

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
2768-18

meddelad i Stockholm den 9 maj 2019

KLAGANDE

Cabonline Region Mitt AB, 556443-4347

Ombud: Advokaterna Markus Garfvé och Fredrik Winroth
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPARTER

1. Örebro läns landsting

Ombud: AA
Box 1613
701 16 Örebro

2. AB Trendtaxi, 556846-7145

Ombud: Advokaterna Kaisa Adlercreutz och Christian Martinsson
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Göteborgs dom den 25 april 2018 i mål nr 2751-17

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

Dok.Id 203022

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:30

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens dom och fastställer förvaltningsrättens domslut.

BAKGRUND

1. En leverantör kan ansöka hos förvaltningsrätten om att ett avtal som en upphandlande myndighet har ingått med en annan leverantör ska förklaras vara ogiltigt. Det kan ske exempelvis om den upphandlande myndigheten har ingått ett avtal utan att följa reglerna i upphandlingslagstiftningen om annonsering, dvs. har genomfört en s.k. otillåten direktupphandling. Trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda ska domstolen besluta att avtalet får bestå om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse som motiverar detta.
2. Örebro läns landsting har genomfört en upphandling av servicersor. Service-resorna inkluderade s.k. särskilda persontransporter i form av sjukresor, färdtjänstresor och skolskjuts. Upphandlingen genomfördes som en följd av att landstinget i förtid hade sagt upp ett tidigare avtal om servicersor.
3. Upphandlingen omfattade fem fordonspaket inom Örebro kommun. Landstinget beslutade i december 2015 att anta AB Trendtaxi som leverantör av två av fordonspaketen. I det ena ingick tio fordon och i det andra femton, varav fem utgjorde s.k. tidszonsfordon vilka ersattes endast för utnyttjad tid. Efter en avslutad överprövningsprocess ingick landstinget och Trendtaxi den 4 juli 2016 ett avtal om dessa fordonspaket. Samma dag ingick parterna ett tilläggsavtal om att de fem tidszonsfordonen skulle utgå ur avtalet.
4. Cabonline Region Mitt AB ansökte därefter om att landstingets avtal med Trendtaxi skulle förklaras ogiltigt. Förvaltningsrätten i Karlstad biföll ansökningen. Ogiltigförklaringen gällde såväl det grundläggande avtalet om de två fordonspaketen som tilläggsavtalet om att de fem tidszonsfordonen skulle utgå ur

det avtalet. Enligt förvaltningsrätten innebar tilläggsavtalet en så väsentlig ändring av de utannonserade villkoren att en ny upphandling fick anses ha inletts. Eftersom den nya upphandlingen inte hade annonserats var förutsättningarna för att ogiltigförklara avtalet uppfyllda. Förvaltningsrätten ansåg vidare att landstinget inte hade visat att avtalet hade en sådan betydelse för allmänintresset att det skulle få bestå.

5. Landstinget och Trendtaxi överklagade domen till Kammarrätten i Göteborg som biföll överklagandena. Kammarrätten ansåg att det fanns tvingande hänsyn till ett allmänintresse som innebar att både det grundläggande avtalet och tilläggsavtalet skulle få bestå trots att förutsättningarna för ogiltigförklaring var uppfyllda.

YRKANDEN M.M.

6. *Cabonline* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska upphäva kammarrättens dom och förklara att avtalet mellan landstinget och Trendtaxi är ogiltigt. Bolaget anför följande. De fordon som omfattas av avtalet är inte en förutsättning för att serviceresor ska kunna utföras eftersom dessa kan genomföras med landstingets övriga fordon. Det saknas därför sådana tvingande hänsyn till ett allmänintresse som krävs för att rätten ska förordna att avtalet ska få bestå.
7. *Landstinget* anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Landstinget är kollektivtrafikmyndighet och har en skyldighet att bereda färdtjänst åt de medborgare som har behov av det. Serviceresor av god kvalitet är ett samhällsviktigt intresse som påverkar människors liv och hälsa. Uppdraget kan inte utföras med färre fordon utan en väsentlig försämring av kvaliteten och med stor påverkan på samhällsapparaten. Det finns därför sådana tvingande hänsyn till ett allmänintresse som motiverar att avtalet ska få bestå.
8. Även *Trendtaxi* anser att överklagandet ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

9. Frågan i målet är om det är motiverat av tvingande hänsyn till ett allmänintresse att ett avtal ska få bestå trots att förutsättningarna för att förklara avtalet ogiltigt är uppfyllda.

Rättslig reglering

10. I målet är den upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, tillämplig.
11. I 16 kap. 13 § LOU anges förutsättningarna för att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt.
12. Enligt 14 § ska rätten, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda. Bestämmelsen genomför artikel 2d.3 i direktiv 89/665/EEG (det första rättsmedelsdirektivet). I nu gällande lag (2016:1145) om offentlig upphandling finns motsvarande bestämmelse i 20 kap. 14 §.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Processramen

13. Kammarrätten har kommit fram till att det finns grund för att förklara avtalet mellan landstinget och Trendtaxi ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LOU men har med tillämpning av 14 § förordnat att avtalet får bestå. Kammarrättens dom har överklagats av Cabonline. Processen i Högsta förvaltningsdomstolen gäller enbart frågan om det är motiverat av tvingande hänsyn till ett allmänintresse att avtalet, dvs. det grundläggande avtalet inklusive tilläggsavtalet, ska få bestå.

Allmänt om undantaget från ogiltigförklaring på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse

14. Bestämmelsen i 16 kap. 14 § LOU är ett undantag från huvudregeln att ett avtal som har ingåtts i strid mot upphandlingsreglerna ska förklaras vara ogiltigt. Som nämnts i punkt 12 syftar bestämmelsen till att genomföra artikel 2d.3 i det första rättsmedelsdirektivet. Den artikeln infördes i direktivet genom direktiv 2007/66/EG (ändringsdirektivet). Av beaktandesats 22 i ändringsdirektivet framgår att undantaget är avsett att tillämpas om exceptionella omständigheter i det aktuella fallet gör det nödvändigt att respektera vissa tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Att undantagsbestämmelsen ska tillämpas restriktivt och att det endast är under exceptionella omständigheter som ett avtal, trots att det finns förutsättningar för att ogiltigförklara det, ska få bestå framgår även av förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 138 f.).
15. I artikel 2d.3 i det första rättsmedelsdirektivet anges att ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får betraktas som tvingande hänsyn endast om ogiltighet i undantagsfall skulle leda till oproportionerliga följder. Vidare anges att ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga inte ska utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Detta upprepas i förarbetena och i det sammanhanget sägs också att stor vikt bör läggas vid myndigheternas tillhanda-hållande av allmän service till samhället. Det anges vidare att det ankommer på domstolarna att göra en skälig avvägning mellan detta allmänna intresse och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt i syfte att en ny upphandling ska företas (a. prop. s. 362).
16. Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer även inom andra områden av unionsrätten och har utvecklats i EU-domstolens praxis. I artikel 36 i EUF-fördraget finns t.ex. en uppräknning av de skäl som kan utgöra grund för att inskränka den fria rörligheten för varor och i artikel 4.8 i tjänstedirektivet (2006/123/EG) anges exempel på vad som EU-domstolen i sin rättspraxis har bedömt som tvingande hänsyn på grund av ett allmänintresse. Dessa bestämmel-

ser, samt EU-domstolens praxis i allmänhet när det gäller tvingande hänsyn till allmänintresset, bör kunna tjäna som vägledning även när begreppet används i upphandlingssammanhang.

17. För att ett avtal ska få bestå trots att det finns förutsättningar för att ogiltigförklara det räcker det inte att det som upphandlas genom avtalet kan anses vara av allmänintresse. De åtgärder som i det enskilda fallet har vidtagits av den upphandlande myndigheten måste också vara förenliga med proportionalitetsprincipen (se t.ex. Medipac, C-6/05, EU:C:2007:337, p. 60 och där anmärkta rättsfall).
18. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som gör att ett avtal ska få bestå trots att förutsättningarna för att förklara det ogiltigt är uppfyllda. I detta ligger att den upphandlande myndigheten ska visa att de vidtagna åtgärderna är proportionerliga (prop. 2009/10:180 s. 139 och Medipac, p. 61).

Bedömningen i detta fall

19. Det aktuella avtalet avser serviceresor och innefattar kollektivtrafik i form av särskilda persontransporter, dvs. sådana som kräver ett särskilt beslut eller genomförs under särskilda förutsättningar. De särskilda persontransporterna avser bl.a. sjukresor, färdtjänst och skolskjuts.
20. Sjukresor används för att hjälpa människor att ta sig till vårdinrättningar och är ett led i skyddet av folkhälsan. Färdtjänstresor är till för personer som till följd av funktionsnedsättning har väsentliga svårigheter att förflytta sig på egen hand eller att resa med allmänna kommunikationsmedel. Skolskjuts tillhandahålls elever om det behövs med hänsyn till t.ex. skolvägens längd eller att eleven har en funktionsnedsättning. Samtliga dessa resor får anses utgöra sådana allmänintressen som avses i 16 kap. 14 § LOU.

DOM

Mål nr
2768-18

21. För att avtalet ska få bestå krävs dock också att avtalet verkligen är en nödvändig förutsättning för att transporterna ska kunna genomföras. När det gäller den frågan har landstinget gjort gällande att den minskning av antalet fordon som en ogiltigförklaring av avtalet skulle innebära medför att det inte är möjligt att utföra transporterna utan försämrad kvalitet och effektivitet.
22. Att de aktuella tjänsterna ska kunna utföras med rimligt hög kvalitet är något som bör beaktas när det ska avgöras om avtalet ska få bestå (jfr Spezzino, C-113/13, EU:C:2014:2440, p. 57). En minskning av fordonskapaciteten kan alltså innebära att avtalet inte ska ogiltigförklaras om detta skulle leda till en oacceptabel kvalitetsförsämring.
23. I målet är det ostridigt att landstinget har tillgång till 147 fordon inom Örebro kommun. Det aktuella avtalet rör 20 av dessa, vilket motsvarar cirka 14 procent av den tillgängliga fordonskapaciteten. Landstinget har inte konkretiserat på vilket sätt och i vilken omfattning som utförandet av de särskilda persontransporterna försämras och ineffektiviseras om fordonskapaciteten minskar med dessa 20 fordon, utan har endast i allmänna ordalag angett att samtliga 147 fordon behövs för att upprätthålla en skälig kvalitet för brukarna. Utredningen ger snarare stöd för att det finns en viss överkapacitet under delar av dygnet även om avtalet ogiltigförklaras. Landstinget har inte heller visat att det saknas möjlighet att planera verksamheten så att övriga fordon kan användas för resor som måste genomföras vid en viss tidpunkt.
24. Även om en minskning med 14 procent av den tillgängliga fordonskapaciteten inte är oväsentlig, finner Högsta förvaltningsdomstolen att landstinget inte har visat att det föreligger sådana exceptionella omständigheter som motiverar att avtalet ska få bestå med tillämpning av 16 kap. 14 § LOU.

DOM

Mål nr
2768-18

25. Överklagandet ska därmed bifallas.

I avgörandet har deltagit justitieråden Helena Jäderblom, Kristina Ståhl, Mahmut Baran, Leif Gäverth och Helena Rosén Andersson.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Daniel Sandberg.