

Förvaltningsrätten i Malmö
Box 4522
203 20 Malmö

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Skåne, Skånetrafiken, 281 83 Hässleholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Region Skåne ska betala 7 000 000 (sju miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Region Skåne har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 13 november 2020 ingå avtal (Tilläggsavtalet) om förlängning med leverantören Telepass AB (Telepass) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades (se [bilaga 1](#)). Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

Den upphandlande myndigheten och tillämplig lagstiftning

2. Skånetrafiken är en förvaltning inom Region Skåne vars uppdrag är att driva den samhällsfinansierade kollektivtrafiken i Skåne. Skånetrafiken styrs av kollektivtrafiknämnden.¹
3. Både regioner och nämnder kan utgöra upphandlande myndigheter. För att en nämnd ska utgöra en upphandlande myndighet bör ett villkor vara att den agerar självständigt och genomför den aktuella upphandlingen självständigt.²
4. Skånetrafiken har uppgett att det är Region Skåne och inte Skånetrafiken som utgör en upphandlande myndighet i LOU:s mening. Konkurrensverket instämmer i den bedömningen, varför ansökan om upphandlingsskadeavgift riktas mot Region Skåne.

Händelseförloppet

5. Under utredningen har följande händelseförlopp framkommit.

Upphandling 2017

6. Skånetrafiken genomförde 2017 en annonserad upphandling av serviceresor (regionens dnr 407/2016). Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt den nu upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (se [bilaga 2](#)). Termen Serviceresor kommer nedan att användas som sammanfattande beteckning för de områden som omfattas av de upphandlade tjänsterna.
7. De avtal som omfattades av upphandlingen avsåg trafikuppdrag under åren 2018–2022 i sju av åtta geografiska placeringsområden i Skåne. Upphandlingen omfattade totalt 116 fordon, av vilka åtta var personbilar och 108 var specialfordon. Trafikföretagets fordon skulle vara tillgängliga under de schematider som trafikledningen fastställer, och trafikföretag ska genomföra alla köruppdrag som lämnas av trafikledningen inom ramen för av trafikledningen fastlagda scheman.
8. Ersättning utgick, något förenklat, från en fast timersättning under vissa tider, med grundersättning för varje beställd körslinga samt kilometerersättning för utförd körning inom en körslinga.³ För ordinarie fordon med

¹ <https://www.skane.se/organisation-politik/om-region-skane/Organisation/Skanetrafiken/>

² jfr HFD 2018 ref. 67.

³ Se [bilaga 3](#).

fast timersättning garanterades en schemaläggning om minst 180 timmar per månad med undantag för lågtrafik. Skånetrafiken hade rätt att ändra antalet schemalagda ordinarie fordon inom en frivolyms om 20 procent uppåt eller nedåt beräknad med utgångspunkt i antalet ordinarie fordon. Skånetrafiken lämnade inte någon garanti eller någon form av utfästelse i förhållande till volymen av leverantörens trafikuppdrag, men bifogade statistik för köruppdrag under perioden 2015–2016.

9. I maj 2017 ingick Skånetrafiken sju avtal (härefter "Upphandlingsavtalen") med Telepass om 114 fordon (se bilaga 3–9).

Omförhandling och avtal om förlängning av giltighetstiden

10. Skånetrafiken fick i april 2020 en begäran från Telepass om att omförhandla Upphandlingsavtalen. Telepass uppgav att resandeantalet inom Serviceresor hade minskat drastiskt på grund av Covid-19 och att detta väsentligt hade påverkat de ekonomiska förutsättningarna för bolaget som leverantör.
11. Under april 2020 hade Skånetrafiken tidigare planerat in individuella avstämningsmöten med samtliga trafikleverantörer, och dessa tider användes för diskussion angående omförhandling med samtliga leverantörer.
12. Under sensvåren 2020 togs ett principiellt ställningstagande, efter Telepass förfrågan, med innebörden att en förlängning av Upphandlingsavtalen skapade förutsättningar för tryggad leverans. Ställningstagandet förmedlades till Telepass. Vissa detaljer och omfattningen av förlängningen fortsatte att diskuteras under sommaren och hösten. Parterna utgick, enligt Skånetrafiken, ifrån att en förlängning skulle ske.
13. Samtliga trafikföretag som hade tilldelats kontrakt vid upphandlingen 2017 tillfrågades om de såg förlängning som något som de skulle vara hjälpta av, men inget av de övriga företagen var intresserat av detta. I stället efterfrågades bidrag, som dock inte har getts.
14. Den 13 november 2020 ingick Skånetrafiken och Telepass Tilläggsavtalet, med innebörden att Upphandlingsavtalen förlängdes från slutdatum den 31 januari 2022 till den 31 januari 2023.
15. Skånetrafiken offentliggjorde inte någon upplysning om ändring enligt 17 kap. 16 § LOU.

Situationen under 2020

16. Skånetrafiken och affärsområde Serviceresor ansvarar för alla sjukresor i hela Skåne och för färdtjänstresor i 25 av 33 av Skånes kommuner. Serviceresor har nio avtalsleverantörer, som är upphandlade vid olika perioder beroende

på geografiskt område och typ av fordon. Totalt har Skånetrafiken cirka 416 fordon, varav 204 är personbilar och 212 är specialfordon.

17. Coronapandemin och restriktionerna i samband med den medförde en minskad efterfrågan på bland annat taxitjänster och andra persontransporter. Den 16 mars 2020 beslutade Skånetrafiken att myndigheten skulle börja dra ned schemalagda fordon till lägsta nivå. Arbetet pågick under några veckor och från och med maj var allt neddraget till ett minimum. Antalet ordinarie fordon var 386 stycken och antalet avropsfordon var 30 stycken.
18. Samtliga avropsfordon stängdes ned och nyttjades inte. Antalet ordinarie fordon drogs inte ned, men väl antalet timmar per fordon, efter att dessa tidigare hade varit schemalagda mer än garantitiden om 180 timmar per månad.
19. Den 24 mars 2020 beslutades att alla resor skulle bokas som ensamresor, dvs. med en passagerare per bil i stället för den samåkning som skulle ske enligt regelverket. Beslutet har förlängts i omgångar. Den 3 april 2020 fick Skånetrafiken information om att en av myndighetens leverantörer hade blivit varslad om skyddsstopp, varvid en lösning togs fram för särskilda transporter för smittade och misstänkt smittade kunder från och med den 3 april 2020.
20. Efter mars 2020 minskade antalet färdtjänstresor för avtalsområdena för Upphandlingsavtalen med ungefär 40–50 procent jämfört med motsvarande månader föregående år. Under 2020 har det även förekommit en viss minskning i den ersättning som utgått till Telepass.
21. Efter sommaren började efterfrågan på trafik öka något, och det planerades in något fler timmar för fordonen. I oktober 2020, månaden innan Tilläggsavtalet slöts, ökade efterfrågan mer kraftfullt och avtalad kapacitet började avropas fullt ut.
22. Den 1 april 2020 tog Skånetrafiken över ansvaret för sjukresor i Malmö stad, och enligt Skånetrafiken skulle antalet resor ha varit ännu lägre utan detta övertagande. Ensamåkningen medförde att antalet resor steg igen. Skånetrafiken har uppgett att detta inte kunde förutses när förvaltningen tog ställning till akuta åtgärder under våren 2020. Behovet av ökad kapacitet berodde inte heller på motsvarande ökning av antalet resenärer, utan på beslutet om ensamåkning.

Skälen för Skånetrafikens agerande kring omförhandling och tilläggsavtal

23. Region Skåne har som skäl för sitt agerande anfört sammanfattningsvis följande.

24. Som en följd av pandemin minskade efterfrågan på Serviceresors tjänster till närmare hälften jämfört med tidigare. Även övriga delar av leverantörernas verksamhet, dvs. normalt privata taxiresor, minskade drastiskt. Det fanns en stor risk för att avtalade leverantörer inte skulle kunna utföra sina åtaganden på grund av sjukdom bland deras förare. Detta skulle slå hårt mot sjukvården och mot den grupp resenärer som var beroende av tjänsten för att få en fungerande livssituation. Samtidigt ökade kraven på Serviceresors verksamhet, som är en väsentlig förutsättning för att få sjukvården att fungera effektivt i samhället under krissituationen. Sjukresor är en viktig del i den regionala krisberedskapsplanen, och det planerades t.ex. att använda sjukresor som komplement till ambulansverksamheten.
25. Samtliga avtalade leverantörer påkallade omförhandling av avtalen under 2020 och meddelade att det rådde likviditetsbrist och att det fanns risk för en nära förestående konkurs om inte Skånetrafiken agerade. Om en så pass stor leverantör som Telepass skulle gå i konkurs skulle det få förödande konsekvenser för Region Skånes sjukvård och samhället i stort. Det skulle vid en direktupphandling inte gå att direktupphandla denna kapacitet. Sådan kapacitet finns inte på marknaden vid kort varsel. Implementationstiden för ett normalt avtal för serviceresor är ca tolv månader, vilket motsvarar den tid det tar för beställning, leverans och anpassning av fordon.
26. Under förhandlingarna kom det fram att en förlängning av vissa avtal skulle vara ett lämpligt alternativ till bidrag i form av ekonomiskt stöd. Aktuella fordon hade på grund av pandemin stått stilla och inte kört lika mycket som beräknat, och de hade därmed en längre livslängd än beräknade fyra år. Med stöd av en förlängning av Upphandlingsavtalen kunde leverantören bland annat få uppskov med låneinbetalningar till banken och därmed förhindra en likviditetsbrist som hade lett till konkurs.

Tilläggsavtalet mellan Skånetrafiken och Telepass utgör en otillåten direktupphandling

27. Frågan som har uppkommit i ärendet är om situationen som rådde på grund av pandemin var sådan att Skånetrafiken hade möjlighet att göra undantag från skyldigheten att på nytt upphandla tjänsterna för den period som Tilläggsavtalet gällde.

Tillämpliga bestämmelser

28. Enligt 17 kap. 8 § LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§. Regleringen anger uttömmande i vilka situationer ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan att en ny upphandling behöver genomföras. En ändring utan stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§ utgör med andra ord en otillåten direktupphandling (se prop. 2015/16:195 s. 1127).

29. Det framgår av 17 kap. 10 § LOU att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul under de förutsättningar som anges i bestämmelsen.
30. Av 17 kap. 12 § LOU framgår att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet. En sådan ändring får dock inte medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras, eller innebära att värdet av kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 procent. En upphandlande myndighet som har ändrat ett kontrakt eller ett ramavtal med stöd av 12 § ska enligt 16 § upplysa om detta i en annons som ska innehålla uppgifter inklusive en beskrivning av de omständigheter som nödvändiggjorde ändringen och förklaring till dessa omständigheters oförutsedda karaktär.⁴
31. Av 17 kap. 14 § LOU framgår att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig.
32. Ett kontrakts eller ett ramavtals övergripande karaktär kan ändras även om ändringen inte är stor i ekonomisk mening. Så kan vara fallet om den upphandlande myndigheten fränfaller ett krav som har ställts i upphandlingen eller avstår från att tillämpa ett väsentligt avtalsvillkor, t.ex. avseende vite. Ett annat exempel är att myndigheten beslutar att köpa varor som enligt kontraktet ska leasas från leverantören. Alltför dramatiska förändringar av parternas förpliktelser ändrar avtalets övergripande karaktär. Om en upphandling avser köp av tio bussar, får kontraktet inte innehålla en option avseende köp av ytterligare 100 bussar. Det är ytterst en fråga för rättstillämpningen att avgöra vad som avses med ett kontrakts eller ramavtals övergripande karaktär (prop. 2015/16:195 s. 850).

Närmare om Tilläggsavtalet

33. Tilläggsavtalet utgör en förlängning av Upphandlingsavtalen, som har beskrivits ovan. Det finns därför inte skäl att än en gång gå in på Upphandlingsavtalens innehåll. Även den förlängda tidsfristen har beskrivits ovan. De ändringar som följer med Tilläggsavtalet är dock följande.
34. Upphandlingsavtalens löptid har ändrats från fyra till fem år, genom ändringen av slutdatumet, och Tilläggsavtalet innebär i praktiken en tilldelning av ett nytt avtal för serviceresor under tolv månader under 2022

⁴ Se 5 § upphandlingsförordningen (2016:1162), standardformulär 20 punkt VII.2.2 i kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011, och bilaga V del G punkt 6 i direktiv 2014/24/EU.

och 2023, som annars hade behövt upphandlas inför Upphandlingsavtalens ursprungliga slutdatum den 31 januari 2022.

35. Upphandlingsavtalen har en omförhandlingsklausul.⁵ Enligt den kan förhandling om ändring eller omförhandling av avtalet påkallas om det sker på grund av förändringar av lagar, skatter, avgifter, lokala miljöbestämmelser eller i de affärsmässiga förutsättningarna för upphandlingen som avtalet baseras på och som medför väsentliga förändringar samt under vissa förutsättningar om trafikföretaget kan visa att det har drabbats av större ökning av priset på drivmedel eller utsläppsrätter.

Vad Region Skåne har anfört om den rättsliga grunden för agerandet

36. Region Skåne har i fråga om förutsättningarna för att göra undantag från kravet på upphandling sammanfattningsvis anfört vad som framkommer ovan under punkterna 24 till och med 26. Region Skåne har därutöver även anfört sammanfattningsvis följande.
37. Det framgår inte av 17 kap. 12 § LOU att de däri tillåtna ändringarna inte omfattar förlängningar av ett avtals giltighetstid. Något sådant framgår inte heller av praxis eller förarbetsuttalanden. Region Skåne har också hänvisat till uttalanden från Upphandlingsmyndigheten som sammanfattningsvis har innebörden att bestämmelsen inte är begränsad till en viss typ av ändring utan till de behov som har uppstått till följd av en oförutsedd händelse.
38. Region Skåne menar att avtalets övergripande karaktär inte har ändrats, och ändringen medför inte att värdet av avtalen har ökat mer än femtio procent, varför samtliga rekvisit i bestämmelsen är uppfyllda. Skånetrafiken har därmed, enligt Region Skåne, haft rätt att ändra avtalen utan en ny upphandling.
39. Det har vidare, utifrån den uppkomna situationen, förelegat synnerlig brådska/synnerliga skäl. Det har förelegat en synnerlig brådska att säkra tillgången till serviceresor, beroende på omständigheter som inte har kunnat förutses av Skånetrafiken. Anskaffningen har varit absolut nödvändig, och det har utifrån den akuta situationen inte varit möjligt att hålla de tidsfrister som gäller för annonserad upphandling. Om Skånetrafiken inte hade vidtagit någon åtgärd och någon leverantör hade gått i konkurs, skulle Skånetrafiken ha haft rätt att genomföra en direktupphandling. En sådan hade dock i det läget inte kunnat avhjälpa situationen eftersom uppstartstiden hade blivit lång och samhället under tiden hade lidit stora konsekvenser i form av utebliven färdtjänst och sjukresor. Det var därför nödvändigt att agera innan en konkurssituation uppkom.

⁵ se punkt 11.1 i de allmänna villkoren, upphandlingsdokumenten, bilaga 2.

40. Skånetrafiken bedömde vidare att det inte var möjligt att frångå det principiella ställningstagandet från våren 2020, då det skulle ha fått affärsmässiga och affäretiska konsekvenser som hade skadat förtroendet för Skånetrafiken som affärspartner och affären som helhet. Det var också fortsatt osäkerhet vilka konsekvenser som Covid 19-situationen skulle få.

Konkurrensverkets bedömning

41. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁶
42. Frågan är om ett eventuellt behov av ändring av avtalstiden från fyra till fem år har berott på omständigheter som Skånetrafiken varken förutsåg eller borde ha förutsett vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet, samt om övriga förutsättningar för tillåten ändring enligt 17 kap. 9–14 § LOU är uppfyllda.
43. 17 kap. 9 § LOU är, med hänsyn till de i ärendet aktuella värdena, inte tillämplig i detta fall. Inte heller utgör Tilläggsavtalet en sådan kompletterande beställning som avses i 17 kap. 11 § LOU eller ett sådant byte av leverantör som avses i 17 kap. 13 §.
44. En förlängning av löptiden för avtalet kan inte utgöra en sådan förändring av avtal med stöd av t.ex. omförhandlingsklausuler som är tillåtna enligt 17 kap. 10 § LOU. Den nu aktuella omförhandlingsklausulen omfattar inte uttryckligen en möjlighet att förlänga avtalet, och en sådan förlängning kan inte heller anses vara något som potentiella leverantörer vid tiden för anbud har haft lika möjlighet att inse skulle kunna komma.⁷ Bestämmelsen är således inte tillämplig i detta fall.
45. Frågan är således först om förutsättningar för undantag finns enligt 17 kap. 12 § LOU.
46. Skånetrafiken har i huvudsak framhållit att behovet av ändringen beror på omständigheten att utbrottet av coronaviruset har medfört att efterfrågan på servicerestetjänster i princip halverats, att leverantörer på ett trovärdigt sätt meddelat att det rådde likviditetsbrist och nära förestående konkurs och att

⁶ Se till exempel EU-domstolens uttalande i mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, förarbetsuttalande i prop. 2006/07:128 s. 291 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 10.

⁷ Jfr HFD 2016 ref 85.

det skulle vara förödande om Telepass skulle gå i konkurs. Ändringens värde (97 miljoner kronor) överstiger inte 50 procent av de ursprungliga Avtalens värde (443 miljoner kronor) och är således förenlig med värdebegränsningsregeln i 17 kap. 12 § första stycket 2 LOU.

47. Konkurrensverket instämmer dock inte i Region Skånes bedömning att det har förelegat ett behov av att förlänga avtalstiden på grund av oförutsedda omständigheter.
48. Konkurrensverket ifrågasätter inte att Covid-19-pandemin i sig är en omständighet som inte hade kunnat förutses vid tilldelningen av Upphandlingsavtalen eller att eventuella tillkommande eller förändrade krav under pandemin kan ha medfört att villkor behövde anpassas under avtalsperioden.
49. För att en ändring ska kunna göras utan ett nytt upphandlingsförfarande räcker det dock inte att det föreligger oförutsedda omständigheter. Om en ändring går längre än vad som krävs på grund av den oförutsedda omständigheten kan det inte anses ha uppstått ett behov av ändring och inte heller ett orsakssamband mellan behovet och den oförutsedda händelsen.
50. Förhållandet, att resenärers nyttjande av serviceresor minskade under pandemiåret 2020, kan inte anses ha medfört ett behov av att förlänga Upphandlingsavtalen från en tidpunkt som inträffar två år efter tidpunkten för de aktuella omständigheterna, dvs. 2022, när kontraktstiden för Upphandlingsavtalen skulle löpa ut. Inte heller kan eventuella ekonomiska problem för Telepass anses motivera en utvidgning av löptiden för Upphandlingsavtalen för att säkra leverans under den ursprungliga löptiden. Skälen för bedömningen i den delen är följande.
51. Det har förutsetts och reglerats i Upphandlingsavtalen att beställningsvolymen såväl kan öka som minska under den fyraåriga avtalstiden. Skånetrafiken har inte lämnat några garantier om beställningsvolymen och har förbehållit sig ett förhållandevis stort utrymme att dra ned på kostnader och ersättning vid minskad efterfrågan under avtalstiden. Detta utrymme har även använts under 2020. Det har inte framkommit att färre beställningar av färdtjänstresor och minskad totalersättning hade gjort det omöjligt att uppfylla kontraktsföremålet under den reglerade avtalstiden om fyra år.
52. Vad gäller uppgifterna om att förlängning, eller löfte om förlängning, har möjliggjort uppskov med låneinbetalningar och att Telepass annars skulle ha gått i konkurs saknar de i och för sig stöd i annat än muntliga uppgifter från leverantören avseende situationen våren 2020, dvs. ett halvår innan Tilläggsavtalet slöts. Även om Telepass riskerade att hamna på obestånd kan dock inte leverantörens eventuella ekonomiska problem i detta fall anses

vara en oförutsedd omständighet som ger upphov till ett behov att tilldela ett ettårigt avtal till leverantören. Tilläggsavtalet slöts nämligen i november 2022, närmare sju månader efter att Telepass flaggade för eventuella problem.

53. Mot bakgrund av ovanstående bedömer Konkurrensverket att den ändring som Skånetrafiken gjorde genom Tilläggsavtalet inte är en sådan ändring som enligt 17 kap. 12 § LOU får göras utan en ny upphandling.
54. Den aktuella ändringen kan inte heller genomföras med stöd av 17 kap. 14 § LOU. Det nya villkoret om senarelagt slutdatum medför att villkoren i Upphandlingsavtalen måste anses ha ändrats i väsentligt avseende. Ett kontrakts slutdatum kan ofta betraktas som ett väsentligt villkor vars förskjutning framåt i tiden medför att kontraktets omfattning utvidgas betydligt eller att det införs ett nytt villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen. Så är särskilt fallet när ändringen – som i förevarande fall – tillåter leverantören att under ytterligare ett år ta igen kostnader för investeringar som är nödvändiga för kontraktets utförande, och kan få tillgång till uppdrag och ersättning under en förlängd tidsperiod. Förlängningen, som motsvarar 25 procent av den totala ursprungliga löptiden för Upphandlingsavtalen, måste också anses ha haft betydande ekonomiska konsekvenser för företaget.
55. Region Skåne har också anfört att det skulle ha förelegat synnerlig brådska eller synnerliga skäl för att ingå Tilläggsavtalet utan ny upphandling.⁸ Det har dock inte framkommit på vilket sätt det skulle anses ha varit omöjligt att på grund av synnerlig brådska hålla tidsfristerna för en anskaffning som avser serviceresor under år 2022 och 2023. Vidare är inte undantaget från annonsering vid synnerliga skäl enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU tillämpligt på upphandlingen, eftersom upphandlingen inte omfattas av förfarandereglerna i 19 kap. LOU. Vad Skånetrafiken har anfört om att det var nödvändigt att ingå Tilläggsavtalet för att upprätthålla förtroendet är inte heller sådana skäl som faller under de aktuella bestämmelserna om undantag.
56. Tilläggsavtalet skulle därför ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande.

Upphandlingsskadeavgift

57. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU). Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller

⁸ Jfr 6 kap. 15 § respektive 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.

missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.⁹

58. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹⁰
59. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Konkurrensverket har som framgår ovan uppskattat upphandlingens värde till 97 000 000 kronor. Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 9 700 000 kronor (97 000 000 kronor x 0,1).
60. När sanktionsvärdet för en överträdelse ska fastställas tas hänsyn till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Hur klar överträdelsen kan anses vara är också något som vägs in. Detta eftersom omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Överträdelsen ses i sådana fall som mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att genomföra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet (se prop. 2009/10:180 s. 197–198 och 369–370).
61. Av 21 kap. 5 § LOU framgår att om det rör sig om ett ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.
62. I detta fall bedömer Konkurrensverket att det rör sig om en otillåten direktupphandling vilket talar för ett högt sanktionsvärde. Skånetrafiken har under 2020 befunnit sig i en situation där Serviceresors och leverantörers verksamhet har påverkats av den osäkerhet som Covid-19-pandemin inneburit. Överträdelsen den 13 november 2020 kan dock – mot bakgrund av händelseförloppet som har redogjorts för under punkterna 21 och 22 – inte antas bero enbart på de allmänna omständigheterna under pandemiåret. Det är dessutom fråga om en situation där rättsläget är klart och där det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges.
63. Region Skåne har anfört att sanktionsavgiften bör efterges eller i vart fall sänkas. Regionen har som grund för sin inställning hänvisat till att rättsläget skulle vara oklart avseende aktuella omständigheter, samt att det har

⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 del 1 prop. s. 196 och 197.

förelegat en akut situation som har påverkat människors liv och hälsa. Som har nämnts ovan har dock inte framkommit något annat än att någon sådan akut situation inte förelåg när Tilläggsavtalet slöts. Vad som har anförts i den delen kan således inte påverka storleken på upphandlingsskadeavgiften.

64. Konkurrensverket bedömer, mot bakgrund av det anförda, att en upphandlingsskadeavgift om sju miljoner kronor vid en sammantagen bedömning av samtliga relevanta omständigheter i ärendet är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

65. Av 21 kap.6 och 7 § LOU framgår att en ansökan om upphandlingsskadeavgift ska lämnas in till förvaltningsrätten inom ett år från det att ett avtal ingicks. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut.
66. Enligt punkt 16.1 i de allmänna villkoren till Avtalen framgår att ändring och/eller tillägg till Avtalen ska vara skriftligt nedtecknade, undertecknade av behöriga firmatecknare för båda parter och biläggas Avtalen för att äga giltighet. Av Tilläggsavtalet framgår att avtalet undertecknats den 13 november 2020.
67. Under utredningen har det framkommit uppgifter om att Skånetrafiken ansett sig ha gjort ett principiellt ställningstagande avseende förlängningen redan senvåren 2020 och att det skulle ha varit omöjligt att avvika från detta. Såvitt framgår av inlämnade handlingar har det dock inte slutits något civilrättsligt bindande avtal före den 13 november 2020 som skulle ha kunnat hävas, alternativt ha blivit föremål för ansökan om överprövning av avtalets giltighet.
68. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste därför lämnas in till domstol senast den 13 november 2021, vilket innebär att ansökan lämnats in i rätt tid.
-

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Stefan Olsen Siri

Bifogas

Bilaga 1 – Tilläggsavtalet

Bilaga 2 – Upphandlingsdokument med utvalda bilagor

Bilaga 3–9 – Avtal enligt upphandling 2017 för placeringsområden 1 till och med 7 (utan bilagor)