



KLAGANDE

Stockholms Sjötrafik AB, 556426-8760

Ombud: Advokat Anna Frölander Öberg och jur.kand. Olof Boström

MOTPART

Stockholms läns landsting

Ombud: Advokaterna Erik Gadman och Joakim Lavér

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 10 april 2018 i
mål nr 19657-17, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Stockholms Sjötrafik AB

Bolaget fullföljer sin talan och tillägger följande. Artikel 5.5 förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70, kollektivtrafikförordningen, strider mot idén i förordning (EEG) nr 3577/92 av den 7 december 1992 om tillämpning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet inom medlemsstaterna (cabotage), cabotageförordningen, genom att den sätter konkurrensen ur spel med diskriminerande åtgärder. På samma sätt som artikel 5.4 strider mot principen om icke-diskriminering gör även artikel 5.5 i kollektivtrafikförordningen det. Den måste således anses stå i strid med artikel 4.1 och 4.2 i cabotageförordningen och kan därför inte åberopas för en direkttilldelning av avtal om allmän trafik på vatten.

Bolaget uppger vidare att förvaltningsrättens bedömning av när nödatgärder får vidtas innebär att en myndighet under lång tid kan känna till att trafikstörningar kommer att uppstå utan att behöva vidta åtgärder. Myndigheterna skulle kunna planera för detta och förbereda en direkttilldelning till det bolag som man tycker är bekvämast att ha att göra med. Myndigheterna skulle även kunna orsaka trafikstörningar i syfte att favorisera ett visst bolag. På det sättet kan kollektivtrafikförordningens undantagsmöjligheter givetvis inte tolkas. Brevet som Stockholms läns landsting (SLL) fick angående Skärgårdsbolaget 1 AB:s (Skärgårdsbolaget) likvidation kom varken från det bolaget eller någon som var behörig att företräda det. Enbart brevet kan inte anses ha innebörden att en överhängande risk för trafikstörningar förelåg. Förvaltningsrätten har inte beaktat denna grundläggande aktiebolags-

rättsliga fråga. SLL borde åtminstone ha kontrollerat uppgifterna från Gotlandsbolaget.

Bolaget anser att nödåtgärder inte får vidtas om alternativ finns. SLL kunde ha aktiverat bankgarantin och själv betalat de besättningslöner, drivmedel, kostnader för det löpande underhållet och annat som var nödvändigt för driften och ersatt sig för detta ur bankgarantin, därmed hade någon trafikstörning inte skett.

Stockholms läns landsting

SLL anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Artikel 4.2 i cabotageförordningen är enbart tillämplig på ersättning för förpliktelser vid allmän trafik och inte på ersättning som betalas enligt ett avtal om allmän trafik, vilket är naturligt eftersom ersättning för ett avtal inte gärna kan ”vara tillgängligt för alla rederier inom gemenskapen”. I artikel 4.1 finns det inte något krav på att avtal ska konkurrensutsättas. En viktig utgångspunkt för prövningen i detta mål är att en myndighet har rätt att vidta nödåtgärder enligt kollektivtrafikförordningen även om de omständigheter som föranleder åtgärden hade kunnat förutses av myndigheten eller är hänförliga till denna. Det enda som krävs för att få vidta nödåtgärder enligt artikel 5.5 i kollektivtrafikförordningen är att det varit trafikstörningar eller överhängande risk för sådana.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

De huvudsakliga frågorna i målet är om kollektivtrafikförordningens bestämmelser om nödåtgärder står i strid med cabotageförordningen och om det vid direkttilldelningen fanns en överhängande risk för trafikstörningar.

I cabotageförordningen finns ingen reglering av frågan om nödåtgärder för att undvika trafikstörningar. Kammarrätten anser att kollektivtrafikförordningens bestämmelser om sådana nödåtgärder inte kan anses strida mot artikel 4.1 i cabotageförordningen. Vad gäller förenligheten i övrigt mellan förordningarna instämmer kammarrätten i förvaltningsrättens bedömning.

Kammarrätten finner, i likhet med förvaltningsrätten, att SLL har visat att risken var överhängande att Skärgårdsbolaget inte skulle ha kunnat fortsätta trafiken. Enligt kammarrätten innebär det faktum att SLL hade rätt att driva verksamheten i egen regi inte att risken för trafikstörningar var undanröjd, om myndigheten inte ville göra detta. Vidare anser kammarrätten att det saknar betydelse i målet att löner m.m. hade kunnat finansieras genom en bankgaranti. Kammarrätten anser sammantaget att det fanns en överhängande risk för trafikstörningar vid tidpunkten för direkttilldelningen.

Vad gäller avtalets löptid gör kammarrätten inte någon annan bedömning än förvaltningsrätten. Det saknas därmed skäl att ogiltigförklara avtalet.

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

Peder Liljeqvist
lagman
ordförande

Eva Gullfeldt
kammarrättsråd

Johannes Gäverth
tf. assessor
referent

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2018-04-10

Meddelad i Stockholm

Mål nr

19657-17

SÖKANDE

Stockholms Sjötrafik AB, 556426-8760

Sibyllegatan 81

114 43 Stockholm

Ombud: Advokat Anna Frölander Öberg och biträdande jurist Liselotte Rios

Advokatfirman Oebergs AB

Sveavägen 17, XVIII

111 57 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016

105 73 Stockholm

Ombud: Advokaterna Erik Gadman, Joakim Lavér och Anton Johansson

Hannes Snellman Advokatbyrå AB

Box 7801

103 96 Stockholm

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av avtals giltighet.

Dok.Id 951187

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		08:00–16:30
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) har den 18 april 2017 genom direkttilldelning utan föregående annonsering med stöd av artikel 5.5 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70, EU:s kollektivtrafikförordning, ingått ett interimsavtal om allmän trafik avseende kollektiv sjötrafik i Stockholms skärgård för område B och D med Rederi Faludden AB.

Stockholms Sjötrafik AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att avtalet är ogiltigt. Som grund för ansökan anför bolaget bl.a. följande. Den undantagsbestämmelse i artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning som SLL angivit till stöd för en direkttilldelning utan föregående annonsering inte är tillämplig. SLL borde ha tillämpat huvudregeln i artikel 5.3 i samma förordning varigenom tilldelning skulle ha skett genom ett konkurrensutsatt anbudsförfarande som var öppet för alla företag, rättvist och att SLL då borde ha följt principerna om öppenhet och icke-diskriminering. Även om artikel 5.5 EU:s kollektivtrafikförordning skulle ha varit tillämplig, vilket den inte är, kan den ändå inte åberopas av SLL eftersom de åtgärder som vidtas strider mot rådets förordning (EEG) nr 3577/92 av den 7 december 1992 om tillämpning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet inom medlemsstaterna (cabotage), cabotageförordningen. Det förelåg ingen överhängande risk för trafikstörningar. Bolaget har lidit skada genom att SLL tidigare, och i strid med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, direkttilldelat ett avtal om allmän trafik under 2016. Bolaget lider fortsatt skada för det fall det nu direkttilldelade avtalet av den 18 april 2017 får bestå eller om SLL väljer att i framtiden med åberopande av nödsituation direkttilldela avtal om

allmän trafik på vatten utan konkurrens, vilket är vad som har skett genom att avtalet nyligen förlängdes från den 16 augusti till den 31 december 2017.

SLL bestrider bifall till ansökan. För det fall förvaltningsrätten finner att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda yrkar SLL att rätten enligt 16 kap. 14 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK, beslutar att avtalet får bestå, då det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Som grund anför SLL bl.a. följande. SLL har inte slutit avtalet i strid med artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning eller cabotageförordningen. Vid ingåendet av avtalet fanns en överhängande risk för trafikstörningar. Det föreligger sådana tvingande hänsyn till ett allmänintresse som innebär att förvaltningsrätten, om förvaltningsrätten finner att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda, ska besluta att avtalet får bestå.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövning

EU:s kollektivtrafikförordning

Av artikel 1.2 i EU:s kollektivtrafikförordning framgår att denna förordning är tillämplig på nationell och internationell kollektivtrafik på järnväg och andra spårburna transportsätt, och på väg, utom trafik som i första hand bedrivs på grund av sitt historiska intresse eller sitt turistvärde. Medlemsstaterna får tillämpa denna förordning på kollektivtrafik på inre vattenvägar och nationella marina vatten, utan att det påverkar tillämpningen av cabotageförordningen. Sverige har valt att utnyttja denna möjlighet och har genom 1 kap. 1 a § lagen (2010:1065) om kollektivtrafik, kollektivtrafiklagen, gjort EU:s kollektivtrafikförordning tillämplig på svensk kollektivtrafik på vatten.

I artikel 5.3 i EU:s kollektivtrafikförordning anges att när behöriga myndigheter anlitar en annan tredje part än ett internt företag, ska avtal om allmän trafik tilldelas på grundval av ett konkurrensutsatt anbudsförfarande, utom i de fall som anges i punkterna 4, 5 och 6. Det konkurrensutsatta anbudsförfrandet ska vara öppet för alla företag, det ska vara rättvist och följa principerna om insyn och icke-diskriminering. Efter anbuds-inlämningen och ett eventuellt förurval kan förhandlingar föras i enlighet med nämnda principer för att avgöra hur specifika eller komplicerade krav kan uppfyllas på bästa sätt.

I artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning anges att vid trafikstörningar eller överhängande risk för sådana störningar får den behöriga myndigheten vidta nödgärder. Nödgärden ska bestå i en direkttilldelning, en formell överenskommelse om utvidgning av ett avtal om allmän trafik eller ett åläggande att fullgöra viss allmän trafikplikt. Kollektivtrafikföretaget ska ha rätt att överklaga beslutet om åläggande att fullgöra viss allmän trafikplikt. En direkttilldelning, en utvidgning av ett avtal om allmän trafik eller ett åläggande om ett sådant avtal som nödgärd får inte överstiga två år.

Cabotageförordningen

I artikel 4.1 i cabotageförordningen framgår följande. En medlemsstat får ingå avtal om allmän trafik med rederier som utför regelbundna transporttjänster till, från och mellan öar, eller ange förpliktelser vid allmän trafik som villkor för rätten att tillhandahålla sådana cabotagetjänster. När en medlemsstat ingår avtal om allmän trafik eller ålägger ett rederi förpliktelser vid allmän trafik ska detta ske på icke-diskriminerande grund med hänsyn till alla rederier inom gemenskapen.

I artikel 4.2 i cabotageförordningen framgår följande. När de ålägger rederier förpliktelser vid allmän trafik ska medlemsstaterna begränsa sig till krav om vilka hamnar som ska anlöpas, regelbundenhet, kontinuitet, turtäthet, kapacitet att utföra tjänsten, fraktsatser och bemanning av fartyget. Om detta är tillämpligt måste en eventuell ersättning för förpliktelser vid allmän trafik vara tillgänglig för alla rederier inom gemenskapen.

Kollektivtrafiklagen och LUK

I kollektivtrafiklagen 4 a kap. 5 § första punkten framgår att bestämmelserna i 6–11 §§ tillämpas vid upphandling som avser tjänstekontrakt för kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten.

Enligt 4 a kap. 11 § kollektivtrafiklagen första stycket ska bestämmelserna om överprövning och skadestånd i 16 kap. 4–21 §§ LUK tillämpas vid nödgärder enligt artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning.

Av 4 a kap. 11 § tredje stycket andra punkten framgår att när LUK tillämpas ska det som sägs i 16 kap. 13 § om när rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt, i stället gälla om avtalet slutits i strid med artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning, i den ursprungliga lydelsen.

Enligt 16 kap. 14 § LUK ska rätten, om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen

SLL anser att förvaltningsrätten bör överväga att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende tolkningen av EU:s kollektivtrafikförordning samt förordningens förhållande till cabotageförordningen.

Förvaltningsrätten har inte funnit skäl att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Strider SLL:s direkttilldelning mot cabotageförordningen?

Förvaltningsrätten har i denna del att ta ställning till om artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning – och därmed SLL:s ingående av avtalet med stöd av denna bestämmelse – strider mot cabotageförordningen.

Det är ostridigt mellan parterna att i den händelse det föreligger en konflikt mellan de båda förordningarna ska cabotageförordningen äga företräde. Detta framgår också av artikel 1.2 i EU:s kollektivtrafikförordning där det bl.a. anges att medlemsstaterna får tillämpa denna förordning på kollektivtrafik på inre vattenvägar och nationella marina vatten, utan att det påverkar tillämpningen cabotageförordningen. Att detta är innebörden av artikel 1.2 i EU:s kollektivtrafikförordning framgår under punkt 8 i Kommissionens tolkningsmeddelande COM(2014) 232 final om tolkning av rådets förordning (EEG) nr 3577/92 om tillämning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet inom medlemsstaterna (cabotage). I tolkningsmeddelandet anges bl.a. att vid en konflikt mellan cabotageförordningen och EU:s kollektivtrafikförordning har cabotageförordningen företräde. Där anges även att EU:s kollektivtrafikförordning kan komplettera cabotageförordningen om det inte finns några motsättningar mellan dem.

Bolaget anför bl.a. följande. Avtal om allmän trafik utgör ett undantag från huvudprincipen i cabotageförordningen om frihet att tillhandahålla tjänster som genom förordningen ska tillämpas på sjötransporter inom medlemsstaterna. Alltså gäller som regel att avtal om allmän trafik inte ska tilldelas annat än undantagsvis och då genom ett förfarande som gör det möjligt för samtliga rederier inom den europeiska gemenskapen att delta. Avtal om allmän trafik utgör ett undantag från denna huvudprincip eftersom dessa avtal innebär en inskränkning av denna frihet.

Den ersättning som erlaggs för allmän trafik ska vara tillgänglig för alla rederier inom gemenskapen. Någon möjlighet att direkttilldela avtal om allmän trafik ges inte i cabotageförordningen. Däremot finns det, om det uppstår en allvarlig störning på den nationella transportmarknaden, vissa möjligheter att vidta skyddsåtgärder. Några andra nödåtgärder, som exempelvis direkttilldelning av avtal om allmän trafik, erkänns inte av cabotageförordningen. I avsaknad av andra undantag gäller cabotageförordningen fullt ut, d.v.s. andra inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom sjötransport ska inte förekomma.

Avtal om allmän trafik ska enligt artikel 5.3 i EU:s kollektivtrafikförordning tilldelas på grundval av ett konkurrensutsatt anbuds förfarande. Till denna huvudregel finns ett undantag i artikel 5.5 Undantaget ska tolkas restriktivt. I detta fall är undantaget inte tillämpligt.

I artikel 4.1 i cabotageförordningen framgår att direkttilldelning av allmän trafik inte får ske. Annorlunda uttryckt får tilldelning av allmän trafik på vatten ske, men då endast enligt artikel 5.3 i EU:s kollektivtrafikförordning, d.v.s. genom ett konkurrensutsatt anbuds förfarande. Tilldelning av avtal om allmän trafik ska enligt artikel 4.1 i cabotageförordningen ske på icke-diskriminerande grund med hänsyn till alla rederier inom gemenskapen.

Ersättning för förpliktelser vid allmän trafik ska enligt artikel 4.2 i cabotageförordningen vara tillgänglig för alla rederier inom gemenskapen. Det enda sättet att säkerställa att så sker är genom ett konkurrensutsatt förfarande. Eftersom artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning strider mot artiklarna 4.1 och 4.2 i cabotageförordningen kan artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning inte åberopas till stöd för en direkttilldelning av avtal om allmän trafik på vatten.

Artikel 5 i cabotageförordningen innefattar även möjlighet att vidta s.k. skyddsåtgärder. Enskilda fall av rederier som går i konkurs räcker enligt Kommissionens tolkningsmeddelande inte för att motivera tillämpningen av denna artikel. I dessa fall ska tilldelning av allmän trafik ske enligt ett öppet förfarande som är utsatt för konkurrens. Situationen är analog med den nuvarande där Skärgårdsbolagets ägare påstår insolvens. SLL har inte visat att något undantag enligt cabotageförordningen skulle vara tillämpligt. Av detta följer att avtalet som ingicks mellan SLL och Rederi Faludden AB ska ogiltigförklaras.

Att Kommissionen och/eller den svenska lagstiftaren inte har räknat upp alla konflikter som kan uppkomma ska inte tolkas som att de inte kan förekomma och att den ordning som gäller mellan EU:s kollektivtrafikförordning och cabotageförordningen plötsligt skulle sättas ur spel.

SLL anför bl.a. följande. Bestämmelserna i EU:s kollektivtrafikförordning kan, och ska, tillämpas parallellt med cabotageförordningen om det inte finns några motsättningar mellan de båda rättsakterna. Artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning står inte i konflikt med cabotageförordningen.

Bolaget gör gällande att ”Avtal om allmän trafik utgör ett undantag från huvudprincipen i cabotageförordningen om frihet att tillhandahålla tjänster som genom förordningen ska tillämpas på sjötransporter inom

medlemsstaterna”. Påståendet är felaktigt. Friheten att tillhandahålla en tjänst är inte detsamma som en frihet från konkurrens och det faktum att SLL (eller någon annan) ingår ett avtal om allmän trafik inskränker inte på något sätt bolagets frihet att tillhandahålla tjänster.

Bolaget gör även, med hänvisning till artikel 4.1 i cabotageförordningen, gällande att ”avtal om allmän trafik inte skall tilldelas annat än undantagsvis och då genom ett förfarande som gör det möjligt för samtliga rederier inom den europeiska gemenskapen att delta”. Detta påstående är direkt felaktigt. Som framgår av artikelns ordalydelse begränsar den inte ingåendet av avtal om allmän trafik till att vara tillåtet ”undantagsvis” utan anger tvärtom att medlemsstater ”får ingå avtal om allmän trafik”. Inte heller innebär artikeln ett krav på ett visst förfarande vid det alltså tillåtna ingåendet av avtal om allmän trafik.

Vidare hävdar bolaget, med hänvisning till artikel 4.2 i cabotageförordningen, att den ersättning som erläggs för allmän trafik ska vara tillgänglig för alla rederier inom gemenskapen. Artikel 4.2 i cabotageförordningen är dock enligt sin ordalydelse enbart tillämplig på en eventuell ersättning för förpliktelser vid allmän trafik och inte på eventuell ersättning som utges enligt ett avtal om allmän trafik. Detta är naturligt, eftersom ersättning som utges för fullgörandet av ett avtal inte gärna kan vara tillgänglig för alla rederier inom gemenskapen (om inte alla rederier inom gemenskapen är parter till avtalet). Av definitionerna av ”Avtal om allmän trafik” och ”Förpliktelser vid allmän trafik” i artikel 2.3 respektive artikel 2.4 i cabotageförordningen framgår tydligt att fråga är om skilda företeelser. Att olika situationer avses framgår även tydligt av artikel 4.1 i cabotageförordningen där både situationen där en medlemsstat ingår avtal om allmän trafik och situationen där en medlemsstat ålägger ett rederi förpliktelser vid allmän trafik regleras. Artikel 4.2 å andra sidan avser enbart

situationen där en medlemsstat ålägger ett rederi förpliktelser vid allmän trafik.

Bolaget anför att det framgår av artikel 4.1 i cabotageförordningen att direkttilldelning av allmän trafik inte får ske. Detta är, som framgår av ordalydelsen av artikel 4.1 i cabotageförordningen, felaktigt.

Kommissionens tolkningsmeddelande COM(2014) 232 final ger inte något stöd för att en tilldelning enligt artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning skulle kunna stå i konflikt med cabotageförordningens bestämmelser. I samband med 2017 års ändringar av kollektivtrafiklagen införde den svenska lagstiftaren dessutom bestämmelser i 4 a kap. kollektivtrafiklagen som uttryckligen medger behöriga myndigheter att tilldela avtal om allmän trafik på vatten enligt artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning. I de delar av förarbetena till ändringar i kollektivtrafiklagen som behandlar bestämmelsen om rätten att vidta nödåtgärder i artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning finns inte heller något stöd för att artikel 5.5 skulle kunna stå i konflikt med cabotageförordningen.

De skyddsåtgärder som får vidtas med stöd av artikel 5.1 i cabotageförordningen avser en helt annan situation än de nödåtgärder som är föremål för prövning i detta mål. Artikel 5.1 i cabotageförordningen ger Kommissionen och (i vissa fall) enskilda medlemsstater rätt att vidta skyddsåtgärder om det uppstår “en allvarlig störning på den nationella transportmarknaden” SLL bestrider dock att landstinget skulle ha en bevisbörda för “att något undantag enligt cabotageförordningen skulle vara tillämpligt” och bestrider även att det faktum att “SLL [inte har] visat att något undantag enligt cabotageförordningen skulle vara tillämpligt” av någon annan anledning skulle ha någon betydelse i detta mål.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Det är visserligen riktigt som bolaget anför att cabotageförordningen inte innefattar någon möjlighet att vidta nödgärder i form av direkttilldelning av avtal. Avsaknaden av en sådan möjlighet hindrar dock inte att artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning tillämpas så länge denna inte strider mot cabotageförordningen. Detta eftersom bestämmelserna i EU:s kollektivtrafikförordning kan komplettera cabotageförordningen om det inte finns några motsättningar mellan de båda rättsakterna.

Bolaget menar att artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning strider mot artikel 4.2 i cabotageförordningen. Bolaget anför bl.a. att ersättning ska vara tillgänglig för alla rederier inom gemenskapen. Förvaltningsrätten konstaterar att artikel 4.2 i cabotageförordningen tar sikte på förpliktelser vid allmän trafik och inte avtal om allmän trafik. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att artikel 4.2 i cabotageförordningen inte innebär något hinder mot direkttilldelning med stöd av artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning.

Vad bolaget anför om artikel 5 i cabotageförordningen och möjligheten att vidta skyddsåtgärder saknar enligt förvaltningsrätten betydelse för prövningen i målet då SLL inte har påstått att landstinget har haft rätt att vidta sådana skyddsåtgärder.

Vad gäller artikel 4.1 i cabotageförordningen innebär denna att när en medlemsstat ingår avtal om allmän trafik eller ålägger ett rederi förpliktelser vid allmän trafik ska detta ske på icke-diskriminerande grund med hänsyn till alla rederier inom gemenskapen. Av intresse i detta sammanhang är att Kommissionen i ett tolkningsmeddelande COM(2014) 232 final har ansett att möjligheten att direkttilldela avtal om allmän trafik enligt artikel 5.4 i EU:s kollektivtrafikförordning strider mot den princip om icke-diskriminering mellan rederier som framgår av artikel 4.1 i

cabotageförordningen. Artikel 5.4 i EU:s kollektivtrafikförordning avser direkttilldelning av kontrakt av lågt värde. Bolaget har anfört att samma principer gör sig gällande beträffande artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning, vilket SLL har bestritt.

I Kommissionens tolkningsmeddelande under punkt 8 anges bl.a. följande.

I förordning (EG) nr 1370/2007 föreskrivs att avtal om allmän trafik ska tilldelas på grundval av ett konkurrensutsatt anbudsförfarande som ska vara öppet för alla företag och följa principerna om öppenhet och icke-diskriminering. I förordning (EG) nr 1370/2007 anges emellertid några undantag från denna allmänna princip. I artikel 5.4 anges t.ex. att de behöriga myndigheterna får fatta beslut om direkttilldelning av avtal om allmän trafik, utan att använda ett konkurrensutsatt anbudsförfarande, när avtalets värde är litet eller avtalet avser ett litet eller medelstort företag. Kommissionen anser att en sådan direkttilldelning i princip strider mot den princip om icke-diskriminering mellan rederier som anges i artikel 4.1 andra meningen i förordning (EEG) nr 3577/92. Kommissionen anser därför att medlemsstaterna, när de tillämpar förordning (EG) nr 1370/2007, inte får direkttilldela avtal om allmän trafik som avser kollektivtrafik på nationella marina vatten, utan att följa ett förfarande som säkerställer att principerna om icke-diskriminering, öppenhet och opartiskhet iakttas (se avsnitten 5.4 och 5.7 för förenklade regler för ”mindre öar”).

Kommissionens tolkningsmeddelande har föranlett den svenska lagstiftaren att införa en bestämmelse i 4 a kap. 7 § andra stycket kollektivtrafiklagen om att direkttilldelning enligt artikel 5.4 i EU:s kollektivtrafikförordning är tillåten endast om det årliga genomsnittsvärdet av avtalet uppskattas till ett belopp motsvarande högst 500 000 euro och avser annat än kollektivtrafik på vatten. Bestämmelsen infördes den 1 januari 2017 i samband med att det nya kapitlet 4 a infördes i kollektivtrafiklagen.

I prop. 2016/17:28 s. 25 ”Upphandling av vissa kollektivtrafiktjänster” anges bl.a. följande.

I enlighet med artikel 1.2 i EU:s kollektivtrafikförordning har Sverige gjort förordningen tillämplig på kollektivtrafik på vatten. I fråga om inre vattenvägar

saknas annan särskild reglering på EU-nivå om hur avtal om allmän trafik inom detta område ska ingås. När det gäller den maritima sjöfarten anger artikel 1.2 i EU:s kollektivtrafikförordning emellertid uttryckligen att tillämpning av den förordningen inte får påverka tillämpningen av cabotageförordningen. Till följd av möjligheten för medlemsstaterna att tillämpa EU:s kollektivtrafikförordning på kollektivtrafik på nationella marina vatten innehåller det nya tolkningsmeddelandet avseende cabotageförordningen en vägledning om hur EU:s kollektivtrafikförordning i sådana fall ska appliceras på tjänster på sjötransportområdet. I punkt 8 i tolkningsmeddelandet anför kommissionen att uttalandet i artikel 1.2 i EU:s kollektivtrafikförordning att den förordningen får tillämpas "utan att det påverkar tillämpningen av rådets förordning (EEG) nr 3577/92" innebär att cabotageförordningen har företräde framför EU:s kollektivtrafikförordning, i den mån det finns oförenligheter mellan bestämmelserna i förordningarna. Med andra ord kan EU:s kollektivtrafikförordning komplettera cabotageförordningen i fråga om kollektivtrafik på nationella marina vatten, men om det finns motstridiga bestämmelser i de båda förordningarna gäller cabotageförordningen. Kommissionen anser i det avseendet bl.a. att möjligheten att direkttilldela avtal om allmän trafik enligt artikel 5.4 i EU:s kollektivtrafikförordning strider mot den princip om ickediskriminering mellan rederier som framgår av artikel 4.1 i cabotageförordningen.

På sidan 59 i samma proposition anges bl.a. följande.

Regeringen instämmer i kommissionens bedömning att cabotageförordningen inte ger utrymme för det slag av direkttilldelning som är möjlig enligt artikel 5.4 i EU:s kollektivtrafikförordning.

I 4 a kap. kollektivtrafiklagen regleras uttryckligen möjligheten att vidta nödåtgärder med stöd av artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det varken av Kommissionens tolkningsmeddelande, kollektivtrafiklagen eller prop. 2016/17:28 framgår att artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning skulle strida mot cabotageförordningen. Den svenska lagstiftaren har den 1 januari 2017 infört en bestämmelse med innebörden att direkttilldelning enligt artikel 5.4 i EU:s kollektivtrafikförordning inte får ske när det gäller kollektivtrafik på

vatten eftersom artikeln strider mot artikel 4.1 i cabotageförordningen. Någon motsvarande bestämmelse har inte införts beträffande artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning. Mot bakgrund av detta finner förvaltningsrätten att artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning inte kan anses strida mot cabotageförordningen. Detta innebär i sin tur att inte heller SLL:s direkttilldelning med stöd av artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning strider mot cabotageförordningen. Vad bolaget har anfört i övrigt föranleder ingen annan bedömning. Det saknas därmed skäl för ogiltigförklarande av avtalet mot bakgrund av vad bolaget har anfört i denna del.

Hade SLL rätt att vidta nödåtgärd i form av en direkttilldelning?

Förvaltningsrättens prövningsram

Rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt om det har slutits i strid med artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning. Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till om förutsättningarna för en direkttilldelning av avtal med stöd av artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning var uppfyllda när SLL ingick avtalet. Den centrala frågan i denna del är om det förelåg en överhängande risk för trafikstörningar när SLL vidtog nödåtgärden i form av en direkttilldelning.

Bolaget har gjort gällande att SLL har accepterat en omförhandling av villkoren för det direkttilldelade avtalet av innebörd att Rederi Faludden AB fick en kraftig ökning av den ersättning som utgick från SLL. Bolaget har vidare gjort gällande att SLL har överträtt bestämmelser i bilagan ”Regler för beviljande av ersättning för allmän trafik” till EU:s kollektivtrafikförordning. Bolaget har också gjort gällande att SLL har överträtt EU:s regler om statligt stöd. Vad bolaget har anfört om SLL:s överträdelser i dessa delar saknar betydelse för bedömningen om förutsättningarna för en

direkttildelning med stöd av artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning var uppfyllda när SLL ingick avtalet. Förvaltningsrätten tar därför inte ställning till om SLL har begått de påstådda överträdelsena.

Bolaget har vidare anfört att SLL felaktigt har direkttilldelat avtalet till Rederi Faludden AB som är ett bolag med svaga finanser. Bolaget har också anfört att SLL istället borde ha direkttilldelat avtalet till bolaget.

Förvaltningsrätten har inte ta ställning till lämpligheten av det bolag SLL har direkttilldelat avtalet till eller om SLL istället borde ha direkttilldelat avtalet till bolaget. Vad bolaget har anfört i dessa delar faller utanför vad förvaltningsrättens kan pröva i målet och föranleder därmed inget ställningstagande från förvaltningsrättens sida.

Bevisbördans placering

Bolaget anför att SLL har bevisbördan för att förhållandena var sådana att SLL hade rätt att frångå huvudregeln om att allmän trafik ska upphandlas i konkurrens genom ett öppet förfarande.

SLL bestridet detta och menar att bolaget har bevisbördan för att de förutsättningar som anges i artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning inte var uppfyllda när SLL ingick avtalet. SLL menar att bevisbördans placering vid en tillämpning av artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning och kollektivtrafiklagens bestämmelser i kapitel 4 a inte på något sätt är klarlagd. SLL hänvisar till ett uttalande i prop. 2016/17:28 s. 64-65 till stöd för detta. SLL menar att skrivningen ”om det vid en prövning visats att förutsättningarna i bestämmelsen inte varit uppfyllda” innebär att det är den som ansöker om överprövning som ska visa att förutsättningarna i bestämmelsen inte är uppfyllda.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. I prop. 2016/17:28 s. 64-65 anges bl.a. följande.

I avsnitt 9.5 nedan föreslås att koncessionslagens bestämmelser om dokumentation, överprövning, skadestånd och upphandlingsskadeavgift görs tillämpliga vid nödåtgärder enligt artikel 5.5. Regleringen innebär att ett avtal t.ex. kan ogiltigförklaras i den mån det har tilldelats med stöd av bestämmelsen om det vid en prövning visats att förutsättningarna i bestämmelsen inte varit uppfyllda.

Förvaltningsrätten anser att den skrivning i prop. 2016/17:28 s. 64-65 som SLL hänvisar till inte tycks innefatta något medvetet ställningstagande till vem av parterna som ska ha bevisbördan för att förutsättningarna i artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning har varit uppfyllda respektive inte uppfyllda. SLL har tillämpat ett undantag genom att tillämpa artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning eftersom huvudregeln enligt artikel 5.3 i samma förordning innebär att allmän trafik ska upphandlas genom ett konkurrensutsatt anbudsförfarande. Normalt sett i mål om överprövning enligt upphandlingsregelverket ankommer det på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger (se EU-domstolens dom i mål C-157/06, Kommissionen mot Italien p. 23 och där anmärkta rättsfall). Enligt förvaltningsrätten bör samma princip anses gälla för upphandlingar med stöd av EU:s kollektivtrafikförordning. SLL får därmed anses ha bevisbördan för att det förelåg en överhängande risk för trafikstörningar vid tidpunkten för direkttilldelningen.

Överhängande risk för trafikstörningar

Förvaltningsrätten går därmed vidare till frågan om SLL har visat att det förelåg en överhängande risk för trafikstörningar vid tidpunkten för direkttilldelningen.

Bolaget anför bl.a. följande. SLL har inte haft rätt att tilldela avtal om allmän trafik eftersom någon överhängande risk för trafikstörning inte förekom. Skälet till detta är i första hand att SLL haft god tid på sig att planera för den eventuella trafikstörning som hade kunnat uppstå för det fall att Skärgårdsbolaget inte skulle ha de ekonomiska förutsättningarna att fullgöra avtal om allmän trafik. SLL har känt till det förhållandet att Skärgårdsbolaget saknade varje form av ekonomiskt förutsättning att fullgöra avtalet redan i december 2015, då detta påtalades för SLL i ansökan om överprövning av tilldelningsbeslutet.

SLL valde, istället för att förkasta anbudsgivaren Skärgårdsbolaget, att genom en otillåten direktupphandling, tilldela ett avtal om allmän trafik till denna part som vid det tillfället saknade varje tillstånd att bedriva verksamheten. SLL ålade Skärgårdsbolaget att ställa en bankgaranti för fullgörande om 42 900 720 kr eftersom Skärgårdsbolaget saknade alla ekonomiska förutsättningar att bedriva trafiken. Bankgarantin kunde ställas först sedan Rederiaktiebolaget Gotland direkt eller indirekt blev majoritetsägare i Skärgårdsbolaget. Eftersom SLL gjorde bedömningen att någon ”överhängande risk för trafikstörningar” inte förelåg när man direktupphandlade avtal om allmän trafik till en part som saknade de ekonomiska förutsättningarna att bedriva trafiken 2016 och som därtill saknade varje tillstånd att bedriva trafiken vid samma tidpunkt kan det 2017 inte rimligen påstås att det råder överhängande risk för störningar i april 2017.

Fartygen ifråga ägs, direkt eller indirekt, av SLL och SLL har ekonomiska förutsättningar att säkerställa en störningsfri trafik.

Om SLL på allvar menade att risk för trafikstörningar förelåg hade SLL genom av Rederiaktiebolaget Gotland ställt bankgaranti, men även på annat sätt, en möjlighet att själv säkerställa att inga störningar skulle uppkomma under tiden som man upphandlade trafiken i konkurrens. Ett annat mera

närliggande alternativ hade givetvis varit att kräva att ägarna till Skärgårdsbolaget ställde nödvändiga resurser till Skärgårdsbolagets förfogande alternativt genomföra en upphandling av alternativ till Skärgårdsbolaget. SLL valde att inte utnyttja någon sådan möjlighet trots att diskussionerna mellan SLL å ena sidan och Skärgårdsbolaget/Rederiaktiebolaget Gotland å den andra pågick under en längre tid. SLL är nog med att i beslutsunderlaget inte klargöra vare sig när diskussionen påbörjades, hur länge de pågick och vilka andra alternativ som utreddes.

SLL har i sitt beslut att direktilldela avtal om allmän trafik inte redogjort för de faktiska omständigheter som enligt SLL innebär att överhängande risk för trafikstörning förelåg och varför detta uteslöt en upphandling i konkurrens. Vad SLL redogör för är vissa påståenden från majoritetsägaren Rederiaktiebolaget Gotland som SLL okritiskt accepterar som fakta. Bl.a. påstås att Rederiaktiebolaget Gotland ”under våren 2017” gjort gällande att dotterbolaget ”på grund av betydande underskott i verksamheten” och då ”minoritetsägarna tidigare begärt att bolaget ska träda i likvidation” kommer att upphöra med sin verksamhet. SLL synes ha glömt att beslut om likvidation kräver majoritetsbeslut av bolagsstämman liksom att majoritetsägaren Rederiaktiebolaget Gotland inte är avtalspart till SLL. Inget hade hindrat Rederiaktiebolaget Gotland att ”under våren 2017” och som majoritetsägare bortse ifrån den från minoritetsägarna framförda begäran om likvidation. Inget hade heller hindrat SLL från att bortse ifrån vad en part som inte har avtal med SLL anför beträffande avtalsparten Skärgårdsbolaget.

Vid en eventuell likvidation av bolaget hade Skärgårdsbolaget 42 900 720 kr i utställd bankgaranti, som hade tillhandahållits av Rederiaktiebolaget Gotland. Det fanns således betydande skäl för majoritetsägaren Rederiaktiebolaget Gotland att inte försätta Skärgårdsbolaget i likvidation. SLL nämner inget om detta. Inte heller anger man i beslutsunderlaget varför

man inte redan under hösten 2016 valde att påbörja en upphandling för att ersätta Skärgårdsbolaget. Detta hade inte bara varit fullt möjligt utan även synnerligen påkallat eftersom det då var känt att Skärgårdsbolaget saknade alla ekonomiska resurser för uppdraget. Skärgårdsbolagets saknade då den ledning som kan krävas för ett så betydelsefullt uppdrag. Samtliga personer i ledande befattning hade lämnat Skärgårdsbolaget. Beslutsunderlaget ger ingen förklaring till varför SLL inte krävde fullgörande av Skärgårdsbolaget varigenom Skärgårdsbolagets ägare hade blivit tvingade att tillskjuta ytterligare kapital.

Förhandlingarna mellan SLL och Rederiaktiebolaget Gotland har pågått under en längre tid innan underrättelsen om att Skärgårdsbolaget skulle försättas i likvidation, SLL:s synbart omedelbara reaktion på detta samt det direkttilldelade avtalet var på plats (ett händelseförlopp som skedde inom loppet av tre timmar den 18 april).

Innan SLL väljer att åberopa behovet av ”nödåtgärder” eller påstår att det ”föreligger överhängande risk för trafikstörningar” hade SLL självfallet bort välja något av de mindre långtgående alternativ som stod till buds. Det finns enligt bolaget åtminstone tre fullgoda alternativ som hade varit mindre långtgående än att direkttilldela ett avtal till Rederi Faludden AB, ett bolag som saknade både kapital, tillstånd, Documents of Compliance, ISM-certifikat och erfarenhet.

SLL anger att man ”gjorde bedömningen” att Skärgårdsbolaget” var på obestånd”. SLL ger dock ingen insyn i vad som legat till grund för denna ”bedömning”. För att motivera en så långtgående åtgärd som direkttilldelning av avtal om allmän trafik krävs det mer än ett i sak ogrundat påstående från den upphandlande myndigheten baserat på lika grundlösa påståenden från en majoritetsägare som inte ens är part i avtal med SLL. Framförallt krävs en redogörelse med styrkt protokoll från förhandlingar,

kassaflöderanalyser och uttalanden från revisorer, vad som utgör omständigheterna i sak och varför andra alternativ inte var möjliga. I avsaknad om bevisning av motsatsen ska förvaltningsrätten bortse ifrån ogrundade påståenden om att Skärgårdsbolaget ”var på obestånd” samt om dess ”förestående likvidation”. Skärgårdsbolaget hade som sagt samma ägare som Rederi Faludden AB varför dessa påståenden inte kan tas på allvar.

Av tillgänglig korrespondens mellan Rederiaktiebolaget Gotland och SLL:s tjänstemän framgår att parterna började diskutera hur de skulle överföra verksamheten från Skärgårdsbolaget till ett av Rederiaktiebolaget Gotland ägt bolag redan flera månader innan man meddelade SLL att Skärgårdsbolaget skulle komma att likvideras. Det första avtalsutkastet, vilket får antas ha föregåtts av viss tids diskussioner och förhandling, upprättades redan den 17 mars 2017. Av avtalsutkastet p 1.1.5 framgår att parterna redan då hade förutsett att det över en månad senare skulle uppkomma en risk för trafikstörning som skulle motivera en direkt-upphandling i enlighet med artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning.

Detta kulminerade den 18 april 2017 med att Rederiaktiebolaget Gotland, klockan 08.29, skriftligen informerade SLL:s biträdande förvaltningschef om att Skärgårdsbolagets likviditet var förbrukad. Redan klockan 09.53 besvarades detta brev med att SLL uppsade det temporära avtalet varefter ett interimistiskt uppdragsavtal upprättades och undertecknades inom 20 minuter.

SLL och Rederiaktiebolaget Gotland hade alltså planerat detta agerande under lång tid, varför det är svårt att förstå vad SLL skulle grunda sin argumentation om nödåtgärd på, i ett så noggrant planerat och genomfört övertagande, och varför SLL inte begärde att Skärgårdsbolaget fullgjorde uppdraget med stöd av den ställda bankgarantin.

Skärgårdsbolaget har därefter ansökt om frivillig likvidation. Beslutet om att ansöka om frivillig likvidation har endast biträts av Rederi Utholmen AB, dvs. Rederiaktiebolaget Gotland, den part som orkestrerat SLL:s uppsägning av avtalet med Skärgårdsbolaget och som härigenom kunde ingå avtal direkt med SLL, till en höjd ersättning och utan några minoritetsägare.

SLL anför bl.a. följande. Vid ingåendet av avtalet fanns en överhängande risk för trafikstörningar. SLL hade därför rätt att vidta nödgärd i form av en direkttilldelning. Majoritetsägarna i Skärgårdsbolaget underrättade SLL under våren 2017 om att Skärgårdsbolagets verksamhet genererade betydande underskott, att Skärgårdsbolaget inte kunde fortsätta bedriva verksamhet under de givna förutsättningarna och att Skärgårdsbolaget till följd av detta skulle träda i likvidation. SLL gjorde mot denna bakgrund bedömningen att Skärgårdsbolaget var på obestånd och att Skärgårdsbolaget inte skulle komma att uppfylla sina avtalade åtaganden gentemot SLL (med avseende på de avtal mellan SLL och Skärgårdsbolaget som trafiken då drevs på basis av i aktuella områden i skärgården). Skärgårdsbolagets förestående likvidation samt det förhållandet att Skärgårdsbolaget var på obestånd och därmed inte skulle kunna fullfölja sina åtaganden att utföra trafik innebar enligt SLL:s bedömning att det förelåg en överhängande risk för trafikstörningar. De befarade avtalsbrotten i sig innebar att det fanns en överhängande risk för trafikstörningar.

Utrymmet att ingå avtal om kollektivtrafik utan föregående annonsering är betydligt större enligt EU:s kollektivtrafikförordning än enligt exempelvis LOU. Detta har även bekräftats av regeringen som i prop. 2016/17:28 uttalar bl.a. att det faktum att artikel 5.5 innehåller en särskild inskränkning av avtalstidens längd när nödgärder vidtas talar dock för att möjligheten att vidta nödgärder sträcker sig längre än de möjligheter som finns i upphandlingslagstiftningen.

En annan viktig utgångspunkt vid prövningen i detta mål är att en myndighet har rätt att vidta nödåtgärder enligt EU:s kollektivtrafikförordning även om de omständigheter som föranleder nödåtgärden hade kunnat förutses av myndigheten eller är hänförliga till myndigheten. Detta är en betydande skillnad jämfört med vad som gäller till exempel vid direktupphandlingar enligt LOU.

SLL bestrider bolagets påståenden om tidigare rådande förhållanden och ifrågasätter vilken relevans dessa förhållanden har för prövningen av om risk för trafikstörningar förelåg vid ingåendet av avtalet.

Såvitt avser de ”fullgoda alternativ” som enligt bolaget stod till buds för SLL så får SLL till att börja med framhålla att dessa inte har någon betydelse för prövningen i detta mål. Det enda rekvisit som artikel 5.5 ställer upp är att det ska föreligga “trafikstörningar eller överhängande risk för sådana störningar”. När SLL väl kunde konstatera att det förelåg en överhängande risk för trafikstörningar hade SLL således rätt att vidta nödåtgärder.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. I prop. 2016/17:28 s. 64 anges bl.a. följande.

Enligt artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning får den behöriga myndigheten vidta nödåtgärder vid trafikstörningar eller överhängande risk för sådana störningar. Bestämmelsen är inte avhängig någon reglering i nationell rätt utan är direkt tillämplig. Mot bakgrund av att övriga delar av artikel 5 i EU:s kollektivtrafikförordning nu föreslås börja tillämpas, kan behöriga myndigheter även utnyttja möjligheten att vidta nödåtgärder enligt artikel 5.5 i förordningen. Bestämmelsen utgör en möjlighet till undantag från ett konkurrensutsatt tilldelningsförfarande. Vid trafikstörningar eller överhängande risk för sådana störningar ska den behöriga myndigheten kunna vidta kortfristiga nödåtgärder i avvaktan på att ett avtal om allmän trafik ska kunna upphandlas genom ett konkurrensutsatt förfarande enligt den reglering som nu föreslås. I sådana

situationer finns enligt artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning möjlighet att direkttilldela ett avtal. Den behöriga myndigheten kan också träffa en formell överenskommelse med ett kollektivtrafikföretag om att utvidga ett redan ingånget avtal om allmän trafik. Vidare har myndigheten möjlighet att ålägga ett kollektivtrafikföretag att fullgöra viss allmän trafikplikt. Ett kontrakt som är tilldelat på något av dessa tre sätt får ha en maximal löptid om två år. Under den tiden ska den behöriga myndigheten vidta de åtgärder som krävs för att ett avtal om allmän trafik kan tilldelas enligt någon av de övriga bestämmelserna i artikel 5. I upphandlingsregelverket finns möjligheter att t.ex. direktupphandla vid synnerliga skäl eller att göra ändringar under löptiden. Det faktum att artikel 5.5 innehåller en särskild inskränkning av avtalstidens längd när nödåtgärder vidtas talar dock för att möjligheten att vidta nödåtgärder sträcker sig längre än de möjligheter som finns i upphandlingslagstiftningen. Utöver att ange att det ska vara fråga om trafikstörningar eller överhängande risk för sådana störningar innehåller artikel 5.5 inte några ytterligare villkor för när nödåtgärder får vidtas. Närmare vilket utrymme bestämmelsen ger att vidta nödåtgärder får överlämnas till rättstillämpningen.

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att det är SLL som har bevisbördan för att det förelåg en överhängande risk för trafikstörningar vid tidpunkten för direkttilldelningen. Bolaget har inte ifrågasatt att Rederiaktiebolaget Gotland har skickat en underrättelse till SLL den 18 april 2017 med uppgifter om Skärgårdsbolagets ekonomiska situation. Denna underrättelse har getts in i målet av bolaget. I underrättelsen anges bl.a. följande. Korttidsavtalen har visat sig generera kontinuerliga förluster som därtill är betydande. Detta har medfört att Skärgårdsbolaget varit tvunget att upprätta en kontrollbalansräkning per den 30 november 2016. Med anledning av detta ägde en extra bolagsstämma rum i Skärgårdsbolaget den 21 februari 2017. Minoritetsägarna begärde på denna att Skärgårdsbolaget ska träda i likvidation. De är inte beredda att tillföra Skärgårdsbolaget erforderligt kapital för att verksamheten ska kunna drivas vidare. Skärgårdsbolaget befinner sig därmed i ett mycket allvarligt läge. Detta är akut, då bolagets likviditet är förbrukad.

Bolaget menar att uppgifterna från Rederiaktiebolaget Gotland endast utgör grundlösa påståenden från en majoritetsägare som inte är part i avtalet med SLL. SLL hade kunnat bortse från dessa påståenden. Bolaget menar också att SLL borde ha krävt fullgörande från Skärgårdsbolaget. Enligt förvaltningsrätten saknas det anledning för SLL att ifrågasätta riktigheten av de uppgifter som Rederiaktiebolaget Gotland – i egenskap av majoritetsägare – har lämnat om Skärgårdsbolagets ekonomiska situation. Förvaltningsrätten anser att uppgifterna varit tillräckliga för att SLL skulle ha grund för uppfattningen att Skärgårdsbolaget var på obestånd och inte skulle kunna fullfölja sina avtalade åtaganden. Enligt förvaltningsrätten har SLL, mot bakgrund av vad SLL har anfört i målet om den information SLL fått från Rederiaktiebolaget Gotland, visat att det förelåg en överhängande risk för trafikstörningar. Mot bakgrund av den överhängande risken för trafikstörningar som förelåg anser förvaltningsrätten att SLL har haft rätt att vidta nödåtgärd i form av en direkttilldelning med stöd av artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning. Vid denna bedömning väger förvaltningsrätten även in att möjligheten att vidta nödåtgärder med stöd av artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning sträcker sig längre än de möjligheter som finns i upphandlingslagstiftningen (jfr prop. 2016/17:28 s. 64). Det saknas därmed skäl för ogiltigförklarande av avtalet mot bakgrund av vad bolaget har anfört i denna del.

Vad bolaget har anfört om andra alternativa åtgärder som SLL borde ha vidtagit istället för att direkttilldela avtalet föranleder ingen annan bedömning eftersom någon sådan skyldighet inte kan anses följa av artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning.

Bolaget har vidare anfört att omständigheterna som föranlett den överhängande risken för trafikstörningar varit förutsebara och orsakade av SLL:s agerande under lång tid. Vid direktupphandling p.g.a. synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU får en upphandlande myndighet använda ett

förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig. (Jfr även motsvarande bestämmelser i 6 kap. 8 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna och 4 kap. 4 § tredje punkten lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet). Artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning saknar motsvarande reglering. Enligt förvaltningsrätten saknar det därmed betydelse för artikelns tillämplighet om den överhängande risken för trafikstörningar har varit förutsebara eller orsakade av SLL. Vad bolaget har anfört i denna del föranleder därmed inget ställningstagande från förvaltningsrättens sida.

Avtalets löptid

I artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning anges bl.a. att en direkttilldelning inte får överstiga två år. Bolaget menar att avtalstiden överstiger två år. SLL bestrider att så är fallet.

Bolaget anför bl.a. följande. I EU:s kollektivtrafikförordning ges en möjlighet att under extraordinära omständigheter frångå kravet på upphandling i konkurrens. Kravet är att sådan direkttilldelning eller utvidgning av ett avtal om allmän trafik inte får överstiga två år. I detta fall upphandlade SLL genom otillåten direktupphandling den allmänna trafiken i ett avtal daterat den 15 januari 2016. Med tillämpning av artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning har SLL inte rätt att direkttilldela avtal på grund av nödåtgärd längre än till den 15 januari 2018. Det faktum att SLL delat upp avtalet från Skärgårdsbolaget till Rederi Faludden AB inom en och samma koncern förändrar ingenting och får närmast ses som ett försök till ett otillåtet kringgående av lagstiftningen.

SLL anför bl.a. följande. Bolagets påstående om att avtalet har en avtalstid som överstiger två år är direkt felaktigt. Som framgår av punkt 4.2 i avtalet var den inledande avtalstiden knappt fyra månader. Avtalet innehåller även en option varigenom det kan förlängas med drygt fjorton månader. Den sammanlagda avtalstiden överstiger alltså inte två år. Såvitt avser bolagets påstående att det vid beräkningen av avtalets avtalstid även kan tas hänsyn till ett annat avtals avtalstid så är detta direkt felaktigt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Av punkten 4.2 i avtalet framgår bl.a. följande.

Interimsavtalet träder i kraft vid Parternas undertecknande och gäller till och med den 15 oktober 2017 (den ”Initiala Avtalsperioden”) med möjlighet för Beställaren att förlänga Interimsavtalet att också omfatta perioden den 16 oktober 2017 – 31 december 2018. En eventuell sådan förlängning benämns den ”Resterande Avtalsperioden”.

Förvaltningsrätten anser att artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning inte kan tolkas som att även avtalstid som hänför sig till en tidigare direktupphandling med stöd av LOU ska räknas in i avtalstiden avseende en direkttilldelning med stöd av artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning. Enligt förvaltningsrätten framgår det av punkten 4.2 i avtalet att avtalet inte har en avtalstid som överstiger två år. Det saknas därmed skäl för ogiltigförklarande av avtalet mot bakgrund av vad bolaget har anfört i denna del.

Sammanfattande bedömning

Förvaltningsrätten anser att SLL har visat att det förelåg en överhängande risk för trafikstörningar vid tidpunkten för direkttilldelningen. I och med detta är kriteriet för att kunna vidta nödgärder i form en direkttilldelning

enligt artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning uppfyllt.

Förvaltningsrätten finner därför att SLL haft rätt att vidta nödgärd i form av en direkttilldelning. Vad bolaget har anfört i övrigt föranleder inte någon annan bedömning. Det har inte kommit fram att avtalet ifråga har en längre löptid än två år.

Sammanfattningsvis har det inte framkommit att avtalet har slutits i strid med artikel 5.5 i EU:s kollektivtrafikförordning mot bakgrund av vad bolaget har anfört. Det saknas därmed skäl för ogiltigförklarande av avtalet och bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Kaija Hultquist

Rådman

Frida Hellström har handlagt målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

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.

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.

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 nås 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.