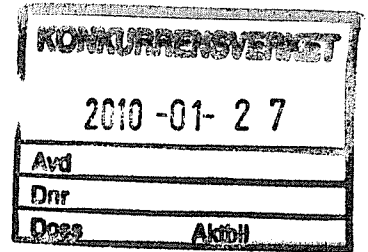




KLAGANDE
Region Skåne, 232100-0255
Skånetrafiken
281 83 Hässleholm



Ombud:
Advokaten Magnus Myrbäck
Advokaten Herman Sahlin
Advokatfirman Lindmark Welinder AB
Kungsgatan 2 C
223 50 Lund

MOTPART
Swebus AB, 556057-0128
Armégatan 38
171 71 Solna

Ombud:
Advokaten Anna Ulfsson
Jur. kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Länsrätten i Skåne läns dom den 26 augusti 2009 i mål nr 5581-09, se bilaga A

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och, med upphävande av länsrättens dom, avvisar Swebus AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Region Skåne (Skånetrafiken) yrkar *i första hand* att kammarrätten avskriver målet och *i andra hand* att kammarrätten avslår Swebus AB:s ansökan om överprövning. Skånetrafiken anför följande.

Detta mål gäller Swebus överklagande av den temporära övergångslösningen, som enligt Swebus uppfattning är en otillåten direktupphandling. Någon form av direktupphandling är dock den enda lösning som står till buds för att säkra trafiken, när den ursprungliga upphandlingen överklagas och rättsprocessen drar ut på tiden.

Swebus yrkande att direktupphandlingarna ska göras om skulle *antingen* innebära att en ny direktupphandling skulle ske *eller* att ett nytt komplett upphandlingsförfarande skulle ske. Inte något av alternativen är praktiskt genomförbart och inte heller av intresse vare sig för Skånetrafiken eller någon av anbudsgivarna.

Oavsett om avtalen om övergångslösning är att jämställa med villkorade kontrakt eller inte förelåg det rätt att tillämpa 4 kap. 2 § första stycket 4. Villkorade kontrakt är tillåtna enligt LUF. Ett villkorat kontrakt är ingen formell ny upphandling och inte en direktupphandling. Skånetrafikens lösning med rätt till förtida uppsägning är att jämställa med villkorade kontrakt.

Den synnerliga brådskan har inte orsakats av Skånetrafiken, som avsatt normal tid, cirka två år, för genomförandet av hela upphandlingsförfarandet. Kollektivtrafiken är dessutom en viktig samhällsfunktion och det har då förelegat synnerliga skäl för de träffade avtalen.

Swebus AB anser att kammarrätten ska avslå överklagandet. Swebus AB anför följande.

Skånetrafikens avtal i direktupphandlingarna är inga villkorade kontrakt i försörjningslagens mening, utan är avtal som har ingåtts utan stöd i den lagen. Skånetrafikens avtal kan inte betraktas som övergångslösningar. Avtalen är inte begränsade att gälla som sådana, utan kan om Skånetrafiken så vill löpa fram till tidtabellskifte år 2017. Det är orimligt att Skånetrafiken redan nu måste ingå s.k. övergångslösningar för trafikområden med trafikstart om hela 14 månader. I dessa fall föreligger ingen tidsnöd.

Av RÅ 2008 ref. 26 framgår att alla undantag från upphandlingsskyldigheten ska kunna utläsas ur de nationella upphandlingsbestämmelserna. Att det saknas lagstöd för att undanta Skånetrafikens direktupphandlingar från upphandlingsskyldighet torde stå klart. Några skäl för tillåten direktupphandling eller för förhandlat förfarande utan föregående annonsering har inte förelegat, varför Skånetrafiken har genomfört otillåtna direktupphandlingar helt i strid med försörjningslagen.

Skånetrafikens tidsnöd har helt och hållet orsakats av bristande planering från Skånetrafikens sida. Skånetrafiken bekräftar att en upphandling av aktuellt slag tar två år. Första trafikstart inföll den 1 oktober 2009. Om Skånetrafiken hade påbörjat upphandlingen två år före trafikstart, dvs. i oktober 2007, hade tilldelningsbeslut kunnat meddelas åtta månader tidigare än vad som skedde, dvs. i juli 2008. Utrymme hade då funnits för överprövning, överklagande och övertagande av trafik.

Kollektivtrafik är en viktig samhällsfunktion. Att det som upphandlas är av vikt för många människor kan dock inte användas som argument för att tillåta direktupphandling när anledningen till tidsnöden är bristande planering. Kollektivtrafik är inte heller uppräknat bland de tvingande hänsyn till allmänintresset som enligt rättsmedelsdirektivet 2007/66/EG kan leda till att en domstol får besluta att ett visst avtal får bestå trots att det ingåtts som ett resultat av en otillåten direktupphandling. Något

undantag för ”viktig samhällsfunktion” finns över huvud taget inte i upphandlingsrätten.

För trafikuppdrag Landskrona har datum för trafikstart redan passerat utan några sådana konsekvenser som Skånetrafiken beskrivit. För närvarande finns ett avtal som säkerställer att busstrafiken i regionen löper som vanligt. Det som ska prövas är inte vad som teoretiskt sett hade hänt om Skånetrafiken hade upphört med sin verksamhet, utan om Skånetrafiken har följt försörjningslagens bestämmelser och om det ska vara tillåtet att genomföra en direktupphandling på det sätt som skett.

De otillåtna direktupphandlingarna har genomförts utan iakttagande av principerna i 1 kap. 24 § försörjningslagen. Bolaget har till följd av detta lidit eller i vart fall riskerat att lida skada på ett sådant sätt som avses i 16 kap. 2 § den lagen. Skäl för ingripande på det sätt som länsrätten har förordnat föreligger därför.

Skånetrafiken har därefter förtydligat följande. I rättsmedelsdirektivet nämns tvingande hänsyn till allmänintresset som grund för att i vissa situationer låta ett avtal bestå trots att det kan ha ingåtts på ett sätt som strider mot upphandlingsreglerna. Även om Sverige ännu inte implementerat denna bestämmelse finns det inom begreppen synnerliga skäl respektive synnerlig brådska utrymme att väga in att upphandlingsföremålet avser en mycket viktig samhällsfunktion. Varken dessa grunder eller tvingande hänsyn till allmänintresset innehåller någon uttömmande lista på typsituationer som kan bli föremål för bedömning, utan har karaktären av generalklausuler.

Trafikuppdrag Landskrona omfattar 10 linjer och trafikstart för alla linjer utom tre ägde rum den 1 oktober 2009. Swebus var utförare fram till och med den 30 september 2009, då det tidigare avtalet löpte ut. Genom avtal om övergångslösning utför nu Veolia trafiken. Det existerar inte något

annat avtal avseende Landskrona än detta avtal om övergångslösning och det existerar inte någon annan kollektivtrafik med buss för trafikuppdrag Landskrona än den Veolia enligt nämnda avtal utför.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I en förhandlad upphandling enligt 4 kap. LUF har Skånetrafiken genomfört en trafikupphandling dnr 185/2008 056, som avser trafikuppdragen Helsingborg, Hässleholm, Landskrona, Trelleborg och Österlen. Datum för trafikstart för de olika uppdragen har bestämts till mellan den 1 oktober 2009 och den 1 oktober 2010.

Kammarrätten har den 29 maj 2009 i mål nr 3363-09 på talan av Bergkvarabuss AB beslutat att upphandlingen dnr 185/2008 056, i de delar som avser trafikuppdrag Helsingborg och Hässleholm, inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Kammarrätten har den 6 juli 2009 i mål nr 4278-09 på talan av Swebus AB beslutat att upphandlingen dnr 185/2008 056 i övriga delar, som avser trafikuppdrag Landskrona, Trelleborg och Österlen, inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Kammarrätten har i domar i ovannämnda mål denna dag bifallit Skånetrafikens överklagande av upphandlingen av trafikuppdrag Hässleholm och avslagit Swebus och Bergkvarabuss AB:s överklaganden av samtliga trafikuppdrag. Det innebär att upphandlingen i sin helhet får avslutas.

Skånetrafiken har för de fyra trafikuppdrag som är aktuella i det här målet, nämligen Hässleholm, Landskrona, Trelleborg och Österlen, den 8 juni 2009 tecknat avtal om en övergångslösning med de anbudsgivare som vunnit trafikupphandlingarna 2008. Avtalen består av dels de

ursprungliga avtalen enligt förfrågningsunderlaget, dels ett separat tilläggsavtal som innehåller en klausul om rätt till förtida uppsägning. Om uppsägning sker ska trafikföretaget ändå fortsätta att utföra sitt uppdrag under två år, eftersom trafikstart enligt ett nytt upphandlingsförfarande inte kommer att kunna äga rum vid en tidigare tidpunkt. Om avtalen inte behöver sägas upp övergår/konverteras de automatiskt till långfristiga avtal enligt förfrågningsunderlagets modell. Avtalen har tecknats med vinnande trafikföretag i upphandlingen och trafikföretaget fortsätter då att fullgöra sitt uppdrag. Kostnaderna för förberedelse, start och investeringar i fordon kan därmed, enligt Skånetrafiken, tas till vara fullt ut under hela avtalens löptid. Skånetrafiken har uppgett att man har för avsikt att följa lagakraftvunna domar om överprövning av det ursprungliga upphandlingsförfarandet och vid den utgången göra om huvudupphandlingen. Länsrätten har i den överklagade domen förordnat att de upphandlingar som genomförts genom avtalen den 8 juni 2009, dvs. de direktupphandlingar som nu prövas i målet, ska göras om.

Den ursprungliga upphandlingen har genomförts som en förhandlad upphandling enligt 4 kap. LUF. Med direktupphandling avses enligt 2 kap. 26 § LUF ett förfarande utan krav på anbud. Definitionen gäller enligt rubriken till bestämmelsen endast Upphandling som inte omfattas av direktivet enligt 15 kap. LUF. Den upphandling som nu skett kan med hänsyn till tjänstens art och upphandlingsvärdet, inte anses ha karaktär av en direktupphandling enligt 15 kap. LUF.

En upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering bland annat om 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 § 4 LUF).

Om den upphandlande enheten genomfört en upphandling med åberopande av synnerlig brådska enligt nyssnämnda bestämmelse, får en ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt, om domstolen kan konstatera att det varit absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten och inte heller kan hänföras till denna (16 kap. 1 § fjärde stycket 2 LUF).

Kammarrätten har nu att pröva om Skånetrafiken genom avtalen den 8 juni 2009 genomfört en tillåten eller otillåten form av direktupphandling. Om upphandlingen anses otillåten kan överprövning ske, även om ett civilrättsligt giltigt upphandlingskontrakt finns.

Kammarrätten kan till att börja med, utifrån den företedda utredningen, konstatera att avtalens lydelse stämmer överens med det påstådda innehållet.

Det finns inte anledning att betvivla Skånetrafikens avsikt att följa domarna i överprövningsmålen och, om det förordnas att den ursprungliga upphandlingen ska göras om, säga upp avtalen i förtid. Avtalens rubricering såsom villkorade eller inte villkorade kan inte heller anses ha någon avgörande betydelse för domstols möjlighet att pröva avtalen. De den 8 juni 2009 ingångna avtalen hindrar därmed inte en prövning av om Skånetrafiken haft laglig rätt att genomföra en direktupphandling (RÅ 2005 ref. 10).

Det har med vinnande leverantör i huvudupphandlingen träffats ett separat avtal för varje trafikuppdrag med aktuella datum för trafikstart. Vid bedömningen av avtalen och den påstådda synnerliga brådskan bör därför avtalen ses i ett sammanhang. Det innebär, att det förhållandet att datum för trafikstart i något fall redan passerat och i andra fall inte inträffar förrän den 1 oktober 2010, inte heller inverkar på bedömningen.

Att den upphandlande enheten råkat i brådska till följd av egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling (prop. 2001/02:142 s. 99).

Skånetrafiken har upplyst att en upphandling av linjelagd busstrafik normalt tar cirka två år att genomföra och att projekteringen av upphandlingen påbörjades under inledningen av år 2008. Själva upphandlingsförfarandet från projektering till undertecknande av avtal tar enligt Skånetrafiken ett år (det ingår viss projekteringstid innan annonsen publiceras) och en normal förberedsetid för vinnande trafikföretag är ett år. Skånetrafiken menar att detta inte utesluter att tidplanen kan forceras och att både upphandlingsförfarandet och trafikföretagets förberedsetid kan förkortas med några månader.

Upphandlingen annonserades den 19 juni 2008. Upplysning om tilldelningsbeslut har lämnats den 4 mars 2009. Enligt Skånetrafiken var förseningen av projektet då tre månader jämfört med den ideala tidplanen, vilket hade kunnat klaras med säkrad trafikstart i december 2009. Beträffande de trafikuppdrag som skulle starta i oktober 2009 hade brådskan möjligen inte till fullo kunnat hanteras, utan det hade krävts en för trafiken godtagbar lösning för en eller två månader med den befintlige entreprenören. Skånetrafiken menar dock att det är överprövningen av upphandlingen som omöjliggjort ett sådant förlopp som beskrivits och i stället tvingat fram en övergångslösning.

Swebus har hävdats att några sådana konsekvenser som Skånetrafiken beskrivit inte inträffat trots att tidpunkten för trafikstart redan passerats för ett av trafikområdena, Landskrona, vilket enligt Swebus kan tas till intäkt för att någon synnerlig brådska inte förelegat. Swebus har vidare pekat på att det nu finns ett avtal som säkerställer att busstrafiken i den regionen löper som vanligt.

Skånetrafiken har i den delen förklarat att trafiken för närvarande löper enligt ett sådant avtal om övergångslösning som nu prövas och att något annat avtal inte finns, liksom inte heller någon annan kollektivtrafik än den som Skånetrafiken driver enligt detta avtal.

I likhet med andra fall av stora trafikupphandlingar (jfr upphandling av buss- respektive tunnelbanetrafik i Stockholm som överprövats genom Länsrätten i Stockholms läns numera lagakraftvunna domar i mål nr 2297-08 respektive 12877-09) är busstrafiken i Region Skåne av stor samhällsekonomisk betydelse. Detta innebär i samma mån att ett kontrakt har en avsevärd ekonomisk betydelse för vinnande leverantör, vilket i sin tur medför att den upphandlande myndigheten måste räkna med att de leverantörer som gått miste om kontrakt begär domstolsprövning av upphandlingsförfarandet.

Enligt Skånetrafikens uppfattning kan en överprövningsprocess ta åtminstone sex till åtta månader i anspråk och ligger uppkomsten av och tidsåtgången för en process utanför den upphandlande myndighetens kontroll. Swebus å sin sida menar att Skånetrafikens bristande planering och slarv i upphandlingsförfarandet medfört att tillräcklig tid för en domstolsprövning inte beaktats.

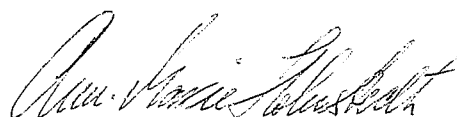
I en så omfattande upphandling av trafiktjänster som den nu aktuella, där det krävs ett betydande mått av planering från såväl den upphandlande myndighetens som den valda entreprenörens sida, ligger det enligt kammarrättens mening i sakens natur att en tillfällig avtalslösning måste accepteras till dess att en överprövningsprocess genomförts. Tidsåtgången för en överprövning i flera instanser är så svår att beräkna att en viss tidsrymd eller ett visst antal månader i själva upphandlingsförfarandet eller i överprövningsförfarandet då inte kan vara av avgörande betydelse för om ett tillfälligt avtal ska godkännas. Mot den bakgrunden anser kammarrätten att den synnerliga brådskan som


uppkommit för Skånetrafiken att garantera busstrafiken i Region Skåne, inte kan anses orsakad av eller borde ha kunnat förutses av Skånetrafiken. Därför har Skånetrafiken haft rätt att enligt 4 kap. 2 § 4 LUF tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering.

Detta innebär att Skånetrafikens direktupphandling av trafikupdrag Hässleholm, Landskrona, Trelleborg och Österlen varit befogad och att de prövade avtalen är att betrakta som upphandlingskontrakt enligt LUF. Avtalen har slutits den 8 juni 2009 och länsrätten har först den 9 juni 2009 interimistiskt beslutat att direktuphandlingarna inte får avslutas innan något annat har beslutats. Ansökan om överprövning kan då inte prövas, utan ska avvisas (16 kap. 1 § fjärde stycket 2 LUF). Länsrättens dom ska därmed upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)


Per Ove Svensson


Ann-Marie Holmstedt


Ewa Hagard Linander
referent



LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN
Avdelning 1
Christian Härdgård

DOM
2009-08-26
Meddelad i
Malmö

Bilaga A

Mål nr
5581-09 E

Sida 1 (12)

SÖKANDE

Swebus AB, 556057-0128
Armégatan 38
171 71 Solna

Ombud:

Advokat Anna Ulfsdotter Forssell
Jur.kand. Kristian Pedersen
Jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
Skånetrafiken
281 83 Hässleholm

Ombud:

Advokat Herman Sahlin
Advokatfirman Lindmark Welinder AB
Kungsgatan 2 C
223 50 Lund

SAKEN

Överprövning enligt lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

DOMSLUT

Skånetrafiken ska göra om upphandlingen av trafikuppdragen Hässleholm, Landskrona, Trelleborg och Österlen.

Dok.Id 235625

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: lansratteniskane@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Skånetrafiken genomförde en upphandling av busstrafik (Trafikupphandling 2008, dnr 185/2008 056) som totalt omfattar fem trafikuppdrag; Helsingborg, Hässleholm, Landskrona, Trelleborg och Österlen. Upphandlingen översteg tröskelvärdena och genomfördes med förhandlat förfarande. Den utannonserades den 19 juni 2008 och tilldelningsbeslut fattades den 4 mars 2009. Två leverantörer ansökte om överprövning av upphandlingen hos länsrätten, som i mål 2366-09 delvis biföll leverantörens talan och i mål 2369-09 avslog leverantörens ansökan. Båda leverantörerna har överklagat länsrättens domar och målen är för närvarande under kammarrättens prövning.

Den 8 juni 2009 tecknade Skånetrafiken avtal med två leverantörer avseende trafikuppdragen Hässleholm, Landskrona, Trelleborg och Österlen.

Swebus AB (nedan Swebus) ansöker nu om överprövning av Skånetrafikens upphandling av trafikuppdragen Hässleholm, Landskrona, Trelleborg och Österlen och yrkar att den ska göras om.

Skånetrafiken motsätter sig Swebus yrkande.

Länsrätten har den 9 juni 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Relevanta rättsliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 1 § första och andra styckena LUF framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en

framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Vid direktupphandling får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

I 16 kap. 2 § LUF anges att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta om att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 4 kap. 2 § punkt 4 LUF får en upphandlande enhet tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om 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.

Av 15 kap. 3 § LUF framgår att en upphandling enligt det kapitlet ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.

Är länsrätten, på grund av att avtal tecknats, förhindrad att pröva Swebus ansökan om överprövning?

Swebus:

Skånetrafiken hävdar att aktuella avtal/tilläggsavtal utgör villkorade upphandlingskontrakt. Villkoret i de villkorade kontrakten ska enligt Skånetrafiken bestå i att de har rätt att säga upp avtalen till förtida upphörande. Med villkorade kontrakt eller villkorade avtal avses kontrakt vars giltighet är

villkorat av något, vanligtvis att allmän förvaltningsdomstol avslår en ansökan om överprövning. Syftet med att ingå ett villkorat kontrakt är att undvika civilrättslig bundenhet vilket inte är detsamma som att tillskansa sig en rätt att säga upp avtalen till förtida upphörande. De avtal Skånetrafiken har tecknat gäller hela avtalsperioden för den ursprungliga upphandlingen, och inte endast för tiden fram till den upphandlingens avslutande, och är således inte villkorade i den mening som avses i förarbetena. Avsikten med avtalen är att de ska löpa hela den planerade tidsperioden och att tilläggsavtalens uppsägningsklausul aldrig ska behöva användas.

Skånetrafiken:

Avtal för de aktuella trafikuppdragen undertecknades den 8 juni 2009. Länsrättens interimistiska beslut fattades den 9 juni 2009. Av 16 kap. 1 § andra stycket LUF framgår att en ansökan om prövning inte får ske efter att avtal om direktupphandling har undertecknats.

Skånetrafiken har för de aktuella trafikuppdragen ingått avtal med vinnande anbudsgivare och har tillförsäkrat sig en rätt att säga upp avtalen till förtida upphörande om Skånetrafiken förlorar Swebus ansökan om överprövning av upphandlingen i mål 2366-09. Denna åtgärd syftar till att Skånetrafiken alltid ska kunna följa domstolarnas avgörande och vid behov göra om upphandlingen. Sådana avtal är att jämställa med ett villkorat avtal i den mening som förarbetena avser. Skånetrafikens ingångna avtal utgör således varken en formell upphandling eller en direktupphandling enligt LUF. Förfarandet går därför heller inte att överklaga med stöd av lagens regler. Länsrättens beslut att dels ta upp målet till prövning och dels fatta ett interimistiskt beslut får båda anses sakna legal grund. Mot bakgrund av detta ska det interimistiska beslutet undanröjas och målet avskrivast utan prövning i sak.

Länsrättens bedömning:

För att länsrätten ska kunna ta ställning till om Skånetrafiken haft grund för att genomföra någon form av direktupphandling, alternativt förhandlat förfarande utan föregående annonsering, krävs att en prövning i sak görs innan domstolen beslutar om ansökan om överprövning ska avvisas eller inte. Att Skånetrafiken har tecknat avtal med leverantörer utgör inte hinder för en sådan prövning (jfr prop. 2001/02:142 s. 78 och 102 samt RÅ 2005 ref. 10).

Tanken med s.k. villkorade avtal är att de ingås för att undvika en civilrättslig bundenhet i förhållande till en viss leverantör och att de tar sikte på tiden fram till upphandlingens avslutande (jfr prop. 2006/07:128 s. 78). De avtal som Skånetrafiken har ingått med de vinnande leverantörerna avser hela den ursprungliga avtalsperioden med rätt för Skånetrafiken att säga upp avtalen till förtida upphörande. Vid sådant förhållande anser länsrätten att de ingångna avtalen inte kan anses utgöra s.k. villkorade avtal, utan att det i stället är sådana avtal som avses i LUF, dvs. avtal som sluts mellan upphandlande enhet och vinnande leverantör. Länsrätten har därmed rätt att ta upp målet till prövning.

Fanns det förutsättningar för Skånetrafiken att vid den aktuella upphandlingen genomföra den som direktupphandling alternativt ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering?

Swebus:

Av 4 kap. 2 § LUF framgår i vilka situationer förhandlat förfarande utan föregående annonsering får tillämpas. I det fall föreligger dock ingen av de situationerna. Det har t.ex. inte framkommit något som talar för att det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensam-

rätt kan fullgöras av endast en viss leverantör. Vidare är det uppenbart att det inte föreligger några omständigheter som inte kunnat förutses av Skånetrafiken och som gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Tvärtom beror det eventuella behovet av förhandlat förfarande utan föregående annonsering på omständigheter som uteslutande är hänförliga till, och som således kunnat förutses av, Skånetrafiken.

Av 15 kap. 3 § andra stycket LUF framgår vidare att direktupphandling får användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. I förevarande fall är det dock, på grund av de upphandlade tjänsternas art och omfattning, uppenbart att värdet inte är lågt. Det har inte heller framkommit något som tyder på att det skulle finnas några synnerliga skäl.

Den omständigheten att Skånetrafiken, under den period som överprövning av trafikupphandlingen pågår, eventuellt inte har teckning för sina behov av de relevanta trafik tjänsterna utgör inte synnerliga skäl för direktupphandling i LUF:s bemärkelse. Detta förhållande är nämligen hänförligt till Skånetrafikens eget agerande, vilket också innebär att det inte finns några omständigheter som Skånetrafiken inte kunnat förutse. Hade Skånetrafiken inlett upphandlingsförfarandet vid ett tidigare tillfälle hade denna situation inte uppkommit. Det framgår av EG-domstolens praxis att en upphandlande myndighet eller enhet inte kan åberopa omständigheter över vilka de själva äger inverkan för att undandra sig upphandlingsskyldighet. För att upphandlande myndigheter ska undslippa upphandlingsskyldighet vid tilldelning av kontrakt av högre värde krävs således i stället en force majeure-liknande situation. Skånetrafiken måste, i sin egenskap av erfaren upphandlande enhet, ha varit medveten om att det förekommer att upphandlingar blir föremål för överprövningar. Skånetrafiken måste även anses ha god kännedom om när dess nuvarande avtal på de relevanta områdena löper ut. Det åligger Skånetrafiken i dess roll som upphandlande enhet att ta

dessa omständigheter i beaktande då de bestämmer tidpunkten för upphandlingsförfarandets inledande. Att Skånetrafiken underlåtit att så göra utgör inte skäl för direktupphandling.

Det är således uppenbart att varken bestämmelserna i 4 kap. 2 § LUF eller bestämmelserna i 15 kap. 3 § andra stycket LUF är tillämpliga i detta fall. Skånetrafiken saknar därmed lagligt stöd för att genomföra direktupphandlingarna. Dessa genomförs helt i strid med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna i 1 kap. 24 § LUF. Skånetrafiken har brutit mot den s.k. likabehandlingsprincipen i förfarandet genom att inte behandla alla leverantörer lika då de inte låtit alla konkurrera på lika villkor. Villkoren är oklara vilket får till resultat att Skånetrafiken jämfört äpplen och päron.

Det är uppenbart att Swebus riskerar att lida skada om Skånetrafiken tillåts direkttilldela de ifrågavarande kontrakten. Swebus har genom Skånetrafikens agerande frångått möjligheten att delta i upphandlingar avseende de aktuella kontrakten. Om Skånetrafiken hade följt principerna i LUF så hade Swebus kunnat lämna bättre och mer ändamålsenliga offerter och hade kunnat vinna direktupphandlingen. Swebus har således lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada till följd av Skånetrafikens överträdelse av LUF.

Skånetrafiken:

Vid diskussion om direktupphandling enligt 4 kap. 2 § punkt 4 och 15 kap. 3 § LUF framförs ofta ståndpunkten att en upphandlande enhet i sin tidsplanering ska ta med möjligheten att upphandlingen blir överklagad. Således ska det i upphandlingsförfarandet från annons till undertecknande av avtal tas med extra tid för att hantera en rättsprocess. En upphandlingsprocess hos länsrätten avgörs normalt genom dom inom en till två månader. Länsrättens dom överklagas regelmässigt av förlorande part och kammar-

rätten lämnar förvånansvärt många prövningstillstånd i upphandlingsmål. Om tiden hos kammarrätten medräknas pågår upphandlingsprocessen som regel sex till åtta månader hos förvaltningsdomstolarna. I detta fall har där- till Swebus i den ursprungliga processen yrkat att upphandlingen ska göras om. Det tar ca två år att göra om en upphandling av denna omfattning. Ett år går åt till annons, förfrågningsunderlag, utvärdering, förhandling och tilldelningsbeslut. Ytterligare ett år går åt till förberedelse för den vinnande anbudsgivaren. Ståndpunkten att en upphandlande enhet i sin tidsplan ska ta med extra tid för överklagande framstår i detta sammanhang som verk- lighetsfrånvärd. Om Skånetrafiken skulle räkna med tid för överklagande- process, sex till åtta månader, och en ny upphandling, två år, ska således extra tid på mellan två och ett halvt och tre år läggas in i tidsplanen. Med en sådan tidsplan får vinnande anbudsgivare, om det inte blir något över- klagande, vänta ett och ett halvt till två år från undertecknande av avtal till sin förberedelseperiod. Detta faller på sin egen orimlighet. Skånetrafiken har i avtalen om övergångslösning tillförsäkrat sig rätt till förtida uppsäg- ning med det uttryckliga syftet att vid varje tidpunkt kunna följa förvalt- ningsdomstolarnas domar.

Aktuell trafik är en mycket viktig samhällsfunktion. Om trafiken upphör skulle det generera stor skada för resenärerna och samhället. Det har alltså varit absolut nödvändigt att tilldela kontrakten för aktuella trafikuppdrag genom en upphandling utan annonsering enligt 4 kap. 2 § LUF. På grund av omständigheter som inte orsakats av Skånetrafiken förelåg även synner- liga skäl, brådska, att en sådan situation som 15 kap. 3 § andra stycket LUF ger rätt till direktupphandling. Det finns inte några särskilda formkrav vid genomförande av en direktupphandling. Det krävs således varken annons eller förfrågningsunderlag eller krav på publicering av någon modell för utvärdering av anbuden. Köp över disk kan godtas. Priser från flera an- budsgivare bör inhämtas, dock med villkoret att det ska vara möjligt för den upphandlande enheten. Eventuell prisjämförelse ska dokumenteras och

vissa grundläggande principer ska iakttas. Tidigare gällde ett allmänt krav på affärsmässighet, detta krav uttrycks numera i 1 kap. 24 § LUF. Det bör dock noteras att principen om transparens inte ges samma omfattande tillämpning som vid de normala upphandlingsförfarandena. Likväl har Swebus och fyra andra trafikföretag uttryckligen tillfrågats och alla anbudsgivare har behandlats på ett likadant sätt. Skånetrafiken har således med råge uppfyllt de krav som gäller för direktupphandling.

Övergångslösningen har tvingats fram av att den ursprungliga upphandlingen har överklagats av Swebus. Hade inte ett överklagande ägt rum hade en övergångslösning aldrig behövts. Överklagandet i sig är inte en omständighet som Skånetrafiken kontrollerar. Huruvida överklagandet var förutsägbart är inte relevant. Den relevanta frågan är om Skånetrafiken, som upphandlande enhet, alltid är skyldig att i tidsplanen för en upphandling ta med tid för process i länsrätt och kammarrätt och därtill extra tid för nytt förfarande om Skånetrafiken tvingas göra om upphandlingen. Således är det Skånetrafikens uppfattning att en överklagandeprocess utgör sådana synnerliga skäl som motiverar upphandling utan annons alternativt direktupphandling.

Länsrättens bedömning:

Frågan som länsrätten har att ta ställning till är om den tidsnöd som Skånetrafiken anser sig ha hamnat i kan anses utgöra synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LUF alternativt synnerlig brådska enligt 4 kap. 2 § punkt 4 LUF och om den således utgör skäl för direktupphandling i någon form.

Redan av ordalydelsen i 4 kap. 2 § punkt 4 LUF framgår att den synnerliga brådskan inte får vara orsakad av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande enheten.

Bestämmelsen i 15 kap. 3 § LUF har sin motsvarighet i 6 kap. 2 § i den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. I förarbetena till denna lag anfördes att regeln om direktupphandling främst är avsedd för sådana oförutsedda händelser som den upphandlande enheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Det är vidare den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter som medger direktupphandling har förelegat (jfr prop. 2001/02:142 s. 99).

För det fall att länsrätten vid sin prövning skulle finna att Skånetrafikens tidsnöd har orsakats av bristande planering från deras egen sida, är det rättsens uppfattning att det inte spelar någon roll vilket av de två lagrummen som ska tillämpas vid prövningen av upphandlingen.

Vid bedömningen av hur Skånetrafiken hamnat i tidsnöd måste hänsyn tas till den ursprungliga upphandlingens planering. Enligt Skånetrafikens projekterades den ursprungliga upphandlingen under våren 2008 och utannonserades den 19 juni 2008. Trafikstart för de olika uppdragen varierar; den 1 oktober och den 13 december 2009 samt den 1 oktober 2010. Skånetrafiken har i sina yttranden anført att en upphandling av denna omfattning tar ca två år att genomföra och även redovisat hur tiden fördelas. Dessa två år innefattar ingen tid för en eventuell överprövningsprocess. Således borde arbetet med upphandlingen, enligt Skånetrafikens egna uppgifter, ha inletts i vart fall två år innan aktuell trafikstart. Länsrätten kan således konstatera att Skånetrafikens tidsnöd avseende de trafikuppdrag som startar den 1 oktober 2009 respektive den 13 december 2009 har orsakats av bristande planering från dess egen sida. Det finns därför inte förutsättningar för att använda sig av de upphandlingsformer som regleras i 4 kap. 2 § punkt 4 respektive 15 kap. 3 § LUF.

Beträffande de trafikuppsdrag som startar den 1 oktober 2010 kan länsrätten konstatera att Skånetrafiken har inlett arbetet med upphandlingen mer än två år innan trafikstarten. Enligt länsrätten ligger emellertid trafikstarten i dessa fall så långt fram i tiden att det i dagsläget inte med säkerhet kan påstås att det faktiskt redan nu är tidsnöd. Alltså har det inte heller för dessa uppsdrag funnits förutsättningar att använda sig av de upphandlingsformer som anges i nyss nämnda lagrum.

I detta sammanhang vill länsrätten särskilt uttala att syftet med LUF är att reglera just upphandlingar av tjänster m.m. som, liksom den aktuella buss-trafiken, ofta är av mycket stort allmänt intresse. Detta är något som måste ha beaktats av lagstiftaren vid utformningen av såväl bestämmelser om direktupphandlingar, oavsett enligt vilket lagrum, som bestämmelser om överprövningsförfarandet. Det är därför rättens uppfattning att problem av det slag som uppstått i den aktuella situationen, och som rör mycket viktiga samhällsnyttiga funktioner, inte gärna kan lösas genom att upphandlande enheter eller domstolar tillämpar metoder eller lagtolkningar som i praktiken innebär ett faktiskt kringgående av de uttryckliga bestämmelserna i LUF.

Länsrätten har till sist att pröva om Swebus, på grund av Skånetrafikens agerande, har lidit eller kan komma att lida skada. Skånetrafiken har använt sig av fel upphandlingsförfarande och utgången i en korrekt genomförd upphandling är omöjlig att sia om. Det kan enligt länsrätten inte uteslutas att Swebus skulle ha kunnat vinna en sådan. Swebus måste därmed, på grund av Skånetrafikens agerande, anses ha lidit skada.

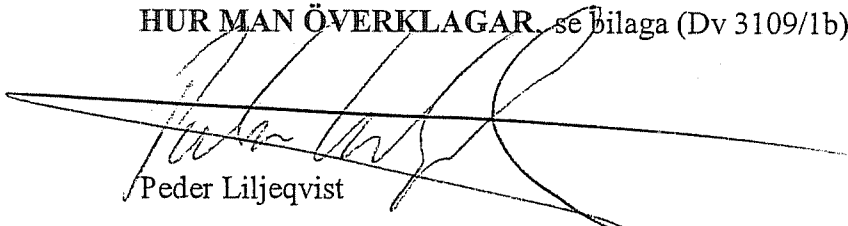
Sammanfattning

Länsrätten finner att Skånetrafiken inte haft stöd enligt LUF för att genomföra den aktuella upphandlingen på det sätt som gjorts och att Swebus på

grund av detta har lidit eller riskerar att lida skada. Skånetrafiken ska därför göra om den aktuella upphandlingen av busstrafik (trafikuppdragen Hässleholm, Landskrona, Trelleborg och Österlen) med iakttagande av relevanta bestämmelser i LUF.

Länsrättens interimistiska beslut från den 9 juni 2009 upphör därmed att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)


Peder Liljeqvist

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.