



SÖKANDE

Taxi 020 Aktiebolag, 556470-1919
Löfströms Allé 7
172 66 Sundbyberg

Ombud: Advokat Madeleine Sifvert
Advokatfirman NOVA AB
Box 55996
102 16 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2015-08-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Norrtälje kommun
Box 800
761 28 Norrtälje

2. Roslagstaxi AB
Vintergatan 5
761 50 Norrtälje

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Norrtälje kommun (kommunen) ingick den 6 maj 2015 avtal med Roslagstaxi AB (Roslagstaxi) avseende utförande av skolskjutstransporter och turbundna resor inom Norrtälje kommun utan föregående annonsering enligt LOU. Taxi 020 AB (bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ogiltigförklarar det avtal som föreligger mellan kommunen och Roslagstaxi.

Bolaget anför bland annat följande.

Kommunen har genomfört en offentlig upphandling av skolskjuts och turbundna resor inom Norrtälje kommun. Den 5 november 2014 meddelade kommunen genom tilldelningsbeslut att ramavtal skulle tecknas med Roslagstaxi. Bolaget ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet på den grunden att Roslagstaxi inte uppfyllde samtliga ställda ska-krav i upphandlingen. Ansökan om överprövning bifölls i förvaltningsrättens dom den 16 mars 2015 i mål nr 6085-14. Förvaltningsrätten förordnande att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse skett på så sätt att en ny prövning av anbudet genomfördes. Kommunen fattade den 20 mars 2015 ett nytt tilldelningsbeslut varpå bolaget på nytt ansökte om överprövning.

Den 6 maj 2015 ingicks ett avtal mellan kommunen och Roslagstaxi avseende utförande av skolskjutstransporter och turbundna resor inom Norrtälje kommun (anbudsområde 1 i upphandlingen). Avtalet, som började löpa den 1 juli 2015, har slutits utan föregående annonsering enligt LOU och det är därför fråga om en otillåten direktupphandling. Avtalet löper under ett helt år med möjlighet till förlängning under 2016 och har ett kontraktsvärde som vida överstiger den tillåtna gränsen för en direktupphandling.

Det har inte förelegat särskilda skäl som skulle möjliggjort en direktupphandling enligt LOU. Avtalet ska således ogiltigförklaras. Det föreligger inte heller någon tvingande hänsyn till allmänintresse som motiverar att avtalet ändå ska bestå.

Bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 5 § LOU utgör en undantagsbestämmelse. Redan härav följer att användningsområdet är begränsat samt att bestämmelsen ska tolkas restriktivt. En förutsättning för att undantagsbestämmelsen ska vara tillämplig är vidare att samtliga förutsättningar i paragrafen är uppfyllda. Brister det i något av lagrummets rekvisit är förfarandet inte tillämpligt och därmed inte heller förenligt med LOU. Eftersom det är fråga om ett undantagsförfarande är det kommunen som har bevisbördan för att förfarandet är tillämpligt (jfr Lagkommentaren till LOU, Norstedts Gula, 2013 s. 213 och 228 f.).

I det nu aktuella fallet brister det redan i förutsättningen att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela kontrakt. Tillämpbarheten av 4 kap. 5 § 3 LOU vid upphandling av skolskjuts har prövats av Kammarrätten i Göteborg i beslut den 12 november 2010 i mål nr 784-10. Där fastslogs att skolskjuts inte faller in under undantagsbestämmelsen och att skolskjutsar inte omfattas av beaktandesats 6 i direktiv 2004/18/EG. Därmed är det inte heller tillåtet att direktupphandla skolskjutsar. Redan av detta skäl ska ansökan om ogiltigförklaring bifallas men det brister även i övriga förutsättningar.

Det föreligger inte heller synnerlig brådska. Bristande planering utgör inte grund för direktupphandling. När det gäller oförutsedda omständigheter ska det vara fråga om omständigheter av närmast force majeure-karaktär. Omständigheter inom myndighetens kontrollsfär kan alltså inte åberopas.

Överprövningsprocessen initierades i november 2014 och i januari 2015 måste det ha stått klart för kommunen att handläggningen enbart i förvaltningsrätten skulle ta längre tid än två månader. Vid denna tidpunkt borde kommunen ha reagerat och agerat för en upphandling av en övergångslösning i enlighet med LOU. I vart fall föreligger inte en sådan brådska som omöjliggjort en tillämpning av tidsfristerna för annonsering i LOU. Kommunen har haft kännedom om och därmed kunnat förutse brådskan sedan november 2014 eller i vart fall vid årsskiftet 2014/2015. Att den pågående upphandlingen inte kunnat avslutas på grund av överprövningsprocess beror på att kommunen brutit mot LOU.

Det ska understrykas att kommunen valt att ingå avtal med en avtalspart som domstolen har funnit inte uppfyller ställda ska-krav och vars anbud därför har förkastats. Kommunen har i avtalet erbjudit Roslagstaxi att utföra uppdraget till ett högre pris än vad som offererades i det ursprungliga nu förkastade anbudet. Detta trots att det har funnits ett LOU-upphandlat kontrakt med Taxi 020 att tillgå som täcker det behov som kommunen nu har direktupphandlat. Kommunen hade alltså mycket enkelt kunnat lösa den uppkomna situationen genom att förlänga ett befintligt och lagenligt upphandlat avtal. Mot denna bakgrund är kommunens direktupphandling av Roslagstaxi särskilt allvarlig. Avtalet mellan kommunen och Roslagstaxi har även lång löptid. Vid tillämpning av undantagsreglerna i LOU ska givetvis kortast möjliga avtalstid tillämpas.

Bolaget har lidit skada på grund av avtalet med Roslagstaxi utan föregående annonsering och konkurrensutsättning. Om kommunens anskaffning av skolskjuts samt turbundna resor inom Norrtälje kommun hade föregåtts av en annonserad upphandling, på de villkor som nu följer av avtalet med Roslagstaxi, skulle bolaget ha kommit in med anbud och haft möjlighet att tilldelas kontraktet.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Kommunen har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan av bestämmelserna i nämnda lag. De ifrågavarande tjänsterna har direktupphandlats eftersom det har varit absolut nödvändigt och det har förelegat synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av kommunen och som har gjort det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Bolaget har på ett otillbörligt sätt framkallat en orimligt lång överprövningsprocess genom att ytterligare en gång överpröva kommunens upphandling på exakt samma grunder som åberopats eller har kunnat åberopats i överprövning nummer ett trots att förvaltningsrätten redan har underkänt bolagets resonemang i dessa delar. Detta har i sin tur resulterat i att kommunen har tvingats att genomföra en direktupphandling för att tillfälligt tillgodose aktuella behov.

Direktupphandlingen är absolut nödvändig eftersom den avser aktuellt behov av skolskjutsresor och turbundna resor. Av rättspraxis framgår bland annat att skolskjuts är av sådan karaktär att det kan anses absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt. Om resorna skulle upphöra så skulle det inom en snar framtid ha mycket allvarliga konsekvenser för berörda brukare. Upphandlingen avser skolskjutsresor inom grundskola, särskola och gymnasiesärskola på grund av speciella skäl såsom funktionsnedsättning, växelviss boende, behov av anslutning till kollektivtrafiken, besvärliga trafikförhållanden eller annan särskild omständighet som motiverar skolskjuts i form av taxiresa. Direktupphandlingen avser vidare turbundna resor vilket är bl.a. resor från permanent eller tillfällig bostad till dagverksamhet och daglig sysselsättning. Turbundna resor är en del av socialtjänsten och omsorgen av barn och vuxna i behov av särskilt stöd och utgör bistånd enligt socialtjänstlagen (2001:453).

Den synnerliga brådskan har uppstått till följd av att den ursprungliga upphandlingen blivit föremål för en överprövningsprocess som dragit ut på tiden mer än vad kommunen har haft anledning att förutse. Tidsrymden mellan kommunens tilldelningsbeslut den 5 november 2014 och angiven avtalsstart den 1 juli 2015 är åtta månader vilket är en fullt tillräcklig marginal för överprövning. En upphandlande myndighet ska endast behöva ta i beaktande en överprövningsperiod som motsvarar överprövning i en instans vilket maximalt är cirka 90 dagar (SOU 2015:12 s. 168-169 och Konkurrensverkets yttrande den 22 maj 2015 med dnr 221/2015). Den synnerliga brådskan har gjort det omöjligt för kommunen att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Kommunen kan inte tillgodose aktuellt behov genom en annonserad LOU-upphandling. Uppdraget är av sådan karaktär att en starttid om minst en månad är nödvändig för att en leverantör ska kunna förbereda sig. Att tillräcklig starttid är en förutsättning för LOU-förenlighet framgår av praxis eftersom den befintliga leverantören, vilket i förevarande ärende är bolaget, annars blir otillbörligt gynnad vilket står i strid med likabehandlingsprincipen (HFD 2012 ref. 48).

Vidare kan konstateras att bolagets påstående att två månader skulle vara rimlig tid för att annonsera och genomföra en offentlig upphandling av aktuella tjänster, disharmonierar med rådande praxis. I Kammarrättens i Göteborgs dom den 28 februari 2012 i mål nr 821--827-12 ansågs en tid om cirka tre månader vara för kort för att det skulle anses rimligt och anse att upphandlande myndighet skulle kunna hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande eftersom det bland annat när det rör sig om en tillfällig upphandling, ska finnas ett visst utrymme för en eventuell överprövningsprocess.

Kommunens avsikt är att direktupphandlingen ska utgöra en tillfällig lösning i avvaktan på att överprövningen av den ursprungliga upphandlingen avslutas. Avtalstiden är därför begränsad till att avse ett år med möjlighet till förläggning endast för det fall att den ursprungliga upphandlingen fortfarande är föremål för överprövning. Avtalstiden har fastställts med utgångspunkt i uppdragets karaktär varvid i synnerhet uppstartsarbetets omfattning och brukarnas behov av kontinuitet har tagits i beaktande. Bolagets påstående att kommunen har haft ett LOU-upphandlat kontrakt att tillgå som täcker de behov som aktuell direktupphandling avser är felaktigt. Det LOU-upphandlade kontraktet med bolaget omfattar cirka 245 resenärer medan direktupphandlingen omfattar cirka 345 resenärer och kräver dubbelt så många fordon. Att använda optionsklausulen i det befintliga kontraktet med bolaget för att tillgodose aktuellt behov skulle således utgöra en väsentlig förändring av det kontraktet och därmed innebära en otillåten direktupphandling. Vid bedömningen av om kommunen har tillämpat direktupphandlingsförfarandet på ett korrekt sätt så ska det beaktas att det varit under just skyndsamma förhållanden som upphandlingen har genomförts och att det rör sig om en tillfällig upphandling i avvaktan på att den överprövning av den ursprungliga upphandlingen avslutas.

Kommunen har valt en leverantör som bedöms tillhandahålla de ifrågavarande tjänsterna till konkurrenskraftiga priser. Direktupphandlingen avser en kortare kontraktperiod som innebär högre investeringskostnader i relation till lägre potentiell vinstmarginal. Varken den omständigheten att Roslagstaxi, i den ursprungliga upphandlingen, lämnat en redovisning som har ansetts vara otillräcklig eller det faktum att Roslagstaxi inte lämnat identiska priser i jämförelse med den ursprungliga upphandlingen utgör något hinder från att välja den ifrågavarande leverantören i direktupphandlingen.

Roslagstaxi har härefter i yttrande huvudsakligen hänfört sig till omständigheter som rör tidigare överprövningsprocess samt skäl som talar emot att Taxi 020 tilldelas kontrakt.

DOMSKÄL

Frågan i målet är om avtalet mellan kommunen och Roslagstaxi ska förklaras ogiltigt på grund av att det har slutits utan föregående annonsering, en s.k. direktupphandling.

Direktupphandlingar kan enligt 15 kap. 3 § LOU komma till användning i de fall kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. LOU. Vidare får direktupphandlingar 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.

En upphandlande myndighet får enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Direktupphandling kan slutligen användas även när det föreligger synnerliga skäl. Regeln är tänkt för sådana oförutsedda händelser som myndigheten inte själv kunnat råda över. Brådska på grund av egen bristande planering ger alltså inte rätt till direktupphandling. Direktupphandling är tänkt att användas som en undantagslösning, vilket är naturligt eftersom det förfarandet i praktiken innebär att konkurrens inte uppkommer. Det är myndigheten som har bevisbördan för sitt val av upphandlingsförfarande (prop.

2001/02:142 s. 99). Enligt EU-domstolen får omständigheterna inte heller vara hänförliga till eller på annat sätt bero på den upphandlande myndighetens handlande (C-318/04, Kommissionen mot Tyskland).

Rätten ska enligt 16 kap. 13 § LOU besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering.

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

Förvaltningsrättens bedömning

En första förutsättning för att tilldelning med stöd av 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU ska kunna ske, är att det ska vara absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen. För att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt ska det röra sig om upphandling av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 februari 2012 i mål nr 7469--7472-11).

Förvaltningsrätten finner att skolskjuts, som inbegrips i s.k. särskild kollektivtrafik, har sådan samhällsekonomisk betydelse att det är absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 november 2014 i mål nr 1943-14).

Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till om kommunen borde ha förutsett den omständigheten att upphandlingen kunde komma att bli föremål för överprövning och om det i så fall förelegat synnerlig brådska.

Kommunen har anfört att den synnerliga brådskan har uppstått till följd av att den ursprungliga upphandlingen blivit föremål för en överprövnings-

process som dragit ut på tiden mer än vad kommunen har haft anledning att förutse. Kommunen har härvid beaktat tidsrymden mellan tidpunkten för tilldelningsbeslutet den 5 november 2014 och avtalsstarten den 1 juli 2015.

Förvaltningsrätten konstaterar att den överprövningsprocess kommunen hänvisar till, föranledd av det första tilldelningsbeslutet, avslutades i och med förvaltningsrättens dom den 16 mars 2015 i mål nr 6085-14. Förvaltningsrätten fann i denna överprövningsprocess att kommunens förfarandestred mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att upphandlingen inte fick avslutas förrän utvärderingen rättats. Kommunen fattade herefter ett nytt tilldelningsbeslut den 20 mars 2015. Tidpunkten för leveransen av tjänsten kvarstod till den 1 juli 2015.

För att den upphandlande myndigheten ska kunna åberopa synnerlig brådska som skäl för en direktupphandling fordras att de omständigheter som gett upphov till brådskan inte kan tillskrivas den upphandlande myndigheten. Bedömningen av vad som i varje enskild upphandling kan anses vara en rimlig framförhållning bör dock ske med beaktande av den aktuella upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Även om det första tilldelningsbeslutet i november 2014 föranledde åtgärder på grund av att det fanns brister i upphandlingen, har tidsutdräkten genom en ytterligare ansökan om överprövning varit en sådan omständighet som den upphandlande myndigheten inte kunnat förutse. Eftersom den synnerliga brådska som uppkommit för kommunen varken kunnat förutses eller anses kunna vara orsakad av kommunen, har det varit möjligt att genomföra en direktupphandla med stöd av 4 kap. 5 § 3 LOU. Avtalet är därför inte att anse som ogiltigt på denna grund.

Förvaltningsrätten konstaterar avslutningsvis att bestämmelsen i 2 kap. 23 § LOU om direktupphandling innebär att den upphandlande myndigheten får vända sig direkt till en eller flera leverantörer i syfte att anskaffa en

vara eller en tjänst. Vid bedömningen av om aktuell direktupphandling och ingånget avtal strider mot LOU ska det inte tas någon hänsyn till vad som har anfört om alternativa avtalslösningar. För bedömningen är det inte heller relevant att bolaget enligt egen uppgift har haft möjlighet till en optionslösning för tjänsten som är bättre och billigare, eller att det nya avtalet med Roslagstaxi är dyrare än tidigare avtal.

Sammanfattningsvis saknas det enligt förvaltningsrättens mening grund för att förklara avtalet ogiltigt. Bolagets yrkande om ogiltighetsförklaring ska därför avslås.

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



Klas Innerstedt
rådman

Målet har handlagts av föredraganden Nicklas Rydgren.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.