



**KLAGANDE**

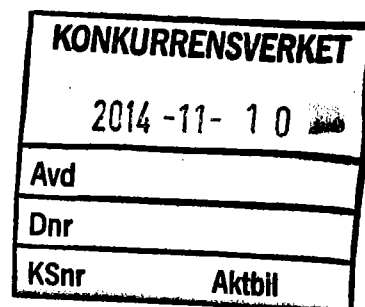
AB Dalatrafik, 556206-2470

Ombud: Advokaterna Per-Ola Bergqvist och  
Christoffer Löfquist  
Foyen Advokatfirma AB  
Södergatan 28  
211 34 Malmö

**MOTPART**

Nobina Sverige AB, 556057-0128

Ombud: Advokat Carl Bokwall och  
jur. kand Lina Håkansson  
Advokatfirman Cederquist KB  
Box 1670  
111 96 Stockholm



**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 1 juli 2014  
i mål nr 861-14, se bilaga A

**SAKEN**

Upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Nobina  
Sverige AB:s ansökan om att förklara avtalet med Sambus AB ogiltigt.

## BAKGRUND

Dalatrafik har genomfört Trafikupphandling 2012 (dnr 2012/130 U00). Nobina ansökte om överprövning av upphandlingen och Förvaltningsrätten i Falun har i lagakraftvunnen dom den 19 december 2013 beslutat att upphandlingen ska göras om. Dalatrafik har såvitt framgår påbörjat nytt upphandlingsförfarande med anledning av förvaltningsrättens dom.

Dalatrafik och Sambus har tecknat ett trafikavtal för Trafikområde 1, 2, 4, 5, 6 och del av trafikområde 3 som ska gälla under den tid som en ny upphandling av den nya trafiken genomförs. Trafiken enligt detta avtal startar den 1 juli 2014 och upphör med iakttagande av nio (9) månaders uppsägningstid när trafikstart sker enligt den nya upphandlingen.

## YRKANDEN

**AB Dalatrafik** (Dalatrafik) överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att kammarrätten ska avslå ansökan om överprövning av avtals giltighet från Nobina Sverige AB i dess helhet.

**Nobina i Sverige AB** (Nobina) bestrider bifall till överklagandet.

## VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

**AB Dalatrafik** anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Den nu överklagade domen angår och går Dalatrafik emot varför talerätt föreligger enligt 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL. En dom av innebörden att avtalet får bestå med stöd av 16 kap. 14 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF har betydelse för Dalatrafik eftersom en presumtiv anbudsgivare får

större möjlighet att driva en skadeståndstalan och eftersom Dalatrafik kan tvingas betala en upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LUF.

Dalatrafik ingick avtalet med Sambus med hänvisning till 4 kap. 2 § fjärde punkten LUF. Det ska föreligga tre förutsättningar för att tilldela kontrakt enligt denna punkt.

Det ska vara absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen och såsom förvaltningsrätten funnit har upphandlingen en stor samhällsekonomisk betydelse och är nödvändig för att ett flertal samhällsnyttiga verksamheter ska kunna bedrivas i länet efter den 30 juni 2014 då befintligt trafikavtal löper ut. Den andra förutsättningen som måste föreligga är att det föreligger synnerlig brådska som gör det omöjligt för den upphandlande enheten att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Såsom förvaltningsrätten funnit har det varit omöjligt för Dalatrafik att använda sig av de upphandlingsförfaranden som nämns ovan. Den tredje förutsättningen för att direktupphandla utan föregående annonsering är att brådskan i aktuellt fall har orsakats av omständigheter som inte har kunnat förutses av Dalatrafik.

Förvaltningsrätten anser att den synnerliga brådskan i aktuellt fall borde ha kunnat förutses av Dalatrafik och att förutsättningarna för att direktupphandla därmed inte förelåg. Dalatrafik delar dock inte den bedömningen.

Förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning när rätten funnit att avtalet ska bestå i enlighet med 16 kap. 14 § LUF eftersom förutsättningar för direktupphandling förelegat med stöd av 4 kap. 2 § fjärde punkten LUF. Tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering bör tillåtas och därmed finns inte stöd för att anse att avtalet är ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LUF. Förvaltningsrätten har motiverat sin tolkning med att Dalatrafik inte har

avsatt tillräckligt med tid i sin planering avseende eventuella överprövningsprocesser.

Vid planering av den nu aktuella upphandlingen hade Dalatrafik tillgång till Konkurrensverkets rapport 2012:3 "Siffror och fakta om offentlig upphandling" som publicerades april 2012. Enligt denna rapport var den genomsnittliga handläggningstiden för överprövningsmål som genomgår en tvåinstansprövning 5,3 månader. Dalatrafiks planering omfattade en tidsåtgång om sju månader för en överprövningsprocess. Med beaktande av detta borde Dalatrafik inte behöva förutsätta att processen bara i förvaltningsrätten ska pågå under sex månader. Handläggningstiden i förvaltningsrätten tog ungefär lika lång tid som den genomsnittliga tvåinstansprövningen av ett upphandlingsmål.

När det gäller upphandlingens art måste klargöras att det enbart rör sig om olika trafiklösningar och inte uppförande av någon avancerad byggnad eller liknande. Upphandlingen avser enbart trafiktjänster, som är relativt enkla att utföra. Upphandlingens omfattning är av sådan storlek att ett antal leverantörer på marknaden har kunnat lämna anbud vilket indikerar att upphandlingens omfattning inte är alltför stor utan relativt normal. Vad gäller komplexiteten kan konstateras att detta är en mycket vanligt förekommande upphandling. Dalatrafik anser att den aktuella upphandlingen inte är mer komplex och omfattande än andra upphandlingar och att förvaltningsrätten därför har gjort en felaktig bedömning.

Förvaltningsrätten framför också att Dalatrafik skulle ha förutsett att en överprövningsprocess tar längre tid vid gängse semestertider. Dalatrafik förstår inte relevansen av detta. Att process pågår under semestertider ska inte innebära en väsentlig försening av processen.

Enligt förvaltningsrätten är fem månader för kort tid för en leverantör att genomföra nödvändiga uppstartsåtgärder avseende upphandlingsföremålet

efter det att eventuell överprövningsprocess avslutats. Det är Dalatrafiks uppfattning att fem månader är fullt tillräckligt. Förvaltningsrättens bedömning i denna del är felaktig och helt godtycklig. Vidare har Keolis de facto visat att uppstartstid om drygt fem månader är tillräcklig genom att den direktupphandlade trafiken startades den 1 juli 2014. Från den 1 juli utförs kollektivtrafiken i Dalarna av Keolis och Sibus enligt direktupphandlade avtal och dessa bolag täcker de behov och den trafik som avsågs i Trafikupphandlingen som överprövades av Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2789-13. Sista anbudsdag i Trafikupphandlingen var den 7 maj 2013 och planerad avtalsstart var den 1 juli 2014. Det var alltså 14 månader från sista anbudsdag till planerad trafikstart.

Dalatrafik åberopar en dom från Kammarrätten Göteborg (mål nr 5455-09).

**Nobina i Sverige AB** anför bl.a. följande till stöd för sitt bestridande.

Dalatrafiks överklagande ska avvisas. I förvaltningsrättens domslut anges endast att förvaltningsrätten avslår Nobinas ansökan om ogiltighetsförklaring. Dalatrafiks överklagande får därför anses som ett överklagande av förvaltningsrättens domskäl. Enligt ett avgörande i Kammarrätten i Göteborg (mål nr 3539-13) har en upphandlande myndighet inte talerätt i dessa situationer.

Dalatrafik har inte tagit tillräcklig höjd för en överprövning i sin planering. Vid planeringen bör beaktas vad som utgör den genomsnittliga tiden för en överprövningsprocess i två instanser, men också den aktuella upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Förvaltningsrätten har gjort en korrekt bedömning att upphandling av kollektivtrafik tillhör de mer komplexa upphandlingarna med ett stort värde och lång avtalstid.

Fem månader kan inte anses vara en tillräcklig uppstartstid. Fordonskraven i den annonserade upphandlingen har avvikit kraftigt från de bransch-

rekommendationer som tagits fram. Detta har i praktiken inneburit att nya fordon måste införskaffas. Vid beställning av bussar måste man räkna med minst sex och upp till tio månader från beställning till dess att nya bussar kan levereras. Den annonserade upphandlingen har omfattat drygt 200 bussar. En beställning av fordon kan göras först efter det att avtal undertecknats eftersom anbudsgivare i annat fall riskerar att stå fast med ett stort antal fordon man inte kan finna avsättning för i andra uppdrag och därmed inte har behov av. Enligt det direktupphandlade avtalet har Sambus haft cirka fem månaders uppstartstid. Trots att detta enligt Dalatrafik utgör tillräcklig uppstartstid framgår av det direktupphandlade avtalet att bolaget har beviljats väsentlig lättnad avseende de fordon som ska användas. Keolis har trots lättnader inte lyckats få fram kravenliga bussar till avtalsstart.

Dalatrafik informerade Nobina om direktupphandling den 17 december 2013 innan förvaltningsrätten meddelat dom i målet om överprövning av upphandlingen (mål nr 2789-13). Vid denna tidpunkt var det fortfarande möjligt att Dalatrafik skulle kunna avsluta upphandlingen inom en snar framtid.

Det har även funnits tid för ett annonserat förfarande med förkortade tidsfrister. Dalatrafik har inte befunnit sig i synnerlig brådska eftersom det varit möjligt att genomföra ett annonserat förfarande med förkortade tidsfrister enligt 8 kap. 6-8 §§ LUF (jfr C-107/92 och C-126/03). Ett sådant förfarande skulle med god marginal ha kunnat genomföras om den påbörjats den 17 december 2013, dvs. samma dag som Dalatrafik skickade ut information om den första direktupphandlingen. Om domstolens bedömning endast hänför sig till den direktupphandling som resulterade i det tecknade avtalet, i stället för till hela händelseförloppet, skapas en möjlighet att kringgå lagstiftningen. Upphandlande myndigheter som egentligen inte befinner sig i synnerlig brådska kan i sådana fall använda sig av skenförfaranden eller andra förseningstaktiker för att tillskapa en brådska och därmed få möjlighet att tillämpa ett direktupphandlingsundantag.

De direktupphandlade avtalen ska också ogiltigförklaras eftersom de slutits i strid med ett interimistiskt beslut. Förvaltningsrättens slutsats kan inte förstås på annat sätt än att domstolen menar att det interimistiska beslutet endast gällt i förhållande till den första direktupphandlingen. Beslutet var dock inte avfattat på det sättet utan förbjöd Dalatrafik att ingå avtal (något som helst) avseende de aktuella trafiktjänsterna. Med förvaltningsrättens tolkning av det interimistiska beslutets räckvidd skulle inget hindra en upphandlande myndighet att, direkt efter meddelandet av ett interimistiskt beslut, avbryta direktupphandlingen och ingå exakt samma avtal inom ramen för en ny direktupphandling.

Förvaltningsrättens bedömning leder ett orimligt resultat och bör inte upprätthållas. Det ankommer på kammarrätten att pröva om Dalatrafik, utöver att ingå avtal i strid med ett interimistiskt beslut, även begått något annat upphandlingsfel.

**Dalatrafik** anför i gemänt bl.a. följande.

Det är direkt felaktigt att påstå att fordonskraven i Trafikupphandlingen skulle ha kraftigt avvikit från de branschrekommendationer som tagits fram. Kraven på bussarna i bussupphandlingen har legat till grund för samtliga större upphandlingar av kollektivtrafik sedan 2012. Avtalet med Sambus tecknades den 19 februari 2014 och startades den 1 juli 2014. För närvarande förbereder Dalatrafik en ny upphandling med en löptid på tio år och under tiden för arbetet med denna upphandling löper de tillfälliga direktupphandlade avtalet med Sambus m.fl. under två år. Det vore oproportionerligt att ha lika långtgående krav för bussar i de korta avtal som löper under två år.

Förvaltningsrätten har gjort en korrekt bedömning när det fastslås att en synnerlig brådska förelåg och att det var omöjligt att hålla de tidsfrister som

ska tillämpas enligt de olika förfaranden som ska annonseras. Vid denna bedömning måste man utgå från det förfarande som var aktuellt att bedöma i målet, dvs. den senast genomförda direktupphandlingen.

Förvaltningsrätten har även gjort en korrekt bedömning när man funnit att det interimistiska beslut som förvaltningsrätten fattat i mål nr 97-14 endast gäller i förhållande till den första direktupphandlingen. Denna direktupphandling avslutades med ett avbrytandebeslut den 27 januari 2014. Förvaltningsrätten avskrev den 7 mars 2014 sitt mål nr 97-14 från vidare handläggning. I detta avskrivningsbeslut angavs att det interimistiska beslutet av den 10 januari 2014 upphörde att gälla.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

En första fråga i målet är om Dalatrafik har talerätt. Därefter är i sak fråga om Dalatrafik har haft rätt att direktupphandla det temporära avtalet med Sambus med stöd 4 kap. 2 § fjärde punkten LUF eller om avtalet ska anses ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LUF. Om avtalet ska anses ogiltigt är även fråga om det ska bestå på grund av ett tvingande allmänintresse.

#### **Talerätt**

I Högsta förvaltningsdomstolens mål nr 5117—5121-13 om upphandlingskadeavgift invände upphandlande myndigheter bl.a. att ansökningarna om upphandlingskadeavgift skulle avslås med hänsyn till att det saknades ett lagakraftvunnet avgörande där det i domslutet angavs att avtal skulle bestå av hänsyn till ett tvingande allmänintresse. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade i denna del i dom den 30 juni 2014 att en förutsättning för att förvaltningsrätt ska kunna besluta att ett avtal ska bestå är att rätten funnit att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Att så hade skett i det aktuella fallet framgick av förvaltningsrättens dom. Något krav att detta



också ska anges i själva domslutet kan enligt Högsta förvaltningsdomstolen inte härledas ur bestämmelserna om upphandlingskadeavgift.

Med bakgrund av Högsta förvaltningsdomstolens ställningstagande i den ovan angivna domen måste den nu överklagade domen anses angå Dalatrafik och gå Dalatrafik emot. Talerätt enligt 33 § FPL föreligger således för Dalatrafik.

### **Att direktupphandla utan föregående annonsering**

En upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering bland annat om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerliga 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. 2 § fjärde punkten LUF).

Det finns inte anledning att betvivla Dalatrafiks avsikt att följa förvaltningsrättens dom i överprövningsmålet att göra om upphandlingen. Avtalet som träffats genom direktupphandlingen gäller också endast till trafikstart enligt den nya upphandlingen.

Såsom förvaltningsrätten funnit har det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet ur samhällsekonomisk betydelse och Dalatrafik har inte kunnat använda sig av öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående av annonsering. Frågan är därmed om den synnerliga brådska som uppstått berott på omständigheter som inte kunnat förutses av Dalatrafik.

Att upphandlande myndigheter råkar i brådska till följd av egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling (prop. 2001/02:142 s. 99).

I förevarande fall har brådskan uppstått till följd av att upphandlingen blivit föremål för en överprövningsprocess. I likhet med andra stora trafikupphandlingar är busstrafiken i Dalarna av stor samhällsekonomisk betydelse. Detta innebär att ett kontrakt har stor ekonomisk betydelse för vinnande leverantör, vilket i sin tur medför att upphandlande myndighet måste räkna med att de leverantörer som gått miste om kontrakt begär domstolsprövning av upphandlingsförfarandet. Även om det inte är möjligt att beräkna hur lång tid en överprövning tar är det alltså nödvändigt att ta hänsyn till en eventuell process i domstol då en upphandling planeras.

Nobina menar att Dalatrafiks bristande planering i upphandlingsförfarandet medfört att tillräcklig tid för en domstolsprövning inte beaktats. Dalatrafik menar å andra sidan att det funnits utrymme för en överprövningsprocess om sju månader och att man inte kunnat förutse en längre process.

Enligt EU-domstolen ska medlemsstaterna säkerställa att överträdelse av direktiven kan korrigeras och säkerställa att beslut ska kunna prövas effektivt, så skyndsamt som möjligt och på ett stadium där överträdelse ännu kan rättas till. Kammarrätterna har ansett att sex veckor för en överprövningsprocess är för kort i detta hänseende men att en så lång tid som tio månader inte behövt avsättas i ett fall. Med hänsyn tagen till att ungefär 20 procent av förvaltningsrätternas avgöranden överklagas till kammarrätterna bör i vart fall den tid en tvåinstansprövning kan förväntas ta tas med i beräkningen. Bedömningen av vad som i varje enskild upphandling kan anses vara en rimlig framförhållning bör ske med beaktande av den aktuella upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Det bör dock anmärkas att ett alltför utdraget upphandlingsförfarande av affärsmässiga skäl kan vara mindre lämpligt. Om en upphandling annonseras mycket lång tid innan det aktuella kontraktet ska genomföras finns en risk att anbudsgivarna kompenserar sig för den osäkerhetsfaktor som det utdragna förfarandet innebär och att anbudet fördyras. Det kan vidare inte uteslutas att vissa anbudsgivare helt avstår från att lämna anbud

under dessa omständigheter. (Jfr Konkurrensverkets yttrande i Kammarrätten i Göteborgs mål nr 784-10).

I Högsta förvaltningsdomstolens ovan angivna mål (mål nr 5117—5121-13) åberopade de upphandlande myndigheterna bl.a. att ett nytt konkurrensupphandlat avtal inte kunde ingås på grund av pågående överprövningsprocess och att de tillfälliga avtalen var tidsbegränsade tills myndigheterna kunde avsluta upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen fann att det inledda upphandlingsförfarandet inte kunnat avslutas som planerat på grund av omständigheter som i huvudsak inte kunnat förutses. Vid sådant förhållande och eftersom det var fråga om anskaffning av livsmedel som inte kunnat anstå hade upphandlingarna avslutats genom vad som sedan bedömts vara otillåtna direktupphandlingar. Mot denna bakgrund och med hänsyn till att avtalen tidsbegränsats tills ny annonserad upphandling kunde göras, fann Högsta förvaltningsdomstolen att fråga var om ringa fall. Ansökan om upphandlingsskadeavgift avslogs därför.


Tidsåtgången för en överprövning i flera instanser är svår att beräkna. Att en tvåinstansprövning i betydande omfattning överstiger den genomsnittliga tidsåtgången torde dock i normalfallet vara en omständighet som inte kan förutses av den upphandlande myndigheten. Tidsåtgången i det nu aktuella fallet kan enligt kammarrättens mening inte heller förklaras av upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Mot denna bakgrund och med hänsyn till Högsta förvaltningsdomstolens ställningstagande i nyss nämnda avgörande finner kammarrätten att föreliggande omständigheter inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Eftersom den synnerliga brådska som uppkommit för Dalatrafik varken kunnat förutses eller anses orsakad av Dalatrafik har det varit möjligt att direktupphandla med stöd av 4 kap. 2 § fjärde punkten LUF. Avtalet är därför inte att anse som ogiltigt på denna grund.


Nobina har inte överklagat förvaltningsrättens dom. Skäl att pröva om det direktupphandlade avtalet är ogiltigt på annan grund än 16 kap. 13 § första stycket LUF saknas därför. Eftersom avtalet inte kan anses vara ogiltigt i enlighet med vad som anförts ovan saknas också skäl att pröva om sådant tvingande allmänintresse som anges i 16 kap. 14 § LUF föreligger.

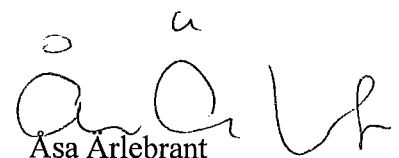
Sammanfattningsvis finner kammarrätten att överklagandet ska bifallas.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

  
Annika Sandström  
kammarrättslagman  
ordförande

  
Torbjörn Eriksson  
kammarrättsråd

  
Asa Arlebrant  
kammarrättsråd  
referent

Jeanette Sundqvist  
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I FALUN  
Enhet 2  
Ann-Louice Jonsson

DOM  
2014-07-01  
Meddelad i  
Falun

Mål nr  
861-14

### SÖKANDE

Nobina Sverige AB, 556057-0128

Ombud: Advokat Carl Bokwall och jur.kand. Lina Håkansson  
Advokatfirman Cederquist KB  
Box 1670  
111 96 Stockholm

### MOTPARTER

1. AB Dalatrafik, 556206-2470

Ombud: Advokaterna Per-Ola Bergqvist och Christoffer Löfquist  
Foyen Advokatfirma AB  
Södergatan 28  
211 34 Malmö

2. Sambus AB, 556529-7081

Ombud: Advokaterna Kaisa Adlercreutz och Joel Gustafsson  
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB  
Box 11918  
404 39 Göteborg

### SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

### FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Nobina Sverige AB:s ansökan om ogiltighetsförklaring av avtalet med Sambus AB.

### BAKGRUND

AB Dalatrafik (Dalatrafik) inledde under 2013 en upphandling benämnd "Trafikupphandling 2012" (dnr 2012/130 U00, i det följande benämnd Trafikupphandlingen). Tilldelningsbeslut fattades den 18 juni 2013 varvid Sambus AB och Arriva Sverige AB antogs som leverantörer. Nobina Sverige AB (Nobina) ansökte om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten beslutade i dom den 19 december 2013 att upphandlingen skulle göras om (mål nr 2789-13). Dalatrafik överklagade domen till kamrarrätten, men återkallade sedermera sitt överklagande. Målet avskrevs därför den 21 februari 2014 (Kammarrätten i Sundsvalls beslut i mål nr 99-14). Förvaltningsrättens dom stod därmed fast.

Den 17 december 2013 gick Dalatrafik ut med en förfrågan till bl. a. Nobina om att lämna anbud för utförande av trafiktjänsterna under en tidsbegränsad övergångsperiod, tills dess att en ny upphandling var klar ("Trafikupphandling 2013", dnr 2013/172 U00, i det följande benämnd Direktupphandling 1). Nobina ansökte den 9 januari 2014 om överprövning av Direktupphandling 1 och förvaltningsrätten förordnade interimistiskt den 10 januari 2014 att Dalatrafik inte fick ingå avtal avseende linjetrafik, särskilda skolskjutsar och servicetrafik inom samtliga trafikområden i Dalarna till dess något annat bestämts (mål nr 97-14). Dalatrafik beslutade därefter, den 27 januari 2014, att avbryta Direktupphandling 1. Den 6 februari 2014 inkom Nobina med en ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet (mål nr 615-14). Nobina återkallade därefter såväl ansökan om överprövning av Direktupphandling 1 som beslutet av avbryta densamma, varefter förvaltningsrätten skrev av målen genom beslut den 7 mars 2014 (mål nr 97-14 och 615-14). Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 10 januari 2014 i mål nr 97-14 upphörde därmed att gälla.

Den 19 februari 2014 tecknade Dalatrafik avtal med Keolis Sverige AB (del av trafikområde 3, Falun och Borlänge) och Sambus AB (trafikområden 1, 2, 4, 5, 6 och del av 3) avseende linjetrafik, särskilda skolskjutsar

och servicetrafik. Av upphandlingsprotokollet framgår att Dalatrafik använt sig av ett förhandlat upphandlingsförfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § 4 LUF.

**YRKANDEN M.M.**

**Nobina** yrkar att förvaltningsrätten ska förklara att avtalet den 19 februari 2014 mellan Dalatrafik och Sibus AB (Sibus) är ogiltigt. Till stöd för sin talan anför Nobina i huvudsak följande. Avtalet har slutits efter en otillåten direktupphandling och ska ogiltigförklaras enligt 16 kap. 13 § första stycket LUF. Avtalet har slutits utan uppsökande av konkurrens, det har inte varit nödvändigt att sluta avtalet och det har heller inte förelegat synnerlig brådska på grund av omständigheter som inte kunnat förutses av Dalatrafik i den mening som avses i 4 kap. 2 § 4 LUF. Dalatrafik har självt orsakat den brådska som man nu hävdar föreligger. Avtalet har även slutits i strid med ett interimistiskt beslut och i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF och ska därmed ogiltigförklaras enligt 16 kap. 13 § andra stycket LUF. Det saknas vidare skäl att låta avtalet bestå utifrån tvingande hänsyn till ett allmänintresse i den mening som avses i 16 kap. 14 § LUF.

**Dalatrafik** bestrider bifall till ansökan om ogiltigförklaring på i huvudsak följande grunder. Med hänsyn till omständigheterna har det inte förelegat någon skyldighet att annonsera nu aktuell direktupphandling (Direktupphandling 2) då undantaget i 4 kap. 2 § 4 LUF är tillämpligt i förevarande fall. Direktupphandling 2 utgör ett helt nytt upphandlingsförfarande som påbörjades först efter att Direktupphandling 1 hade avbrutits. Avtalet har inte slutits i strid med något interimistiskt beslut och Dalatrafik har vidare iakttagit de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. Det saknas således skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 13 § LUF. För det fall domstolen ändå skulle finna att det finns förutsättningar för att förklara avtalet med Sibus ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LUF, ska avtalet ändå bestå enligt

16 kap. 14 § LUF eftersom det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

**Sambus** bestrider bifall till ansökan om ogiltigförklaring och anför till stöd för sin inställning i korthet följande. Dalatrafik har ägt rätt att direktupphandla avtalet med **Sambus** med stöd av bestämmelserna i 4 kap. 2 § 4 LUF. Dalatrafik har tagit höjd för en tvåinstansprövning då upphandlingen planerats. Det behövs en trafikutövare från och med den 1 juli 2014 då befintligt avtal upphör. Det saknas grund för att ogiltigförklara avtalet enligt 16 kap. 13 § LUF. Omständigheterna kring Direktupphandling 1 och avbrytandet av densamma saknar betydelse vid bedömningen av Direktupphandling 2. Det aktuella avtalet innefattar såväl linjetrafik som service- trafik, vilket har påverkan på människors hälsa och liv. Dessutom drabbas svaga grupper i samhället särskilt hårt om trafiktjänsterna inte kan utföras. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att det finns grund för att ogiltigförklara avtalet, ska detta således ändå bestå eftersom det i vart fall föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse i den mening som avses i 16 kap. 14 § LUF.

Förvaltningsrätten har i beslut den 27 februari 2014 avslagit **Nobinas** yrkande om interimistiskt förordnande gällande ingångna avtal med såväl **Sambus** som **Keolis Sverige AB** (mål nr 861-14). Förvaltningsrätten har även i beslut den 19 maj 2014 avslagit **Nobinas** yrkande gällande editionsföreläggande.

## SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

### Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 4 § 2 LUF följer att, efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, får allmän förvaltningsdomstol överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör.



Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3, 4 eller 5 §, 13 kap. 5 § eller 15 kap. 4 § LUF (16 kap. 13 § första stycket LUF). Ett avtal ska också förklaras ogiltigt om det har slutits i strid med ett interimistiskt beslut enligt 9 §. För ogiltighet i sådant fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 13 § andra stycket LUF).

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

#### Frågorna i målet

Förvaltningsrätten har i aktuellt mål att pröva om förutsättningar enligt 16 kap. 13 § LUF föreligger för att ogiltigförklara det tidsbegränsade avtalet mellan Dalatrafik och Sambus gällande trafik tjänster, ett avtal som ostriktigt ingåtts utan föregående annonsering och som därför utgör en direktupphandling. Om förvaltningsrätten finner att förutsättningar inte föreligger för att göra en direktupphandling i den uppkomna situationen – och avtalet därmed ska förklaras ogiltigt enligt 16 kap. 13 § första stycket LUF – har förvaltningsrätten att pröva om det finns sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som avses i 16 kap. 14 § LUF som motiverar att avtalet ändå får bestå. Bevisbördan för att en sådan undantagssituation är för handen åligger den upphandlande enheten, i detta fall Dalatrafik.

Förvaltningsrätten kan konstatera att Nobina även gjort gällande att det föreligger grund att ogiltigförklara avtalet med stöd av 16 kap. 13 § andra stycket LUF då Dalatrafik tecknat det aktuella avtalet i strid med ett interimistiskt beslut fattat av förvaltningsrätten i mål nr 97-14. Förvaltningsrätten kan i denna del konstatera att det interimistiska beslutet fattats i ett

mål som gällde en ansökan om överprövning av ett tidigare tilldelningsbeslut, en upphandling som sedermera även avbrutits. Genom förvaltningsrättens slutliga avgörande i det målet den 7 mars 2014 har det interimistiska beslutet således förfallit. Mot denna bakgrund och då fråga i aktuellt mål rör ett nytt upphandlingsförfarande finns således inte någon grund för att ogiltigförklara det aktuella avtalet med hänsyn till att det skulle ha ingått i strid med ett interimistiskt beslut. Vid denna bedömning saknas skäl att ta ställning till övriga förutsättningar för ogiltigförklaring i en sådan situation. Förvaltningsrätten kan vidare konstatera att de hänvisningar som gjorts av parterna till Europaparlamentets och rådets förordning (EG) 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 (Kollektivtrafikförordningen) inte är tillämpliga i aktuellt mål då upphandlingen som resulterat i det ingångna avtalet skett med stöd av LUF enligt upphandlingsprotokollet. Inte heller kan förvaltningsrätten, inom ramen för detta mål, pröva de sakförhållanden som gjorts gällande avseende de tidigare överprövningarna som varit föremål för förvaltningsrättens prövning och som nu är avslutade.

Har det förelegat förutsättningar för en tillåten direktupphandling, dvs. är förutsättningarna i 4 kap. 2 § 4 LUF uppfyllda?

*Bestämmelser m.m.*

Om inte något annat följer av 4 kap. 2 § LUF ska en upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal annonsera upphandlingen (7 kap. 1 § LUF).

En upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering (4 kap. 2 § 4 LUF). Bestämmelsen motsvaras av artikel 40.3 d) i det underliggande s.k.

Försörjningsdirektivet (Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004).

Direktupphandling är ett undantagsförfarande enligt LUF. Undantagsbestämmelserna ska tolkas restriktivt och den som åberopar undantaget från upphandlingsplikten har bevisbördan för att förutsättningar för detta finns (C-328/92 Kommissionen mot Spanien och C-337/05 Kommissionen mot Italien). EU-domstolen har vidare fastslagit att tre kumulativa villkor måste vara uppfyllda för att undantaget från skyldigheten att publicera ett meddelande om upphandling ska vara tillämpligt. Detta innebär att om ett villkor inte är uppfyllt kan undantaget inte åberopas. Det måste föreligga omständigheter som inte hade kunnat förutses, synnerlig brådska som är oförenlig med de fastställda tidsfristerna i andra förfaranden och slutligen måste det föreligga ett orsakssamband mellan den omständighet som inte hade kunnat förutses och den synnerliga brådska som följer därav (C-24/91 Kommissionen mot Spanien).

#### *Parternas argumentation*

**Nobina** bestrider att det funnits förutsättningar för Dalatrafik att tillämpa undantagsbestämmelserna i 4 kap. 2 § 4 LUF och anför bl.a. följande. Nu aktuell tidsutdräkt beror helt och hållet på Dalatrafik. Det är uppenbart att Dalatrafik inte tagit tillräcklig höjd för överprövning i två instanser av Trafikupphandlingen. Kollektivtrafik tillhör de mer komplexa upphandlingarna med hård konkurrens och det är tydligt från praxis att tvåinstansöverprövningar av upphandlingar inom detta område åtminstone tar sex månader och ofta längre att pröva. Att Dalatrafik avbrutit Direktupphandling 1 och påbörjat en ny direktupphandling bör inte kunna åberopas av Dalatrafik för att hävda att det föreligger synnerlig brådska på grund av omständigheter man inte kunnat förutse. Vid Direktupphandling 1 försvann sex veckor helt i onödan i vad som i efterhand inte kan karaktäriseras som något annat än ett skenförfarande. Denna tid hade istället kunnat utnyttjas till ett annonserat förfarande med förkortade tidsfrister. Den brådska som Da-

Dalatrafik anser föreligga beror på brister i Trafikupphandlingen, dvs. att Dalatrafik genomförde väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget på ett sent stadium av upphandlingen. Bristerna och tidsutdräkten är således direkt hänförliga till Dalatrafiks agerande. Dalatrafik borde istället för att slutföra Trafikupphandlingen ha avbrutit densamma och då haft gott om tid för att genomföra ett nytt annonserat förfarande. Det måste ha stått klart för Dalatrafik att väsentliga förändringar av ett förfrågningsunderlag inte är tillåtna. Av detta följer, att även om förvaltningsrätten skulle finna att Dalatrafik har tagit tillräcklig höjd i sin planering för en överprövning, är de omständigheter som föranlett brådskan direkt hänförliga till Dalatrafiks agerande och därmed förutsebara, vilket utesluter en tillämpning av undantaget för synnerlig brådska i 4 kap. 2 § 4 LUF. Även om artikel 40.3 d) i Försörjningsdirektivet inte innehåller den skrivning som återfinns i artikel 31 c) i det Klassiska direktivet, är omständigheter som är hänförliga till den upphandlande enhetens eget agerande per definition förutsebara. Den aktuella meningen i det Klassiska direktivet uppfyller därmed inte något självständigt syfte, utan utgör bara ett förtydligande av vad som gäller. Diskrepansen mellan direktivtexterna är även åtgärdad i det nya försörjningsdirektivet i vilket det anges att *"De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får inte i något fall tillskrivas den upphandlande enheten"* (artikel 50 d) i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014). Om Dalatrafiks påstående att man tagit höjd för en överprövningsprocess om sju månader vore riktigt skulle det innebära att en presumtiv leverantör skulle haft mindre än fem månader på sig för att beställa nya fordon och genomföra åtgärder för att ta över trafiken. Detta är varken en realistisk eller en rimlig tidsplan givet förhållandena i branschen, särskilt inte med tanke på de mycket omfattande fordonskraven i Trafikupphandlingen. Nobina vet av erfarenhet att man måste räkna med minst sex och upp till tio månader från beställning till dess att nya bussar kan levereras. Tillgång till bussar är en absolut nödvändighet för att utföra uppdraget och givet de höga fordonskraven i Trafikupphandlingen var det inte möjligt att ordna med en tillfällig lösning för

det fall de beställda bussarna inte levererats till trafikstart. Om en uppstartstid om fem månader nu skulle anses vara en skälig uppstartstid, beror detta uteslutande på att Dalatrafik i Direktupphandling 2 har sänkt kraven på de fordon som får användas i uppdraget och även åtagit sig att hyra ut fordon. Dessa lättnader förelåg inte i Trafikupphandlingen. Mot denna bakgrund är det uppenbart att en planerad uppstartstid på knappt fem månader är alltför kort. Enligt bilaga 3 till avtalet med Sambus framgår dessutom att Sambus tillerkänns ersättning för ”förkortad uppstartstid”, vilket visar att Dalatrafik inte planerat med en möjlig uppstartstid i den annonserade Trafikupphandlingen. Enligt uppgift från busstillverkare har Sambus vidare beställt ett 60-tal nya bussar vilka beräknas levereras först i oktober eller november 2014. Givet att Sambus beställde bussarna i samband med avtalstecknandet innebär detta en leveranstid på minst åtta till nio månader, dvs. en väsentligt längre tid än de fem månader som Dalatrafik påstår att man tagit höjd för i sin planering.

Om det är möjligt att genomföra upphandlingen med förkortade tidsfrister enligt 8 kap. 6 – 8 §§ LUF föreligger ingen synnerlig brådska (jfr EU-domstolens mål C-126/03 Kommissionen mot Tyskland och mål C-107/92 Kommissionen mot Italien). Information om Direktupphandling 1 skickades ut till potentiella leverantörer den 17 december 2013. Därefter dröjde det 64 dagar till dess att avtalet med Sambus undertecknades den 19 februari 2014. Av 8 kap. 6 -7 §§ LUF följer att vid ett selektivt eller förhandlat förfarande kan fristen för att inkomma med anbudsansökningar kortas ned till 15 dagar och fristerna för att inkomma med anbud till 10 dagar. Med förkortade tidsfrister är minimifristerna vid ett selektivt eller ett förhandlat förfarande alltså 15 + 10 dagar. Med utgångspunkt i den tid som Dalatrafik haft till sitt förfogande innan de direktupphandlade avtalen undertecknades innebär detta att det kvarstår minst 39 dagar för anbudsprövning och eventuella förhandlingar. Det har således varit möjligt att genomföra ett annonserat förfarande med förkortade tidsfrister, varför det inte har varit absolut nödvändigt att direkttilldela avtalet på grund av synnerlig brådska.

Dalatrafik gör gällande att förutsättningarna för tilldelning enligt 4 kap. 2 § 4 LUF är uppfyllda och anför bl.a. följande. Det har varit absolut nödvändigt att ingå avtalet med Sambus för att tillförsäkra invånarna i Dalarna en fungerande allmän och särskild kollektivtrafik från och med den 1 juli 2014 då befintligt kontrakt med Nobina upphör den 30 juni 2014. Trafikupphandlingen beräknas ta två år att genomföra. Under denna period måste Dalatrafik säkerställa trafiken och det enda valbara alternativet har i denna situation varit att upphandla leverantörer genom en ny direktupphandling med stöd av 4 kap. 2 § 4 LUF. Det är således fråga om ett helt nytt upphandlingsförfarande som påbörjades efter att Direktupphandling 1 avslutats. Med utgångspunkt i de anbud som Keolis och Sambus lämnade i Direktupphandling 1 tog Dalatrafik förnyad kontakt med dessa leverantörer och förhandlingar inleddes. De grundläggande skälen till att Direktupphandling 1 avbröts den 27 januari 2014 var att de då inkomna anbuden var för dyra i förhållande till vad Dalatrafik hade haft att räkna med och villkoren alltför oförmånliga för att kunna accepteras. Oavsett om befintliga leverantörer av kollektivtrafik eller om en ny leverantör ska driva kollektivtrafiken i länet fr.o.m. den 1 juli 2014, behöver leverantören ca fem månader på sig för att hinna anpassa sin organisation för att kunna utföra uppdraget. Om dessa fem månader skulle minska finns en uppenbar risk att det inte kommer att finnas en fungerande kollektivtrafik i länet då befintligt trafikavtal löper ut. Den synnerliga brådska som förelegat är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av Dalatrafik och Dalatrafik har inte heller i något avseende orsakat några av de omständigheter som har lett till denna brådska. Dalatrafik har dock ingen skyldighet att styrka att man inte orsakat den tidsnöd som har uppstått, utan det är enligt 4 kap. 2 § 4 LUF och det underliggande s.k. Försörjningsdirektivet tillräckligt att Dalatrafik visar att den synnerliga brådskan orsakats av omständigheter som inte kunnat förutses av Dalatrafik. En analogitolkning av artikel 31 c) i det s.k. Klassiska direktivet (Europaparlamentet och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004) vid tillämpningen av 4 kap. 2 § 4 LUF

är direkt felaktig och i strid med gällande rätt. Dalatrafik har i sin planering tagit tillräcklig höjd för en tvåinstansprövning, men har däremot inte kunnat förutse att prövningen av Trafikupphandlingen skulle ta sex månader i förvaltningsrätten, vilket avviker kraftigt från vad en upphandlande enhet har att räkna med då den genomsnittliga handläggningstiden för en tvåinstansprövning av upphandlingar uppgick till 5,3 månader under år 2011. Utifrån den då tillgängliga statistiken lade Dalatrafik till ytterligare två månader vid beräkning av tidsåtgången för en eventuell tvåinstansprövning. Mellan sista anbudsdag i Trafikupphandlingen (den 7 maj 2013) och planerad avtalsstart (den 1 juli 2014) är det ca 14 månader. Efter att ha beaktat att en tvåinstansprövning skulle ta sju månader i anspråk kvarstår således sju månader för anbudsprövning och för vinnande leverantör att förbereda trafikstarten. Detta är en realistisk och rimlig tidsplan för såväl beställare som potentiella leverantörer och avviker inte heller i förhållande till liknande upphandlingar i branschen. Fordonskraven i Trafikupphandlingen har inte varit mer omfattande än vid samtida upphandlingar inom branschen och dessa krav har varit kända av leverantörerna sedan början av 2013. I Direktupphandling 2 uppställs inga krav på att leverantörerna ska tillhandahålla nya bussar. Den uppstartstid som gäller i Direktupphandling 2 och de däri angivna fordonskraven är fullt tillräcklig. Det finns ett direkt orsakssamband mellan den osedvanligt långa handläggningstiden i förvaltningsrätten och den synnerliga brådska som uppstått för att få till stånd en fungerande busstrafik, men likväl all annan trafik som Direktupphandling 2 omfattar, dvs. sjukresor, färdtjänst och annan trafik som det finns en lagstadgad skyldighet att utföra.

Det som upphandlats avser endast en tillfällig lösning under de två år det kommer att ta att genomföra en ny upphandling. På grund av synnerlig brådska var det omöjligt att i den aktuella situationen hålla de tidsgränser som gäller för andra typer av upphandlingsförfaranden med föregående annonsering. Det ankommer på den upphandlande enheten att vid varje upphandling ta ställning till vilken anbudstid som krävs med hänsyn till

komplexitet och omfattning (prop. 2006/07:128 s. 208). Tidsfristerna ska vara tillräckligt långa för att leverantörer från andra medlemsstater ska kunna göra en tillfredsställande bedömning och utarbeta ett anbud (prop. 2009/10:180 s. 91). Det förhållandet att det finns lagliga möjligheter att tillämpa förkortade tidsfrister innebär inte att dessa kortade tidsfrister kan användas i alla typer av annonserade upphandlingar. Upphandling av kollektivtrafik är både komplex och omfattande. För det fall en sådan upphandling annonseras ska alla presumtiva anbudsgivare ha skälig tid för att t.ex. gå igenom förfrågningsunderlag, infoga intyg och bevis och upprätta ett anbud. Det är vare sig möjligt eller förenligt med LUF att i förevarande fall tillämpa de tidsfrister som anges i 8 kap. 6 – 8 §§ LUF och det har således inte funnits tid för ett annonserat förfarande med förkortade tidsfrister.

Under den tvåårsperiod som avtalet med Sambus löper, kommer Dalatrafik, helt i enlighet med vad förvaltningsrätten förordnat i mål nr 2789-13 gällande Trafikupphandlingen, att genomföra en ny upphandling som ska mynna ut i ett avtal med betydligt längre löptid än två år. Genom Trafikupphandlingen och Direktupphandling 1 har Dalatrafik bildat sig en god uppfattning dels om vilka leverantörer som har erbjudit sig att utföra trafik-tjänsterna, dels till vilka priser de olika leverantörerna kan utföra trafik-tjänsterna. Denna information och kunskap har legat till grund för avtalet med Sambus i Direktupphandling 2. Dalatrafik har tagit tillvara den konkurrens som finns på marknaden och har även förhandlat med de två leverantörerna i Direktupphandling 2. Dalatrafik har därmed – trots att annonsering inte skett inom ramen för Direktupphandling 2 - efterlevt huvudsyftet med de unionsrättsliga bestämmelserna om förfarandena vid offentlig upphandling. Dalatrafik har vidare iakttagit de regler som framgår av Kollektivtrafikförordningen, vari fastställs att upphandlande enheter i dessa situationer har rätt att vidta tidsbegränsande åtgärder (beaktandesats 24 och 27). Dalatrafik har även uppfyllt kraven i Kollektivtrafikförordningen genom att ha flertalet leverantörers prisuppgifter att utgå från och genom att



ställa relevanta krav som överensstämmer med unionsrätten. Avtalet med Sambus ligger även helt i linje med vad som föreskrivs i artikel 5.5 Kollektivtrafikförordningen.

Sambus, som ansluter sig till vad Dalatrafik har anfört i målet, anför bl.a. följande. Dalatrafik har tagit höjd för en tvåinstansprövning då Trafikupphandlingen planerades. Nobina, som inte lämnade anbud i Trafikupphandlingen, väntade ända tills dess att tilldelningsbeslutet meddelades med att begära överprövning, trots att grunderna för ansökan inte har något med själva tilldelningen att göra. Detta har i sig förorsakat Dalatrafik ytterligare tidsutdräkt. Då Nobina synes överens med Dalatrafik om att det behövs en trafikutövare från och med den 1 juli 2014 är det svårt att se på vilken grund Nobina anser att avtalet ska ogiltigförklaras. Påståendet om att Nobina skulle ha bättre möjligheter att utföra trafiken är både felaktigt och utgör inte heller grund för ogiltigförklaring av avtalet enligt 16 kap. 13 § LUF.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten konstaterar att artikel 40.3 d) i Försörjningsdirektivet, till skillnad mot artikel 31 c) i det Klassiska direktivet, inte innehåller någon skrivning om att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte i något fall får tillskrivas den upphandlande enheten. Vid införandet av 4 kap. 5 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, uttalades bl.a. följande (prop. 2006/07:128 s. 327).

*En skillnad mellan direktivet och LOU är att enligt LOU får de omständigheterna i punkt 3 som medför att förfarandet inte behöver föregås av annonsering inte vara hänförliga till den upphandlande enheten. Sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten. Detta behöver därför inte särskilt anges och har därför inte tagits in i den nya lagtexten. Någon skillnad i sak i förhållande till LOU är således inte avsedd.*

Det Klassiska direktivet kan således, i vart fall till sin språkliga utformning, tyckas vara strängare än Försörjningsdirektivet i detta avseende. Det är dock oklart om denna skillnad mellan direktivtexterna varit medveten eller avsedd att få någon betydelse vid rättstillämpningen. Förvaltningsrätten anser att det redan av kravet på att den synnerliga brådskan måste vara orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten, följer att undantagsbestämmelsen inte med framgång kan åberopas i situationer där omständigheterna t.ex. beror på bristande planering eller slarv från den upphandlande enhetens sida. Enligt förvaltningsrättens mening ger utformningen av artikel 40.3 d) i Försörjningsdirektivet utrymme för tolkningen att sådana omständigheter som är direkt hänförliga till den upphandlande enheten också är möjliga att förutse. Förvaltningsrätten kan inte heller finna att en sådan tolkning skulle stå i strid med vad EU-domstolen uttalat gällande tillämpningen av direktiven i detta avseende (jfr även Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 januari 2010 i mål nr 5455-09).

*Den första förutsättningen* för att tilldelning med stöd av 4 kap 2 § 4 LUF ska kunna ske, är att det ska vara absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen. För att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt ska det röra sig om upphandling av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 7469--7472-11). Villkoret har i en direktupphandling av livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts uppfyllt då det enligt domstolen var uppenbart att ett upphörande av livsmedelsleveranserna inom en snar framtid skulle få mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa (Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1446--1452-12). Dalatrafik har i målet åberopat att det under den tvåårsperiod som en ny upphandling beräknas ta, är absolut nödvändigt att genomföra direktupphandlingen för att tillförsäkra invånarna i Dalarna en fungerande kollektivtrafik; omfattande bl.a. sjukresor, färdtjänst och skolskjuts. Förvaltningsrätten kan i den delen konstatera att den nu gällande

definitionen av kollektivtrafik framgår av artikel 2 a) Kollektivtrafikförordningen som anger att ”*kollektivtrafik är persontjänster av allmänt ekonomiskt intresse som erbjuds allmänheten fortlöpande och utan diskriminering*”. Kollektivtrafikbegreppet har därutöver i Sverige delats in i tre huvudgrupper – allmän kollektivtrafik, särskild kollektivtrafik samt turist- och chartertrafik. Allmän kollektivtrafik erbjuds allmänheten via tidtabeller och annan information. I begreppet särskild kollektivtrafik ingår färdtjänst, riksfärdtjänst, skolskjutsar och sjukresor (se Trafikanalys rapport, Lokal och regional kollektivtrafik 2013, Statistik 2014:22, s. 12).

Förvaltningsrätten gör bedömningen att upphandlingen är av stor samhälls-ekonomisk betydelse och att den är nödvändig för att ett flertal samhällsnyttiga verksamheter ska kunna bedrivas i länet efter den 30 juni 2014 då befintligt trafikavtal löper ut. Redan med hänsyn till att i vart fall vissa av de tjänster som ingår i upphandlingen i här aktuell del också kan antas ha direkt påverkan på människors liv och hälsa, gör förvaltningsrätten bedömningen att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet och att denna första förutsättning således är uppfylld.

*Den andra förutsättningen* som måste vara uppfylld för att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 2 § 4 LUF ska kunna tillämpas, är att det föreligger sådan synnerlig brådska som gör det omöjligt för den upphandlande enheten att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. I praxis har uttalats att reglerna om förkortade tidsfrister, den tid det tar att författa ett justerat alternativt ett nytt förfrågningsunderlag, den tid det tar för utvärdering av inkomna anbud, inställetiden för en ny leverantör samt tid för en överprövningsprocess är omständigheter som ska beaktas vid bedömningen (Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1446--1452-12). Nobina pekar på att det gått 64 dagar mellan den 17 december 2013 (då Direktupphandling 1 påbörjades) och tidpunkten för avtalstecknandet den 19 februari 2014 och att Dalatrafik med den beräkningen har haft minst 39 dagar till förfogande för

anbudsprövning och eventuella förhandlingar. Nobinas beräkning av tidsramarna tar sikte på om användande av förkortade tidsfrister varit möjligt under den period Direktupphandling 1 pågick. Förvaltningsrätten kan dock konstatera att det upphandlingsförfarandet är avslutat och inte längre föremål för någon rättslig prövning. Frågan om det varit möjligt för Dalatrafik att hålla de tidsfrister som gäller vid de andra förfarandena, inbegripet ett förfarande med förkortade tidsfrister, måste enligt förvaltningsrättens mening utgå från den situation som var aktuell vid den tidpunkt då det i förevarande mål aktuella upphandlingsförfarandet påbörjades, dvs. Direktupphandling 2. Annat har inte framkommit än att detta förfarande inleddes i nära anslutning till avtalstecknandet. Enligt förvaltningsrättens bedömning har det varit omöjligt för Dalatrafik att då använda sig av något av ovan nämnda förfaranden, varför även den andra förutsättningen får anses uppfyllt.

*Den tredje förutsättningen* för att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 2 § 4 LUF ska vara tillämplig, är att den synnerliga brådskan ska ha orsakats av omständigheter som inte har kunnat förutses av Dalatrafik. Det ska alltså finnas ett orsakssamband mellan brådskan och de oförutsedda omständigheterna. Såsom påpekats tidigare, är det den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger. Att den upphandlande enheten råkat i brådska till följd av egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling (prop. 2001/02:142 s. 99). Den omständigheten att en upphandling blir föremål för en överprövningsprocess är enligt förvaltningsrättens mening i sig en sådan omständighet som en upphandlande enhet får anses kunna förutse. Dalatrafik gör gällande att man i sin planering har tagit höjd för en tvåinstansprövning om sju månader, men att de oförutsedda omständigheterna består i osedvanligt lång handläggnings-tid i förvaltningsrätten. Dalatrafik menar mot den bakgrunden att den synnerliga brådska som uppstått är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av Dalatrafik. Tidsåtgången för en tvåinstansprövning kan, inte minst i en omfattande upphandling av trafiktjänster som den nu aktuella,

vara svår att beräkna för den upphandlande enheten (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5455-09). Bedömningen av vad som i varje enskild upphandling kan anses vara en rimlig framförhållning bör ske med beaktande av den aktuella upphandlingens art, omfattning och komplexitet (se Konkurrensverkets yttrande den 25 augusti 2010 i Kammarrätten i Göteborgs mål nr 5657-09). Kollektivtrafik torde tillhöra de mer komplexa upphandlingarna med ett fåtal större aktörer. Det bör därmed också kunna förutses av den upphandlande enheten att tidsåtgången för en överprövningsprocess vid denna typ av upphandlingar sannolikt kommer att överstiga den genomsnittliga.

Tilldelningsbeslut i Trafikupphandlingen meddelades den 18 juni 2013 och ansökan om överprövning av upphandlingen kom in till förvaltningsrätten vid avtalsspärrens sista dag den 28 juni 2013, varefter sedvanlig skriftväxling inleddes. Sådana omständigheter som att anstånd begärs och beviljas, bör enligt förvaltningsrättens mening vara sådant som Dalatrafik måste antas kunna förutse, inte minst i en situation som denna då skriftväxlingen inleddes under gängse semesterperiod. Dalatrafiks påstående om att man tagit höjd för en överprövningsprocess om sju månader skulle innebära att det efter en överprövningsprocess, som med Dalatrafiks beräkning borde ha varit avslutad i slutet av januari 2014, återstått ca fem månader för en presumtiv leverantör att genomföra de nödvändiga åtgärderna som behövs för att kunna ta över trafiken från och med den 1 juli 2014. En så kort uppstartstid synes i vart fall inte ha varit aktuell vid den ursprungliga Trafikupphandlingen. Även den omständigheten att Dalatrafik redan den 17 december 2013 påbörjade ett direktupphandlingsförfarande med stöd av 4 kap. 2 § 4 LUF talar enligt förvaltningsrättens mening för att Dalatrafik redan vid den tidpunkten ansåg sig vara i sådan tidsnöd att det var nödvändigt att tilldela kontrakt inom en snar framtid för att säkra trafiken från och med den 1 juli 2014. Förvaltningsrätten finner vid en sammantagen bedömning att den synnerliga brådskan i förevarande fall orsakats av omständigheter som kunnat förutses av Dalatrafik. Förutsättningarna för till-

delning enligt 4 kap. 2 § 4 LUF har därmed inte visats vara uppfyllda, varför det föreligger grund för ogiltighet av avtalet enligt 16 kap. 13 § första stycket LUF då den gjorda direkttilldelningen varit felaktig.

Föreligger skäl att ändå låta avtalet bestå med hänvisning till tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 § LUF?

Förarbeten till 16 kap. 14 § LUF

Av förarbetena till 16 kap. 14 § LUF anförs bl.a. följande (prop. 2009/10:180 s. 394 och s. 362 f.).

*Uttrycket tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer inom andra områden i unionsrätten. I artikel 36 i EUF-fördraget finns t.ex. en uppräkningslista av de skäl som kan utgöra grund för att inskränka den fria rörligheten. Hänsyn kan exempelvis tas till allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet, konsumentskydd och skydd av såväl tjänstemottagare som arbetstagare, rättsvisa handelstransaktioner, kamp mot bedrägeri, skydd av miljö och stadsmiljö, djurhälsa, immateriella rättigheter, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet, socialpolitiska och kulturpolitiska mål. Undantagen har ofta varit föremål för EU-domstolens prövning. Eftersom hänsyn till allmänintresset utgör ett skäl för undantag från den fria rörligheten, är utgångspunkten att begreppet ska tolkas restriktivt. Begränsad vikt får läggas till ekonomiska intressen inom ramen för allmänintresset. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska t.ex. inte anses utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. --- Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får dock beaktas om ogiltighet skulle leda till orimliga eller oproportionerliga följder. Stor vikt bör här läggas vid myndigheternas tillhandahållande av allmän service till samhället. Det ankommer på domstolarna att göra en skälig avvägning mellan detta allmänna intresse och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt i syfte att en ny upphandling ska företas.*

Av samma förarbeten (aa s. 137 ff.) framgår vidare bl. a. följande.

*Bestämmelserna ska tillämpas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Den som åberopar att en sådan undantagssituation föreligger, dvs. den upphandlande myndigheten eller enheten, har också bevisbördan för detta. Det ankommer på de allmänna förvaltningsdomstolarna att, utifrån de särskilda omständigheterna i ett enskilt mål om överprövning av avtals giltighet, tolka begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse och bedöma om förutsättningarna för att låta avtalet bestå är uppfyllda.*

#### *Parternas argumentation*

**Dalatrafik** gör gällande att avtalet ändå ska få bestå med hänsyn till att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse och anför i den delen bl.a. följande. Det föreligger ett tvingande allmänintresse att kommunikationerna fungerar i ett län och när ett kontrakt rör viktiga samhällsfunktioner kan ogiltigförklaring leda till orimliga konsekvenser för allmänheten. Kollektivtrafiken är en av de absolut centrala delarna för ett välfungerande samhälle. Dalatrafik pekar särskilt på att den trafik som upphandlats genom avtalet med Sambus inte enkom avser buss i linjetrafik, utan omfattar såväl allmän som särskild kollektivtrafik. Begreppet kollektivtrafik omfattar såväl trafik som tillhandahålls allmänheten, s.k. allmän kollektivtrafik, som trafik som tillhandahålls en särskild personkrets genom färdtjänst, skolskjuts och sjukresor, s.k. särskild kollektivtrafik. Landsting och kommuner har ett i lag reglerat ansvar och skyldighet för att både den allmänna och den särskilda kollektivtrafiken ska tillhandahållas allmänheten. Ansvaret och skyldigheten kan överlåtas till den regionala kollektivtrafikmyndigheten i länet och i förevarande fall har denna myndighet i sin tur överlåtit detta ansvar till Dalatrafik. Det är av direkt betydelse för att ett samhälle ska fungera på ett effektivt och kostnadsbesparande sätt att den allmänna kollektivtrafiken upprätthålls och erbjuds till invånarna. Konsekvensen av att Dalarna skulle stå utan en fungerande allmän kollektivtrafik är omfat-

tande. De invånare som är beroende av den särskilda kollektivtrafiken är i jämförelse i än högre grad beroende av att den särskilda kollektivtrafiken upprätthålls. Utan en särskild kollektivtrafik kommer skolbarn, sjuka och äldre inte att ha en realistisk möjlighet att transportera sig till t.ex. skolor och sjukhus. Förutom de höga kostnader som drabbar samhället och individen för det fall den allmänna kollektivtrafiken avstannar, medför det framförallt vad avser den särskilda kollektivtrafiken personliga lidanden och umbäranden som inte kan tolereras i ett modernt samhälle. Dalatrafiks avtal med Sambus innefattar såväl allmän kollektivtrafik som särskild kollektivtrafik. Den särskilda kollektivtrafiken består i omfattande verksamhet avseende bl. a. färdtjänst och sjukresor. Det är av mycket stort allmänintresse att såväl den allmänna som den särskilda kollektivtrafiken upprätthålls. Det är uppenbart att det allmännas intresse av att ha en kollektivtrafik i Dalarna efter den 30 juni 2014 under alla omständigheter är betydligt starkare än Nobinas intresse av att avtalet med Sambus förklaras ogiltigt. Dessutom står det klart att det endast är ett korttidsavtal om två år, under vilka den nya Trafikupphandlingen ska genomföras. Nobina kommer således att ha lika stora möjligheter som alla andra leverantörer på marknaden att erhålla det framtida långtidskontraktet.

**Sambus** ansluter sig till vad Dalatrafik anfört i dessa delar och pekar särskilt på följande. Det aktuella avtalet innefattar såväl linjetrafik som servicetrafik, vilket har påverkan på människors hälsa och liv. Dessutom drabbas svaga grupper i samhället särskilt hårt om trafiktjänsterna inte kan utföras

**Nobina** gör å sin sida gällande att det inte föreligger något tvingande hänsyn till ett allmänintresse i den mening som avses i 16 kap. 14 § LUF och anför i denna del bl.a. följande. Ett säkerställande av den allmänna samfärdseln utgör inte sådana tvingande hänsyn som medför att ett avtal ska få bestå enligt 16 kap. 14 § LUF eftersom det enligt EU-domstolens praxis ska vara fråga om allvarliga hot mot hälsa och säkerhet för att ett avtal ska



få bestå på grund av tvingande hänsyn. De hänsyn som EU-domstolen har bedömt som tvingande på grund av allmänintresset är t.ex. allmän ordning och säkerhet, skydd för människors liv och hälsa samt folk- och djurhälsan, dvs. samma hänsyn som anges i preambel 6 i det Klassiska direktivet. Kollektivtrafik (skolskjuts) utgör enligt praxis inte ett sådant skyddsvärt allmänintresse som krävs för att avtalet ska få bestå. Den omständigheten att det finns en lagstadgad skyldighet att tillhandahålla en viss tjänst medför inte att en upphandlande myndighet kan frångå upphandlingsbestämmelserna (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 784-10). Med hänsyn till att avtalet med Sambus rör drift av allmänna kommunikationsmedel föreligger överhuvudtaget ingen risk för att allmänhetens hälsa eller säkerhet skulle hotas om avtalet ogiltigförklarades. Mot bakgrund av att bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och att det endast är exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå, kan det inte anses föreligga tvingande hänsyn till ett allmänintresse ifall en upphandlande enhet kan lösa situationen på något annat och mindre ingripande sätt än genom det aktuella avtalet. När en upphandling överprövas och processen drar ut på tiden, mer än vad den upphandlande enheten borde ha kunnat förutse, är det väl etablerad praxis att befintliga leverantörer tillåts fortsätta med uppdraget till dess att ett annonserat upphandlingsförfarande kunnat avslutas. Att låta befintliga leverantörer fortsätta köra trafiken i motsvarande utsträckning som i det befintliga avtalet innebär också att Dalatrafik slipper genomföra ett övertagandeprojekt, vilket i sig är resurseffektivt och medför minimal risk för trafikstörningar. En sådan lösning utgör således ett mindre ingripande alternativ än det direkttilldelade avtalet och en ogiltigförklaring av avtalet skulle inte heller medföra någon risk för tillhandahållandet av trafiktjänsterna i länet eftersom trafiken kan bedrivas vidare utan avbrott av de befintliga leverantörerna.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Av de ovan redovisade förarbetena framgår att bevisbördan för att det föreligger ett tvingande hänsyn till ett allmänintresse åligger den upphandlande

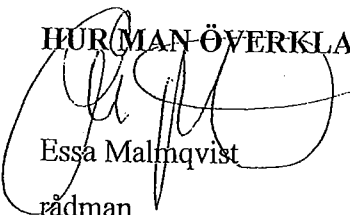
myndigheten, i detta fall Dalatrafik. Förvaltningsrätten har utifrån vad som anförs i den delen därefter att, enligt samma förarbeten, utifrån de särskilda omständigheterna i det aktuella målet tolka begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse och bör därvid lägga stor vikt vid en myndighets tillhållande av allmän service till samhället. En skälig avvägning ska då göras mellan detta allmänna intresse och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt i syfte att en ny upphandling ska företas. Därutöver har förvaltningsrätten att utgå från den beaktandesats i Ändringsdirektivet som anger att medlemsstaternas oberoende prövningsorgan bör undersöka alla relevanta omständigheter för att fastställa om tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att verkningarna av avtalet bör upprätthållas (beaktandesats 22).

Upphandlingen avser kollektivtrafiktjänster i Dalarna under såvitt framgår en begränsad övergångsperiod, under vilken en ny upphandling ska genomföras. Dalatrafik har fört fram att trafiktjänsterna handlar om både allmän och särskild kollektivtrafik och att det särskilt beträffande den särskilda kollektivtrafiken föreligger ett mycket stort allmänintresse att denna kan erbjudas. Nobina har för sin del fört fram att den allmänna samfärdseln inte utgör sådana tvingande hänsyn eftersom det enligt EU-domstolens praxis ska vara fråga om allvarliga hot mot hälsa och säkerhet för att ett avtal ska få bestå på grund av tvingande hänsyn. Därutöver för Nobina fram att det endast är exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå.

Förvaltningsrätten kan konstatera att det aktuella avtalet omfattar såväl allmän som särskild kollektivtrafik inom flera trafikområden, varav den särskilda kollektivtrafiken innefattar bl. a. sjukresor och färdtjänst. Med tanke på att de i vart fall beträffande den särskilda kollektivtrafiken är tjänster som i högsta grad påverkar människors liv och hälsa och då det är svaga grupper i samhället som drabbas om tjänsterna inte kan utföras, är det förvaltningsrättens bedömning att det beträffande aktuellt avtal förelig-

ger sådana omständigheter som får anses omfattade av begreppet tvingande hänsyn till allmänintresse som gör att det ska bestå (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december 2011 i mål nr 5819-11). Vad Nobina anför föranleder ingen annan bedömning. Avtalet ska därför inte förklaras ogiltigt varför Nobinas ansökan om ogiltigförklaring ska avslås.

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



Essa Malmqvist  
rådman

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.