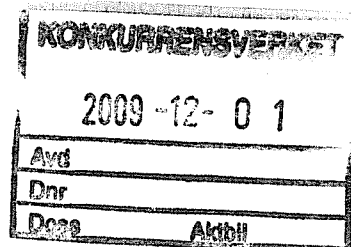




KLAGANDE

Stenungsunds kommun
STO-Upphandling
Strandvägen 15
444 82 Stenungsund



MOTPART

Ellös Buss AB, 556666-6938
Klockarebergsvägen 3
474 32 Ellös

Ombud: Advokaten Kaisa Adlercreutz och jur. kand. Joel Gustavsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 119 18
404 39 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Göteborgs beslut den 24 juli 2009 i mål nr 5657-09,
se bilaga A

SAKEN

Interimistiskt förordnande i överprövning enligt lagen (2007:1091) om
offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och undanröjer länsrättens interi-
mistiska beslut.

YRKANDEN M.M.

Stenungsunds kommun yrkar att kammarrätten upphäver länsrättens interi-
mistiska beslut. Till stöd för sin talan anför kommunen bl.a. följande. Enligt
16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan
komma att lida skada ansöka om åtgärder enligt LOU. Bestämmelsen i 16

För häruddom

kap. 2 § andra stycket LOU motsvarar 7 kap. 2 § i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Av specialmotiveringen till den senare paragrafen (se prop. 2001/02:142 s.102) framgår att bestämmelsen innehåller en särreglering när det gäller de interimistiska besluten och att bestämmelsen i 28 § förvaltningsprocesslagen (FPL) inte är tillämplig. Laglig grund för interimistiskt förordnande enligt 28 § FPL föreligger således inte i mål enligt LOU. Om kammarrätten ändå skulle finna att 28 § FPL är tillämplig i förevarande mål ska beaktas att kommunen inte har genomfört en otillåten direktupphandling. Det är inte heller sannolikt att Ellös Buss AB:s ansökan om överprövning kommer att vinna framgång. Kommunen har tecknat avtal med Orustrafiken efter ett förhandlat förfarande med stöd av 4 kap. 5 § 3 p. LOU. Det har uppstått en tidsnöd som inte är hänförlig till kommunens eget agerande och därmed har kommunen haft stöd för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Avtalet var avsett att vara tillfälligt och slöts med Orustrafiken som bedömdes ha bäst förutsättningar att uppfylla avtalet. Kommunen har inte haft för avsikt att trotsa domstolens beslut och har inte brutit mot reglerna i LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Det är också viktigt att beakta att viktiga samhällsfunktioner står på spel och då får med hänsyn till proportionalitetsprincipen inte 4 kap. 5 § 3 p. LOU tolkas alltför restriktivt. LOU måste alltid ställas mot andra viktiga intressen. Kommunen är skyldig enligt lag att tillhandahålla skolskjuts och skolbarnen har skolplikt. Utebliven skolskjuts skulle innebära en mycket kaotisk situation där kommunen inte bara bryter mot lagen, utan även andra viktiga samhällsfunktioner kan komma att påverkas. Kommunen har därför hos länsrätten hemställt om förhandsbesked från EG-domstolen i denna fråga. Ellös Buss AB har inte heller lidit någon skada på grund av förfarandet vid upphandlingen.

Ellös Buss AB bestrider bifall till STO:s överklagande avseende länsrättens interimistiska beslut den 24 juli 2009 och anför bl.a. följande. Oaktat på vilken bestämmelse länsrätten grundar sitt interimistiska beslut har en adekvat skadebedömning vidtagits. Det framgår av länsrättens beslut att det

framstår som sannolikt att bolagets ansökan om överprövning kommer att bifallas. Vikten av interimistiskt beslut är avhängig övriga sakomständigheter. Bestämmelsen i 16 kap. LOU avseende överprövning nämner enbart situationen med tillåtna direktupphandlingar. Det aktuella målet rör sig om otillåten direktupphandling. Med hänsyn till den allvarliga överträdelse av LOU som en otillåten direktupphandling utgör är det av stor betydelse att en domstol även här har möjlighet att meddela interimistiskt beslut. Den möjlighet som finns att rättsligt pröva lagligheten av en otillåten direktupphandling skulle annars riskera att bli uddlös. Möjligheten att tillämpa 28 § FPL föreligger därmed för aktuell situation. Länsrätten har även, i enlighet med vad som gäller enligt 28 § FPL, gjort en erforderlig materiell prövning med syftet att bedöma det aktuella målets utgång. Då det vid otillåten direktupphandling regelmässigt föreligger tecknat avtal bör ett interimistiskt beslut innebära att detta avtal inte får tas i anspråk. Mot denna bakgrund saknas skäl att upphäva det interimistiska beslutet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i förevarande mål är om det funnits förutsättningar för länsrätten att enligt 28 § FPL interimistiskt förordna att kommunen inte får ta det ingångna avtalet med Orustrafiken i anspråk eller i övrigt utnyttja det.

Av 28 § FPL framgår att en domstol som ska pröva ett överklagande får bestämma att det överklagade beslutet tills vidare inte ska gälla och även i övrigt förordna i saken. Vidare framgår av 2 § samma lag att om det i lag eller författning som beslutats av regeringen har meddelats bestämmelse som avviker från denna lag, gäller den bestämmelsen.

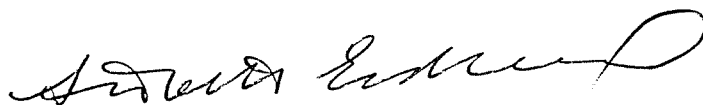
Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU hos en allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf. Rätten får enligt 16 kap. 2 § andra stycket LOU omedelbart besluta att upp-

handlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

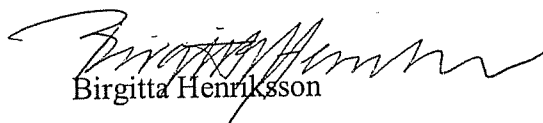
Kammarrätten gör bedömningen att nämnda paragraf i LOU måste anses uttömmande och således borde betraktas som en avvikande och inte en kompletterande bestämmelse till regleringen i FPL, jfr. prop. 2001/02:142 s.102.

Länsrätten har därmed inte haft fog för att tillämpa 28 § FPL i förevarande fall. Det interimistiska förordnandet ska därför undanröjas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)



Lisbeth Edlund

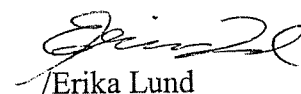


Birgitta Henriksson



Lennart Berglund

referent



Erika Lund

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

BESLUT
2009-07-24
Meddelat i Göteborg

Mål nr
5657-09 E
Rotel 22

Ab3

Bilaga A

SÖKANDE

Ellös Buss AB, 556666-6938
Klockarebergsvägen 3
474 32 Ellös

Ombud:

Advokaten Kaisa Adlercreutz
Jur.kand. Joel Gustavsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

STO-Upphandling
Stenungsunds kommun, Orust kommun
473 80 Henån

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU);
nu fråga om interimistiskt förordnande

BESLUT

Länsrätten förbjuder STO att ta i anspråk eller i övrigt utnyttja det ingångna avtalet med Orusttrafiken innan länsrätten har beslutat något annat.

Beslutet gäller omedelbart.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

STO-Upphandling, upphandlande myndighet för kommunerna Stenungsund och Orust (nedan benämnd STO), inbjöd genom förfrågningsunderlag daterat den 6 februari 2009 leverantörer att lämna anbud avseende skolskjutstrafik för Stenungsunds kommun. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande och sista anbudsdag var den 2 april 2009. I tilldelningsbeslut daterat den 28 april 2009 beslutade STO att anta Orustrafiken AB som leverantör av skolskjutsar. Ellös Buss AB (nedan benämnt bolaget) ansökte om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Genom dom den 26 juni 2009 i mål 3345-09 förordnade länsrätten att upphandlingen skulle göras om, bl.a. till följd av att förfrågningsunderlaget innehöll väsentliga brister. Den 29 juni 2009 träffade STO avtal med Orustrafiken AB gällande skolskjutstransporter med skolbuss.

Bolaget anför nu att avtalet från den 29 juni 2009 utgör en otillåten direktupphandling och yrkar att direktupphandlingen ska göras om och att länsrätten interimistiskt förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Bolaget anför i huvudsak följande. STO har tecknat avtalet utan att beakta länsrättens ovan nämnda avgörande i mål 3345-09. Trots den kritik som har framförts mot den tidigare upphandlingen och trots att STO på grund av länsrättens dom varit förhindrad att fullfölja upphandlingen (jfr RÅ 2005 ref 17) har någon ny annonsering inte skett. Istället har STO skrivit avtal med den i upphandlingen vinnande leverantören Orustrafiken. Avtalet som löper över ett år berättigar Orustrafiken till en ersättning om 5 185 000 kr vilket klart överstiger tröskelvärdet enligt LOU. Tilldelningen av avtalet skulle således ha upphandlats i enlighet med 4 kap. LOU. Då tilldelningen av avtalet inte har genomförts med iakttagande av formföreskrifterna i LOU utgör avtalstecknandet en direktupphandling. Eftersom den saknar stöd i LOU är den att kategorisera som en otillåten direktupphandling.

Vidare har avtalet skrivits på i stort sett samma villkor som gällde enligt det tidigare förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av detta samt att avtalet undertecknades den 29 juni 2009, dvs. enbart tre dagar efter länsrättens dom, står det klart att STO aldrig haft för avsikt att efterleva länsrättens eventuella förordnande. STO:s tillvägagångssätt är därför ett tydligt fall av domstolstrots. Detta felaktiga agerande förstärks av att avtalet löper under så pass lång tid som ett år vilket inte kan anses nödvändigt för det fall STO ansett att avtalet endast är en tillfällig lösning. Vidare har inte STO tillfrågat någon annan leverantör än Orusttrafiken. Även för det fall direktupphandlingen varit tillåten, vilket nu inte är fallet, har någon konkurrensut-sättning i vart fall inte skett.

En upphandlande enhets beslut att genomföra en otillåten direktupphandling strider mot de mest grundläggande principerna för offentlig upphandling vilka kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Principerna i 1 kap. 9 § LOU har därför under alla omständigheter inte iakttagits. En upphandling som inte har genomförts i enlighet med LOU kan förklaras ogiltig vilket även framgår av rättspraxis (jfr RÅ 2005 ref 10). Skyldigheten att erbjuda möjligheten att få ett beslut taget av en upphandlande enhet prövad inom ramen för överprövningsinstitutet, oavsett om detta beslut fattas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande, har också fastställts av EG-domstolen (jfr mål C-26/03 "Stadt Halle").

Det förhållande att avtal tecknats mellan STO och Orusttrafiken hindrar inte att länsrätten prövar en ansökan om överprövning då något meddelande om detta inte tillställts bolaget. Ett tilldelningsbeslut är heller inte möjligt vid en direktupphandling då det inte finns en bestämd krets till vilka ett sådant beslut ska tillställas. Den tidsfrist som anges i 16 kap. 1 § LOU har härav inte börjat löpa (se prop. 2001/02:142, s. 102 samt RÅ 2005 ref 10).

Till följd av att STO utan annonsering antagit anbud från Orusttrafiken har bolaget lidit eller kan komma att lida skada då bolaget inte har getts möjlighet att delta med anbud i direktupphandlingen. Även potentiella anbudsgivare har lidit skada eftersom de uteslutits från deltagande i direktupphandlingen. Om direktupphandlingen fullföljs lider bolaget skada eller kan komma att lida skada och den ska därför göras om.

- Bolaget har åberopat en handling kallad "Avtal gällande skolskjutstransporter med skolbuss", daterad den 29 juni 2009.

- Bolaget har vidare åberopat en handling kallad "Avtal gällande skolskjutstransporter med skolbuss", daterad den 6 februari 2009.

Bolaget har även åberopat Konkurrensverkets årsredovisning 2008, s. 31 och 32.

SKÄL FÖR BESLUTET

Enligt 16 kap. 2 § andra stycket LOU får länsrätten omedelbart besluta att en upphandling inte får avslutas innan rätten har gjort en slutlig prövning av sakfrågan. Länsrätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Beträffande förutsättningarna för ett interimistiskt beslut har länsrätten att göra en preliminär bedömning av om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan regel i LOU samt av huruvida detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Ett interimistiskt beslut enligt LOU ska ses just som en tillfällig åtgärd i avvaktan på det slutliga ställningstagandet. Ett sådant förordnande kan krävas för att göra det möjligt att överhuvudtaget kunna genomföra en överprövning av en viss upphandling (jfr RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17).

Av 16 kap 1 § andra stycket LOU framgår att en ansökan om överprövning av en upphandling inte får prövas då det är fråga om en direktupphandling och det finns ett avtal om upphandlingen. I tredje stycket samma bestämmelse stadgas att vid tillämpningen av annat förfarande än direktupphandling får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att 1). den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap 9 § LOU till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller 2). rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Av 28 § förvaltningslagen framgår att en domstol som ska pröva ett överklagande får bestämma att det överklagade beslutet tills vidare inte ska gälla och även i övrigt förordna i saken.

LÄNSRÄTTENS BEDÖMNING

Det framgår att den upphandlande enheten STO och Orustrafiken den 29 juni 2009 har slutit avtal gällande skolskjutsar med skolbuss för Stenungsunds kommuns räkning. Det framgår vidare att detta avtal i huvudsak innehåller samma villkor som även låg till grund för den upphandling som prövades av länsrätten den 26 juni 2009 i mål nr 3345-09, vari länsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om.

Värdet av det nu aktuella avtalet överstiger tröskelvärdet i LOU, vilket medför att avtalet således utgör en ekonomisk transaktion av ett sådant slag att det omfattas av reglerna kring direktivstyrda upphandlingar i LOU. Det har dock inte framkommit att STO och Orustrafiken vid slutande av avtalet och i enlighet med reglerna i LOU har ingått ett upphandlingskontrakt. Det framgår t.ex. att avtalet inte har annonserats, att det inte har tillkommit

i enlighet med gällande tidsfrister för anbudsgivare och att de inte finns något tilldelningsbeslut.

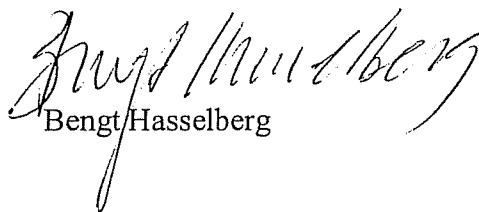
De omständigheter som bolaget har anfört kan således ha inneburit att STO som upphandlande enhet inte har uppfyllt sin skyldighet att tillämpa reglerna LOU i samband med inköpet av den tjänst som är i fråga, dvs. anordnandet av skolskjutsar för Stenungsunds kommun. Det framgår i regeringsrättens dom RÅ 2005 ref 10, det s.k. Ryanair-målet, att ett avtal som en upphandlande enhet har ingått utan att vid avtalets tillkomst iaktta sin skyldighet att tillämpa LOU inte kan utgöra ett hinder för överprövning. Länsrätten är därför i nuvarande skede – trots att ett civilrättsligt avtal föreligger mellan STO och Orusttrafiken – inte förhindrad att pröva ansökan om överprövning.

Länsrätten anser således att de omständigheter som bolaget har anfört kan ha inneburit att STO har brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan regel i lagen på så sätt att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada. Mot bakgrund av frånvaron av ett upphandlingskontrakt kan inte heller tiodagarsfristen enligt 16 kap. 1 § tredje stycket LOU anses ha börjat löpa. Frågan är då om det – för att bolaget inte ska fräntas möjligheten att få avtalet mellan STO och Orust prövat i enlighet med reglerna i LOU – finns anledning att förordna interimistiskt i målet och i så fall på vilket sätt.

Syftet med möjligheten att tillgripa interimistiska beslut på det vis som framgår enligt 16 kap. 2 § andra stycket LOU är att en upphandling tillfälligt ska kunna stoppa från att avslutas för att ge rätten möjlighet att göra en slutlig prövning av sakfrågan. Det framgår dock att det i förevarande mål redan finns ett avtal mellan STO och Orusttrafiken och att det således inte finns en pågående offentlig upphandling som kan stoppas i den mening som avses i nämnda lag. Likväl finns det ett behov av att i provisorisk ordning kunna pröva och eventuellt kunna förbjuda utnyttjandet av avtalet.

Mot denna bakgrund, och för att bolaget inte ska gå miste om sin rätt till överprövning, kan länsrätten även tillgripa den möjlighet till inhibition som anvisas i 28 § förvaltningsprocesslagen. Av vad som hittills framkommit, i synnerhet mot bakgrund av länsrättens tidigare, ovan nämnda dom mellan samma parter, framstår det som sannolikt att bolagets ansökan om överprövning kommer att bifallas. Länsrätten finner därför att STO enligt den sagda bestämmelsen ska förbjudas att ta i anspråk det ingångna avtalet med Orustrafiken innan länsrätten har beslutat något annat.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)


Bengt Hasselberg

/RS

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.