



**LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN**
Avdelning 1
Christian Härdgård

DOM
2009-08-26
Meddelad i
Malmö

Mål nr
5581-09 E

Sida 1 (12)

SÖKANDE

Swebus AB, 556057-0128
Armégatan 38
171 71 Solna

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

MOTPART

Region Skåne
Skånetrafiken
281 83 Hässleholm

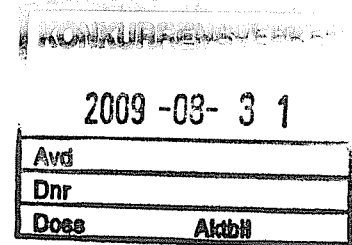
Ombud:
Advokat Herman Sahlin
Advokatfirman Lindmark Welinder AB
Kungsgatan 2 C
223 50 Lund

SAKEN

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

DOMSLUT

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



Dok.Id 235625

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

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

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

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

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

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

Skånetrafiken motsätter sig Swebus yrkande.

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

DOMSKÄL

Relevanta rättsliga bestämmelser m.m.

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

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

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

Enligt 4 kap. 2 § punkt 4 LUF får en upphandlande enhet tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

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

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

Swebus:

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

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

Skånetrafiken:

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

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

Länsrättens bedömning:

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

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

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

Swebus:

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

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

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

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

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

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

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

Skånetrafiken:

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

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

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

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

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

Länsrättens bedömning:

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

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

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

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

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

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

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

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


Sammanfattning

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

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

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

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


Peder Liljeqvist



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättslämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

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

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

