



KONKURRENSVERKET	
2015-08-27	
Avd	JU
Dnr	252/2012
KSnr	862 Aktbil

KLAGANDE
Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART
Västernorrlands läns Trafik Aktiebolag, 556205-1101

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

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Umeås dom den 3 december 2014
i mål nr 1231-12, 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.

Västernorrlands läns Trafik Aktiebolag 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.

Västernorrlands läns Trafik Aktiebolag köpte år 1997 ett elektroniskt biljetthanteringssystem av företaget CPT Nordic AB. Systemet benämndes PCE. Efter utgången av det ursprungliga avtalet år 2003 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 2003 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 år 2005 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 åtta 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 2003 och 2011 års uppsägning har det förflutit åtta 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.

Västernorrlands läns Trafik Aktiebolag 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 brådskan 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 herefter 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 brådskan 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 2003 har länstrafikbolaget haft avtal med 90 dagars uppsägningstid. Under åren 2003 – 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.

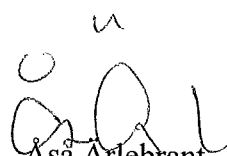
Förvaltningsrätten har avslagit Konkurrensverkets ansökan på den grunden att länstrafikbolaget fick sluta avtalet utan föregående annonsering med stöd av undantaget för *synnerlig brådska* i 4 kap. 2 § 4 LUF. Förvaltningsrätten har dock inte prövat om länstrafikbolaget fick sluta avtalet utan föregående 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. Kammarrätten upphäver därför förvaltningsrättens dom och återförvisar målet dit för fortsatt handläggning.


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



Peter Lif
kammarrättsråd
ordförande



Åsa Arlebrant
kammarrättsråd
referent



Petra Ebbing
kammarrättsråd

Jeanette Sundqvist
föredragande