

PM 2 2021-10-21 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om direkttilldelning avseende ett avtal för anropsstyrd taxitrafik i strid mot domstols förordnande (otillåten direkttilldelning).

En region och dess regiontrafikbolag har tilldelat avtal om taxitransporter (skolskjuts m.m.) direkt till ett enskilt företag utan föregående annonsering. Trots att domstol ogiltigförklarat avtalet har regionen fortsatt att tillämpa detta.

Länstrafiken i Jämtlands län AB (nedan Länstrafikbolaget)¹ slöt den 30 juni och 2 juli 2020 ett som ”Trafikavtal samhällsbetalda persontransporter” rubricerat avtal (nedan Förlängningsavtalet)² direkt med ett lokalt taxiföretag (nedan Taxibolaget), trots att ett konkurrerande företag redan hade tilldelats kontrakt för dessa tjänster.

Förlängningsavtalet utgör förlängning av ett tidigare med Taxibolaget upphandlat avtal (nedan Huvudavtalet)³ och innebär att Taxibolaget även efter det att Huvudavtalet löpte ut den 18 december 2020 skulle fortsätta utföra samhällsbetalda transporter (färdtjänst, skolskjuts m.m. i huvudsakligen i Krokom med omnejd) till och med den 11 juni 2021.

Länstrafikbolaget hade redan 2018 påbörjat en offentlig upphandling för att ersätta bland annat Huvudavtalet. Upphandlingen kom emellertid att avbrytas vid i vart fall två tillfällen.⁴ I sin senaste version påbörjades och annonserades upphandlingen i september 2019. Kontraktstilldelning beslutades den 27 januari 2020 ske till en annan leverantör än Taxibolaget. Taxibolaget ansökte därefter om överprövning mot tilldelningsbeslutet. Denna ansökan avslogs emellertid genom beslut av Förvaltningsrätten i Härnösand den 17 juni 2020.⁵ Den 20 augusti 2020 vann förvaltningsrätts dom, och därmed även den överklagade kontraktstilldelningen från januari 2020, laga kraft, dvs i god tid innan huvudavtalet löpte ut.

Sedan den 1 juli 2020 har Länstrafikbolagets verksamhet helt överförs till Region Jämtland Härjedalen, med Regionala utvecklingsnämnden (nedan Regionen) som behörig myndighet.⁶ Ett överlåtelseavtal har även slutits mellan Regionen och Länstrafikbolaget varigenom bland annat ansvaret för Huvudavtalet och Förlängningsavtalet övergått på Regionen.

I dom av den 11 januari 2021 fann Förvaltningsrätten i Härnösand att Regionen inte visat skäl till undantag för direkttilldelning på grund av åberopad synnerlig brådska. Rätten förklarade därför Förlängningsavtalet ogiltigt (*ex tunc*) och beslutade även avslå Regionens yrkande om att avtalet ändå skulle få bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.⁷ Trots detta fortsätter Regionen att alltjämt (i maj 2021) tillämpa avtalet.

¹ Länstrafiken i Jämtlands län AB, med organisationsnummer 556437-0194, bildades den 27 september 1991 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 5 december samma år. Nuvarande firma registrerades samtidigt. Bolaget har även bedrivit verksamhet under namnen Z-trafiken, Z Länstrafiken Gällande bolagsordning registrerades den 22 juni 2020, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... bedriva kollektivtrafik, administration av kollektivtrafik och andra tjänster avseende kollektivtrafik. Bolaget ska erbjuda invånare kollektivtrafik, innefattande arbetspendling och annat vardagsresande i Jämtlands län och angränsande regioner. grunder. Bolaget ska inte bedrivas med huvudsakligt vinstsyfte”. Bolaget helägs av Region Jämtland Härjedalen. Sedan den 1 juli 2020 har den verksamhet som tidigare bedrivits inom bolaget överförs till Region Jämtland Härjedalen, att drivas i förvaltningsform genom Regionala utvecklingsnämnden.

² Förlängningsavtalet, rubricerat ”Trafikavtal samhällsbetalda persontransporter”, undertecknades av parterna den 30 juni (Länstrafikbolaget) och 2 juli 2020 (Taxibolaget). Avtalet avser samhällsbetalda vägtransporttjänster för huvudsakligen sjukresor, färdtjänst, riksfärdtjänst, skolskjuts, närtrafik, linjetrafik med bil, anropsstyrd linjetrafik samt smågods, under perioden den 19 december 2020 till och med den 11 juni 2021.

³ Huvudavtalet, anges som ”Trafikavtal C 24 Krokom 3-2063-20”. Giltigheten av Huvudavtalet löpte som längst fram till och med den 18 december 2020, utan möjlighet till ytterligare förlängning.

⁴ Det första av dessa upphandlingsomgångar påbörjades den 10 oktober 2018 med referensnummer RS/1260/2017, men avbröts på grund av ”förändrade politiska krav”. Även därpå följande upphandling, som påbörjades den 11 februari 2019 med referensnummer RUN/437/2019, kom senare att avbrytas av likande skäl. Regionen har i september 2020 även avbrutit den upphandling inom vilken tilldelning i januari samma år hade beslutats ske till ett annat leverantör än Taxibolaget. Detta avbrytande har senare emellertid upphävts - se Förvaltningsrätten i Härnösands dom av den 10 mars 2021 i mål 890-20. Domen har inte vunnit laga kraft.

⁵ Förvaltningsrätten i Härnösands dom av den 17 juni 2020 i mål 600-20 samt Kammarrätten i Sundsvalls beslut av den 22 juli 2020 (mål 1682-20) respektive Högsta förvaltningsdomstolens beslut av den 20 augusti 2020 (mål 4621-20), att inte bevilja Taxibolaget prövningstillstånd.

⁶ Se beslut av Region Jämtland Härjedalen den 26 november 2019, RF §132/19.

⁷ Se Förvaltningsrätten i Härnösands dom av den 11 januari 2021 i mål nr. 3454-20. Domen har inte vunnit laga kraft, men Kammarrätten i Sundsvall har den 5 maj 2021 (mål nr. 296-21) beslutat inte bevilja Regionen prövningstillstånd, vilket överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen.

Rättslig reglering

Med *offentlig upphandling* avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.

Upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU.⁸ Bestämmelserna är en följd av bland annat kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU)⁹ och syftar bland annat till att skapa lika konkurrensförutsättningar och att motverka korrupcion i offentlig verksamhet.¹⁰

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter vid anskaffning av tjänster genom tilldelning av offentliga kontrakt.¹¹ Regionkommunala myndigheter och företag som tillhandahåller allmännyttiga tjänster utgör normalt sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att följa lagens bestämmelser.¹²

Bestämmelserna utgår från ett antal grundläggande principer, som oavsett val av förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling.¹³ Av dessa följer att alla leverantörer¹⁴ ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn (öppenhet) att de i konkurrens med varandra kan lämna anbud på samma villkor. Alla leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁵ Lagen har även en förtydligande bestämmelse om att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹⁶ Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.

Tjänster för landtransport, däribland kollektivtrafik på väg (CPV 60112000),¹⁷ passagerartransporter på väg för särskilda ändamål (CPV 60130000) samt taxitjänster (CPV 60120000) ska om anskaffningens samlade kontraktsvärde överstiger gällande tröskelvärde (2.197.545 kronor)¹⁸ upphandlas med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Vid detta förhållande ska upphandlingen som regel genomföras i ett annonserat förfarande med lika möjlighet för alla leverantörer att lämna anbud.

⁸ För upphandlingar som har påbörjats mellan den 1 januari 2008 och 31 december 2016 gäller motsvarande äldre bestämmelser enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling jämte det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).

⁹ Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG – LOU-direktivet.

¹⁰ Se bland annat betänkandet SOU 2018:44, avsnitt 7, ”Ett regelverk som motverkar korrupcion”, s. 233 ff. jämte där angivna rättskällor.

¹¹ Se 1 kap. 2 och 15 § LOU.

¹² Se legaldefinitionen i 1 kap. 18 och 22 § LOU.

¹³ Se 4 kap. 1 § LOU samt justitierådet Nords särskilda tillägg i HFD 2018 ref. 60.

¹⁴ *Leverantörer* är enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

¹⁵ Prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108-111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

¹⁶ Se 4 kap. 2 § LOU.

¹⁷ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är fastställt som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska unionen – se 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

¹⁸ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av Europeiska kommissionen och tillkännages löpande av regeringen jml. 5 kap. 1 § LOU i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för kommunal upphandling av tjänster inom den klassiska sektorn uppgår 2020 och 2021 till 2.197.545 kronor - se regeringens tillkännagivande (2020:8) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Direkttilldelning, där den upphandlande myndigheten tillåts vända sig direkt till viss leverantör, får användas endast om förutsättningarna för ett s.k. *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12–19 §§ LOU är uppfyllda. Detta undantagsförfarande kan exempelvis komma ifråga enligt 6 kap. 15 § LOU om det på grund av *synnerlig brådska* som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett annonserat förfarande och anskaffningen är absolut nödvändig. De omständigheter som åberopas till stöd för synnerlig brådska ska således bero på yttre förhållanden, dvs. saker som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. Egenförvårdad brådska som uppkommit till följd av exempelvis bristande planering hos den upphandlande myndigheten medför inte möjlighet till undantag,¹⁹ utan förhållandena ska närmast ha karaktären av *force majeure*.²⁰ Den upphandlande myndigheten måste även kunna visa ett orsakssamband mellan de omständigheter som inte kunnat förutses och den synnerliga brådska som därmed uppstått.²¹

I kravet på att anskaffningen ska vara *absolut nödvändig* ligger vidare att det måste framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. Enligt praxis ska det i så fall röra sig om ett brådskande behov av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.²² Om myndigheten hade kunnat lösa sitt uppkommande behov på något annat sätt än genom direkt avtalstilldelning kan undantaget för *synnerlig brådska* sålunda inte göras gällande.

Vid tidsbrist kan den upphandlandemyndigheten istället tillämpa bestämmelserna om *påskyndat annonserat förfarande* i 11 kap. 10 § LOU. Tidsfristen för anbudsinfordran kan i så fall kortas ned till 15 dagar. Om det har varit möjligt att genomföra anskaffningen genom ett sådant påskyndat förfarande kan förutsättningarna för synnerlig brådska dock inte anses uppfyllda.²³ Lagen ställer således höga krav på en god framförhållning och organisation i sin planering hos de upphandlande myndigheterna.²⁴

Oavsett valet av förfarande ska alltid anbudsförutsättningarna anpassas till en tillräcklig implementeringsfrist mellan avtalstecknande och avtalsstart, så att anbudsgivare ges en rimlig möjlighet att hinna inrätta sig i enlighet med uppdraget –se HFD 2012 ref. 48 II.

Enligt den allmänna s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska varje undantag från de regler som säkerställer effektiviteten av det unionsrättsliga regelverket för offentlig upphandling tolkas restriktivt. Den särskilda bevisbördan att visa sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget ankommer vidare på den upphandlande myndigheten.²⁵

Avtal som har kommit till genom s.k. *otillåten direkttilldelning*, utan iakttagande av kravet på annonsering, kan förklaras ogiltigt efter beslut av allmän förvaltningsdomstol.²⁶ En sådan ogiltighetstalan ska som regel ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts.²⁷

Vid exceptionella förhållanden, där det kan motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska enligt 20 kap. 14 § LOU domstolen dock besluta att avtalet istället får bestå, trots att förutsättningarna för ogiltighet annars bedöms vara uppfyllda.

¹⁹ Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-385/02) EU:C:2004:522, punkten 38.

²⁰ Se Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

²¹ Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Tyskland* (C-126/03) EU:C:2004:728, p. 22-23.

²² Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

²³ Se bland annat EU-domstolens dom i *kommissionen mot Tyskland* (C-126/03) EU:C:2004:728, p. 23; se även HFD 2017 ref. 66.

²⁴ Se prop. 2001/02:142 s. 99.

²⁵ Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt HFD 2017 ref. 66 jämte där anmärkta rättsfall.

²⁶ 20 kap. 13 § LOU.

²⁷ 20 kap. 17 § LOU.

Denna möjlighet ska tillämpas restriktivt. Ekonomiska och praktiska intressen får beaktas endast om en beslutad ogiltighet skulle leda till orimliga eller oproportionerliga följder för myndigheternas möjlighet att tillhandahålla nödvändig samhällsservice. Ekonomiska intressen med direkt anknytning till avtalet ska dock inte anses utgöra tvingande hänsyn och det ankommer på domstolarna att göra en skälig avvägning mellan det allmänna intresset och leverantörens intresse att olagligen ingångna avtal förklaras ogiltiga.²⁸ I vägledande praxis har Högsta förvaltningsdomstolen, se HFD 2019 ref. 18, behandlat frågan om vad som kan utgöra tvingande hänsyn till allmänintresse, och fann då att den upphandlande myndigheten inte hade visat att det förelåg sådana exceptionella omständigheter att avtalet skulle få bestå.

Ett lagakraftvunnet²⁹ förordnade enligt bestämmelsen om ogiltighet medför retroaktiv verkan (*ex tunc*), varigenom avtalet får en s.k. nullitetsverkan, som om det aldrig hade funnits. Detta innebär att parternas skyldigheter enligt avtalet bortfaller och att prestationerna enligt huvudregeln ska gå åter. Skulle sådan återgång inte vara möjlig anger lagförarbetena att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts istället ska återställas. Om exempelvis varor som levererats redan har hunnit förbrukas eller tjänster redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer.³⁰

Yttrande

Regionen 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.

Slutlig 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.

Såväl Länstrafikbolaget som Regionen utgör sådana upphandlande myndigheter som är skyldiga att iaktta bestämmelserna i LOU. Av utredningen framgår att Länstrafikbolaget har slutit Förlängningsavtalet direkt med Taxibolaget om fortsatta köp av trafiktjänster i Krokombus med omnejd, även efter det att parternas ursprungligen upphandlade Huvudavtal löpt ut utan möjlighet till sådan förlängning. Avtalet har en sådan omfattning att det överskrider gällande tröskelvärde.

Vid tidpunkten för ingåendet av Förlängningsavtalet, vid månadskiftet juni-juli 2020, hade Länstrafikbolaget i januari samma år redan tilldelat uppdraget att utföra aktuella transporttjänster till ett annat företag. Den således beslutade kontraktstilldelningen vann laga kraft i augusti 2020 och hade därefter omedelbart kunnat verkställas till att täcka Regionens behov av aktuella trafiktjänster efter den 18 december 2020 och framåt. Om avtal av någon anledning inte skulle komma till stånd fanns det vid den aktuella tidpunkten även gott om tid för Regionen att alternativt hinna förbereda och genomföra ett ordinarie annonserat förfarande (inklusive påskyndat förfarande). Det har därför överhuvudtaget inte varit absolut nödvändigt för Länstrafikbolaget eller Regionen att sluta Förlängningsavtalet direkt med Taxibolaget avseende aktuella tjänster.

Såsom även konstaterats i förvaltningsrättens dom har det inte förelegat något laga stöd för att ingå Förlängningsavtalet på sätt som nu skett. Regionen/Länstrafikbolaget har härigenom brutit mot LOU. Konkurrensförhållandena på den lokala marknaden för taxitransporter och därmed jämförbara tjänster har på detta sätt kommit att snedvridas. Den omständigheten att Regionen alltså fortsätter att tillämpa det ogiltigförklarade Förlängningsavtalet i strid mot domstols dom gör att det finns anledning för Konkurrenskommissionen att rikta allvarlig kritik mot Regionen.

²⁸ Se prop. 2009/10:180 del 1, s. 362.

²⁹ Se HFD 2012 ref. 27, enligt vilket allmän förvaltningsdomstols beslut att ogiltigförklara ett avtal som slutits efter en offentlig upphandling inte har ansetts utgöra beslut av sådant slag som gäller omedelbart.

³⁰ Se prop. 2009/10:180, s. 361.