

Kammarrätten i Göteborg
Box 1531
401 50 Göteborg

Kammarrättens i Göteborg mål nr 5657-09 mellan Stenungsunds kommun och Ellös Buss AB

Kammarrätten i Göteborg har anmodat Konkurrensverket att yttra sig i rubricerat mål. Kammarrätten har begärt att yttrandet ska omfatta följande frågeställningar.

1. Har en upphandlande myndighet rätt att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering i nu aktuell situation?
2. Även om Konkurrensverket skulle finna att kriterierna för att använda sig av detta förfarande inte är uppfyllda vill kammarrätten att Konkurrensverket yttrar sig om huruvida det sätt som den upphandlande myndigheten genomfört det förhandlade förfarandet på skett med beaktande av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, i övrigt.
3. Den konflikt som kan uppkomma mellan att följa upphandlingslagstiftningen och att fullgöra andra lagstadgade skyldigheter mot som i detta fall, kommuninvånare.

Bakgrund

4. Stenungsunds kommun (kommunen) genomförde en upphandling av skolskjutstrafik för kommunen genom ett öppet förfarande. Sista anbudsdag var den 2 april 2009. Kommunen beslutade den 28 april 2009 i tilldelningsbeslut att anta Orusttrafiken AB som leverantör av tjänsten. Ellös Buss AB (Ellös Buss) ansökte om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle göras om.
5. Länsrätten i Göteborg biföll Ellös Buss AB:s talan i dom av den 26 juni 2009, mål nr 3345-09. Länsrätten fann att förfrågningsunderlagets utformning gav kommunen ett långtgående eget prövningsutrymme och att detta i praktiken inneburit en i huvudsak fri prövningsrätt för kommunen. Förfrågningsunderlaget hade sådana väsentliga brister att upphandlingen hade genomförts i strid med bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU vari de grundläggande principerna gällande offentlig upphandling är angivna. Bristerna i upphandlingen

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

hade medfört skada eller risk för skada för Ellös Buss. Eftersom bristerna hänförde sig till förfrågningsunderlaget fann länsrätten att upphandlingen skulle göras om.

6. Den 29 juni 2009 träffade emellertid kommunen avtal med annan leverantör än Ellös Buss avseende skolskjutstrafik, d.v.s. samma objekt som den ursprungliga upphandlingen avsåg. Avtalet avsåg skolskjuts för läsåret 2009/2010 utan möjlighet till förlängning. I tilläggsavtal daterat 25 september 2009 angavs att avtalet kunde sägas upp under perioden 1 januari – 30 juni 2010 och att uppsägningstiden uppgick till en månad.
7. Ellös Buss ansökte om överprövning och anförde att avtalet från den 29 juni 2009 utgjorde en otillåten direktupphandling och yrkade att länsrätten skulle besluta att upphandlingen skulle göras om. I dom av den 26 januari 2010 biföll länsrätten Ellös Buss ansökan. Enligt länsrätten hade kommunen inte visat att det förelegat sådana särskilda omständigheter som gjorde undantaget i 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU tillämpligt.
8. Kommunen överklagade härefter länsrättens dom till Kammarrätten i Göteborg. Kammarrätten meddelade prövningstillstånd i målet den 23 mars 2010.
9. Kommunen har i sitt överklagande i nu aktuellt avseende yrkat att kammarrätten med ändring av länsrättens dom ska avslå Ellös Buss ansökan om överprövning. Kommunen har sammanfattningsvis anført följande. Kommunen har haft rätt att tillfälligt direktupphandla skolskjuts med stöd av 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU. Det sätt som kommunen genomfört direktupphandlingen på är en proportionerlig åtgärd för att säkerställa att eleverna hade skolskjuts när höstterminen startade. Länsrättens dom innebär att eleverna skulle stå utan skolskjuts under nästan hela höstterminen. Elevernas rätt till skolskjuts går före skyldigheten att strikt följa bestämmelserna i direktiv 2004/18/EG¹ och LOU. Kommuner är skyldiga enligt 4 kap. 7 § skollagen (1985:1100) att tillhandahålla skolskjuts. Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse intar en särställning i EU-rätten. Enligt artikel 106.2 i Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt, EUF-fördraget, går intresset av att sådana tjänster blir utförda före den fria rörligheten. När länsrättens dom kom hade kommunen mindre än två månader på sig att göra om upphandlingen. Den tiden är inte tillräcklig ens för ett påskyndat selektivt förfarande enligt 8 kap. 8 § LOU. Det fanns inte tid att fråga flera leverantörer och kommunen tecknade därför avtal med en leverantör som enligt kommunens bedömning hade kapacitet att utföra uppdraget med kort varsel.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

10. Ellös Buss har till kammarrätten anfört sammanfattningsvis följande. Det saknas förutsättningar för kommunen att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU. Under alla omständigheter har det förhandlade förfarandet som kommunen påstår sig ha genomfört ej skett med beaktande av LOU.

Rättsläget

Tillämpliga bestämmelser

11. En upphandlande myndighet får enligt 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och 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 tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.
12. Enligt artikel 31.1 (c) i direktiv 2004/18/EG får en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling tillämpa det förhandlade förfarandet utan att dessförinnan ha offentliggjort något meddelande om upphandling om, när det är absolut nödvändigt, på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse, det är omöjligt att iakttä de tidsfrister som gäller vid öppna, selektiva eller förhandlade förfaranden med offentliggörande av meddelande om upphandling enligt artikel 30. De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten.
13. Gällande EUF-fördragsregler och EU-rättsliga principer behandlas inte i detta avsnitt, jfr dock punkt 53ff.

Förarbeten

14. I prop. 2006/07:128 s. 327 anges bl.a. följande såvitt avser 4 kap. 5 § första stycket LOU. Paragrafen motsvaras av artikel 31.1 i direktiv 2004/18/EG och har utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet. En skillnad mellan direktivet och LOU är att enligt LOU får de omständigheter i punkt 3 som medför att förfarandet inte behöver föregås av annonsering inte vara hänförliga till den upphandlande myndigheten. Sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten. Detta behöver därför inte särskilt anges och har därför inte tagits in i den nya lagtexten. Någon skillnad i sak i förhållande till LOU är således inte avsedd.
15. Beträffande förkortade tidsfrister på grund av tidsbrist i vissa fall anges i samma prop. på s. 302 bl.a. följande. Bestämmelsen 8 kap. 8 § LOU som gäller vid selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering motsvaras av vad som i LOU kallades påskyndat förfarande. För

att bestämmelsen ska kunna åberopas av en upphandlande myndighet får förutsättas att denna inte genom försummelse har försatt sig i en sådan situation att tidsbrist uppstått. Bristande inköpsplanering från myndighetens sida ger således inte myndigheten rätt att använda de förkortade tidsfristerna.

EU-domstolens rättspraxis

16. **C-24/91 Kommissionen mot Spanien.** Spanien hävdade att undantaget om synnerlig brådska var uppfyllt eftersom det var nödvändigt att färdigställa vissa byggnader. Det hade enligt den spanska regeringen inte varit möjligt att använda de i direktiven fastställda tidsgränserna för att kunna färdigställa de byggnader som fakulteten och skolan behövde för att kunna ta emot den stora mängd nya studenter som väntades inför terminsstarten. EU-domstolen slog fast att det är tre kumulativa villkor som måste vara uppfyllda för att undantag från skyldigheten att publicera ett meddelande om upphandling ska vara tillämpligt. Detta innebär att om ett villkor inte är uppfyllt kan undantaget inte åberopas. Det måste föreligga omständigheter som inte hade kunnat förutses, föreligga synnerlig brådska som är oförenlig med de fastställda tidsfristerna i andra förfaranden och slutligen föreligga ett orsakssamband mellan den omständighet som inte hade kunnat förutses och den synnerliga brådska som följer därav. Enligt domstolens bedömning var den synnerliga brådskan inte oförenlig med de fastställda tidsfristerna i andra förfaranden och därmed var undantaget inte tillämpligt.
17. **C-107/92 Kommissionen mot Italien.** Målet rörde byggande av lavinskydd i de italienska alperna. Den 18 juni 1988 tilldelade den upphandlande myndigheten kontrakt för byggande av lavinskydd utan att kontraktet hade föregåtts av ett meddelande om upphandling i enlighet med gällande upphandlingsdirektiv. Den italienska myndigheten hade enligt domstolen emellertid inte visat att det förelegat synnerlig brådska eftersom det förflutit tre månader från det att den geologiska expertmyndigheten den 10 juni 1988 rekommenderat omedelbara åtgärder, till det att arbetena med lavinskydden faktiskt påbörjades den 21 september 1988. Ingenting hade framkommit i målet som hade hindrat myndigheten från att använda sig av det påskyndade förfarandet enligt domstolens bedömning.
18. **C-328/92 Kommissionen mot Spanien.** I spansk rätt fanns undantag från att tillämpa upphandlingsdirektiven när det gällde inköp av farmaceutiska preparat för användande inom socialförsäkringssystemet. Den spanska regeringen anförde att den inte accepterade att det då gällande varudirektivet var tillämpligt vid dylika inköp eftersom marknaden för de aktuella varorna var hårt reglerad av unionsrätten som var implementerad i den inhemska rättsordningen. EU-domstolen påpekade att de enda undantag från tillämpligheten av direktivet var de som enkom och undantagslöst var angivna i samma direktiv. Vidare poängterade domstolen att det är den som åberopar ett undantag som har bevisbördan för att undantaget är tillämpligt. Beträf-

fande synnerlig brådska angav domstolen att undantaget inte motiverar att det systematiskt används för att säkerställa framtida behov av farmaceutiska preparat utan endast när de kumulativa villkoren är uppfyllda i det enskilda fallet.

19. **C-318/94 Kommissionen mot Tyskland.** Den upphandlande myndigheten hade genom ett förhandlat förfarande ingått ett offentligt bygg- och anläggningskontrakt om muddring av floden nedre Ems utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling. Det krävdes att en myndighet godkände muddringsprojektet för att det skulle kunna genomföras. Den aktuella myndigheten godkände emellertid inte projektet på grund av ekologiska skäl. Regeringen beslutade dock att fortsätta förfarandet i syfte att enbart godkänna en del av projektet som bestod i att provisoriskt fördjupa flodbädden. Delprojektet godkändes slutgiltigt den 15 augusti 1991 och kontrakt tilldelades samma dag. Den omständigheten att en instans som ska godkänna ett projekt före en fastställd tidsgräns kommer med sådana invändningar som den har rätt att göra utgör en omständighet som den upphandlande myndigheten hade kunnat förutse enligt EU-domstolen. Övriga villkor behövde därmed inte undersökas.
20. **C-385/02 Kommissionen mot Italien.** Målet rörde ett projekt som hade till syfte att skydda ett stort område innefattande tre floder mot översvämningar och som bestod av två kontrakt. Kontrakten tilldelades den 9 oktober och den 15 oktober 1997. Dessa kontrakt baserades på kontrakt som ursprungligen tilldelats den 26 oktober 1982, den 20 maj 1988 och den 22 december 1988. Den italienska regeringen åberopade bl.a. synnerlig brådska som skäl till att kontrakten som tilldelats under 1997 inte föregåtts av ett meddelande om upphandling. Enligt domstolen kunde synnerlig brådska inte anses ha förelegat eftersom de ursprungliga kontrakten tilldelats under 80-talet och det redan inledningsvis var planerat att arbete skulle genomföras i flera delar allt eftersom medel blev tillgängliga. Den synnerliga brådska som förelegat var i stället hänförlig till den upphandlande myndighetens organisation av arbetena.
21. **C-126/03 Kommissionen mot Tyskland (München Nord).** Den aktuella upphandlingen gällde transport av avfall. Staden München överlät ett kontrakt på en leverantör utan att publicera något meddelande därom. Efter att domstolen konstaterat att det var fråga om ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet påpekade domstolen följande. Det framgår av praxis att det i direktivet inte görs någon skillnad mellan kontrakt som en upphandlande myndighet ingår för att fullgöra sin uppgift att tillgodose allmänna intressen och kontrakt som

inte har något samband med denna uppgift.² Den tyska regeringen hävdade bl.a. att förhandlat förfarande utan annonsering varit möjligt att använda för tilldelning av det aktuella kontraktet. Något stöd för denna inställning angavs emellertid inte. Domstolen erinrade härvidlag att åberopat förfarande utgör ett undantag från de regler som avser att säkerställa de rättigheter som fastställs i fördraget på området för offentlig upphandling. Tyskland hade i målet emellertid inte visat att de kumulativa villkoren som måste vara uppfyllda för att undantaget ska vara tillämpligt förelåg. Enligt domstolen skulle det i det aktuella fallet varit möjligt att genomföra ett selektivt påskyndat förfarande. Den tyska regeringen hävdade att för det fall fördragsbrott skulle anses föreligga var inte Tyskland tvungen att säga upp det kontrakt som redan slutits. EU-domstolens svar i detta avseende var att "[h]ärvid räcker det att påpeka att även om domstolen, inom ramen för ett förfarande för fördragsbrott enligt artikel 226 EG, endast behöver fastställa att en gemenskapsrättslig bestämmelse har åsidosatts framgår det av artikel 228.1 EG att den berörda medlemsstaten skall vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom".³

22. **C-6/05 Medipac- Kazantzidis AE m.fl.** Målet handlade om ett sjukhus anskaffning av medicintekniska produkter, närmare bestämt olika kirurgiska suturer. Kontraktsvärdet uppgick inte till gällande tröskelvärde för varor. Ett krav som ställdes i upphandlingen var att produkterna skulle vara försedda med CE-märkning. Enligt beslut fastslogs att Medipacs offererade produkter inte uppfyllde kraven och anbudet förkastades. Beslutet grundade sig på ett yttrande av kirurgerna på sjukhuset som hade konstaterat att Medipacs produkter inte höll måttet eftersom knutar gick upp och nålar bröts av m.m. Fråga var vilka åtgärder en upphandlande myndighet kunde vidta med hänsyn till skyddet för folkhälsa. Domstolen fann att likabehandlingsprincipen och skyldigheten att lämna insyn utgör hinder för att förkasta produkter som omfattas av anbudet p.g.a. skyddet för folkhälsan när produkten i fråga uppfyller de tekniska villkor som uppställs i upphandlingen. Myndigheten var skyldig att informera det nationella behöriga organet i syfte att få till stånd förfarande för vidtagande av skyddsåtgärder enligt gällande direktiv på området. Eftersom upphandlingen vilandeförklarats p.g.a. skyddsåtgärderna var frågan om vad sjukhuset skulle göra under tiden. EU-domstolen angav att skyddet för folkhälsa utgör ett tvingande hänsyn till allmänintresset och en medlemsstat kan med stöd av detta avvika från principen om fri rörlighet för varor under förutsättning att de åtgärder som vidtas är förenliga med proportionalitetsprincipen. I brådskande fall får ett sjukhus därför vidta alla nödvändiga tillfälliga åtgärder som krävs för att kunna anskaffa de medicintekniska produkter som är nödvändiga för driften av sjukhuset. EU-domsto-

² Domstolen hänvisade här till mål C- 44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austri m.fl.* punkt 32 där domstolen tidigare fastställt att denna princip även gäller vid byggtreprenader.

³ Motsvaras av artikel 258 och 260.1 i FEUF.

len påpekade dock att det åligger sjukhuset att visa omständigheter som kan motivera att undantaget enligt ovan är tillämpligt.

Tidigare kammarrättsavgöranden

23. **Kammarrätten i Göteborg, dom den 8 april 2009 i mål nr 1403-09.** En ramavtalsupphandling av glukostmätare och diabetesstickor som Region Skåne genomförde blev föremål för överprövning varvid kammarrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om. Ett nytt upphandlingsförfarande startades men under tiden upphandlade Region Skåne glukosmätare och diabetesstickor genom förhandlat förfarande utan annonsering och detta förfarande blev även det föremål för överprövning. Region Skåne hade i planeringen av upphandlingen avsatt en tid om ungefär sex veckor för en eventuell domstolsprövning. Länsrätten menade att det som Region Skåne anfört om att förlänga gällande upphandlade avtal vid rättsprocesser är ett väl etablerat tillvägagångssätt i upphandlingskretsar innebär inte på något sätt att förfarandet blir förenligt med LOU. En överprövningsprocess utgör inte godtagbart skäl för utnyttjandet av undantaget om synnerlig brådska. Region Skåne hade inte godtagbara skäl att återropa undantaget utan brådskan fick tillskrivas Region Skånes bristande tidsplanering. Kammarrätten gjorde samma bedömning som länsrätten.
24. **Kammarrätten i Göteborg, dom den 21 januari 2010 i mål nr 5455-09.** Skånetrafiken hade genomfört en upphandling av busstrafik som omfattade fem trafikuppdrag. Upphandlingen översteg tröskelvärdena och genomfördes med stöd av lagen (2007: 1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Upphandlingen blev föremål för överprövning i länsrätt och kammarrätt. Efter att länsrätten beslutat att upphandlingen skulle göras om beslutade kammarrätten att den ursprungliga upphandlingen i sin helhet fick avslutas. Domstolsprocessen hade då pågått under ca tio månader. Skånetrafiken tecknade under den pågående processen avtal om en övergångslösning som även denna blev föremål för överprövning. Kammarrätten menade att det låg i sakens natur att en tillfällig avtalslösning måste accepteras till dess att en överprövningsprocess genomförts. Det fanns heller inte anledning att betvivla att Skånetrafiken haft för avsikt att följa domarna i överprövningsmålen om det i dessa förordnats att den ursprungliga upphandlingen skulle göras om. Kammarrätten påpekade att upphandlingen var av stor samhällsekonomisk betydelse och att den upphandlande myndigheten därför måste räkna med att de leverantörer som gått miste om kontrakt begär överprövning av förfarandet. Tidsåtgången för en överprövning i flera instanser är svår att beräkna. Kammarrätten ansåg mot den bakgrunden att synnerlig brådska i enlighet med LOU förelegat.
25. **Kammarrätten i Göteborg, beslut den 25 juni 2008 i mål nr 6690-07.** Vid genomförandet av en upphandling avseende rörentreprenad beslutade den upphandlande myndigheten, Kärnfastigheter, att förkasta samtliga anbud

därför att anbuden kraftigt översteg projektets kostnadsram. Efter att en leverantör ansökt om överprövning kom länsrätten fram till att Kärnfastigheter gjort sannolikt att det förelegat saklig grund att förkasta samtliga anbud. Kammarrätten i Göteborg meddelade inte prövningstillstånd i målet. Kärnfastigheter vände sig därefter direkt till en leverantör och tecknade avtal. En leverantör ansökte om överprövning. Länsrätten avslog begäran om överprövning. Saklig grund för förkastandet av anbuden hade förelegat och den brådskan som uppstått föranleddes inte av bristande planering från Kärnfastigheters sida. Synnerliga skäl för direktupphandling förelåg därmed. Kammarrätten fann emellertid att de skäl som anförts som grund för direktupphandlingen (risk för skadeståndskrav från andra entreprenörer som var beroende av att rörentreprenaden genomfördes) inte var tillräckliga för att kunna utgöra synnerliga skäl i LOU:s mening. Eftersom den aktuella entreprenaden var genomförd och betald avskrev kammarrätten målet med uttalandet att den upphandlande myndigheten använt sig av ett felaktigt upphandlingsförfarande.⁴

Bedömning

26. Huvudsyftet med de unionsrättsliga bestämmelserna om förfarandena vid offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.⁵ Bestämmelserna syftar vidare till att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster och att skydda ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat. Däribland ska såväl risken för att nationella anbudsgivare ges företräde vid tilldelning av kontrakt som risken för att upphandlande myndigheter låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska undanröjas.⁶
27. Annonsering av kontrakt är en väsentlig del i förverkligandet av den inre marknaden. För att alla tänkbara leverantörer, oavsett nationalitet, ska kunna få information om kommande kontrakt ska dessa annonseras enligt vissa i upphandlingsdirektiven fastställda standardformulär.
28. Skolskjutstrafik är en så kallad A-tjänst enligt kategori 2 i Bilaga 2 till LOU. Upphandling av skolskjutstrafik omfattas således av de direktivstyrda upphandlingsförfarandena när upphandlingsvärdet beräknas överstiga tröskelvärdet.⁷

⁴ Till samma slut kom Kammarrätten i Stockholm i beslut den 2007-07-12 i mål nr 234-07.

⁵ Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 44.

⁶ Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-360/96 *BFI Holding*, punkt 41-43, C-380/98 *University of Cambridge*, punkt 16-17 samt C-285/99 och C-286/99 *Lombardi och Mantovani*, punkt 34-36.

⁷ För år 2009 gällande tjänster var tröskelvärdet 1 911 155 kr eller 206 000 euro enligt tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

29. Ett avtal vars värde överstiger tröskelvärdet får i vissa i upphandlingslagstiftningen specificerade undantagsfall direktupphandlas enligt reglerna om förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Ett exempel på ett sådant undantag är vid synnerlig brådska i enlighet med 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU.
30. Undantag från skyldigheten att följa unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling ska enligt EU-domstolens praxis tolkas restriktivt. Den som avser att återropa en undantagsbestämmelse har också bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantag görs.⁸ EU-domstolen har bl.a. i ovan angiven praxis klart uttalat att de enda undantag från bestämmelserna i upphandlingsdirektiven är de som enkom och undantagslöst är angivna i dessa.

Den första frågan

31. Den första frågan avser om en upphandlande myndighet har rätt att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering i aktuell situation. För att detta undantag ska vara tillämpligt måste fyra förutsättningar vara uppfyllda i enlighet med 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten jämförd med artikel 31.1 c i direktiv 2004/18/EG. Den första förutsättningen är att det ska vara absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, den andra att det på grund av synnerlig brådska ska vara omöjligt att hålla de tidsgränser som gäller för öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Den tredje och fjärde förutsättningen är att brådskan ska vara förorsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och dessa får heller inte ha orsakats av myndigheten själv. Som ovan angetts är det den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att samtliga förutsättningar är uppfyllda.
32. Vad gäller den första förutsättningen att det ska vara absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen finns inte någon förtydligande praxis som kan vara till ledning avseende vad som kan vara respektive inte kan vara ett absolut nödvändigt behov.
33. En kommun är enligt 4 kap. 7 § skollagen skyldig att sörja för att det finns kostnadsfri skolskjuts till elever i grundskolan om sådan behövs med hänsyn till färdvägens längd, trafikförhållandena, funktionshinder hos en elev eller någon annan särskild omständighet. Även om det inte av handlingarna i målet framgår att kommunen har elever med sådana behov får detta likväl antas. Kommunen saknade avtal för läsåret 2009/2010 gällande skolskjutstrafik. I vart fall var det nödvändigt för kommunen att senast vid skolstarten ha ett gällande avtal om utförande av tjänsten. Eftersom skollagen anger att

⁸ Se bl.a. EU-domstolens dom i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58.

kommunen är skyldig att tillhandahålla kostnadsfri skolskjuts om behov finns får behovet anses vara absolut nödvändigt. Den första förutsättningen får därmed antas vara uppfylld.

34. Beträffande den andra förutsättningen, d.v.s. att det ska vara omöjligt att använda sig av de andra förfarandena p.g.a. de tidsgränser som är uppställda för dessa har EU-domstolen som ovan angivits exempelvis i målet om lavinskydden gett viss vägledning. I nu gällande direktiv samt i LOU har emellertid det påskyndade förfarandet ersatts av regler om förkortade tidsfrister. Det är enligt 8 kap. 4 – 6 §§ LOU möjligt att förkorta tidsfristerna om upphandlingen förhandsannonseras och om en annons utarbetats och skickats med elektroniska medel. Härutöver är det enligt 8 kap. 8 § LOU vid selektivt förfarande och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering möjligt att förkorta tidsfristerna ytterligare p.g.a. tidsbrist.⁹ Denna sistnämnda möjlighet till förkortning är emellertid inte tillämplig enligt ovan nämnda förarbeten om tidsbristen uppkommit därför att den upphandlande myndigheten brustit i sin planering.
35. Eftersom kommunen enligt vad som framkommit av handlingarna i målet inte har förhandsannonserat upphandlingen eller använt något av de i 8 kap. 8 § LOU stipulerade förfarandena kan emellertid samtliga möjligheter inte utnyttjas utan möjligheterna till förkortning av tidsfrister är begränsade. Huvudregeln när det gäller det öppna förfarandet är att det ska vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering. För det selektiva förfarandet gäller att tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar ska vara minst 37 dagar från samma tidpunkt. Det tillkommer dessutom den tid det tar att författa ett nytt förfrågningsunderlag som fallet är när det gäller den aktuella upphandlingen, den tid det tar för utvärdering av inkomna anbud samt inställetid för en ny leverantör m.m. Enligt Konkurrensverkets bedömning framstår det som klart att det varit omöjligt att använda sig av öppet, selektivt eller förhandlat förfarande (med föregående av annonsering). Denna andra förutsättning är därmed uppfylld.
36. Beträffande de tredje och fjärde förutsättningarna är de avhängiga av varandra och avhandlas därför tillsammans. Den tredje förutsättningen, att en omständighet inte ska kunna förutses, innebär enligt den praxis som EU-domstolen fastställt att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure. Av de avgöranden som hittills kommit från EU-domstolen har domstolen inte i något fall accepterat de skäl som den upphandlande myndigheten anfört i detta hänseende. Det ställs således höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation. Den fjärde förutsättningen, d.v.s. att den synnerliga brådskan inte får ha orsakats av den upphandlande myndigheten själv, framgår inte av bestämmelsen så som den är utformad i LOU.

⁹ Artikel 38 i direktiv 2004/18/EG innehåller regler om tidsfrister.

Enligt angivna förarbetsuttalanden ansågs detta inte nödvändigt. Av ovan angivna praxis framgår att den upphandlande myndigheten även i denna del har ett betydande ansvar för att ta hänsyn till olika scenarion och planera sin verksamhet.

37. Att en statlig instans, som ska godkänna ett projekt enligt nationell lagstiftning före en fastställd tidsgräns, kommer med sådana invändningar som den har rätt att göra, utgör exempelvis enligt ovan angivna praxis inte en oförutsedd omständighet. I förevarande fall har brådskan uppstått till följd av att upphandlingen blivit föremål för en överprövningsprocess. Även om det inte är möjligt att beräkna hur lång tid en överprövning tar är det nödvändigt att ta hänsyn till en eventuell process i domstol då en upphandling planeras.¹⁰ Kommunen har dessutom anfört att just upphandlingar av skolskjutstrafik regelmässigt överprövas. Omständigheten att upphandlingen blivit föremål för en överprövningsprocess är således en omständighet som en upphandlande myndighet kan förutse.
38. Kommunens planering har omfattat ca två månader för en eventuell överprövningsprocess. Länsrätten har ansett att denna tid måste betraktas som synnerligen kort med hänsyn till betydelsen av upphandlingen och skyldigheten att tillhandahålla skolskjuts. Ansökan om överprövning kom in till länsrätten den 6 maj 2009 och domstolen meddelade dom den 26 juni 2009. Länsrättens handläggning av målet tog således ungefär sju veckor.
39. Något närmare besked från praxis angående vilken tidrymd som kan gälla i liknande fall som det aktuella kan inte hämtas. Enligt EU-domstolen ska medlemsstaterna säkerställa att överträdelse av direktiven kan korrigeras och säkerställa att beslut ska kunna prövas effektivt, så skyndsamt som möjligt och på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till.¹¹ Kammarrätterna har ansett att sex veckor för en överprövningsprocess är för kort i detta hänseende men att en så lång tid som tio månader inte behövt avsättas i ett fall. Med hänsyn tagen till att ungefär 20 procent av förvaltningsrätternas avgöranden överklagas till kammarrätterna bör i vart fall den tid en tvåinstansprövning kan förväntas ta tas med i beräkningen.¹²
40. Bedömningen av vad som i varje enskild upphandling kan anses vara en rimlig framförhållning bör ske med beaktande av den aktuella upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Det bör dock anmärkas att ett alltför utdraget upphandlingsförfarande av affärsmässiga skäl kan vara mindre lämpligt. Om en upphandling annonseras mycket lång tid innan det aktuella kontrak-

¹⁰ I mål C-81/98 *Alcatel Austria m.fl.* slog domstolen fast att ett tilldelningsbeslut ska vara möjligt att överpröva då det utgör det viktigaste beslutet och ett prövningsförfarande måste tillhandahållas, punkt 43.

¹¹ Se ovan nämnda mål C-81/98, punkt 38.

¹² Se Konkurrensverkets nyhetsbrev för december 2009 gällande överprövningsstatistik.

tet ska genomföras finns en risk att anbudsgivarna kompenserar sig för den osäkerhetsfaktor som det utdragna förfarandet innebär och att anbuden fördyras. Det kan vidare inte uteslutas att vissa anbudsgivare helt avstår från att lämna anbud under dessa omständigheter.

41. Länsrättens avgörande i överprövningsmålet (3345-09) rörande den ursprungliga upphandlingen innebar att kommunen skulle göra om upphandlingen p.g.a. flera funna brister i densamma. Förutsättningarna skiljer sig således från de som var för handen i kammarrättens avgörande i mål 5455-09 gällande Region Skånes upphandling av busstrafik. Konkurrensverket delar länsrättens bedömning att den tid som kommunen avsatt till en eventuell överprövning varit alltför kort. Enligt Konkurrensverkets bedömning får den synnerliga brådska som ostridigt uppstått därmed tillskrivas kommunen.
42. Sammanfattningsvis är förutsättningarna för kommunen att använda sig av undantaget i 4 kap. 5 § första stycket tredje punkten LOU inte uppfyllda enligt Konkurrensverkets bedömning.

Den andra frågan

43. Frågan är då om det är möjligt att trots att en upphandling inte har offentliggjorts enligt det upphandlingsrättsliga regelverket, samma upphandling kan vara förenlig med regelverket i övrigt. Konkurrensverket får i denna del påpeka att även om så är fallet är det fråga om en otillåten direktupphandling och det är därmed irrelevant om upphandlingsreglerna följts i övrigt. Det är således inte möjligt att läka en sådan brist.
44. Hur ett förhandlat förfarande ska gå till eller mer specificerat vad som får förhandlas om finns inte angivet i LOU eller i direktiven. Av definitionen i 2 kap. 9 § LOU framgår endast att det är kontraktsvillkoren det ska förhandlas om. Vid förhandling måste emellertid de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU följas. I tidigare förarbeten angavs att även vid upphandling då synnerlig brådska föreligger bör en upphandlande myndighet vara skyldig att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet och att avsluta upphandlingen med ett upphandlingskontrakt.¹³
45. En upphandlande myndighet bör enligt Konkurrensverkets mening alltid ta till vara den konkurrens som finns på marknaden och därför bör en upphandlande myndighet alltid förhandla med fler än en leverantör. Endast vid synnerlig brådska som utesluter sådana kontakter kan det godtas att någon konkurrensutsättning inte sker. Någon slags förenklad marknadsundersökning vari jämförelse av pris ingår kan vara ett lämpligt tillvägagångssätt för att ta till vara konkurrensen även i en situation där brådska råder. I förevarande fall hade kommunen några veckor att tillgå och borde enligt

¹³ Prop. 2001/02:142 s. 83.

Konkurrensverkets mening därför ha tillfrågat någon mer. Kommunen hade fått in anbud i den ursprungliga upphandlingen och visste i vart fall vilka leverantörer som var intresserade av att utföra tjänsten åt kommunen.

46. EU-domstolen har klargjort att undantaget (om synnerlig brådska) inte får användas för att säkerställa framtida behov utan endast när en brist verkligen uppstår.¹⁴ När ett kontrakt om en övergångslösning träffas bör således proportionalitetsprincipen beaktas. En rekommendation är därför att kontrakt om en övergångslösning träffas för en begränsad period eventuellt förenat med en option om möjlighet till förlängning för det fall att upphandlingen drar ut på tiden. Ett kontrakt som avser en övergångslösning bör vara förenat med möjligheter till uppsägning av kontrakt så snart som en ny upphandling är klar och det nya kontraktet kan träda i kraft.
47. Kommunen anger att det tar sex månader att upphandla skolskjuts. Kommunen har trots detta valt att ha en tillfällig lösning under ett år av handlingarna i målet att döma. Den möjlighet till uppsägning av kontraktet tillkom genom en avtalsändring först under september 2009. Varför det varit nödvändigt att teckna kontrakt under en period om ett helt läsår har inte kommunen lämnat någon rimlig förklaring till. Inte heller har kommunen lämnat någon godtagbar förklaring till varför de inte vidtagit tillräckliga åtgärder för att ta sig ur den situation som de försatt sig i. Upphandlingen avseende kommunens skolskjuts annonserades först i februari 2010.
48. Enligt Konkurrensverkets bedömning har kommunen mot bakgrund av ovanstående inte genomfört det förhandlande förfarandet med beaktande av LOU i övrigt.

Den tredje frågan

49. Kammarrätten vill också att Konkurrensverket ska uttala sig om den konflikt som kan uppkomma mellan att följa upphandlingslagstiftningen och att fullgöra andra lagstadgade skyldigheter.
50. LOU är som ovan nämnts en procedurlagstiftning som anger hur en upphandlande myndighet ska gå tillväga för att ta till vara konkurrensen när varor, tjänster eller byggtreprenader anskaffas. LOU eller upphandlingsdirektiven har inte något att göra med en upphandlande myndighets behov av en tjänst, skyldigheter att tillhandahålla en tjänst eller hur en upphandlad tjänst utförs. Här tar andra regelverk vid.
51. Upphandlingsreglerna har således helt andra syften än exempelvis kommunallagen, skollagen och socialtjänstlagen vari exempel på en kommuns skyldigheter finns. En kommun är inte skyldig att konkurrensutsätta

¹⁴ C-328/92 *Kommissionen mot Spanien*, punkt 18.

något enligt LOU utan kan välja att driva verksamheter i egen regi. Någon konflikt mellan de olika regelverken ska således i normalfallet inte uppstå.

52. I egenskap av att kommunen är ett offentligt rättssubjekt är kommunen bunden av EU-rätten och har en därmed förknippad skyldighet att självant beakta att kommunens verksamheter utövas i enlighet med EU-rätten, häri ingår hur kommunens behov tillgodoses.
53. EU-domstolen har bl.a. i ovan refererade mål påpekat att det i direktivet (här tjänstedirektivet 92/50/EG, som överensstämmer med direktiv 2004/18/EG beträffande aktuell fråga) inte görs någon skillnad mellan kontrakt som en upphandlande myndighet ingår för att fullgöra sin uppgift att tillgodose allmänna intressen och kontrakt som inte har något samband med denna uppgift.¹⁵
54. Vid sidan av den ställda frågan om konflikt mellan att följa upphandlingslagstiftningen eller att fullgöra andra lagstadgade skyldigheter bör noteras att det inom EU-rätten, genom EUF-fördraget och domstolens praxis, har utvecklats vissa gemenskapsrättsliga grundprinciper som ger medlemsstaterna möjlighet att i undantagsfall ha nationella regler eller vidta åtgärder trots att de står i strid med principerna om fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital och förverkligandet av den inre marknaden. Sådana normer finns t.ex. i artikel 36 EUF-fördraget och genom doktrinen om tvingande hänsyn till allmänintresset. Vid bedömning av om undantagen är rättfärdigade är proportionalitetsprincipen central.¹⁶
55. Skyddsvärda intressen enligt artikel 36 EUF-fördraget, som således om de är proportionella kan rättfärdiga en diskriminering som inverkar på fri rörlighet, är hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset av att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell eller kommersiell äganderätt. Åtgärder som vidtas med stöd av nämnda artikel får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.
56. Genom EU-domstolens praxis har även andra rättfärdigandegrunder accepterats än dem som är uppräknade i artikel 36, vid åtgärder som utgör hinder för den fria handeln trots att de är diskriminerande. De brukar benämnas doktrinen om tvingande hänsyn och utöver hänsyn till en effektiv skattekontroll,

¹⁵ C-126/03 *Kommissionen mot Tyskland*, punkten 18 samt C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.* punkt 32.

¹⁶ Se exempelvis EU-domstolens mål C-55/94 *Reinhard Gebhard m.fl.* som exempel på en sådan bedömning gällande tjänsteområdet.

skydd för folkhälsan, god handelssed och konsumentskydd¹⁷ har domstolen angivit andra skyddsvärda intressen som värnande om pressens mångfald och skydd för mänskliga rättigheter m.fl.¹⁸ Begreppet tvingande hänsyn förekommer numera även t.ex. i tjänstedirektivet.¹⁹ Där definieras i artikel 4.8 tvingande hänsyn till allmänintresset som hänsyn som domstolen i sin rättspraxis bedömt som tvingande på grund av allmänintresset och därefter följer en exemplifierande lista vari utöver vad som nämnts ovan även t.ex. skydd av såväl tjänstemottagare som arbetstagare, rättvisa handelstransaktioner, kamp mot bedrägerier och immateriella rättigheter räknas upp

57. I beaktandesats 6 till direktiv 2004/18/EG anges det att ingenting i direktivet *bör* hindra vidtagande eller genomförande av sådana åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, att skydda människors och djurs hälsa och liv eller att bevara växter, i synnerhet med sikte på en hållbar utveckling, under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med fördraget. Det finns således en hänvisning till artikel 36 i EUF-fördraget men uppräkningsen är dock något snävare än i fördraget.
58. Doktrinen om tvingande hänsyn till allmänintresset har genom ändringsdirektivet²⁰ införts i upphandlingsregelverket. Nya sanktioner har tillkommit och rättsföljden kan till skillnad mot tidigare bli att avtal ogiltigförklaras. För att denna nya bestämmelse inte ska leda till oproportionerliga följder kan rätten förordna att ett avtal får bestå, trots att det ingåtts i strid med regelverket, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.²¹ Som alternativ sanktion ska istället en upphandlingsskadeavgift påföras den upphandlande myndigheten. Ändringsdirektivet har genomförts i svensk rätt och de nya reglerna trädde i kraft den 15 juli 2010. Dessa nya regler kan inte tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.²²
59. Målet C-6/05 Medipac refererat ovan, rörde upphandling av varor under specifika omständigheter. Det fanns direktiv som rörde märkning av medicintekniska produkter och vilka eventuella skyddsåtgärder som kunde vidtas som sjukhuset hade att följa. Under den tid som dessa åtgärder vidtogs kunde sjukhuset emellertid i brådskande fall vidta proportionella åtgärder för att säkerställa driften av sjukhuset. Domstolen påpekade att bevisbördan för att

¹⁷ EU-domstolens dom i mål 120/78 *Cassis de Dijon*, punkt 8.

¹⁸ EU-domstolens domar i målen C-368/95 *Vereinigte Familiapress m.fl.* punkt 6 och C-112/00 *Eugen Schmidberger mot Österrike* punkt 79.

¹⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden, enligt artikel 44 skulle direktivet införlivas i medlemsstaterna senast den 28 december 2009, se vidare Näringsutskottets betänkande 2009/10:NU6.

²⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

²¹ Prop. 2009/10:180 s. 137f.

²² Anförd prop. s. 310.

brådska förelåg samt för åtgärderna var proportionerliga ålåg sjukhuset. Det är enligt Konkurrensverkets bedömning svårt att dra några generella slutsatser av detta mål eftersom sakförhållandena var så speciella.

60. Det är inte möjligt att med beaktande av unionsrätten utvidga eller ha ett extensivt synsätt gällande undantag från unionsrättsliga bestämmelser. EU-domstolen påminner regelmässigt om att undantag från bestämmelserna i upphandlingsdirektiven ska tolkas restriktivt med hänvisning till syftena med bestämmelserna. Direktiven skulle enligt EU-domstolen berövas sin ändamålsenliga verkan om medlemsstaterna ges möjlighet att tolka undantag extensivt.²³
61. Vid överprövning av en upphandling kan rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, 16 kap. 2 § LOU. En dom i ett överprövningsmål där rätten beslutat att upphandlingen ska göras om innebär således inte att elever kommer att stå utan skolskjuts. Vad den upphandlande myndigheten ska göra för att följa ett sådant domslut är att starta en ny upphandling omedelbart.²⁴ Vad gäller en eventuell övergångslösning får en sådan lösas i enlighet med vad som anförts ovan under punkterna 43 till 46.
62. Sammanfattningsvis gäller således att undantag från bestämmelserna i upphandlingsdirektiven likväl som åtgärder som vidtas med stöd av tvingande hänsyn till allmänintresset, ska tillämpas restriktivt. Det är den som avser att åberopa ett undantag som har bevisbördan. Ett eventuellt ingripande mot en upphandlande myndighet för överträdelse av en lag får ske i föreskriven ordning i aktuell lag. Någon konflikt mellan upphandlingsregelverket och andra regler som en upphandlande myndighet har att följa föreligger inte eftersom LOU är en procedurlagstiftning som endast rör hur en vara, tjänst eller byggentreprenad ska anskaffas.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit Helena Henriksson.

Dan Sjöblom

Helena Henriksson

²³ Se t.ex. EU-domstolens domar i mål C-84/03 *Kommissionen mot Spanien*, punkt 48, och C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 44f med hänvisningar.

²⁴ Se t.ex. RÅ 2005 ref. 17.