



KLAGANDE

Infospread Euro AB, 556686-9011

Ombud: Advokat [REDACTED]
Advokat Eric Ericsson AB

MOTPART

Region Kalmar län, 232100-0073

Ombud: Advokaterna [REDACTED], [REDACTED] och [REDACTED]
Advokatfirman Lindahl KB

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 28 mars 2022 i mål nr 710-22,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att
upphandlingen ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Infospread Euro AB (Infospread) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, förordnar att upphandlingen ska göras om.

Region Kalmar län (Regionen) motsätter sig bifall till överklagandet.

VAD PARTERNA I HUVUDSAK ANFÖR

Infospread

Det upphandlingskontrakt som regionen avser att ingå omfattas av lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Det aktuella avtalet avser köp av en tjänst. Regionen har inte förmått förklara vari samarbetskonceptet skulle bestå eller vilka åtaganden som regionen gör, utöver att bidra till vissa kostnader. Det som regionen åtar sig skiljer sig inte från vad en kund normalt åtar sig i ett avtal av detta slag.

Det brister även i rekvisitet offentlig tjänst. En indikation på att något inte är en offentlig tjänst kan vara att avtalet i betydande mån gäller tjänster som typiskt sett tillhandahålls av andra aktörer än myndigheter. Så är fallet här. Infospread är en sådan leverantör av stödtjänster till kollektivtrafik.

Regionen

Samarbetsavtalet, som avser en offentlig tjänst, utgör en upphandling mellan upphandlande myndigheter enligt 3 kap. 17 § LUF och LUF ska därmed inte tillämpas. Regionen har alltså inte brutit mot några bestämmelser i LUF. Det rör sig inte om köp av en tjänst. Regionen erlägger inte någon betalning för rätten att nyttja resultatet och förväntas bidra genom in-kindbidrag. Regionen ansvarar också för fel i resultatet samt har ansvar för att tillse att resultatet bl.a. uppfyller gällande reglering och krav.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att regionen genom regionfullmäktiges beslut har inlett ett upphandlingsförfarande. Utgångspunkten för kammarrättens prövning är därmed att LUF är tillämplig.

Frågan i målet är därmed om den tänkta samverkan med övriga regionala kollektivtrafikmyndigheter avseende resesystem faller under det s.k. samarbetsundantaget i 3 kap. 17 § LUF.

I 3 kap. 17 § LUF stadgas att lagen inte gäller för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,
2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och
3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

Förvaltningsrätten har avslagit Infospreads ansökan med hänvisning till att bolaget inte hade gjort sannolikt att förutsättningarna för undantaget enligt 3 kap. 17 § LUF inte var uppfyllda. Det är dock regionen som har bevisbördan för att förutsättningar för undantag från upphandlingsreglerna föreligger. Undantagsbestämmelserna ska vidare tillämpas med restriktivitet (se bl.a. prop. 2015/16:195 s. 396 och EU-domstolens mål C-26/03 p. 46 samt C-15/13 p. 23). En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LUF).

Parternas argumentation i målet avser i huvudsak 3 kap. 17 § 1 LUF. För att undantaget i bestämmelsen ska vara tillämpligt krävs dock att samtliga kriterier, dvs. även p. 2 och 3, är uppfyllda. Som Infospread oemotsagt har anfört, tycks regionen inte ha genomfört en fullständig upphandlingsrättslig analys av den tilltänkta samverkan inför beslutet. Regionen har inte tydligt argumenterat för, eller fört fram utredning för att visa, att kriterierna i 3 kap. 17 § 2 och 3 LUF är uppfyllda. Det kan inte heller i sig anses uppenbart att dessa kriterier är uppfyllda. Redan i och med detta kan kammarrätten konstatera att regionen inte har visat att förutsättningarna för att undanta upphandlingen från LUF:s tillämpningsområde är uppfyllda. Detta gäller oavsett vilken bedömning som görs avseende uppfyllelsen av kriteriet i bestämmelsens första punkt.

Sammanfattningsvis har regionen brutit mot LUF genom att inleda ett upphandlingsförfarande som syftar till direkttilldelning av ett kontrakt utan stöd i lagen. Infospread, som marknadsför tjänster som hade kunnat nyttjas för samma syften som resesystemet, får därmed anses ha lidit skada. Felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet. Det finns därmed skäl att besluta att upphandlingen ska göras om. Överklagandet ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Roger Gavelin
tf. kammarrättslagman
ordförande

Hans-Olof Hallbäck
kammarrättsråd

Hanna Hansson
tf. kammarrättsassessor
referent

Mikaela Andersson
föredragande jurist



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. 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 (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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.

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter:

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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.