



**SÖKANDE**  
MK Buss AB 556235-0917  
Box 300  
532 24 Skara

Ombud: Sylvia Lindén och Philip Thorell  
Baker & McKenzie KB  
Box 180  
101 23 Stockholm

**MOTPART**  
Skara kommun  
532 88 Skara

**SAKEN**  
Överprövning av ett avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016-11-11	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

## FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att avtalet mellan Skara kommun och Nybergs buss AB (se nedan under BAKGRUND) får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.

## BAKGRUND

Skara kommun (kommunen) har genom direktupphandling ingått avtal med Nybergs Buss AB (Nybergs) om skolskjuts mellan Stora Ekeberg asylboende (Stora Ekeberg) och Valleskolan/Varnhemsskolan (skolorna) tur och retur skoldagar under perioden fr.o.m. den 22 augusti 2016 t.o.m. den 22 december 2016. MK Buss AB (bolaget) har ansökt om överprövning av avtalets giltighet.

## YRKANDEN

Bolaget yrkar att avtalet ska ogiltigförklaras.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

## VAD PARTERNA ANFÖR

### **Bolaget**

#### *Inställning*

Avtalets värde överstiger beloppsgränsen för direktupphandling. Förutsättningarna för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering har inte varit uppfyllda. Det har inte heller funnits synnerliga skäl för direktupphandling

#### *Utveckling av ansökan*

Vid beräkning av om beloppsgränsen för direktupphandling överskrids bör all skolskjuts under år 2016 beaktas. Under sådana förhållanden kan avtalets värde inte läggas till grund för direktupphandling. Därmed ska avtalet i första hand prövas mot föreskrifterna i 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU, d.v.s. att det förelegat synnerlig brådska som gjort det absolut nödvändigt att upphandla tjänsten skolskjuts utan föregående annonsering, att denna brådska orsakats av omständigheter som inte kunnat förutses av kommunen och att detta gjort det omöjligt att hålla tidsfristerna vid annonserad upphandling. Först i andra hand, och för det fallet upphandlingen inte omfattas av det direktivstyrda området p.g.a. tröskelvärdet, har förvaltningsrätten att pröva, för det fall förutsättningarna enligt i 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU inte är uppfyllda, om det föreligger synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU.

En god utgångspunkt för bedömningen är om det varit absolut nödvändigt att upphandla utan föregående annonsering är om upphandlingen omfattas av sådant tvingande hänsyn till allmänintresse som avses i beaktandesats sex i LOU-direktivet 2004/18/EG. Skolskjuts faller inte in under sådant allmänintresse. Vidare kan den uppkomna brådskan under alla omständigheter tillskrivas kommunens bristande planering. Kommunen har känt till behovet av skolskjuts för den aktuella sträckan under höstterminen innevarande år och borde därför ha gjort en upphandling med föregående annonsering. Att kommunen inte haft kännedom om den exakta omfattningen av upphandlingsföremålet är en vanlig situation som får lösas av upphandlaren på praktiskt bästa sätt, t.ex. genom att ta höjd för behovet eller genom upphandling av ett ramavtal.

Vad gäller frågan av om det funnits synnerliga skäl för direktupphandling bör beaktas att det i förevarande fall inte handlat om en särskilt kraftig variation under kortare tid. Kommunen har istället under en längre tid haft anledning att anordna skolskjuts av nu aktuell art. Såsom kommunen själv har angivit har förhållandena förelegat i vart fall sedan hösten 2014. Variationerna i antalet elever har inte heller varit betydande utan varierat mellan ca 10 och ca 40 elever. Det är orimligt att det år efter år inträffar oförutsedda händelser som kommunen inte kan planera för.

Det föreligger inte sådana exceptionella omständigheter som medför att det finns förutsättningar att låta avtalet bestå enligt 16 kap. 14 § LOU. Att tillhandahållandet av skolskjuts generellt sett skulle vara en sådan exceptionell omständighet som lagstiftaren ansett krävs för att låta ett avtal bestå med stöd av 16 kap. 14 § LOU faller på sin egen orimlighet. Vidare bör beaktas att det är tredje gången upphandlar tjänster motsvarande dem avtalet avser. Motsvarande förfarande har tillämpats under höstterminen 2015, vårterminen 2016 och det som är föremål för prövning i förevarande fall, d.v.s. höstterminen 2016. Slutligen borde de skolskjutsar som avtalet avser ha kunna

inkluderas i beställningar av skolskjuts enligt ramavtalet. Kommunen har nämligen inför terminstart kunnat omplanera omfattningen av något av de avtal som ingåtts till att även innefatta de skolskjutsturer som omfattas av upphandlingen. Det har därför aldrig varit nödvändigt att göra någon direktupphandling.

### **Kommunen**

#### *Inställning*

Beloppsgränsen för direktupphandling har inte överskridits. Kommunen har även haft synnerliga skäl för direktupphandling. I vart fall föreligger sådana särskilt starka och tvingande allmänintressen att det finns skäl att låta avtalet bestå även om det inte funnits skäl för direktupphandling.

#### *Utveckling av kommunens inställning*

Kommunen har vid arbetet med att ta fram förfrågningsunderlag till de nu gällande ramavtalen gällande skolskjutsar i Skara och Götene utgått från båda kommunernas behov av skolskjutsar. Upphandlingen som då genomfördes handlades enligt reglerna för ett öppet förfarande med uppdelning av turer som sedan tilldelades i olika paket. Kommunen lade inte något åt sidan och var inte på något vis ute efter att kringgå lagstiftningen, utan upphandlade det samlade behovet utifrån de förutsättningar som förelåg då. Det förhållandet att förhållandena i Sverige idag ser annorlunda ut är dock inget som kommunen kunnat påverka och inte heller något som kommunen kunnat förutse under tiden då upphandlingen genomfördes.

Det kan konstateras att de barn som kommer till Sverige inte omfattas av skolplikt som de svenska barnen som är bosatta i Sverige gör, se 7 kap. 2 § skollagen. Däremot har de enligt samma lagrum rätt att få plats i skolan och få samma utbildning som skolpliktiga barn. Senast en månad efter att de har kommit till Sverige ska detta infrias av kommunen de uppehåller sig i (4

kap. 1 a § skolförordningen). När barnen har fått en plats i skolan har de närvaroplikt. Detta innebär i sin tur att kommunen blir skyldig att anordna skolskjuts åt dem, mellan skolan och deras asylboende.

Vid bedömningen av om den genomförda direktupphandlingen faller under tillämplig beloppsgräns skulle det inte vara proportionerligt att lägga samman värdet av det i målet aktuella avtalet med värdet av övrig under året upphandlad skolskjuts. I den statistik som finns över antalet barn som ska ha skolskjuts från Stora Ekeberg varierar antalet så mycket att det inte är jämförbart med andra direktupphandlingar. Det är inte heller förenligt med principen om öppenhet att räkna samman kontraktsvärdet för hela år 2016, eftersom det inte är fråga om samma förutsättningar från en termin till en annan. Vad gäller svårigheten att uppskatta antalet elever som behöver skolskjuts kan konstateras att Stora Ekeberg drivs av en privat aktör, Jokarjo AB, vars verksamhet kommunen inte har någon som helst insyn i. Kommunen har inte heller rätt att kräva något sådant, eftersom det inte är offentlig verksamhet. Tillsynsmyndighet för Stora Ekeberg är Migrationsverket. Kommunen meddelas inte när boende flyttar, väljer att avsluta skolan eller liknande. Till följd av denna obefintliga insyn har kommunen inte möjlighet att förutse hur många av barnen på Stora Ekeberg som ska gå i skolan och därmed inte heller hur många kommunen ska arrangera skolskjuts för.

Vad gäller frågorna om det förelegat synnerliga skäl för direktupphandling respektive om det finns skäl att låta avtalet bestå med hänsyn till tvingande allmänintresse bör följande beaktas. Om det ingångna avtalet inte får fullgöras kan barnen på Stora Ekeberg inte få skjuts till skolan. Det är inte heller rimligt att indirekt tvinga de barn som vill och ska till skolan att gå den långa vägen mellan skolorna och Stora Ekeberg. Vägen däremellan utgörs av riksväg 49, där en del är motorväg och är kraftigt trafikerad. Följden av att avtalet ogiltigförklaras skulle således vara att barnen inte kan ta sig till skolan och uppfylla sin närvaroplikt där. Vidare skulle kommunen inte

kunna fullgöra sin skyldighet att arrangera skolskjuts för de barn på Stora Ekebergs asylboende som har rätt till det. Det bör även beaktas att avtalstiden är begränsad till fyra månader.

Påståendet att kommunen ska ha satt i system att direktupphandla skolskjutstrafik är felaktigt. Vidare har kommunen sedan en tid tillbaka fört en dialog med Västtrafik, som svarar för kollektivtrafik inom Västra Götaland, gällande dragning av en busslinje förbi bl.a. Stora Ekeberg. Denna dialog har nu resulterat i att de barn som ska åka till skolan från Stora Ekeberg fr.o.m. vårterminen 2017 kommer att tilldelas busskort, s.k. skolkort, och kommer då istället att få resa med kollektivtrafiken till och från skolan.

#### SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

##### *Gällande regler*

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 13 § LOU framgår följande. Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §, eller

2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 16 kap. 14 § LOU ska rätten, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

I 15 kap. 3 § LOU anges att en offentlig upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvals förfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande myndigheten ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling.

Av 15 kap. 3 a § LOU framgår följande. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

I den juridiska litteraturen har uttalats att inköp av kulspetspennor, radergummin och korrigeringsvätska (Tipp-ex) utgör upphandlingar av samma slag, eftersom de vanligtvis tillhandahålls av leverantörer som säljer kontorsmaterial (Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2:a upplagan, 2005 s. 383).

*Förvaltningsrättens bedömning*

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Den första frågan förvaltningsrätten har att pröva är om kommunen har haft grund för att tillämpa direktupphandling på grund av lågt värde. Vid beräkningen är det av avgörande betydelse om den skolskjutsavtalet avser är av samma slag som övrig av kommunen anskaffad skolskjuts. Om så är fallet ska nämligen värdet av anskaffningarna under räkenskapsåret läggas samman med följd att beloppsgränsen överskrids. I båda fallen rör det sig om busstransport till och från skola. Kommunen har dock påtalat att förutsättningarna för anskaffningarna skiljer sig åt, bl.a. vad gäller möjligheterna att i förväg uppskatta behovet. Enligt förvaltningsrättens mening kan sådana omständigheter inte tillmätas avgörande betydelse. Istället ska i första hand beaktas den upphandlade tjänsten i sig och formerna för dess tillhandahållande. Av särskild betydelse är därvid om det är fråga om tjänster som erbjuds av samma leverantörer. Utifrån dessa förutsättningar finner förvaltningsrätten att det är fråga om tjänster av samma slag. Kommunen har därför inte haft rätt att ingå avtalet genom direktupphandling med hänvisning till lågt värde.



Vad gäller förutsättningarna för direktupphandling p.g.a. synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU motsvarar dessa väsentligen förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ LOU. Vidare är föreskrifterna om beräkning av kontraktvärde enligt 15 kap. 3 a § LOU respektive 3 kap. LOU väsentligen likartade. Det är i förevarande mål sannolikt att bestämmelserna för det direktivstyrda området i LOU (3 kap. och 4 kap. LOU) är tillämpliga, men den följande bedömningen äger giltighet även om reglerna i 15 kap. LOU skulle ha varit tillämpliga. Därvid har bl.a. framkommit att kommunen tidigare har gjort en kommunövergripande upphandling av skolskjuts. Såvitt framkommit är Stora Ekeberg inte heller ett nyöppnat boende. Enligt förvaltningsrätten får behovet av skolskjuts till och från Stora Ekeberg anses vara sådant som kommunen haft möjlighet att planera för och därmed upphandla enligt ett ordinarie upphandlingsförfarande. Kommunen har därför inte haft rätt att ingå avtalet genom direktupphandling.

I enlighet med bedömningen ovan är förutsättningarna för ogiltighet enligt 16 kap. 13 § LOU uppfyllda. Innan ogiltigförklaring sker ska förvaltningsrätten dock pröva om avtalet trots detta ska bestå p.g.a. tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Kommunen har därvid anfört att följderna av att avtalet ogiltigförklaras skulle vara att barnen inte kan ta sig till skolan och uppfylla sin närvaroplikt där, samt att kommunen inte skulle kunna fullgöra sin skyldighet att arrangera skolskjuts för de barn på Stora Ekebergs asylboende som har rätt till det. Någon omständighet som direkt motsäger detta har inte framkommit och det anförda framstår även i övrigt som riktigt. Det förhållandet att barn drabbas och att väsentliga författningsreglerade skyldigheter inte kan fullgöras får anses utgöra ett tvingande allmänintresse. Därutöver finns skäl att beakta vad kommunen anfört om att avtalsperioden är begränsad till fyra månader och att behovet därefter kommer att tillgodoses på annat sätt. Det finns därför skäl att besluta att avtalet får bestå till följd av

tvingande allmänintresse, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.

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



Kjell Hammarborg

Rådmannen Kjell Hammarborg har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

**Skrivelsen med överklagande ska innehålla**

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller 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.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

