

Förvaltningsrätten i Karlstad
Box 568
651 12 Karlstad

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Länstrafiken Örebro AB (556184-3334), Box 8013, 700 08 Örebro

Uppgett ombud: advokat Johanna Näslund, Advokatfirman Lindahl,
Box 143, 701 42 Örebro

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 2 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 2 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling beslutar att Länstrafiken Örebro AB ska betala 1 500 000 (en miljon femhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Kammarrätten i Göteborg har i en lagakraftvunnen dom (mål nr 5819-11) fastställt att ett avtal som ingåtts mellan Länstrafiken Örebro AB och Transam AB ska bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 § LOU.

Bakgrund

2. Länstrafiken Örebro AB (Länstrafiken) är huvudman för kollektivtrafiken i Örebro län. Transam AB har varit ett helägt dotterbolag till Länstrafiken. Den 19 mars 2012 har Transam genom en fusion uppgått i Länstrafiken.
3. 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.
4. Samres AB 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) ansökan och ogiltigförklarade avtalet (se bilaga 1).
5. Länstrafiken överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Göteborg, som i dom den 2 december 2011 (mål nr 5819-11) biföll överklagandet, upphävde förvaltningsrättens dom och avslog ansökan om överprövning av avtalets giltighet. Kammarrätten fastställde i domskälen att avtalet ingåtts genom en otillåten direktupphandling men fann att det förelåg tvingande hänsyn till ett allmänintresse, varför avtalet fick bestå (se bilaga 2).
6. Efter överklagande av Samres har Högsta förvaltningsdomstolen den 29 mars 2012 beslutat att inte meddela prövningstillstånd i målet (mål nr 7791-11, se bilaga 3). Kammarrättens dom har således vunnit laga kraft.

Avtalets värde

7. Det följer av 17 kap. 4 § andra stycket LOU att beräkningen av avtalets värde i mål om upphandlingsskadeavgift ska ske enligt 15 kap. 3 a § LOU när det är fråga om en upphandling som inte omfattas av direktiv 2004/18/EG. Enligt 15 kap. 3 a § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjas.
8. Under skriftväxlingen i förvaltningsrätten uppgav Samres att värdet av avtalet uppgick till ungefär 15 miljoner kronor per år. Länstrafiken har 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.

9. Avtalet trädde i kraft den 1 november 2010 och upphörde att gälla den 19 mars 2012 när Transam genom fusionen uppgick i Länstrafiken. Avtalet har således gällt under cirka 16 ½ månad (avtalet bifogas, se bilaga 4).
10. 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] x 16 ½ månad).

Upphandlingsskadeavgift

11. I detta mål gäller bestämmelserna i 16 och 17 kap. LOU i den lydelse de hade enligt lag 2010:571, som gällde från och med den 15 juli 2010 och till och med den 31 oktober 2011.

Förutsättningar för att påföra upphandlingsskadeavgift när ett avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse

12. Enligt 17 kap. 1 § 2 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 § LOU.
13. Enligt 17 kap. 2 § första stycket LOU är tillsynsmyndigheten skyldig att hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift, om en domstol fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 § LOU. Konkurrensverket är enligt 18 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige.
14. Grunden för att påföra Länstrafiken Örebro en upphandlingsskadeavgift är den lagakraftvunna domen i målet angående överprövning av det ingångna avtalets giltighet (kammarrättens mål nr 5819-11).
15. I förevarande mål om upphandlingsskadeavgift finns alltså 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.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

16. En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek 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. Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek 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 cirka 7-8 procent av avtalets värde.
18. 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.¹ En sådan ordning skulle dessutom riskera att vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.
19. I ett yttrande till Konkurrensverket har Länstrafiken anfört bland annat följande. Om Länstrafiken och Transam hade bestått som juridiska personer i den nya organisationen skulle dessutom det kommande permanentade in house-undantaget i 2 kap. 10 a § LOU med retroaktiv verkan läka tidigare ingångna avtal. Detta gäller även mellan dotter- och dotterdotterbolag till myndighet, till skillnad från det nu gällande tillfälliga undantaget. Fusionsprocessen inleddes genom styrelsebeslut i bolagen och fusionsplan den 12 oktober 2011. Något avtal föreligger inte efter den 19 mars 2012 då absorption skett av Transam till Länstrafiken. Om prövningen av avtalet hade skett efter kommande årsskifte hade avtalet varit tillåtligt mot bakgrund av att det hade omfattats av in house-undantaget.
20. Konkurrensverket kan konstatera att även om det av riksdagen beslutade men ännu inte gällande permanenta in house-undantaget i 2 kap. 10 a § LOU skulle tillämpas på avtalet mellan Länstrafiken och Transam, skulle avtalet

¹ Se de olika skrivningarna i prop. 2009/10:180 s. 198-199 angående sanktionsvärde, avgiftens storlek och eftergift när det föreligger tvingande hänsyn.

inte vara undantaget upphandlingsskyldighet.² Det så kallade verksamhetskriteriet i 2 kap. 10 a § 2 LOU torde nämligen inte vara uppfyllt i relationen mellan Transam och Länstrafiken. Verksamhetskriteriet är avsett att ha samma innebörd i både den tillfälliga och permanenta lydelsen av 2 kap. 10 a § LOU.

21. 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 (Transams årsredovisning för år 2011 bifogas, se bilaga 5). Detta ger vid handen att mer än en tredjedel, eller cirka 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 enligt Konkurrensverkets bedömning uteslutet att Transam skulle kunna anses bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med Länstrafiken.³
22. Vid dessa förhållanden medför den kommande ändringen av 2 kap. 10 a § LOU inte att avtalet mellan Länstrafiken och Transam hade varit undantaget från lagens tillämpningsområde. Därmed kan detta inte heller utgöra en förmildrande omständighet vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek i detta fall.
23. Konkurrensverket har beräknat avtalets totala värde till ett belopp om 20 625 000 kronor. En upphandlingsskadeavgift om 1 500 000 kronor utgör cirka sju procent av avtalets värde och är enligt Konkurrensverkets mening vid en sammantagen bedömning en skälig och proportionerlig sanktion för Länstrafikens otillåtna direktupphandling.

Per Karlsson

Daniel Johansson

² SFS 2012:392. Se vidare prop. 2011/12:106 och SOU 2011:43.

³ Se EU-domstolens dom i mål C-340/04 *Carbotermo*. Se även SOU 2011:43 s. 105-110 samt prop. 2011/12:106 s. 64-65. Jfr även prop. 2009/10:134 s. 19-20.

Bilagor

- Bilaga 1 Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 26 juli 2011 i mål nr 1466-11
- Bilaga 2 Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december 2012 i mål nr 5819-11
- Bilaga 3 Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 29 mars 2012 i mål nr 7791-11
- Bilaga 4 Avtalet den 25 oktober 2010 mellan Länstrafiken och Transam
- Bilaga 5 Årsredovisning för Transam år 2011