



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-06-16
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
1784-11 E
Enhet 1

SÖKANDE

Samres AB, 556433-7417

Ombud:

Advokat Tomas Eliasson
Jur. kand. AnnaMalin Petré
Advokatfirman Delphi i Malmö AB
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2011-06-17	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Västmanlands Lokaltrafik AB, 556191-4051

Ombud:

Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Samres AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förklarar avtalet mellan Västmanlands Lokaltrafik AB (VL) och Transam AB (Transam) ogiltigt.

VL bestrider bifall till bolagets yrkande. I första hand yrkar VL att bolagets ansökan avvisas och i andra hand att bolagets ansökan ogillas.

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

VL har, utan att upphandlingen annonserats, låtit Transam utföra bemanning och trafikupplysning. En sådan direktupphandling är i strid med bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Härutöver innebär direktupphandlingen att principerna i 1 kap. 9 § LOU om likabehandling, öppenhet och transparens inte har tillgodosetts.

VL köper trafikupplysning och bemanning av Transam enligt avtal undertecknat den 5 oktober 2007 av VL och undertecknat den 12 oktober 2007 av Transam att gälla från och med den 1 november 2007 (ursprungsavtalet). Av Transams årsredovisning för räkenskapsåret 2009 framgår även detta. Det årliga värdet av tjänsterna uppskattas till över en miljon kronor, enligt faktura från Transam ställd till VL för januari 2011. Priset omförhandlades vid årsskiftet 2010/2011, vilket framgår av ursprungsavtalet, p. 7 "Kommersiella villkor". En ny upphandling får anses vara genomförd eftersom det rörde sig om en omförhandling av pris till leverantörens fördel, som inte enbart utgjorde en indexjustering, se EU-domstolens mål C-454/06 *Pressetext*. Priset ska enligt ursprungsavtalet vara föremål för årliga förhandlingar. Bolaget har genom förevarande direktupphandling uteslutits från möjligheten att delta med anbud i upphandlingen vilket kan innebära skada för bolaget. Avtalet mellan VL och Transam har slutits direkt mellan VL och Transam utan att upphandlingen har annonserats. Omförhandling-

en av kontraktet utgör en ny upphandling och har utförts efter den 15 juli 201 varför LOU i dess nya lydelse ska tillämpas.

Den aktuella upphandlingen avser B-tjänster över tröskelvärdet, då värdet på tjänsterna uppgår till över en miljon kronor per år. Sådana tjänster ska enligt 1 kap. 2 § LOU och 15 kap. 1 § LOU upphandlas i enlighet med bestämmelserna i 15 och 16 kap. LOU. Härutöver ska upphandlingsrättens grundläggande principer alltid iakttas. Enligt 15 kap. 4 § LOU föreligger en annonseringsplikt för upphandling av B-tjänster. Något av undantagen från annonseringsplikten föreligger inte i förevarande fall. Någon annonsering har inte ägt rum varför upphandlingen är i strid med bestämmelserna i LOU och därmed olaglig. Det är upp till den upphandlande enheten att påvisa att det funnits förutsättningar enligt LOU att direkttilldela kontraktet. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att förevarande upphandling omfattas av LUF istället för LOU ska avtalet ogiltigförklaras med stöd av 16 kap. 15 § LUF, då det rör sig om en otillåten direktupphandling.

Ursprungsavtalet mellan Transam och VL har ingåtts på obestämd tid och kan, för de fall förvaltningsrätten inte skulle ingripa, fortsätta att löpa i all oändlighet. Bolaget har påvisat att prisjusteringar av avtalet har skett inför 2011, vilket också bekräftats av VL i dess yttrande. EU-domstolen slog i *Pressetext* fast att i syfte att säkerställa insyn i förfarandena och likabehandling av anbudsgivarna ska ändringar i ett kontrakt under dess löptid utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt om de ändrade bestämmelserna påvisar betydande skillnader i relation till det ursprungliga kontraktet. Uttrycket ”betydande skillnader” är till viss del missvisande, då varje prisjustering, även om den är liten, innebär att förutsättningarna väsentligen har förändrats så länge det inte är fråga om en avtalad indexjustering. I förevarande fall innebär därför prisjusteringen, som inte enbart utgjorde en indexjustering, att avtalet väsentligen har förändrats. VL genomförde dock inte en ny upphandling utan valde i stället

att genomföra en direktupphandling med Transam och någon annonsering har inte skett. Förändringarna i kollektivtrafikslagstiftningen föranleddes av Europaparlamentets förordning 1370/2007. Att kollektivtrafikens organisation skulle genomgå stora förändringar stod klart redan den 23 oktober 2007. VL kan inte hävda synnerlig brådska på grund av förändringarna.

Härutöver bör uppmärksammas att synnerlig brådska knappast förelåg när ursprungsavtalet ingicks 2007 genom en otillåten direktupphandling. VL har härefter, vid flera tillfällen, förändrat avtalet i väsentlig utsträckning och borde ha genomfört en ny upphandling.

Vad gäller VL:s alternativa grund till att avtalet inte ska ogiltigförklaras, på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset, anser bolaget att VL inte har kunnat påvisa att det föreligger exceptionella omständigheter som skulle kunna föranleda att avtalet ska bestå.

VL anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

VL är trafikhuvudman i Västmanland. Genom uppdragsavtal med Transam utnyttjas synergier som uppstår för vissa av tjänsterna som krävs för att uppfylla de ålagda uppgifterna med trafikhuvudmannen i Örebro län, Läns-
trafiken Örebro AB. Det är riktigt att VL och Transam i oktober 2007 träffade ett avtal som omfattar receptionstjänst, försäljning av reskort, inkommande upplysningssamtal gällande buss- och tågtider samt prisuppgifter och administrativa tjänster. I tjänsten ingår inte någon verksamhet för annan uppgift än kollektivtrafiken. Avtalet kommer med största sannolikhet endast vara i kraft fram till utgången av detta år på grund av ny lagstiftning, lagen (2010:1065) om kollektivtrafik, som på ett mycket ingripande sätt kommer att beröra VL:s hela verksamhet. En ny regional kollektivtrafikmyndighet för Västmanland ska inrättas vid kommande årsskifte. Samtliga tjänster som omfattas av avtalet rör verksamheten VL driver med till-

handahållande och drift av fast publikt transportnät, som omfattas av LUF. LOU är inte tillämplig.

Ursprungsavtalet har träffats 2007. Viss prisjustering har skett inför 2011, men det har inte väsentligen förändrat avtalet. Ansökan ska därför avvisas.

Aktuell avtalstid är fram till nästa årsskifte, då avtalet med största sannolikhet kommer att upphöra med anledning av att en regional kollektivtrafikmyndighet ska inrättas och såväl Örebro som Västmanland avser att omorganisera hela utförandet av kollektivtrafiken. Det pågår för närvarande utredning i Västmanland om hur organisationen ska se ut. Något beslut har inte fattats. VL hänvisar till utredning avseende de olika förslag som är aktuella, utkast av Vianord den 10 mars 2011. Ambitionen är alltså att beslut ska fattas före sommaren och att den nya myndigheten ska vara på plats vid årsskiftet. Med anledning av den nya myndigheten kan även skatteväxling mellan kommunerna och landstinget aktualiseras. Den frågan är mycket omfattande och komplex, vilket gör att det i dagsläget är svårt att ta beslut om detaljer i organisationen under tiden utredning pågår om de stora dragen.

Hur arbetet med de servicefunktioner som för närvarande köps av Transam ska skötas efter årsskiftet går i dagsläget inte att fastslå. Dessa tjänster utgör endast en liten del av hela det arbete som för närvarande pågår med planering inför tillskapandet av den nya myndigheten och dess organisationsmodell. Under det år som avtalet troligen kommer att vara i kraft, innan ny organisation ska antas, är det helt uteslutet att få till en upphandling av inköpet av tjänsterna. Inte heller om förvaltningsrätten skulle finna att bolagets begäran om ogiltigförklaring ska bifallas finns någon möjlighet att ett nytt avtal finns på plats före utgången av år 2011. Mot bakgrund av de genom lagstiftningen väsentliga förändringar som kommer att ske inom kort går det inte heller att förutspå hur ett förfrågningsunderlag skulle ut-

formas och i vilken skepnad avtal skulle träffas. Under de rådande förhållandena fram till dess att den nya lagen om kollektivtrafik träder i kraft är det inte meningsfullt att besluta att avtalet ogiltigförklaras. Skulle utgången i målet bli att avtalet ogiltigförklaras kommer VL verka för att de personer som arbetar med tjänsterna anställs i VL fram till dess att beslut kan fattas om organisationen. När beslut fattats om hur organisationen kommer att se ut, kommer den nya kollektivtrafikmyndigheten därefter att fatta beslut om vilka delar av tjänsterna som ska upphandlas och vilka som inte ska upphandlas. Möjligen kommer kommande beslut innebära att tjänsterna ska skötas inom förvaltningen.

Om förvaltningsrätten skulle finna att förändringarna i ursprungsavtalet är väsentliga så att upphandling borde gjorts, trots att avtalet med största sannolikhet endast kommer att vara i kraft fram till årsskiftet 2011/2012, är det fråga om en tillåten direktupphandling som gjordes inför 2011. Kontraktsvärdet av förlängningen ska endast beräknas för ett år. Tiden från det att riksdagen fattade beslutet sommaren 2010 råder ovisshet om hur kollektivtrafiken ska organiseras. Den tidsperiod det är fråga om är en helt motiverad tid för direktupphandling, eftersom det är den kortaste tidsperioden som är aktuell. Direktupphandlingen har varit motiverad av synnerliga skäl och begränsas till att avse endast tid som är nödvändig. Synnerlig brådska, 4 kap. 2 § 4 LUF, har förelegat, som inte föranletts av eller kunnat förutses av VL på grund av vad som ovan framgått att den nya lagstiftningen antogs i juli 2010 och ska träda i kraft ett och ett halvt år senare.

Det föreligger tvingande hänsyn till allmänintresse varför avtalet som till övervägande del avser färd- och sjukresor kan inte ogiltigförklaras.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 8 § LUF anges följande. En verksamhet omfattas av denna lag om den består av tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana.

Ett nät för transporttjänster ska anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

Första stycket gäller inte sådan busstransportverksamhet som anges i 22 §.

I 16 kap. 15 § LUF anges följande. 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 eller 6 §.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med ett interimistiskt beslut enligt 4 §, bestämmelserna om avtalsspärr i 6, 8 eller 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.

I 16 kap. 18 § LUF anges följande. En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 7 kap. 6 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 21 §, eller
2. den upphandlande enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

Utredningen i målet

I avtal mellan Transam och VL undertecknat i oktober 2007 anges bl.a. följande.

4. Omfattning

Tjänsten omfattar receptionstjänst, försäljning av reskort, inkommande upplysningssamtal gällande buss- och tågtider, priser och vissa övriga administrativa tjänster.

/.../

7. Kommersiella villkor

VL:s ersättning till Transam fastställs årligen senast den 30 okt. genom gemensamma förhandlingar, att gälla årsvis från den 1/1 till den 31/12 året därpå utifrån uppdragets omfattning.

/.../

9. Avtalstid

Detta avtal gäller från och med 2007-11-01.

10. Uppsägning av avtal

Parterna äger rätt att säga upp avtalet med 12 månaders uppsägningstid.

11. Ändringar och tillägg

Ändringar av, eller tillägg till, detta avtal ska vara skriftligt och undertecknas av båda parter för att vara gällande.

Förvaltningsrättens bedömning

Det avgörande för om LUF eller LOU är tillämplig är för vilken verksamhet det som upphandlas är avsett. Förvaltningsrätten är av uppfattningen att den verksamhet hos VL som använder sig av de i ursprungsavtalet berörda tjänsterna är en verksamhet som omfattas av bestämmelserna i LUF. Det påverkar emellertid inte bedömningen i sak i det aktuella målet huruvida LOU eller LUF är tillämplig.

Bolaget anför att ursprungsavtalet, genom omförhandling av pris vid årsskiftet 2010/2011, väsentligen har förändrats och att VL därmed genomfört en otillåten direktupphandling samt att bolaget således uteslutits från möjligheten att lämna anbud i upphandlingen, vilket medfört att bolaget kan komma att lida skada. Bolaget menar därför att den förändring av ursprungsavtalet som har skett vid årsskiftet 2010/2011 ska förklaras ogiltig. VL vidgår att en viss prisjustering skett inför år 2011, men anför att denna inte väsentligen har förändrat ursprungsavtalet.

Ändringar i ett befintligt kontrakt mellan en upphandlande enhet och en leverantör kan enligt EU-domstolens praxis under vissa förutsättningar medföra att en ny offentlig upphandling måste göras och att ett nytt kontrakt tilldelas. Upphandlingsplikt föreligger vid det fall de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmel-

serna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren (jfr. EU-domstolens mål C-454/06 *Pressetext*).

Av ursprungsavtalet framgår att VL:s ersättning till Transam fastställs årligen genom gemensamma förhandlingar. Enligt förvaltningsrättens mening föreligger en uppenbar risk att detta avtalsvillkor tillämpas på ett sätt som medför att ursprungsavtalets villkor väsentligen förändras. Förvaltningsrätten anser dock att det är bolaget som har bevisbördan för sitt påstående att den aktuella prisjusteringen faktiskt utgör en väsentlig förändring av ursprungsavtalet. Av RÅ 2009 ref. 61 följer att domstolens utredningsskyldighet i mål om offentlig upphandling måste tillämpas på ett försiktigt sätt. Det saknas uppgifter i målet som klargör hur prissättningen förändrats sedan ursprungsavtalet slöts.

Förvaltningsrätten anser därmed att bolaget inte har visat att den prisjustering som har skett vid årsskiftet 2010/2011 innebär betydande skillnader i förhållande till prissättningen vid ursprungsavtalets ingående. Det är därmed inte visat att VL har varit skyldigt att genomföra en offentlig upphandling eller att bolaget riskerat att lida skada. Förvaltningsrätten kan således inte ogiltigförklara avtalet. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1A LOU)



Ellinor Eriksson
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Helene Källse.

