



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

BESLUT
2016-10-24
Meddelat i Stockholm

Sida 1 (24)

Mål nr
17579-15

KONKURRENSVERKET	
2016-10-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Depona AB, 556578-3007

Ombud: Advokaterna Anna Hofling Johansson och Karin Wisenius
Advokatfirman Vinge KB
Box 11025
404 21 Göteborg

MOTPART

Kungliga Biblioteket, 202100-1710

Ombud: Advokat Göran Antonsson
Sandart & Partners Advokatbyrå KB
Box 7131
103 87 Stockholm

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Depona AB:s ansökan.

Dok.Id 771450

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Kungliga Biblioteket (KB) och Riksarkivet har ingått en överenskommelse, som daterats och undertecknats den 14 februari 2015, gällande löpande digitalisering av pliktlevererade dagstidningar.

Depona AB (Depona) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att avtalet ska ogiltigförklaras. Depona bestrider att ansökan ska avvisas.

KB bestrider bifall till Deponas yrkande om ogiltigförklaring av avtal och yrkar i första hand att ansökan ska ogillas. Till stöd härför åberopar KB att upphandlingsplikt inte förelegat. I andra hand yrkar KB att Deponas ska avvisas, eftersom den inkommit för sent i relation till när överenskommelsen slöts.

VAD PARTERNA ANFÖR

Depona anför bl.a. följande.

Bakgrund

1978 fattade regeringen beslut om att KB från och med 1979 kontinuerligt skulle börja mikrofilma alla pliktlevererade svenska dagstidningar, inklusive samtliga editioner, bilagor och löpsedlar. KB fick i uppgift att bygga upp en verksamhet som skulle administrera detta arbete. KB har under många år upphandlat mikrofilmning av pliktlevererade dagstidningar på den privata marknaden. Efter utredning har KB fattat beslut att de pliktlevererade dagstidningarna i stället för att mikrofilmas ska digitaliseras för att dessa på så sätt lättare ska kunna tillgängliggöras i både bild och tolkad text. Från och med den 1 januari 2014 är målet att pliktlevererade dagstidningar ska digitaliseras. I stället för att såsom tidigare i konkurrens upphandla tjänsten på den

privata marknaden har KB beslutat att anlita Riksarkivet för den nämnda digitaliseringen och detta utan föregående upphandling enligt LOU.

Den enhet inom Riksarkivet som utför digitalisering av dagstidningar genom skanning går under namnet MKC (Mediakonverteringscentrum). MKC är en nationell resurs inom digitaliseringsområdet för myndigheter och andra offentliga organ/organisationer. MKC bedriver digitalisering av kulturarvmaterial i stordrift. MKC:s digitaliseringstjänster omfattar digitalisering av historiska dagstidningar, böcker, kartor, ritningar lösa blad och andra arkivhandlingar, samt mikrofilm, fiche och fotografiskt material. MKC erbjuder tjänster bl.a. inom skanning och digital fotografering och restaurering av material inför digitalisering, indexering för enkel åtkomst av digitala bilder.

Depona uppskattar att värdet på ett kontrakt för skanning av pliktlevererade tidningar av denna omfattning är cirka 10 miljoner kr per år. Det finns en privat marknad med ett flertal privata aktörer som kan utföra den aktuella typen av tjänster. Med andra ord är det omfattande uppdrag som privata aktörer förlorat möjligheten att konkurrera om genom att KB ingått avtal med Riksarkivet direkt utan föregående konkurrensutsättning enligt LOU.

Avtalet innebär en otillåten direktupphandling

KB har genomfört en otillåten direktupphandling och har därigenom brutit mot de grundläggande principerna i LOU genom att den 14 februari 2015 sluta avtal med Riksarkivet om löpande digitalisering av pliktlevererade dagstidningar. Detta har skett utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU, trots att förutsättningar att avstå annonsering inte varit uppfyllda. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling. Skäl finns därför att förklara avtalet ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LOU.

Transaktioner inom staten – upphandlingsplikt inom samma juridiska person?

Transaktioner inom samma juridiska person är som utgångspunkt inte upphandlingspliktiga, eftersom en juridisk person typiskt sett inte kan ingå avtal med sig själv. Staten är en juridisk person och olika myndigheter inom staten skulle med denna utgångspunkt aldrig behöva följa förfaranderegler i LOU vid upphandling från varandra. Detta är också den inställning som har framförts i statliga utredningar under senare år. Denna inställning förefaller enbart vara baserad på att verksamhet inom staten får anses vara i "egen regi". I de statliga utredningarna anges dock att detta är en oklar rättsfråga (se exempelvis SOU 2011:43 s. 69 ff. och prop. 2011/12:106 s. 15 ff.).

Det finns stöd i svensk domstolspraxis för att transaktioner inom staten i vissa fall kan vara upphandlingspliktiga (Högsta domstolens dom i NJA 2001 s. 3 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 139-04). Synsättet att myndigheter inom en och samma juridiska person kan vara "upphandlande myndighet" var för sig är också förenligt med den definition som finns i LOU, där det anges att med upphandlande myndighet avses "statliga och kommunala myndigheter" och även "beslutande församlingar i kommuner och landsting".

Vad gäller EU-rättslig praxis har inte heller EU-domstolen prövat frågan om upphandlingsskyldighet föreligger mellan två myndigheter inom staten på ett sätt som skulle vara jämförbart med den aktuella situationen. EU-domstolens dom i *Teckal* antyder i och för sig att det föreligger upphandlingsplikt om enheterna är formellt fristående. Frågan om under vilka förhållanden två enheter som tillhör samma juridiska person är fristående på detta sätt har inte närmare behandlats av EU-domstolen. I linje med vad som konstaterats i de ovan nämnda statliga utredningarna är det därmed rättsligt oklart om upphandlingsskyldighet föreligger inom den juridiska personen

”staten”. EU-domstolen använder sig dock av olika begrepp för att beteckna den aktör med vilken den upphandlande myndigheten ingår avtal. Således används begreppet ”fristående enhet” i flera domar från domstolen. Den fristående enheten kan också själv vara en upphandlande myndighet. Detta talar för att även andra än fristående juridiska personer, exempelvis en fristående myndighet såsom Riksarkivet, kan ses som självständiga enheter i nu aktuellt hänseende och därmed behöva upphandlas enligt LOU.

Av ovanstående framgår att staten inte undantagslöst kan upphandla ”internt” utan att tillämpa LOU:s regler. Depona anser att en bedömning måste göras i det enskilda fallet vid vilken det prövas om en verksamhet är att betrakta som ”egen regi” inom staten eller om det de facto föreligger ett inköp från en fristående enhet/myndighet. Är enheterna/myndigheterna tillräckligt skilda från varandra bör upphandlingsplikt i princip föreligga.

De mest väsentliga faktorerna som talar för att upphandlingsplikt föreligger mellan KB och Riksarkivet är att KB och Riksarkivet/MKC har:

- i. Olika fysiska organisationer/personal m.m.,
- ii. Olika budgetar,
- iii. Olika årsredovisningar,
- iv. Olika myndighetschefer,
- v. Olika organisationsnummer,
- vi. Olika adresser (fysiskt och digitalt),
- vii. Tillhör olika departement (Utbildningsdepartementet respektive Kulturdepartementet), och har
- viii. Olika instruktioner (förordningar) som styr verksamheten samt olika regleringsbrev.

Ovanstående faktorer talar för att KB respektive Riksarkivet ska anses utgöra fristående enheter mellan vilka upphandlingsplikt föreligger. KB:s re-

spektive Riksarkivets/MKC:s verksamheter är tydligt skilda från varandra och de ovan nämnda omständigheterna talar för att Riksarkivet såsom leverantör intar en gentemot KB (som upphandlande myndighet) självständig funktion. Riksarkivets digitalisering kan därmed inte anses utföras i KB:s "egen regi". I linje härmed bör principiellt upphandlingsplikt föreligga mellan KB och Riksarkivet

Inga undantag från annonseringsplikt är tillämpliga

KB:s köp av den aktuella typen av tjänster omfattas av LOU:s tillämpningsområde, varför LOU är tillämpligt på avtalet. Enligt huvudregeln i 7 kap. 1 § LOU ska en upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av undantagen i 4 kap. 5-8 §§ eller 15 kap. LOU.

Såvitt är känt har upphandlingen av avtalet inte annonserats. Det har inte förelegat några omständigheter som motiverar att avtalet ingicks utan föregående annonsering. Avtalets värde överstiger det tröskelvärde som anges i 3 kap. 1 § LOU och kan inte undantas från LOU:s tillämpningsområde på denna grund. Såvitt Depona känner till föreligger heller inga synnerliga skäl som, enligt 15 kap. 3 § 2 st. LOU, kan motivera en direktupphandling. Eftersom den svenska lagtexten för "in house-undantaget" i 2 kap. 10 a § LOU endast är tillämplig på juridiska personer och s.k. gemensamma nämnder kan KB och Riksarkivet heller inte stödja sig på detta undantag.

Även ur ett EU-rättsligt perspektiv utgör avtalet en otillåten direktupphandling. Av direktiv 2004/18/EG, vilket har implementerats i svensk lag genom LOU, och relevanta avgöranden från EU-domstolen framgår att upphandlingsplikt föreligger mellan två statliga myndigheter. En grundläggande premiss vid en offentlig upphandling är att det är fråga om ett offentligt kontrakt. Det finns inget krav i direktiv 2004/18/EG på att anbudsgivaren och

den upphandlande myndigheten ska utgöra separata juridiska personer för att ett offentligt kontrakt ska anses ha slutits mellan parterna.

För att fastställa om upphandlingsplikt föreligger måste det avgöras om förhållanden mellan den upphandlande myndigheten och den som har tilldelats utförandet av byggtrepenad, leverans av varor eller tillhandahållandet av tjänster utgör ett offentligt kontrakt. Enligt artikel 1.2 a avses med "offentliga kontrakt" skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter. Det centrala är således inte huruvida den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren är olika juridiska personer, utan huruvida anbudsgivaren utgör en ekonomisk aktör. "Ekonomisk aktör" används i direktiv 2004/18/EG som ett samlingsbegrepp för flertalet typer av aktörer, vilket kommer till uttryck i artikel 1.8 enligt vilken "entreprenör, varuleverantör och tjänsteleverantör" utgör:

"beteckningar för varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller organ som på marknaden erbjuder sig att utföra byggtrepenader och/eller tillhandahåller byggtrepenader, varor eller tjänster."

I mål C-305/06 CoNISMa framhöll EU-domstolen att det inte finns någon definition av begreppet "ekonomisk aktör" i direktiv 2004/18/EG, men underströk att det inte görs någon skillnad i bestämmelserna mellan de anbudsgivare som huvudsakligen bedriver verksamhet i syftet att skapa vinst och de som inte gör det. Domstolen erinrade även om att det i skäl 4 i direktiv 2004/18/EG anges att ett "offentligrättsligt organ" kan delta i ett förfarande för offentlig upphandling i egenskap av anbudsgivare samt att begreppet uttryckligen omfattar varje "offentlig enhet". EU-domstolen framhöll vidare i målet att en restriktiv tolkning av begreppet "ekonomisk aktör" skulle innebära att upphandlande myndigheter skulle kunna kringgå upphandlingsplikten. EU-domstolen har också klargjort att det saknar betydelse

om den ekonomiska aktören själv är en upphandlande myndighet (se mål C-386/11 Piepenbrock).

Det är förvisso inte så att all myndighetssamverkan är upphandlingspliktig. Dock föreligger upphandlingsplikt som utgångspunkt för all anskaffning som en myndighet gör, och detta även om anskaffningen görs från en annan myndighet.

Det s.k. samarbetsundantaget är heller inte tillämpligt i det aktuella fallet. Vad gäller detta undantags tillämplighet har EU-domstolen uttalat att avtal genom vilka ett samarbete mellan offentliga enheter inrättas, vilket syftar till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för enheterna fullgörs, inte omfattas av tillämpningsområdet för unionsreglerna om offentlig upphandling. I ett sådant fall är unionsreglerna om offentlig upphandling inte tillämpliga i den mån sådana avtal ingås enbart mellan offentliga enheter utan inblandning av någon privat part, ingen privat leverantör ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter och det samarbete som inrättas uteslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse. Samtliga dessa kriterier är kumulativa. För att ett kontrakt mellan offentliga enheter ska undgå att omfattas av upphandlingsreglerna, krävs således att samtliga kriterier är uppfyllda. Så är dock inte fallet i föreliggande mål.

Det rör sig för det första inte om ett "samarbete", utan om att KB har anlitat Riksarkivet för att utföra ett arbete, digitalisering. KB köper helt enkelt digitaliseringstjänster av Riksarkivet. För det andra rör det sig inte om ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för KB och Riksarkivet. KB är nationalbibliotek och arkiv för ljud- och bilddokument och rörliga bilder. Riksarkivet, som visserligen är statlig arkivmyndighet med överinseende över den offentliga arkivverksamheten, handlägger enbart arkivuppgifter som inte någon annan myndighet, såsom exempelvis KB, ska handlägga. Dessu-

tom utgör inte digitalisering i sig ett allmännyttigt uppdrag, utan avser endast indirekt fullgörandet av allmännyttiga uppdrag. Det ska därvid framhållas att endast direkt utförande av ett allmännyttigt uppdrag kan omfattas av undantaget. Precis som tidigare mikrofilmning, används nämligen digitalisering som ett indirekt medel för fullgörande av de allmänna uppdragen att arkivera de dokument vars arkivering respektive myndighet är ansvarig för. Följaktligen har inte avtalet mellan KB och Riksarkivet som ändamål att inrätta ett samarbete dem emellan i syfte att fullgöra ett gemensamt allmännyttigt uppdrag.

Ansökan har inkommit i rätt tid

Det bestrids att avtalet skulle utgöra nedtecknade former för ett samarbete som inletts den 21 februari 2014. Att avtalet med dess bilagor och omfattning av cirka 165 sidor skulle motsvara ett muntligt avtal som ska ha ingåtts, framstår som föga sannolikt. Om förvaltningsrätten skulle finna att ett muntligt avtal har ingåtts, måste avtalet i vart fall anses utgöra en ändring av tidigare ingånget muntligt avtal, varför ett nytt kontrakt får anses ha ingåtts vilket innebär att en ny preskriptionsfrist har börjat löpa från den 14 februari 2015 (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 17 mars 2015 i mål 363-15).

När det gäller sådana omfattande och komplexa avtal som avtalet – inklusive dess 17 bilagor om sammanlagt 165 sidor – vilka upprättats successivt under en längre tid, och där parterna avser att ha en längre avtalsrelation med varandra i framtiden är det närmast givet att det föreligger en uttrycklig eller underförstådd förhandlingsordning mellan parterna om avtalad skriftform. Att avsikten med ett sådant avtalsupplägg skulle vara någon annan än bundenhet vid underskrift av det slutgiltiga avtalet framstår som helt orimligt. I doktrinen (se Ramberg, J & Ramberg, Ch, Allmän avtalsrätt, 9:e uppl., s. 88) anges att det vid en sådan uttrycklig eller underförstådd för-

handlingsordning (t.ex. skriftligt kontrakt) är ”naturligt att betrakta ett iakttagande av denna som en förutsättning för avtalsbundenhet.

Att avtalet är retroaktivt och gäller från och med den 1 april 2014, förändrar inte det faktum att avtalet undertecknades och slöts den 14 februari 2015. Vad gäller bilaga 4.1 till avtalet undertecknades denna helt riktigt den 20 november 2014. Bilaga 4.1 till avtalet skiljer sig dock från avtalet på så sätt att den inte hänvisar till övriga bilagor till avtalet, har en annan avtalstid samt saknar andra avtalsvillkor enligt avtalet. KB har således inte visat att avtalet, med dess slutliga innehåll och omfattning, slutits vare sig den 1 april 2014 eller den 20 november 2014.

Beträffande avtal som kommer till stånd successivt, är huvudregeln enligt doktrinen ” att bundenhet inträder först när parterna i slutfasen får tillfälle att bedöma avtalet som helhet mot bakgrund av samtliga framförhandlade villkor. Detta innebär i praktiken ofta att bundenhet inträder först när parterna undertecknat ett skriftligt kontrakt.” (se Ramberg, J & Ramberg, Ch, Allmän avtalsrätt, 9:e uppl. s. 93). Detta bekräftar att avtalets innehåll/villkor och omfattning inte kan ha färdigställts förrän vid undertecknandet den 14 februari 2015.

Avtalet undertecknades den 14 februari 2015. Det framgår ingenstans att utkast till avtalet skulle vara upprättat i november 2014. Till avtalet är bifogat 165 sidor, vilka inte hänvisats till i bilaga 4.1, *Prisöverenskommelse*. Vidare har parterna i avtalet bestämt en avtalstid, som skiljer sig från bilaga 4.1, vilket gäller ”tills vidare”. I avtalet framgår att överenskommelsen ”... gäller från och med 1 april 2014 och fram till den sista december 2017. Överenskommelsen förlängs automatiskt med 1 år om parterna inte sagt upp överenskommelsen. Överenskommelsen kan sägas upp med en uppsägningstid om tolv (12) månader.”

Avtalet uttrycker således klart och tydligt att leverantören har en direkt möjlighet att tidsbegränsa avtalstiden om denne så önskar. Detta är en skillnad från bilaga 4.1, vilket inte anger någon tidsbegränsning. Bland annat ett avtals avtalstid kan utgöra en viktig förutsättning för huruvida en leverantör har möjlighet att utföra en tjänst och därmed för om en leverantör väljer att delta i en upphandling eller inte. Denna förändring av avtalstid är en sådan ändring vilken direkt påverkar det konkurrensuppsökande skedet i en upphandling. Deponas uppfattning är att de nämnda ändringarna i avtalstiden och avtalets omfattning utgör sådana väsentliga ändringar av ett kontrakt som kräver att en ny upphandling ska göras och därmed utmynna i att ett nytt kontrakt ingås. Depona är vidare av uppfattningen att huvudavtalet under alla omständigheter måste utgöra en väsentlig förändring av eventuella tidigare ingångna avtal. Depona har härigenom gjort sannolikt att det i vart fall har skett en väsentlig förändring när avtalet tog sin slutliga form genom undertecknandet den 14 februari 2015.

Både avtalet och det av KB påstådda muntliga avtalet löper på obegränsad tid. När det gäller avtal på obegränsad tid är det enda rimliga att dessa kan angripas på så sätt att preskriptionsavbrott inträder genom att dokument som manifesterar avtalet utväxlas mellan parterna, såsom fakturor eller skriftliga avtal. Det kan inte vara förenligt med lagstiftningens syften att otillåtet upphandlade avtal som gjorts tidsobegränsade inte skulle gå att få ogiltigförklarade och inte heller skulle konkurrensutsättas enligt LOU. Effekten blir annars att offentliga myndigheter kan kringgå upphandlingslagstiftningen och att potentiella leverantörer och anbudsgivare saknar rätt till effektiva rättsmedel. Detta strider både mot proportionalitetsprincipen och mot rätten till effektiva rättsmedel. Tidpunkten för senast utväxlade prestation bör därför gälla enligt 16 kap. 17 § LOU. Oavsett om tidsfristen ska räknas från avtalets undertecknande den 14 februari 2015 eller vid den senare tidpunkt då faktura av den 1 april 2015 utväxlats, har ansökan således kommit in i rätt tid och kan prövas i sak.

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

Överenskommelsen är inte ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening

Svensk lagstiftning tar sin utgångspunkt i att offentlig samverkan, dvs. överenskommelser mellan statliga myndigheter om anskaffning av varor eller tjänster, faller utanför LOU:s tillämplighet eftersom transaktionen sker inom en och samma juridiska person – den svenska staten.

Lagstiftningen rörande offentlig upphandling syftar till att reglera förutsättningarna och villkoren för sådan upphandling där den upphandlande enheten anskaffar varor eller tjänster utanför den egna organisationen. Det saknas krav, såväl i svensk lagstiftning som i den övergripande unionsrätten, på att en upphandlande myndighet måste vända sig utanför sin organisation för att utföra sina samhällseliga uppgifter. Den upphandlande enheten har således rätt att fritt välja, vilket i slutändan ofta blir fråga om ett politiskt ställningstagande, om behovet kan tillgodoses genom intern investering eller genom extern anskaffning. Detta framgår inte uttryckligen av LOU, utan går att utläsa av 2 kap. 10 § LOU genom det förhållandet att ett statligt internt samarbete inte uppfyller kriteriet på ”kontrakt” varigenom det finns minst en upphandlande enhet och en leverantör.

Denna grundläggande princip om upphandlingsskyldighetens omfattning har vidare fått en framträdande roll i det nya direktivet 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. I skäl 31 i direktivet anges bl.a. följande.

”Tillämpningen av reglerna för offentlig upphandling bör dock inte inskränka upphandlande myndigheters frihet att utföra de offentliga uppdrag som åligger dem genom att använda sina egna resurser, vilket innefattar möjligheten att samarbeta med andra myndigheter.”

Vidare följer av skäl 31 i direktivet att:

”Kontrakt för gemensamt tillhandahållande av offentliga tjänster bör inte omfattas av tillämpningen av reglerna i detta direktiv förutsatt att de har ingåtts uteslutande mellan upphandlande myndigheter, att genomförandet endast styrs av överväganden som sammanhänger med allmänintresset och att ingen privat tjänsteleverantör gynnas i förhållande till sina konkurrenter.

För att uppfylla dessa villkor bör samarbetet grundas på ett samarbetskoncept. För sådant samarbete krävs inte att alla deltagande myndigheter åtar sig att fullgöra de huvudsakliga avtalsförpliktelserna så länge det finns åtaganden om att bidra till ett fullgörande av den berörda offentliga tjänsten genom samarbete. Genomförandet av samarbetet, inbegripet ekonomiska överföringar mellan de upphandlande myndigheterna, bör dessutom endast styras av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.”

De ställningstaganden som Europaparlamentet och Rådet gör följer av de principer som EU-domstolen fastställt i målen C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento mot Ordine degli Ingegneri della Provincia de Lecce m.fl. samt C-480/06 Kommissionen mot Tyskland.

Det upphandlingspliktiga området kan således inte utvidgas till beslut om samhällelig samverkan mellan olika statliga eller kommunala organisatoriska enheter för tillgodoseende av det allmännas intressen. Två statliga myndigheter under regeringen måste kunna utbyta tjänster och kompetens om detta bedöms vara resurseffektivast under förutsättning att detta inte gynnar någon enskild privat tjänsteleverantör. I den utsträckning som privatisering eller extern anskaffning är att föredra blir i dessa fall främst en fråga om ett politiskt ställningstagande.

Överenskommelsen mellan KB och Riksarkivet har träffats för att reglera formerna för samarbetet mellan myndigheterna. Detta för att säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål, dvs. KB:s och Riksarkivets ansvar för bevarande av kulturarvsmaterial samt för digitalisering av dessamma. KB:s och Riksarkivets samarbete styrs direkt av regeringen och

regeringens nationella digitaliseringsstrategi, vilket är av samhällligt allmänintresse.

KB och Riksarkivet har enligt sina respektive myndighetsinstruktioner (se SFS 2008:1421 respektive 2009:1593) till uppgift att tillse att olika delar av kulturarvet bevaras för framtida bruk och att detsamma kan tillhandahållas för forskning m.m. I de uppgifter som åvilar myndigheterna ligger också att tillse att denna uppgift löses genom digitalisering av tryckt material. Det samarbete som skett mellan myndigheterna kring digitalisering av pliktlevererade dagstidningar är således en naturlig följd av de uppgifter myndigheterna har enligt sina myndighetsinstruktioner. Då uppdraget är gemensamt och syftar till att uppnå den statliga förvaltningens mål faller det utanför det upphandlingspliktiga området. Ingen enskild privat tjänsteleverantör har gynnats i förhållande till någon konkurrent till följd av överenskommelsen. Vare sig KB eller Riksarkivet bedriver verksamhet på den öppna marknaden. Riksarkivet har därtill en lagstadgad rätt att tillhandahålla digitaliseringstjänster till myndigheter till självkostnadspris. Sammantaget är det därför KB:s uppfattning att överenskommelsen utgör ett s.k. Hamburg-samarbete som är undantaget upphandlingsplikt.

Avtal har ingåtts före den 14 februari 2015 och ansökan ska därför avvisas

KB och Riksarkivets samarbete med utförda tjänster inleddes till följd av en muntlig överenskommelse långt tidigare än februari 2015. En sådan överenskommelse förelåg den 21 februari 2014 och den första á conto fakturan för leveranser under 2014 skickades till KB den 7 november 2014. Om förvaltningsrätten skulle anse att det är fråga om att den myndighetssamverkan som förekommit borde ha varit föremål för upphandling gör KB under alla förhållanden gällande att Depona framställt sitt yrkande om ogiltigförklaring av avtalet för sent.

En svårighet vid bestämmande av en fixerad tidpunkt i detta fall är att överenskommelsen inte är en anskaffning utan resultatet av en fortgående samverkan mellan KB och Riksarkivet i fråga om digitalisering av kulturarvet som inleddes genom projekten Digidaily I och II. Formerna för samverkan mellan KB och Riksarkivet har löpande växt fram vilket gör att händelseförloppet varit flytande. Oaktat detta kvarstår det faktum att MKC från den 1 april 2014 och framåt, efter överenskommelse mellan KB och Riksarkivet den 21 februari 2014, löpande ansvarat för KB:s digitalisering av pliktlevererade dagstidningar varvid KB i gengäld kompenserat Riksarkivet för detta arbete.

Den 21 februari 2014 hölls ett möte mellan olika representanter för KB och Riksarkivet. Vid mötet diskuterades det framtida samarbetet för digitalisering av pliktleveranser av dagstidningar. Myndigheterna kom överens om att MKC från den 1 april 2014, dvs. i direkt anslutning till att Digidaily-projekten avslutats, skulle ta emot de cirka 300 titlar dagstidningar som är föremål för pliktleverans för digitalisering. De dåvarande myndighetscheferna beslutade att en skriftlig överenskommelse, som var baserad på det som diskuterats vid mötet, skulle tas fram. Redan vid denna tidpunkt fanns således en bindande överenskommelse mellan KB och Riksarkivet om att MKC från den 1 april 2014 skulle ta emot och digitalisera pliktlevererade dagstidningar mot ersättning från KB.

Information om överenskommelsen och det förhållandet att MKC från april 2014 även fortsättningsvis skulle ansvara för KB:s digitalisering av pliktlevererade dagstidningar gjordes bl.a. tillgänglig på KB:s webbplats "Pliktleverans av dagstidningar". Informationen på KB:s hemsida ger stöd för att KB:s och Riksarkivets samverkan om digitalisering av pliktlevererade dagstidningar fullgjordes från den 1 april 2014. Det förhållandet att Riksarkivet sedan den 1 april 2014 fullgjort och begärt betalning för den digitalisering

som MKC utför till förmån för KB visar att överenskommelsen slöts den 21 februari 2014 och i vart fall varit i kraft sedan den 1 april 2014.

Myndigheterna tog efter mötet i februari 2014 gemensamt fram anvisningar, föreskrifter och rutiner för myndigheternas samverkan kring digitalisering av pliktlevererade dagstidningar samt pris. Detta tog viss tid och det var först den 14 februari 2015 som det skriftliga underlaget för överenskommelsen kom att undertecknas. Det ska dock betonas att det av överenskommelsen tydligt framgår att KB:s och Riksarkivets överenskommelse om digitalisering av pliktlevererade dagstidningar varit gällande allt sedan den 1 april 2014. Detta visar, sammantaget med att fullgörelse skett, att avtalsbundenhet mellan KB och Riksarkivet förelegat sedan i vart fall den 1 april 2014. Om förvaltningsrätten således inte skulle anse det styrkt att KB och Riksarkivet slöt avtal om digitalisering av pliktexemplar den 21 februari 2014, har avtalsbundenhet förelegat från den 1 april 2014.

Av de till överenskommelsen bifogade bilagorna framgår att dessa upprättats vid olika tidpunkter. En del tidigt under februari, mars och april 2014, ett fåtal under sommaren och tidig höst 2014 och ett större antal i november 2014. Detta händelseförlopp ger stöd för KB:s ståndpunkt att överenskommelsens skriftliga dokumentation kom att löpande färdigställas under det att överenskommelsen parallellt fullgjordes.

I bilaga 4.1 till överenskommelsen återfinns "Prisöverenskommelse". Av bilagan framgår att det avser pris för digitalisering av pliktleveranser och att priserna ska vara gällande från den 1 april 2014 till vidare. Bilagan är upprättad den 21 augusti 2014 och undertecknad av Riksarkivet och KB den 18 respektive 20 november 2014.

Om förvaltningsrätten inte skulle anse att överenskommelsen slöts den 21 februari och inte heller den 1 april 2014 måste avtalsbundenhet i vart fall ha

anses ha skett genom undertecknande av bilaga 4.1, Prisöverenskommelse, den 20 november 2014. Vid denna tidpunkt var för övrigt samtliga bilagor till överenskommelsen upprättade. Då ansökan om överprövning inkommit till förvaltningsrätten den 13 augusti 2015 är ansökan för sent ingiven och Depona således prekluderad rätten att begära överprövning av överenskommelsens giltighet. Rätteligen skulle ansökan om överprövning senast ha inkommit den 20 maj 2015.

KB bestrider att det förhållandet att det skriftliga underlaget för överenskommelsen undertecknats vid en annan tidpunkt än då överenskommelsen slöts utgör grund för förnyad upphandlingsplikt. Däremot kan en väsentlig förändring av ett tidigare upphandlat kontrakt innebära att ett nytt kontrakt anses ha träffats vilket, om det överstiger tröskelvärdena, möjligen borde ha varit föremål för upphandlingsförfarande för att inte strida mot reglerna om otillåten direktupphandling.

De ändringar som Depona åberopar till stöd för att det skriftliga underlaget av överenskommelsen inneburit en väsentlig förändring av överenskommelsen är villkoren för uppsägning respektive ändring av överenskommelsen. Villkoren för uppsägning samt ändring av överenskommelsen framgår i bilaga 2 till aktbilaga 1 under rubrikerna "Överenskommelsens giltighet" respektive "Ändringar i överenskommelsen". Av villkoren framgår att överenskommelsen är ett tillsvidareavtal med ett års uppsägningstid samt att parterna ägde rätt att påkalla förhandling om ändring i bilagorna och att en sådan ändring för att vara bindande krävde skriftlig form. KB anser att ingen förändring skett, än mindre en väsentlig förändring, av överenskommelsen sedan beslut om samverkan träffades eller heller under tiden från det att fullgörelse vidtagits sedan den 1 april 2014 till dess att det skriftliga underlaget var färdigställt.

Det ska även framhållas att för att kunna föranleda ogilfighet krävs att förändringarna är väsentliga, dvs. att de nya villkoren som påstås ha införts är sådana att de skulle ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet. De villkor som åberopats av Depona är kommersiella standardvillkor. Det finns därför ingen anledning att anta att de påstått nya villkoren skulle ha påverkat konkurrensmöjligheterna eller medfört att annan anbudsgivare antagits. KB bestrider således att de åberopade villkoren inneburit en väsentlig förändring av överenskommelsen.

Depona hävdar avslutningsvis att "utväxlade fakturor" och de undertecknade skriftliga dokumenten över överenskommelsen skulle medföra preskriptionsavbrott. Det är oklart från vilken upphandlingsrättslig grund som Depona härleder denna slutsats eftersom ordalydelsen i 16 kap. 17 § LOU är klar. Det saknas därför rättsliga förutsättningar för något "preskriptionsavbrott" enligt LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

För att förvaltningsrätten ska kunna pröva Deponas ansökan i sak krävs dels att LOU är tillämplig på det i målet aktuella avtalet, dels att ansökan har inkommit i rätt tid. Förvaltningsrätten prövar inledningsvis om LOU är tillämplig, dvs. om upphandlingsplikt har förelegat, och därefter om ansökan har inkommit i rätt tid.

Är LOU tillämplig?

Enligt KB omfattas inte den aktuella överenskommelsen av upphandlingsplikt. KB har till stöd för denna ståndpunkt i första hand gjort gällande att överenskommelsen inte utgör ett kontrakt i LOU:s mening. I andra hand har KB gjort gällande att det rör sig om en sådan myndighetssamverkan som enligt unionsrätten inte är upphandlingspliktig.

Utgör avtalet ett kontrakt i LOU:s mening?

För att upphandlingsplikt ska ha förelegat krävs att den aktuella överenskommelsen är ett kontrakt i LOU:s mening. Av 2 kap. 10 § LOU framgår att med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer avseende bl.a. tillhandahållande av tjänster. Förvaltningsrätten anser att överenskommelsen får anses vara ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor avseende tillhandahållandet av en tjänst. För att överenskommelsen ska anses utgöra ett kontrakt i LOU:s mening krävs härutöver att det har slutits mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer. I målet är ostridigt att KB är en upphandlande myndighet. Fråga blir då om den part som KB ingått det aktuella avtalet med (Riksarkivet) är en leverantör i LOU:s mening.

I 2 kap. 11 § LOU definieras begreppet leverantör som ”den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader”. Av praxis från EU-domstolen följer att begreppet leverantör ska tolkas vidsträckt (se bl.a. EU-domstolens avgörande i mål nr C-305/08 CoNISMa). Förvaltningsrätten anser att Riksarkivet i den i målet aktuella avtalsrelationen – i och med att myndigheten genom MKC på marknaden erbjuder tjänster avseende digitalisering – får ses som en leverantör i LOU:s mening. Det förhållandet att KB har slutit det aktuella avtalet med en annan myndighet (Riksarkivet) innebär därför, enligt förvaltningsrättens mening, inte att det inte skulle kunna röra sig om ett kontrakt enligt LOU.

För att den i målet aktuella överenskommelsen ska anses utgöra ett upphandlingskontrakt krävs även att överenskommelsen inte reglerar transaktioner som sker internt inom den egna verksamheten. För att avgöra om så är fallet anser förvaltningsrätten att en bedömning måste göras om KB och

Riksarkivet är så fristående från varandra att ett köp dem emellan inte kan karaktäriseras som ett uttryck för egenregiverksamhet (jfr NJA 2001 s. 3). Det förhållandet att de båda myndigheterna ingår i samma juridiska person innebär, enligt förvaltningsrättens mening, inte nödvändigtvis att undantag från upphandlingsskyldighet föreligger. Med hänsyn till att KB och Riksarkivet tillhör olika departement, har olika budgetar, olika instruktioner samt styrs av olika regleringsbrev bedömer förvaltningsrätten att de båda myndigheterna är så pass fristående från varandra att de sinsemellan kan ingå upphandlingskontrakt. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund härav att den i målet aktuella överenskommelsen får anses utgöra ett kontrakt i LOU:s mening.

Är samarbetsundantaget tillämpligt?

KB har även åberopat att den aktuella överenskommelsen rör ett sådant samarbete mellan myndigheter som enligt unionsrätten är undantaget från upphandlingsplikt. KB har i denna del hänvisat till avgöranden från EU-domstolen samt till skäl 31 i det nya upphandlingsdirektivet (2014/24/EU). Förvaltningsrätten konstaterar i denna del inledningsvis att bestämmelser som utgör undantag från upphandlingsskyldighet ska tolkas restriktivt och att det är den som åberopar en undantagsbestämmelse som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantagsbestämmelsen kan tillämpas (se bl.a. mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, punkt 33.)

EU-domstolen har i bl.a. mål C-480/06 Hamburg prövat om ett avtal om visst samarbete som ingåtts mellan flera offentliga myndigheter borde ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande. Av avgörandet framgår att unionsrätten under vissa förhållanden inte kräver upphandling när två myndigheter samarbetar i allmännyttiga uppdrag. Någon bestämmelse om att denna typ av samarbeten ska vara undantagna från upphandlingsplikt finns inte i nu

gällande LOU, men har intagits i det nya upphandlingsdirektivet (2014/24/EU). Eftersom undantaget för myndighetssamverkan är en kodifiering av EU-domstolens praxis på området anser förvaltningsrätten att det aktuella undantaget bör vara tillämpligt i svensk rätt, trots att det nya upphandlingsdirektivet ännu inte genomförts i Sverige. Förvaltningsrätten anser därför att det finns skäl att pröva om det aktuella avtalet omfattas av undantaget om samverkan mellan upphandlande myndigheter.

I skäl 33 i det nya upphandlingsdirektivet anges bl.a. följande.

”Kontrakt för gemensamt tillhandahållande av offentliga tjänster bör inte omfattas av tillämpningen av reglerna i detta direktiv förutsatt att de har ingåtts uteslutande mellan upphandlande myndigheter, att genomförandet av samarbetet endast styrs av överväganden som sammanhänger med allmänintresset och att ingen privat tjänsteleverantör gynnas i förhållande till sina konkurrenter.”

I skäl 33 anges vidare att samarbetet för att uppfylla villkoren bör grundas på ett samarbetskoncept. En förutsättning för att samverkansundantaget ska kunna tillämpas bör, enligt förvaltningsrättens mening, därför vara att avtalet inte bara innebär ett utövande av en uppgift mot ersättning, utan det bör krävas att samarbetet utöver detta omfattar ömsesidiga rättigheter och skyldigheter (se Europeiska kommissionens Arbetsdokument om tillämpning av EU:s upphandlingslagstiftning på relationer mellan upphandlande myndigheter [offentligt-offentligt samarbete], SEC[2011] s. 13).

Av det i målet aktuella avtalet framgår under rubriken *Parternas åtaganden m.m.* att Riksarkivet ”åtar sig på de villkor och under de förutsättningar som anges i denna överenskommelse, att utföra digitaliseringen av de löpande pliktlevererade dagstidningarna.” Av överenskommelsen framgår inte att KB har något annan skyldighet förutom att erlagga betalning för de tjänster som Riksarkivet utför. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att det ifrågasatta avtalet inte innebär ömsesidiga förpliktelser som går utöver utö-

vandet av en uppgift mot ersättning. Det av KB åberopade samarbetsundantaget bedöms därmed inte vara tillämpligt på det aktuella avtalet. Det har enligt förvaltningsrättens mening inte heller framkommit att den ingångna överenskommelsen av annan anledning skulle vara undantagen från upphandlingsplikt. Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten att KB inte visat att LOU inte är tillämplig för den i målet aktuella anskaffningen. Förvaltningsrätten har vid denna bedömning att pröva om ansökan har inkommit i rätt tid.

Har ansökan inkommit i rätt tid?

Av 16 kap. 17 § första stycket LOU framgår att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Det finns inte något krav i LOU eller de bakomliggande direktiven på att avtal måste upprättas skriftligen innan sexmånadersfristen börjar löpa. Av prop. 2001/02:142 s. 100 framgår att det inte heller varit lagstiftarens avsikt att det ska finnas något krav på skriftligt avtal. Vidare anges bl.a. följande i prop. 2009/10:180 s. 169. Ogiltigförklaring av ett avtal är en mycket ingripande åtgärd. Upphandlande myndigheter bör därför vid någon tidpunkt kunna vara säkra på att ett avtal som slutits inte kan komma att förklaras ogiltigt. De i ändringsdirektivet angivna minimumfristerna bedöms därför vara väl avvägda och längre tidsfrister bör därför inte införas i LOU.

Enligt förvaltningsrättens mening följer det av 16 kap. 17 § LOU att det är tidpunkten för den civilrättsliga avtalsbundenheten som utlöser sexmånadersfristen. För att förvaltningsrätten ska kunna pröva Deponas ansökan krävs således att den kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att ett bindande avtal avseende digitalisering har ingåtts mellan KB och Riksarkivet. Deponas ansökan om överprövning inkom till förvaltnings-

rätten den 13 augusti 2015. För att ansökan ska ha inkommit i rätt tid krävs därför att det aktuella avtalet inte har ingåtts före den 13 februari 2015.

I doktrin anges att det i de flesta fall är tillräckligt med en överenskommelse eller ett utbyte av samstämmiga viljeförklaringar för att ett bindande avtal ska anses ha kommit till stånd. Det är inte ovanligt att parterna genom särskilda klausuler försöker formalisera avtalsingåendet, exempelvis genom en klausul som föreskriver att avtalet ska vara bindande först då det undertecknats (se Adlercreutz, Gorton; "Avtalsrätt I", 13:e upplagan, s. 93).

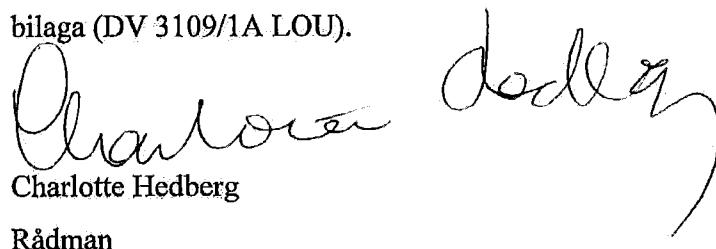
Av utredningen i målet framgår att KB och Riksarkivet den 14 februari 2015 har undertecknat en överenskommelse om löpande digitalisering av pliktlevererade dagstidningar. I överenskommelsen har angetts att överenskommelsen gäller från och med den 1 april 2014. Av överenskommelsen framgår att Riksarkivet åtar sig att utföra löpande digitalisering i enlighet med vad som anges i överenskommelsen och de bilagor som ingår i överenskommelsen. I de bilagor som tillhör överenskommelsen regleras vad som ska gälla avseende Kvalitet, Säkerhet, Destruktion av material, Ersättning och betalning, Leveranser samt Rutiner och möten. Samtliga bilagor till överenskommelsen har upprättats före det att överenskommelsen i sin helhet undertecknades den 14 februari 2015. En av bilagorna som benämns *Prisöverenskommelse* har upprättats den 21 augusti 2014 och undertecknats den 18 respektive den 20 november 2014 av företrädare för Riksarkivet och KB. Av prisöverenskommelsen framgår att de i prisöverenskommelsen angivna priserna ska gälla från 1 april 2014 och tills vidare. Det har varken i överenskommelsen eller någon av dess bilagor intagits någon klausul om att avtalsbundenhet uppkommer först vid undertecknande.

Förvaltningsrätten anser att KB och Riksarkivet i vart fall den 20 november 2014 – i samband med att båda parterna undertecknat prisöverenskommelsen – får anses ha ingått ett bindande avtal om digitalisering av pliktleve-

rade dagstidningar. Det har, enligt förvaltningsrättens mening, inte framkommit att några väsentliga förändringar av avtalet har gjorts efter detta datum, som gör att KB skulle kunna anses ha tilldelat ett nytt kontrakt med nya villkor (jfr mål C-454/06 Presstext). Den kontraktskrivning som skett först den 14 februari 2015 får, enligt förvaltningsrätten, därför enbart ses som en bekräftelse av ett redan ingånget avtal. Förvaltningsrätten anser att det i målet aktuella avtalet därmed har slutits den 20 november 2014 och att det är från detta datum som sexmånadersfristen för att ansöka om överprövning ska räknas. Det förhållandet att det efter detta datum har utväxlats fakturor mellan parterna föranleder inte förvaltningsrätten att göra en annan bedömning. Eftersom ansökan inkommit till förvaltningsrätten mer än sex månader efter den 20 november 2014 har ansökan inte inkommit i rätt tid. Förvaltningsrätten anser därför att ansökan ska avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).


Charlotte Hedberg
Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten 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 kamrarrätten fördras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrarrätten 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten.

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.

