



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-03-21
Meddelad i Linköping

Mål nr
7950-16

SÖKANDE

K-holm Vård o Omsorg AB, 556997-9965

Ombud: Advokat Ulf Hökeberg och jurist Eddie Exelin
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2017 -03- 2 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Kommunalförbundet Sörmlands Kollektivtrafikmyndighet, 222000-2931
Box 591
611 10 Nyköping

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upp-
handling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan avslås.

Dok.Id 281565

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag-fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND

Kommunalförbundet Sörmlands Kollektivtrafikmyndighet (Myndigheten) upphandlade under 2016 Serviceresor i Sörmland. K-holm Vård o Omsorg AB (Bolaget) tilldelades kontrakt avseende anbudsområdena Nyköpings kommun och Flens kommun. Myndigheten och Bolaget (Parterna) ingick avtal i juli respektive i augusti 2016 (Avtalen 1).

Den 9 november 2016 hävde Myndigheten Avtalen 1. Därefter genomförde Myndigheten Direktupphandling SKTM16-0086 Serviceresor Flen och Nyköping 2017. Bolaget ansökte om överprövning av direktupphandlingen.

Myndigheten ingick i december 2016 avtal med Taxi 10 000 AB avseende området Flens kommun och Taxi Nyköping-Oxelösund AB och 8 PAX AB avseende området Nyköpings kommun (Avtalen 2). Bolaget justerade därefter sin ansökan.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i ansökan att förvaltningsrätten beslutar att Avtalen 2 är ogiltiga.

Myndigheten bestrider Bolagets yrkande. Myndigheten yrkar för det fall förutsättningarna för ogiltighet bedöms vara uppfyllda att förvaltningsrätten beslutar att Avtalen 2 ska bestå med hänsyn till allmänintresset.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Myndigheten har slutit Avtalen 2 utan föregående annonsering trots att förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering saknats. Den eventuella brådska som har uppkommit är uteslutande en följd av Myndighetens ogrundade hävning av Avtalen 1. Annonseringsplikt har därmed förelegat. Myndigheten har inte visat att omständigheterna är av sådan allvarlig beskaffenhet att Avtalen 2 vid konstaterad ogiltighet ska bestå.

Det ifrågasätts inte att Avtalen 1 innefattar hävningsrätt för Myndigheten under vissa omständigheter. Bolaget har dock inte haft någon avtalsenlig skyldighet att ha en ”Bemannad organisation” vid annan tidpunkt än senast vid trafikstarten den 1 januari 2017. Myndigheten har därmed saknat grund för att häva Avtalen 1.

Parterna kom i samband med uppstartsmötet den 12 september 2016 överens om att Bolaget senast den 26 oktober 2016, istället för att prestera en lista över komplett bemannad organisation, skulle inkomma med en plan på hur Bolaget skulle säkerställa bemanningen till trafikstarten. Överenskommelsen framgår av mötesprotokollet, som undertecknats av Parterna och uppfyller kraven på ändringar och tillägg enligt Avtalen 1. Överenskommelsen har senare bekräftats av Myndigheten genom e-postmeddelande den 12 oktober 2016. I vart fall har Bolaget haft fog för att uppfatta Myndighetens e-postmeddelande på det sättet. Myndigheten har inte invänt mot överenskommelsen före anmaningen den 28 oktober 2016. Överenskommelsen är inte avtalsavvikande.

Mot bakgrund av förseningen av uppstartsmötet och de angivna tiderna i den uppstartsplan som bilagts kravspecifikationen (Uppstartsplan 1) framstår det som naturligt att Parterna inte bestämde den 26 oktober 2016 som slutdatum, utan att avstämning, dvs. en uppföljning av utvecklingen, skulle ske då.

Den av Myndigheten åberopade uppstartsplanen (Uppstartsplan 2) nämns inte i protokollet från uppstartsmötet den 12 september 2016. Vidare anges avseende "Bemannad organisation" i Uppstartsplan 2 "12 veckor före trafikstart 161026 13.00–15.00", vilket framstår som motsägelsefullt. Det kan även konstateras att Myndigheten i hävningsförklaringen refererar till Uppstartsplan 1 och inte till någon senare överenskommen uppstartsplan. Att Myndigheten den 14 september 2016 e-postade protokollet från uppstartsmötet och Uppstartsplan 2 till Bolaget innebär inte att någon överenskommelse träffats såsom Myndigheten påstår.

Vid möte den 26 oktober 2016 överlämnade Bolaget personallistor och gav in rekryterings- och utbildningsplan i enlighet med överenskommelsen. Bolaget hade vid denna tidpunkt lyckats rekrytera närmare 40 av de avtalade 55 förarna, vilket talar för att Bolaget i god tid före trafikstart skulle klara sitt åtagande. Vid mötet framförde Myndigheten inte någon invändning mot att Bolaget inte presenterade en komplett "Bemannad organisation".

Utifrån Parternas överenskommelse den 12 september 2016 förelåg ingen skyldighet för Bolaget att efterkomma Myndighetens anmaning den 28 oktober 2016. När Bolaget tagit del av anmaningen upprättade Bolaget ett e-postmeddelande, till vilket förarlistor och rekryteringsplan bifogades. Vid hävningsmötet den 9 november 2016 framkom dock att Myndigheten inte hade mottagit e-postmeddelandet, som hade hamnat i mappen för utkast. Det hade naturligtvis varit önskvärt att Bolaget svarsmeddelande kommit

fram, men Bolagets misstag i denna del kan inte tillmätas någon avtalsrättslig betydelse.

Myndighetens hävning av Avtalen 1 är anmärkningsvärd. Bolaget var i god färd att rekrytera, utbilda, utrusta och certifiera förare enligt sitt åtagande. Bolagets medgivande vid hävningsmötet den 9 november 2016 avsåg utbildningsbrister. Dessa brister har inte legat till grund för hävningen. Minnesanteckningarna från hävningsmötet upprättades av Myndigheten utan tillfälle för justering av Bolaget. Myndighetens påstående om Parternas samsyn om avtalsbrott vederläggs av Bolagets svar på hävningen.

Myndigheten

Upphandlingsföremålet, serviceresor, utgör en samhällskritisk funktion i form av persontransporter av brukare med särskilda behov som inte klarar att resa med allmän kollektivtrafik. Det handlar om särskilt utsatta grupper i samhället. Det var absolut nödvändigt att införskaffa upphandlingsföremålet, eftersom Myndigheten stod utan serviceresor för invånarna i Nyköpings och Flens kommuner per den 1 januari 2017. Kontraktsföremålet kräver att leverantören har en omfattande organisation avseende förare och fordon på plats, vilket medförde synnerlig brådska om det skulle vara möjligt att leverera den 1 januari 2017. Detta omöjliggjorde upphandling genom annonserat förfarande. Myndigheten kunde inte råda över den situation som uppstod.

Myndigheten har i förfrågningsunderlaget, som även utgör avtalshandling i Avtalen 1, bl.a. ställt krav på hur leverantörernas uppstartsarbete inför trafikstarten den 1 januari 2017 ska bedrivas. Detta med syfte att snarast möjligt fånga upp och rätta brister som annars kan påverka utförandet av tjänsten.

En uppstartsplan ska enligt avtalshandlingarna tas fram av trafikföretaget och överenskommas mellan parterna. Den mall på uppstartsplan som framgår av avtalshandlingarna (Uppstartsplan 1) ska endast ses som ett exempel och inte beaktas vid utförandet och uppföljningen av uppstartsarbetet.

Parterna träffade vid uppstartmöte den 12 september 2016 en avtalsenlig överenskommelse om uppstartsplan (Uppstartsplan 2), som bilagerades till minnesanteckningarna från mötet. Uppstartsplan 2 kommunicerades med Bolaget. Det har inte träffats någon överenskommelse om avvikelse från Avtalen 1.

Av Uppstartsplan 2 framgår att aktiviteten ”Bemannad organisation” ska genomföras senast den 26 oktober 2016. Avtalen 1 inrymmer en hävningsrätt för Myndigheten om Bolaget brister i genomförandet av aktiviteten och inte avhjälper bristen inom fem arbetsdagar från det att Bolaget mottagit en skriftlig anmaning om rättelse.

Myndighetens e-postmeddelande den 12 oktober 2016 avser ett annat krav än det som hävningen av Avtalen 1 grundats på. Genom e-postmeddelandet godkändes Bolagets ”Personalplan”, att jämföra med aktiviteten ”Bemannad organisation”, med information om att denna tänkta bemanning även skulle uppfylla övriga krav på bl.a. utbildning och certifiering.

Bolagets redovisning av förarlistor för respektive område skedde vid mötet den 26 oktober 2016. Kort efter mötet kunde Myndigheten konstatera att förarlistorna pga. brister inte stod i överensstämmelse med Avtalen 1. Mot den bakgrunden och med avsikt att säkra trafikstarten anmanades Bolaget att inom fem dagar rätta bristen. Bolaget bekräftade samma dag mottagandet av anmaningen.

När fem dagar passerat hade Bolaget varken redovisat nya förarlistor eller hört av sig till Myndigheten angående anmaningen. När något svar inte hade inkommit den 9 november 2016 bedömde Myndigheten att Bolaget hade uppvisat sådana väsentliga brister i sitt uppstartsarbete att Bolaget saknade förutsättning av klara trafikstarten. Myndigheten såg ingen annan möjlighet än att säga upp Avtalen 1 med omedelbar verkan. Det skulle även riskera att strida mot upphandlingsreglerna att låta Bolaget leverera avtalsföremålet efter att ett avtalsbrott som medför hävningsrätt har konstaterats.

Minnesanteckningarna från hävningsmötet speglar vad som sades vid mötet och att Bolaget vid denna tidpunkt yttrade en samsyn om avtalsbrottet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

LOU upphävdes i samband med att lag (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft per den 1 januari 2017. LOU är dock alltjämt tillämplig på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. I målet har framkommit att upphandlingen av Avtalen 2 påbörjades under 2016.

Offentliga upphandlingar ska som huvudregel annonseras (jfr 7 kap 1 § LOU).

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster bl.a. 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 (4 kap. 5 § första stycket 3 LOU).

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, bl.a. om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § (16 kap. 13 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Myndigheten har gjort bedömningen att Bolaget brustit i sitt uppstartsarbete inför trafikstarten på ett sådant sätt att det funnits skäl att häva Avtalen 1. Vad som framkommit om avtalsinnehållet och händelseförloppet fram till hävningstidpunkten ger inte förvaltningsrätten anledning att ifrågasätta Myndighetens bedömning.

Förvaltningsrätten anser att upphandlingsföremålet, serviceresor, är av sådan samhällelig betydelse att det varit absolut nödvändigt för Myndigheten att tilldela kontrakt innan det befintliga trafikavtalet löpte ut. Med beaktande av att hävningen av Avtalen 1 skedde i november 2016 och att Myndigheten skulle stå utan trafikavtal den 1 januari 2017 framstår det som omöjligt för Myndigheten att använda något av de annonserade förfarandena i LOU för att säkra leverans av efterfrågade tjänster. Synnerlig brådska i den bemärkelse som avses i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU har därmed förelegat. Omständigheterna som orsakat brådskan får vidare anses vara av sådan karaktär att de inte kunnat förutses av Myndigheten.

Därmed har förutsättningarna för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelningen av Avtalen 2 varit uppfyllda. Eftersom Myndigheten således inte har genomfört en otillåten direkttilldelning, saknas grund för att besluta att Avtalen 2 är ogiltiga. Vad Bolaget i övrigt anfört föranleder inte annan bedömning. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D).

Tomas Kjellgren

Rådman

Föredragande: Carl Hultsberg



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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.