



SÖKANDE

Snapcode AB, 556807-0733
Kävlingevägen 20
222 40 Lund

MOTPART

Samtrafiken i Sverige AB, 556467-7598

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och Jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar med bifall till Snapcode AB:s ansökan att Samtrafiken i Sverige AB:s upphandling av beställnings- och produktions-system för nationell ledsagning i svensk kollektivtrafik ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 20 april 2011 upphör därmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2011-06-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Samtrafiken i Sverige AB (Samtrafiken) genomför en upphandling av beställnings- och produktionssystem för nationell ledsagning i svensk kollektivtrafik.

Snapcode AB (Snapcode) ansöker om överprövning av upphandlingen enligt LOU och yrkar, såsom talan slutligen bestämts, att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Som grund anför Snapcode bl.a. följande. Samtrafiken har den 2 december 2010 gått ut med en offertförfrågan till några egenhändigt utvalda leverantörer avseende datorsystem för ledsagning. Upphandlingen har inte annonserats enligt LOU och något undantag från annonseringsskyldigheten föreligger inte. Snapcode har av Samtrafiken nekats tillgång till anbudsunderlag och möjlighet att få lämna anbud i den aktuella upphandlingen. Snapcode har därför, genom förevarande direktupphandling, uteslutits från möjligheten att delta med anbud i upphandlingen, vilket kan innebära skada för Snapcode.

Samtrafiken bestrider bifall till ansökan och invänder i första hand att ansökan om överprövning ska avvisas och i andra hand att ansökan ska avslås. Som grund för förstahandsinvändningen anføres att Samtrafiken inte är en upphandlande myndighet enligt LOU och att bestämmelserna i LOU därför inte är tillämpliga. Som grund för andrahandsinvändningen anføres, för det fall förvaltningsrätten skulle anse att Samtrafiken är en upphandlande myndighet enligt LOU, att skäl har förelegat för Samtrafiken att tillämpa förhandlat förfarande utan förgående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU. Något brott mot 1 kap. 9 § eller annan bestämmelse i LOU föreligger därför inte. Vidare anføres som grund för andrahandsinvändningen att Snapcode inte ens om Samtrafiken brutit mot LOU skulle kunna lida eller riskera att lida skada till följd av Samtrafikens agerande, eftersom bolaget

ändå inte hade kunnat komma i fråga för att tilldelas kontrakt avseende den aktuella tjänsten.

Förvaltningsrätten har den 20 april 2011 beslutat att avtal i upphandlingen inte får ingås innan något annat har förordnats.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Snapcode anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Upphandlande myndighet

Samtrafiken ägs bl.a. av flera olika länstrafikbolag (som i sin tur ägs av landsting eller kommuner) och Statens Järnvägar AB (SJ), vilket är ett statligt bolag. Samtrafiken är således en upphandlande enhet.

För att omfattas av reglerna i LOU måste det vara fråga om ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LOU. För att bedöma vad som utgör ett offentligt styrt organ måste behovet som bolaget tillgodoser utgöra ett allmänt intresse. Behovet får inte heller vara av industriell eller kommersiell karaktär. Samtrafikens uppdrag är, enligt deras egen beskrivning i offertförfrågan, att ”göra det enklare och mer attraktivt för Sveriges resenärer att välja kollektiva resealternativ”. Härutöver framgår av Samtrafikens bolagsordning att föremålet för bolagets verksamhet är att ”utveckla, tillhandahålla och marknadsföra information om biljetter samt planeringssamordning och annat som gagnar det kollektiva resandet med olika trafikslag”. I förevarande fall kan det därför konstateras att det rör sig om ett bolag som tillgodoser behov i det allmännas intresse. Behovet är vidare inte av industriell eller kommersiell karaktär.

Av EG-domstolens praxis står klart att en upphandlande enhet kan vara inrättad för att tillgodose ett allmänt intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär och samtidigt tillgodose industriella eller kommersiella intressen. Att även vissa privatägda bolag äger aktier i Samtrafiken påverkar således inte bedömningen av huruvida Samtrafiken utgör ett offentligt styrt organ och därmed är en upphandlande enhet.

Det är en vanlig missuppfattning att vinstsyfte hos en organisation gör att den inte är en upphandlande myndighet. EG-domstolen har slagit fast att även verksamheter med ett vinstsyfte ska tillämpa direktiven. Att Samtrafikens syfte, utöver att samordna trafikbolagens biljettsystem, är att generera vinst tills sina ägare påverkar således inte bedömningen huruvida Samtrafiken tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Inte heller spelar det för bedömningen någon som helst roll att Samtrafiken är ett privat bolag. Det faktum att privata aktörer med kommersiella intressen är delägare i Samtrafiken innebär inte att Samtrafiken inte är en upphandlande myndighet. Inte ens förekomsten av en utvecklad konkurrens gör det möjligt att fastslå att det inte föreligger allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Av den s.k. BFI-Holdingdomen (mål C-360/96) kan inte andra slutsatser dras än att konkurrensen måste vara avsevärd. Konkurrens utgör ett nödvändigt inslag för att en organisation överhuvudtaget inte ska falla under begreppet upphandlande myndighet. Av Samtrafikens hemsida, vilka samordnar biljetter genom det s.k. "Resplus-systemet", framgår att Resplus är ett "unikt samarbete mellan i stort sett alla Sveriges trafikföretag". Någon konkurrens föreligger således inte.

Att samordna biljetter och resande måste anses vara ett behov i det allmännas intresse. För detta talar det faktum att det är en statlig, kommunal och regional skyldighet att tillse att det finns transportmöjligheter inom Sverige. En förutsättning för en fungerande kollektivtrafik är ett fungerande och

samordnat biljettsystem. Det ställs inte något krav på att Samtrafiken ska erbjuda sina tjänster till en bred allmänhet. Det relevanta för bedömningen är huruvida tjänsten tillgodoser ett allmänt intresse.

Av Samtrafikens och Resplus hemsida framgår att syftet är att öka det kollektiva resandet i Sverige. Det torde stå klart att det finns utrymme för annat än marknadsmässiga hänsyn vid en eventuell upphandling, varför det rör sig om ett tillgodosende av ett allmännyttigt behov, som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Det står därför klart att Samtrafiken tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Utöver att bolaget ska tillgodose behov i det allmännas intresse och inte vara av industriell eller kommersiell karaktär måste bolaget ha ett visst förhållande till det allmänna enligt 2 kap. 12 § LOU. Någon av de tre uppräknade förutsättningarna i 2 kap. 12 § LOU måste vara för handen för att det ska röra sig om ett offentligt styrt organ.

I den första av de tre alternativa punkterna konstateras att det är fråga om ett offentligt styrt organ för det fall den största delen av finansieringen kommer från stat, kommun, landsting eller upphandlande enhet. I förevarande fall äger de upphandlande myndigheterna 48,9 procent och SJ 2,1 procent av aktierna i Samtrafiken. Detta motsvarar totalt 51 procent av det tillskjutna kapitalet. Enligt praxis från EG-domstolen är det tillräckligt att staten har tillskjutit mer än hälften av finansieringen för att det allmänna ska anses ha tillskjutit största delen. Den första av de tre alternativa punkterna är således uppfylld.

I den andra av de tre alternativa punkterna slås fast att det rör sig om ett offentligt styrt organ om verksamheten står under kontroll av det allmänna. Totalt finns 1 412 aktier i Samtrafiken. 392 av dem ägs av Sveriges kom-

munikation AB och utgör ett "lager" av aktier som inte är röstberättigade. Detta "lager" av aktier används när ett nytt bolag vill bli delägare i Samtrafiken. Som en konsekvens härav är aktierna som Sveriges kommunikation AB äger inte röstberättigade på bolagsstämman. Således är 1 020 aktier röstberättigade i dagsläget. Av dem ägs 67 procent av upphandlande enheter. Samtrafiken är således ett offentligt styrt organ och även den andra punkten är uppfylld.

Det är dock så att oaktat hur Sveriges kommunikation AB:s rösträtt beaktas innehar upphandlande enheter en majoritet av aktierna i Samtrafiken. Anledningen härtill är att Samtrafiken själva uppgett att de upphandlande enheterna innehar 46,74 procent av aktierna i Samtrafiken. I den beräkningen valde dock Samtrafiken att beteckna såväl Öresundståg AB (Öresundståg) som SJ som privata aktörer och inte som upphandlande enheter. Varje aktieägare i Samtrafiken innehar 30 aktier, vilket innebär 2,125 procent. Då såväl SJ som Öresundståg är upphandlande enheter innehar upphandlande enheter i vart fall 50,99 procent ($46,74 + 2,125 + 2,125$) av aktierna i Samtrafiken, vilket innebär att Samtrafiken under alla omständigheter är ett offentligt kontrollerat bolag.

Redan 2005 gjorde Nämnden för Offentlig upphandling ("NOU") bedömningen att SJ omfattas av bestämmelserna i LOU. 2008 konstaterade sedan Konkurrensverket att SJ är en upphandlande enhet som ska tillämpa bestämmelserna i LUF. Härutöver har den Europeiska kommissionen i en lista angett att SJ är ett sådant bolag som har en skyldighet att tillämpa gemenskapsrättens upphandlingsbestämmelser. Samtrafikens påstående om att SJ inte utgör en upphandlande enhet saknar således grund.

Skånetrafiken, Kronobergs länstrafik, Kalmar länstrafik, Hallandstrafiken, Blekingetrafiken och Västtrafik är huvudmän för den gemensamma Öresundstågstrafiken i Sydsverige. Detta sköts via servicebolaget Öresundståg.

Med anledning av att Öresundståg enbart ägs av huvudmän som Samtrafiken själva uppgett falla under LUF står det klart att även Öresundståg är en upphandlande enhet.

Av 2 kap. 12 § tredje punkten LOU framgår att ett bolag som uppfyller villkoren i första stycket, och som får mer än halva antalet styrelseledamöter tillsatta av en annan upphandlande myndighet, också är en upphandlande myndighet. Samtrafikens styrelse består av en ordförande, sex ordinarie ledamöter samt tre suppleanter. Av de sex ordinarie ledamöterna är fyra företrädare för upphandlande myndigheter. Av de tre suppleanterna är två företrädare för upphandlande myndigheter. Oavsett hur Samtrafiken skulle välja att betrakta sin styrelse är mer än hälften av styrelseledamöterna tillsatta av en upphandlande myndighet och även den tredje kumulativa punkten i 2 kap. 12 § LOU är uppfylld.

Samtrafiken utgör därmed ett offentligt styrt organ och en upphandlande enhet enligt 2 kap. 12 § LOU.

Olaglig direktupphandling/förhandlat förfarande utan annonsering

Den aktuella upphandlingen avser A-tjänster, kategori 7 (datatjänster och därmed sammanhängande tjänster). Sådana tjänster ska upphandlas i enlighet med reglerna i LOU. Enligt 7 kap. 1 § LOU föreligger en annonseringsplikt vid upphandling av A-tjänster. Något av undantagen från annonseringsplikten föreligger inte i förevarande fall. Någon annonsering har inte ägt rum varför upphandlingen är i strid med bestämmelserna i LOU och därmed olaglig. Begreppet olaglig direktupphandling täcker in alla upphandlingar som faller inom LOU vilka inte har annonserats trots att det föreligger en annonseringsplikt.

Samtrafiken har angett att synnerlig brådska tvingat Samtrafiken till att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Ett förhandlat förfarande utan annonsering får endast användas i de fall som anges i LOU. En förutsättning för att synnerlig brådska ska föreligga är att händelsen verkligen är oförutsebar, inte endast oförutsedd, av den upphandlande myndigheten. Det står vidare klart att undantaget ska tillämpas restriktivt. I förevarande fall hänvisar Samtrafiken till att en anpassning av perronger och stationer för funktionshindrade ska ske enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1371/2007 av den 23 oktober 2007. Det bör emellertid noteras att det som upphandlas är ett datasystem för ledsagning. Under alla förhållanden får de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten. Att Samtrafiken inte kunnat förutse denna händelse och genomföra ett ordinärt upphandlingsförfarande förefaller således, med beaktande av att flera år har förflutit sedan förordningen kom, som föga troligt. Någon synnerlig brådska föreligger således knappast och händelserna är i allra högsta grad förutsebara. För de fall synnerlig brådska inträtt i förevarande fall, är orsaken härtill i allra högsta grad att Samtrafiken inte har varit mer uppmärksam på vilka förordningar som utfärdats och därmed kan komma att beröra deras verksamhet. Några omständigheter för att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering föreligger således inte.

Då Samtrafiken utgör en upphandlande enhet ska Samtrafiken tillämpa bestämmelserna i LOU vid upphandling av kontrakt. Så har inte skett i förevarande upphandling och Snapcode har uteslutits från möjlighet att delta i upphandlingen genom att lämna anbud, vilket kan leda till skada för Snapcode.

Samtrafiken anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Omständigheter som anføres till stöd för förstahandsinvändningen

Samtrafikens ägarförhållanden

Samtrafiken ägs av ett antal trafikföretag; samtliga länstrafikhuvudmän, Arlanda Express, People Travel Group, SJ, Svenska Tågkompaniet, Veolia Transport, BT Buss, Swebus Express, Destination Gotland och Waxholmsbolaget. Därutöver äger även Sveriges Kommunikationer AB aktier i Samtrafiken.

Länstrafikhuvudmännen, som är upphandlande myndigheter, är följande. Blekingetrafiken, Dalatrafik, Gotlands Kommun, Hallandstrafiken, Jönköpings Länstrafik, Kalmar Läns Trafik, Länstrafiken DTU/Länstrafiken i Mälardalen, Länstrafiken i Jämtlands län, Länstrafiken i Norrbotten, Länstrafiken i Västerbotten, Länstrafiken i Västernorrland, Länstrafiken Kronoberg, Skånetrafiken, Storstockholms Lokaltrafik, Upplands Lokaltrafik, Värmlandstrafik, Västtrafik, X-trafik och Östgötatrafiken. Även Waxholmsbolaget, som ägs av Stockholms läns landsting, är en upphandlande myndighet enligt LOU.

De av Samtrafikens ägare som är privata företag, som varken är upphandlande myndigheter enligt LOU eller upphandlande enheter enligt LUF, är följande. Arlanda Express, BT Buss/Bergslagståget, NettBuss Express AB, Destination Gotland, People Travel Group, SJ, Swebus Express AB, Svenska Tågkompaniet, Sveriges Kommunikationer, Veolia Transport, Ybuss och Öresundståg.

Samtrafiken konstaterar att Snapcode sammanblandat begreppen upphandlande myndighet och upphandlande enhet och att detta medför att Snapco-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

des redogörelse för gällande rätt, och de slutsatser som bolaget drar beträffande Samtrafiken, är felaktiga.

Varken SJ eller Öresundståg är upphandlande enheter enligt LUF och även om förvaltningsrätten skulle finna att SJ och/eller Öresundståg är upphandlande enheter enligt LUF är de i vart fall inte upphandlande myndigheter enligt LOU. Det är en förutsättning att SJ och Öresundståg anses vara stat, kommun, landsting eller upphandlande myndigheter, för att SJ:s och/eller Öresundstågs inflytande i Samtrafiken ska innebära att Samtrafiken är ett sådant offentligt styrt organ som omfattas av LOU:s bestämmelser.

SJ är ett privat aktiebolag som varken är en upphandlande myndighet enligt LOU eller en upphandlande enhet enligt LUF. SJ anser sig självt inte omfattas av upphandlingslagstiftningen och det finns inget som talar för att denna inställning inte skulle vara välgrundad. Vidare vill Samtrafiken framhålla att även för det fall SJ skulle omfattas av upphandlingslagstiftningen, vilket bestrids, skulle det vara i egenskap av offentligt företag som är upphandlande enhet enligt LUF. Detta eftersom SJ inte tillgodoser behov i det allmännas intresse, vilka inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Verksamheten bedrivs tvärtom på kommersiella grunder. SJ kan därför under inga omständigheter anses vara någon upphandlande myndighet enligt LOU.

Som framgår av 2 kap. 12 § LOU avses med offentligt inflytande över en organisation sådant inflytande som utövas av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet. SJ är dock varken en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet. I egenskap av privaträttsligt subjekt (ett aktiebolag) är SJ inte heller en del av staten. Det inflytande som SJ, i egenskap av aktieägare, utövar över Samtrafiken är därför inte sådant offentligt inflytande som avses i 2 kap. 12 § LOU, och som krävs för att Samtrafiken ska vara en upphandlande myndighet.

Öresundståg är ett privat aktiebolag som bedriver kommersiell verksamhet. Öresundståg tillgodoser inte några behov i det allmännas intresse vilka är av icke-industriell eller icke-kommersiell karaktär. Öresundståg är därför inte något sådant offentligt styrt organ som jämföras med en upphandlande myndighet enligt LOU. Öresundståg är således inte, ens om Öresundståg skulle vara upphandlande enhet enligt LUF, vilket bestrids, en sådan upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 20 § punkt 1 LUF. Eftersom Öresundståg inte är en del av staten, en kommun, ett landsting eller ett sådant offentligt styrt organ som är att jämföras med en upphandlande myndighet, omfattas Öresundståg inte av LOU. Oavsett hur det förhåller sig med Öresundstågs status som upphandlande enhet enligt LUF, är Öresundståg således inte att betrakta som en upphandlande myndighet enligt definitionen i LOU. Det inflytande som Öresundståg, i egenskap av aktieägare, utövar över Samtrafiken är därför inte sådant offentligt inflytande som avses i 2 kap. 12 § LOU, och som krävs för att Samtrafiken ska vara en upphandlande myndighet som omfattas av bestämmelserna i LOU.

Sveriges Kommunikationer AB är ett privat aktiebolag som varken är en upphandlande myndighet enligt LOU eller en upphandlande enhet enligt LUF. Sveriges Kommunikationer AB tillgodoser inga behov i det allmännas intresse, vilka är av icke-industriell eller icke-kommersiell karaktär, och bolaget bedriver inte heller sådan verksamhet som omfattas av LUF. Det inflytande som Sveriges Kommunikationer AB, i egenskap av aktieägare, utövar över Samtrafiken är därför inte sådant offentligt inflytande som avses i 2 kap. 12 § LOU, och som krävs för att Samtrafiken ska vara en upphandlande myndighet.

Det finns totalt 1 412 aktier i Samtrafiken. Av dessa äger Sveriges Kommunikationer AB 422 aktier, dvs. 29,89 procent. Övriga ägare har 30 aktier

vardera, dvs. 2,125 procent. Samtliga länstrafikhuvudmän och Waxholmsbolaget är upphandlande myndigheter. Dessa äger totalt 46,74 procent av aktierna i Samtrafiken. Sveriges Kommunikationer AB och övriga privata företag som varken är upphandlande myndigheter, har ett ägande motsvarande 53,26 procent av aktierna i Samtrafiken.

Av 11 § i Samtrafikens bolagsordning framgår att vid bolagsstämma äger envar rösta för det fulla av denne företrädde antalet aktier. Det finns inte heller i övrigt några formella eller praktiska hinder mot att samtliga ägare i Samtrafiken utövar full rösträtt i Samtrafiken. I sammanhanget bör även framhållas att det enligt svensk aktiebolagsrätt inte förekommer röstlösa aktier i svenska aktiebolag. Det Snapcode anför om att Sveriges Kommunikationer AB:s aktier inte skulle vara röstberättigade är således felaktigt.

Behov i det allmännas intresse vilka inte är av industriell eller kommersiell karaktär

Vad gäller rekvisitet att en organisation, för att vara ett offentligt styrt organ, ska tillgodose behov i det allmännas intresse vilka inte är av industriell eller kommersiell karaktär, finns det en omfattande rättspraxis från EU-domstolen.

Inledningsvis kan framhållas att EU-domstolen i mål C-360/96, BFI Holding, klargjort att unionslagstiftaren har gjort åtskillnad mellan dels allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels allmännyttiga behov som är av sådan karaktär. Det är således möjligt att en verksamhet visserligen är allmännyttig, dvs. tillgodoser behov i det allmännas intresse, men att organisationen ändå inte omfattas av LOU:s bestämmelser, eftersom den verksamhet som bedrivs anses vara av industriell och/eller kommersiell karaktär (se t.ex. mål C-373/700 Adolf Truley). Det bör emellertid framhållas att EU-domstolen i normalfallet gör bedöm-

ningen av huruvida det rör sig om ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär samlat, dvs. utan särskild åtskillnad av bedömningens två led.

Av EU-domstolens praxis framgår också att om en organisation anförtrotts vissa bestämda uppgifter av staten såsom att tillhandahålla anläggningar i det allmännas intresse och staten dessutom utser huvudansvariga i organisationen samt har möjlighet att ge instruktioner till organisationen, innebär detta att staten utövar en sådan indirekt kontroll som kan medföra att organisationen är att anse som ett offentligt styrt organ (se mål C-353/96 Kommissionen mot Irland).

Slutligen har i EU-domstolens praxis uttalats att offentlig finansiering utgör en indikation på att det rör sig om ett behov i det allmännas intresse, vilket inte är av industriell eller kommersiell karaktär (se mål C-18/01 Korhonen).

Det är i detta sammanhang viktigt att skilja mellan å ena sidan den verksamhet som Samtrafiken bedriver och å andra sidan den verksamhet som bedrivs av de av Samtrafikens ägare som är upphandlande myndigheter. De ägare som är upphandlande myndigheter, dvs. länstrafikhuvudmännen och Waxholmsbolaget, tillgodoser visserligen behov i det allmännas intresse i och med att de till allmänheten tillhandahåller kollektivtrafik. Samtrafiken däremot tillgodoser inga behov i det allmännas intresse. Samtrafikens verksamhet riktar sig inte till allmänheten utan till de ägare, såväl privata som offentliga, som också är Samtrafikens kunder. Samtrafikens verksamhet består i att Samtrafiken på kommersiella grunder tillhandahåller tjänster som kunderna använder i sina respektive verksamheter. Samtrafikens roll är därför i detta sammanhang densamma som vilken tjänsteleverantör som helst.

Samtrafikens verksamhet är vidare av kommersiell karaktär. Det syfte som verksamhetsföremålet avser att uppfylla är, vilket framgår av Samtrafikens årsredovisning för räkenskapsåret 2009-07-01 – 2010-06-30, att Samtrafiken ska verka för en ökning av det totala kollektivtrafikresandet, så att det skapar merintäkter inom varje ägares egen verksamhet. Det är således tydligt att Samtrafiken är inrättad i syfte att på kommersiella grunder främja sina ägares respektive verksamheter. Samtrafiken har inte heller anförtrotts några uppgifter av staten, utan tvärtom agerar Samtrafiken enbart på uppdrag av sina ägare. Samtrafiken erhåller vidare inte någon offentlig finansiering, utan samtliga intäkter i verksamheten utgörs av betalning för tjänster som Samtrafiken tillhandahåller.

Samtrafiken tillgodoser således inte behov i det allmännas intresse. Dessutom är verksamheten av utpräglat kommersiell karaktär. Samtrafiken är således redan på denna grund inte någon upphandlande myndighet.

Offentligt inflytande

Inget av de tre rekvisiten avseende offentligt inflytande i 2 kap. 12 § LOU (offentlig finansiering, kontroll eller styrelsens sammansättning) är heller uppfyllt med avseende på Samtrafiken. Samtrafiken är således inte ens om Samtrafiken skulle kunna anses tillgodose behov i det allmännas intresse, vilka inte är av industriell eller kommersiell karaktär, någon upphandlande myndighet.

Offentlig finansiering

Det Snapcode anför om Samtrafikens finansiering är felaktigt och förefaller, utöver på en felaktig uppfattning om Samtrafikens ägarförhållanden, bygga på en missuppfattning om att begreppet finansiering i LOU:s mening skulle avse tillskjutna medel i form av aktiekapital.

Beträffande 2 kap. 12 § punkt 1, offentlig finansiering, följer av EU-domstolens praxis dels att en bedömning av finansieringen ska göras för varje räkenskapsår, dels att det som avses endast är sådan finansiering som sker utan krav på motprestation. Det handlar således om finansiering som en organisation får på icke-kommersiella grunder och utan att den eller de offentliga aktörer, som står för finansieringen, kräver någon specifik motprestation. Om en organisation erhåller finansiering i form av betalning för utförda tjänster ska denna ersättning således inte räknas med vid bedömningen av om kravet på offentligt inflytande, till följd av offentlig finansiering, är uppfyllt (se mål C-380/98 University of Cambridge).

De medel som Samtrafiken erhåller från sina ägare utgörs uteslutande av ersättning för tjänster, dvs. betalning med krav på motprestation. Syftet med dessa betalningar till Samtrafiken är, sett från ägarnas sida, att få ta del av Samtrafikens tjänsteutbud för att använda dessa inom ramen för resandet med respektive ägareföretag. I sammanhanget bör också framhållas att storleken av den ersättning som Samtrafiken erhåller från respektive ägare är beroende av i vilken omfattning som den aktuella ägaren nyttjar Samtrafikens tjänster. De intäkter som Samtrafiken erhåller mottas således inte till någon del utan krav på motprestation. Något offentligt inflytande över Samtrafiken, till följd av offentlig finansiering i LOU:s mening, föreligger således inte.

Kontroll

Det Snapcode anför om kontroll över Samtrafikens verksamhet är felaktigt och förefaller, utöver på en felaktig uppfattning om Samtrafikens ägarförhållanden, bygga på en missuppfattning om att vad som avses i LOU är sådan kontroll som en aktieägare kan utöva till följd av sitt aktieinnehav.

Beträffande 2 kap. 12 § punkt 2 LOU, kontroll, kan konstateras att det ska vara fråga om en mycket långtgående möjlighet att genom tillsyn påverka den aktuella organisationens beslut, bl.a. med avseende på inköp. Detta framgår tydligt av EU-domstolens dom i mål C-237/99 Kommissionen mot Frankrike, se bl.a. p. 48-49 samt p. 59-60. Det är inte tillräckligt för att rekvisitet i fråga ska anses vara uppfyllt, att en organisation står under allmän kontroll, eller sådant inflytande som en aktieägare utövar, av en myndighet utan myndigheten i fråga måste utöva en mycket långtgående tillsyn över organisationens beslut avseende inköp. Samtrafiken anser att det kan ifrågasättas om en sådan långtgående kontroll som avses i den aktuella bestämmelsen överhuvudtaget förekommer i Sverige. I förevarande mål är det uppenbart att någon sådan kontroll inte utövas över Samtrafiken av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet. Något offentligt inflytande över Samtrafiken, till följd av offentlig kontroll i LOU:s mening, föreligger således inte.

Utseende av ledamöter i organisationens ledningsorgan

Beträffande 2 kap. 12 § punkt 3, utseende av ledamöter i organisationens ledningsorgan, kan konstateras att majoriteten av aktierna i Samtrafiken företräds av aktörer vilka inte är upphandlande myndigheter, och att upphandlande myndigheter således inte har möjlighet att utse mer än hälften av styrelseledamöterna i Samtrafiken. Att så är fallet styrks också av att styrelsens sammansättning de facto innebär att endast fyra av tio ledamöter representerar upphandlande myndigheter. Detta innebär också att de ägarna som är upphandlande myndigheter inte kan utöva något bestämmande inflytande i styrelsen. Samtrafiken står därför inte under offentligt inflytande på något av de sätt som anges i 2 kap. 12 § LOU.

Omständigheter som anförs till stöd för andrahandsinvändningen

Samtrafiken har inte brutit mot LOU

Som framgått ovan anser Samtrafiken att det inte kan råda något tvivel om att Samtrafiken inte är en upphandlande myndighet. För det fall förvaltningsrätten, mot Samtrafikens bestridande, skulle finna att Samtrafiken är en upphandlande myndighet enligt LOU och att LOU är tillämplig på Samtrafikens inköp av beställnings- och produktionssystem för nationell ledsagning i svensk kollektivtrafik, vill Samtrafiken anföra följande.

Det vitsordas att det aktuella inköpet avser en s.k. A-tjänst enligt bilaga 2 till LOU. Vidare överstiger värdet av det aktuella kontraktet det s.k. tröskelvärdet, varför något av de förfarande som anges i 4 kap. LOU ska tillämpas. Samtrafiken bestrider dock att det skulle vara frågan om en otillåten direktupphandling.

Av 4 kap. 5 § LOU följer att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som bl.a. avser tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfrister vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

I förevarande fall är det av oerhörd vikt att beställnings- och produktionssystem för nationell ledsagning i svensk kollektivtrafik kan tas i bruk den 1 december 2011. Av avsnitt 3 i offertförfrågan framgår att bakgrunden till projektet är en EU-förordning som innebär att perronger och stationer ska bli mer tillgängliga för funktionshindrade samt att det ska tillhandahållas ledsagning på stationer och perronger till och mellan tåg (Europaparlamen-

tets och Rådets förordning (EG) nr 1371/2007 av den 23 oktober 2007 om rättigheter och skyldigheter för tågresenärer). För Samtrafikens kunder är det av yttersta vikt att förordningens bestämmelser kan iakttas. Därför har Samtrafiken genomfört inköp av ett system för centraliserat beställningsförfarande av ledsagning för resenärer med funktionsnedsättning. Det är uppenbart att det är av största vikt att tidsgränserna för projektet hålls. Samtrafiken har under inköpsprocessen arbetat så snabbt som omständigheterna och projektets komplicerade natur har medgett. Trots detta har det inte varit möjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Det är således inte Samtrafiken som har orsakat den brådska som föreligger. Det föreligger sammanfattningsvis förutsättning att genomföra det aktuella inköpet av ledsagnings-tjänster som ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU. Samtrafiken har agerat i enlighet med LOU, varför skäl föreligger för förvaltningsrätten att avslå bolagets ansökan om överprövning.

Snapcode har inte riskerat att lida skada

Även för det fall förvaltningsrätten, mot Samtrafikens bestridande, skulle anse att Samtrafiken agerat i strid med LOU, kan Snapcode till följd av detta agerande inte lida eller riskera att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 5 § LOU, vilket krävs för att förvaltningsrätten ska kunna ingripa mot Samtrafiken. Att det förhåller sig på det sättet framgår med all önskvärd tydlighet av nämnda lagrum, av vilket framgår att kravet på en överträdelse av bestämmelserna i LOU och kravet på att leverantören ska ha lidit, eller riskera att lida, skada är kumulativa.

Av avsnitt 16 i offertförfrågan framgår att leverantörer som vill delta i offertförfarandet ska ange referenser på uppdrag som är relevanta i förhållande till det aktuella projektet, med avseende på storlek, funktionalitet och

teknik. Vidare ska anbudsgivare enligt avsnitt 17 bifoga en företagspresentation där bl.a. årsredovisning för de två senaste åren ska bifogas. Av utdrag från Bolagsverkets register framgår att Snapcode registrerades först den 29 april 2010 och registrerades i momsregistret och som arbetsgivare så sent som den 15 juli 2010. Det är således en omöjlighet att bolaget skulle ha kunnat delta i offertförfrågan, även om denna hade annonserats i enlighet med LOU. Snapcode skulle således under inga omständigheter ha kunnat tilldelas det aktuella kontraktet. Därmed kan bolaget inte lida eller riskera att lida skada av Samtrafikens agerande, ens för det fall agerandet skulle utgöra en överträdelse av LOU. Förvaltningsrätten ska därför avslå bolagets ansökan om överprövning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 2 kap. 12 § LOU anges följande. Med offentligt styrda organ avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Av 2 kap. 19 § LOU framgår följande. Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter.

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämföras

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och
2. offentligt styrda organ som avses i 12 §, samt

3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.

Av 4 kap. 5 § LOU framgår följande. En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om

1. det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,
2. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig 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.

Av 7 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal skall annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5-8 §§.

Enligt 16 kap. 1 § samma lag får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § samma lag anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att LOU ska bli tillämplig, och för att förvaltningsrätten ska kunna pröva Snapcodes ansökan om överprövning i sak, är att Samtrafiken är ett sådant offentligt styrt organ som enligt LOU jämföras med en upphandlande myndighet. För att så ska vara fallet krävs enligt 2 kap. 12 § LOU att Samtrafiken tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av kommersiell eller industriell karaktär. Vidare krävs att något av de tre rekvisiten, som anges i samma lagrum, angående offentligt inflytande är uppfyllt.

Av bolagsordning för Samtrafiken i Sverige AB, daterad den 12 december 2006, framgår att föremålet för bolagets verksamhet är att utveckla, tillhandahålla och marknadsföra information och biljetter samt planerings- samordning och annat som gagnar det kollektiva resandet med olika trafik- slag samt annan därmed förenlig verksamhet. Förvaltningsrätten anser att bolaget i och med det beskrivna verksamhetsföremålet får anses fylla ett behov i det allmännas intresse. Fråga blir då om behovet kan anses vara av kommersiell eller industriell karaktär och därför vara undantaget från LOU:s tillämpning.

EU-domstolen har i ett flertal avgöranden haft att ta ställning till vad som avses med offentligt styrt organ och vad som kan anses vara "behov i det allmännas intresse som inte är av kommersiell eller industriell karaktär". EU-domstolen har härvid uttalat bl.a. följande.

Begreppet offentligt styrt organ ska ges en funktionell tolkning utifrån syf- tet med upphandlingsdirektiven och säkerställandet av direktivens ända- målsenliga verkan (se bl.a. mål 31/87 Beentjes, C-360/96 BFI Holding och C-353/96 Kommissionen mot Irland). Syftet med direktiven om offentlig upphandling är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt, som risken att upphandlande myndigheter låter sig styras av andra hänsyn än rent eko- nomiska. Begreppet offentligt styrt organ ska ges en stor räckvidd (mål C- 283/00 Kommissionen mot Spanien (SIEPSA) och C-373/00 Adolf Tru- ley).

Om organet verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av sin verksam- het, är det föga sannolikt att de behov som det syftar till att tillgodose inte är av industriell eller kommersiell karaktär. I sådana fall ska LOU inte till-

lämpas, eftersom ett organ som har ett vinstsyfte och självt står risken för den verksamhet som det utövar vanligtvis inte inleder ett upphandlingsförfarande när det inte är ekonomiskt motiverat (mål C-18/01 Korhonen). Om det däremot är troligt att staten i egenskap av ägare av ett bolag skulle vidta samtliga nödvändiga åtgärder för att detta bolag inte skulle gå i konkurs – oaktat att det saknas en i förväg fastställd formell mekanism för att eliminera denna risk – är det möjligt att organet kan styras av andra hänsyn är rent ekonomiska (Mål C-283/00 Kommissionen mot Spanien (SIEPSA)).

Även om endast en mindre, obetydlig del av ett organs totala verksamhet tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär – och resten av verksamheten således tillgodoser behov av kommersiell eller industriell karaktär – är det fråga om ett offentligt styrt organ (mål C-44/96 Mannesmann).

Av utredningen i målet framgår att Samtrafiken är ett privat aktiebolag som drivs utan eget vinstsyfte. Samtrafiken ägs av Sveriges länstrafikbolag jämte ett antal större rikstäckande trafikbolag. Enligt förvaltningsrättens mening förefaller det osannolikt att ägarna skulle inhandla de tjänster som Samtrafiken erhåller från annan aktör. Det finns ingen annan aktör som skulle kunna tillhandahålla liknande regionala och rikstäckande tjänster på marknadsmässiga villkor. Samtrafiken kan därför inte anses verka på en konkurrensutsatt marknad. Samtrafikens verksamhet är vidare nära förknippad med de verksamheter som ägarföretagen bedriver. Samtrafiken kan mot bakgrund härav inte anses verka på normala marknadsmässiga villkor. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att det behov i det allmännas intresse som Samtrafiken tillgodoser inte är av kommersiell eller industriell karaktär. Det förhållandet att det finns ett indirekt vinstsyfte hos bolaget, dvs. att stärka ägarnas affärer förändrar inte denna bedömning. Detta får anses innebära att verksamheten faller in under LOU om något av rekvisiten om offentligt inflytande är uppfyllt.

För att Samtrafiken ska anses utgöra ett offentligt styrt organ som jämföras med en upphandlande myndighet krävs härutöver att något av de tre rekvisiten angående offentligt inflytande i 2 kap. 12 § LOU är uppfyllt. Ett av dessa rekvisit är att mer än halva antalet ledamöter i bolagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet (2 kap. 12 § tredje punkten LOU).

Av utredningen i målet framgår att Samtrafikens styrelse består av sju ordinarie ledamöter och tre suppleanter. De ordinarie ledamöterna i styrelsen utgörs av Lars Mattsson, Örebro, ordförande, vd för Kalmar Läns Trafik AB, vd för Länstrafiken i Västerbotten AB, vd för AB Storstockholms Lokaltrafik, vd för SJ AB, vd för Svenska Tågkompaniet AB och vd för Veolia AB. De tre förstnämnda bolagen är ostridigt upphandlande myndigheter. Det har i målet bestritts att SJ är en upphandlande myndighet. SJ ägs i sin helhet av staten. Enligt förvaltningsrättens mening får den verksamhet som SJ bedriver anses tillgodose behov i det allmännas intresse som inte är av kommersiell eller industriell karaktär. SJ får därför anses utgöra ett offentligt styrt organ som ska jämföras med en upphandlande myndighet. Rekvisitet angående offentligt inflytande i 2 kap. 12 § tredje punkten LOU är därmed uppfyllt. Samtrafiken utgör därför ett sådant offentligt styrt organ som är att jämföras med en upphandlande myndighet enligt LOU och bolaget ska på grund härav tillämpa upphandlingsbestämmelserna i LOU. Vid denna bedömning saknar förvaltningsrätten skäl att pröva om även övriga punkter i 2 kap. 12 § LOU är uppfyllda.

För att ett ingripande enligt LOU ska kunna ske krävs att Samtrafiken brutit mot någon bestämmelse i LOU. Fråga blir då om den aktuella upphandlingen skett i strid med LOU. Upphandlingen har skett utan föregående annonsering. Samtrafiken har anfört att bolaget på grund av synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upp-

handlande myndigheten gjort det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Enligt förvaltningsrätten mening har det inte framkommit att den brådska som kan ha förelegat att genomföra upphandlingen skulle bero på omständigheter som inte kunnat förutses av Samtrafiken. Det är därför inte visat att det förelegat någon omständighet som enligt 4 kap. 5 § LOU kan motivera Samtrafiken att genomföra upphandlingen utan föregående annonsering. Upphandlingen har därför skett i strid med 7 kap. 1 § LOU. Snapcode får härigenom anses ha skadats eller, i vart fall, riskerat att skadas och Snapcode har därför haft rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen (jfr mål C-26/03 Stadt Halle m.fl.).

Eftersom Samtrafiken har genomfört upphandlingen i strid med LOU finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

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



Ulrika Melin

Rådman

Föredragande har varit Carina Westin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU