



SÖKANDE

Transdev Sverige AB, 556042-4391
Box 14091
167 14 Bromma

Ombud: Advokaten Anders Uhnér
KLA Karlerö Liljeblad Advokatbyrå HB
Box 7330
103 90 Stockholm

MOTPARTER

1. Region Jönköpings län
Box 372
551 15 Jönköping

2. Region Halland
Box 517
301 80 Halmstad

3. Region Skåne
291 89 Kristianstad

4. Region Kronoberg
351 88 Växjö

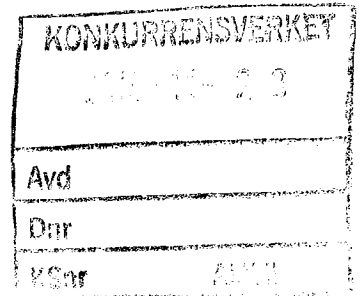
5. Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

6. Region Blekinge
Valhallavägen 1
371 41 Karlskrona

Ombud för 1–6: Advokaten Herman Sahlin
Advokatfirman Lindmark Welinder AB
Kungsgatan 2 C
223 50 Lund

SAKEN

Överprövning av ett avtals giltighet enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (ÄLUF)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Krösatågstrafiken har hittills bedrivits enligt två trafikavtal, ett för Krösa Original och ett för Krösa Syd. Båda dessa trafikavtal har tillkommit efter direktupphandling och Transdev Sverige AB (bolaget) är leverantör avseende båda avtalen. Båda avtalen har en avtalsperiod som går ut under år 2018 (om eventuell förlängning inte kommer till stånd).

Inför de ovan nämnda avtalens utgång (under år 2016) har de under 1–6 angivna motparterna (gemensamt benämnda trafikhuvudmännen) inlett en upphandling genom urvalsförfarande som benämndes ”Krösatågen 2018” (dnr: RJL 2016/3049). Genom tilldelningsbeslut den 8 december 2017 antogs Svenska Tågkompaniet AB (Tågkompaniet) och bolaget ansökte om överprövning. I dom den 25 maj 2018 i mål nr 6154-17 m.fl. beslöt förvaltningsrätten att upphandlingen skulle göras om. Trafikhuvudmännen överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Jönköping som den 20 juli 2018, i mål nr 1746–1752-18, beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Trafikhuvudmännen överklagade även Kammarrätten i Jönköpings beslut. Högsta förvaltningsdomstolen beslutade den 14 september 2018, i mål nr 4368–4374-18 att inte meddela prövningstillstånd.

Regionen Jönköpings län har i meddelande till bolaget den 11 juni 2018 uppgivit bl.a. följande:

Den uppkomna situationen äventyrar planerad trafikstart i december 2018. Huvudmännen tvingas därför att hantera den osäkerhet som rättsprocessen skapar. Om prövningstillstånd inte meddelas av kammarrätten eller om dom i kammarrätten

också innebär att upphandlingen ska göras om, behöver huvudmännen genom en direktupphandling säkra trafiken under en övergångsperiod då en ny upphandling genomförs. Mot bakgrund av detta har huvudmännen en fråga:

Är Transdev intresserad av att genomföra en direktupphandling avseende en flexibel tidsperiod på 1–4 år från trafikstart i december 2018?

I tilldelningsbeslut den 29 juni 2018 har regionen och de övriga trafikhuvudmännen tilldelat Tågkompaniet det direktupphandlade avtalet avseende övergångslösning för Krösatågstrafiken. Därefter har bolaget ansökt om överprövning.

I interimistiskt beslut den 9 juli 2018, i mål nr 3548-18, har förvaltningsrätten förordnat att Region Jönköpings län inte får ingå avtal med Tågkompaniet med anledning av upphandlingen, till dess något annat har bestämts. I beslut den 19 juli 2018 har förvaltningsrätten upphävt det nyss nämnda interimistiska beslutet den 9 juli 2018. Vidare har förvaltningsrätten i beslut den 20 juli 2018, i mål nr 3723-18 m.fl., avslagit bolagets yrkande om interimistiskt beslut i förhållande till de under 2–6 nämnda motparterna).

I skrift den 13 september 2018 har trafikhuvudmännen meddelat att trafikavtal har ingåtts. Tågkompaniet undertecknade avtalet 2018-09-12. Regionen Jönköpings län, Region Kronoberg och Landstinget Kalmar län undertecknade avtalet 2018-09-07. Avtalet cirkuleras för undertecknande av övriga trafikhuvudmän. Detta kommer att ske inom de närmaste veckorna. Även Västtrafik, som endast har en option på att avropa framtida Krösatågstrafik, ska därefter också underteckna avtalet i egenskap av optionsinnehavare.

I e-postmeddelande den 20 november 2018 har trafikhuvudmännen meddelat att alla trafikhuvudmän numera skrivit under det i stycket närmast ovan nämnda avtalet. Västtrafik ska enligt avtalet endast ha en option på framtida Krösatågstrafik. Det är därför inte helt säkert att Västtrafik kommer att un-

derteckna det direktupphandlade avtalet innan trafikstarten den 9 december 2018. Undertecknande kan eventuellt komma att ske vid en senare tidpunkt.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att det mellan trafikhuvudmännen och Tågkompaniet ingångna avtalet ska ogiltigförklaras.

Trafikhuvudmännen anser att ansökan ska avslås.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 24 § ÄLUF anges att upphandlande enheter 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 § ÄLUF 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 enhet och en leverantör.

Enligt 16 kap. 6 § andra stycket ÄLUF får överprövning av en upphandling inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.

Av 16 kap. 13 § ÄLUF framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3, 4 eller 5 §, 13 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §. 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. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Tillämplig lagstiftning

En upphandling får anses påbörjad när den upphandlande enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (prop. 2006/07: 128, del 1, s. 447). En otillåten direktupphandling får dock anses påbörjad först när avtalet har slutits, om inte myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt (prop. 2009/10:180, del 1, s. 310 och 374).

Innan den i förevarande mål aktuella direktupphandlingen har trafikhuvudmännen inlett ett en upphandling genom urvalsförfarande som benämndes ”Krösatågen 2018” (dnr: RJL 2016/3049). Upphandlingen blev föremål för en överprövningsprocess. Denna avslutades den 14 september 2018 genom Högsta förvaltningsdomstolens beslut i mål nr 4368–4374-18 att inte meddela prövningstillstånd. Den i målet aktuella direktupphandlingen har genomförts och avslutats genom ingående av avtal under den nyss nämnda överprövningsprocessen. Mot bakgrund härav får direktupphandlingen anses

ha påbörjats vid samma tidpunkt som det ovan nämnda urvalsförfarandet, d.v.s. "Krösatågen 2018" (dnr: RJL 2016/3049). Reglerna i ÄLUF är därför tillämpliga.

Prövningsramen

Då upphandlingen avslutats genom tecknande kontrakt kan förvaltningsrätten inte överpröva upphandlingen som sådan. Däremot kan förvaltningsrätten överpröva det ingångna avtalets giltighet. Den ogiltighetsgrund som förvaltningsrätten därvid har anledning att pröva närmare är huruvida avtal har ingåtts utan att föreskriven annonsering ägt rum, m.a.o. huruvida det gjorts en otillåten direktupphandling.

Tillåten eller otillåten direktupphandling

Vad gäller trafikhuvudmännens möjligheter att genomföra en direktupphandling framgår av relevanta lagmotiv bl.a. att den relevanta regeln främst är avsedd för oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda och att det förhållandet att en upphandlande enhet råkat i brådska p.g.a. egen bristande planering inte utgör skäl för direktupphandling. Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att förutsättningarna för en direktupphandling är uppfyllda (se prop. 2009/10:180 s. 386).

Förvaltningsrätten fann i sitt beslut den 19 juli 2018 om att upphäva tidigare meddelat interimistiskt beslut bl.a. att upphandlingsföremålet får anses vara av stort allmänt intresse och det är av stor vikt att den trafik upphandlingen avser kan fortgå utan avbrott. Mot bakgrund av vad Region Jönköpings län upplyst fick det även anses visat att en ny leverantör inte kan ta över trafiken utan en längre förberedelseperiod. Skäl att nu frångå dessa bedömningar har inte framkommit.

Att en upphandling blir föremål för överprövning är en sådan förutsebar omständighet som en upphandlande enhet förväntas ta hänsyn till vid sin planering. Detsamma kan dock inte utan vidare anses gälla för den omständigheten att en sådan överprövningsprocess resulterar i ett förordnande om att upphandlingen ska göras om. Omständigheterna i förevarande fall kan inte anses vara sådana att trafikhuvudmännen borde ha räknat med detta.

Även om trafikhuvudmännen skulle ha haft anledning att räkna med att en överprövningsprocess skulle resultera i ett förordnande om att upphandlingen ska göras om finns anledning att beakta att enligt 16 kap. 14 § ÄLUF 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 förevarande mål finns, som nämnts ovan, ett starkt allmänintresse av att den trafik upphandlingen avser kan fortgå utan avbrott. Vidare får det anses uteslutet att trafikhuvudmännen skulle kunna tillgodose detta allmänintresse om kontraktstecknande skulle skjutas upp till dess att trafikhuvudmännen hunnit göra om upphandlingen och det nya upphandlingsförfarandet skulle kunna avslutas genom tecknande av kontrakt. För det fall förutsättningarna för ogiltighet hade varit uppfyllda hade det således funnits anledning att besluta att avtalet får bestå med hänsyn till tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Sammanfattande bedömning

Bestämmelserna i ÄLUF är tillämpliga i målet. Direktupphandlingen som sådan kan inte överprövas eftersom avtal föreligger. Trafikhuvudmännen har förmått göra sannolikt att förutsättningarna för en direktupphandling är uppfyllda. Även om trafikhuvudmännen inte skulle ha lyckats uppfylla denna sin bevisbörda skulle det ändå ha funnits förutsättningar att besluta att det ingångna avtalet får bestå med hänsyn till tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Under alla förhållanden saknas det således förutsättningar att ogiltigförklara avtalet. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Johanna Ekbäck

Rådmannen Johanna Ekbäck har avgjort målen. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.