



KLAGANDE

Infospread Euro AB, 556686-9011

Ombud: Advokat [REDACTED]
Advokat Eric Ericsson AB

MOTPART

Region Kalmar län, 232100-0073

Ombud: Advokat [REDACTED] och biträdande jurist [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 ”Samarbetsavtal avseende biljettsystem för kollektiv-
trafik” ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Infospread Euro AB (Infospread) yrkar att kammarrätten ska förordna att upphandlingen ”Samarbetsavtal avseende biljettsystem för kollektivtrafik” (upphandlingen) ska göras om.

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

VAD PARTERNA I HUVUDSAK ANFÖR

Infospread

Regionen har genom beslut av regionfullmäktige den 29 september 2021 inlett en upphandling. Det upphandlingskontrakt som regionen avser att ingå omfattas av lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Kontraktet avser köp av en redan utvecklad och driftsatt tjänst av Skånetrafiken som även äger all immaterialrätt m.m. Regionen har inte förklarat vari samarbetskonceptet skulle bestå eller vilka åtaganden som regionen gör, utöver att bidra till vissa kostnader.

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 nu fallet och Infospread är leverantör av stödtjänster till kollektivtrafik.

Enligt avtalsutkastet kommer Regionen att ersätta en del av Skånetrafikens kostnader. Det är ofrånkomligt att Regionen därmed kommer att lämna ersättning för kostnader hänförliga till externa leverantörer, såsom nuvarande leverantör av resesystemets molntjänst. Dessa externa leverantörer kommer därmed att gynnas av ersättningen som indirekt kommer från Regionen, utan att tjänsterna har upphandlats i konkurrens. Även om

Skånetrafiken tidigare har upphandlat tjänsterna så omfattade inte dessa upphandlingar Regionens behov.

Av avtalsutkastet framgår att drygt 31 procent av kostnaderna för rese-systemet bekostas av andra än Skånetrafiken. Det betyder att Skånetrafiken till mer än 20 procent genererar sina intäkter för resesystemet på den öppna marknaden.

Sammanfattningsvis har Regionen brutit mot LUF eftersom det brister avseende samtliga rekvisit för tillämpning av undantaget i 3 kap. 17 § LUF. Infospread har därigenom i egenskap av potentiell leverantör och anbudsgivare lidit skada.

Regionen

Det är ostridigt att en upphandling har inletts. Det rör sig dock om ett samarbete mellan upphandlande myndigheter och en offentlig tjänst. Inom ramen för samarbetet finns åtagande om att bidra till fullgörandet av tjänsten och samarbetet är ömsesidigt förpliktande. Regionen erlägger inte någon betalning, utan det är endast fråga om kostnadstäckning. Regionen förväntas vidare bidra genom in-kindbidrag samt ansvarar för fel i resultatet och att resultatet uppfyller gällande regler och krav.

Biljettsystemet är en nödvändig och integrerad del av kollektivtrafiken samt en förutsättning för att medborgare ska kunna nyttja trafiken. Det är en tjänst som kan härledas till Regionens offentligrättsliga åtagande och inte en kommersiell verksamhet.

Samarbetet omfattar inte några privata aktörer och ingen av samarbetsparterna gör någon vinst genom samarbetet. Att Regionens kostnadstäckning delvis går till Skånetrafikens leverantörer – som har upphandlats i konkurrens – innebär inte att en privat leverantör gynnas. Skånetrafiken

har inom ramen för befintliga avtal volymmässigt möjlighet att göra avrop även efter Regionens anslutning. Det är dessutom oklart om upphandlade avtal kommer att vara aktuella när samarbetet väl påbörjas. Regionen och samarbetsparterna utför varken kollektivtrafikverksamhet eller resesystemverksamhet på en öppen marknad. Samtliga rekvisit i 3 kap. 17 § LUF är uppfyllda och undantaget är tillämpligt. Regionen åberopar vittnesattest från enhetschef hos Skånetrafiken.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för prövningen

Inledningsvis konstaterar kammarrätten att en upphandling inleddes genom Regionfullmäktige i Region Kalmar läns beslut den 29 september 2021 om att ansluta sig till det resesystem som Skånetrafiken utvecklat i samverkan med andra aktörer. Det avtal som regionen avser att ingå utgör ett tjänste-kontrakt mellan uteslutande upphandlande myndigheter som omfattas av upphandlingsplikt genom ett annonserat konkurrensutsatt förfarande enligt LUF om inte skäl för undantag finns. Den undantagsbestämmelse som Regionen åberopar är samarbetsundantaget i 3 kap. 17 § LUF. Frågan i målet är därför om den aktuella upphandlingen omfattas av denna bestämmelse.

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.

Det krävs att samtliga punkter i 3 kap. 17 § LUF är uppfyllda för att en upphandling inte ska omfattas av LUF. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att så är fallet och undantaget ska tillämpas restriktivt (se bl.a. rättsfallen RÅ 2008 ref. 79 och HFD 2017 ref. 66 samt EU-domstolens domar i mål C-26/03 punkt 46 och mål C-15/13 punkt 23).

De omständigheter som Infospread har åberopat till stöd för sin ansökan om överprövning har tidigare under processen endast avsett punkten 1 i 3 kap. 17 § LUF. I kammarrättens dom den 14 november 2022 (mål nr 1361-22) har domstolen trots detta grundat sitt avgörande på punkterna 2 och 3 i bestämmelsen. Mot denna bakgrund har Högsta förvaltningsdomstolen genom dom den 9 oktober 2023 återförvisat målet till kammarrätten för ny prövning (mål nr 7104-22).

Under den förnyade handläggningen i kammarrätten har Infospread utvecklat sin talan till att avse samtliga punkter i 3 kap. 17 § LUF. Regionen har även bemött samtliga punkter. Under sådana förhållanden samt med hänsyn till att de så kallade preklusionsreglerna inte är tillämpliga i målet, anser kammarrätten att det inte finns något formellt hinder att pröva alla rekvisit för undantaget i 3 kap. 17 § LUF (jfr rättsfallet HFD 2013 ref. 5).

Omfattas upphandlingen av undantaget i 3 kap. 17 § LUF?

Skånetrafiken har samarbetat med Blekingetrafiken och Östgötatrafiken sedan 2016. Regionen vill ansluta sig till det redan existerande samarbetet. Detta utgör i sig inte något hinder för att tillämpa undantagsbestämmelsen i 3 kap. 17 § LUF (se prop. 2015/16:195 s. 966). Det förhållandet att den tjänst som omfattas av upphandlingen ska vara en underordnad del vid

utförandet av Regionens kollektivtrafik kan, med hänsyn till betydelsen av ett funktionellt biljettsystem, inte heller medföra att nämnt undantag inte är tillämpligt (se EU-domstolens dom i mål C-796/18 punkt 62).

Begreppet *samarbete* är centralt i undantagsbestämmelsen och EU-domstolen har konstaterat att det ska röra sig om ett faktiskt samarbete som bygger på ett samarbetskoncept. Det är nödvändigt att samtliga parter deltar gemensamt, vilket inte kan anses vara uppfyllt när vissa parter enda bidrag är att ersätta kostnader. Samarbetsavtalet ska vidare vara ömsesidigt förpliktande och utgöra det avslutande ledet i samarbetet (se bl.a. EU-domstolens domar i mål C-796/18 punkt 50, mål C-429/19 punkterna 26–39 och de förenade målen C-383/21 och C-384/21 punkterna 81 och 82).

Bedömningen av om det är fråga om ett *samarbete* i nu aktuellt mål får göras med utgångspunkt i det utkast till samarbetsavtal som finns i målet. Av avtalsutkastet framgår bl.a. att immateriella rättigheter ägs av Skånetrafiken samt att utveckling, förvaltning och incidenthantering bedrivs inom Skånetrafikens verksamhet. Regionen är förpliktad att bidra ekonomiskt för kostnader som uppstår, så som kostnader för utveckling, underhåll och förvaltning. Regionen förväntas även bidra med in-kindbidrag, men först efter att beslut om detta fattas.

Mot bakgrund av vad som framgår av avtalsutkastet och i övrigt i målet anser kammarrätten att Regionen inte har visat att det är fråga om ett sådant verkligt samarbete som krävs för att kunna tillämpa undantagsbestämmelsen i 3 kap. 17 § LUF. Vid denna bedömning har främst vägts in att Regionen i målet inte visat vilka konkreta förpliktande åtaganden som Regionen har i förhållande till övriga parter i samarbetsavtalet, utöver att ersätta kostnader.

Överträdelse, skada och påföljd

Regionen har brutit mot LUF genom att inleda ett upphandlingsförfarande som syftar till direkttilldelning av ett kontrakt trots att det undantag som Regionen åberopat till stöd för detta inte är tillämpligt. Infospread, som erbjuder tjänster på berörd marknad, får till följd av detta anses lida skada. Felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet. Det finns därmed skäl att besluta att upphandlingen ska göras om. Överklagandet ska därför bifallas.

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

Tomas Kjellgren
kammarrättsråd
ordförande

Linda Svärd
kammarrättsråd
referent

Johan Molde
tf. kammarrättsassessor



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.