

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM
2010-01-26
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
5657-09 E
Rotel 22

SÖKANDE

Ellös Buss AB, 556666-6938
Klockarebergsvägen 3
474 32 Ellös

Ombud:

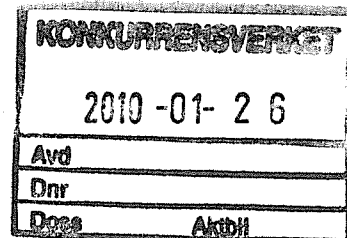
Advokat Kaisa Adlercreutz och Jur.kand. Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Stenungsunds kommun
STO-Upphandling
Strandvägen 15
444 82 Stenungsund

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

**DOMSLUT**

Länsrätten avslår Stenungsunds kommuns yrkande om att förhandsavgörande från EG-domstolen ska inhämtas samt avvisar yrkandet om att länsrätten ska ompröva sitt interimistiska beslut att redan tecknat avtal inte få tas i anspråk.

Länsrätten förordnar att STO-Upphandling ska göra om den upphandling som genomförts för Stenungsunds kommun i avvaktan på att avtal träffas i den egentliga upphandlingen av skolskjuts.

Dok.Id 180112

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031-732 70 00 E-post: lansrattenigoteborg@dom.se	Telefax 031-711 78 59	Expeditionstid måndag -- fredag 09:00-15:00
---	---	--	---------------------------------	--

BAKGRUND OCH YRKANDEN

STO-Upphandling, upphandlande myndighet för Stenungsunds kommun (nedan benämnd STO), inbjöd genom förfrågningsunderlag daterat den 6 februari 2009 leverantörer att lämna anbud avseende skolskjutstrafik för Stenungsunds kommun (nedan benämnd kommunen). Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande och sista anbudsdag var den 2 april 2009. I tilldelningsbeslut daterat den 28 april 2009 beslutade STO att anta Orusttrafiken AB som leverantör av skolskjutsar. Ellös Buss AB (nedan benämnt bolaget) ansökte om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Genom dom den 26 juni 2009 i mål 3345-09 E förordnade länsrätten att upphandlingen skulle göras om. Den 29 juni 2009 träffade STO avtal med Orusttrafiken AB gällande skolskjutstransporter med skolbuss.

I ansökan om överprövning anför bolaget att avtalet från den 29 juni 2009 utgör en otillåten direktupphandling och yrkar att länsrätten ska besluta att direktupphandlingen ska göras om.

Efter yrkande härom från bolaget förordnade länsrätten den 24 juli 2009 interimistiskt ett förbud för STO att ta i anspråk eller i övrigt utnyttja det ingångna avtalet med Orusttrafiken innan länsrätten hade beslutat något annat. STO överklagade det interimistiska beslutet till Kammarrätten i Göteborg som undanröjde detta.

Bolaget har till stöd för sin talan om överprövning anfört bl.a. följande.

Det avtal som STO har tecknat den 29 juni 2009 utgör en otillåten direktupphandling. STO har tecknat avtalet utan att beakta länsrättens avgörande i mål 3345-09. Trots den kritik som har framförts mot den tidigare upp-

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 3
5657-09 E

handlingen och trots att STO på grund av länsrättens dom varit förhindrad att fullfölja upphandlingen (jfr RÅ 2005 ref. 17) har någon ny annonsering inte skett. Istället har STO skrivit avtal med den i upphandlingen vinnande leverantören Orustrafiken. Avtalet som löper över ett år berättigar Orustrafiken till en ersättning om 5 185 000 kr vilket klart överstiger tröskelvärdet enligt LOU. Tilldelningen av avtalet skulle således ha upphandlats i enlighet med 4 kap. LOU. Då tilldelningen av avtalet inte har genomförts med iakttagande av formföreskrifterna i LOU utgör avtalstecknandet en direktupphandling. Eftersom den saknar stöd i LOU är den att kategorisera som en otillåten direktupphandling.

Vidare har avtalet skrivits på i stort sett samma villkor som gällde enligt det tidigare förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av detta samt att avtalet undertecknades den 29 juni 2009, dvs. enbart tre dagar efter länsrättens dom, står det klart att STO aldrig haft för avsikt att efterleva länsrättens eventuella förordnande. STO:s tillvägagångssätt är därför ett tydligt fall av domstolstrots. Detta felaktiga agerande förstärks av att avtalet löper under så pass lång tid som ett år vilket inte kan anses nödvändigt för det fall STO ansett att avtalet endast är en tillfällig lösning.

En upphandlande enhets beslut att genomföra en otillåten direktupphandling strider mot de mest grundläggande principerna för offentlig upphandling vilka kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. En upphandling som inte har genomförts i enlighet med LOU kan förklaras ogiltig vilket även framgår av rättspraxis (jfr RÅ 2005 ref. 10). Skyldigheten att erbjuda möjligheten att få ett beslut taget av en upphandlande enhet prövad inom ramen för överprövningsinstitutet, oavsett om detta beslut fattas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande, har också fastställts av EG-domstolen (jfr mål C-26/03 "Stadt Halle").

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Till följd av att STO utan annonsering antagit anbud från Orusttrafiken har bolaget lidit eller kan komma att lida skada då bolaget inte har getts möjlighet att delta med anbud i direktupphandlingen. Även potentiella anbudsgivare har lidit skada eftersom de uteslutits från deltagande i direktupphandlingen. Bolaget hänvisar till avgörande från Kammarrätten i Stockholm i mål 8930-08 samt avgörande från Kammarrätten i Jönköping i mål 2016-08. Om direktupphandlingen fullföljs lider bolaget skada eller kan komma att lida skada och den ska därför göras om.

Bolaget har åberopat följande handlingar: "Avtal gällande skolskjutstransporter med skolbuss", daterad den 29 juni 2009, "Avtal gällande skolskjutstransporter med skolbuss", daterad den 6 februari 2009, samt Konkurrensverkets årsredovisning 2008, s. 31 och 32.

Kommunen anser att länsrätten i första hand ska avvisa ansökan om överprövning och i andra hand att länsrätten ska avslå ansökan. Kommunen anser därtill att länsrätten ska inhämta förhandsbesked från EG-domstolen och att länsrätten omprövar sitt interimistiska beslut att redan tecknat avtal inte får tas i anspråk. Kommunen anför bl.a. följande.

Ansökan ska avvisas eftersom kommunen redan den 29 juni 2009, efter ett förhandlat förfarande enligt 4 kap 5 § tredje punkten LOU, har tecknat avtal med Orusttrafiken. Kommunen har inte genomfört en otillåten direktupphandling. Vidare har sådan tidsnöd uppstått vilken inte är hänförlig till kommunens eget agerande och som innebär att kommunen haft stöd för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommunen har heller inte brutit mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling enligt 1 kap 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag eller i övrigt brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna.

**LÄNSRATTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

För det fall länsrätten ändå skulle finna skäl att tillskriva kommunen den brådska som uppstått ska 4 kap 5 § tredje punkten LOU inte tolkas alltför restriktivt i nu aktuellt fall, dels då viktiga samhällsfunktioner står på spel och dels med beaktande av proportionalitetsprincipen. Kommunen är skyldig att enligt lag tillhandahålla skolskjuts och skolbarnen har skolplikt. Utebliven skolskjuts skulle innebära en mycket kaotisk situation, inte enbart för att kommunen då bryter mot lagen utan även för hur andra viktiga samhällsfunktioner kan komma att påverkas. Det är angeläget att inhämta ett förhandsbesked från EG-domstolen i denna fråga.

Det vitsordas att STO, för kommunens räkning, under våren 2009 genomförde en upphandling gällande skolskjutstransporter med skolbuss. Genom tilldelningsbeslut daterat den 28 april 2009 beslöt kommunen att anta Orustrafiken som leverantör. Föregående upphandling löpte ut den 30 juni 2009. Nödvändig tidsåtgång beräknades med hänsyn till att upphandlingen kunde komma att överprövas. Eftersom skolan startade den 20 augusti 2009 fanns ett lagligt krav på ny avtalspart senast vid denna tidpunkt. Då tidigare upphandlade avtal om skolskjutsar löpte ut under sommarlovet gjordes dock bedömningen att det inte var nödvändigt med en fullständig överlappning med nytt avtal. Bolaget ansökte den 6 maj 2009 om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Den 23 juni 2009 begärde kommunen att samtliga anbudsgivare skulle förlänga sina respektive anbuds giltighetstider. Samtliga anbudsgivare, förutom bolaget, medgav en förlängning t.o.m. den 30 september 2009. Genom dom den 26 juni 2009 förordnade länsrätten i Göteborg att upphandlingen skulle göras om. Kommunen beslöt då att omedelbart starta arbetet med en ny öppen upphandling.

Trots att ett utrymme för domstolsprövning hade planerats in råkade kommunen i akut tidsnöd. Det innebar att det nu blev omöjligt att genomföra ett nytt öppet eller selektivt förfarande. Bedömningen gjordes att det fanns

laglig grund för att genomföra ett förhandlat förfarande enligt det ovan anförda. I skollagen (1985:1100) 4 kap. 7 § anges att kommunen är skyldig att sörja för att eleverna i grundskolan erhåller skolskjuts. Kommunen riskerade att en mycket viktig allmännyttig funktion som skolskjutsen inte skulle fungera. Om problemet inte kunde lösas skyndsamt stod således kommunen inför en mycket kaotisk situation. Därför gjordes allt som stod i kommunens makt för att undvika att bryta mot tvingande lagstiftning och utsätta skolbarnen för en sådan situation.

Mot bakgrund av ovan redovisade omständigheter ingicks därför den 29 juni 2009 ett tillfälligt avtal om skolskjutsar i avvaktan på att ett öppet upphandlingsförfarande kunde slutföras. Avtalet föregicks av ett beslut i samhällsbyggnadsutskottet den 23 juni 2009, dvs. före det att kommunen erhöll vetskap om utgången i länsrättens mål 3345-09. Det är således tydligt att det inte under några omständigheter har funnits någon avsikt att trotsa domstolens beslut och åsidosätta LOU. Det var dock nödvändigt att snarast möjligt lösa skolskjutsfrågan, åtminstone tillfälligt. Avtalet ingicks med hänsyn tagen till de principer som gäller för ett förhandlat förfarande. Efter den marknadsvärdering som genomfördes med utgångspunkt i de anbud som tidigare hade lämnats, med beaktande av barnens snara behov och det faktum att anbud nyligen givits, valde kommunen att vända sig till Orustrafiken. Det förhandlande förfarandet innebär att det är tillåtet att vända sig till en leverantör. Orustrafiken bedömdes vara det bolag som hade störst möjlighet att, på kort tid och med hänsyn till de upphandlade tjänsternas komplexa art och den nu begränsade avtalsperioden, omfördela och organisera bussturer. Dessutom bedömdes alternativet med Orustrafiken som det mest ekonomiskt fördelaktiga för kommunen. Kommunen menar sammanfattningsvis att tjänsten varit konkurrensutsatt och föremål för en noggrann pris- och produktkontroll.

Bedömningen gjordes att avtalet inte kunde ingås för kortare tid än ett år. Den omständighet att detta avtalsalternativ blivit 300 000 kr dyrare beror på att Orusttrafiken enbart hyrt in bussar för en kort tidsperiod om ett år. Kommunen anser vidare att detta styrker avtalets karaktär av tillfällig lösning. Mot bakgrund av anförda omständigheter har bolaget inte lidit någon skada och kommer inte heller att lida skada.

För det fall domstolen skulle bifalla bolagets ansökan skulle upphandlingsreglerna tvinga kommunen att bryta mot den tvingande regleringen i skollagen. Därmed skulle kommunen ställas inför en orimlig situation som med hänsyn till de gemenskapsrättsliga principerna inte kan vara avsikten. Nationella myndigheter måste, när de tillämpar gemenskapsrätten, följa proportionalitetsprincipen till och med i de fall då de har en vidsträckt bedömningsfrihet. Principen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. Skollagen, och särskilt skolbarnens intresse och rätt att gå i skolan, måste i aktuellt fall anses vara överordnat konkurrensintresset (jfr Länsrätten i Västerbottens läns dom mål nr 2209-06 B). Det är även mot bakgrund av nu anförda skäl som kommunen anser att förhandsbesked ska inhämtas av EG-domstolen.

Dessutom finns det inte något upphandlingsförfarande som, för det fall klaganden vinner bifall för sin ansökan, skulle kunna rättas eller göras om efter ett domstolsbeslut. Som tidigare nämnts pågår även arbetet med en ny öppen upphandling. Under dessa förhållanden bör yrkandena, som klaganden framfört och som länsrätten nu har att ta ställning till, lämnas utan bifall och målet därmed avskrivs. Kommunen åberopar en handling från STO till anbudsgivarna, daterad den 23 juni 2009, angående "Förlängning av anbudens giltighetstid avseende skolskjutsupphandling för Stenungsunds kommun". Kommunen åberopar även ett protokoll från kommunsty-

relsens samhällsbyggnadsutskott, daterat den 23 juni 2009, avseende ”Skolskjutsupphandling för Stenungsunds kommun”.

Bolaget har till ytterligare utveckling av sin talan anfört bl.a. följande. STO har anfört att man har genomfört ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § tredje punkten LOU och att det tecknade avtalet därmed omöjliggör en överprövning. Det undantag som åberopas av STO är dock inte tillämpligt i den nu aktuella situationen. Vid en otillåten direktupphandling följer motsatsvis av 16 kap. 1 § andra stycket LOU att en överprövning inte är förhindrad av att det finns ett undertecknat avtal (jämför även RÅ 2005 ref 10, Kammarrättens i Jönköping dom den 10 juli 2009 i mål 953-09 samt motivuttalande i prop. 2001/02:142 s. 102). Det undertecknade avtalet mellan kommunen och Orustrafiken förhindrar inte en överprövning då avtalet är en följd av en otillåten direktupphandling.

STO har anfört att synnerlig brådska orsakat att förhandlat förfarande utan föregående annonsering varit tillåtet enligt 4 kap. 5 § tredje punkten LOU. I direktiv 2004/18/EG art 31 (c) anges en ytterligare förutsättning för denna undantagsbestämmelse som inte intagits i lagtexten: *“De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten”*. Regeln har direkt effekt och har även bekräftats av EG-domstolen (jfr mål C-385/02 Kommissionen mot Italien). Att den synnerliga brådskan inte får tillskrivas den upphandlande myndigheten följer även av svensk rättspraxis. Bolaget hänvisar till Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål 6690-07 samt Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 234-07. Den brådska som STO åberopar har utan tvekan varit orsakad av den upphandlande enhetens bristande planering varför undantaget inte under några omständigheter är tillämpligt i förevarande situation. STO har vidare anfört att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § tredje punkten LOU inte ska tolkas alltför restriktivt, men detta bestrids. Det följer tvärtom av såväl EG-domstolens praxis (jfr mål C-

394/02, Kommissionen mot Grekland) som svensk rättspraxis (se RÅ 2005 ref 10) att bestämmelsen ska tolkas restriktivt. Av nämnda rättsfall följer även att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att synnerlig brådska föreligger samt att denna brådska inte kan tillskrivas myndigheten.

Att Kommunen riskerar att inte uppfylla sin lagliga skyldighet att erbjuda skolskjuts medför under inga omständigheter att reglerna om offentlig upphandling kan åsidosättas. Då den synnerliga brådska som uppstått ska tillskrivas STO är intresset av det som behöver upphandlas underordnat efterlevnaden av de upphandlingsrättsliga reglerna (jfr Arrowsmith, Sue: The law of public utilities procurement 2:a upplagan, s. 621 f). Skulle bestämmelsen bedömas i enlighet med vad STO anför innebär detta att en upphandlande myndighet ges alltför stort utrymme att genomföra upphandlingar utan att beakta LOU.

Beslutet i samhällsbyggnadsutskottet visar att STO alltjämt haft för avsikt att skriva avtal med Orusttrafiken eftersom beslutet fattades före det att överprövningsprocessen var avgjord. Alldeles oavsett detta har STO i vart fall vid avtalets undertecknande erhållit länsrättens dom i mål 3345-09 varför agerandet från STO:s sida är ett klart fall av domstolstrots.

Bolaget ifrågasätter vidare på vilka grunder STO ansett att Orusttrafiken varit den enda aktör som haft möjlighet att utföra uppdraget, framför allt mot bakgrund av att tjänsten utförts föredömligt av tidigare leverantörer samt att Orusttrafiken inte varit en av dessa leverantörer. Här ska tilläggas att tidigare leverantörer haft kapacitet avseende bland annat fordon och förare samt även betydande kunskap om skolskjutsarna för att i avvaktan på en ny upphandling på bästa sätt fortsätta att utföra uppdraget. Vidare har STO inte konkurrensetsatt tjänsten på det vis som man har påstått. Detta följer redan av att STO hävdar att det genomförts ett förhandlat förfarande

utan föregående annonsering med endast en leverantör, vilket omöjligen kan ha skett genom konkurrensutsättning.

Att tillräcklig tid inte har avsatts för att genomföra en upphandling, inklusive en eventuell överprövningsprocess, följer av den situation som kommunen rent faktiskt har försatt sig i. Den ursprungliga planeringen har brutit eftersom det inte har funnits tid för en överprövning. Bolaget hänvisar till avgörande från Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 1403-09 där Region Skåne inte ansågs kunna förlita sig på synnerlig brådska då tidsnöden uppkommit p.g.a. en överprövningsprocess. En upphandlande myndighet måste alltid ta med i beräkningen att en upphandling kan komma att överprövas vilket måste inkludera en prövning i flera instanser. Det finns ingenting som hindrar en upphandlande myndighet från att genomföra en upphandling långt innan det tidigare avtalet löper ut. Vad STO anför avseende förlängning av anbudens giltighet saknar helt relevans. En förlängning av anbudens giltighetstid hade enbart varit aktuell för det fall den ursprungliga upphandlingen inte skulle göras om.

Kommunen har härefter tillagt bl.a. följande. Även om länsrätten inte har en absolut skyldighet enligt artikel 234 EG-fördraget att begära förhandsavgörande så ska en skyldighet ändå anses följa enligt samarbetsprincipen i artikel 10 EG-fördraget som ska förhindra att EG-rätten tillämpas olika i olika medlemsstater.

Det står helt klart att synnerlig brådska var för handen. Det är fullt tillräckligt att läsa skollagen och titta i almanackan för att inse att kommunen inte hade tid att genomföra en ny öppen upphandling om eleverna skulle ha skolskjuts när höstterminen 2009 startade. Kommunen vill understryka att avsikten aldrig har varit att bortse från gällande lagstiftning eller trotsa domstolsbeslut. Enligt bolaget får kommunen aldrig tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om brådskan är att hänföra till

**LÄNSRATTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 11
5657-09 E

kommunen. Det innebär att Robertsfors kommun i länsrätten i Västerbottens mål 2209-06 inte haft rätt att direktupphandla snöröjning (under tröskelvärdet) för vintern 2006/2007 trots att underlåtelse att göra detta skulle få direkt allmänfarliga konsekvenser.

Det av bolaget åberopade avgörandet från EG-domstolen, C-385/02, saknar relevans i detta mål. I det målet kunde EG-domstolen nämligen konstatera att det sätt som den lokala myndigheten planerat upphandlingen av utjämningsmagasin för skydd mot översvämningar talade mot att det förelåg synnerlig brådska att få arbetena utförda. I detta mål råder det däremot helt klart brådska eftersom länsrätten drygt tre månader före terminsstarten beslutade att stoppa kommunens upphandling av skolskjuts. Länsrätten är skyldig att ta hänsyn till den omständighet att det föreligger en akut risk för att en allmännyttig tjänst inte kommer att kunna tillhandahållas om bolagets talan skulle vinna bifall. Kommunen hänvisar till mål C-6/05, som rörde upphandling av medicintekniska produkter, där EG-domstolen utvecklar den intresseavvägning som även måste göras i detta mål. Tillhandahållande av skolskjuts är i många fall en förutsättning för att eleverna ska kunna ta sig till och från skolan. Vid en proportionalitetsbedömning bör vägas in att kommunen endast upphandlat det första läsåret samtidigt som man förbereder en ny öppen upphandling avseende resterande tid samt att bolaget har kvar sin möjlighet att tillgodose sitt intresse genom skadeståndstalan. Kommunen har vidare omförhandlat avtalet med Orustrafiken AB och kommer att säga upp aktuellt avtal vid den tidpunkt som upphandlingen kan slutföras.

Bolaget har slutligen tillagt bl.a. följande. Det föreligger inte skäl för att länsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen. Nuvarande praxis från EG-domstolen besvarar med all tydlighet den fråga som nu är föremål för länsrättens prövning. Med hänsyn till detta samt med hänsyn

till den tidsutdräkt ett inhämtande av förhandsavgörande skulle medföra är en sådan begäran inte nödvändig för att länsrätten ska kunna avgöra frågan.

STO synes vara av uppfattningen att alternativet till den nu genomförda otillåtna direktupphandlingen varit att kommunen blivit utan skolskjuts. STO hade haft möjlighet att på flertalet andra sätt lösa den uppkomna situationen. Genom att enbart kontakta Orustrafiken måste det anses visat att STO aldrig haft några andra alternativ i åtanke. Bolaget ifrågasätter hur tjänsten varit föremål för en noggrann pris- och produktkontroll framförallt mot bakgrund av att Orustrafiken inte lämnat det lägsta anbudet vid den ursprungliga upphandlingen. Orustrafiken har även, enligt uppgift från STO, nödgats hyra bussar medförande att priset blivit än högre. Vidare har avgöranden från kammarrätterna, Regeringsrätten samt EG-domstolen företräde framför det av STO anförda avgörandet från länsrätten i Västerbotten. Det hänvisas till EG-domstolens avgöranden i mål C-20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland.

Av STO åberopat avgörande från EG-domstolen i mål C-6/05 ska inte tolkas på så sätt som gjorts av STO. EG-domstolens bedömning av brådskan i det fallet byggde på skyddet för folkhälsan, vilket är ett av EG-rätten tvingande allmänintresse. I den situation som nu är aktuell föreligger inget enligt EG-rätten erkänt allmänintresse.

Det noteras att STO har ändrat avtalet med Orustrafiken. För det fall STO är av fortsatt uppfattning att avtalet med Orustrafiken tecknats i enlighet med LOU torde det inte finnas anledning för STO att teckna nu föreliggande tilläggsavtal. Agerandet styrker att STO genomfört en otillåten direktupphandling. Vidare förtar inte möjligheten för en leverantör att föra en skadeståndstalan gentemot en upphandlande myndighet på något sätt leverantörens möjlighet att ansöka om överprövning.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER M.M.

Enligt 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser bl.a. tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att länsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör, som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller som allmän princip att länsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp (jfr. Regeringsrättens avgörande mål nr 7287-08).

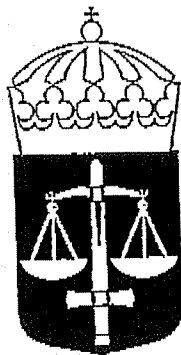
LÄNSRÄTTENS BEDÖMNING

STO har bl.a. yrkat att länsrätten ska ompröva sitt interimistiska beslut att redan tecknat avtal inte får tas i anspråk. Då beslutet har överklagats till kammarrätten som upphävt detta och länsrättens förordnande således har förlorat sin betydelse saknas skäl att pröva den frågan.

Värdet av det nu aktuella avtalet överstiger tröskelvärdet i LOU, vilket medför att avtalet utgör en ekonomisk transaktion av sådant slag att det omfattas av reglerna kring direktivstyrda upphandlingar i LOU. Frågan blir då om 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU i detta fall kan tillämpas på tilldelningen av kontrakt.

Den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU ska visa att de särskilda omständigheter som gör undantaget tillämpligt verkligen föreligger. Av EG-domstolens avgörande C 385/02 punkt 26 framgår att det enligt EG-rätten är tillåtet att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering då synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna, gör det omöjligt att iaktta de fastställda tidsfristerna för de normala förfarandena. Vidare får de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte i något fall vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna. Av EG-domstolens avgörande C-6/05 framgår att skyddet för folkhälsan är ett sådant tvingande allmänintresse med stöd av vilket medlemsstaterna har rätt att avvika från principen om fri rörlighet för varor under förutsättning att de åtgärder som vidtas är förenliga med proportionalitetsprincipen. EG-domstolen uttalade i avgörandet att ett sjukhus i brådskande fall kan vidta alla nödvändiga tillfälliga åtgärder som krävs för att det ska kunna anskaffa de medicintekniska produkter som är nödvändiga för driften av sjukhuset men att det åligger sjukhuset att visa att det föreligger sådana brådskande omständigheter som kan motivera ett undantag från principen om fri rörlighet och även att visa att de vidtagna åtgärderna är proportionerliga. I ett annat avgörande, C-107/92, uttalade EG-domstolen att undantag från huvudreglerna, särskilt de regler som gäller annonsering, kan vara tillåtet då exceptionella omständigheter föreligger. EG-domstolen bedömde i det fallet att den upphandlande myndigheten hade kunnat utföra sin upphandling med en föregående annonsering eftersom den under lång tid hade känt till de omständigheter som gjorde upphandlingen nödvändig.

STO har i huvudsak anfört att det i det aktuella fallet förelåg synnerlig brådska och att man, trots att ett utrymme för domstolsprövning hade planerats in, råkade i akut tidsnöd vilket innebar att det blev omöjligt att genomföra ett nytt öppet eller selektivt förfarande samt att denna tidsnöd



Länsrätten i Göteborg

Telefax

Till: *Konkurrensverket* *08-2455 43*

Från: Carina Consani

Telefon: 031-732 71 51

Detta fax innehåller *18* sidor inklusive detta blad

Meddelande

.....

.....

.....

.....

.....

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031- 732 70 00
E-post: lansrattengoteborg@dom.se

Telefax
031- 711 78 59

Expeditionstid
09:00 – 15.00

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2010-01-26
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
5657-09 E
Rotel 22

SÖKANDE

Ellös Buss AB, 556666-6938
Klockarebergsvägen 3
474 32 Ellös

Ombud:

Advokat Kaisa Adlercreutz och Jur.kand. Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Stenungsunds kommun
STO-Upphandling
Strandvägen 15
444 82 Stenungsund

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår Stenungsunds kommuns yrkande om att förhandsavgörande från EG-domstolen ska inhämtas samt avvisar yrkandet om att länsrätten ska ompröva sitt interimistiska beslut att redan tecknat avtal inte får tas i anspråk.

Länsrätten förordnar att STO-Upphandling ska göra om den upphandling som genomförts för Stenungsunds kommun i avvaktan på att avtal träffas i den egentliga upphandlingen av skolskjuts.

Dok.Id 180112

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031-732 70 00	031-711 78 59	måndag – fredag
400 15 Göteborg		E-post: lansrattenigoteborg@dom.se		09:00-15:00

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

BAKGRUND OCH YRKANDEN

STO-Upphandling, upphandlande myndighet för Stenungsunds kommun (nedan benämnd STO), inbjöd genom förfrågningsunderlag daterat den 6 februari 2009 leverantörer att lämna anbud avseende skolskjutstrafik för Stenungsunds kommun (nedan benämnd kommunen). Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande och sista anbudsdag var den 2 april 2009. I tilldelningsbeslut daterat den 28 april 2009 beslutade STO att anta Orustrafiken AB som leverantör av skolskjutsar. Ellös Buss AB (nedan benämnt bolaget) ansökte om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Genom dom den 26 juni 2009 i mål 3345-09 E förordnade länsrätten att upphandlingen skulle göras om. Den 29 juni 2009 träffade STO avtal med Orustrafiken AB gällande skolskjutstransporter med skolbuss.

I ansökan om överprövning anför bolaget att avtalet från den 29 juni 2009 utgör en otillåten direktupphandling och yrkar att länsrätten ska besluta att direktupphandlingen ska göras om.

Efter yrkande härom från bolaget förordnade länsrätten den 24 juli 2009 interimistiskt ett förbud för STO att ta i anspråk eller i övrigt utnyttja det ingångna avtalet med Orustrafiken innan länsrätten hade beslutat något annat. STO överklagade det interimistiska beslutet till Kammarrätten i Göteborg som undanröjde detta.

Bolaget har till stöd för sin talan om överprövning anført bl.a. följande.

Det avtal som STO har tecknat den 29 juni 2009 utgör en otillåten direktupphandling. STO har tecknat avtalet utan att beakta länsrättens avgörande i mål 3345-09. Trots den kritik som har framförts mot den tidigare upp-

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

handlingen och trots att STO på grund av länsrättens dom varit förhindrad att fullfölja upphandlingen (jfr RÅ 2005 ref. 17) har någon ny annonsering inte skett. Istället har STO skrivit avtal med den i upphandlingen vinnande leverantören Orustrafiken. Avtalet som löper över ett år berättigar Orustrafiken till en ersättning om 5 185 000 kr vilket klart överstiger tröskelvärdet enligt LOU. Tildelningen av avtalet skulle således ha upphandlats i enlighet med 4 kap. LOU. Då tildelningen av avtalet inte har genomförts med iakttagande av formföreskrifterna i LOU utgör avtalstecknandet en direktupphandling. Eftersom den saknar stöd i LOU är den att kategorisera som en otillåten direktupphandling.

Vidare har avtalet skrivits på i stort sett samma villkor som gällde enligt det tidigare förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av detta samt att avtalet undertecknades den 29 juni 2009, dvs. enbart tre dagar efter länsrättens dom, står det klart att STO aldrig haft för avsikt att efterleva länsrättens eventuella förordnande. STO:s tillvägagångssätt är därför ett tydligt fall av domstolstrots. Detta felaktiga agerande förstärks av att avtalet löper under så pass lång tid som ett år vilket inte kan anses nödvändigt för det fall STO ansett att avtalet endast är en tillfällig lösning.

En upphandlande enhets beslut att genomföra en otillåten direktupphandling strider mot de mest grundläggande principerna för offentlig upphandling vilka kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. En upphandling som inte har genomförts i enlighet med LOU kan förklaras ogiltig vilket även framgår av rättspraxis (jfr RÅ 2005 ref. 10). Skyldigheten att erbjuda möjligheten att få ett beslut taget av en upphandlande enhet prövad inom ramen för överprövningsinstitutet, oavsett om detta beslut fattas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande, har också fastställts av EG-domstolen (jfr mål C-26/03 "Stadt Halle").

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Till följd av att STO utan annonsering antagit anbud från Orustrafiken har bolaget lidit eller kan komma att lida skada då bolaget inte har getts möjlighet att delta med anbud i direktupphandlingen. Även potentiella anbudsgivare har lidit skada eftersom de uteslutits från deltagande i direktupphandlingen. Bolaget hänvisar till avgörande från Kammarrätten i Stockholm i mål 8930-08 samt avgörande från Kammarrätten i Jönköping i mål 2016-08. Om direktupphandlingen fullföljs lider bolaget skada eller kan komma att lida skada och den ska därför göras om.

Bolaget har åberopat följande handlingar: "Avtal gällande skolskjutstransporter med skolbuss", daterad den 29 juni 2009, "Avtal gällande skolskjutstransporter med skolbuss", daterad den 6 februari 2009, samt Konkurrensverkets årsredovisning 2008, s. 31 och 32.

Kommunen anser att länsrätten i första hand ska avvisa ansökan om överprövning och i andra hand att länsrätten ska avslå ansökan. Kommunen anser därtill att länsrätten ska inhärmta förhandsbesked från EG-domstolen och att länsrätten omprövar sitt interimistiska beslut att redan tecknat avtal inte får tas i anspråk. Kommunen anför bl.a. följande.

Ansökan ska avvisas eftersom kommunen redan den 29 juni 2009, efter ett förhandlat förfarande enligt 4 kap 5 § tredje punkten LOU, har tecknat avtal med Orustrafiken. Kommunen har inte genomfört en otillåten direktupphandling. Vidare har sådan tidsnöd uppstått vilken inte är hänförlig till kommunens eget agerande och som innebär att kommunen haft stöd för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommunen har heller inte brutit mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling enligt 1 kap 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag eller i övrigt brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna.

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

För det fall länsrätten ändå skulle finna skäl att tillskriva kommunen den brådska som uppstått ska 4 kap 5 § tredje punkten LOU inte tolkas alltför restriktivt i nu aktuellt fall, dels då viktiga samhällsfunktioner står på spel och dels med beaktande av proportionalitetsprincipen. Kommunen är skyldig att enligt lag tillhandahålla skolskjuts och skolbarnen har skolplikt. Utebliven skolskjuts skulle innebära en mycket kaotisk situation, inte enbart för att kommunen då bryter mot lagen utan även för hur andra viktiga samhällsfunktioner kan komma att påverkas. Det är angeläget att inhämta ett förhandsbesked från EG-domstolen i denna fråga.

Det vitsordas att STO, för kommunens räkning, under våren 2009 genomförde en upphandling gällande skolskjutstransporter med skolbuss. Genom tilldelningsbeslut daterat den 28 april 2009 beslöt kommunen att anta Orustrafiken som leverantör. Föregående upphandling löpte ut den 30 juni 2009. Nödvändig tidsåtgång beräknades med hänsyn till att upphandlingen kunde komma att överprövas. Eftersom skolan startade den 20 augusti 2009 fanns ett lagligt krav på ny avtalspart senast vid denna tidpunkt. Då tidigare upphandlade avtal om skolskjutsar löpte ut under sommarlovet gjordes dock bedömningen att det inte var nödvändigt med en fullständig överlappning med nytt avtal. Bolaget ansökte den 6 maj 2009 om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Den 23 juni 2009 begärde kommunen att samtliga anbudsgivare skulle förlänga sina respektive anbuds giltighetstider. Samtliga anbudsgivare, förutom bolaget, medgav en förlängning t.o.m. den 30 september 2009. Genom dom den 26 juni 2009 förordnade länsrätten i Göteborg att upphandlingen skulle göras om. Kommunen beslöt då att omedelbart starta arbetet med en ny öppen upphandling.

Trots att ett utrymme för domstolsprövning hade planerats in råkade kommunen i akut tidsnöd. Det innebar att det nu blev omöjligt att genomföra ett nytt öppet eller selektivt förfarande. Bedömningen gjordes att det fanns

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

laglig grund för att genomföra ett förhandlat förfarande enligt det ovan anförda. I skollagen (1985:1100) 4 kap. 7 § anges att kommunen är skyldig att sörja för att eleverna i grundskolan erhåller skolskjuts. Kommunen riskerade att en mycket viktig allmännyttig funktion som skolskjutsen inte skulle fungera. Om problemet inte kunde lösas skyndsamt stod således kommunen inför en mycket kaotisk situation. Därför gjordes allt som stod i kommunens makt för att undvika att bryta mot tvingande lagstiftning och utsätta skolbarnen för en sådan situation.

Mot bakgrund av ovan redovisade omständigheter ingicks därför den 29 juni 2009 ett tillfälligt avtal om skolskjutsar i avvaktan på att ett öppet upphandlingsförfarande kunde slutföras. Avtalet föregicks av ett beslut i samhällsbyggnadsutskottet den 23 juni 2009, dvs. före det att kommunen erhöll vetskap om utgången i länsrättens mål 3345-09. Det är således tydligt att det inte under några omständigheter har funnits någon avsikt att trotsa domstolens beslut och åsidosätta LOU. Det var dock nödvändigt att snarast möjligt lösa skolskjutsfrågan, åtminstone tillfälligt. Avtalet ingicks med hänsyn tagen till de principer som gäller för ett förhandlat förfarande. Efter den marknadsvärdering som genomfördes med utgångspunkt i de anbud som tidigare hade lämnats, med beaktande av barnens snara behov och det faktum att anbud nyligen givits, valde kommunen att vända sig till Orustrafiken. Det förhandlande förfarandet innebär att det är tillåtet att vända sig till en leverantör. Orustrafiken bedömdes vara det bolag som hade störst möjlighet att, på kort tid och med hänsyn till de upphandlade tjänsternas komplexa art och den nu begränsade avtalsperioden, omfördela och organisera bussturer. Dessutom bedömdes alternativet med Orustrafiken som det mest ekonomiskt fördelaktiga för kommunen. Kommunen menar sammanfattningsvis att tjänsten varit konkurrensutsatt och föremål för en noggrann pris- och produktkontroll.

**LÄNSRATTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Bedömningen gjordes att avtalet inte kunde ingås för kortare tid än ett år. Den omständighet att detta avtalsalternativ blivit 300 000 kr dyrare beror på att Orustrafiken enbart hyrt in bussar för en kort tidsperiod om ett år. Kommunen anser vidare att detta styrker avtalets karaktär av tillfällig lösning. Mot bakgrund av anförda omständigheter har bolaget inte lidit någon skada och kommer inte heller att lida skada.

För det fall domstolen skulle bifalla bolagets ansökan skulle upphandlingsreglerna tvinga kommunen att bryta mot den tvingande regleringen i skollagen. Därmed skulle kommunen ställas inför en orimlig situation som med hänsyn till de gemenskapsrättsliga principerna inte kan vara avsikten. Nationella myndigheter måste, när de tillämpar gemenskapsrätten, följa proportionalitetsprincipen till och med i de fall då de har en vidsträckt bedömningsfrihet. Principen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. Skollagen, och särskilt skolbarnens intresse och rätt att gå i skolan, måste i aktuellt fall anses vara överordnat konkurrensintresset (jfr Länsrätten i Västerbottens läns dom mål nr 2209-06 B). Det är även mot bakgrund av nu anförda skäl som kommunen anser att förhandsbesked ska inhämtas av EG-domstolen.

Dessutom finns det inte något upphandlingsförfarande som, för det fall klaganden vinner bifall för sin ansökan, skulle kunna rättas eller göras om efter ett domstolsbeslut. Som tidigare nämnts pågår även arbetet med en ny öppen upphandling. Under dessa förhållanden bör yrkandena, som klaganden framfört och som länsrätten nu har att ta ställning till, lämnas utan bifall och målet därmed avskrivas. Kommunen åberopar en handling från STO till anbudsgivarna, daterad den 23 juni 2009, angående "Förlängning av anbudens giltighetstid avseende skolskjutsupphandling för Stenungsunds kommun". Kommunen åberopar även ett protokoll från kommunsty-

relsens samhällsbyggnadsutskott, daterat den 23 juni 2009, avseende "Skolskjutsupphandling för Stenungsunds kommun".

Bolaget har till ytterligare utveckling av sin talan anfört bl.a. följande. STO har anfört att man har genomfört ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § tredje punkten LOU och att det tecknade avtalet därmed omöjliggör en överprövning. Det undantag som åberopas av STO är dock inte tillämpligt i den nu aktuella situationen. Vid en otillåten direktupphandling följer motsatsvis av 16 kap. 1 § andra stycket LOU att en överprövning inte är förhindrad av att det finns ett undertecknat avtal (jämför även RÅ 2005 ref 10, Kammarrättens i Jönköping dom den 10 juli 2009 i mål 953-09 samt motivuttalande i prop. 2001/02:142 s. 102). Det undertecknade avtalet mellan kommunen och Orusttrafiken förhindrar inte en överprövning då avtalet är en följd av en otillåten direktupphandling.

STO har anfört att synnerlig brådska orsakat att förhandlat förfarande utan föregående annonsering varit tillåtet enligt 4 kap. 5 § tredje punkten LOU. I direktiv 2004/18/EG art 31 (c) anges en ytterligare förutsättning för denna undantagsbestämmelse som inte intagits i lagtexten: "*De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten*". Regeln har direkt effekt och har även bekräftats av EG-domstolen (jfr mål C-385/02 Kommissionen mot Italien). Att den synnerliga brådskan inte får tillskrivas den upphandlande myndigheten följer även av svensk rättspraxis. Bolaget hänvisar till Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål 6690-07 samt Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 234-07. Den brådska som STO åberopar har utan tvekan varit orsakad av den upphandlande enhetens bristande planering varför undantaget inte under några omständigheter är tillämpligt i förevarande situation. STO har vidare anfört att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § tredje punkten LOU inte ska tolkas alltför restriktivt, men detta bestrids. Det följer tvärtom av såväl EG-domstolens praxis (jfr mål C-

394/02, Kommissionen mot Grekland) som svensk rättspraxis (se RÅ 2005 ref 10) att bestämmelsen ska tolkas restriktivt. Av nämnda rättsfall följer även att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att synnerlig brådska föreligger samt att denna brådska inte kan tillskrivas myndigheten.

Att Kommunen riskerar att inte uppfylla sin lagliga skyldighet att erbjuda skolskjuts medför under inga omständigheter att reglerna om offentlig upphandling kan åsidosättas. Då den synnerliga brådska som uppstått ska tillskrivas STO är intresset av det som behöver upphandlas underordnat efterlevnaden av de upphandlingsrättsliga reglerna (jfr Arrowsmith, Sue: The law of public utilities procurement 2:a upplagan, s. 621 f). Skulle bestämmelsen bedömas i enlighet med vad STO anför innebär detta att en upphandlande myndighet ges alltför stort utrymme att genomföra upphandlingar utan att beakta LOU.

Beslutet i samhällsbyggnadsutskottet visar att STO alltjämt haft för avsikt att skriva avtal med Orustrafiken eftersom beslutet fattades före det att överprövningsprocessen var avgjord. Alldeles oavsett detta har STO i vart fall vid avtalets undertecknande erhållit länsrättens dom i mål 3345-09 varför agerandet från STO:s sida är ett klart fall av domstolstrots.

Bolaget ifrågasätter vidare på vilka grunder STO ansett att Orustrafiken varit den enda aktör som haft möjlighet att utföra uppdraget, framför allt mot bakgrund av att tjänsten utförts föredömligt av tidigare leverantörer samt att Orustrafiken inte varit en av dessa leverantörer. Här ska tilläggas att tidigare leverantörer haft kapacitet avseende bland annat fordon och förare samt även betydande kunskap om skolskjutsarna för att i avvaktan på en ny upphandling på bästa sätt fortsätta att utföra uppdraget. Vidare har STO inte konkurrensutsatt tjänsten på det vis som man har påstått. Detta följer redan av att STO hävdar att det genomförts ett förhandlat förfarande

utan föregående annonsering med endast en leverantör, vilket omöjligen kan ha skett genom konkurrensutsättning.

Att tillräcklig tid inte har avsatts för att genomföra en upphandling, inklusive en eventuell överprövningsprocess, följer av den situation som kommunen rent faktiskt har försatt sig i. Den ursprungliga planeringen har brutit eftersom det inte har funnits tid för en överprövning. Bolaget hänvisar till avgörande från Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 1403-09 där Region Skåne inte ansågs kunna förlita sig på synnerlig brådska då tidsnöden uppkommit p.g.a. en överprövningsprocess. En upphandlande myndighet måste alltid ta med i beräkningen att en upphandling kan komma att överprövas vilket måste inkludera en prövning i flera instanser. Det finns ingenting som hindrar en upphandlande myndighet från att genomföra en upphandling långt innan det tidigare avtalet löper ut. Vad STO anför avseende förlängning av anbudens giltighet saknar helt relevans. En förlängning av anbudens giltighetstid hade enbart varit aktuell för det fall den ursprungliga upphandlingen inte skulle göras om.

Kommunen har här efter tillagt bl.a. följande. Även om länsrätten inte har en absolut skyldighet enligt artikel 234 EG-fördraget att begära förhandsavgörande så ska en skyldighet ändå anses följa enligt samarbetsprincipen i artikel 10 EG-fördraget som ska förhindra att EG-rätten tillämpas olika i olika medlemsstater.

Det står helt klart att synnerlig brådska var för handen. Det är fullt tillräckligt att läsa skollagen och titta i almanackan för att inse att kommunen inte hade tid att genomföra en ny öppen upphandling om eleverna skulle ha skolskjuts när höstterminen 2009 startade. Kommunen vill understryka att avsikten aldrig har varit att bortse från gällande lagstiftning eller trotsa domstolsbeslut. Enligt bolaget får kommunen aldrig tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om brådskan är att hänföra till

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

kommunen. Det innebär att Robertsfors kommun i länsrätten i Västerbottens mål 2209-06 inte haft rätt att direktupphandla snöröjning (under tröskelvärdet) för vintern 2006/2007 trots att underlåtelse att göra detta skulle få direkt allmänfarliga konsekvenser.

Det av bolaget åberopade avgörandet från EG-domstolen, C-385/02, saknar relevans i detta mål. I det målet kunde EG-domstolen nämligen konstatera att det sätt som den lokala myndigheten planerat upphandlingen av utjämningsmagasin för skydd mot översvämningar talade mot att det förelåg synnerlig brådska att få arbetena utförda. I detta mål råder det däremot helt klart brådska eftersom länsrätten drygt tre månader före terminsstarten beslutade att stoppa kommunens upphandling av skolskjuts. Länsrätten är skyldig att ta hänsyn till den omständighet att det föreligger en akut risk för att en allmännyttig tjänst inte kommer att kunna tillhandahållas om bolagets talan skulle vinna bifall. Kommunen hänvisar till mål C-6/05, som rörde upphandling av medicintekniska produkter, där EG-domstolen utvecklar den intresseavvägning som även måste göras i detta mål. Tillhandahållande av skolskjuts är i många fall en förutsättning för att eleverna ska kunna ta sig till och från skolan. Vid en proportionalitetsbedömning bör vägas in att kommunen endast upphandlat det första läsåret samtidigt som man förbereder en ny öppen upphandling avseende resterande tid samt att bolaget har kvar sin möjlighet att tillgodose sitt intresse genom skadeståndstalan. Kommunen har vidare omförhandlat avtalet med Orusttrafiken AB och kommer att säga upp aktuellt avtal vid den tidpunkt som upphandlingen kan slutföras.

Bolaget har slutligen tillagt bl.a. följande. Det föreligger inte skäl för att länsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen. Nuvarande praxis från EG-domstolen besvarar med all tydlighet den fråga som nu är föremål för länsrättens prövning. Med hänsyn till detta samt med hänsyn

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

till den tidsutdräkt ett inhämtande av förhandsavgörande skulle medföra är en sådan begäran inte nödvändig för att länsrätten ska kunna avgöra frågan.

STO synes vara av uppfattningen att alternativet till den nu genomförda otillåtna direktupphandlingen varit att kommunen blivit utan skolskjuts. STO hade haft möjlighet att på flertalet andra sätt lösa den uppkomna situationen. Genom att enbart kontakta Orustrafiken måste det anses visat att STO aldrig haft några andra alternativ i åtanke. Bolaget ifrågasätter hur tjänsten varit föremål för en noggrann pris- och produktkontroll framförallt mot bakgrund av att Orustrafiken inte lämnat det lägsta anbudet vid den ursprungliga upphandlingen. Orustrafiken har även, enligt uppgift från STO, nödgats hyra bussar medförande att priset blivit än högre. Vidare har avgöranden från kammarrätterna, Regeringsrätten samt EG-domstolen företrädde framför det av STO anförda avgörandet från länsrätten i Västerbotten. Det hänvisas till EG-domstolens avgöranden i mål C-20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland.

Av STO åberopat avgörande från EG-domstolen i mål C-6/05 ska inte tolkas på så sätt som gjorts av STO. EG-domstolens bedömning av brådskan i det fallet byggde på skyddet för folkhälsan, vilket är ett av EG-rätten tvingande allmänintresse. I den situation som nu är aktuell föreligger inget enligt EG-rätten erkänt allmänintresse.

Det noteras att STO har ändrat avtalet med Orustrafiken. För det fall STO är av fortsatt uppfattning att avtalet med Orustrafiken tecknats i enlighet med LOU torde det inte finnas anledning för STO att teckna nu föreliggande tilläggsavtal. Agerandet styrker att STO genomfört en otillåten direktupphandling. Vidare förtar inte möjligheten för en leverantör att föra en skadeståndstalan gentemot en upphandlande myndighet på något sätt leverantörens möjlighet att ansöka om överprövning.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER M.M.

Enligt 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser bl.a. tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att länsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör, som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller som allmän princip att länsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp (jfr. Regeringsrättens avgörande mål nr 7287-08).

LÄNSRÄTTENS BEDÖMNING

STO har bl.a. yrkat att länsrätten ska ompröva sitt interimistiska beslut att redan tecknat avtal inte får tas i anspråk. Då beslutet har överklagats till kammarrätten som upphävt detta och länsrättens förordnande således har förlorat sin betydelse saknas skäl att pröva den frågan.

Värdet av det nu aktuella avtalet överstiger tröskelvärdet i LOU, vilket medför att avtalet utgör en ekonomisk transaktion av sådant slag att det omfattas av reglerna kring direktivstyrda upphandlingar i LOU. Frågan blir då om 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU i detta fall kan tillämpas på tilldelningen av kontrakt.

Den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU ska visa att de särskilda omständigheter som gör undantaget tillämpligt verkligen föreligger. Av EG-domstolens avgörande C 385/02 punkt 26 framgår att det enligt EG-rätten är tillåtet att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering då synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna, gör det omöjligt att iakttä de fastställda tidsfristerna för de normala förfarandena. Vidare får de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte i något fall vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna. Av EG-domstolens avgörande C-6/05 framgår att skyddet för folkhälsan är ett sådant tvingande allmänintresse med stöd av vilket medlemsstaterna har rätt att avvika från principen om fri rörlighet för varor under förutsättning att de åtgärder som vidtas är förenliga med proportionalitetsprincipen. EG-domstolen uttalade i avgörandet att ett sjukhus i brådskande fall kan vidta alla nödvändiga tillfälliga åtgärder som krävs för att det ska kunna anskaffa de medicintekniska produkter som är nödvändiga för driften av sjukhuset men att det åligger sjukhuset att visa att det föreligger sådana brådskande omständigheter som kan motivera ett undantag från principen om fri rörlighet och även att visa att de vidtagna åtgärderna är proportionerliga. I ett annat avgörande, C-107/92, uttalade EG-domstolen att undantag från huvudreglerna, särskilt de regler som gäller annonsering, kan vara tillåtet då exceptionella omständigheter föreligger. EG-domstolen bedömde i det fallet att den upphandlande myndigheten hade kunnat utföra sin upphandling med en föregående annonsering eftersom den under lång tid hade känt till de omständigheter som gjorde upphandlingen nödvändig.

STO har i huvudsak anfört att det i det aktuella fallet förelåg synnerlig brådska och att man, trots att ett utrymme för domstolsprövning hade planerats in, råkade i akut tidsnöd vilket innebar att det blev omöjligt att genomföra ett nytt öppet eller selektivt förfarande samt att denna tidsnöd

inte var hänförlig till kommunens egna förhållanden. Vidare har kommunen anfört att bedömningen gjordes att det fanns laglig grund för att sluta avtal på så sätt som gjorts då kommunen enligt skollagen är skyldig att sörja för att eleverna i grundskolan erhåller skolskjuts, vilket är en viktig allmännyttig funktion.

Sveriges kommuner har en omfattande skyldighet enligt olika lagar att tillhandahålla nyttigheter inom skola, vård och omsorg. Frågor om upphandling är därmed ett vanligen förekommande och stående inslag i den kommunala verksamheten. Av det sagda följer att en kommun - exempelvis för skolskjuts enligt skollagen - måste planera för upphandlingen så att det finns tid att genomföra den. Systemet förutsätter således en viss framförhållning och det finns inget som hindrar att ett upphandlingsförfarande påbörjas innan ett gällande avtal har löpt ut. Förfarandet som anges i den i målet aktuella undantagsbestämmelsen får enligt EG-domstolen endast användas undantagsvis och ska tillämpas restriktivt (se t.ex. C-126/03). Länsrätten konstaterar att tillgång till skolskjuts i normalfallet är möjlig att planera och därför inte i ett nationellt perspektiv kan anses ha en sådan grad av angelägenhet att tvingande hänsyn till allmänintresset motiverar att undantagsbestämmelsen tillämpas på så sätt som kan ske för t.ex. skyddet av folkhälsan (jfr. C-6/05). De omständigheter som gör det nödvändigt att genomföra en upphandling enligt undantagsbestämmelsen får inte heller ha varit förutsebara för den upphandlande myndigheten och de får inte i något fall ha varit hänförliga till den upphandlande myndigheten själv (se t.ex. C-385/02). Några exceptionella omständigheter så som vid naturkatastrofer eller hastigt uppblossande epidemier eller andra oförutsedda händelser har inte redovisats från kommunens sida. Så som kommunens talan får förstås har tidsnöd uppstått p.g.a. att den ursprungliga upphandlingen blev föremål för domstolsprövning. Kommunen har anfört att tid avsatts för domstolsprövning men att det trots detta uppstått tidsnöd. Av handlingarna framgår att tiden för den ursprungliga upphandlingen löpte ut den 30 juni 2009 och

att tilldelningsbeslutet är daterat den 28 april 2009. Planeringen innefattar därmed en tidsrymd av ca två månader för domstolsprövning i flera instanser av en omfattande upphandling vilket måste betraktas som en synnerligen kort tid med hänsyn till betydelsen av upphandlingen och skyldigheten att tillhandahålla skolskjuts. Att avtal i vart fall skulle behöva vara slutet vid skolstarten den 20 augusti 2009 för att det då skulle finnas tillgång till skolskjuts har varit uppenbart. Länsrätten konstaterar att kommunen inte har visat att det funnits synnerlig brådska som orsakats av omständigheter som inte har kunnat förutses. Den brådska som har uppstått får istället tillskrivas kommunens bristande planering. Då kommunen inte visat att sådana särskilda omständigheter förelegat som gör undantaget i 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU tillämpligt är den upphandling utan föregående annonsering som skett inte förenlig med LOU.

Kommunen har bl.a. anfört att ansökan ska avvisas eftersom kommunen den 29 juni 2009, efter ett förhandlat förfarande enligt 4 kap 5 § första stycket tredje punkten LOU, har tecknat avtal med Orustrafiken. Vad gäller möjligheten till överprövning har länsrätten ovan konstaterat att upphandlingsförfarandet strider mot LOU. Den omständigheten att avtal redan föreligger utgör därför inte hinder för prövning av bolagets ansökan (jfr. RÅ 2005 ref. 10, C-26/03 och prop. 2001/02 s.102).

Sammanfattningsvis anser länsrätten att kommunen har brutit mot LOU genom att använda sig av ett felaktigt upphandlingsförfarande samt att förfarandet kan ha medfört skada för sökandebolaget. Vad kommunen anfört angående bolagets möjlighet att föra skadeståndstalan föranleder ingen annan bedömning. Upphandlingen ska därmed göras om.

Mot bakgrund av uppenbarheten i den gjorda bedömningen att de gemenskapsrättsliga frågor som aktualiseras i målet kan avgöras med ledning av

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 17
5657-09 E

EG-domstolens praxis saknas skäl att inhämta ett förhandsavgörande från
EG-domstolen.

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


Bengt Hasselberg

/CB