

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

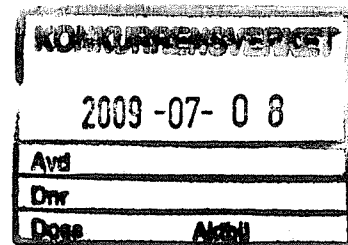
DOM
2009-07-07
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
12877-09
Rotel 551

SÖKANDE

Veolia Transport Sverige AB, 556042-4391

Ombud: Advokat Carl Bokwall
Advokatfirman Cederqvist KB
Box 1670
111 96 Stockholm



MOTPART

Aktiebolaget Storstockholms Lokaltrafik, 556013-0683

Ombud: Advokat Joakim Lavér, Jur.kand. Olof Larsberger,
Jur.kand. Katarina Mild
Linklaters Advokatbyrå AB
Box 7833
103 98 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avvisar ansökan om överprövning.

Dok.Id 442081

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Länsrätten i Stockholms län har i mål 1790-09 avslagit Veolia Transport Sverige AB:s (Veolia) ansökan om överprövning av Aktiebolaget Storstockholms Lokaltrafiks (SL) upphandling avseende tunnelbaneverksamheten i Stockholms län (nedan benämnd huvudupphandlingen). Veolia har överklagat länsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm som genom domen 3 juli 2009 har avslagit Veolias överklagande.

SL har i avvaktan på kammarrättens prövning genomfört en direktupphandling avseende tillfällig drift av tunnelbanan (nedan benämnd direktupphandlingen) för att inte riskera att hamna i avtalslöst tillstånd när avtalet med nuvarande leverantören, Veolia, löper ut den 2 november 2009.

YRKANDEN M.M.

Veolia ansöker om överprövning av direktupphandlingen och yrkar att länsrätten ska besluta om interimistiska åtgärder samt förena det interimistiska beslutet med vite om minst 50 milj. kr per påbörjat intervall som länsrätten finner lämpligt till dess att direktupphandlingen är avbruten. Veolia yrkar också att länsrätten vilandeförklarar målet till dess att lagakraftvunnet avgörande föreligger beträffande huvudupphandlingen. Till stöd för sin talan anför Veolia i huvudsak följande. Genom SL:s åtgärd avslutas de facto huvudupphandlingen trots Kammarrätten i Stockholms interimistiska beslut att den tills vidare inte får avslutas. SL:s beslut att låta MTR Corporation Ltd (MTR) sätta igång verksamheten och de åtgärder som är förknippade härmed är således en allvarlig form av lag- och domstolstrots och utgör en otillåten direkttilldelning av det kontrakt som huvudupphandlingen avser eller ett provisoriskt kontrakt. SL saknar laglig grund för direktupphandlingen eftersom förutsättningarna i 4 kap. 2 § fjärde punkten LUF inte är uppfyllda. Det saknas i övrigt objektivt godtagbara skäl till stöd för

SL:s åtgärder. Den omständigheten att SL och MTR ingått ett avtal utgör inte hinder för åtgärder enligt LUF mot direktupphandlingen (se mål C-26/03, *Stadt Halle m.fl.* och RÅ 2005 ref. 10).

På SL:s initiativ ingick SL och Veolia den 13 juni 2008 ett tilläggsavtal rörande driften av tunnelbaneverksamheten vilket, för det fall upphandlingen p.g.a. överprövning inte kan avslutas eller måste göras om, ger SL en option att förlänga avtalstiden avseende existerande tunnelbaneavtal. Optionen skulle utnyttjas senast den 15 maj 2009 men utnyttjades inte av SL trots att Kammarrätten i Stockholm meddelat prövningstillstånd i mål 3014-09 den 12 maj 2009 (dvs. i överprövningsmålet avseende huvudupphandlingen). Eftersom SL genom sin underlåtenhet att utnyttja optionen försatt sig i en situation där SL står utan en operatör av tunnelbaneverksamheten per den 2 november 2009, erbjöd Veolia sig att driva tunnelbaneverksamheten vidare under den pågående överprövningsprocessen och för det fall upphandlingen behöver göras om. Lösningen innebär att existerande tunnelbaneavtal förlängs på samma villkor och att SL när som helst under överprövningsprocessen kan säga upp det med sex månaders löpan- de uppsägningstid. Parterna har varit överens om att sex månader är den kortaste nödvändiga tid för att säkerställa ett smidigt byte av operatör. SL gav dock aldrig Veolia något svar utan meddelade den 16 juni 2009 att SL ämnade direktupphandla tunnelbanedriften av MTR utan att invänta ett domstolsavgörande i överprövningsprocessen.

Direktupphandlingen har inte varit absolut nödvändig eftersom SL haft ett lagligt och objektivt sett bättre alternativ, nämligen att utnyttja optionen enligt tilläggsavtalet eller att utnyttja den förlängda och flexibla optionen som Veolia erbjuder. Det vore bättre med hänsyn till att det inte blir avbrott och störningar i trafiken, att kostnaderna blir lägre och dessutom blir det bättre för de anställda. Vidare är det osäkert om den tid som återstår

före den 2 november 2009 är tillräcklig för att ett övertagande ska kunna ske på ett utmärkt sätt.

Den situation som rådde inför direktupphandlingen är inte orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av SL. Av tilläggsavtalet framgår att SL förutsett behovet av en provisorisk lösning för driften av tunnelbaneverksamheten i fall av en överprövning och eventuell omstart av upphandlingen. SL har, genom tilläggsavtalet, identifierat och vidtagit åtgärder för att på bästa sätt tillgodose behovet av en provisorisk lösning. Vidare har SL, genom att inte utnyttja de optioner på förlängning som stod SL till buds, själv orsakat situationen där SL står utan en provisorisk lösning för driften av tunnelbaneverksamheten. Av Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 februari 2007 i mål nr 468-07, följer att förhållandet att en upphandling måste göras om inte utgör synnerliga skäl som berättigar till direktupphandling. Härav följer att inte heller en pågående överprövningsprocess berättigar en upphandlande enhet att direktupphandla p.g.a. den tidsnöd som överprövningsprocessen orsakar.

Vidare riskerar överprövningsprocessen avseende upphandlingen att bli verkningslös om SL och MTR tillåts fortsätta implementeringen av direktupphandlingen. Ett övertagande av tunnelbaneverksamheten innebär att en rad åtgärder ska vidtas och ju fler implementeringsåtgärder SL och MTR hinner vidta desto svårare blir det att reversera förfarandet. Vid en viss punkt blir det förenat med så stora kostnader och olägenheter att SL, oavsett omständigheterna i övrigt, inte rättar sig efter en dom om att upphandlingen ska göras om.

SL:s valda åtgärd är olaglig och dessutom onödig och direkt olämplig. Av det anförda följer att förutsättningarna i 4 kap. 2 § fjärde punkten LUF inte är uppfyllda och att SL inte får göra en direkttilldelning av ett kontrakt till MTR.

SL bestrider bifall till Veolias yrkande om interimistiska åtgärder och vite samt yrkar att Veolias talan i övrigt avvisas. Till stöd härför anför SL i huvudsak följande. Veolia har valt att enbart framställa ett interimistiskt yrkande och inget huvudyrkande varför talan ska avvisas redan på den grunden. Vidare får en ansökan om överprövning, avseende en laglig direktupphandling, inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen. Förutsättningar för att pröva Veolias ansökan om överprövning saknas därmed.

Den pågående huvudupphandlingen är den största offentliga upphandlingen i Europa under senare tid. Mycket omfattande och tidskrävande resurser har lagts ner för ett i alla delar professionellt och korrekt upphandlingsförfarande. För att inte hamna i tidsnöd planerades t.ex. in ett par månaders extra tid för en eventuell överprövningsprocess jämfört med tidplanen i de senaste trafikupphandlingarna. Det kan noteras att det i den senaste stora busstrafikupphandlingen som SL genomförde, och som överklagades av två leverantörer, totalt sett tog drygt tre månader från överklagande till det att Regeringsrätten beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Den processen involverade dessutom delvis samma rättsfrågor som har varit aktuella i huvudupphandlingen. Inför genomförandet av huvudupphandlingen kunde det därför omöjligen vare sig påräknas eller förutses att en överprövningsprocess skulle bli så utdragen som den nu pågående faktiskt har blivit. Det är ca fem månader sedan Veolia initierade överprövningsprocessen och när SL:s styrelse fattade sitt beslut om direktupphandling fanns inte ens någon indikation på när dom i Kammarrätten skulle meddelas. Med detta i beaktande liksom att SL, p.g.a. anbudsgivarnas berättigade intresse av att inte vara bundna för länge vid sina anbud, inte kan planera in osedvanligt mycket tid för överprövningar i sina trafikupphandlingar, kan SL inte klandras för den tidsnöd som uppkommit.

Mot bakgrund av tunnelbanans samhällsekonomiska betydelse och SL:s ansvar för denna verksamhet kan man inte ens riskera att hamna i ett avtalslöst tillstånd när avtalet med den nuvarande leverantören, Veolia, löper ut den 2 november 2009. Det har således ålegat och åligger SL att säkerställa den fortsatta driften av tunnelbanan. Så länge det bara varit möjligt har man avvaktat utgången av överprövningsprocessen men till sist fick man acceptera att någonting måste göras för att säkerställa driften av tunnelbanan. Med beaktande av den korta tid som nu återstår till dess att avtalet med Veolia löper ut har det inte varit möjligt att hålla tidsfristerna vid ett förfarande med föregående annonsering. Det har alltså varit absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt avseende driften av tunnelbanan samtidigt som synnerlig brådska gjort det omöjligt att genomföra en sedvanlig upphandling. Det enda alternativet i den uppkomna situationen har således varit att genomföra en direktupphandling.

En direktupphandling får naturligtvis inte innebära att huvudupphandlingen ”avslutas” eller att ett direktupphandlingsavtal ”ersätter” det genom huvudupphandlingen upphandlade uppdragsavtalet och så har heller inte varit fallet. Syftet med direktupphandlingen är att säkerställa driften av tunnelbanan fram till dess att upphandlingen har avslutats eller, vid händelse att SL skulle förlora överprövningsprocessen rörande huvudupphandlingen, till dess att rättelse hunnit vidtas i enlighet med domen. I direktupphandlingsavtalet finns mekanismer för att säkerställa det nämnda syftet. Överprövningsprocessen avseende huvudupphandlingen riskerar därvid inte att bli verkningslös och åtgärden har inte inneburit att Veolias rättigheter har trätts förnär.

Två tänkbara leverantörer fanns för ett direktupphandlat uppdrag, Veolia (i egenskap av sittande leverantör) och MTR (i egenskap av i upphandlingen vinnande leverantör som sedan januari förberett sig för en driftstart i november). Erbjudanden från såväl Veolia som MTR har beaktats och såle-

des har den konkurrens som stått till buds i nu aktuell situation tillvaratagits. Sammantaget har MTR framstått som en lämpligare och mer attraktiv kandidat för driften av tunnelbaneverksamheten än Veolia, även såvitt gäller den tid som direktupphandlingsavtalet rör. Mot bakgrund av att denna tilldelning inneburit att en ny aktör kommer att ansvara för driften av tunnelbanan har det tidsmässigt varit av särskild vikt att direktupphandlingen kom till stånd allra senast vid den tidpunkt som den faktiskt genomfördes. Direktupphandlingen har varit tillåten och eftersom det finns ett avtal om upphandlingen får inte Veolias ansökan prövas.

Länsrätten har i beslut den 26 juni 2009 avslagit Veolias yrkande om interimistiskt förordnande.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 1 § första och andra styckena LUF framgår följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

Av 16 kap. 2 § LUF framgår följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 4 kap. 2 § p 4 LUF framgår att 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.

Länsrättens bedömning

I målet är ostridigt att SL den 16 juni 2009 har genomfört en direktupphandling avseende tillfällig drift av tunnelbanetrafiken varvid MTR tilldelats kontraktet i fråga. Det är vidare ostridigt att avtal om upphandlingen har ingåtts mellan SL och MTR. Veolia ansöker om överprövning av direktupphandlingen och anför bl.a. att den inte är tillåten. SL har anfört att ansökan ska avvisas då Veolia inte har framställt något yrkande i sak utan endast yrkat interimistiska åtgärder, vilket tidigare har avslagits av länsrätten. Av 16 kap. 1 § första stycket LUF framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Länsrätten finner att Veolias ansökan om överprövning av direktupphandlingen utgör en sådan ansökan om åtgärder enligt 16 kap. 2 § LUF varför länsrätten har att pröva tillåtligheten av den aktuella upphandlingen. Att SL till följd av direktupphandlingen redan har tecknat avtal med MTR saknar betydelse för domstolens möjligheter att pröva huruvida SL haft grund för att genomföra en direktupphandling (jfr RÅ 2005 ref. 10).

Länsrätten har således att pröva huruvida SL, mot bakgrund av den föreliggande situationen, haft rätt att genomföra en direktupphandling på sätt som skett, dvs. om förutsättningar enligt 4 kap. 2 § p 4 LUF föreligger.

Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling.

Det är i målet ostridigt att det pågående avtalet mellan SL och Veolia om driften av tunnelbanetrafiken i Stockholm löper ut den 2 november 2009. Att tunnelbanetrafiken fungerar får anses vara av så stor samhällsekono-

misk betydelse att SL, som ansvarar för kollektivtrafiken, inte kan riskera att stå utan gällande avtal som tillförsäkrar en fortsatt fungerande trafik. Det framgår av parternas yttranden i målet att det krävs relativt omfattande arrangemang för att en ny aktör ska kunna ta över driften av tunnelbanetrafiken. Vidare framgår att det är oklart hur lång tid det tar innan överprövningsprocessen avseende huvudupphandlingen är avslutad och ett nytt huvudavtal kan träffas. Det får därmed anses ha förelegat synnerlig brådska för SL att ingå avtal avseende den tillfälliga driften av tunnelbanetrafiken.

Frågan blir härvid om den synnerliga brådskan kan anses orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på SL. Tilldelningsbeslutet i huvudupphandlingen fattades den 20 januari 2009. Veolia ansökte därefter hos länsrätten om överprövning av upphandlingen och länsrätten avtog ansökan i dom den 16 april 2009. Veolia överklagade länsrättens beslut till Kammarrätten i Stockholm som den 3 juli 2009 har meddelat dom i målet. Mot bakgrund av såväl SL:s som länsrättens erfarenheter av hur lång tid överprövningsprocessen i upphandlingsmål normalt brukar pågå finner länsrätten att SL inte kan anses ha haft anledning att befara att tidsnöd skulle uppkomma. Det har heller inte framkommit någonting som tyder på att SL skulle ha del i den uppkomna situationen. Att SL har haft en möjlighet att, enligt tilläggsavtalet med Veolia, avtala om fortsatt drift av tunnelbanetrafiken i händelse av en utdragen överprövningsprocess föranleder ingen annan bedömning då detta skulle kunna likställas med en direktupphandling med Veolia som motpart.

Mot bakgrund av vad som anförts ovan finner länsrätten att SL, i den aktuella situationen, får anses ha haft grund för att genomföra den aktuella direktupphandlingen. Avtalet mellan SL och MTR utgör därmed ett avtal om upphandlingen på sätt som avses i 16 kap. 1 § andra stycket LUF. Länsrätten är därmed förhindrad att pröva ansökan om överprövning varför denna ska avvisas.

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



Marie-Louise Diurson

chefsrådman

Föredragande har varit Jenny Kenneberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

