



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

BESLUT
2015-11-13
Meddelat i
Linköping

Mål nr
3933-15

1

SÖKANDE

Samres AB, 556433-7417
Kyrkogatan 19
222 22 Lund

Ombud: juristerna Per Cronhult och Viktor Robertson
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPARTER

1. Linköpings kommun
581 81 Linköping

Ombud: juristen Jan-Erik Nilsson
Kommunledningskontoret
Juridikgruppen
581 81 Linköping

2. Aktiebolaget 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.

KONKURRENSVERKET	
2015-11-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 228020

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Linköpings kommun (kommunen) och AB Östgötatrafiken (Östgötatrafiken) har den 12 januari 2015 ingått Trafikavtal avseende skolskjuts, särskild skolskjuts och särskild kollektivtrafik trafikåret 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 2012 (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-contobetalningar på sammanlagt 71 856 000 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 förfarandereglererna 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 juli 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 till 761 000 kr för halvåret 2014. För beställningscentralen debiterade Östgötatrafiken kommunen 4 551 000 kr under samma period. 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

I första hand görs gällande att LOU inte är tillämplig på trafikavtalet. Regionen är sedan 2012 regional kollektivtrafikmyndighet i länet, vilket följer av kollektivtrafikavtalet. Kommunen har genom samordningsavtalet och med stöd av bl.a. lagen om kollektivtrafik överlåtit ansvaret att samordna skolskjuts, särskild skolskjuts och särskild kollektivtrafik samt ansvaret för upphandling och drift av densamma till regionen. Av samordningsavtalet framgår att regionen kommer överlämna ansvaret för planering, upphandling och drift av den överlämnade trafiken till Östgötatrafiken. Så har också skett genom uppdragsavtal. Av samordningsavtalet framgår att parterna i avtal ska reglera ersättningen till Östgötatrafiken för driften av trafiken och kommunens andel av bolagets administrativa kostnader för trafiken. Kommunen har genom avtalen dels avhänt sig ansvaret för utförande och drift av kollektivtrafiken, dels medgett att regionen överlämnar sina åtaganden till Östgötatrafiken.

Den kostnad som slutligen ska bäras av kommunen är av självkostnadskaraktär. Det finns inget kommersiellt inslag i kompetensöverföringen. Samordningen av kollektivtrafiken mellan kommunen och regionen sker utan inblandning av privat kapital. De avtal som ingåtts avser ett konkret samarbete för ett gemensamt utförande av en gemensam uppgift. Samarbetet styrs endast av faktorer som har med det allmännyttiga intresset att göra. Inget av avtalen mellan kommunen och regionen reglerar den offentliga upphandling som eventuellt kan vara nödvändig för inrättande och drift av de aktuella tjänsterna, jfr det s.k. Hamburg-målet C-480/06. Upphandlingslagstiftningen

är inte tillämplig på trafikavtalet. Förvaltningsrätten är därför förhindrad att pröva dess giltighet.

I andra hand görs gällande att trafikavtalet endast utgör en verkställighetsåtgärd avseende kostnadsfördelningen som följer av samordningsavtalet och således inte utgör ett självständigt avtal i LOU:s mening. Av praktiska skäl bestämdes att kostnadsregleringen skulle ske i ett separat avtal. Denna reglering kunde lika gärna ha gjorts i ett tillägg till samordningsavtalet.

I tredje hand görs gällande att talan har väckts för sent. Det avtal som faktiskt reglerar överföringen av ansvar och det avtal som Samres faktiskt vill ogiltighetsförklara genom ansökan är samordningsavtalet. En ansökan om överprövning avseende samordningsavtalet skulle ha gjorts senast i mars 2013. Tiden för att ansöka om ogiltighet har således passerat.

I fjärde hand görs gällande att det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse att låta avtalet bestå. Kommunen är enligt lag skyldig att anordna skolskjuts- och färdtjänstresor. Det är av synnerlig samhällelig vikt att resorna kan göras. Ingen annan än kommunen eller som i nuvarande situation den myndighet som kommunen överlämnar ansvar för resorna till kan samordna och utföra resorna.

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 lands-

tinget. 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.

Östgötatraffiken ersätts av sin ägare och huvuduppdragsgivare, regionen, för de nettokostnader som uppstår i verksamheten. När det 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 Östgötatraffiken, har regionen valt att låta ersättningen gå direkt till Östgötatraffiken. Detta framgår av de olika avtalen mellan kommunerna, regionen och Östgötatraffiken. Ett ogiltighetsförklarande av trafikavtalet skulle endast innebära att nya betalningsrutiner behöver tas fram. Något juridiskt hinder för att låta Östgötatraffiken ta emot betalning för regionens räkning torde inte finnas.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Berörda avtal

I samordningsavtalet mellan kommunen och regionen av den 10 september 2012 anges bl.a. följande. Kommunen överlåter åt regionen att själv samordna den särskilda kollektivtraffiken i kommunen och att ansvara för upphandling och drift av densamma med trafikstart den 1 juli 2014. Med särskild kollektivtrafik avses inomkommunal färdtjänst och skolskjuts med mindre fordon, inklusive skolskjutsar för grundskole- och gymnasieelever med särskilda behov som beställs via Östgötatraffikens upphandlade 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 9).

I trafikavtalet av den 12 januari 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 (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 2014 ska upphandla och samordna den särskilda kollektivtrafik som kommunen har att tillgodose. I målet har inte framkommit annat än att omfattningen av det 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 ut-

föra dessa tjänster. Någon rationell anledning för kommunen att trots nämnt förhållande välja att frångå med regionen ingången överenskommelse och istället köpa in ifrågavarande trafik tjänster 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 under-skottstäckning vid utförande av det tjänsteuppdrag 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.

