



SÖKANDE

Samres AB, 556433-7417
Kyrkogatan 19
222 22 Lund

Ombud: juristerna Per Cronhult och Viktor Robertsson
Box 5625
114 85 Stockholm

MOTPARTER

1. Mjölby kommun
595 80 Mjölby

Ombud: juristen Jonas Jonsson
AB Östgötatrafiken
Kungsgatan 39B
581 18 Linköping

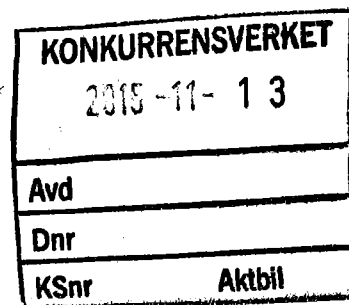
2. AB Östgötatrafiken, 556038-8950
Box 1550
581 15 Linköping

SAKEN

Överprövning av ett avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan avvisas.



YRKANDEN M.M.

Mjölby kommun (kommunen) och AB Östgötatrafiken (Östgötatrafiken) har den 11 maj 2015 ingått Trafikavtal avseende skolskjuts, särskild skolskjuts och särskild kollektivtrafik 2015 (trafikavtalet).

Samres AB (Samres) yrkar i ansökan om överprövning att förvaltningsrätten ska förklara trafikavtalet ogiltigt.

Kommunen och Östgötatrafiken yrkar att ansökan ska lämnas utan bifall.

Parterna har gett in och i skriftväxling hänvisat till bl.a. Avtal om kollektivtrafik i Östergötlands län mellan Region Östergötland (regionen) och kommunerna i länet ingånget 2011 (kollektivtrafikavtalet) samt Avtal avseende samordning av särskild kollektivtrafik i kommunen mellan regionen och kommunen ingånget 2015 (samordningsavtalet).

Förvaltningsrätten har i beslut den 28 augusti 2015 avslagit regionens begäran om att träda in som part i målet.

VAR PARTERNA HAR ANFÖRT

Samres

Kommunen och Östgötatrafiken har ingått trafikavtalet, som utöver tjänster för skolskjuts, särskild skolskjuts och särskild kollektivtrafik även avser driften av en beställningscentral. Trafikavtalet innefattar ekonomiska villkor för att kommunen ska utge ersättning till Östgötatrafiken för tjänsterna genom preliminära a-contobetalingar på sammanlagt 24 684 000 kr. Tjänsterna är huvudsakligen att hänföra till transporttjänster, s.k. A-tjänster enligt LOU. Kommunen är en upphandlande myndighet. Trafikavtalet uppfyller

därmed rekvisiten för att utgöra ett kontrakt eller ramavtal. Upphandlingen ska därför handläggas i enlighet med förfarandereglerna i 1–14 kap. LOU.

Kommunen och Östgötatrafiken har utan föregående annonsering slutit trafikavtalet. Något på LOU eller unionsrätten grundat undantag för kommunen att direktavtala med Östgötatrafiken har inte visats föreligga. Samres tillhandahåller aktuella tjänster på marknaden och skulle ha kunnat komma ifråga för anbudsgivning. Samres har dessutom tidigare tillhandahållit aktuella tjänster i ett liknande avtal. Genom att uteslutas från möjligheten att lämna anbud har Samres lidit skada.

Kommunen har inte överfört ansvaret för den särskilda kollektivtrafiken enligt 2 kap. 1 § lagen (2010:1065) om kollektivtrafik till regionen. Det visar sig i att kommunen har ett kvarvarande myndighetsansvar för beviljande av tillstånd. Det är vidare kommunen, inte regionen, som ska utge ersättning till Östgötatrafiken för tjänsterna. Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 4003-07 saknar därmed relevans.

Kommunen har istället träffat en överenskommelse enligt 2 kap. 12 § lagen om kollektivtrafik att regionen i egenskap av regional kollektivtrafikmyndighet ska upphandla sådana persontransport- och samordningstjänster som kommunen har att tillhandahålla. Regionen har sedermera överlämnat uppgiften till Östgötatrafiken. Som framgår av RÅ 2000 ref. 60 befriar en sådan överenskommelse inte från upphandlingsskyldighet. Vad kommunen har överenskommit med regionen saknar betydelse för kommunens nu aktuella upphandlingsskyldighet. Regionen inte är part i trafikavtalet.

Tidigare har persontransporttjänsterna respektive beställningscentralen upphandlats separat. Beställningscentralen drevs fram till den 1 mars 2014 av Samres. De nu aktuella samordningstjänsterna har inte upphandlats. Östgötatrafiken tillhandahåller samordningstjänsterna genom en beställningscen-

tral i egen regi. Persontransporttjänsterna har köpts in av underleverantör. Östgötatrafiken bruttokostnadsfakturerar kommunen för tjänsterna med påslag för interna kostnader enligt trafikavtalet. De interna kostnaderna uppgick 2014 till 273 000 kr. För beställningscentralen debiterade Östgötatrafiken kommunen 1 337 000 kr under samma år. Sammantaget innefattar trafikavtalet ett paket av persontransport- och samordningstjänster som Östgötatrafiken levererar till kommunen mot avtalad ersättning. Det är fråga om ren försäljningsverksamhet. Slutresultatet är inte noll kr för Östgötatrafiken.

Kommunen har inte slutit något annat avtal avseende de ekonomiska villkoren för betalning av de aktuella tjänsterna med Östgötatrafiken eller regionen. Ersättningen regleras uteslutande i trafikavtalet. Trafikavtalet är inte en betalningsplan, eftersom någon annan ekonomisk reglering som betalningsplanen skulle knyta an till inte finns. Invändningen att Östgötatrafiken nollställer kontona i samband med slutavräkningarna av å contobetalningarna saknar betydelse, eftersom det i allmänhet är så å contoförfaranden regleras. Ändrade rutiner, där kommunernas betalningar istället sker direkt till regionen, medför inte någon lättnad ur upphandlingssynpunkt och saknar därför betydelse i målet.

Det är inte möjligt att på nationellt plan lagstifta eller avtala bort den upphandlingsskyldighet som ytterst följer av EU-fördragen och de grundläggande principerna samt de unionsrättsliga upphandlingsdirektiven, jfr bl.a. skäl 20 till EU:s kollektivtrafikförordning (1370/2007/EG). Skulle förvaltningsrätten bedöma att trafikavtalet inte kan prövas enligt LOU, åberopas en direkt direktivkonform tillämpning av det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) och de grundläggande principerna om insyn och likabehandling, jfr RÅ 1996 ref. 50.

Till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse motsätter sig inte Samres att trafikavtalet består den aktuella avtalstiden, dvs. till och med den 31 december 2015, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.

Kommunen

Trafikavtalet omfattas inte av LOU, eftersom det endast avser ersättning för den trafik m.m. som bedrivs av Östgötatrafiken på uppdrag av regionen. Ansvar för trafiken har överlämnats till regionen i egenskap av regional kollektivtrafikmyndighet genom kollektivtrafikavtalet och samordningsavtalet. Rätten att överlämna ansvaret för upphandling och drift av de aktuella trafiktjänsterna till regionen framgår av bl.a. kollektivtrafiklagen. Eftersom ansvaret för trafiken har överlämnats, finns inga transporttjänster att upphandla för kommunen. Samres kan därför inte ha åsamkats någon skada.

Trafikavtalet omfattar inte några åtgärder i syfte att tilldela ett kontrakt avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Sådana villkor som normalt återfinns i ett avtal med en trafikentreprenör beträffande trafikuppdrag, fordon, villkor för betalsystem etc. står inte att finna i trafikavtalet. Trafikavtalet innehåller visserligen ekonomiska villkor, men inte vad gäller löpande köp av A-tjänster då överlämnandet av dessa regleras i avtalen mellan kommunen och regionen. Omständigheten att uppdraget att upphandla och ansvara för driften av trafiken har överlämnats måste inte medföra att även finansieringsansvaret överlämnas. Eftersom upphandlingslagstiftningens regelverk inte är tillämpligt på trafikavtalet, ska ansökan avvisas.

Trafikavtalet reglerar kostnaderna för trafik som upphandlades 2012. Samres hade möjlighet att delta i upphandlingen, som resulterade i ett avtal mellan Östgötatrafiken och Mjölby Trafik AB. Möjligheten att ansöka om överprövning av upphandlingen av trafiken har passerat, eftersom tilldelningsbeslut meddelades i september 2012.

Eftersom trafikavtalet endast innebär en förpliktelse för kommunen att utge ersättning till Östgötatrafiken, är det svårt att se på vilket sätt Samres lider skada genom att inte kunna infria kommunens betalningsskyldighet gentemot Östgötatrafiken.

Östgötatrafiken

Trafikavtalet är endast en betalningsplan för den trafik som respektive kommun har lämnat över till regionen. Avtalet reglerar överhuvudtaget inte de tjänster som betalningen avser. Tjänsterna regleras i avtal mellan Östgötatrafiken och regionen.

En skatteväxling mellan ett landsting och en kommun kan endast ske om samtliga i länet ingående kommuner överlämnar samma ansvar till landstinget. Vad gäller ansvaret för skolskjuts, särskild skolskjuts och särskild kollektivtrafik är det endast några kommuner i Östergötland som har överlämnat ansvaret till regionen. Överenskommelse har därför gjorts mellan de aktuella kommunerna och regionen om hur den överförda verksamheten ska betalas.

Östgötatrafiken ersätts av sin ägare och huvuduppdragsgivare, regionen, för de nettokostnader som uppstår i verksamheten. Vad gäller trafik och tjänster som kommunerna lämnat över till regionen med stöd av bl.a. kollektivtrafiklagen ska kommunerna ersätta regionen för uppdraget. För att minska administrationen kring kommunernas ersättning för de överlämnade tjänsterna, som enligt nettokostnadsprincipen rakt av skulle överföras till Östgötatrafiken, har regionen valt att låta ersättningen gå direkt till Östgötatrafiken. Detta framgår av de olika avtalen mellan kommunerna, regionen och Östgötatrafiken. Ett ogiltighetsförklarande av trafikavtalet skulle endast innebära

att nya betalningsrutiner behöver tas fram. Något juridiskt hinder för att låta Östgötatrafiken ta emot betalning för regionens räkning torde inte finnas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Berörda avtal

I samordningsavtalet mellan kommunen och regionen av den 20 januari 2015 anges bl.a. följande. Kommunen överlåter åt regionen att själv samordna den särskilda kollektivtrafiken i kommunen och att ansvara för upphandling och drift av densamma med trafikstart den 1 juli 2013. Med särskild kollektivtrafik avses inomkommunal färdtjänst, kompletteringstrafik och skolskjutsar för barn med särskilda behov och som beställs via av Östgötatrafiken tillhandahållen beställningscentral. Kommunen är införstådd med att regionen kommer överlämna ansvaret för planering, upphandling och drift av den överlämnade trafiken till Östgötatrafiken (se punkt 3). Parterna ska i särskilt avtal reglera ersättning för kostnader avseende driften av trafiken och kommunens andel av Östgötatrafikens administrativa kostnader för trafiken (se punkt 8).

I trafikavtalet av den 11 maj 2015 mellan kommunen och Östgötatrafiken anges bl.a. följande. Avtalet avser trafikutbud för skolskjuts, särskild skolskjuts och särskild kollektivtrafik. Kostnader avser direkta trafik kostnader och övriga kostnader såsom kostnader för beställningscentral, systemkostnader och interna administrativa kostnader hänförliga till skolskjuts, särskild skolskjuts och särskild kollektivtrafik. Med särskild kollektivtrafik avses inomkommunal färdtjänst (se punkt 1).

Förvaltningsrättens bedömning

Den avgörande frågan i målet är huruvida trafikavtalet är ett upphandlingspliktigt offentligt kontrakt enligt LOU.

I 2 kap. 10 § LOU stadgas att med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer,
2. avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Av EU-domstolens praxis följer att det upphandlingsrättsliga begreppet offentligt kontrakt ska ges en mycket vidsträckt tolkning (se bl.a. EU-domstolens avgörande i mål C-29/04 Mödling, mål C-480/06 Kommissionen mot Tyskland och mål C-573/07 Sea). EU-domstolen har vidare gjort klart att definitionen av kontrakt ska tolkas på ett sådant sätt att direktivets ändamålsenliga verkan säkerställs (se t.ex. mål C-399/98 Ordine degli Architetti, punkt 52, 55 och 85). Enligt förvaltningsrättens mening får således frågan om trafikavtalet utgör ett offentligt kontrakt i LOU:s mening avgöras utifrån en helhetsbedömning av trafikavtalets karaktär och funktion. Avtalet får vid denna bedömning ses i sitt sammanhang.

Av samordningsavtalet framgår att kommunen och regionen överenskommit att regionen fr.o.m. den 1 juli 2013 ska upphandla och samordna den särskilda kollektivtrafik som kommunen har att tillgodose. I målet har inte framkommit annat än att omfattningen av det av ansvar som överlåtits från kommunen till regionen är förenligt med lagen (2010:1065) om kollektivtrafik.

Regionen har med stöd av nyssnämnd lag sedermera överlämnat befogenheter till Östgötatrafiken genom det uppdragsavtal dessa båda parter ingått, vilket kommunen enligt samordningsavtalet också varit införstådd med skulle ske. Kammarrätten i Jönköping har vidare i mål nr 2856-14 angett att regionen, med stöd av det s.k. Teckal-undantaget (mål C-107/98) och stadganden i direktiv (2014/24/EU), varit berättigad att överlämna samordning av den särskilda kollektivtrafiken till Östgötatrafiken utan föregående konkurrensutsättning.

Såvitt avser trafikavtalet kan konstateras att det är fråga om ett avtal med ekonomiska villkor som undertecknats av två parter. Den fråga som återstår är därmed om avtalet även avser tillhandahållande av en tjänst på sätt Samres påstår. I denna fråga gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Utredningen i målet stöder att kommunen genom samordningsavtalet överlämnat till regionen att upphandla och samordna aktuella trafiktjänster. Såvitt framkommit har också regionen givit Östgötatrafiken i uppdrag att utföra dessa tjänster. Någon rationell anledning för kommunen att trots nämnt förhållande välja att frångå med regionen ingången överenskommelse och istället köpa in ifrågavarande trafiktjänster direkt från Östgötatrafiken kan inte anses föreligga. Trafikavtalet och de ekonomiska villkor som regleras däri måste därför istället ses i ljuset av Östgötatrafikens behov av underkottstäckning vid utförande av det uppdrag som bolaget givits av regionen (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4003-07). Vid nu angivna förhållanden är inte visat att kommunen genom trafikavtalet köper in en tjänst direkt från Östgötatrafiken. LOU inte således inte tillämplig på detta avtal. Denna bedömning förändras inte vid beaktande av underliggande EU-direktiv och praxis. Samres ansökan ska därför avvisas.

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

Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Carl Hultsberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

