

PM 2 2013-05-08 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom köp av tjänster och varor i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).**

*Stockholms läns Landsting har tidigare upphandlat taxitransporter (färdtjänst) i femårigt ramavtal. Detta kommer i konflikt med en s.k. fyraårsregeln vid offentlig upphandling. Avtalsförhållandet har nu förlängts i ytterligare två år, och kommer således att avse en period av totalt minst sju år.*

Stockholms läns landsting beslutade vid sammanträde med Trafiknämnden (nedan Landstinget) den 5 februari 2013 (TN § 15/2013) att godkänna en förlängning<sup>1</sup> av ett sedan tidigare föreliggande femårigt ramavtalsförhållande avseende färdtjänst genom rullstolstaxi. Förlängningen avser en period av ytterligare två år, varigenom avtalsförhållandet kommer att ha varit i kraft i totalt sju år.

Landstinget har tidigare upphandlat<sup>2</sup> ramavtal för rullstolstaxi, här kallat *Huvudavtalet*, vilket tecknades den 24 juni och den 2 juli 2008<sup>3</sup> med totalt tre leverantörer. Huvudavtalet avser en ursprunglig period av fem år, från och med den 1 oktober 2008 till och med den 30 september 2013 med möjlighet till ytterligare förlängning enligt vad som redovisas nedan, till att således omfatta maximalt 7,5 år.<sup>4</sup>

Till Huvudavtalet finns kopplat en indexklausul för löpande reglering av vilken ersättning som ska utgå till leverantörerna vid avrop enligt avtalet.

Den nu beslutade förlängningen bereddes genom en tjänsteskrivelse den 23 januari 2013,<sup>5</sup> av vilken framgår att huvudavtalet gäller under tiden 2008-10-01 tom 2013-09-30 och för det fall parterna är överens kan förlängas en eller flera gånger nio månader före förfallodag med maximalt 24 månader. Landstinget kan därutöver förlänga avtalet ytterligare med maximalt 6 månader med oförändrade villkor för att underlätta en övergång till ny avtalsperiod till att således omfatta maximalt (5+2+0,5 år=) 7,5 år. I tjänsteskrivelsen påpekas att det för ett nytt avtal alternativt en förlängning av nuvarande avtal med trafikstart 1 oktober 2013 krävs en överenskommelse mellan parterna om eventuell förlängning senast i januari 2013. Eftersom ärendet inte hade hunnit förberedas före årsskiftet så har förvaltningschefen för Trafikförvaltningen den 31 januari 2013 träffat skriftlig ”*Överenskommelse om avtalsförlängning*” med berörda leverantörer innebärande att avtalsförhållandet enligt Huvudavtalet förlängs till den 30 september 2015.<sup>6</sup> Av överenskommelsen framgår att denna träffat med förbehåll för att Landstingets trafiknämnd fattar slutligt förlängningsbeslut, vilket således skedde vid det ovan redovisade sammanträdet den 5 februari 2013.<sup>7</sup>

Med ledning av uppgifter i Trafiknämndens tjänsteutlåtande<sup>8</sup> kan aktuellt kontraktsvärde av de beslutade förlängningarna uppskattas till 653 miljoner kronor för Huvudavtalet.

<sup>1</sup> Se Trafiknämnden vid Stockholms läns landsting, överenskommelse om avtalsförlängning av ramavtal nr. FtjN0806-132 – 134 daterade och undertecknade av parterna den 31 januari 2013.

<sup>2</sup> Upphandling av rullstolstaxi för färdtjänstresor enligt ”ANBUDEFÖRFRÅGAN PÅ RULLSTOLSTAXI MED SPECIALFORDON INOM STOCKHOLMS LÄN” daterad den 1 april 2008 (Landstingets dnr. FtjN 0710-145).

<sup>3</sup> Se (dåvarande) Färdtjänstnämnden vid Stockholms läns landsting, ramavtal nr. FtjN0806-132 – 134, daterade och undertecknade den 24 juni och den 2 juli 2008.

<sup>4</sup> Se uppställda avtalsvillkor i avsnitt 13 ”GILTIGHETSTID” i förslaget till ”TRANSPORTAVTAL OM RULLSTOLSTAXI MED SPECIALFORDON INOM STOCKHOLMS LÄN” – bilaga j) till ovan angivna upphandlingsunderlaget samt ovan i not 3 angivna ramavtal, nr. FtjN0806-132 – 134.

<sup>5</sup> Se Trafiknämnden vid Stockholms läns landsting, tjänsteutlåtandet *Förlängning av avtal Rullstolstaxi*, av den 23 januari 2013 (dnr. Tn2-2013-00258).

<sup>6</sup> Se Trafiknämnden vid Stockholms läns landsting, överenskommelse om avtalsförlängning av ramavtal nr. FtjN0806-132 – 134 daterade och undertecknade av parterna den 31 januari 2013.

<sup>7</sup> Av Trafiknämndens beslut (§ 15/2013. dnr. TN2-213-00258) framgår bl.a. att ”*kundvalsavtalen rullstolstaxi FtjN0806-132, FtjN 0806-133, FtjN0806-134 förlängs till och med den 30 september 2015.*”

<sup>8</sup> Se ovan, i fotnot 5 redovisade tjänsteutlåtande ”*Förlängning av avtal Rullstolstaxi*, avsnittet *Ekonomiska konsekvenser av beslutet*, av vilket framgår bl.a. följande: ”*Trafikformen Rullstolstaxi ligger idag inom färdtjänstens ordinarie trafikutbud och för verksamheten budgeterade kostnader: Budget: för rullstolstaxi med kundval perioden 2013-10-01 2015-09-30: 653 mnkr.*”

### Gällande rätt

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats<sup>9</sup> efter den 1 januari 2008<sup>10</sup> regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.<sup>11</sup> Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet), vilket trädde i kraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006.<sup>12</sup> För upphandling som även påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar, innebärande bl.a. möjlighet för domstol att ogiltigförklara avtal som otillåtets ingåtts direkt med viss leverantör utan iakttagande av lagens krav på föregående annonsering samt att utdöma upphandlingsskadeavgift.<sup>13</sup>

Bestämmelserna i LOU är, såvitt några i lagen eller direktivet införda undantag inte anger motsatsen, tillämpliga på samtliga kontrakt med ekonomiska villkor som avser byggentreprenader, varor eller tjänster och som ingås av s.k. *upphandlande myndigheter*, däribland landstingskommunala myndigheter. Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling är numera Konkurrensverket.<sup>14</sup>

Regelverket för hur en upphandling ska annonseras och i övrigt genomföras styrs av värdet av det kontrakt som ska upphandlas och av föremålet för upphandlingen. Taxitjänster (CPV 60120000-5), passagerartransport på väg för särskilda ändamål (CPV 60130000-8) eller annars icke-reguljär passagerartransport (CPV 60140000-1)<sup>15</sup> utgör sådana A-tjänster för landtransport, även säkerhets- och kurirtransporter med undantag av postbefordran (kategori 2 enligt bilaga 2 till LOU) som om det s.k. kontraktsvärdet överstiger gällande tröskelvärde ska upphandlas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. Upphandling ska vid sådant förhållande normalt genomföras i ett öppet eller selektivt förfarande.

För närvarande, sedan den 1 januari 2012, uppgår gällande tröskelvärde till 1.897.540 kronor. I april 2008 uppgick motsvarande tröskelvärde till 1.911.155 kronor.<sup>16</sup>

---

<sup>9</sup> I prop. 2009/09:180, s. 374, anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får upphandlingen anses påbörjad först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

<sup>10</sup> För upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. lagens rättsmedelsbestämmelser.

<sup>11</sup> 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>12</sup> Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

<sup>13</sup> Bestämmelserna innebär bl.a. att ett redan tecknat avtal kan ogiltigförklaras av domstol om avtalet inte har annonserats, trots att en sådan skyldighet föreläggat – se 16 kap. 15 § LOU (sedan den 1 november 2011, flyttad till 16 kap. 13 § LOU) Vidare kan den upphandlande enheten förpliktas att utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.

<sup>14</sup> Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen från den tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

<sup>15</sup> CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

<sup>16</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande tröskelvärden fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) för närvarande till 200.000 euro eller 1.897.540 svenska kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. För upphandling som påbörjats under 2008 uppgick tröskelvärdet till 1.911.155 kronor - se regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med de upphandlingsrättsliga reglerna är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna.<sup>17</sup> Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.

Enligt 5 kap. 3 § LOU får ett ramavtal löpa under längre tid än fyra år, endast om det finns särskilda skäl. Bestämmelsen som infördes i LOU med avseende på upphandlingar som har påbörjats efter den 1 januari 2008 utgör införlivande av en motsvarande bestämmelse i art. 32.2 fjärde stycket i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG). Denna bestämmelse, som har för medlemsstaterna s.k. *direkt effekt*,<sup>18</sup> infördes med giltighet redan den 1 februari 2006.<sup>19</sup>

Bestämmelsen motiveras av en önskan från lagstiftarnas sida att införa en mekanism för att upprätthålla konkurrensen i ramavtalssituationer och iakttagandet av de grundläggande principerna.

I Europeiska kommissionens tolkningsmeddelande avseende ramavtal<sup>20</sup> hänvisas till att undantag från fyraårsregeln skulle kunna komma ifråga enbart för att försäkra sig om en effektiv konkurrens i fall där föremålet för kontraktet kräver investeringar som har en avskrivningstid på mer än fyra år. Kommissionen hänvisar härvid till att utvecklandet av en effektiv konkurrens på upphandlingsområdet är en av målsättningarna med gällande direktiv på detta område.

Av de svenska lagförarbetena (prop. 2006/07:128 och SOU 2005:22) framgår inte närmare vad som avses med rekvisitet ”*särskilda skäl*”. Dock anges att sådana skäl kan anses föreligga exempelvis i fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas, eller om föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför behov av stora investeringar för leverantören vilka bör kunna avskrivas under avtalstiden.<sup>21</sup> Enligt samma lagförarbeten åvilar det i dessa fall den upphandlande myndigheten att *visa* vad som ska anses utgöra tillräckliga skäl för en längre avtalstid än fyra år. Detta följer även av EU-domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de unionsrättsliga rättigheterna inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt samt att det ankommer på den upphandlande myndighet som avser att åberopa ett undantag att bevisa de särskilda omständigheter som kan motivera sådant undantag.<sup>22</sup>

Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande avseende en varuupphandling av ett (2+2=) fyra-årigt ramavtal – där avtalet, för det fall att en överprövningsprocess skulle dra ut på tiden, kunde förlängas i ytterligare i sex månader till att således avse totalt (2+2+0,5 =) fyra och ett halvt år – fastlagt att en sålunda utvidgad ramavtalstid strider mot fyraårsregeln i 5 kap. 3 § LOU, samt att förhållandena i den aktuella upphandlingen – som avsåg läkemedel i form av vaccinationer till förebyggande av cancer hos kvinnor – inte motiverade undantag p.g.a. synnerliga skäl.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> De grundläggande principer som åsyftas finns inskrivna i 1 kap. 9 § LOU och följer av tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG (numera avdelning IV Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF).

<sup>18</sup> Principen om (vertikal) direkt effekt tillåter privatpersoner att gentemot staten eller en myndighet direkt åberopa en europeisk bestämmelse i nationell eller europeisk domstol. Denna princip är dock underställd villkor om att den unionsrättsligt grundande skyldigheten måste vara precis, tydlig, ovillkorlig och inte kräva kompletterande nationella åtgärder eller ytterligare gemenskapsåtgärder, se bl.a. EU-domstolens dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62, *van Gend en Loos*, REU 1963, s. 3.

<sup>19</sup> Avseende rättsverkan vid nationell rättstillämpning av en direktivbestämmelse som har införts med s.k. direkt effekt, men som ännu inte hunnit införlivas i nationell rätt, se Kammarrätten i Stockholms dom av den 20 oktober 2011 i mål 2733-11.

<sup>20</sup> Se Explanatory note – Framework agreements – Classic Directive Document corresponding to document CC/2005/03 rev. 1 of 14/7.2005.

<sup>21</sup> Se prop. 2006/07:128, s. 333 f. samt SOU 2005:28, s. 279.

<sup>22</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C 157/06, *kommissionen mot Italien*, REU 2008 s. I-7313, p. 23. jämte där noterad äldre praxis; se även RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*) samt samt prop. 2006/07:128, s. 291.

<sup>23</sup> Se Kammarrätten i Stockholm, dom av den 23 mars 2011 i mål 5609-- 5629-10, *Sanofi Pasteur ./. Stockholms läns landsting m.fl.*

I fråga om taxitransporter med handikappanpassade fordon för färdtjänst har i tidigare nationell praxis behovet av kontinuitet eller förekommande investeringsbehov inte ansetts vara sådant att det ansetts föreligga särskilda skäl för en kontraktstid överstigande fyra år.

Förvaltningsrätten i Härnösand anförde i ett mål som avsåg bl.a. ett upp till sjuårigt färdtjänstkontrakt med specialanpassade fordon bl.a. följande.

”Kommunen har hänvisat till att den aktuella upphandlingens karaktär med stort behov av kontinuitet och krav på investeringar för den enskilde näringsidkaren, gör att det föreligger särskilda skäl att upphandla förlängningen redan vid ursprungsupphandlingen. Förvaltningsrätten anser att behovet av kontinuitet inte i tillräcklig utsträckning är hänförligt till föremålet för upphandlingen. Kommunen har inte visat att investeringskraven är så betungande för leverantören att det krävs en längre avtalstid för att de ska betala sig. Kommunen har således inte visat att det föreligger några särskilda skäl för att låta avtalstiden för aktuell upphandling överskrida lägsta tillåtna ramavtalstid enligt 5 kap. 3 § LOU”<sup>24</sup>

I fråga om möjligheterna till upphandlingsrättslig prövning av en kontraktsförlängning, med yrkande om rättelse såsom ett nytt avtal kan från unionsrättslig praxis nämnas EU-domstolens avgörande i målet *Pressetext (C-454-06)*.

Målet avsåg ett kontinuerligt upprätthållande av ett avtal som ingåtts 1994 på obestämd tid, med rätt till ömsesidig uppsägning och där den upphandlande myndigheten genom en särskild klausul åtagit sig att inte säga upp kontraktet före den 31 december 1999 (se p. 11). Vad domstolen hade att pröva var om sådana förändringar som parterna överenskommit utan att säga upp avtalet, innebärande bl.a. en sänkning (sic!) av avtalad ersättning samt omräkning till ersättning i euro skulle anses medföra att nytt avtal uppkommit. Samtliga aktuella dispositioner ägde rum åren 2000, 2001 och 2005, d.v.s. före det nya upphandlingsdirektivets ikraftträdande den 1 februari 2006 (se p. 26 jfr. p. 74). Prövningen avsåg därför inte tillämpning av den nu gällande fyraårsbegränsningen i art. 32.2 av det klassiska upphandlingsdirektivet (motsvarande 5 kap. 3 § LOU). Domstolen erinrade (p. 73) om att det i sig är främmande för systemet för och ändamålet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling att offentliga kontrakt avseende tjänster ingås för obestämd tid och att ett sådant tillvägagångssätt kan på sikt hindra konkurrensen mellan potentiella tjänsteleverantörer och tillämpningen av bestämmelserna i gemenskapsdirektiv om offentlighet i förfaranden vid offentlig upphandling. Domstolen konstaterade även (pp. 74 och 75) att det vid den aktuella tidpunkten inte fanns något förbud i gemenskapsrätten mot att ingå offentliga kontrakt avseende tjänster för obestämd tid. Enligt domstolens mening (pp. 78-80) kunde ett fortsatt upprätthållande av ett avtalsförhållande, om det inte även tillkommit någon betydande ändring av det ursprungliga kontraktet (p. 76 jämförd med p. 34) inte i sig anses utgöra ny upphandling eller nytt ingående av kontrakt. De i målet aktuella förfoganden som hade vidtagits 2000-2005, alltså före den nuvarande regleringens ikraftträdande 1 februari 2006, ansågs inte innebära sådan betydande ändring av det ursprungliga kontraktet, varför förfarandet godkändes av domstolen.

Från svensk nationell rättspraxis kan nämnas även Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i målet *Långeseletvätten (RÅ 2004 ref. 24)*.

Målet gällde ett tilläggsavtal till ett avtal som ursprungligen ingicks 1990. Själva tilläggsavtalet började gälla 1997 och innebar bl.a. att en s.k. tyst förlängningsklausul infördes, varigenom det aktuella avtalsförhållandet förlängdes automatiskt, med två år i taget vid utebliven uppsägning. I en ansökan om överprövning, som kom in till allmän förvaltningsdomstol 2002, hade klaganden yrkat att upphandlingen skulle göras om och anförde att en förlängning av avtalet på grund av utebliven uppsägning före utgången av år 2002 kunde jämföras med en direktupphandling. Högsta förvaltningsdomstolen angav emellertid att detta yrkande i själva verket innebar att den upphandlande myndigheten skulle åläggas att säga upp avtalet före visst datum. Varken en uppsägning eller en utebliven uppsägning av detta avtal utgjorde enligt domstolen emellertid någon del av ett upphandlingsförfarande som skulle kunde tvingas göras om eller rättas genom förordnande av domstol, varför klagandens yrkande inte kunde bifallas.

<sup>24</sup> Se Förvaltningsrätten i Härnösand, dom av den 26 maj 2011 i mål 758-11, *ÖrnTaxi AB ./. Örnköldsviks kommun*.

Med stöd av de ändringar som har införts i LOU från och med den 15 juli 2010 ska rätten enligt 16 kap. 13 § LOU, på talan av skadelidande leverantör, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.<sup>25</sup>

Talan om sådan avtalsogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex (6) månader från det att avtalet slöts. I fråga om löpande beställningar som inte grundas i något ramavtal utgör varje beställning ett nytt avtal som genom överprövning kan ogiltigförklaras. Rätten kan även enligt 16 kap. 16 § LOU förordna om att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud).<sup>26</sup>

Den upphandlande myndigheten kan i fall av otillåten direkttilldelning även förpliktas utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Även denna sanktion har införts i LOU med verkan från och med den 15 juli 2010, och innebär att allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket kan besluta om en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har avgiften som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde.<sup>27</sup>

### Yttrande

Landstinget har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Landstinget är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta regelverket i LOU och i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG). Som framgår av utredningen har Landstinget under 2008 genomfört en upphandling av ramavtal avseende färdtjänstresor för rullstolstaxi, vilket har utformats så att avtalet äger giltighet i fem år med möjlighet till förlängning i ytterligare två år till att avse en total avtalstid på sju år. Vidare framgår att överenskommelse om förlängning ska ske nio månader före förfallodag. Avtalsförhållandet har härefter förlängts genom överenskommelse som har träffats den 31 januari 2013 och godkänts av Landstingets trafiknämnd den 5 februari 2013. I ärendet aktualiseras tre separata frågor av betydelse för tolkningen av Landstingets aktuella förfoganden.

- (I) Den första frågan avser i vad mån det var riktigt av Landstinget att 2008 ingå ett femårigt avtalsförhållande med möjlighet till successiva förlängningar i ytterligare två och ett halvt år. Vid tidpunkten när den aktuella upphandlingen påbörjades, i april 2008, hade nuvarande LOU trätt i kraft med bland annat det i 5 kap. 3 § införda förbudet mot att utan ”synnerliga skäl” ingå

<sup>25</sup> Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 16 § (numera 16 kap. 14 §) LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

<sup>26</sup> Enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU får rätten avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

<sup>27</sup> Se bl.a. Förvaltningsrätten i Malmö, dom av den 9 juli 2012 i mål 4137-12, där Malmö Landsting förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift på 170.000 kronor motsvarande 7,5 procent av kontraktsvärdet samt Förvaltningsrätten i Umeå, dom av den 30 mars 2012 i mål 3834-11, där Luleå tekniska universitet (LTU) förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift med 100.000 kronor, motsvarande c:a 8,5 procent av det aktuella kontraktsvärdet.

ramavtal för längre perioder än fyra år. Eftersom det aktuella förbudet ytterst följer av det klassiska upphandlingsdirektivet och således har gällt med s.k. direkt effekt sedan i februari 2006 borde Landstinget i vart fall i april 2008 ha känt till den aktuella begränsningsregeln. I rättspraxis har liknande avtal avseende färdtjänsttaxi med specialanpassade fordon inte ansetts medföra undantag p.g.a. synnerliga skäl och några sådana skäl har av Landstinget inte ens påståtts, än mindre visats föreligga till stöd för att upphandla Huvudavtalet. Redan den ursprungliga femårsperiod som avtalet sträcker sig fram till och med den 30 september 2013 strider således mot LOU och gällande unionsrätt.

(II) Den andra frågan avser i vad mån Landstinget lagligen har kunnat förlänga det hittills femåriga avtalsförhållandet enligt Huvudavtalet i ytterligare två år. Eftersom redan den första femåriga avtalsperioden kommit till och vidmakthållits i strid mot LOU skulle Landstinget inte ytterligare ha förlängt avtalsförhållandet i två år. Några synnerliga skäl för denna förlängning har heller inte angivits föreligga. Även Landstingets beslut om förlängning strider således mot LOU och gällande unionsrätt.

(III) En ytterligare fråga av särskilt formellt intresse är i vad mån det går att föra talan om ogiltighet av Landstingets ”Överenskommelser om avtalsförlängning” som tecknades i januari-februari 2013. Sådan talan skulle enligt rättsmedelsbestämmelsen i 16 kap. 17 § LOU kunna föras fram till och med åtminstone den 31 juli 2013. En grundläggande förutsättning är dock om överenskommelserna avser ett sådant nytt avtal som kan göras till föremål för överprövning enligt LOU.

Av EU-domstolens ovan redovisade bedömning i målet *Presstext* (C-454-06) och det svenska avgörandet RÅ 2004 ref. 24 framgår att det enligt i vart fall äldre bestämmelser inte har varit möjligt att genom överprövning få till stånd en åtgärd hos en upphandlande myndighet, varigenom myndigheten aktivt kan tvingas att säga upp s.k. tysta förlängningsklausuler som annars löper tills vidare, utan begränsning i tiden.

Någon motsvarande praxis med tillämpning av en aktiv förlängningsåtgärd från den upphandlande myndighetens sida finns inte och den numera i LOU och direktivet införda fyraårsregeln har ännu inte hunnit prövas på ett vägledande sätt med avseende på beslutade förlängningar. Utgången av en sådan prövning i förening med ogiltighetstalan är således långt ifrån självklar.

Avseende nu aktuella förhållanden har det emellertid utgjort en förutsättning för förlängning av Huvudavtalet att parterna ska vara överens nio månader före förfallodagen, vilken i förekommande fall inträffar den 30 september 2013. Eftersom någon sådan överenskommelse inte har träffats nio månader i förväg (senast den 31 december 2012) löper Huvudavtalet således ut vid ordinarie förfalldatum den 30 september 2013. Den ”*Överenskommelse om avtalsförlängning*” som ingåtts mellan parterna den 31 januari 2013 har således skett försent och utanför den i Huvudavtalet angivna niomånadersfristen. Den beslutade överenskommelsen om avtalsförlängning bör i enlighet med detta ses som ett nytt, direkttilldelat avtal vilket bör kunna göras till föremål för överprövning och ogiltighetstalan enligt LOU. Vid dessa förhållanden riskerar Landstinget även att få betala upphandlingsskadeavgift med upp till 10 miljoner kronor.

Sammantaget har Landstinget brutit mot LOU och det klassiska upphandlingsdirektivet genom att utan särskilda skäl dels upphandla Huvudavtalet på villkor om att detta ska vara ikraft i åtminstone fem år, dels därefter utsträcka avtalsförhållandet till att gälla i ytterligare två år. Konkurrensen på området för taxitransporter för färdtjänst har härigenom kommit att snedvridas.

Frågan om upphandlingsrättslig överprövning av Landstingets aktuella förfoganden ankommer ytterst på allmän förvaltningsdomstol. För det fall att vid en sådan prövning rätten kommer fram till

att den ”*Överenskommelse om avtalsförlängning*” som träffades mellan Landstinget och de berörda leverantörerna i januari 2013 har skett utanför Huvudavtalets förlängningsklausul, och således utgör ett nytt avtal som kan överprövas enligt LOU, riskerar parterna att förlängningen förklaras ogiltig. Landstinget riskerar vid sådant förhållande även att få betala böter i form av upphandlingskadeavgift på 10 miljoner kronor.