



KLAGANDE

Keolis Sverige AB, 556473-5057

Ombud: Advokat Fredrik Linder och biträdande jurist Jesper Fahlgren

MOTPART

Region Stockholm

Ombud: Advokat Sven Vaxenbäck

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 13 juni 2022 i mål nr 30695-21,
se bilaga A

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår överklagandet.
 2. Kammarrättens interimistiska beslut den 22 juni 2022 upphör därmed att gälla.
-

YRKANDEN M.M.

Keolis Sverige AB yrkar i första hand att målet ska visas åter till förvaltningsrätten för ny prövning och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget för fram i huvudsak detsamma som i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande.

Fråga om återförvisning

Förutsättningarna för prissättningen av anbuden, som ska ligga till grund för utvärderingen av Totalt anbudspris, framgår inte av upphandlingsdokumenten. Närmare bestämt kan anbudsgivarna inte utläsa av upphandlingsdokumenten om anbudsprissättningen ska ske utifrån att anbudsgivarnas presenterade lösningsförslag kommer att beställas av regionen eller inte. Förvaltningsrättens underlåtenhet att pröva denna grund får anses utgöra en allvarlig brist i förvaltningsrättens handläggning som kan ha inverkat på målets utgång.

Förvaltningsrätten har inte uppmärksammat parterna på vilka bestämmelser domstolen skulle komma att tillämpa i målet. Det följer av rättspraxis avseende domstolens utredningsansvar och processledningsplikt att rätten, om den överväger att tillämpa en annan rättsregel än den parterna har fört på tal i processen eller underförstått inte anser är tillämplig, bör ge parterna möjlighet att utveckla sin syn på detta. Varken Keolis eller regionen har hänvisat till kollektivtrafikförordningen, KTF, (förordning (EG) nr 1370/2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg) eller lagen (2010:1065) om kollektivtrafik, KTL. Förvaltningsrätten har ändå valt att klassificera uppdragsavtalen som tjänstekontrakt och därmed tillämpat rättsregler som ingen av parterna åberopat. Den bristande kommunikeringen och den omständigheten att utredningen i målet inte har varit tillräcklig får anses utgöra allvarliga brister i handläggningen eftersom Keolis till följd av detta riskerar att lida rättsförlust.

Förvaltningsrätten har avslagit Keolis yrkande om att rätten inom ramen för sitt utredningsansvar ska fordra in handlingar, närmare bestämt regionens inbjudan till kalkylmöte med den vinnande leverantören Nobina och vissa avgränsade delar av Nobinas anbud. De aktuella handlingarna kan innehålla information om att Nobina fått förtydliga sitt anbud i strid med lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF. Utredningen i målet har alltså inte varit tillräcklig och förvaltningsrättens dom har inte tillkommit i laga ordning.

Förvaltningsrätten har underlåtit att bedöma om uppdragsavtalens löptid är tillåten eller inte. Det får anses utgöra en sådan brist i domstolens handläggning som kan antas ha inverkat på målets utgång.

De ovan angivna grunderna utgör dels var för sig, dels tillsammans skäl för att visa målet åter till förvaltningsrätten för vidare prövning. Med hänsyn till instansordningsprincipen kan de återopade bristerna inte utan väsentlig olägenhet avhjälpas i kammarrätten.

Fråga om överprövning

Förutsättningar för prissättning av anbud och utvärderingsmodellen

Det framgår inte av upphandlingsdokumenten eller av frågor och svar i upphandlingen om prissättningen i anbudsgivarens anbud ska ske utifrån att anbudsgivarens presenterade lösningsförslag beställs av regionen eller inte. Det strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LUF. Det är alltså inte utvärderingsmodellen i sig som är otydlig i detta avseende. De olika lösningsförslag som presenteras i anbudet kommer att påverka anbudsgivarens kostnader och påverkar vilket totalt anbudspris som kan offereras. Bristen i upphandlingen innebär att anbuderna inte blir jämförbara vilket leder till att det inte blir en likabehandling av anbuderna.

Regionen har inom ramen för utvärderingskriteriet Kvalitet tydligt efterfrågat en beskrivning av den påverkan anbudsgivarnas lösningsförslag har på ersättningen innefattande bl.a. prisposter i uppdragsavtalen. Regionen har därmed byggt in ett beroendeförhållande mellan de två utvärderingskriterierna Totalt anbudspris och Kvalitet. Förutsättningarna för prissättningen i anbudsgivarnas anbud, som ska ligga till grund för utvärderingen av Totalt anbudspris, framgår alltså inte av upphandlingsdokumenten.

Keolis har mycket tydligt under kalkylmötet med regionen fört fram att bolaget tolkat upphandlingsdokumenten när det gäller förutsättningar för prissättning av anbuderna på ett helt annat sätt än regionen. Trots detta har upphandlingen slutförts utan att bristen i upphandlingsdokumenten avhjälpes.

Fri prövningsrätt att ändra uppdragsavtalen efter tilldelning

Regionen har genom upphandlingsdokumenten och frågor och svar i upphandlingen skapat sig ett totalt handlingsutrymme att ensidigt och skönsmässigt ändra innehållet i uppdragsavtalen efter tilldelningsbeslut utifrån presenterade lösningsförslag från anbudsgivare. Denna fria prövningsrätt står i strid med transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LUF. Det är en stor skillnad mellan att föra in erbjudna priser från det vinnande anbudet i ett uppdragsavtal och att ta in lösningsförslag som påverkar det som ska tillhandahållas enligt uppdragsavtalen. Regionen kan överväga om ett eller flera lösningsförslag ska beställas, och därmed ändra innehållet i uppdragsavtalen jämfört med avtalsinnehållet som varit konkurrensutsatt, ända fram till att uppdragsavtalen eventuellt ingås efter lagakraftvunnen dom.

Klassificering av uppdragsavtalen samt avtalens löptid

Uppdragsavtalen i upphandlingen utgör ramavtal i LUF:s mening. De har en löptid om tio år vardera. Det finns dock inte särskilda skäl för att de ska ha en löptid som är längre än åtta år enligt 7 kap. 2 § LUF. Regionen har därmed agerat i strid med den bestämmelsen. För det fall kammarrätten skulle finna att 7 kap. 2 § LUF inte är tillämplig finns det inte heller skäl enligt KTF att uppdragsavtalen ska vara tio år. Regionen har därmed agerat i strid med KTF och principerna om proportionalitet och konkurrens i 4 kap. 1 och 2 §§ LUF genom att tillämpa en löptid om tio år för uppdragsavtalen.

LUF-direktivet trädde i kraft efter KTF. Om det hade varit motiverat att göra ett undantag från huvudregeln om åtta års löptid för avtal om allmän trafik och i stället tillämpa KTF hade detta rimligen angivits i LUF-direktivet. Med hänsyn till detta och i enlighet med principen om lex posterior finns det därmed anledning att tillämpa de senare tillkomna bestämmelserna om ramavtals löptid i LUF/LUF-direktivet framför de äldre bestämmelserna i KTF. I det aktuella fallet är det fråga om en normkonflikt mellan en EU-förordning och en tvingande direktivreglering.

Underlåtenheten att tillämpa 7 kap. 2 § LUF skulle inte enbart stå i strid med LUF utan även LUF-direktivet. Enligt principen om lex specialis ska bestämmelserna om LUF/LUF-direktivet ges företräde framför KTF. EU-domstolens avgörande C-292/15 (Hörmann Reisen) ger ingen ledning för bedömningen av den aktuella normkonflikten. Även EU-domstolens domar om takvolym visar att de upphandlingsrättsliga reglerna om takvolym rimligen måste ges företräde framför KTF:s bestämmelser om avtals löptid för det fall en takvolym skulle uppnås innan en avtalstid om tio år löpt ut.

Alla avtal som rör kollektiv busstrafik enligt LUF ska inte klassificeras som tjänstekontrakt. Definitionen av avtal om allmän trafik i KTF är mycket vid och kan omfatta ramavtal i LUF:s mening. Oavsett om uppdragsavtalen klassificeras som ramavtal eller tjänstekontrakt måste en bedömning göras

om löptiden är tillåten. Om löptiden bedöms enligt KTF måste beaktas att förordningen anger tio år som maxgräns enligt huvudregeln. Avtal som har en löptid om tio år eller kortare är dock inte per automatik tillåtna enligt KTF. Även om uppdragsavtalen skulle klassificeras som tjänstekontrakt måste avgöras vad som är en acceptabel löptid vid en proportionalitetsbedömning i förhållande till det som anskaffas i det enskilda fallet. Uppdragsavtalens löptid om tio år innebär en onödigt lång avstängning från marknaden och minskar konkurrenstryckets positiva effekter.

Dokumentationsplikten

Regionen har agerat i strid med dokumentationsplikten i 12 kap. 14 § LUF genom att inte dokumentera kalkylmötet med Nobina. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Skada

Keolis har lidit eller kan komma att lida skada till följd av de brister som har förts fram. Bolaget har varit synnerligen aktivt under anbudstiden och har gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer.

Region Stockholm anser att överklagandet ska avslås och för fram i huvudsak detsamma som i förvaltningsrätten samt tillägger bl.a. följande.

Fråga om återförvisning

Det finns inte skäl att visa målet åter till förvaltningsrätten. Parterna har hela tiden varit medvetna om att KTL och KTF är tillämpliga på uppdragsavtalen. Att förordningen är tillämplig på uppdragsavtalen framgår av de administrativa föreskrifterna som Keolis gav in i förvaltningsrätten. Det framgår även av tilldelningsbeslutet att upphandlingen annonserats i

EU:s officiella tidning i enlighet med KTF. Det är alltså inget okänt som förvaltningsrätten på eget initiativ har lagt till grund för sitt avgörande. Oavsett det ankommer det på domstolen att utifrån samtliga uppgifter i målet avgöra vilka lagar och delar av unionsrätten som är tillämpliga med hänsyn till saken i målet. Nobinas anbudshandlingar behövs inte för en effektiv prövning av målet.

Fråga om överprövning

Förutsättningar för prissättning av anbud och utvärderingsmodellen

Av utvärderingsmodellen framgår tydligt att pris och kvalitet är två olika utvärderingskriterier, Totalt anbudspris och Kvalitet. Det finns separata instruktioner för dessa och de utvärderas separat. Förutsättningarna för prissättningen av anbuderna är således tydliga i upphandlingen.

När det gäller kvalitet har anbudsgivarna i upphandlingen ombetts inkomma med lösningsförslag för hantering av olika hypotetiska scenarion. Det finns ingen grund för Keolis invändningar att det skulle ha skett en sammanblandning av utvärderingskriterierna Totalt anbudspris och Kvalitet eller att förutsättningarna för prissättningen av anbudet skulle vara något annat än tydliga.

Det faktum att de hypotetiska lösningsförslagen även bör omfatta uppgifter om vilken påverkan som lösningen skulle få på ersättningen och att lösningsförslagen i relevanta delar kan tas in i uppdragsavtalen innebär inte i sig att utvärderingsmodellen blir otydlig, dels eftersom det skulle kunna finnas ett intresse för regionens del att förhandla kring lösningsförslagen, dels eftersom det tydligt angivits att de efterfrågade redogörelserna hänför sig till kvalitetsbedömningen.

Det förhållandet att Keolis under kalkylmötet med regionen fick beskedet att lösningsförslagen inte skulle vägas in i prissättning och i efterföljande telefonsamtal fick beskedet att bolaget inte missuppfattat prissättningen har inte lett till osäkerhet när det gäller förutsättningarna för prissättningen av anbudet, eftersom båda beskeden är korrekta. Både kalkylmötet och telefonsamtalet med bolaget har dessutom ägt rum efter anbudstidens utgång. Det kan således uteslutas att någon av dessa händelser påverkat anbudsgivningen.

Dokumentationsplikten

Det förhållandet att det inte upprättats något protokoll från regionens kalkylmöte med Nobina står inte i strid med dokumentationsplikten av den enkla anledningen att mötet inte har legat till grund för något beslut överhuvudtaget och inte heller lett till några förtydliganden eller kompletteringar.

Fri prövningsrätt att ändra uppdragsavtalen efter tilldelning

De uppdragsavtal som slutligen tecknas måste motsvara upphandlingsdokumenten och det vinnande anbudet. Regionen har antagit ett visst anbud med visst innehåll och får på grund av upphandlingslagstiftningen inte ingå avtal rörande något annat. När regionen t.ex. justerar uppdragsavtalen genom att föra in erbjudna priser är det inte andra priser än de som förekommer i det vinnande anbudet som förs in. Detsamma gäller lösningsförslagen.

Klassificering av uppdragsavtalen samt avtalens löptid

Uppdragsavtalen utgör avtal om allmän trafik enligt KTF och KTL. Innehållet och utformningen av uppdragsavtalen regleras i förordningen medan själva tilldelningen av uppdragsavtalen ska ske enligt reglerna för tilldelning av tjänstekontrakt i LUF. Förordningen reglerar ensam och uttömmande vilket obligatoriskt innehåll avtalen om allmän trafik ska ha och hur sådana avtal ska vara utformade när det gäller t.ex. löptid. Av förordningen framgår att löptiden för ett avtal om allmän trafik ska vara begränsad och inte får överstiga 10 år för busstransporter. Det är endast en sådan avtalstid som är längre än tio år som behöver motiveras.

Keolis påstår felaktigt att uppdragsavtalen, trots att de utgör avtal om allmän trafik, ska definieras som ramavtal enligt LUF och att LUF:s regler om maximal löptid för ramavtal ska tillämpas. En tillämpning av LUF:s regler om ramavtal förutsätter att LUF ges företräde framför KTF, vilket inte vore förenligt med normhierarkin. Det följer också av principen om lex specialis att förordningens bestämmelser om maximal löptid har företräde framför dylika regler i LUF. Keolis påstående om att principen om lex posteriori ger anledning att tillämpa reglerna om ramavtals löptid i LUF/LUF-direktivet framför bestämmelserna i KTF är inte heller korrekt eftersom att det efter LUF-direktivets ikraftträdande publicerades en ändringsförordning som innehöll hänvisningar till KTF utan att reglerna om löptid för allmän trafik ändrades. Vidare framgår av EU-domstolens praxis att bestämmelserna i KTF är tillämpliga på avtal om allmän trafik om inte förordningen uttryckligen anger något annat. Keolis påstående att det av praxis framgår att LUF-direktivets och LUF:s regler om ramavtals löptid måste ges företräde framför EU-rättslig speciallagstiftning som KTF är grundlöst eftersom avgörandena inte rör denna fråga.

Skada

Keolis har inte visat att påstådda brister i upphandlingen har medfört att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada. Bolaget kan inte anses ha gjort vad som krävs för att undvika skada.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Fråga om återförvisning

Kammarrätten prövar först om det finns skäl att visa målet åter till förvaltningsrätten för ny prövning på de grunder som Keolis har fört fram.

Keolis menar att förutsättningarna för prissättningen av anbudsgivarnas anbud, som ska ligga till grund för utvärderingen av Totalt anbudspris, inte framgår av upphandlingsdokumenten. Bolaget menar att anbudsgivarna inte kan utläsa av upphandlingsdokumenten om anbudsgivarnas lösningsförslag kommer att beställas eller inte och att detta inte har prövats av förvaltningsrätten. Med hänsyn till att förvaltningsrätten har konstaterat att redogörelserna för vilken påverkan de hypotetiska lösningsförslagen kan få på ersättningen hänför sig till utvärderingskriteriet Kvalitet anser kammarrätten att bolaget inte har fog för sin invändning.

Keolis har också fört fram att förvaltningsrätten inte har fullgjort sitt utrednings- och processledningsansvar genom att inte uppmärksamma parterna på att domstolen avsåg att tillämpa KTL och KTF. Det står dock rätten fritt att tillämpa adekvata rättsregler på de omständigheter som parterna har fört fram.

Vidare har Keolis fört fram att förvaltningsrätten inte har fullgjort sitt utredningsansvar när det gäller att inhämta handlingar från regionen. Kammarrätten anser dock i likhet med förvaltningsrätten att de aktuella

handlingarna inte behöver hämtas in för att utsätta upphandlingsförfarandet för en effektiv granskning.

Keolis har slutligen fört fram att förvaltningsrätten har underlåtit att pröva om uppdragsavtalens löptid är tillåten. Förvaltningsrätten har konstaterat att det saknats skäl för att ingripa mot upphandlingen på den grunden att uppdragsavtalens löptid inte skulle vara tillåten enligt KTF. Enligt kammarrättens mening får det anses innebära att förvaltningsrätten har tagit ställning till uppdragsavtalens löptid.

Mot den här bakgrunden anser kammarrätten att de grunder för återförvisning som Keolis har fört fram varken för sig eller tillsammans medför att det finns skäl att visa målet åter till förvaltningsrätten för ny prövning.

Fråga om överprövning

Kammarrätten prövar därefter om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som Keolis har fört fram.

Förutsättningar för prissättning av anbuden och utvärderingsmodellen

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att upphandlingen i den del den gäller förutsättningar för prissättning av anbuden och utvärderingsmodellen är förenlig med upphandlingsregelverket. Det som Keolis har fört fram i den här delen ger inte kammarrätten anledning att göra någon annan bedömning.

Fri prövningsrätt att ändra uppdragsavtalen efter tilldelning

Att den vinnande anbudsgivarens lösningsförslag på hypotetiska scenarier kunde komma att tas in i uppdragsavtalen av regionen var känt för samtliga

anbudsgivare redan under anbudsskedet. I likhet med förvaltningsrätten anser kammarrätten att det inte innebär att regionen har haft fri prövningsrätt eller ett otillåtet handlingsutrymme. Det som Keolis har fört fram i den här delen ger inte kammarrätten anledning att göra någon annan bedömning.

Klassificering av uppdragsavtalen samt avtalens löptid

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att det i målet inte är fråga om ramavtal i LUF:s mening och att kravet på särskilda skäl vid avtalstider över åtta år därför inte är tillämpligt.

Vidare instämmer kammarrätten i förvaltningsrätten bedömning att det i målet är fråga om avtal om allmän trafik och att KTF och KTL har företräd framför LUF även om själva förfarandet vid upphandlingen regleras i den senare lagen. Av KTF framgår att en löptid för avtal om allmän trafik ska vara begränsad och inte får överstiga tio år för busstransporter.

Kammarrätten anser att den löptid om tio år som regionen har tillämpat inte är oproportionerlig eller konkurrensbegränsande. Det som Keolis har fört fram i den här delen ger inte anledning till någon annan bedömning.

Dokumentationsplikten

En upphandlande myndighets dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera sådana beslut som kan utsättas för överprövning. Enligt regionen har kalkylmötet med Nobina inte lett till några förtydliganden eller kompletteringar eller att något beslut fattats, vilket kammarrätten inte har någon anledning att ifrågasätta. Kammarrätten anser därför att regionen inte har brutit mot dokumentationsplikten.

Mot den här bakgrunden saknas det skäl för ingripande enligt LUF på de grunder som Keolis har fört fram. Överklagandet ska därför avslås.

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

Pär Hemmingsson
kammarrättsråd
ordförande

Anna Lönnestav
kammarrättsråd

Charlotta Lokrantz Sandberg
kammarrättsråd
referent

Johan Nykvist
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2022-06-13

Meddelad i Stockholm

Mål nr

30695-21

SÖKANDE

Keolis Sverige AB, 556473-5057

Ombud: Advokat Fredrik Linder och biträdande jurist Jesper Fahlgren

MOTPART

Region Stockholm

Ombud: Advokat Sven Vaxenbäck

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Region Stockholm (Regionen) genomför en upphandling TN 2020-1390 av busstrafik i Nacka/Värmdö (E36C) och Huddinge/Botkyrka/Söderort (E37C). Upphandlingen genomförs genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). I tilldelningsbeslut den 19 oktober 2021 framkommer att Nobina Sverige AB (Nobina) tilldelats uppdragsavtalen för avtalsområdena E36C och E37C.

Keolis Sverige AB (Keolis) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om och hänvisar till följande grunder.

Det framgår inte av upphandlingsdokumenten eller av Frågor och svar i upphandlingen om prissättningen i anbudsgivarens anbud ska ske utifrån att anbudsgivarens presenterade lösningsförslag beställs av Regionen eller inte. Detta står i strid med transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LUF.

Regionen har genom upphandlingsdokumenten och Frågor och svar i upphandlingen skapat sig ett totalt handlingsutrymme att ensidigt och skönsmässigt ändra innehållet i uppdragsavtalen efter tilldelningsbeslut utifrån presenterade lösningsförslag från anbudsgivare. Denna fria prövningsrätt står i strid med transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LUF.

Uppdragsavtalen som upphandlingen avser utgör ramavtal i LUF:s mening. Uppdragsavtalen har en löptid om tio år vardera och det finns inte särskilda skäl för att uppdragsavtalen ska ha en löptid som är längre än åtta år enligt 7 kap. 2 § LUF. Regionen har därmed agerat i strid med 7 kap. 2 § LUF genom att upphandla två ramavtal om tio år vardera.

Regionen har även agerat i strid med dokumentationsplikten i 12 kap. 14 § LUF.

Bristerna i upphandlingsdokumenten har medfört att Keolis har lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § första stycket LUF.

Regionen motsätter sig Keolis yrkanden och för fram i huvudsak följande. Förutsättningarna för prissättningen av anbuden är tydliga. Det finns inget skönsmässigt utrymme för ändring av avtalen efter tilldelning. Det stämmer inte att uppdragsavtalen skulle utgöra ramavtal. Uppdragsavtalen utgör tjänstekontrakt. För det fall förvaltningsrätten anser att uppdragsavtalen utgör ramavtal är den tioåriga löptiden förenlig med LUF. Keolis har inte lidit eller riskerar att lida skada till följd av påstådda brister i upphandlingen. Såvitt avser Keolis invändning att Regionen skulle ha åsidosatt dokumentationsplikten, framhåller Regionen att den dokumentation som upprättats under upphandlingen är tillräcklig enligt 12 kap. 14 § LUF och att dokumentationsplikten inte har åsidosatts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I kollektivtrafikförordningen¹ och lagen (2010:1065) om kollektivtrafik finns bestämmelser bl.a. om kollektivtrafik på väg och om avtal om allmän trafik.

I 4 a kap. 3 § lagen om kollektivtrafik framgår att tjänstekontrakt för kollektivtrafik med buss eller spårvagn ska upphandlas enligt

¹ 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

upphandlingslagarna (LUF eller lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU). Se även artikel. 5.1 i kollektivtrafikförordningen.

I målet är således utöver kollektivtrafikförordningen och lagen om kollektivtrafik lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) tillämplig i dess lydelse före den 1 februari 2022.

Enligt 4 kap. 1 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt (likabehandlingsprincipen) samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt (transparens- eller öppenhetsprincipen). Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § första stycket LUF besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I mål om ingripande mot offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter som talan grundas på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Vidare ska sökanden visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats för att det ska finnas grund för att ingripa mot upphandlingen (HFD 2013 ref. 53).

Förutsättningarna för prissättning och utvärderingsmodellen. Är upphandlingsdokumenten utformade i strid med LUF och de grundläggande principerna?

Vad Keolis för fram

Regionen har inte angett i upphandlingsdokumenten på ett klart, precist och entydigt sätt om prissättningen i anbudet (dvs. de priser som offereras i prisbilagorna) ska ske utifrån att anbudsgivarens presenterade lösningsförslag beställs eller inte.

Det har skett en sammanblandning av utvärderingskriterierna totalt anbudspris och kvalitet. Regionen har byggt in ett beroendeförhållande mellan de två utvärderingskriterierna. I avsnitt 3.2.1 i utvärderingsbilagan framgår att redogörelser för de totalt fyra olika scenarierna inom ramen för utvärderingskriteriet kvalitet bör innehålla "[e]n beskrivning av den konkreta påverkan på ersättningen, enligt Uppdragsavtalet, respektive förslag skulle innebära om förslagen skulle beställas". Denna del har varit föremål för frågor under anbudstiden och som svar på fråga 97 anger Regionen att den "med konkret påverkan på ersättningen" menar att redogörelsen bör beskriva vilka prisposter eller andra regleringsmekanismer i uppdragsavtalet som kan komma att nyttjas och i vilken mängd.

Regionen har inom ramen för utvärderingskriteriet kvalitet tydligt efterfrågat en beskrivning av den påverkan som lösningsförslagen har på ersättningen. Vilka kostnader som anbudsgivarnas lösningsförslag innebär och vilken ersättning anbudsgivarna kan erhålla för att utföra uppdragsavtalen har givetvis en direkt påverkan på vilket pris som anbudsgivarna kan offerera inom ramen för utvärderingskriteriet totalt anbudspris enligt utvärderingsbilagan och prisbilagorna. Regionens utvärderingsmodell innefattar således en

sammanblandning av de två utvärderingskriterierna totalt anbudspris och kvalitet, vilket medför att utvärderingsmodellen blir otydlig.

Keolis har prissatt sitt anbud som om Regionen skulle beakta föreslagna lösningar på scenarierna i utvärderingsbilagan. Regionen har först angett under kalkylmötet den 7 september 2021 att lösningsförslagen inte skulle vägas in i prissättningen av anbuderna eftersom de olika scenarierna var "hypotetiska". Vid efterföljande telefonsamtal den 14 september 2021 har Regionen ändrat till att insistera på att instämma med Keolis tolkning. Regionen menar att båda beskederna är korrekta och förenliga med varandra. De två helt motsatta beskederna kan omöjligen båda två vara korrekta. Enligt Keolis bekräftar detta att förutsättningarna för prissättning av anbuderna enligt tilldelningskriteriet totalt anbudspris är mycket oklara i upphandlingen och inte har tolkats av Regionen på samma sätt under hela förfarandet.

Genom förhandling hade oklarheterna kring prissättningen kunnat undanröjas. Valet att inte förhandla är svårbegripligt. Oklarheterna kring tolkningen och tillämpningen av utvärderingsbilagan uppmärksammades i ett tidigt skede och återkom under hela upphandlingen. Det är än mer svårbegripligt med hänsyn till hur nära de båda anbuderna låg i jämförelsepris inom de båda avtalsområdena. Det kan även noteras att Regionen i princip alltid förhandlar när de valt förhandlat förfarande vid upphandling av linjelagd busstrafik. Det förhållande att två anbud har erhållit högsta betyg avseende kvalitet innebär inte att det inte finns anledning att genomföra förhandlingar avseende anbudens innehåll. Särskild anledning att förhandla om pris föreligger i sådana komplexa och omfattade uppdragsavtal som upphandlingen avser.

Sammanfattningsvis framgår det inte av upphandlingsdokumenten eller av Frågor och svar i upphandlingen om prissättningen i anbudsgivarens anbud ska ske utifrån att anbudsgivarens presenterade lösningsförslag inom ramen för utvärderingskriteriet kvalitet beställs av Regionen eller inte.

Utvärderingsmodellen är därför otydlig på en mycket central punkt, dvs. förutsättningarna för den prissättning som ska ligga till grund för utvärdering av totalt anbudspris. Genom att fullfölja upphandlingen utan att reda ut oklarheterna avseende förutsättningarna för prissättning av anbuderna och tilldela Nobina uppdragsavtalen, har Regionen agerat i strid med transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LUF.

Vad Regionen för fram

Vald grund för tilldelning av avtal i upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Utvärderingsmodellen är tydlig med att pris och kvalitet är två olika utvärderingskriterier. Det finns separata instruktioner för dessa och de utvärderas separat. Det finns inget beroendeförhållande mellan lösningar som utvärderas i kvalitetsutvärderingen och prissättningen utöver att de båda utvärderingskriterierna i slutändan vägs samman. Detta sker enligt den metod och inbördes viktning som framgår av avsnitt 4 i utvärderingsmodellen och är tydligt beskrivet.

Såvitt avser prissättningen i anbudet ska detta ske utifrån de volymer som finns angivna i blankett A4 Totalt anbudspris. Detta framgår direkt av de aktuella blanketterna och bekräftas av fråga och svar nr 20. Förutsättningarna för prissättningen av anbuderna är således tydliga i upphandlingen. Såvitt avser kvalitet, har anbudsgivarna ombetts inkomma med lösningar för hantering av olika hypotetiska scenarion och uppgifter om minsta antal elbussar.

Anbudsgivarna har visserligen haft möjlighet att i samband med ifyllandet av sina anbudsformulär lämna förhandlingsförslag. Det har emellertid varit angivet i avsnitt 2.2.5 i de administrativa föreskrifterna att Regionen kan komma att tilldela kontrakt utan förhandling. Anbudsgivare har således inte kunnat räkna med eller kräva att få förhandla. Det har vidare i avsnitt 2.5 i de

administrativa föreskrifterna varit angivet att det är av största vikt att anbudena redan vid anbudstidens utgång utgörs av anbud med hög konkurrenskraft.

Anbud har följaktligen behövt lämnas med utgångspunkt i att dessa kan komma att utvärderas och antas såsom de givits in av anbudsgivarna, vilket också är vad som har skett i upphandlingen

Såväl beskedet som Keolis fick under kalkylmötet den 7 september 2021, dvs att lösningsförslagen inte skulle vägas in i prissättningen, som det senare beskedet per telefon den 14 september 2021, dvs. att Keolis inte missuppfattat prissättningen, är korrekta. Som angivits ovan är hypotetiska scenarion del av kvalitetsutvärderingen, vilket är ett utvärderingskriterium separat från prisutvärderingskriteriet i upphandlingen. Det första beskedet är därför korrekt. Detta förhållande innebär emellertid inte att Keolis skulle ha missuppfattat prissättningen, eftersom det är korrekt uppfattat att anbudsvärderingen avser både de lösningsförslag och det pris som Keolis erbjudit i sitt anbud. Det andra beskedet är därför också korrekt. Om företrädare för Regionen hade varit förberedda för att vid kalkylmötet diskutera utvärderingsmodellen hade Keolis sannolikt direkt kunnat få beskedet som senare gavs per telefon. Mötet syftade emellertid till att förstå Keolis prissättning mot bakgrund av att Keolis låtit bli att ge in vissa frivilliga produktionsuppgifter med sitt anbud och Regionen hade därför bemannat och förberett för att mötet skulle handla om detta och inte utvärderingsmodellen. Hursomhelst har både kalkylmötet och telefonsamtalet ägt rum efter anbudstidens utgång. Det kan således uteslutas att någon av dessa händelser påverkat anbudsgivningen.

Förutsättningarna för utvärderingskriterierna totalt anbudspris och kvalitet har tydligt framgått i upphandlingsdokumenten. Av det sistnämnda framgår att kriterierna utvärderats oberoende av varandra. Keolis påstående att det skulle ha skett en sammanblandning av utvärderingskriterierna totalt anbudspris och kvalitet är uppenbart ogrundat. Regionen får härtill framhålla att Keolis egna lösningsförslag klart och tydligt visar att Keolis haft full insikt i och förstått att

den beskrivning av lösningars konkreta påverkan på ersättningen enligt uppdragsavtalet inte påverkar utvärderingen av totalt anbudspris utan att detta handlar om tillämpningen av förändringspriserna i just uppdragsavtalet under avtalstiden (i den mån Keolis överhuvudtaget ansett att lösningen påverkar ersättningen).

Frågan om förutsättningarna för prissättningen och anbudsvärderingen varit tydliga avgörs baserat på upphandlingsdokumenten. Eventuella missuppfattningar som uppstått efter att anbud lämnats i upphandlingen saknar relevans eftersom sådana inte har kunnat påverka hur Keolis utformade sitt anbud. Kalkylmötet syftade till att förstå Keolis prissättning mot bakgrund av att Keolis låtit bli att ge in vissa frivilliga produktionsuppgifter med sitt anbud. I den blankett som Keolis inte fyllde i finns ingen koppling till utvärderingsmodellen och därmed fanns inte heller anledning för Regionen att bemanna mötet med personer förberedda att diskutera anbudsutvärderingen.

Regionen vill framhålla att samtliga anbud fick högsta betyg i kvalitetsutvärderingen. Mot bakgrund av detta och det förhållandet att det bästa anbudet enligt utvärderingsmodellen prismässigt rymdes inom budget, fanns ingen anledning att genomföra förhandlingar. Det som förekommit vid kalkylmötet och telefonmötet saknar relevans för bedömningen av om förutsättningarna för prissättningen av anbuderna varit tillräckligt tydliga i upphandlingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Keolis har fört fram att det inte framgår av upphandlingsdokumenten eller Frågor och svar om prissättningen i anbudsgivarens anbud ska ske utifrån att lösningsförslagen inom ramen för utvärderingskriteriet kvalitet beställs av Regionen eller inte. Keolis menar därför att utvärderingsmodellen är otydlig gällande utvärderingen av totalt anbudspris och att det skett en

sammanblandning av utvärderingskriterierna. Keolis menar att Regionen genom att fullfölja upphandlingen utan att reda ut oklarheterna har agerat i strid med transparensprincipen och likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LUF.

Det förvaltningsrätten har att ta ställning till blir därför i ett första skede om det finns sådana brister i upphandlingsdokumenten och utvärderingsmodellen att upphandlingen strider mot 4 kap. 1 § LUF. Vidare ska domstolen ta ställning till om Regionen borde ha förhandlat med anbudsgivarna och om Regionen genom att inte göra detta har agerat i strid med LUF.

Av upphandlingsdokumenten, Bilaga A2 Utvärderingsmodell punkt 1, framgår att beställaren kommer att tilldela uppdragsavtal till den anbudsgivare vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till det bästa förhållandet mellan kriterierna totalt anbudspris och kvalitet.

Under rubriken 2 Totalt Anbudspris framgår att totalt anbudspris för respektive avtalsområde kommer att utgöras av anbudsgivarens anbudspriser lämnade i blankett A4. I blankett A4 framgår att anbudsgivaren ska lämna prisuppgift för grundersättning samt för planerade och oplanerade trafikförändringar. (Det finns en blankett för E37C och en blankett för E36C). Det framgår att det endast är dessa uppgifter som ska fyllas i.

Under rubriken 3 Kvalitet framkommer att beställaren kommer att utvärdera anbud med avseende på kvalitet utifrån två delkriterier för varje avtalsområde. Delkriterium 2 är antalet elbussar och delkriterium 1 är anbudsgivarens lösningar på fyra hypotetiska scenarier. Två för varje avtalsområde. I scenario 1 (E36C) har resandemönstret ändrats på grund av coronapandemin och anbudsgivaren ska presentera en lösning på hur denne hanterar detta. I scenario 2 (E36C) handlar det om att presentera en lösning för att minska antalet stående passagerare på sträckor på motorväg. I scenario 3 (E37C) ska anbudsgivaren presentera hur denne skulle lösa en situation där vägghållaren

byggt ett väsentligt antal gupp i områden där antalet alternativa resvägar är begränsat. I scenario 4 (E37C) har det skett en olycka i form av ett vattenledningsbrott längs en busslinje och anbudsgivaren ska presentera hur denne hanterar den tillfälligt förändrade trafiksituationen.

I punkt 3.1 anges att ”Presenterade lösningar är relevanta för anbudsutvärderingen endast om lösningarna avser utförandet av Uppdraget enligt respektive Uppdragsavtal.” och ”Presenterade lösningar kan, i relevanta delar, komma att intas som en del av Uppdragsavtalet.”

Under rubriken 3.2.1 Krav på redogörelser avseende delkriterium 1 anges vad redogörelserna för de olika scenarierna bör innefatta. Där framgår att scenarierna bl.a. bör innehålla ”En beskrivning av den konkreta påverkan på ersättningen, enligt Uppdragsavtalet, respektive förslag skulle innebära om förslagen skulle beställas av Beställaren.”

I punkt 3.3.1 redogörs för betygskriterierna för delkriterium 1 och vad som krävs av anbudsgivaren för att uppnå de olika betygen. I punkt 3.4 framgår att de betyg som redogörelserna för scenarierna får kommer att omräknas till kvalitetsbristpåslag. Under punkten 4 framgår sedan att det totala kvalitetsbristpåslaget som ett enskilt anbud eventuellt erhåller sammanläggs med anbudets totala anbudspris. Det är summan av det totala anbudspriset och det totala kvalitetsbristpåslaget utgör anbudets jämförelsetal. Anbudet med lägst jämförelsetal anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten anser att det framgår med tillräcklig tydlighet av upphandlingsdokumentet hur utvärderingen av anbuden ska ske och vad som tillmäts betydelse vid utvärderingen. Förvaltningsrätten kan inte se att det skulle ha skett någon sammanblandning av utvärderingskriterierna totalt

anbudspris och kvalitet. De båda utvärderingskriterierna redogörs för på ett tydligt sätt och under separata rubriker. I Frågor och svar, i svaret på fråga 63 förtydligar Regionen att totalt anbudspris inte beaktas inom ramen för utvärderingen av kriteriet kvalitet utan beaktas endast det på det sätt som anges i avsnitt 4 i beräkningen av respektive anbuds jämförelsetal. I svaret på fråga 33 förtydligar Regionen att de betygskriterier som gäller för Beställarens utvärdering av anbudens kvalitet framgår av Bilaga A2, avsnitt 3.3.

Det faktum att lösningsförslagen på de fyra hypotetiska lösningsförslagen även bör innefatta uppgifter om vilken påverkan som lösningen skulle få på ersättningen och att lösningsförslagen i relevanta delar kan tas in i uppdragsavtalet innebär inte i sig att utvärderingsmodellen blir otydlig. Eftersom upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande skulle det som Regionen framfört kunna finnas ett intresse att från Regionens del förhandla kring lösningsförslagen. Vidare är det enligt förvaltningsrätten tydligt att de efterfrågade redogörelserna hänför sig till kvalitetsbedömningen. Det framstår som rimligt att en utförlig lösningsbeskrivning för de åtgärder en anbudsgivare skulle vidta vid exempelvis ett ledningsbrott (scenario 4) även kan innehålla uppgifter om t.ex. vilka prisposter som skulle påverkas om en sådan olycka inträffade och trafiken behövde ledas om.

Det finns inte någon skyldighet enligt LUF att förhandla vid tillämpning av ett förhandlat förfarande. Vidare framgår tydligt i upphandlingsdokumenten att anbuderna kan komma att antas utan förhandling (se punkt 2.2.5 och 2.5 i de administrativa föreskrifterna). Det faktum att det inte genomförts förhandlingar med anbudsgivarna innebär således inte att Regionen handlat i strid med LUF eller de grundläggande principerna.

Förvaltningsrätten anser således att det med tillräcklig tydlighet framgår i upphandlingsdokumenten hur utvärderingen av anbuderna ska gå till och vad som ingår i bedömningen av kriterierna totalt anbudspris respektive kvalitet.

Förvaltningsrätten anser inte att det som Keolis fört fram om kontakterna efter sista anbudsdag, kalkylmötet den 7 september 2021 och telefonsamtalet den 14 september 2021 förändrar detta. Förvaltningsrätten anser inte heller att dessa kontakter föranlett en skyldighet för Regionen att förhandla inom ramen för det förhandlade förfarandet. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att upphandlingen inte kan anses stå i strid med LUF eller någon av de upphandlingsrättsliga principerna på de grunder som Keolis fört fram i denna del.

Har Regionen skapat sig fri prövningsrätt att ändra uppdragsavtalen efter tilldelning?

Vad Keolis för fram

Regionen anger i avsnitt 3.2.1 i utvärderingsbilagan att en presenterad lösning på ett scenario i relevanta delar kan komma att intas i uppdragsavtalet. I sitt svar på fråga nr 36 anger Regionen att för det fall en lösning ska intas i uppdragsavtalet kan så "enbart ske i samband med att Uppdragsavtalet ingås" samt att "[h]uruvida en lösning [...] (efter eventuell förhandling) intas som en del av Uppdragsavtalet är upp till Beställaren, som ensidigt beslutar om detta." Regionen har genom utvärderingsbilagan och Frågor och svar skapat en fri prövningsrätt åt sig själv avseende lösningsförslagen från anbudsgivarna. Detta eftersom Regionen har ensidig rätt att avgöra om och i så fall på vilket sätt en presenterad lösning från en anbudsgivare inom ramen för utvärderingskriteriet kvalitet är relevant och därmed – helt eller delvis, med eller utan föregående förhandling ska tas in i uppdragsavtalet. Denna brist i det konkurrensuppsökande skedet innebär en betydande osäkerhet för anbudsgivarna när de utformar sina anbud eftersom de inte alls vet hur lösningsförslagen kommer att hanteras efter tilldelningsbeslut. Anbudsgivarna har därmed inte kunnat utforma sina mest konkurrenskraftiga anbud. Denna fria prövningsrätt står i strid med transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LUF.

Regionens förbehåll att ensidigt och utan föregående förhandling kunna ändra innehållet i uppdragsavtalen är således direkt oförenligt med kraven på likabehandling och transparens.

Vad Regionen för fram

Uppdragsavtalet som slutligen tecknas måste motsvara upphandlingsdokumentet och det vinnande anbudet. Sådana justeringar förutsätter inte överenskommelse mellan Regionen och anbudsgivaren i fråga, men det rör sig inte om något totalt handlingsutrymme att ensidigt och skönmässigt ändra innehållet i avtalet efter tilldelningsbeslutet. Regionen har antagit ett anbud med visst innehåll och får pga. upphandlingslagstiftningen således inte ingå avtal rörande något annat.

Såvitt avser fråga och svar nr 36 bekräftas att justeringar i uppdragsavtalet endast kan ske i samband med att avtalet ingås. En justering av uppdragsavtalet i samband med att det ingås, t.ex. inarbetningen av en specifik lösning på ett tänkt problemscenario, kan innebära att lösningen tas i bruk först när vissa omständigheter är för handen. En sådan lösning kommer emellertid att vara del av avtalet när detta ingås. Det finns således ingen grund för påståendet att regionen skulle ha skapat sig ett totalt handlingsutrymme att ensidigt och skönmässigt ändra innehållet i avtalet efter tilldelningsbeslutet.

Det förhållandet att det är Regionen som avgör om förhandling ska ske i en upphandling och om en justering av avtalsutkastet behöver göras innebär inte att Regionen skulle ha en ensidig rätt att ändra uppdragsavtalet efter tilldelningsbeslut. Alla ändringar som görs baseras ju på innehållet i det vinnande anbudet och sker i syfte att säkerställa att avtalet som ingås motsvarar upphandlingsdokumenten och det vinnande anbudet. När Regionen t.ex. justerar uppdragsavtalet genom att föra in erbjudna priser, är det ju inte andra priser än de som förekommer i det vinnande anbudet som förs in. Detsamma

gäller lösningsförslagen. Att kalla detta en ensidig rätt för Regionen att ändra uppdragsavtalet efter tilldelning är inte korrekt.

Förvaltningsrättens bedömning

Som angetts ovan framgår det av upphandlingsdokumenten att presenterade lösningar, i relevanta delar, kan komma att intas som en del av uppdragsavtalet (se 3.1 i Bilaga A2 Utvärderingsmodell).

I Frågor och svar, fråga 36 vill frågeställaren ha ett förtydligande gällande vilka villkor som gäller i det fall en lösning kan komma att intas som en del av uppdragsavtalet. Regionen svarar följande. ”Anbudsgivaren ska inkomma med anbud enligt upphandlingsdokumentationen. Beställaren kan sedan ensidigt välja att besluta om förhandling av de delar för vilka så har angivits i föreskrifterna. Huruvida en lösning sedan (efter eventuell förhandling) intas som en del av Uppdragsavtalet är upp till Beställaren, som ensidigt beslutar om detta.”

Av transparensprincipen följer att en potentiell leverantör, för att kunna bedöma om denne kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud, måste få tillräcklig information om vad som krävs för en tilldelning av upphandlingskontraktet (se RÅ 2002 ref 50). Av likabehandlingsprincipen följer att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud. Anbudsgivarna måste t.ex. få tillgång till samma information samtidigt, så att ingen leverantör får ett övertag (jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 1336-14).

I det aktuella fallet har Regionen inom ramen för ett förhandlat förfarande haft möjlighet att besluta om den vinnande anbudsgivarens lösningsförslag på hypotetiska scenarier ska ingå i uppdragsavtalet eller inte. Enligt förvaltningsrättens mening faller detta inom den upphandlande myndighetens frihet och kan inte anses innebära att Regionen har haft en fri prövningsrätt

eller ett otillåtet handlingsutrymme. Vidare har informationen om att lösningsförslagen kan tas in i uppdragsavtalet tydligt framgått i upphandlingsdokumenten redan från början av upphandlingsförfarandet och alla leverantörer som varit intresserade av att lämna anbud har kunnat ta del av den informationen. Det som Keolis fört fram i denna del visar inte att upphandlingen skulle strida mot transparens- eller likabehandlingsprincipen eller någon annan bestämmelse i LUF.

Utgör uppdragsavtalen ramavtal och är löptiden i sådana fall förenlig med LUF?

Vad Keolis för fram

Uppdragsavtalen utgörs i grunden av två huvudavtal. Vad som framgår nedan i detta avsnitt om huvudavtalet för E36C och dess bilagor gäller även för avtalsområde E37C.

Det finns ingen på förhand bestämd volym utan busstrafiken (trafikproduktionen) som trafikutövaren har att tillhandahålla beror på Regionens behov. Uppdraget att tillhandahålla busstrafik förutsätter löpande beställningar från Regionen, dvs. leverantören tilldelas inte samtliga trafikuppdrag enligt uppdragsavtalen i samband med ingåendet av avtalen utan tilldelning av uppdrag (kontrakt) sker löpande under avtalstiden genom beställningar/avrop.

Förhållandet att trafikproduktion förutsätter beställning framgår tydligt av bland annat punkt 3.1.1 i huvudavtalet, där det anges att "[d]en busstrafik som ska erbjudas Resenärerna i Avtalsområdet beställs av Beställaren från Trafikutövaren" I enlighet med rangordningen av uppdragsavtalens olika handlingar äger huvudavtalet företräde framför bilagor och underbilagor. Angivandet av 70 procent som en nivå rörande volymförändringar i bilaga 9

om ersättning innebär inte att "det alltid kommer att föreligga en beställd trafik", såsom Regionen påstår, särskilt inte mot bakgrund av att trafikproduktion förutsätter beställningar enligt huvudavtalet, vilket äger företräde.

Härutöver har Regionen angivit en takvolym för respektive uppdragsavtal. Det saknas helt skäl att ange en takvolym för ett tjänstekontrakt eftersom volymen som ett kontrakt avser är bestämd i förväg. Keolis noterar härvid att det inte fanns några takvolymerna för uppdragsavtalen i den tidigare upphandlingen av busstrafik för avtalsområdena (E36) och (E37). Regionen avbröt den tidigare upphandlingen kort efter att Keolis anfört att uppdragsavtalen var att anse som ramavtal och att de stred mot LUF eftersom de, bland annat, saknade takvolym. Även om det inte framgår uttryckligen av Regionens skäl till att avbryta den tidigare upphandlingen, kan det förhållandet att Regionen har lagt till takvolymerna i upphandlingen inte förstås på annat sätt än att Regionen ansett att uppdragsavtalen utgör ramavtal som ska bedömas enligt LUF.

Uppdragsavtalen har en löptid om tio år, från april 2023 till april 2033. Det föreligger inga särskilda skäl enligt 7 kap. 2 § LUF som motiverar att uppdragsavtalen löper under en längre tid än åtta år. Det föreligger inte några särskilda skäl för att tillåta en längre avtalstid, strider uppdragsavtalen mot 7 kap. 2 § LUF.

Vad Regionen för fram

Uppdragsavtalen utgör tjänstekontrakt, eftersom de innebär ett helhetsåtagande avseende utförandet av kollektiv busstrafik i de två avtalsområdena E36C och E37C. Detta helhetsåtagande innefattar, utöver trafikproduktion, bl.a. trafikplanering, trafikinformation, biljettvalidering, fordonsanskaffning samt drift och underhåll av hållplatser och depåer. Leverantören åtar sig enligt avsnitten 1.1.3 och 14.2.2 i uppdragsavtalen att vid var tid under hela

avtalstiden (dvs. t.o.m. tio år räknat från driftstart) utföra detta helhetsåtagande. Inget av det nyss uppräknade är föremål för någon form av avrop.

Uppdragsavtalen innebär vidare att trafikutövaren, dvs. leverantören, under avtalstiden tar över den befintliga verksamheten i form av infrastruktur och personal för utförande av kollektiv busstrafik i de aktuella avtalsområdena. Det är ingenting som flyttas fram och tillbaka från år till år mellan beställare och trafikutövare beroende på om ett avrop görs eller inte.

Det som i uppdragsavtalen kallas trafikbeställning är en årlig specificering av trafikutbudet utifrån regionens beslut om trafikförsörjning och gällande budgetramar samt aktuell trafikutövares förslagna trafikförändring. Den årliga specificeringen, vilket sker genom regionens beställning, utgörs således av förändringen i trafik jämfört med föregående år. En sådan mekanik måste finnas i uppdragsavtalen, eftersom bl.a. politiska beslut och omvärldsfaktorer kan påverka utförandet av uppdraget. Den så kallade beställningen är emellertid inte en förutsättning för utförandet av uppdraget. Av avsnitt 2.2 i bilaga 9 till uppdragsavtalen framgår att volymförändringar inte kan medföra att beställd trafik under ett enskilt kalenderår understiger sjuttio (70) % av antalet utbudskilometer respektive utbudstimmar i grundproduktionen. Det kan således konstateras att det alltid kommer att föreligga en ”beställd trafik” som trafikutövaren är skyldig att utföra under hela avtalstiden.

I anledning av Keolis påstående att förekomsten av maxgränser såvitt avser utbudskilometer och utbudstimmar talar för att uppdragsavtalen utgör ramavtal, får regionen framhålla följande. Dessa maxgränser är tillkomna i anledning av att Keolis tidigare i förvaltningsrättens mål nr 16747-20 invände att motsvarande uppdragsavtal utgjorde ramavtal. Regionens uppfattning är att uppdragsavtalen utgör tjänstekontrakt, men maxvolymerna avseende utbudskilometer och utbudstimmar har införts som en säkerhetsåtgärd för att minska risken för åtgärd för det fall att domstol skulle finna att

uppdragsavtalen utgör ramavtal. Frågan om klassificeringen av uppdragsavtalen avgjordes inte i nämnt mål, eftersom ansökan drogs tillbaka efter att regionen avbrutit upphandlingen.

För det fall att förvaltningsrätten, trots det ovan anförda, skulle anse att uppdragsavtalen utgör ramavtal aktualiseras frågan om den tioåriga löptiden är förenlig med LUF eller inte. I nu aktuell upphandling motiverar anskaffningen av bussar en avtalstid på tio år. Detta är en avtalstid som regionen bedömer vara nödvändig för att leverantören under avtalstiden ska kunna återfå investeringen i fordon och kunna utveckla verksamheten och hitta effektivitetsvinster. Detta är vidare en avtalstid som är standard i avtal rörande kollektiv busstrafik.

Förvaltningsrättens bedömning

Av 7 kap. 2 § LUF framgår att ett ramavtal får löpa under längre tid än åtta år endast om det finns särskilda skäl. Av upphandlingsdokumenten framgår att uppdragsavtalet gäller till och med tio år räknat från driftstart (se punkt 14.2 i huvudavtalet). Av kollektivtrafikförordningen artikel 4.3. framgår att löptid för ett avtal om allmän trafik inte får överstiga 10 år för busstrafik.

Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till i denna del är om uppdragsavtalen är att betrakta som ramavtal och, om så är fallet, det föreligger sådana särskilda skäl som medför att avtalstiden kan bli längre än åtta år.

Som nämnts ovan är lagen om kollektivtrafik och kollektivtrafikförordningen tillämpliga i målet. Även om upphandlingen sker enligt LUF har förordningen och lagen företräde (jfr EU-domstolens dom i mål C-292/15 Hörmann Reisen). Vid den typ av upphandling av allmän kollektivtrafik med buss som är aktuell i målet, är det enligt nämnda lag och förordning fråga om tjänstekontrakt (se 4 a kap. 3 § kollektivtrafiklagen och artikel 5.1 kollektivtrafikförordningen).

Förvaltningsrätten anser därför att uppdragsavtalen i fråga inte utgör ramavtal utan tjänstekontrakt. Kravet på särskilda skäl enligt 7 kap. 2 § LUF vid avtalstider över åtta år är därför inte tillämpligt. Det saknas skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Har Regionen agerat i strid med dokumentationsplikten?

Vad Keolis för fram

Keolis hemställde i sitt första yttrande att Regionen skulle klargöra om något protokoll fanns upprättat från kalkylmötet mellan Regionen och Nobina. Regionen har angett att det inte finns något sådant protokoll. Keolis får härvid framhålla att regionen har en skyldighet enligt 12 kap. 14 § LUF att dokumentera genomförandet av en upphandling varvid dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Bestämmelsen bygger på artikel 100.2 i LUF-direktivet². I nämnda artikel anges bland annat att dokumentationsplikten innefattar "kommunikation med ekonomiska aktörer och interna överläggningar, utformning av upphandlingsdokumenten, eventuella dialoger eller förhandlingar samt urval och tilldelning av kontrakt". I skäl 132 till nämnda direktiv anges vidare särskilt att spårbarhet och öppenhet i upphandlingsförfaranden är av avgörande betydelse för att man ska kunna säkerställa att sunda förfaranden används.

Av de delar av Regionens inbjudan till Nobinas kalkylmöte som inte svartmarkerats framgår att väsentliga frågor kring de ekonomiska

²Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG

förutsättningarna för Nobinas anbud skulle avhandlas under mötet. Även om Keolis inte fått ta del av hela inbjudan kan konstateras att frågorna är av sådan vikt i upphandlingen att kalkylmötet är att jämföra med de exempel på vad som måste dokumenteras som nämns i artikel 100.2 i LUF-direktivet.

Vad Regionen för fram

12 kap. 14 § LUF kräver att dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Med beslut avses sådana som kan utsättas för överprövning (jfr. EU-domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle). Det förhållandet att det inte upprättats något protokoll från kalkylmötet mellan Regionen och Nobina kan inte anses stå i strid med aktuell bestämmelse av den enkla anledningen att mötet inte legat till grund för något beslut överhuvudtaget. Den dokumentationen som upprättats under upphandlingen är tillräcklig för att motivera alla Regionens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Förvaltningsrättens bedömning

Av 12 kap. 14 § LUF framgår att en upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Det är ostridigt i målet att Regionen inte fört protokoll eller på annat sätt dokumenterat kalkylmötet med Nobina. Keolis har emellertid inte konkretiserat på vilket sätt bolaget lidit eller riskerat att lida skada av avsaknaden av protokoll från mötet i fråga. Det saknas därmed skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad Keolis fört fram på denna grund.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att det som Keolis har fört fram inte utgör grund för ingripande enligt LUF. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Eva-Lotta Hedin

Lagman

Maria Brodin har varit föredragande.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.



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.