



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LULEÅ**

Enhet 1

**DOM**  
2015-12-03  
Meddelad i  
Luleå

Mål nr  
1210-15

**SÖKANDE**

L-Line Rederi Aktiebolag, 556450-0188

Ombud: Advokat Kristian Pedersen  
Advokatfirman Kahn Pedersen KB  
Box 16119  
103 23 Stockholm

**MOTPART**

Luleå kommun  
971 85 Luleå

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015-12-04	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

## BAKGRUND

Under hösten 2014 utannonserade Luleå kommun (kommunen) en upphandling genom förenklat förfarande gällande viss turbåtstrafik i Luleå skärgård.

Inga anbud inkom inom fristen att lämna anbud varpå kommunen genomförde en direktupphandling och tecknade avtal med Laponia Rederi AB (Laponia).

## PARTERNAS INSTÄLLNING

### Vad L-Line Rederi Aktiebolag framför

L-Line Rederi Aktiebolag (L-Line) yrkar att förvaltningsrätten beslutar att avtalet mellan kommunen och Laponia förklaras ogiltigt och framför sammanfattningsvis följande.

Kommunen har brutit mot bestämmelserna i LOU genom att sluta ett avtal utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU och utan att förutsättningarna för direktupphandling varit uppfyllda.

En upphandlande myndighet kan inte genomföra en direktupphandling med hänvisning till att inga anbud inkommit om anledningen till detta är att förfrågningsunderlaget är utformat på ett otillåtet sätt som tvingar anbudsgivarna att avstå från att lämna anbud.

Anledningen till att inga anbud inom, är enligt L-Lines mening att det är omöjligt att uppfylla kraven i upphandlingen då anbudsgivarna skulle vara tvungna att intyga att de accepterade avtalsvillkor som står i strid med tvingande sjörättslig lagstiftning.

Enligt force majeure-klausulen i 2012 års avtal utgjorde det inte ett avtalsbrott om leverantören inte fullgjorde sina förpliktelser enligt avtalet om detta bl.a. berodde på "otjänlig väderlek som kan innebära ej garanterad trafiksäkerhet".

Detta innebar att 2012 års avtal medgav rätt för leverantören att agera i enlighet med tvingande sjötrafikkraftslig lagstiftning och exempelvis ställa in trafiken eller avstå från att trafikera vissa hamnar om väderleken var så otjänlig att trafiksäkerheten inte kunde garanteras.

I aktuell upphandling saknas denna formulering om "otjänlig väderlek" som gör det ursäktligt för att leverantören inte fullgör sina förpliktelser enligt avtalet.

Avtalet i upphandlingen kräver att leverantören bedriver trafiken och trafikerar alla hamnar även vid otjänlig väderlek då säkerheten inte kan garanteras. Leverantören är med andra ord skyldig att bedriva trafiken oavsett väderförhållanden, så länge det inte är fråga om en naturkatastrof.

Detta strider mot tvingande sjörättslig lagstiftning som anger att det är befälhavaren som har ansvaret för och beslutanderätten i frågor om säkerheten ombord, exempelvis 6 kap. 2 § sjölagen (1994:1009).

Vidare finns bestämmelser i 6 kap. 1 § första stycket p. 1 fartygssäkerhetslagen (2003:364) om att ett fartygs resa får förbjudas om det finns skälig anledning att anta att väder- eller sjöförhållandena är så ogynnsamma att resan skulle innebära allvarliga risker för människor eller miljön.

Även Transportstyrelsen, som är tillsynsmyndighet, har bekräftat att det inte är möjligt att avtala eller förhandla bort det sjörättsliga regelverket om

befälhavarens ansvar för att besluta om när det är säkert att framföra fartyget.

Leverantörerna har inte med tillräcklig säkerhet kunnat uppfatta bestämmelserna så att "otjänlig väderlek som kan innebära ej garanterad trafiksäkerhet" skulle betraktas som force majeure. Tvärtom har det faktum att klausulen utgått utgjort eller i vart fall med fog kunnat uppfattas som en tydlig signal om att otjänligt väder inte framgent skulle anses utgöra force majeure.

Vitessanktionen har i avtalet tydligt kopplats till avvikelser som "inte beror på faktorer i force majeure".

Genom att i avtalet gällande upphandlingen kräva, vid hot om avtalsvite och andra sanktioner, att avtalsförpliktelse ska fullgöras under sådana förhållanden då trafiksäkerheten inte kan garanteras av befälhavaren, har kommunen således utformat förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att alla presumtiva anbudsgivare tvingats att avstå från att lämna anbud i upphandlingen då de annars skulle riskera att måsta bryta mot tvingande sjörättslig lagstiftning.

Detta är skälet till att L-Line inte kunnat lämna anbud och även enligt L-Lines mening skälet till att de andra leverantörerna som begärt ut förfrågningsunderlaget inte lämnat anbud i upphandlingen.

Leverantörerna måste tillåtas att efter eget omdöme bedöma väderförhållandena och den fara som väderförhållandena innebär och avsaknandet av sådan rätt har haft en tillbakadragande effekt på potentiella leverantörer.

Det är således kommunens eget agerande i form av den bristfälliga utformningen av upphandlingen som inneburit att konkurrensutsättningen misslyckats.

Det har inte funnits endast ett begränsat intresse från andra leverantörer. Förklaringen till varför vitessanktionen införts och hur den tillämpats i praktiken har inte kunnat utläsas i förfrågningsunderlaget.

Att kommunen nu vid tillämpning av avtalet godkänner avvikelser p.g.a. otjänlig väderlek innebär inte att principerna om likabehandling och transparens har upprätthållits utan väcker misstankar om att den som erhållit avtalet fått underhandsinformation om hur avtalet skulle tillämpas.

Det är kommunen som ska visa att de haft rätt att genomföra direktupphandlingen. De har lidit skada då de inte fått delta i en korrekt utannonserad upphandling.

En betydande del av de inställda båtturena när de var leverantör har berott på brister i kommunens omsorg om sjöfartsområdena vilket även påpekats av dem och Transportstyrelsen. L-Line har även varit aktiva i kommunikationen med kommunen.

L-Line åberopar bl. a. tidigare gällande avtal mellan L-Line och kommunen, e-postkorrespondens med kommunen, minnesanteckningar angående tillgängligheten till vissa öar, yttrande den 1 april 2015 och e-post från Transportstyrelsen, artiklar från Norrländska Socialdemokraten samt skrivelse från Konkurrensverket.

**Vad kommunen framför**

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och framför i huvudsak följande.

Den uppkomna situationen, att inga anbud inkom, var sådan att kommunen rätteligen kunde vända sig till en leverantör och genomföra en direktupphandling.

Kontrakt med likalydande villkor som vid den tidigare påbörjade upphandlingen ingicks med Laponia den 22 december 2014.

Sökanden hävdar efter nära åtta månader efter att fristen för att lämna anbud löpt ut att kommunens krav i upphandlingen var omöjliga att uppfylla. Detta eftersom de ställda kraven skulle tvinga leverantörer att bryta mot tvingande sjörättslig lagstiftning.

Den del av turbåtstrafiken i Luleå skärgård som omfattas av det i målet aktuella avtalet har under åren 2012-2014 utförts av L-Line, dvs. sökanden i detta mål. Trafiken har under denna tid präglats av stora problem och de av sökanden åberopade tidningsartiklarna ger en bild av problematiken.

Sammanfattningsvis har problemen bestått i att turer ställts in i väldigt hög omfattning, att trafiken periodvis ha stått helt stilla och att L-Line inte lämnat någon förklaring till kommunen varför trafiken ställts in.

Information till passagerarna från L-Lines sida vid inställda turer har också varit bristfällig. En överenskommelse träffades om att L-Line skulle underätta kommunen om inställd trafik via sms-meddelanden, vilket dock aldrig skedde. Kommunen har inte heller kunnat lämna någon sådan information till passagerarna då kommunen haft svårt att komma i kontakt med L-Line.

De gånger som kommunen fått kontakt har ibland skadad båt angetts som skäl för inställd trafik men oftast har L-Line hänvisat till strecksatsen i klausulen om force majeure i det då gällande avtalet om "otjänlig väderlek som kan innebära ej garanterad trafiksäkerhet."

Kommunen är väl medveten om att förhållandena i Bottenviken kan vara sådana att förseningar inträffar för att hamnar inte kan angöras på grund av hård blåst eller att turer måste ställas in av andra skäl med hänsyn till passagerares säkerhet, miljö etc. och att också andra situationer kan uppstå där befälhavaren bedömer att trafiken måste ställas in på grund av det sjörättsliga regelverket eller annan lagstiftning.

Detta ingår som ett naturligt inslag i den verksamhet som det är fråga om. Kommunen skulle se mycket allvarligt på om en leverantör utsatte passagerare och andra för fara och ställer sig helt främmande inför tanken på att utforma ett avtal gällande passagerartrafik till sjöss med innebörden att leverantören, för att undgå skyldighet att erlagga vite, måste köra oavsett väder och äventyra passagerarnas säkerhet i strid med tillämpliga regler för trafikens bedrivande.

Det nu aktuella avtalet från den 22 december 2014 är inte heller utformat på det sättet vilket framgår om avtalet läses i sin helhet.

Att "otjänlig väderlek" inte längre räknas upp bland exempel på force majeure-händelser i det aktuella avtalet menar sökande beror på att leverantören skulle vara skyldig att bedriva trafiken oavsett väderförhållanden, vilket inte är fallet.

Däremot har kommunen konstaterat att den tidigare avtalskonstruktionen där "otjänligt väder som kan innebära ej garanterad trafiksäkerhet" uttryck-

ligen angavs som en force majeure-händelse som utgjorde grund för befrielse från att leverera enligt avtalet inte har fungerat.

Kommunen har inte ansett sig kunna acceptera inställda turer i den omfattning som varit fråga om under tiden trafiken bedrevs av L-Line. Kommunen har därför ansett det vara helt nödvändigt med någon form av sanktionsmöjlighet gentemot en leverantör som utan förklarliga skäl och utan att meddela kommunen ställer in trafiken. Det är mot den bakgrunden kommunen infört regleringen gällande vite i avtalet.

I bestämmelsen gällande vite, i punkten 1.1.20, anges att alla avvikelser omgående ska rapporteras till kommunen via telefon eller mail enligt vad som närmare anges i kravspecifikationen och en skriftlig avvikelserapport enligt en särskild blankett ska senast en vecka efter avvikelserapporten lämnas till kommunen.

I kravspecifikationen definieras vad som avses med avvikelser och där framgår bland annat om avvikelse från turlistan sker om högre omfattning än 30 minuter.

Vidare framgår i punkten 1.1.20 att vite utgår för inställd eller inte utförd planerad trafik som inte beror på faktorer i force majeure. I sista meningen i bestämmelsen anges också att ”vite utgår inte vid inställd eller begränsad trafik, som beställaren och säljaren är skriftligen överens om”.

Kommunen har i det nu gällande avtalet genom konstruktionen med avvikelserapportering som ska godkännas av kommunen velat förvissa sig om att leverantören meddelar kommunen om turer ställs in eller om det förekommer omfattande förseningar etc.



När det gäller väderförhållandena och bedömningen av huruvida båten är i skick att framföras på ett säkert sätt i enlighet med gällande föreskrifter måste det givetvis vara befälhavaren som gör dessa bedömningar.

I de fall det vid en försenad eller inställd tur ges in en avvikelserapport enligt avtalet där skälen anges till varför trafiken har blivit försenad eller ställts in, vare sig detta beror på väderförhållanden, tekniskt fel, fysiskt hinder eller annat, så är inte avsikten att vite ska utgå.

Då föreligger enligt kommunens uppfattning en överenskommelse som innebär befrielse från att utge vite.

Nuvarande leverantör har hittills, den 3 augusti 2015, lämnat två avvikelserapporter och i båda fallen erhöll kommunen helt i enlighet med avtalet omgående en rapport om vad som inträffat, vilket gjorde att passagerare kunde informeras.

Avvikelserna bestod ena gången av ett tekniskt problem som medförde försening och en dag rådde vindförhållanden som gjorde att fartyget Symfoni, inte kunde köra första turen till Junkön och inte alls till Brändöskär. Kommunen har givetvis godkänt avvikelserna och inget vite ska utgå.

Avtalet är således utformat på det sättet att vite förbehålls de situationer där leverantören utan att meddela kommunen efter eget gottfinnande och med slentrianmässig hänvisning till att "otjänlig väderlek" råder ställer in turer.

Det finns flera omständigheter som starkt talar mot att leverantörer skulle ha uppfattat avtalet på det sätt som klaganden nu vill göra gällande. Påståendet om att avtalet skulle tvinga leverantörer att bryta mot lag görs sex

månader efter att ett avtal ingåtts. Avtal har ingåtts med samma villkor avseende vite.

Kommunen kan genom kontroll konstatera att 20 hämtningar av förfrågningsunderlaget gjordes. Vilka överväganden som gjorts och av vilka skäl anbud inte lämnats in, är inte känt för kommunen. Erfarenhet från tidigare upphandlingar av turbåtstrafik i Luleå skärgård säger att tillgången på leverantörer som har intresse av att köra turbåtstrafik i Luleå skärgård är ytterst begränsad.

Även tidigare har många förfrågningsunderlag hämtats ut men endast två rederier, L-Line och Condor shipping, har visat intresse av att faktiskt leverera tjänsten.

Ingen leverantör har heller, via kommunens internlänk, i enlighet med förfrågningsunderlaget ställt någon fråga angående upphandlingen. Om presumtiva anbudslämnare, såsom L-Line, skulle ha uppfattat en så allvarlig brist i förfrågningsunderlaget som att det skulle strida mot det sjörättsliga regelverket, menar kommunen att det är troligt att åtminstone någon fråga/synpunkt i det ämnet skulle ha inkommit.

Vidare har ingen ansökt om överprövning av upphandlingen. Allt detta talar enligt kommunens uppfattning mot att presumtiva anbudsgivare skulle ha uppfattat avtalet på sätt som sökanden nu gör gällande.

Förbud att resa enligt 6 kap. 1 § fartygssäkerhetslagen efter beslut från Transportstyrelsen faller under force majeure även som klausulen nu utformats.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 2 § andra stycket LOU ska 15 kap. i lagen tillämpas bl. a. i fråga om offentlig upphandling som avser B-tjänster.

I bilaga 3 till LOU "Förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster)" anges att sjötransport tillhör kategori 19.

Enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU får direktupphandling användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i det fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

I 4 kap. 5 § LOU anges att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som bl. a. avser varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats in några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

Enligt 16 kap. 13 § första stycket p. 1 LOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU d.v.s. vid otillåten direktupphandling.

### Förvaltningsrättens bedömning

Det är i målet ostridigt att det inte inkom några anbud när kommunen initialt annonserade om upphandlingen gällande turbåtstrafik i Luleå skärgård.

Kommunen har vidare uppgett att ingånget avtal efter direktupphandling med Laponia, har likalydande villkor som den initialt påbörjade och annonserade upphandlingen vilket inte heller bestritts av L-Line.

Det kan sättas ifråga om förvaltningsrätten ska pröva invändningar mot förfrågningsunderlaget i sak inom ramen för detta mål som gäller fråga om avtals ogiltighet. Vid en samlad bedömning av vad som framkommit i målet bör dock så ske.

Påföljder vid avtalsbrott regleras i punkten 2.1.20 i förfrågningsunderlaget. Där framgår att kommunen om leverantören brister i sina åtaganden har rätt att göra gällande en eller flera av där nämnda påföljder, bl.a. ersättning i form av vite men även rättelse, upprättande av åtgärdsplan eller utkrävande av kompensation.

Redan av dessa förhållanden framgår att vite inte är en nödvändig påföljd av en eventuellt brist i uppfyllandet av avtalet.

Av punkten 2.1.21 avseende viten framgår visserligen att vite skall utgå för inställd eller icke utförd planerad trafik som inte beror på faktorer i force majeure.

Dock framgår av samma punkt att sådant vite inte ska utgå för inställd eller begränsad trafik som beställaren och säljaren skriftligen är överens om.

Det framgår inte att detta innebär att en överenskommelse måste nedtecknas i pappersform.

Förvaltningsrätten kan inte se att förfrågningsunderlagets lydelse innebär att det är rimligt för en normalförsiktig leverantör av transportjänster med båt att tolka förfrågningsunderlaget på så sätt att avtalet innebär att en leverantör kan måsta utföra tjänsten även om utförandet av denna strider mot sjörättslig lagstiftning eller annars skulle utsätta kommuninnevånarna eller miljön inom kommunen för beaktansvärda risker.

Detta gäller även med beaktande av att klausulen om force majeure vid tidigare upphandlingar innehållit en klausul som särskilt behandlat trafik-säkerhet.

Därvid kan särskilt nämnas att force majeure gäller förhållanden som en leverantör inte skäligen kunnat räknat med och dit hör, enligt förvaltningsrätten, inte vid båttrafik naturliga trafikstörningar till följd av bl.a. väderförhållanden.

L-Line har anfört att den troliga orsaken till uteblivna anbud vid annonseringen varit den att kommunen utformat kraven i upphandlingen på så sätt att presumtiva anbudsgivare tvingats att avstå från att lämna anbud.

Förvaltningsrätten bedömer inte att förfrågningsunderlaget är utformat på så sätt att normalt omsorgsfulla anbudsgivare ansett sig vara förhindrade att uppfylla villkoren kommunen ställt upp.

Även om det som i alla förfrågningsunderlag finns vissa otydligheter kan det inte anses ha framkommit sådana otydligheter eller andra brister som innebär att bestämmelserna i LOU eller unionsrätten har åsidosatts.

Förvaltningsrätten bedömer istället att vad som framkommit i målet innebär att det är visat att förutsättningarna för att direktupphandla i enlighet med 15 kap. 3 § LOU varit uppfyllda om att det därför inte funnits skäl att utföra annonsering enligt 15 kap 4 § LOU.

Det kan inte heller anses ha framkommit att den nu anlitade leverantören har särbehandlats på det sätt som bolaget misstänker eller att kommunen i övrigt har åsidosatt bestämmelserna i LOU eller unionsrätten.

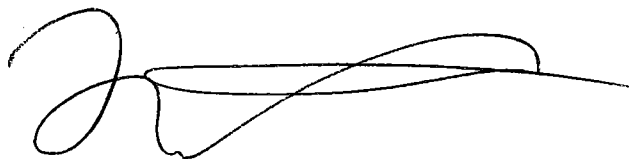
Eftersom förutsättningarna för kommunen att använda sig av direktupphandling varit uppfyllda finns det inte grund för att förklara kommunens avtal med Laponia ogiltigt enligt 16 kap. 13 § första stycket p. 1 LOU.

Vad L-Line i övrigt har anfört, de handlingar de gett in och det som i övrigt har framkommit i målet kan inte föranleda någon annan bedömning

L-Lines ansökan om överprövning ska därför avslås.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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



Jonas Hägerlind

Carola Andersson har föredragit målet.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

**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 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.