



KLAGANDE

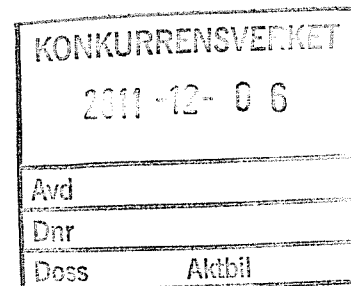
Samres AB, 556568-1078

Ombud: Advokat Tomas Eliasson och jur. kand. Anna-Malin Petré
Advokatfirman Delphi AB
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

MOTPART

Örebro läns landsting

Ombud: Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 14 juli 2011 i mål nr 1465-11,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Samres AB (härefter Samres) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, i första hand beslutar att uppdragsavtalet mellan Örebro läns landsting (härefter landstinget) och Länstrafiken Örebro AB (härefter Länstrafiken) förklaras ogiltigt enligt 16 kap. 15 § LOU. I andra hand

yrkar man att kammarrätten förklarar punkten d) i uppdragsavtalet, vilken avser sjukresor, samt punkten l) vilken avser trafiksamordning, ogiltiga. I tredje hand yrkar man att kammarrätten beslutar att upphandlingen av sjukresor och beställningscentraler för sjukresor ska göras om. Till stöd för talan anför Samres bl.a. följande. Landstinget har under nio års tid olagligen direktupphandlat bl.a. beställningscentral från Länstrafiken. Landstinget har vid årsskiftet 2010/2011 justerat ersättningarna i uppdragsavtalet med Länstrafiken på ett sådant sätt att en ny upphandling får anses vara genomförd. En fördubbling av såväl den fakturerade summan för sjukresor som aktieägartillskottet har skett sedan år 2001/2002, vilket knappast kan röra sig om normala variationer inom ramen för avtalet. Att ersättningen har justerats till förmån för leverantören synes vara uppenbart. Det torde stå klart att ersättningarna enligt avtalet har förändrats på ett sådant sätt som inte enbart utgör en indexjustering, utan utgör en väsentlig förändring. En ny upphandling bör därmed anses vara genomförd vid årsskiftet 2010/2011, då avtalet även förlängdes i ytterligare fyra år. Upphandlingen har inte annonserats och en sådan upphandling är i strid med bestämmelserna i LOU. Då Samres har uteslutits från möjligheten att lämna anbud i förevarande upphandling riskerar Samres att lida skada. Härutöver innebär direktupphandlingen att principerna om likabehandling, öppenhet och transparens inte har tillgodosetts. Alternativt gör Samres gällande att landstinget underlåtit att tillämpa reglerna i LOU och att det därmed inte föreligger något upphandlingskontrakt, varför upphandlingen ska göras om. – Samres har till överklagandet bifogat kopior av fakturor från Länstrafiken utställda till landstinget.

Örebro läns landsting bestrider Samres yrkanden och anför bl.a. följande. Det föreligger inte något upphandlingskontrakt. Landstinget har inte någon skyldighet att upphandla köp av tjänst från Länstrafiken. Landstinget har inte och har aldrig haft skyldighet att upphandla avtalet, jmf. 2 kap. 10a § LOU samt övergångsbestämmelserna till lagrummet. Avtal föreligger mellan parterna. Någon omförhandling har inte företagits eller annan väsentlig förändring har inte skett under avtalstiden. Förlängningen är avtalad och

automatisk. Någon aktiv handling har inte vidtagits efter införandet av de nya lagreglerna om ogiltighetsförklaring av avtal. Förändringar i underkottstäckningen följer naturlig variation och kan inte läggas till grund för att väsentlig förändring skett. Merparten av kostnaderna är helt obligatorisk verksamhet. Såvitt gäller påstådd tjänst avseende beställningscentral finns det inte några kostnader avtalade. Inte heller har något ”pris” satts för sjuktransporterna. På grund av helt naturliga förändringar har dock landstingets kostnad för sjuktransporter varierat under tiden, t.ex. folkmängd, förändringar i hur specialiserad och centraliserad vården är. Det pågår inte något upphandlingsförfarande. Det finns inte någon åtgärd att överpröva eller göra om. Om kammarrätten skulle anse att direktupphandling skett har det varit fråga om tillåten direktupphandling på grund av synnerliga skäl mot bakgrund av antagandet av en ny lag om kollektivtrafik som påverkar ansvaret och strukturen av landstingets och Länstrafikens roll vid kommande årsskifte. Skulle kammarrätten finna att det är fråga om otillåten direktupphandling ska avtalet inte ogiltighetsförklaras eftersom det föreligger tvingande hänsyn till allmänt intresse.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

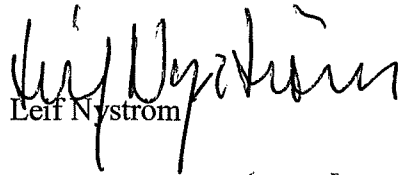
Tillämpliga bestämmelser framgår av förvaltningsrättens dom. Noteras kan att ändringar i 16 kap. LOU numera har införts och är tillämpliga från och med den 1 november 2011 (lag 2011:1030), men att äldre bestämmelser enligt övergångsbestämmelserna gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet, varför hänvisningar nedan görs till de tidigare gällande bestämmelserna.

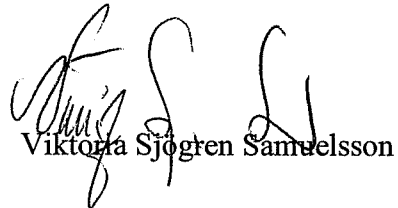
I målet är för det första fråga om huruvida en upphandling som är möjlig att överpröva enligt reglerna om ett avtals giltighet i LOU har ägt rum. Bestämmelsen om ogiltighetsförklaring i 16 kap. 15 § infördes i lagstiftningen den 15 juli 2010 och för att den ska vara tillämplig på förevarande fall krävs att det finns ett avtal som slutits efter detta datum. Därutöver gäller enligt

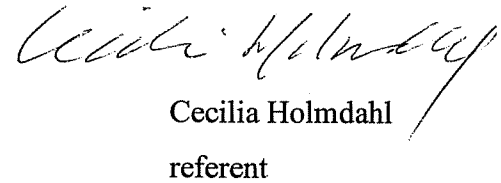
16 kap. 18 § LOU att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet, med vissa här ej tillämpliga undantag, ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Uppdragsavtalet ifråga undertecknades av parterna i februari 2002. Underlåtenheten att år 2008 säga upp avtalet från landstingets sida har medfört att detta har förlängts från och med den 1 januari 2011. Denna underlåtenhet i sig kan inte enligt kammarrättens mening anses medföra att en ny upphandling har skett och att ett nytt avtal kan anses ha slutits. Ändringar i ett befintligt avtal mellan en upphandlande enhet och en leverantör kan enligt EU-domstolens praxis under vissa förutsättningar medföra att en ny offentlig upphandling måste göras och att ett nytt kontrakt tilldelas. Upphandlingsplikt föreligger vid det fall de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet (jfr. C-454-06 *Pressetext*). När det gäller frågan om de ekonomiska villkoren i detta fall har förändrats på så vis att en ny upphandling ska anses ha skett anser kammarrätten att det av de av Samres åberopade handlingarna visserligen framgår att såväl aktieägartillskott som fakturerade belopp ökat avsevärt sedan år 2001, men det finns inte uppgifter som tyder på att detta har skett genom en omförhandling som trädde i kraft den 1 januari 2011, och inte heller kan det med tillräcklig styrka anses vara visat att ökningen inte kan förklaras genom variabler i det redan existerande avtalet. Kammarrätten anser därför inte att vad som åberopats i målet angående de ekonomiska villkoren utgör en sådan väsentlig förändring av avtalet att ovanstående bedömning ändras. Det finns därför inte något avtal som kan bli prövning för en ogiltighetstalan, varför yrkandena om ogiltighetsförklaring ska avslås.

När det gäller yrkandet om att göra om upphandlingen instämmer kammarrätten även i denna del i förvaltningsrättens bedömning. I förevarande mål föreligger således inte något pågående upphandlingsförfarande som kan bli föremål för överprövning, varför även detta yrkande ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Leif Nystrom


Viktoria Sjogren Samuelsson


Cecilia Holmdahl
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2011-07-14
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
1465-11 E

SÖKANDE

Samres AB, 556568-1078
Kyrkogatan 19
222 22 Lund

Ombud:

Advokat Tomas Eliasson och jur. kand. Anna Malin Petré
Advokatfirman Delphi i Malmö AB
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

MOTPART

Örebro läns landsting
Upphandlingsenheten
Box 1613
701 16 Örebro

Ombud:

Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

SAKEN

Ogiltigförklaring av avtal enligt lagen (2007:1091) om offentlig
upphandling - LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 26 april 2011 upphör i och
med denna dom att gälla.

Dok.Id 37705

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	054-14 85 30	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Mellan Landstinget i Örebro län (landstinget) och kommunerna i Örebro län finns sedan början av år 2002 ett konsortialavtal som omfattar ägandet av Länstrafiken i Örebro AB (Länstrafiken). Vidare finns sedan motsvarande tid ett uppdragsavtal mellan å ena sidan parterna i konsortialavtalet och å andra sidan Länstrafiken, enligt vilket Länstrafiken ska som trafik- huvudman handha de uppgifter som ankommer på landstinget och kommunerna enligt lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik i ett antal uppräknade punkter (a-o). Enligt uppdragsavtalet gäller det från och med den 1 januari 2001 till och med den 31 december 2002 och har det inte sagts upp senast två år före avtalsperiodens utgång, är det förlängt med en avtalsperiod om fyra år i sänder.

Innan avtalen undertecknats begärde Samres överprövning av landstingsfullmäktiges beslut den 17 oktober 2000 att bland annat ge Länstrafiken i uppdrag att från och med den 1 januari 2001 ansvara för planering, upphandling och samordning av sjukresorna i länet enligt avtalen. Dåvarande Länsrätten i Örebro län förordnade i dom den 24 april 2001 att beredningen av beställningsverksamheten för sjukresor fick avslutas först sedan uppgiften att bedriva sådan central hade upphandlats enligt LOU. Landstinget överklagade domen till Kammarrätten i Jönköping som i dom den 8 april 2002 avslog överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Samres AB (Samres) ansöker om överprövning och yrkar, såsom bolaget slutligen bestämt sin talan, i *första hand* att förvaltningsrätten beslutar att uppdragsavtalet mellan landstinget och Länstrafiken förklaras ogiltigt enligt 16 kap. 15 § LOU, i *andra hand* att förvaltningsrätten förklarar punkten d) i uppdragsavtalet, vilken avser sjukresor, samt punkten l) vilket av-

ser trafiksamordning, ogiltiga enligt 16 kap. 15 § LOU och i *tredje hand* att förvaltningsrätten beslutar att pågående upphandling av sjukresor och beställningscentraltjänster för sjukresor skall avbrytas och göras om. Till stöd för sin talan anför Samres bl.a. följande.

Omförhandling av avtal

Enligt såväl uppdragsavtalets 3 § som konsortialavtalet är avtalet mellan landstinget och Länstrafiken föremål för årliga prisjusteringar i och med att landstinget bl.a. går in och täcker upp Länstrafikens årliga underskott. Härutöver fakturerar Länstrafiken landstinget för genomförda sjukresor. Bestämmelserna innebär därmed att priset, eller för den delen tillskottet till Länstrafikens verksamhet, omförhandlas årligen (se 4 § uppdragsavtalet). Det föreligger därmed en uppenbar risk för att bestämmelsen tillämpas på ett sätt som medför att avtalets ursprungsvillkor väsentligen förändras.

Enligt praxis utgör en justering av ersättningen en väsentlig förändring av avtalet om den inte enbart utgör en indexjustering (se Europadomstolens dom i mål C 454/06). En väsentlig förändring av avtalet, i förevarande fall en justering av ersättningen som inte enbart utgör en indexjustering, innebär att en ny upphandling ska anses vara genomförd.

År 2010 uppgick tillskottet till Länstrafiken från landstinget till 122 903 000 kronor och år 2011 till 130 931 000 kronor. Avseende sjukresorna kan konstateras att kostnaden i exempelvis september 2010 uppgick till 4 871 550 kronor. I mars 2011 fakturerade Länstrafiken 5 415 591 kronor till landstinget för genomförda sjukresor. Ersättningen för enbart sjukresorna har således ökat med 11 procent och aktieägartillskottet med ungefär 7 procent. Oavsett om förvaltningsrätten skulle välja att ogiltigförklara hela avtalet, eller enbart de delar som avser sjukresor och trafiksamordning, kan således konstateras att det skett en prisjustering till Länstrafikens fördel, vilket inte enbart utgör en indexjustering. Justeringen som ägde rum inför 2010/2011 innebär därmed att en ny upphandling ska anses vara genomförd.

Den nya upphandlingen mellan landstinget och Länstrafiken har genomförts utan att upphandlingen annonserats. Omförhandlingen av avtalet, vilket utgör en ny upphandling, har utförts efter den 15 juli 2010 varför LOU ska tillämpas i dess nya lydelse. Samres har genom förevarande direktupphandling uteslutits från möjligheten att delta med anbud i upphandlingen vilket kan innebära skada för Samres.

Olaglig direktupphandling

Den aktuella upphandlingen avser B-tjänster över tröskelvärdet. Sådana upphandlingar ska enligt 1 kap. 2 § och 15 kap. 1 § LOU upp-

handlas enligt bestämmelserna i 15 och 16 kap. LOU. Härutöver skall upphandlingsrättens grundläggande principer alltid iakttas. Något undantag från annonseringsplikten föreligger inte i förevarande fall. Någon annonsering har inte ägt rum varför förevarande upphandling, d.v.s. omförhandlingen av ersättningen enligt avtalet vilken var till leverantörens fördel, är i strid med bestämmelserna i LOU och därmed är olaglig. Begreppet olaglig direktupphandling täcker vidare in alla upphandlingar som faller inom LOU vilka inte har annonserats trots att det föreligger en annonseringsplikt.

Landstinget bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. att det inte föreligger något upphandlingskontrakt.

Förvaltningsrätten har i beslut den 26 april 2011 beslutat att landstinget inte får ingå avtal och att avtal inte får fullgöras i upphandling "Beställningscentraltjänster för sjukresor" tills målet slutligt avgjorts, om det inte dessförinnan ändras eller upphävs av förvaltningsrätten eller överinstans.

Landstinget har överklagat förvaltningsrättens beslut till Kammarrätten i Göteborg som i beslut den 17 juni 2011 (mål nr 3085-11) avslagit överklagandet och till Högsta förvaltningsdomstolen som i beslut den 7 juli 2011 inte meddelat prövningstillstånd.

Vidare har landstinget begärt omprövning av förvaltningsrättens interimistiska beslut.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 15 § LOU i dess lydelse från och med den 15 juli 2010 ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, bl.a. om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 §.

Av 16 kap. 18 § LOU samma lydelse framgår att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, med här inte aktuella undantag, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Enligt övergångsbestämmelserna till lagändringen den 15 juli 2010 gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Förvaltningsrättens bedömning

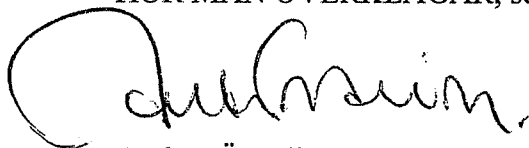
Uppdragsavtalet mellan å ena sidan landstinget och kommunerna i Örebro län och å andra sidan Länstrafiken har inledningsvis gällt till och med den 31 december 2002. Därefter har det förlängts med fyra år i sänder om det inte sagts upp senast två år före avtalsperiodens utgång. Det har inte framkommit att landstinget sagt upp avtalet eller på annat sätt beslutat om dess fortsatta giltighet. Avtalet har därmed förlängts med perioderna 2003-2006, 2007-2010 och 2011-2014. För att undvika den senaste förlängningen och i stället upphandla de tjänster som ingår i avtalet skulle landstinget således ha sagt upp avtalet senast den 31 december 2008. Av såväl övergångsbestämmelserna till 16 kap. 15 § LOU som tidsfristen i 16 kap. 18 § LOU framgår att landstingets underlåtenhet att säga upp avtalet inte lagligen kan läggas till grund för att bifalla Samres yrkanden.

Beträffande den av Samres åberopade Europadomstolens dom C 454/06 framgår att frågorna som prövats i det målet bl.a. avser anpassning av ursprungligen angivna priser från nationell valuta till euro och ändring av ett ursprungligen angivet prisindex (fråga 2) samt en situation i vilken den upphandlande myndigheten överenskommit med en leverantör om en kontraktsändring under löptiden för ett kontrakt som ingåtts för obestämd tid (fråga 3). Enligt förvaltningsrättens mening är detta inte detsamma som de kostnadsvariationer som förekommer inom ramen för de avtalsvillkor som

oförändrat gäller för uppdragsavtalet med Länstrafiken. Kostnadsförändringarna kan därmed inte med stöd av rättsfallet anses som en sådan upphandling som avses i LOU. Då det inte heller i övrigt finns skäl att bedöma förfarandet som en upphandling enligt LOU finner förvaltningsrätten att någon sådan upphandling inte ägt rum och att Samres yrkanden om ogiltighet därför ska avslås. Såvitt framkommit i målet har landstinget inte heller någon pågående upphandling av sjukresor och beställningscentraltjänster som kan bli föremål för överprövning i detta mål. Därmed ska även tredjehandsyrkandet om att pågående upphandling ska avbrytas och göras om avslås.

Sammanfattningsvis ska Samres ansökan om överprövning avslås. Därmed upphör även förvaltningsrättens interimistiska beslut den 26 april 2011 att gälla. Vid dessa förhållanden saknas det skäl att särskilt ompröva det interimistiska beslutet i enlighet med landstingets yrkande.

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



Anders Österlin

Lagman

Målet har handlagts av förvaltningsrättsjuristen Göran Wirdéus.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.