nordic AB:s konkurs haft rätt att teckna underhållsavtalet med FARA Nordic.

Konkurrensverket synes även mena att det förhållandet att FARA Nordic har haft ytterligare produkter i sin produktportfölj medfört en ökad risk för att produkten Travel Master skulle komma att avvecklas. Länstrafikbolaget bestrider detta. Det är inte ovanligt att en systemleverantör har flera produkter i sin produktportfölj som alla underhålls löpande. Länstrafikbolaget har uppfattat FARA Nordics förvärv av rättigheterna till Travel Master som ett led i att utöka sitt produktutbud och sin marknad.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I målet är ostridigt att länstrafikbolaget har slutit avtal om ett biljettsystem utan föregående annonsering enligt LUF. Länstrafikbolaget sände den 27 maj 2011 ett meddelande om frivillig förhandsinsyn enligt 7 kap. 7 § LUF till Europeiska kommissionen.

Av 7 kap. 1 § LUF framgår att annonsering är obligatorisk enligt huvudregeln. Undantag från annonseringskravet föreskrivs i 4 kap. 2 § LUF. En möjlighet till undantag från annonseringskravet är enligt 4 kap. 2 § 4



LUF om det föreligger synnerlig brådska. Det ska vara absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten ska göra det omöjligt att iaktta tidsfristerna för ett förfarande med föregående annonsering.

I målet är ostridigt att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet och att det förelegat synnerlig brådska som gjort att det inte varit möjligt att lösa behovet genom en annonserad upphandling enligt LUF. Konkurrensverket anser dock att den uppkomna brådskan hade kunnat förutses av länstrafikbolaget och att avtalet av det skälet inte fick slutas utan föregående annonsering.

Undantaget från annonseringskravet i 4 kap. 2 § 4 LUF avser extraordinära situationer. Omständigheterna får inte i något fall vara hänförliga till de upphandlande enheterna. Syftet med detta krav är att undantagsbestämmelsen är avsedd att användas endast när de omständigheter som åberopas för att rättfärdiga synnerlig brådska beror på yttre förhållanden, dvs. förhållanden som ligger utanför det område som en medlemsstats upphandlande enheter kan påverka. Att en omständighet inte har kunnat förutses innebär således att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure.

Undantag från skyldigheten att följa unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling ska också enligt EU-domstolens praxis tolkas restriktivt. EU-domstolen har t.ex. funnit att det inte förelegat sådan synnerlig brådska när en italiensk myndighet redan tre månader innan arbetena påbörjades fått rekommendationer om att omedelbart vidta åtgärder för byggande av lavinskydd. Enligt domstolens bedömning hade ingenting framkommit om något som hade hindrat myndigheten från att använda sig av det påskyndade förfarandet (se rättsfallet C-107/92 Kommissionen mot Italien). Vidare har EU-domstolen funnit att det inte förelegat synnerlig brådska att tilldela kontrakt år 1997 som baserades på



tidigare kontrakt från 1980-talet. Redan inledningsvis, dvs. på 1980-talet, var det planerat att arbetena skulle genomföras i flera delar allt eftersom medel blev tillgängliga. Den synnerliga brådska som förelegat var enligt domstolens mening därmed hänförlig till den upphandlande myndighetens organisation av arbetena, varför undantagsbestämmelsen inte var tillämplig (se rättsfallet C-385/02 Kommissionen mot Italien).

Av EU-domstolens praxis framgår alltså att det ställs höga krav på en upphandlande enhets planering och organisation för att en omständighet inte ska anses hänförlig till enheten. Den oförutsebara händelse som länstrafikbolaget har åberopat består av leverantören FARA Nordics uppsägning av underhållsavtalet, som i vart fall skedde i maj 2011. Genom denna uppsägning skulle leveransen upphöra i januari 2012, dvs. drygt sju månader senare. Redan i januari 2011, dvs. 12 månader i förväg, förvarnade dessutom leverantören om detta. Den tidsfrist som länstrafikbolaget därmed hade, översteg vida avtalets uppsägningstid om 90 dagar. Att en leverantör – i enlighet med ett avtals villkor – väljer att inte fortsätta sina leveranser kan inte i sig anses vara en oförutsebar händelse. Ända sedan det ursprungliga avtalet löpte ut år 2007 har länstrafikbolaget haft avtal med 90 dagars uppsägningstid. Under åren 2007 – 2009 samt från och med april 2011 var avtalen dessutom ettåriga. Länstrafikbolaget har således haft tid på sig att upphandla och tillse att det hade avtal som inte försatte det i sådan tidsnöd som nu uppstått. I sammanhanget bör även beaktas att den ursprungliga leverantören försattes i konkurs 2008 och att den nuvarande leverantören hade ett eget system i sitt produktutbud samt redan våren 2009 beslöt att fasa ut det nu aktuella systemet, vilket i vart fall vissa kunder informerades om. Kammarrätten finner vid angivna förhållanden att det inte kan anses vara fråga om en oförutsebar händelse som inte är hänförlig till länstrafikbolagets egen planering och organisation. Undantagsbestämmelsen i 4 kap. 2 § 4 LUF är därför inte tillämplig.



Fråga uppkommer därmed om undantaget för tekniska skäl i 4 kap. 2 § 3 är tillämpligt och, om så inte är fallet, upphandlingsskadeavgiftens storlek.

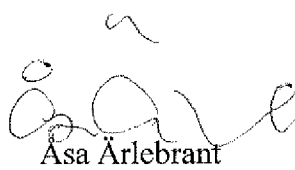
Förvaltningsrätten har avslagit Konkurrensverkets ansökan på den grunden att länstrafikbolaget fick sluta avtalet utan föregående annonsering med stöd av undantaget för *synnerlig brådska* i 4 kap. 2 § 4 LUF. Förvaltningsrätten har dock inte prövat om länstrafikbolaget fick sluta avtalet utan föregående annonsering med stöd av undantaget för *tekniska skäl* i 4 kap. 2 § 3 LUF, något som länstrafikbolaget har gjort gällande i målet. Förvaltningsrätten har inte heller prövat upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Med hänsyn till instansordningsprincipen bör målet visas åter till förvaltningsrätten för en 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. Kamrarrätten upphäver därför förvaltningsrättens dom och återförvisar målet dit för fortsatt handläggning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Peter Lif
kammarrättsråd
ordförande



Åsa Ärlebrant
kammarrättsråd
referent



Petra Ebbing
kammarrättsråd

Jeanette Sundqvist
föredragande





SÖKANDE

Konkurrensverket
Torsgatan 11
103 85 Stockholm

MOTPART

Länstrafiken i Västerbotten AB, 556071-4478
Box 134
921 23 Lycksele

Ombud: Advokaterna Anders Nilsson och Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Konkurrensverkets ansökan.



BAKGRUND

Länstrafiken i Västerbotten AB (Länstrafiken) ingick i augusti 2011 ett avtal med FARA ASA (Fara). Avtalsobjektet angavs vara uppgradering av befintligt biljettsystem till ny version Fara Ticketing. Därutöver omfattades projektgenomförande, leveransprovning, utbildning, dokumentation samt leverans av utrustningar.

Innan dess, den 1 juni 2011, publicerades i Tenders Electronic Daily ett meddelande om frivillig förhandsinsyn från Länstrafiken, se bilaga 1. Av meddelandet framgår att Länstrafiken avsåg att tilldela aktuellt kontrakt till Fara utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska.

YRKANDEN

Konkurrensverket yrkar i ansökan som kom in till förvaltningsrätten den 27 juni 2012 att Länstrafiken ska förpliktas betala 1 900 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Som grund för ansökan anför Konkurrensverket att det ingångna avtalet med Fara är att betrakta som en otillåten direktupphandling.

Länstrafiken bestrider bifall till ansökan. Som stöd för sin inställning anför Länstrafiken sammanfattningsvis att förutsättningar för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering föreläggat såväl enligt 4 kap. 2 § 4 p. LUF (synnerlig brådska) som enligt 4 kap. 2 § 3 p. LUF (tekniska skäl). I andra hand gör Länstrafiken gällande att upphandlingsskadeavgiften ska fastställas till 0 kr, efterges alternativt fastställas till ett lägre belopp än det yrkade.



AKTUELLA BESTÄMMELSER

Vid upphandling skall 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 om

3. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
4. 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. (4 kap. 2 § 3, 4 p. LUF)

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om

3. 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 kontraktsvärdet. (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 ANFÖRANDEN

Bakgrund

Konkurrensverket

Länstrafiken är ett aktiebolag som samägs av Västerbottens läns landsting och de 15 kommunerna i Västerbottens län. Länstrafiken är trafikhuvudman för kollektivtrafiken i Västerbottens län och dess verksamhet består bl.a. av tillhandahållande av allmän kollektivtrafik med buss inom länet. Länstrafiken är enligt 2 kap. 20-21 och 12 §§ LUF en upphandlande enhet.

I mars 2001 ingick Länstrafiken avtal om köp av ett elektroniskt biljetthanteringssystem av CPT Nordic AB. Systemet benämndes PCE. Under åren 2006 – 2008 uppgraderades systemet till ett system vid namn TravelMaster. Leverantören var densamme. År 2008 gick CPT Nordic AB i konkurs och inkråmet i företaget, däribland avtalen med Länstrafiken samt avtal med Västernorrlands läns Trafik AB rörande TravelMaster, köptes av Fara, ett norskt företag som bildades i december 2005. Den nye ägaren tog ansvar för att lämna service och sköta utveckling av program och maskinvara till sina användare.

Under 2009 slöt Länstrafiken ett underhållsavtal med CPT Nordic Ticketing AB (som numera bytt namn till FARA Sweden AB) – ett företag som bildats efter CPT Nordic AB:s konkurs hösten 2008 – avseende systemet TravelMaster. I avtalet anges att det gäller fr.o.m. den 1 april 2009 t.o.m.



den 31 mars 2011. Avtalet förlängs därefter i avtalsperioder om tolv månader såvida inte avtalet sagts upp senast 90 dagar före utgången av löpande avtalsperiod.

I en skrivelse den 26 januari 2011 meddelade Fara Länstrafiken att de befintliga biljetthanteringssystemen skulle tas ur produktion under 2011 och inte heller utvecklas eller underhållas vidare fr.o.m. den 1 januari 2012. I skrivelsen uppmanade Fara befintliga kunder att uppgradera sina biljetthanteringssystem till det nya systemet Fara Ticketing och att den som väljer en uppgradering "vill ha gått över till den nya lösningen i loppet av 2011". I skrivelsen från Fara angavs vidare att beslutet att konsolidera alla äldre system till ett och samma system på en och samma plattform hade fattats under våren 2009, att man varit i kontakt med kunder/partners om att CPT-lösningen skulle fasas ut "i loppet av 2011" samt att man varit i kontakt med alla kunder för att erbjuda en uppgradering till Fara Ticketing.

I en skrivelse den 10 maj 2011 från Länstrafiken till Fara ombads Fara att snarast förtydliga konsekvenserna av informationen i skrivelsen den 26 januari 2011, för att möjliggöra ett ställningstagande avseende möjliga handlingsalternativ för Länstrafiken. Frågorna Länstrafiken ville ha besvarade var om systemet, med avseende på programvara, hårdvara, systemdrift och helpdesk kunde komma att underhållas, driftas och utvecklas från årsskiftet 2011/12 på så sätt att det kunde nyttjas i Länstrafikens fortsatta verksamhet. I det fall detta kunde uppnås under en begränsad tid önskade Länstrafiken en precisering av tidsperioden.

I en skrivelse den 11 maj 2011 från Fara till Länstrafiken bekräftade Fara att den aktuella versionen av biljetthanteringssystemet inte skulle komma att driftas eller underhållas efter den 1 januari 2012 och att det var en absolut frist då all personal som arbetat med versionen då skulle ha lämnat företaget.



Länstrafiken

Ett fungerande biljetthanteringssystem var verksamhetskritiskt för Länstrafiken och en förutsättning för tillhandahållandet av allmän kollektivtrafik inom länet.

I och med uppgraderingen 2006 – 2008 hade Länstrafiken ett välfungerande och modernt biljetthanteringssystem som beräknades ha en livslängd till åtminstone år 2020 och som Länstrafiken investerat ansevärliga belopp i. En förutsättning för Länstrafikens nyttjande av systemet var att det löpande kunde underhållas.

Efter att CPT Nordic AB försatts i konkurs tog Fara, genom dotterbolaget FARA Nordic Ticketing AB, över företagets verksamhet. Fara erbjöd sig att sköta underhållet av systemet åt Länstrafiken enligt sitt standardavtal för underhåll och service av programvara och utrustning. Villkoren i standardavtalet visade sig vara icke förhandlingsbara. Fara var den ende leverantör på marknaden som av tekniska skäl och på grund av ensamrätt kunde leverera underhåll avseende det aktuella systemet. Det fanns ingen annan leverantör som hade den tekniska kompetensen rörande TravelMaster. Dessutom hade Fara upphovsrätten till systemets källkod. Ingen annan leverantör hade därför kunnat utföra underhåll och erforderliga ingrepp i systemet utan att göra intrång i Faras upphovsrätt. Länstrafiken befann sig således i en situation där man hade att välja mellan att ingå underhållsavtalet, på de villkor Fara presenterat, eller upphandla ett helt nytt biljetthanteringssystem. Kostnaderna för ett nytt biljetthanteringssystem beräknades uppgå till ca 40 miljoner kr exklusive årlig underhållskostnad. Kostnaden för underhåll enligt underhållsavtalet med Fara uppgick till 1 199 640 kr per år. Att upphandla ett nytt system, trots att Länstrafiken hade ett modernt och välfungerande system, var inte ett alternativ.



Först genom brevet daterat den 11 maj 2011 från Fara har det stått klart för Länstrafiken att systemet TravelMaster inte skulle kunna användas efter den 1 januari 2012 och att Länstrafiken således dessförinnan måste anskaffa ett nytt biljetthanteringssystem alternativt uppgradera det befintliga. Tidsåtgången för att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande avseende ett nytt biljetthanteringssystem har beräknats till ca två år. Länstrafiken insåg att ett annonserat upphandlingsförfarande inte skulle kunna genomföras och inledde diskussioner med Fara om hur den uppkomna situationen skulle kunna lösas så att Länstrafikens verksamhet inte äventyrades. Det visade sig härvid att Fara skulle kunna uppgradera det befintliga systemet till Fara Ticketing. Denna uppgraderade version var Fara beredd att förbinda sig att underhålla en längre tid. Vid en sådan uppgradering, som av tekniska skäl endast skulle kunna genomföras av Fara, skulle delar av den befintliga hårdvaran i systemet kunna användas. Kostnaderna för en sådan uppgradering beräknades därför bli ca 15 miljoner kr lägre än kostnaderna för en upphandling av ett helt nytt system. Länstrafiken träffade sedermera den 15 augusti 2011 kontrakt med Fara avseende uppgradering av systemet till Fara Ticketing inklusive underhåll.

Undantaget för synnerlig brådska (4 kap. 2 § 4 p. LUF)

Konkurrensverket

Förutsättningar för att tillämpa undantagsbestämmelsen för synnerlig brådska har inte förelegat. Konkurrensverket anser att Länstrafiken borde haft en bättre framförhållning och agerat mer affärsmässigt för att undvika att hamna i den brådska som man gjorde när Fara ensidigt och med kort varsel meddelade att drift och underhållstjänster m.m. avseende ett befintligt biljetthanteringssystem inte längre skulle tillhandahållas. Den brådska som uppkom är således inte orsakad av omständigheter som Länstrafiken inte kunde förutse i den mening som avses i 4 kap. 2 § 4 p. LUF.



Utifrån en objektiv bedömning av vad Länstrafiken rimligen borde ha kunnat förutse i detta fall, är det enligt Konkurrensverkets mening uteslutet att det inte borde ha förstått att drift, underhåll och utveckling av det befintliga systemet kunde komma att sägas upp med kort varsel.

Är det fråga om ett inköp av ett verksamhetskritiskt system som innebär stora investeringar, planeras att användas under lång tid och som inte utan stora praktiska eller ekonomiska olägenheter kan ersättas med något annat, är det nödvändigt att den upphandlande enheten på ett eller annat sätt förvisar sig om att avtalets utformning inte förhindrar att systemet på sikt får och kan drivas/utvecklas vidare av antingen andra leverantörer än den ursprungliga och/eller genom enhetens egen personal.

De garantier för leveranser av underhåll av biljetthanteringssystemet som fanns i det befintliga avtalet (som ingicks år 2001) löpte ut någon gång under 2007 (dvs. fem år efter garantitidens utgång, som sannolikt inträffade under 2002, ett år efter effektiv leveransdag).

Efter att det ursprungliga avtalet löpte ut år 2007 har Länstrafiken följaktligen endast haft tillfälliga avtal som kunnat sägas upp så sent som 90 dagar före utgången av gällande avtalsperiod. Det synes också vara just en sådan uppsägning som Fara gjorde den 26 januari 2011.

Konkurrensverket menar att Länstrafiken borde ha sett till att man haft avtal om leveranser av drift, underhåll och andra nödvändiga varor och tjänster under så pass lång bindningstid att eventuella uppsägningar från leverantören inte skulle försätta Länstrafiken i en sådan situation där en annonserad upphandling enligt LUF av nödvändiga varor och tjänster inte skulle hinnas med. Alternativt borde Länstrafiken på annat sätt sett till att nödvändiga varor och tjänster för att hålla biljetthanteringssystemet i drift kunde levereras av andra leverantörer eller tillgodoses genom arbete av den



egna personalen. Enligt Konkurrensverket krävs det enligt LUF att upphandlande enheter är medvetna om och har en beredskap för att leverantörer kan komma att göra på det sätt som Fara gjort.

En ytterligare omständighet som borde ha fått Länstrafiken att agera mer proaktivt än vad som skett är CPT Nordic AB:s konkurs i oktober 2008 och Faras övertagande (genom sitt helägda dotterbolag) av de aktuella avtalen. Det är knappast oförutsebart att en tidigare konkurrent till en befintlig leverantör kan komma att vilja förändra produktutbudet på ett sådant sätt som Fara sedermera gjorde. Övertagandet borde således ha föranlett Länstrafiken att agera för att tillförsäkra nödvändiga leveranser, exempelvis genom att få till stånd avtal med en så pass lång löptid eller uppsägningstid att en eventuell ny upphandling i enlighet med LUF skulle hinna genomföras.

Likaså borde Länstrafiken ha agerat när Fara under 2010 informerat om att man avsåg att förändra sina produkter och erbjuda nya biljettsystem.

Länstrafiken borde, före Faras besked i januari 2011, ha agerat mer proaktivt och affärsmässigt än vad som gjorts för att undvika att hamna i den brådska som uppstod i och med beskedet. Undantaget för synnerlig brådska får enligt Konkurrensverkets mening inte tillämpas när upphandlande enheter låter sig utnyttjas av en befintlig leverantör på det sätt som skett.

Utifrån Länstrafikens beskrivning framstår det som att Fara mer eller mindre ensidigt kunde diktera villkoren i de avtal som ingicks efter CPT Nordic AB:s konkurs år 2008. Enligt Konkurrensverkets mening är det orimligt att en leverantör på detta sätt ensidigt kan kräva att en upphandlande enhet går med på avtalsvillkor som omöjliggör eller gör det mycket svårt för enheten att kunna efterleva reglerna i LUF. Istället bör det faktum



att Länstrafiken har att följa reglerna i LUF vid sina anskaffningar vara av stor betydelse för hur avtalsvillkoren utformas och vilka inläsningar den upphandlande enheten överhuvudtaget kan och bör acceptera. För en normalt aktsam och rimligt omsorgsfull upphandlande enhet utgör skyldigheten att tillämpa LUF snarare en fördel och ett påtryckningsmedel vid utformandet av avtalsvillkor med leverantörer.

När den upphandlande enheten inte ser till att få till stånd rimliga avtalsvillkor bör detta enligt Konkurrensverkets mening inte leda till att det ska vara tillåtet att genomföra anskaffningar utan föregående annonsering med hänvisning till den brådska eller de inläsningar som kan uppstå när leverantören utnyttjar en sådan obalans i ett avtal.

Kombinationen av att ha en kort uppsägningstid tillsammans med att enheten saknar rättslig eller faktisk möjlighet att låta ett verksamhetskritiskt IT-baserat system drivas vidare av annan än den ursprunglige leverantören i händelse av en uppsägning, är en situation där det enligt Konkurrensverkets mening inte bör gå att i efterhand genomföra icke annonserade anskaffningar med hänvisning till en "oförutsedd" brådska.

Konkurrensverket vill understryka att situationen i förevarande mål inte kan likställas med oförutsebara förändringar, som till exempel en plötslig konkurs hos den befintlige leverantören, som gör att denne omedelbart upphör med nödvändiga leveranser av varor och tjänster.

Länstrafiken

Förutsättningar för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § 4 p. LUF har förelegat.



Genom Faras agerande har Länstrafiken försatts i en situation av synnerlig brådska. Det har varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet och det har varit omöjligt att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande eftersom tidsåtgången för ett sådant skulle uppgå till ca två år. Den uppkomna brådskan beror på omständigheter som inte har kunnat förutses eller påverkas av Länstrafiken.

Länstrafiken har inte "valt" att ingå avtal som varit utformade på så sätt att man exponerat sig för Faras ensidiga ställningstaganden i fråga om framtida tillhandahållande av nödvändig drift och underhåll av TravelMaster. Länstrafiken har tecknat avtal på de bästa villkor man kunnat uppnå. Konkurrensverket synes utgå från att Länstrafiken självständigt har kunnat bestämma villkor för underhållsåtagandet. Så har inte varit fallet.

Länstrafiken har inte vid något tillfälle före den 26 januari 2011 fått någon indikation om att Fara skulle upphöra med underhåll och support av systemet. Det har heller inte funnits skäl för Länstrafiken att misstänka eller befara att Fara av kommersiella skäl eller på annan grund inte längre skulle vilja utföra underhåll och support enligt det årsvis gällande avtalet. Relationerna mellan Länstrafiken och Fara, vad gäller underhållet av systemet, har fungerat väl. Länstrafiken har således inte kunnat förutse eller bort förutse att underhållsavtalet skulle sägas upp på sätt som skett. Tvärtom har Länstrafiken uppfattat att man var en viktig kund för Fara och att Fara haft för avsikt att fortsätta tillhandahålla underhåll under systemets livslängd.

Först genom brevet från Fara den 11 maj 2011 har det stått klart för Länstrafiken att systemet TravelMaster inte skulle kunna användas efter den 1 januari 2012 och att Länstrafiken således dessförinnan måste anskaffa ett nytt biljetthanteringssystem alternativt uppgradera det befintliga.



När Fara väl sade upp underhållsavtalet hade Länstrafiken, med hänsyn till den synnerliga brådska som då förelåg, inte annan möjlighet än att tilldela kontraktet genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Det är inte rimligt att upphandlande myndigheter ska anses kunna förutse samtliga affärsrisker i sina avtalsrelationer på så sätt att dessa inte kan medföra att undantaget kan tillämpas. Ett sådant synsätt har heller inte stöd i lag.

Länstrafiken har inte förutsett att Fara skulle säga upp underhållsavtalet. Konkurrensverket har heller inte påstått att Länstrafiken insett detta. Länstrafiken har måhända bort förutse att Fara *skulle kunna komma* att säga upp avtalet, på samma sätt som Länstrafiken bort förutse att Fara skulle kunna komma att begå avtalsbrott eller försättas i konkurs. Det sagda innebär dock inte att det aktuella undantaget inte kan tillämpas.

Möjligen menar Konkurrensverket att varje upphandlande myndighet måste göra en sannolikhetsbedömning av hur stor risken är för att varje omständighet som kan komma att medföra synnerlig brådska skulle kunna komma att inträffa. Länstrafiken ställer sig frågande till hur en sådan sannolikhetsbedömning skulle gå till. Det är inte rimligt att ålägga varje upphandlande myndighet en sådan skyldighet. Inte heller har en sådan uppfattning stöd i lag.

Sammanfattningsvis vill Länstrafiken i denna del framhålla följande:

- Under perioden 2006 – 2008 gjorde Länstrafiken avsevärda investeringar för uppgradering till TravelMaster och för uppgradering av centralsystemet. Efter dessa investeringar hade Länstrafiken ett väl fungerande och modernt system.
- Upprinnelsen till den ifrågasatta upphandlingen är det förhållandet att den ursprungliga leverantören av biljetthanteringssystemet, CPT Nordic



AB, försattes i konkurs. Länstrafiken hade inte förutsett att så skulle ske. Genom konkursen uppstod synnerlig brådska att säkerställa erforderligt underhåll av systemet. Mot bakgrund av de stora investeringar som nyligen gjorts i systemet var det givetvis inte ett alternativ att upphandla ett nytt system.

– Fara tog över CPT Nordic AB:s verksamhet och erbjöd sig att sköta underhåll av systemet åt Länstrafiken enligt Faras standardavtal för underhåll och service av programvara och utrustning. Villkoren i standardavtalet visade sig vara icke förhandlingsbara. Ett av villkoren var att underhållsavtalet skulle tecknas för perioden den 1 april 2009 till och med den 31 mars 2011 och härefter förlängas med avtalsperioder om 12 månader i taget såvida avtalet inte sagts upp senast 90 dagar före utgången av löpande avtalsperiod. Situationen för Länstrafiken var till följd av konkursen mycket kritisk. Underhållsavtal var tvunget att säkras snarast och Länstrafiken har tecknat avtal på de bästa villkor som varit möjliga. Länstrafiken har följaktligen agerat affärsmässigt under de rådande förhållandena. Konkursverkets påstående om dålig affärsverksamhet baseras helt på den felaktiga uppfattningen att Länstrafiken kunnat ingå avtal på andra villkor eller säkerställa underhåll på annat sätt. Detta har inte varit möjligt under de rådande förhållandena.

– Härefter har avtalsrelationen mellan Länstrafiken och Fara löpt friktionsfritt enligt avtalet.

Länstrafiken har inte anskaffat något nytt biljetthanteringssystem av Fara. Vad som anskaffats är en *uppgradering* av det gamla systemet. En sådan *uppgradering* genomförd av Fara skulle bli åtskilliga miljoner billigare jämfört med att upphandla ett nytt system. Anskaffning av ett nytt betalsystem skulle enligt etablerad konsult med stor erfarenhet av upphandling av biljetthanteringssystem ha uppgått till ca 40 miljoner kr.



Undantaget för tekniska skäl (4 kap. 2 § 3 p. LUF)

Konkurrensverket

Det har inte varit fråga om en uppgradering utan en nyanskaffning, varvid det funnits flera leverantörer som kunde tillhandahålla biljetthanterings-system.

Flera omständigheter talar för att Fara Ticketing är en nyanskaffning och inte en uppgradering av TravelMaster, bl.a. följande:

- Om det varit fråga om endast en uppgradering av äldre biljetthanterings-system har Konkurrensverket svårt att se hur Fara kunnat göra sig av med den personal som arbetat med drift, underhåll och vidareutveckling av TravelMaster.
- Huvuddelen av avtalet rör köp av varor i form av nya produkter och maskiner. Motsvarande eller liknande produkter och maskiner i det äldre systemet TravelMaster kommer alltså att ersättas av andra, nya varor.
- Det är svårt att förstå logiken i att Fara meddelar att befintliga biljetthanteringssystem tas ur bruk, och kunderna hänvisas till att anskaffa det nya systemet, samtidigt som det nya systemet endast skulle vara en uppgradering av TravelMaster.
- Länstrafikens påstående att det är fråga om en uppgradering och inte en nyanskaffning motsäger bolagets påstående rörande den brådska som uppstod i och med Faras besked i januari 2011. Antingen har TravelMaster släckts ner för gott, och då är det inte fråga om endast en uppgradering, eller så har det inte uppstått någon brådska som gjort det absolut nödvändigt att ingå avtalet på grund av synnerlig brådska.

Länstrafikens behovsformulering får därutöver anses vara diskriminerande och gå längre än vad som är tillåtet när den upphandlande enheten bestämmer föremålet för en upphandling. Behovsformuleringen kan samman-



fattas enligt följande. *Bolaget behöver ha ett fungerande biljetthanteringssystem i drift. På grund av den brådska som uppkommit i och med leverantörens besked att äldre system släcks ner om mindre än ett år, behöver det nya systemet vara i drift inom denna tidsfrist.* Behovsformuleringen är alltför snäv och beror på att Länstrafiken hamnat i en brådska som man rätteligen borde ha kunnat förutse. Påståendet om tekniska skäl/ensamrätt utgör ett kringgående av rekvisiten i undantaget för synnerlig brådska.

Länstrafiken

Länstrafiken har haft rätt att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av att Fara varit den enda leverantör som på grund av tekniska skäl kunnat leverera en uppgradering av systemet.

Vad Länstrafiken har anskaffat är en *uppgradering* av det befintliga systemet där delar av det gamla systemets hårdvara fortfarande används. Det finns, Länstrafiken veterligen, 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 har kunnat leverera en uppgradering innehållande mjukvara som var kompatibel med den hårdvara som Länstrafiken redan ägde. Huvuddelen av hårdvaran i bussarna används alltjämt. Av kontraktet mellan Länstrafiken och Fara framgår tydligt att det rör sig om en uppgradering av system och inte en anskaffning av ett nytt system. En annan sak är att det finns leverantörer som hade kunnat leverera *ett helt nytt* biljetthanteringssystem. Anskaffning av ett helt nytt biljetthanteringssystem har inte varit ett realistiskt alternativ då detta skulle ha inneburit en merkostnad om uppskattningsvis 15 miljoner kr för Länstrafiken.



Det som upphandlats har av tekniska skäl endast kunnat fullgöras av en leverantör. Tilldelningen av det aktuella kontraktet står därför inte i strid med LUF.

Vad gäller formuleringen av upphandlingsföremålet framgår av praxis att det är tillåtet att ställa krav på att det som ska upphandlas fungerar tillsammans med befintlig utrustning. Det är i och för sig riktigt att kostnadsaspekter i sig inte utgör grund för att åberopa undantaget avseende tekniska skäl. En upphandlande enhet är dock aldrig skyldig att anskaffa varor som inte är kompatibla med de som redan finns för att fler leverantörer ska kunna konkurrera om kontraktet. Länstrafiken har således haft rätt att bestämma upphandlingsobjektet till en uppgradering på sätt som skett. Endast Fara har på grund av tekniska skäl kunnat leverera en sådan uppgradering.

Även om förvaltningsrätten skulle finna att kontraktet medför en anskaffning av ett nytt system, och inte en uppgradering på det sätt som Länstrafiken gjort gällande, har Länstrafiken haft rätt att upphandla även ett nytt system på grund av synnerlig brådska. Detta på samma skäl som åberopats till stöd för att Länstrafiken haft rätt att upphandla uppgraderingen på grund av synnerlig brådska.

Ringa överträdelse, eftergift

Konkurrensverket

Det saknas stöd i rättspraxis eller andra rättskällor för Länstrafikens påstående att ringa fall skulle kunna föreligga om den överträdelse som begåtts av en upphandlande enhet i praktiken har haft liten påverkan på "upphandlingsresultatet". Inte heller framstår påståendet som särskilt övertygande i sak. Länstrafikens otillåtna direktupphandling har i allra högsta grad påverkat "upphandlingsresultatet", dvs. vilken leverantör som tilldelades



kontraktet och villkoren i detta kontrakt. Att spekulera i vilken leverantör som vid en regelrätt annonserad upphandling enligt LUF skulle ha tilldelats kontrakt låter sig av naturliga skäl inte göras när endast en leverantör fått möjlighet att lämna anbud och ingå avtal med enheten. Det ligger i överträdelsens natur vid otillåten direktupphandling att en sådan regelmässigt kan påverka "upphandlingsresultatet".

Länstrafiken har vidare resonerat kring att, eftersom det som upphandlats skulle tillgodose viktiga behov, ska sanktionsvärdet betraktas som lågt. Om sanktionsvärdet ska anses vara lågt så snart det behov som tillgodoses genom anskaffningen är viktigt, skulle en mycket stor andel av upphandlande enheters anskaffningar aldrig kunna åsättas ett normalt sanktionsvärde i händelse av att de sker genom otillåtna direktupphandlingar. Med det synsättet skulle endast otillåtna direktupphandlingar som avser "onyttiga" varor eller tjänster, exempelvis omotiverat påkostade personalfester, utgöra otillåtna direktupphandlingar av normalgraden.

Länstrafiken

Om förvaltningsrätten skulle finna att tilldelningen av kontraktet skett i strid med LUF är överträdelsen att betrakta som ringa och avgift ska därför inte beslutas. I vart fall föreligger synnerliga skäl för att efterge upphandlingsskadeavgift.

"Ringa fall" kan anses vara för handen om den överträdelse som den upphandlande enheten begått i praktiken har haft liten påverkan på upphandlingsresultatet (se Falk, Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – en kommentar, andra upplagan, 2010, s 548). Om förvaltningsrätten skulle finna att Länstrafiken överträtt LUF har överträdelsen inte haft någon som helst påverkan på upphandlingsresultatet i praktiken. Som tidigare nämnts har Fara varit den ende 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. Kostnaden för ett helt nytt biljetthanteringssystem skulle uppskattningsvis ha varit 15 miljoner kr högre jämfört med den uppgradering som skett. En sådan kostnad skulle inte ha varit acceptabel för Länstrafiken. Någon annan leverantör än Fara skulle således inte ha kommit ifråga ens om ett annonserat förfarande hade genomförts. I sammanhanget noteras också att frivillig förhandsinsyn skett och att ingen konkurrerande leverantör begärt överprövning.

Upphandlingsskadeavgift får efterges om det föreligger synnerliga skäl. Av förarbetena (prop. 2009/10:180 s 198) till LUF framgår att den närmare innebörden av begreppet ”synnerliga skäl” i den aktuella bestämmelsen får utvecklas i rättspraxis. Som tänkbart exempel på när synnerliga skäl kan föreligga anges situationer där en upphandlande enhet, på grund av eget agerande, har hamnat i en sådan tidsnöd att enheten anser sig tvungen att direktupphandla för att säkerställa ett tvingande hänsyn till allmänintresse som annars skulle riskeras. Om en sådan situation inte skulle anses utgöra synnerliga skäl för direktupphandling eller tillämpning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering är det tänkbart att det skulle framstå som orimligt eller stötande att upphandlingsskadeavgift ska beslutas på grund av den otillåtna direktupphandlingen och att eftergift därför skulle kunna komma i fråga.

Det kan knappast råda något tvivel om upprätthållande av kollektivtrafiken i länet utgör ett tvingande hänsyn till ett allmänintresse. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att tilldelningen av kontraktet skett i strid med LUF föreligger just sådana omständigheter som i propositionen angetts kunna utgöra synnerliga skäl för att efterge upphandlingsskadeavgift.



Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Konkurrensverket

Upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling bör beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiften.

Konkurrensverket har beräknat avtalets totala värde till 26 906 833 kr. En upphandlingsskadeavgift om 1 900 000 kr utgör cirka sju procent av avtalets värde. Den yrkade avgiften är enligt Konkurrensverkets mening vid en samantagen bedömning en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Det kan konstateras att argument och resonemang kring avgiftens storlek, synnerliga skäl och ringa fall överlappar varandra.

Att Länstrafiken publicerat ett meddelande om frivillig förhandsinsyn kan överhuvudtaget inte påverka sanktionsvärdet och avgiftens storlek. Meddelandet har därutöver varit vilseledande eftersom Länstrafiken inte angett att man ansåg att kontraktet av tekniska skäl endast kunde fullgöras av Fara. Konkurrerande leverantörer fick alltså i meddelandet inte veta samtliga grunder för Länstrafikens icke annonserade anskaffning. Vid sådana förhållanden är det, oaktat frågan om en förhandsinsyn i sig kan påverka sanktionsvärdet, uteslutet att meddelandet ska kunna utgöra en förmildrande omständighet vid bestämmandet av avgiftens storlek.

Vidare utgör det inte i sig någon förmildrande omständighet att det enligt Länstrafiken inte varit fråga om ett medvetet kringgående av lagen. Om det



varit fråga om ett medvetet kringgående av LUF hade det utgjort en försvårande omständighet som skulle inverkat höjande på avgiftens storlek. Avsaknaden av en sådan försvårande omständighet utgör därmed inte en förmildrande omständighet som kan sänka avgiften.

Lagstiftaren har uttalat att sanktionsvärdet för otillåtna direktupphandlingar ofta kan anses vara högt. Konkurrensverket anser därför att upphandlingsskadeavgiften vid otillåten direktupphandling i normalfallet bör ligga i mitten av den övre delen av tioprocentsskalan.

Om en överprövning av det ingångna avtalets giltighet hade skett, hade avtalet inte kunnat bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, eftersom ekonomiska intressen för den upphandlande enheten med direkt koppling till avtalet inte får beaktas vid en sådan prövning. De olägenheter Länstrafiken skulle kunna ha drabbats av om avtalet inte hade ingåtts med Fara är ekonomiska (uteblivna biljettintäkter) och får anses ha en direkt koppling till avtalet.

Länstrafiken

En eventuell upphandlingsskadeavgift ska fastställas till ett lägre belopp än det yrkade.

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. Kontraktets sammanlagda värde blir därmed 18 051 692 kr avseende grundpriset och 6 984 803 kr avseende utnyttjade av optioner, eller sammanlagt 25 036 495 kr. Det är denna summa som rätteligen ska ligga till grund för beräkning av en eventuell upphandlingsskadeavgift.



Av LUF framgår att det vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska tas hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är (sanktionsvärdet). I förarbetena (prop. 2009/10:180 s 197) till den aktuella regeln anges att beslutande instans bör ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek inom de givna beloppsramarna. Vidare framgår att hänsyn bör tas till såväl förmildrande som försvårande omständigheter. Av propositionen framgår att det vid bedömningen av sanktionsvärdet bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Om Länstrafiken överträtt LUF kan en sådan överträdelse under inga förhållanden anses såsom klar.

Vad gäller Länstrafikens meddelande om förhandsinsyn är det avgörande för sanktionsvärdet, i denna del, att potentiella leverantörer faktiskt fått en möjlighet att överpröva upphandlingen och att kontrakt inte tecknats ”i smyg”.

Även omständigheter som redogjorts för under rubriken Ringa överträdelse, eftergift talar för ett mycket lågt sanktionsvärde och bör beaktas vid bestämmande av en upphandlingsskadeavgift.

Bevisbörda

Konkurrensverket

I mål om upphandlingsskadeavgift kan normalt två olika slags övergripande bevisteman aktualiseras, nämligen 1) huruvida något avtal har slutits utan föregående annonsering respektive 2) huruvida det föreligger sådana omständigheter som medför att avtalet fick ingås utan föregående annonsering. Konkurrensverket menar att dessa två bevisteman bör åtskiljas. Båda parterna kan normalt inte ha bevisbördan avseende ett och samma bevis-



tema, men det finns inget som hindrar att bevisbördan i målet är delad mellan parterna avseende *olika* bevisteman.

Det följer av rättspraxis från EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen samt uttalanden i förarbetena till den svenska upphandlingslagstiftningen att den upphandlande enheten har bevisbördan rörande huruvida det förelegat sådana omständigheter som medför att avtalet fick ingås utan föregående annonsering enligt LUF.

Konkurrensverket saknar möjligheter att med tvång säkra bevisning i tillsynsärenden enligt LUF (jfr prop. 2009/10:180 s. 213-217). Denna avsaknad av möjlighet att till exempel med tvång ålägga en upphandlande enhet att inkomma med de handlingar eller andra uppgifter av relevans, innebär normalt att den upphandlande enheten – inte Konkurrensverket – har bäst möjligheter att säkra bevisning rörande faktiska omständigheter som enheten anser medför att ett avtal får ingås utan föregående annonsering enligt reglerna i LUF.

Avsaknaden av möjligheter för tillsynsmyndigheten på upphandlingsområdet att med tvång vidta bevissäkringsåtgärder skiljer sig från andra rättsområden där offentlighetsrättsliga sanktionsavgifter kan beslutas av myndighet eller dömas ut av domstol efter ansökan av myndighet. Denna skillnad utgör enligt Konkurrensverkets mening starka skäl att placera bevisbördan i mål om upphandlingsskadeavgift på den upphandlande enheten rörande bevistemat huruvida det förelegat omständigheter som medfört att avtal fick ingås utan föregående annonsering.

Konkurrensverket delar inte Kammarrätten i Stockholms bedömning rörande bevisbördans placering i mål om upphandlingsskadeavgift. I de aktuella kammarrättsavgörandena har Konkurrensverket fått fullt bifall till sina



ansökningar, varför verket saknar möjlighet att överklaga till Högsta förvaltningsdomstolen för att få ett vägledande avgörande i frågan.

Konkurrensverket vill emellertid uppmärksamma förvaltningsrätten på att det i förevarande mål inte synes föreligga några tvistiga omständigheter av relevans för den rättsliga prövningen av målet.

Vad avser bevisbördans placering måste det också påpekas att vare sig Konkurrensverket eller Länstrafiken kan ha någon bevisbörda för innehållet i gällande rätt. Inte heller finns någon bevisbörda avseende den rättsliga bedömningen och värderingen av omständigheter som i sig blivit klarlagda i målet.

I förevarande mål har parterna fört fram olika uppfattningar om vilka rättsliga slutsatser som kan dras av de i målet förebragda omständigheterna, vilka i sig synes ostridiga. Däremot har parterna fört fram divergerande uppfattningar om de i sig klarlagda och ostridiga omständigheterna ger vid handen att Länstrafiken fick sluta avtal utan föregående annonsering med stöd av undantaget för synnerlig brådska respektive tekniska skäl i 4 kap. LUF, eller om det istället är fråga om en otillåten direktupphandling.

Dessa frågor är av rättstillämpningskaraktär och kan inte bli föremål för bevisvärdering eller placering av bevisbörda. Frågor kring bevisvärdering och bevisbördans placering synes följaktligen sakna betydelse i förevarande mål.

Länstrafiken

Konkurrensverket har bevisbördan för att otillåten direktupphandling föreligger.



Kammarrätten i Stockholm anför i dom den 11 april 2013 (mål nr 5426-12) följande beträffande bevisbördans placering. Bestämmelserna om fakultativ upphandlingsskadeavgift är en svensk företeelse som saknar direkt motsvarighet i EU-rättsliga bestämmelser. I fråga om bevisbördans placering ligger det därför närmast till hands att söka ledning i svensk lagstiftning rörande administrativa sanktionsavgifter. Huvudprincipen torde därvid vara att det är den sökande myndigheten som har bevisbördan för att förutsättningarna för ingripande är uppfyllda (jfr. SOU 2010:29 s. 407). Mot bakgrund av bestämmelserna i 18 kap. LOU om Konkurrensverkets utredningsmöjligheter och den upphandlande myndighetens skyldighet att tillhandahålla upplysningar kan Konkurrensverkets bevisbörda inte begränsas till att endast avse frågan om ett avtal slutits utan föregående annonsering. I likhet med vad som normalt gäller i liknande mål måste Konkurrensverkets bevisbörda istället omfatta samtliga förutsättningar för att avgiften ska dömas ut. Det ankom således på Konkurrensverket att presentera en sådan utredning att det även framgick att det inte rörde sig om en sådan undantagssituation där förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas.

I målet föreligger inte bevisning som styrker att Länstrafiken inte haft rätt att direktupphandla under de förhållanden som förelegat i aktuellt fall.

Som Konkurrensverket påpekar kan vare sig Konkurrensverket eller Länstrafiken ha någon bevisbörda för innehållet i gällande rätt. Det finns förstås inte heller någon anledning att föra bevisning om ostridiga omständigheter. Däremot åligger det Konkurrensverket att presentera en utredning av vilken det framgår att förhållandena varit sådana att det inte varit tillåtet för Länstrafiken att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Enligt Länstrafiken har Konkurrensverket inte lagt fram en sådan utredning i målet.



SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Länstrafiken är en upphandlande enhet. Det sammanlagda värdet av det avtal som Länstrafiken i augusti 2011 ingick med Fara överstiger tillämpligt tröskelvärde i LUF. Upphandlingen skulle därmed ha annonserats enligt huvudregeln i 7 kap. 1 § LUF, såvida inte något annat följer av 4 kap. 2 § LUF. Det är ostridigt i målet att avtalet ingåtts utan någon föregående annonsering enligt bestämmelserna i LUF. Länstrafiken menar dock att det inte är fråga om otillåten direktupphandling, då såväl undantagsbestämmelsen om synnerlig brådska som tekniska skäl är tillämpliga i förevarande fall.

För tillämpning av undantagsbestämmelsen för synnerlig brådska krävs

- att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet,
- att synnerlig brådska gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid annonserad upphandling och
- att brådskan inte orsakats av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande enheten.

Vid prövning av om dessa förutsättningar är uppfyllda är parterna överens om de faktiska omständigheterna. Parternas argumentation om bevisbördans placering saknar därmed betydelse i förevarande mål. Frågan är istället vilka rättsliga slutsatser som kan dras av omständigheterna i målet.

Länstrafiken tillhandahåller allmän kollektivtrafik inom Västerbottens län. Kollektivtrafiken utgör en viktig samhällsfunktion. Biljetthanteringen måste anses angelägen för att upprätthålla kollektivtrafiken. Det synes också vara ostridigt mellan parterna att biljetthanteringssystem utgör ett verksamhetskritiskt system. På grund av det anförda bedömer förvaltningsrätten att det anses ha varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet för att tillförsäkra behovet av fungerande kollektivtrafik.



Vid bedömningen av om Länstrafiken haft möjlighet att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering bör bl.a. följande omständigheter beaktas; reglerna om förkortade tidsfrister och den tidsbesparing de ger, den tid det tar att förbereda och utforma ett förfrågningsunderlag, den tid det tar att utvärdera inkomna anbud, inställetid för ny leverantör samt tid för eventuell överprövningsprocess. Länstrafiken uppger att det först genom brevet från Fara den 11 maj 2011 stått klart att det befintliga biljetthanteringssystemet inte skulle kunna användas efter den 1 januari 2012. Denna uppgift motsägs inte heller av den skriftliga kommunikationen mellan Länstrafiken och Fara under 2011. Med tanke på den relativt korta tid som Länstrafiken därmed haft på sig har de enligt förvaltningsrättens bedömning inte kunnat använda sig av de i LUF angivna tidsfristerna för att säkerställa avtalsstart den 1 januari 2012. Synnerlig brådska har således förelegat. Även om utgångspunkten för att bedöma möjligheten att hålla tidsfrister eventuellt borde vara den 26 januari 2011, eller ett datum närmare den tidpunkten, då Länstrafiken fick indikationer om att det befintliga biljetthanteringssystemet inte skulle kunna användas efter den 1 januari 2012, hade tiden enligt förvaltningsrättens mening ändå varit för knapp.

Vad gäller den tredje förutsättningen menar Konkurrensverket att den brådska som uppkom inte är orsakad av omständigheter som Länstrafiken inte kunde förutse.

Förvaltningsrätten noterar att Länstrafiken efter den ursprungliga leverantörens konkurs 2008 hamnat i en mycket besvärlig situation. Med hänsyn till de betydande investeringar som nyligen gjorts i biljetthanteringssystemet kan det inte anses ha varit ett realistiskt alternativ att upphandla ett nytt system. I den uppkomna situationen tecknades därför ett underhållsavtal med det företag som tog över konkursföretagets verksamhet och som var det enda företag som hade kompetensen att utföra underhåll på det ak-



tuella systemet. Det ställs förvisso höga krav på en upphandlande enhets planering så att den inte hamnar i sådana brådskande situationer att tidsfristerna i LUF inte kan hållas. I förevarande fall är det möjligen så att Länstrafiken kanske kunde ha agerat på annat sätt; dels beträffande avtalsvillkor gentemot den ursprunglige leverantören angående rådighet över systemet, dels beträffande avtalsvillkor gentemot den övertagande leverantören avseende uppsägningstid m.m. Även om Länstrafiken möjligen skulle ha kunnat få till stånd mer förmånliga avtalsvillkor, vilket dessutom endast är spekulationer, skulle det enligt förvaltningsrättens mening vara att gå för långt att faktiskt kräva det för att kunna tillämpa undantagsbestämmelsen om synnerlig brådskan. Förvaltningsrätten anser således inte att det är fråga om bristande planering från Länstrafikens sida. Det avgörande måste istället vara att det underhållsavtal som ingicks efter den ursprunglige leverantörens konkurs plötsligt sades upp av motparten. Länstrafikens agerande måste därmed i huvudsak anses vara föranlett av yttre omständigheter. Förvaltningsrätten anser inte att omständigheterna är sådana att den uppkomna brådskan orsakats av omständigheter som kunnat förutses av Länstrafiken, så att bolaget själv kan anses ha orsakat den synnerliga brådskan.

Sämmanfattningsvis har Länstrafiken således uppfyllt samtliga förutsättningar i 4 kap. 2 § 4 p. LUF, vilket medför att bolaget haft skäl för att tilldela kontrakt utan föregående annonsering. Det aktuella avtalet utgör således inte en otillåten direktupphandling. Härav följer att det inte finns grund för att utdöma upphandlingsskadeavgift varför ansökan ska avslås.



Med hänsyn till att ansökan ska avslås redan på ovan angiven grund finner förvaltningsrätten inte anledning att pröva övriga frågor i målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 3109/1C)



Karin Granholm
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.

