



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2016-08-16
Meddelad i Jönköping

Mål nr
2073-16

KONKURRENSVERKET	
2016-08-17	
Awd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Borås Lokaltrafik AB, 556043-2246
Svenljungagatan 39
507 63 Borås

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och jur. kand. Amir Daneshpoo
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

MOTPART

Västtrafik AB, 556558-5873
Box 123
541 23 Skövde

Ombud: Advokat Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Västtrafik AB (Västtrafik) har genomfört ett förhandlat upphandlingsförfarande, som benämns Trafik 2014 och som omfattar Skaraborg, Uddevalla, Norra Bohuslän, Kungälv och Borås. I upphandlingen kunde anbud lämnas på varje enskilt i förfrågningsunderlaget angivet Trafikåtagande (TÅ) och på tillåtna kombinationer av TÅ. Såvitt avsåg TÅ 50, Borås stadstrafik, antogs genom tilldelningsbeslut den 18 juni 2013 annan leverantör än Borås Lokal-

Dok.Id 202843

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	---	--------------------------------	---

trafik AB (bolaget), nämligen Nobina Sverige AB (Nobina) och bolaget ansökte om överprövning. Förvaltningsrätten förordnade i dom den 23 januari 2014 i mål nr 3020-13 att upphandlingen skulle göras om såvitt avsåg TÅ 50, Borås stadstrafik. Västtrafik överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Jönköping som i dom den 27 augusti 2014 i mål nr 461-14 upphävde förvaltningsrättens dom och återförvisade målet till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning. Kammarrättens dom överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen som genom slutligt beslut den 3 oktober 2014 i mål nr 5038-14 beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Därefter avslog förvaltningsrätten bolagets ansökan om överprövning i dom den 20 november 2014 i mål nr 4119-14. Bolaget överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Jönköping som i dom den 5 januari 2016 i mål nr 3506-14 avslog överklagandet. Kammarrättens dom överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen som genom slutligt beslut den 22 februari 2016 i mål nr 303-16 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

Västtrafik tecknade avtal med den genom tilldelningsbeslut antagna leverantören Nobina den 1 april 2016 (avtalet benämns fortsättningsvis Trafikavtalet). Bolaget har ansökt om överprövning av Trafikavtalets giltighet.

Föreskrifter i förfrågningsunderlagets modellavtal (Modellavtalet)

Avtalet omfattar tiden från det att avtal undertecknats av båda parter och för TÅ 50 till augusti 2022 (8.1 Avtalstid). Trafikstart sker för TÅ 50 den 17 augusti 2014 (8.3 Trafikstart). Förlängning av avtalstiden kan för TÅ 50 ske från tidtabellsskiftet i augusti 2022 till tidtabellsskiftet i augusti 2024 (8.5 Förlängning av avtalstiden).

Leverantörens ersättning för utförda tjänster består av en rörlig och en fast ersättning (10.1 Ersättningsformer). För TÅ 50 gäller den rörliga ersättningen fr.o.m. den 1 januari 2016 och under resterande del av avtalstiden (10.1.1 Rörlig ersättning). Ersättningen betalas ut månadsvis i efterskott och

regleras med ett vägt index. Indexet består av i tabell nämnda index med en förskjutning bakåt i tiden från trafikmånaden. Den rörliga ersättningen per resa enligt 10.1.1 utbetalas i andra månaden efter trafikmånaden och har därmed ytterligare en månads förskjutning av index. Basmånad för samtliga priser i avtalet är september 2012 och avser priser exklusive mervärdesskatt. De index som ingår är personal, nyfordonsanskaffning, drivmedel, fordon/finansiering och allmänt. För allmänt används indextypen NPI, förskjutning bakåt med två månader, och har en vikt på 10–20 procent. Angivna index tillämpas både på den fasta ersättningen och på den rörliga ersättningen i enlighet med detta avtal. För det fall delkomponent i indexkorgen upphör att publiceras ska denna komponent ersättas med ett likvärdigt index som rekommenderas gemensamt av Västtrafiks branschorganisation Svensk Kollektivtrafik och Bussbranschens Riksförbund. Kostnader och intäkter som påverkar den i avtalet aktuella verksamheten och som inte får genomslag i index ska hanteras av Indexrådet för rekommendation (10.4 Indexreglering).

Föreskrifter i Trafikavtalet

Avtalet omfattar tiden från det att avtal undertecknats av båda parter och för TÅ 50 till mars 2025 (8.1 Avtalstid). Trafikstart sker för TÅ 50 den 2 april 2017 (8.3 Trafikstart). Förlängning av avtalstiden kan för TÅ 50 ske från mars 2025 fram till mars 2027 (8.5 Förlängning av avtalstiden).

Leverantörens ersättning för utförda tjänster består av en rörlig och en fast ersättning (10.1 Ersättningsformer). För TÅ 50 gäller den rörliga ersättningen fr.o.m. den 2 april 2018 och under resterande del av avtalstiden (10.1.1 Rörlig ersättning). Ersättningen betalas ut månadsvis i efterskott och regleras med ett vägt index. Indexet består av i tabell nämnda index med en förskjutning bakåt i tiden från trafikmånaden. Den rörliga ersättningen per resa enligt 10.1.1 utbetalas i andra månaden efter trafikmånaden och har därmed ytterligare en månads förskjutning av index. Basmånad för samtliga

priser i avtalet är september 2012 och avser priser exklusive mervärdesskatt. De index som ingår är personal, nyfordonsanskaffning, drivmedel, fordon/finansiering och allmänt. För allmänt används indextypen KPI, förskjutning bakåt med två månader. Angivna index tillämpas både på den fasta ersättningen och på den rörliga ersättningen i enlighet med detta avtal. För det fall delkomponent i indexkorgen upphör att publiceras ska denna komponent ersättas med ett likvärdigt index som rekommenderas gemensamt av Västtrafiks branschorganisation Svensk Kollektivtrafik och Bussbranschens Riksförbund. Kostnader och intäkter som påverkar den i avtalet aktuella verksamheten och som inte får genomslag i index ska hanteras av Indexrådet för rekommendation (10.4 Indexreglering).

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Trafikavtalet är ogiltigt.

Västtrafik anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Västtrafik har, med ändring av och i strid med förutsättningarna som angavs i förfrågningsunderlaget, ingått avtal med Nobina. Det innebär att Nobina har fått andra förutsättningar än övriga anbudsgivare samt andra potentiella anbudsgivare. Trafikavtalet utgör således inte en del av den annonserade upphandlingen. Ändringarna medför att Västtrafik har genomfört en otillåten direktupphandling. Trafikavtalet ska därför ogiltigförklaras.

Avtalstiden i Trafikavtalet stämmer inte överens med avtalstiden i Modellavtalet. En ändring av avtalstiden medför att potentiella anbudsgivare skulle

ha kunnat lämna anbud om de haft kännedom om den ändrade avtalstiden. Vidare kommer bolaget och andra potentiella leverantörer att stängas ute från konkurrens i ytterligare två och ett halvt år jämfört med vad som upphandlats. Detta utgör en väsentlig ändring av förfrågningsunderlaget/avtalet.

Västtrafik har gjort ändringar avseende kvalificeringstiden för rörlig ersättning utan stöd i Modellavtalet. En sådan ändring innebär i praktiken att Nobina erhåller mer ersättning än vad Modellavtalet medger. Västtrafik har även bytt ut ett index som föreskrivits i Modellavtalet. Istället för NPI används KPI, vilket innebär fördelar för Nobina. På dessa grunder har den ekonomiska jämvikten i Trafikavtalet ändrats till förmån för Nobina. Därvid bör beaktas att bolaget inhämtat följande uppgift beträffande NPI från Statistiska centralbyråns (SCB) hemsida:

Nettoprisindex (NPI) som index kommer att fhasas ut och publiceringen på SCB:s hemsida har upphört från och med januari 2014. SCB har ett särskilt uppdrag att beräkna NPI till och med 31 december 2018 med tanke på de befintliga kontrakt där NPI används. Under denna period kommer Trafikverket att redovisa NPI på sin hemsida enligt överenskommelse med SCB.

Det är således endast publiceringen av NPI på SCB:s hemsida som har upphört. NPI redovisas (publiceras) till och med den 31 december 2018. Även om Västtrafik säger sig ha följt Indexrådets rekommendation är det fråga om en väsentlig ändring. Bytet av index medför en tydlig fördel för Nobina som innebär att den ekonomiska jämvikten ändrats till förmån för Nobina.

Vad gäller frågan om tvingande hänsyn till allmänintresse bör beaktas att trafikstarten är beräknad till den 2 april 2017. Det har därmed inte funnits något tidsmässigt hinder för att annonsera och genomföra en ny upphandling enligt reglerna i LUF.

Västtrafik

Trafikavtalet innehåller inga ändringar i förhållande till avtalsvillkoren i Modellavtalet som enskilt eller tillsammans utgör otillåtna väsentliga ändringar. Trafikavtalet innebär inte att ett nytt avtal har tilldelats genom en otillåten direktupphandling. Trafikavtalet ska därför inte ogiltigförklaras.

Även om förvaltningsrätten skulle finna att ett avtalsvillkor väsentligen ändrats ska Trafikavtalet bestå p.g.a. tvingande hänsyn till allmänt intresse.

Ingåendet av Trafikavtalet har föregåtts av en överprövningsprocess, initierad av bolaget, som pågick den 28 juni 2013–22 februari 2016, d.v.s. under två år och nästan åtta månader. Trafikstarten har som en logisk följd av den utdragna överprövningsprocessen skjutits framåt. Av Modellavtalet framgår att avtalstiden ska vara åtta år med möjlighet till förlängning i två år. Den i Trafikavtalet föreskrivna avtalstiden är åtta år med möjlighet till två års förlängning. Avtalstiden har således inte utökats eller förlängts, utan enbart förskjutits framåt.

Förändringen av tiden från avtalsstart till dess att incitament kan komma ifråga är några månader kortare enligt Trafikavtalet än enligt Modellavtalet. Det är fråga om en mindre justering som innebär att rörlig ersättning istället för fast kan utgå under ytterligare 4,5 månader. Detta innebär inte per automatik att Nobina erhåller högre ersättning utan innebär i lika mån en risk för lägre ersättning. Vidare bör beaktas att KPI-delen endast utgör en mindre del (10–20 procent) av den indexkorg som används vid kommande indexuppräknningar. Om KPI är något högre än NPI kommer det endast att mycket marginellt, på promillenivå, påverka en eventuell uppräknings av ersättningen. Aktuell tidpunkt har likväl nu justerats fram med 4,5 månader. Någon ändring av ersättningsnivån vad gäller tidpunkten för möjligt incitament har således inte skett. Vad gäller förändring av index har Indexrådet den 20 ok-

tober 2014 publicerat rekommendationen att NPI inte längre ska användas för framtida upphandlingar och ingångna avtal. Av ”Rekommendation för tillämpning av ny kostnadsindikator istället för NPI”, publicerad av Partnersamverkan för en förbättrad kollektivtrafik, framgår att Indexrådet rekommenderar att KPI ersätter NPI i kommande upphandlingar och ingångna avtal. Vidare framgår hur NPI ska konverteras till KPI i redan ingångna avtal. Parterna i Trafikavtalet (Västrafik och Nobina) har följt Indexrådets rekommendation och regleringen i Modellavtalet och Trafikavtalet och således enats om att konvertera NPI till KPI. En sådan konvertering hade skett oavsett om avtalstiden hade varit helt oförändrad och oavsett vem som hade tilldelats avtalet i upphandlingen. Någon otillåten ändring av indexregleringen har inte skett.

Kollektivtrafiken har en viktig samhällsekonomisk funktion och är nödvändig för att upprätthålla den allmänna ordningen och säkerheten i samhället. Kollektivtrafiken är även en tjänst som i hög grad påverkar människors liv och hälsa. Att säkerställa en fungerande kollektivtrafik för medlemmarna i kommunen måste anses vara ett sådant tvingande hänsyn till allmänintresse som gör att Trafikavtalet under alla förhållanden ska bestå. Därvid bör beaktas att en upphandlande enhet, enligt den branschgemensamma rekommendationen, bör räkna med tre år för genomförandet av en upphandling av aktuellt slag. Skälen härtill är bl.a. att en upphandlande enhets avsikt att genomföra en upphandling måste annonseras minst ett år i förväg. Därefter ska hela upphandlingen genomföras. Efter tilldelning av kontrakt krävs en etableringstid för anskaffning av fordon och depåer m.m. En upphandlande enhet måste också ta höjd för en eventuell överprövningsprocess. Det hade således varit helt omöjligt att genomföra en ny annonserad upphandling som möjliggjort trafikstart den 2 april 2017.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 2 kap. 27 § LUF avses med förenklat förfarande ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

I 16 kap. 4 § LUF anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

Av 16 kap. 13 § LUF framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3, 4 eller 5 §, 13 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §. Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

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

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LUF som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se rättsfallet RÅ 2009 ref. 69).

Av EU-domstolens praxis framgår att de väsentliga villkoren i upphandlingen inte får ändras, varken vid ingående av ett nytt (ursprungligt) kontrakt eller vid ändring av det ursprungliga kontraktets bestämmelser under dess löptid. Om så ändå sker kan det vara fråga om en otillåten direktupphandling. En ändring av de väsentliga villkoren anses föreligga om bestämmelserna i det aktuella kontraktet skiljer sig från de ursprungliga bestämmelserna i förfrågningsunderlaget och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren. En ändring kan anses betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs. En ändring kan även anses betydande om kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i förfrågningsunderlaget (jfr EU-domstolens dom i mål C-454/06 Pressetext).

Parterna är överens om att det gjorts ändringar i Trafikavtalet i förhållande till förfrågningsunderlaget/Modellavtalet. Vad förvaltningsrätten har att pröva är om dessa ändringar ska anses utgöra sådana otillåtna ändringar av

väsentliga villkor i LUF:s mening som medför att en otillåten direktupphandling föreligger. Om så befinns vara fallet har förvaltningsrätten att pröva om det finns anledning att trots detta låta avtalet bestå p.g.a. att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Alla ändringar av villkor vid ingående eller ändring av upphandlingskontrakt är inte otillåtna. Det kan inte anses otillåtet att det görs vissa justeringar till följd av förändrade omständigheter efter förfrågningsunderlagets publicering. Sådana justeringar får dock inte vara så betydande att upphandlingens grundläggande eller väsentliga villkor ändras. Vad gäller den ändring av de ursprungliga bestämmelserna om avtalstid som skett så är denna föranledd av en utdragen överprövningsprocess och innebär inte att den totala avtalstiden ändras. Avseende ändringen av kvalificeringstiden för rörlig ersättning är denna återställd och saknar därför betydelse. Vad gäller förändringen av visst index så är denna föranledd av en ny rekommendation från det s.k. Indexrådet. Förändringarna synes inte påtagligt förändra parternas respektive prestationer. De framstår inte heller som godtyckliga eller motiverade av en önskan att särskilt gynna Nobina. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att bolaget inte har förmått göra sannolikt att ändringarna, varken sedda för sig eller tillsammans, medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändrats till förmån för Nobina på ett sätt som inte föreskrevs i förfrågningsunderlaget/Modellavtalet, eller på annat sätt medför att väsentliga villkor i upphandlingen/kontraktet ändras.

Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten att bolaget inte förmått göra sannolikt att förutsättningarna för ogiltighet enligt 16 kap. 13 § LUF är uppfyllda. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1 D LOU)

Kjell Hammarborg

Ewa Nordström

Rådmannen Kjell Hammarborg och förvaltningsrättsfiskalen Ewa Nordström har avgjort målet. Föredragande juristen Ulf Nordberg har varit föredragande.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.