

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2014-08-25
Meddelad i
LinköpingMål nr
8695-13
Enhet 2**SÖKANDE**Samres AB, 556433-7417
Kyrkogatan 19
222 22 LundOmbud: advokaterna Jonas Edward och Ulf Hökeberg
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm**MOTPART**Landstinget i Östergötland
581 91 Linköping**SAKEN**

Överprövning av upphandling och avtals giltighet.

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDEFörvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av upphandling och
avvisar ansökan om prövning av avtals giltighet.

Dok.Id 168112

Postadress
Box 406
581 04 Linköping**Besöksadress**
Brigadgatan 3**Telefon**
013-25 11 00
E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se**Telefax**
013-25 11 40**Expeditionstid**
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

ÖstgötaTrafiken AB (Östgötatrafiken) genomförde under 2013 upphandling av regionbeställningscentral, referensnummer 2012/0443, enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Förvaltningsrätten förordnade genom dom den 14 maj 2013 att upphandlingen skulle göras om. Efter att Östgötatrafiken överklagat förvaltningsrättens dom, beslutade Östgötatrafiken den 30 augusti 2013 att upphandlingen skulle avbrytas. Av beslutet framgick bl.a. att Östgötatrafiken avsåg att driva regionbeställningscentralen i egen regi. Samres AB (Samres) ansökte om överprövning av avbrytandebeslutet. Förvaltningsrätten avtog i dom den 11 december 2013 Samres ansökan.

Samres ansökte därefter om överprövning av upphandlingar som Linköpings, Norrköpings samt Mjölby kommuner (kommunerna) angavs ha inlett avseende anskaffande av tjänster från Östgötatrafikens regionbeställningscentral. I dom den 26 mars 2014 mål nr 7670-13 avtog förvaltningsrätten Samres ansökan.

Samres ansöker nu om överprövning av upphandling som Landstinget i Östergötland (landstinget) anges ha inlett avseende anskaffande av tjänster från Östgötatrafikens regionbeställningscentral och yrkar att upphandlingen ska göras om genom ett annonserat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. För det fall landstinget och Östgötatrafiken ingått avtal innebärande att Östgötatrafiken mot ersättning ska tillhandahålla beställningscentraltjänster till landstinget yrkar Samres ogiltigförklaring av avtalet enligt 16 kap. 13 § LOU.

Landstinget yrkar i första hand att Samres ansökan om överprövning ska avvisas och i andra hand att den ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

I målet har förekommit omfattande skriftväxling mellan parterna. Parterna har till stöd för sin respektive talan åberopat bestämmelser i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik (Kollektivtrafiklagen), lagen (2007:1091) om offentlig upphandling LOU, förarbeten, nationell och EU-rättslig praxis samt överenskommelser och avtal. Sammanfattningsvis har parterna anfört följande till stöd för sin talan.

Samres

Den 30 augusti 2013 skickade Östgötatrafiken en kallelse till bl.a. landstinget och kommunerna i Östergötlands län avseende ett informationsmöte den 23 september 2013. Av kallelsen framgick att Östgötatrafiken planerade att i egen regi bedriva en regionbeställningscentral som skulle tillhandahålla tjänster i samband med beställning av sjukresor, färdtjänst m.m. De planerade åtgärderna torde kräva anskaffning av både utrustning och personal. En representant för landstinget var närvarande vid Östgötatrafikens informationsmöte. Genom att företa externa kontakter, bl.a. i form av deltagande vid mötet och genom att, tillsammans med de berörda kommunerna, föra avtalsförhandlingar med Östgötatrafiken om villkoren för den planerade regionbeställningscentralen har landstinget påbörjat ett upphandlingsförfarande utan att annonsera eller genomföra något annat upphandlingsförfarande enligt LOU. Landstingets agerande strider mot 1 kap. 9 § LOU, särskilt principerna om likabehandling och transparens.

Från och med den 1 mars 2014 tillhandahåller Östgötatrafiken också genom en beställningscentral samordningstjänster till landstinget såvitt avser bl.a. Mjölby kommun och avser att senare tillhandahålla motsvarande tjänster även för Norrköpings och Linköpings kommuner. De avtal som har ingåtts har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande och ska ogiltigförklaras.

Landstinget är regional kollektivtrafikmyndighet i Östergötlands län. Några av länets kommuner har ingått avtal med landstinget om samordning av särskild kollektivtrafik och har överlämnat uppgiften att upphandla persontransport- och samordningstjänster avseende särskild kollektivtrafik till landstinget. Överlämnandet kan ha skett med stöd av 2 kap 12 § Kollektivtrafiklagen. I samordningsavtalen har inte överenskommit att landstinget eller Östgötatrafilken ska utföra drift av beställningscentral i egen regi. En sådan överenskommelse skulle även sakna stöd i lag då Kollektivtrafiklagen endast föreskriver möjlighet för en kommun att ingå överenskommelser med den regionala kollektivtrafikmyndigheten om att *upphandla* persontransport och samordningstjänster. I avsaknad av författningsstöd är det inte möjligt för länets kommuner att till landstinget överlämna uppgiften att utöva driften av en beställningscentral i egen regi.

Mellan landstinget och det av landstinget helägda bolaget Östgötatrafilken finns ett uppdragsavtal. Enligt 5.2 i uppdragsavtalet har landstinget överlämnat uppgiften att upphandla persontransport- och samordningstjänster avseende särskild kollektivtrafik till Östgötatrafilken. Landstingets överlämnande kan ha skett med stöd av 3 kap. 2 § Kollektivtrafiklagen. Det är dock endast möjligt för landstinget i egenskap av regional kollektivtrafikmyndighet, att med stöd av den bestämmelsen överlämna befogenhet att upphandla de aktuella tjänsterna till aktiebolag, inte att bedriva beställningscentralverksamhet i egen regi.

Eftersom såväl de berörda kommunerna som landstinget utgör upphandlande myndigheter i enlighet med legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU omfattas dessa köp av lagens reglering. För att köpen inte ska omfattas av LOU krävs uttryckligt lagstöd. Kollektivtrafiklagen föreskriver inte undantag från LOU och ger inte någon rätt för landstinget att köpa tjänster direkt från Östgötatrafilken. Landstinget kan inte överlämna något till Östgötatra-

fiken som går utöver vad kommunerna kan överlämna eller har överlämnat till landstinget. Ställning bör tas till vad föreskriften i 2 kap. 12 § Kollektivtrafiklagen innebär och vad en kommun får överlämna enligt denna lag jämfört med vad respektive kommun nu enligt avtal rent faktiskt har överlämnat till landstinget. Eftersom landstinget endast kan överlämna befogenhet att upphandla tjänster avseende den särskilda kollektivtrafiken inklusive beställningscentral, medför det att avtalet mellan landstinget och Östgötatrafiken ska föregås av ett annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU.

Förvaltningsrätten har i dom den 26 mars 2014, mål nr 7670-13, funnit att kommunerna inte påbörjat något upphandlingsförfarande av de aktuella tjänsterna. Det går således inte att komma till annan slutsats än att det är landstinget som ingått avtal med Östgötatrafiken om tillhandahållande av tjänsterna. En sådan slutsats överensstämmer med vad kommunerna har uppgett i mål 7670-13 om att ansvaret för den särskilda kollektivtrafiken har överlåtits till landstinget, vilket i sin tur lämnat uppdrag till Östgötatrafiken. I målet gjorde såväl Linköpings som Norrköpings kommun gällande att kommunerna skulle utge ersättning till landstinget för de av Östgötatrafiken tillhandahållna tjänsterna. Kommunerna uppgav således indirekt att landstinget kommer att betala ersättning till Östgötatrafiken för tjänsterna. Undantag från upphandlingsskyldighet vid mellankommunal samverkan har inte införlivats i svensk nationell rätt. Av direktiv 2014/24/EU framgår att enbart det faktum att båda avtalsparterna är myndigheter inte i sig utesluter tillämpning av upphandlingsreglerna. Målet ska dock prövas utifrån den idag gällande lagstiftningen och inte utifrån det ännu ej i svensk rätt införlivade direktivet.

Enligt landstinget har det rätt att med stöd av 2 kap. 10 a § LOU anskaffa tjänster från Östgötatrafiken. Bestämmelsen utgör ett undantag till den upphandlingsskyldighet som följer av LOU och ska tolkas restriktivt.

Verksamhetskriteriet i 2 kap. 10 a § LOU är inte uppfyllt. Lagrummet är vidare inte tillämpligt avseende sådan särskild kollektivtrafik som kommunerna ansvarar för.

Beslut om att överlämna befogenhet till ett aktiebolag enligt Kollektivtrafiklagen ska fattas av den regionala kollektivtrafikmyndighetens beslutande församling. Landstingets beslutande församling är landstingsfullmäktige. Beslutet att godkänna uppdragsavtalet mellan landstinget och Östgötatrafiken har dock fattats av landstingsstyrelsen. Befogenheten för Östgötatrafiken har därför inte tillkommit i laga ordning. Östgötatrafikens tillhandahållande av tjänster för drift av en beställningscentral grundar sig därmed inte på några förfoganden enligt Kollektivtrafiklagen. Oaktat allt övrigt utgör därför förfarandet köp av tjänster på vilket LOU är tillämplig.

Samres bedriver verksamhet med drift av beställningscentraler och kan tillhandahålla den ifrågavarande tjänsten. Genom landstingets agerande har Samres uteslutits från möjligheten att jämte andra leverantörer lämna anbud inom ramen för ett annonserat offentligt upphandlingsförfarande. Om landstinget ingått avtal med Östgötatrafiken, har Samres uteslutits från möjligheten att lämna anbud och riskerar därmed att lida skada.

Landstinget

Landstinget är regional kollektivtrafikmyndighet och organiseras under en särskild trafiknämnd. Landstinget har genom avtal och med stöd av 3 kap. 2 § Kollektivtrafiklagen överlämnat sina befogenheter avseende allmän trafikplikt samt befogenhet att upphandla och samordna tjänster enligt 2 kap. 12 § Kollektivtrafiklagen till Östgötatrafiken, som är ett av landstinget helägt bolag. Enligt den senare bestämmelsen får regional kollektivtrafikmyndighet samordna den särskilda kollektivtrafiken genom att tillhandahålla beställningscentral. Samordning kan avse persontransporter som exempelvis sjukresor och skolskjutsar. Samordning genom en beställnings-

central hos regional kollektivtrafikmyndighet regleras således i kollektivtrafiklagen. I 1 kap. 3 § Kollektivtrafiklagen anges att LOU i vissa fall ska tillämpas på tjänster inom området. Bestämmelsen ger uttryck för att LOU är subsidiär i förhållande till Kollektivtrafiklagen. LOU ska därmed inte tillämpas såvida inte den regionala kollektivtrafikmyndigheten upphandlar tjänsten externt. Överlämnande av anordnande av regionbeställningscentral till Östgötatrafiken utgör inte en upphandling av en extern tjänst från ett externt företag. Östgötatrafiken räknas som ett internt företag som i egen regi får tillhandahålla de åtaganden som ålagts dem av den regionala kollektivtrafikmyndigheten, d.v.s. landstinget. Organiseringen av en beställningscentral utgör inte ett upphandlingskontrakt och det är inte fråga om anskaffning mot betalning på en marknad. Den mellankommunala samverkan som kollektivtrafiken rör är fullt tillåtlig, vilket framgår av nyligen antaget direktiv för offentligt upphandling, 2014/24/EU, som kodifierar vad som redan följer av EU-domstolens praxis. Hur kostnadstäckningen för Östgötatrafikens regionbeställningscentral fördelas mellan landstinget och kommunerna påverkar inte bedömningen av vad för ansvar som lämnats över. Giltigheten av diverse kommunala beslut och avtal som Samres angriper är inte föremål för prövning i målet.

Den omständigheten att det nämns i avtalet mellan landstinget och Östgötatrafiken att uppdraget består i att upphandla förtar inte rätten till att bedriva regionbeställningscentral i egen regi. Det är även oklart enligt avtalet vad som ska förstås med upphandling. I exempelvis p. 17.1 i avtalet anges att uppdraget är att tillhandahålla en beställningscentral. Avtalet ger inte otvetydigt stöd för att avsikten varit att utesluta möjligheten för Östgötatrafiken att själv tillhandahålla regionbeställningscentral. Det uppdrag som Östgötatrafiken har från landstinget är att tillhandahålla en regionbeställningscentral.

Först när den upphandlande myndigheten konkret inleder förhandlingar med en extern part kring ett konkretiserat anskaffningsbehov mot betalning kan en upphandling anses påbörjad. Landstinget har inte inlett några sådana konkretiserade förhandlingar med extern part om tillhandahållandet av regionbeställningscentral mot ersättning. Det möte som Samres hänvisar till har varit ett informationsmöte som anordnats av Östgötatrafiken och kan inte ses som en förhandling om villkor för köp av tjänster.

Om rätten anser att landstingets tillhandahållande av regionbeställningscentral är upphandlingspliktigt trots bestämmelserna i Kollektivtrafiklagen, så har landstinget under alla omständigheter rätt att anskaffa varor och tjänster från Östgötatrafiken med stöd av 2 kap 10 a § LOU. Landstinget äger och kontrollerar Östgötatrafiken, som bedriver verksamhet på uppdrag av landstinget.

Något upphandlingskontrakt att överpröva finns inte och följaktligen inte heller att ogiltighetsförklara. För att ett avtal ska kunna överprövas enligt LOU krävs att leverantören lidit skada och att någon av de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU träts förnär. Landstinget har inte tilldelat något kontrakt till någon fristående från landstinget och därmed kan inte Samres ha lidit eller riskera att lida någon skada. Någon olikbehandling har inte skett. För ogiltighetsförklaring krävs att annonsering av ett upphandlingspliktigt kontrakt underlåtits i strid med LOU. Någon skyldighet för landstinget att annonsera och därmed upphandla inrättandet av beställningscentral i egen regi föreligger inte. Grund för ogiltighetsförklaring föreligger därmed inte.

Om rätten ändå skulle anse att landstinget har träffat ett upphandlingspliktigt kontrakt enligt LOU, som inte är giltigt, bör avtalet i sådant fall ändå få bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset av fungerande kollektivtrafik.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Något om ramarna för prövningen

Samres gör gällande att landstinget har för avsikt att otillåtligt tilldela upphandlingspliktigt kontrakt alternativt otillåtet tilldelat sådant kontrakt till Östgötatrafiken gällande regionbeställningscentral.

Parterna i målet menar att LOU är tillämplig lagstiftning. Det finns enligt förvaltningsrätten mening skäl att ifrågasätta om det inte istället är bestämmelserna i LUF som ska tillämpas. De regler som har avgörande betydelse i målet är dock de samma i LOU och LUF. Det finns därför inte anledning att uppehålla sig vidare i denna fråga.

Så som Samres utformat sin talan är prövningen i målet begränsad till det som förevarit mellan landstinget och Östgötatrafiken resp. mellan landstinget och tre kommuner. Det som Samres uppgett om vad som förekommit mellan Östgötatrafiken och kommunerna saknar m.a.o. direkt betydelse i målet men får ses information som Samres menar stödjer i första hand påståendet om att upphandling pågår.

Såvitt gäller relationerna mellan landstinget och Östgötatrafiken har Samres endast gett in ett avtal, nämligen det uppdragsavtal som slöts mellan dessa i december 2012. Samres har vidare lämnat in samordningsavtal mellan två kommuner och landstinget daterade i juni och september 2012.

Överprövning av upphandling

Överprövning av en upphandling får enligt 16 kap. 6 § LOU/LUF inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör. Fråga i målet är om det vid sidan om åberopade uppdrags- och samordningsavtal, samt påstått genomförda direktupphandlingar, finns förhållanden som innebär att landstinget vidtagit åtgärder som är att be-

trakta som upphandling, dvs. åtgärder som syftar till att landstinget framöver ska tilldela en leverantör kontrakt eller ingå ramavtal.

Samres har i denna del redogjort för åtgärder som landstinget, Östgötatrafiken och tre kommuner företagit sig. Enligt förvaltningsrättens mening kan den omständigheten att landstinget deltagit med en representant på ett informationsmöte i september 2013 inte innebära att landstinget genomför en upphandling. Det finns också anledning att framhålla att rätten i tidigare mål med Samres som part (mål 7670-13) redan bedömt att Östgötatrafiken i dessa kommunkontakter inte kan anses ha inlett avtalsförhandlingar gällande en regionbeställningscentral. Det finns inte nu skäl för annan bedömning. Samres hävdar även att kommunerna har för avsikt att utge ersättning till landstinget för den särskilda kollektivtrafiken och att detta är fråga om köp av tjänst. Förvaltningsrätten noterar att landstinget i sådant fall inte kan ses som upphandlade myndighet och att förfarandet därmed inte kan betrakta som en upphandling som landstinget ansvarar för.

Samres gör vidare gällande att landstinget löpande utger ersättning till Östgötatrafiken för vissa tjänster, bl.a. den särskilda kollektivtrafiken. Det som parterna åberopat i denna del visar inte att det för sådan verksamhet skulle finnas något annat avtalsrättsligt förhållande än det uppdragsavtal som slutits mellan landstinget och Östgötatrafiken. Samres menar att avtalet till form är felaktigt och i sak inte kan innefatta annat än uppdrag att upphandla regionbeställningscentral. Enligt förvaltningsrättens mening finns det dock inom ramen för bestämmelserna i LOU/LUF inte möjlighet att fränkänna ett avtal rättslig verkan annat än med stöd av bestämmelserna om avtals ogiltighet. Som framgår nedan kan giltigheten av uppdragsavtalet inte prövas i detta mål och avtalet ska därför godtas. Förvaltningsrätten bedömer vidare att det inte finns grund för annan slutsats än att ersättningar från landstinget till Östgötatrafiken utgår med anledning av uppdragsavtalet. Det finns därför inte stöd för att hävda att landstingets betalningar inne-

fattar ett led i en pågående upphandling som kan bli föremål för överprövning. Inte heller det Samres åberopat i övrigt rörande landstinget kan uppfattas som led i ett upphandlingsförfarande på det sätt som det måste förstås enligt 2 kap. 23 § LUF eller 2 kap 13 § LOU. Samres ansökan om överprövning av upphandling ska därför avslås.

Överprövning av avtals giltighet

Samres har gett in dels ett uppdragsavtal mellan landstinget och Östgötra-
trafiken som slöts mellan dessa i december 2012, dels s.k. samordningsav-
tal mellan landstinget och två kommuner som, såvitt får förstås, slöts i juni
resp. september 2012. En ansökan om överprövning av avtals giltighet ska
enligt 16 kap. 17 § LUF, bortsett från i detta fall icke relevanta undantag,
ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet
slöts. Samres ansökan kom in den 18 december 2013. Den har således
kommit in efter denna tid såvitt gäller de nu berörda avtalen och ska därför
avvisas ifråga om dessa.

Samres menar vidare att landstinget kan ha ingått ytterligare avtal som in-
nebär tillhandahållande av beställningscentral. Sökanden har inte gett in
några sådana avtal och har inte ens angett något datum för när de kan tän-
kas ha slutits. Landstinget får anses tillbakavisa påståendet om ytterligare
avtal. Enligt förvaltningsrättens mening kan det Samres framfört i denna
del inte anses innebära att det finns avtal mellan landstinget och Östgöta-
trafiken, eller landstinget och kommuner, som kan bli föremål för över-
prövning. Ansökan om avtals ogiltighet ska därför avvisas även i denna
del.

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

Mats Edsgården
Föredragande har varit Cristina Pérez



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av 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. 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
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 för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.