



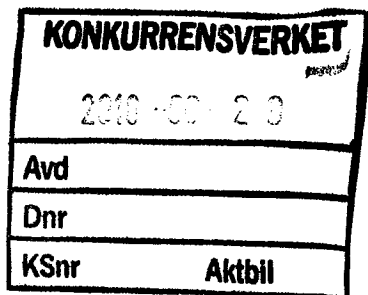
**KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 04

DOM

2018-06-27

Meddelad i Stockholm

Mål nr 7249-17



KLAGANDE

SAPS Facility Services AB, 556701-7115

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind och biträdande jurist Erik Jansson

MOTPART

Stockholms läns landsting

Ombud: Advokat Pernilla Carlsson Rasiwala

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 23 november 2017
i mål nr 7379-17, se bilaga A

SAKEN

Upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Dok.Id 432078

Postadress
Box 2302
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 5

Telefon
08-561 690 00
E-post: kammarrattenistockholm@dom.se
www.kammarrattenistockholm.domstol.se

Telefax
08-14 98 89

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

SAPS Facility Services AB (Saps) yrkar i första hand att avtalet mellan Stockholms läns landsting (SLL) och Modul-System Sweden AB (Modul-System) ska ogiltigförklaras och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Saps hänvisar till samma grunder och omständigheter som i förvaltningsrätten och för därutöver fram bl.a. följande. Leverantören i upphandlingen tar i princip all risk då det inte är möjligt att förutse omfattningen av insatserna under avtalstiden. Förteckningen över ärendestatistik är strukturerad på ett sådant sätt att informationen blir tämligen svårtillgänglig. Det framgår inte med tillräcklig tydlighet hur ansvarsfördelning och villkor för ersättning regleras. Det framgår inte heller när vissa ersättningar träder i kraft. Modul-System har på grund av sitt tidigare uppdrag en fördel som SLL har varit skyldig att neutralisera.

Det finns ingen uppgift om vilka nya spärrar som ska installeras, vilka serviceintervall som kommer att föreskrivas från tillverkaren, för vilka spärrar det kommer att finnas reservdelar eller vad dessa kommer att kosta. Anbudstiden har inte varit tillräckligt lång för att det ska vara möjligt att manuellt gå igenom alla poster. En kortare avtalstid hade underlättat såväl anbudsarbete som genomförande. Onormalt långa avtalstider kräver att kriterierna för särskilda skäl i bestämmelserna om ramavtal ska vara för handen.

SLL anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. I upphandlingsdokumentationen har funktionskraven i entreprenaden beskrivits ingående. I en funktionsupphandling förekommer sällan mer detaljerade arbetsinstruktioner eller information om historisk materialåtgång, eftersom leverantören själv får bestämma vilket arbete som ska utföras. Det är möjligt att Modul-System i egenskap av tidigare

leverantör till SLL vid entreprenader som liknar den nu aktuella skulle kunna ha en viss fördel. Den eventuella fördelen torde dock vara mycket begränsad eftersom omfattningen och utformningen av entreprenaden skiljer sig avsevärt från det uppdrag som Modul-System tidigare har haft. I vart fall är det inte fråga om någon otillbörlig fördel som SLL är skyldig att neutralisera.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Villkoren i avtalet mellan SLL och Modul-System är inte formulerade på ett sådant sätt att avtalet blir ogiltigt om en ansökan om överprövning enligt upphandlingslagstiftningen görs. Kammarrätten anser därför i likhet med förvaltningsrätten att prövningen i målet ska avse frågan om giltigheten av det avtal som ingåtts mellan SLL och Modul-System.

Det som SAPS har fört fram i kammarrätten och det som i övrigt har kommit fram i målet medför inte att kammarrätten gör någon annan bedömning än den förvaltningsrätten har gjort i fråga om avtalets giltighet. Överklagandet ska därför avslås.

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

Peder Liljeqvist
lagman
ordförande

Eva Gullfeldt
kammarrättsråd

Pia Cedermark
kammarrättsråd
referent

Ragnar Fahlin Strömberg
fiskal
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2017-11-23

Meddelad i Stockholm

Mål nr

7379-17

SÖKANDE

SAPS Facility Service AB, 556701-7115

Ombud: Advokat Jimmy Cernelind och biträdande jurist Erik Jansson

MAQS Advokatbyrå AB

Box 11918

404 39 Göteborg

MOTPART

Stockholms läns landsting

Ombud: Advokat Pernilla Carlsson Rasiwala

ELICI Advokat AB

Nora Strand 20

182 38 Danderyd

SAKEN

Upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 911821

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		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) genomför som förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) en upphandling av drift och underhåll avseende spärrar och spärrluckor, dnr TN 2016-0621. I underrättelse om tilldelningsbeslut meddelade SLL att Modul-System Sweden AB (Modul-System) skulle tilldelas kontrakt. Avtalsspärr gällde t.o.m. den 27 mars 2017. Saps Facility Service AB (Saps) ansökte den 27 mars 2017 om överprövning av upphandlingen. SLL ingick den 28 mars 2017 avtal med Modul-System.

Förvaltningsrätten beslutade den 7 april 2017 att avtalet inte får fullgöras innan något annat bestämts.

Saps yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att det avtal som ingåtts med anledning av upphandlingen ska ogiltigförklaras och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som grunder anförs i huvudsak följande. SLL genomför upphandlingen på ett sätt som inte är förenligt med principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet. SLL har tecknat avtal trots att förlängd avtalsspärr infallit. Saps har lidit skada genom att i praktiken sakna möjlighet att lämna anbud och vinna kontraktet.

SLL bestrider bifall till ansökan. SLL anser att ansökan bör hanteras som en överprövning av upphandlingen. Som grunder anförs i huvudsak följande. SLL har genomfört upphandlingen i enlighet med de grundläggande principerna i LUF. Upphandlingsunderlaget har varit transparent för anbudsgivarna, upphandlingen har genomförts likabehandlande och avtalstiden är förenlig med LUF. Saps har inte riskerat att lida skada.

VAD PARTERNA ANFÖR

Saps

Överprövning av upphandling eller avtals giltighet

I 16 kap. LUF talas om avtal som har slutits och av praxis följer att avtal som inte längre gäller på grund av att de har löpt ut kan ogiltigförklaras. Det bör innebära att förvaltningsrätten i första hand ska pröva om avtalet ska ogiltigförklaras. SLL:s kontraktsvillkor friar SLL från skadeståndsanspråk från Modul-Systems sida och bör ses som en sak mellan SLL och Modul-System. Vidare noteras att enligt kontraktets ordalydelse kommer avtalet inte heller att träda ikraft för det fall Saps återkallar ansökan, eftersom målet då avslutas genom ett avskrivningsbeslut. Saps överlåter bedömningen till förvaltningsrätten.

Generellt om upphandlingen och risk

Upphandlingen är utformad som en funktionsentreprenad till fast pris. Detta innebär att leverantören åtar sig att under viss tid, maximalt nio år, se till att funktionaliteten i spärrarna och spärrluckorna upprätthålls. Upphandlingen avser att vid behov vidta åtgärder för att upprätthålla funktionen i spärrsystemet. Den faktiska mängden utfört arbete kommer därmed att styras av verksamhetens behov. Det framgår därutöver att behovet kommer förändras då såväl om- som tillbyggnad kommer att ske under avtalsperioden. I vilken utsträckning detta kommer att ske framgår inte. Ersättningen består huvudsakligen av ett fast pris. Det är i huvudsak detta pris som styr resultatet i utvärderingen. I vissa delar kan dock rörlig ersättning utgå. Denna ersättning utgår i så fall i huvudsak med timersättning som fastställs av SLL.

För att anbudsgivare skulle ha möjlighet att kalkylera sina anbud presenterade SLL sammanställd historisk data för uppdraget avseende år 2015. En ny version presenterades under anbudstiden. Därutöver presenterades ett antal excelfiler med specificerad information uppdelad på spärrar och spärrluckor

för varje år 2012–2015. Till dessa fanns en förklaring. Även ett dokument kallat "objektsinformation" som bl.a. utvisar hur många passagerare som passerat spärrensarna fanns tillgängligt.

Leverantören tar i princip all risk och i princip inget av den ekonomiska risken ligger kvar på den upphandlande myndigheten, vilket karaktäriserar upphandlingar enligt LOU och LUF. När den ekonomiska risken övergår på leverantören är det som huvudregel inte längre fråga om upphandlingar enligt LOU eller LUF. Det rör sig om koncessioner. Upphandlingen kan dock inte sägas utgöra en regelrätt tjänstekoncession. En begränsad risk går att överföra på leverantörerna även beträffande upphandlingar enligt LOU och LUF. Den risk som går att överföra ökar om ersättning sker på löpande räkning, men minskar när leverantörerna ersätts med fast pris. Upphandlingen har också stora inslag av ramavtalsupphandling eftersom behovet inte går att förutse och merparten av de arbetsuppgifter som omfattas av entreprenaden de facto sker efter avrop. Även om LUF är korrekt tillämplig lag på förvaltningsentreprenaden innehåller den allt för stora inslag av tjänstekoncession och ramavtal för att de allmänna principerna ska kunna upprätthållas med den valda ersättningsmodellen.

Det historiska underlaget

Sammanställningen över historisk förbrukning av delar innehåller uppgift om hur många reservdelar av olika typer som gått åt. Detta sker genom ett namn på reservdelen samt antal som förbrukats. Artikelnummer framgår inte. Sammanställningen omfattar inte alla kostnader. Exempelvis anges under p. 1 att vissa kostnader som tidigare utförts av beställaren inte omfattas men bedöms vara av begränsad omfattning. Av p. 3 framgår att sammanställningen endast avser sådana reservdelsposter som ackumulerat överstiger ett värde om 10 000 kr under 2015. Hur många andra sorters reservdelar det rör sig om framgår inte. Det framgår inte vad de totala kostnaderna uppgått till, vad kostnaderna per kategori uppgått till eller vad kostnaden för icke redovisade

reservdelar uppgått till. Information om reservdelskostnader är en väsentlig del (uppskattningsvis ca 35–45 procent) i att kunna beräkna ett anbud.

Saps har under anbudstiden ställt frågor angående det historiska underlaget och har begärt att få del av en förteckning över reservdelar, artikelnummer för de reservdelar som är listade och att få information om hur många timmar som köpts in år 2014 och 2015 samt hur bemanningen ser ut i antal tekniker i dagsläget. Detta har nekats av SLL.

Namnen på reservdelar stämmer, i vart fall i de delar de avser material från en tillverkare, inte överens med de prislistor som att går att få tag på för en anbudssökande. Tillverkaren kan i delar inte utläsa vilken reservdel som avses. För vissa reservdelar framgår överhuvudtaget inte vilken leverantör prisuppgift kan hämtas från. Det är således omöjligt för en potentiell anbudsgivare att utläsa vad kostnaden för reservdelar kan tänkas uppgå till.

Vidare finns excelark med samtliga felanmälningar och åtgärder åren 2012–2015 listade. Dessa avser tidigare utfört arbetes omfattning. Dokumentet innehåller totalt 34 345 olika poster med åtgärder som ligger inom avtalets område. Varje post har 21 kolumner med information såsom tidsåtgång, plats och en fritextbedömning av felet. Mängden åtgärder varierar kraftigt över åren. Det saknas information om huruvida statistiken omfattar samtliga arbetsuppgifter inom avtalet eller om det kan finnas ytterligare åtgärder som också kan bli aktuella. Statistiken ska dock enligt uppgift inte innehålla åtgärder som faller utanför avtalet.

Informationen är inte strukturerad på ett sätt som gör att den är möjlig att sammanställa på ett automatiserat sätt för att få kännedom om vilka åtgärder som vidtagits och därigenom beräkna kostnader, även om tidsåtgång för åtgärderna framgår. En sådan beräkning förutsätter manuell genomgång av samtliga 34 345 poster för att kategorisera vilken sorts arbetsuppgift det avser

och beräkna kostnaden för denna. Även om detta görs framgår inte vilka eventuella reservdelar som behövt användas. Vidare har uppdraget tidigare haft två aktörer för underhåll och reparationer. I nu aktuell upphandling ska leverantören genomföra även den första kontrollen. Det innebär att statistiken inte motsvarar den omfattning som nu upphandlat uppdrag har. Ingen närmare information om förvaltningsbeståndets ålder och skick har lämnats. Inte heller har något närmare underlag för vilka ombyggnationer eller utbyten som planeras göras tillställts potentiella anbudsgivare.

Även vad gäller historiska kostnader föreligger oklarheter. Av dokumenten framgår inte hur uppdelningen mellan skadegörelse och andra byten har gjorts. Det framgår inte om sådana byten som orsakats av skadegörelse räknats in i den generella posten för glasbyten eller om dessa är separata. Inte heller framgår fördelningen mellan glas och t.ex. kortdatorer.

Utvärderingsmodellen och priserna

Utvärderingsmodellen är baserad på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. För de anbud som uppfyller krav på kvalitet ska utvärdering av pris ske baserat på pris för fast ersättning, pris för fast ersättning för administrativ förvaltning och pris för à-priser. Sammanfattningsvis kan sägas att en stor andel av ersättningen ska utgå enligt fastpris. I vilken utsträckning ersättning också kan utgå enligt reglerna för rörlig ersättning och årlig pott är högst oklart.

Förfrågningsunderlaget är otydligt och brister i transparens

Förfrågningsunderlaget är otydligt och användbart underlag saknas. Otydligheten leder till tvivel om uppdragets omfattning och det är inte möjligt för en anbudsgivare att utifrån förfrågningsunderlaget kalkylera ett rimligt pris. Det går inte ens vid starttiden för avtalet att utläsa vilket arbete som egentligen ska utföras, vilken omfattning arbetet har eller hur detta ska ersättas. Inte hel-

ler framgår någon information ur vilken kan utläsas kostnader för reservdelar för uppdragets genomförande.

Detta förstärks av att upphandlingen har en avtalstid om nio år. De oklarheter som finns avseende uppdragets omfattning och ersättningen för denna kommer att bestå och få större konsekvenser allt eftersom tiden går. Dessutom förutskickar SLL att ombyggnationer kommer att ske under tiden. Omfattningen av dessa specificeras dock inte men i takt med att de genomförs kommer både arbetets omfattning och priserna för reservdelar att förändras. Vidare har det blivit känt för Saps att en av de huvudsakliga tillverkarna och leverantörerna av spärrsystemen ska uppdatera sitt sortiment. Det innebär att det i framtiden kommer att vara en annan form av spärrar med andra reservdelar. Kostnaden för dessa reservdelar är helt okänd för anbudsgivare men får antas utgöra en väsentlig kostnad enligt uppdraget.

Inom ramen för uppdraget ligger också att etablera ett reservdelslager inför uppdragets start, inklusive att anordna förvarig av reservdelarna. Detta ska ske trots att SLL vägrar meddela såväl vilka reservdelar som förekommer inom det nu aktuella beståndet som en uppskattning av vilken lagervolym ett sådant lager kan kräva.

En anbudsgivare kan visserligen utläsa mängden spärrar och spärrluckor som uppdraget i dagsläget avser. Exakt vilka förpliktelser man åtar sig avseende dessa går dock inte att utläsa. Inte heller är det möjligt att identifiera beräknad arbetsinsats eller kostnad för att underhålla spärrarna i nuläget. Dessutom är det helt okänt för en anbudsgivare vilken utrustning uppdraget kommer att omfatta i framtiden, även om en justering av ersättningen sker för tillkommande spärrar.

Valet av funktionsupphandling inskränker inte skyldigheten att upprätthålla transparensprincipen. Saps delar SLL:s uppfattning att det inte går att sia om

framtiden i entreprenaden och att leverantören inte kan använda det historiska underlaget för att räkna på entreprenaden. Det beror på att upphandlingen genomförts som en funktionsupphandling till i huvudsak fast pris. Det bestrids att en normalt omsorgsfull anbudsgivare hade kunnat förstå upphandlingens omfattning och hur ersättning kunde komma att utgå. Saps har en god och gedigen branschkunskap.

Förfrågningsunderlaget är utformat i strid med likabehandlingsprincipen

I upphandlingar får i vissa fall godtas att en befintlig leverantör kan ha ett visst informationsövertag. Det är dock upp till den upphandlande myndigheten att försöka minimera detta i syfte att upprätthålla konkurrensen. SLL har konsekvent vägrat presentera underlag som hade möjliggjort för en utomstående anbudsgivare att med någon större säkerhet kalkylera ett anbud. Sådant underlag hade kunnat vara information om artikelnummer på reservdelar, mängden avropade timmar eller en uppgift om hur mycket av tidigare utfört arbete som skulle ersatts enligt principerna för rörlig ersättning. Dessa uppgifter har varit tillgängliga och möjliga att publicera för SLL. Detta har lett till att Modul-System otillbörligt gynnats. Bolaget måste förutsättas ha egna metoder för att utvärdera sitt tidigare arbete, vilket leder till en osund konkurrensfördel. Modul-System har tillgång till statistik över sådana frågor som är centrala för anbudsgivningen och som SLL vägrat tillhandahålla. I vart fall kan detta garanterat sägas om uppgifter om artikelnummer och pris för reservdelar samt antal åtgärder vars kostnad överstigit tröskelbeloppen för rörlig ersättning.

Förhållandet att det historiska underlaget inte kan användas för att kalkylera ett anbud med en avtalstid om nio år gäller inte på samma sätt för Modul-System. Endast Modul-System känner till förvaltningsbeståndets skick. Denna information har det inte varit omöjligt för SLL att förse anbudsgivarna med.

SLL har också vägrat lämna ut de driftsinstruktioner som ostridigt funnits tillgängliga. Även genom detta har SLL försvårat för annan än Modul-System att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Modul-System känner i detalj till vilka arbeten och hur många som har ersatts enligt principerna för löpande räkning. Denna uppgift hade också med inte allt för betungande arbetsinsats varit enkel för SLL att presentera. SLL har haft möjlighet att utjämna informationsövertaget i betydligt större mån än som skett.

Avtalstiden är för lång

Avtalstiden är oproportionerligt lång då den utestänger konkurrens från marknaden på ett otillbörligt sätt. Tillåten avtalstid ska bedömas i det enskilda fallet med beaktande av relevanta omständigheter. Nio år får anses vara en osedvanligt lång avtalstid. Normalt sett brukar inte avtal sträcka sig längre än fyra eller fem år. Om en upphandlande myndighet får möjlighet att ingå avtal på längre tid än som är motiverat motverkas konkurrensen. De skäl som SLL anför, att tanken är att avtalet ska upphöra samtidigt som avtalet för driften av tunnelbanan upphör för att sedan samordnas, är inte skäl som motiverar en så lång avtalstid. Skälet är inte kopplat till upphandlingsföremålet i sig. Vad SLL anför om möjlighet för leverantör att kompensera för förluster under avtalstiden utgör inte sådana skäl som kan göra en i sig konkurrensbegränsande avtalstid tillåten. Det finns inget sakligt skäl i form av exempelvis investeringsbehov eller specialutbildning som motiverar en nioårig avtalstid. SLL:s behov och syfte hade enkelt kunnat uppfyllas genom att under perioden genomföra två upphandlingar om fyra respektive fem år. I sammanhanget ska också beaktas att upphandlingen i många delar har karaktären av ett ramavtal. Uppdragets utförande är nästan helt avropsstyrt. I lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna gäller en tidsgräns om maximalt åtta år. Det finns inga bärande skäl till varför en nioårig avtalstid skulle vara proportionerlig.

Skada

Saps har lidit, eller kan komma att lida, skada. Om förfrågningsunderlaget inte hade varit otydligt hade Saps kunnat anpassa sitt anbud efter detta och beräkna ett konkurrenskraftigt anbud. Genom att SLL vägrat presentera tillräckligt underlag, vilket varit tillgängligt för Modul-System, har Modul-System fått en otillbörlig konkurrensfördel och kunnat utforma ett anbud som var lägre än Saps. Om avtalstiden hade varit kortare hade Saps haft möjlighet att lämna anbud i den nya upphandling som skulle komma att annonseras och vinna denna.

Det har i samband med att omsorgsplikten diskuterats i förarbetena inte uppställts något krav på att leverantörer ska agera mot preliminära beslut eller utformning av ett förfrågningsunderlag före det att ett tilldelningsbeslut meddelas. Denna ordning har också upprätthållits i praxis. Någon omsorgsplikt av den art som nu framhållits av SLL existerar inte i svensk rätt. EU-domstolens avgöranden rörande omsorgsplikten avser i huvudsak generella uttalanden om en allmän omsorgsplikt och det är mycket svårt att dra några slutsatser om dess innebörd. I upphandlingen har ett flertal frågor ställts. SLL har generellt sett inte förtydligat uppgifterna. Det har således stått klart för de potentiella anbudsgivarna att ytterligare frågor till den upphandlande enheten inte skulle resultera i några klaganden. Omsorgsplikten kan under inga omständigheter ges en sådan innebörd att en anbudsgivare skulle vara tvingad, vid äventyr av rättsförlust, att begära klaganden från en upphandlande enhet om varje enskild detalj i ett komplext och omfattande förfrågningsunderlag. Omsorgsplikten är uppfylld genom att leverantörer har påpekat otydligheter och svårigheter att kalkylera anbud. Svårigheterna sammanhänger med den oproportionerligt långa avtalstiden.

SLL

Överprövning av upphandling eller avtals giltighet

Kontraktet som undertecknades den 28 mars 2017 har inte trätt ikraft mellan parterna. Det förhindras till följd av en standardformulering om just överprövningar som regelmässigt används i SLL:s avtal för att minimera felrisken vid ingående av avtal. Eftersom kontraktet ännu inte trätt ikraft mellan parterna och inte heller kommer att göra det om prövningen av upphandlingen går SLL emot behöver kontraktet inte ogiltigförklaras av förvaltningsrätten. Ansökan om överprövning bör istället alltjämt hanteras som en överprövning av upphandlingen.

Allmänt om upphandlingen och risk

En upphandlande myndighet har stor frihet vad gäller utformning av ett förfrågningsunderlag och att bestämma vad enheten vill köpa samt hur enheten utvärderar offererade priser. Denna frihet omfattar bl.a. val av upphandlingsform och utvärdering av offererade priser. I en funktionsupphandling kommer anbudsgivarna inte att få detaljerade rutinbeskrivningar eller arbetsinstruktioner. Det ankommer på leverantören att ha tillräckligt god branschkompetens och erfarenhet för att göra en egen bedömning av hur uppgiften ska lösas. En upphandlande enhet som vill kunna förutse sina kostnader för funktionen trots risken för oförutsedda förhållanden och trots att det inte är klarlagt exakt vilka arbetsinsatser som kommer att krävas, väljer sannolikt att be anbudsgivarna offerera ett fast pris för hela eller delar av uppdraget. Detta trots att det betyder att den upphandlande enheten riskerar att få betala mer för funktionen jämfört med om arbetsinsatserna hade specificerats och utförts på löpande räkning eftersom anbudsgivaren måste ta höjd för risk i sin prissättning. Motsvarande överväganden gäller för leverantören. Upplägget innebär sålunda en risk för båda parter. Det finns inga grundläggande moment i en funktionsupphandling med fasta priser som strider mot de grundläggande principerna i LUF.

Att entreprenaden upphandlas som en funktion innebär att leverantören ska initiera erforderliga åtgärder och själv välja arbetsmetod samt frekvens för att uppfylla funktionskraven och de acceptanskriterier som är kopplade till funktionskraven. Detta framgår av förfrågningsunderlaget. Det framgår också tydligt vilka funktionskrav som ställdes i upphandlingen och ska utföras av leverantören.

I stora drag innebär entreprenaden att leverantören ska ta ett helhetsansvar för drift- och underhåll av SLL:s förvaltningsbestånd av spärrar och spärrluckor. Entreprenaden bestod av fyra tjänsteområden: drift, underhåll, administrativ förvaltning och avropstjänster. Ersättningsvillkoren för entreprenaden knyter an till dessa huvudområden. Av kontraktet framgår vilka av huvudområdena som ersätts genom fast respektive rörlig ersättning. Kontraktet bygger på ABFF som är ett standardavtal för fastighetsförvaltning och fastighetsservice och dokumentstrukturen bygger på den struktur som ABFF vilar på.

Att drifva och underhålla SLL:s samtliga spärrar och spärrluckor är ett rörligt uppdrag. Ingen kan förutsäga vilka spärrar som kommer att gå sönder en viss dag eller vilken spärrlucka som blir vandaliserad en annan dag. Det är bl.a. därför SLL har valt att genomföra upphandlingen som en funktionsupphandling och inte i detalj bestämma på vilket sätt leverantören ska utföra entreprenaden. Beroende på vilken arbetsmetod och frekvens som leverantören väljer kan t.ex. både tid- och materialtillgång i entreprenaden komma att påverkas. SLL har inte heller velat styra över vilka löpande drift- och underhållsåtgärder som ska utföras i entreprenaden, utan har valt att låta leverantören besluta om och utföra detta. Beroende på hur leverantören planerar och utför löpande driftåtaganden och hur pass förebyggande leverantören arbetar så är det sannolikt att t.ex. antalet fel påverkas och därmed behovet av felavhjälpande underhållsåtgärder. Leverantörens val av arbetsmetoder och frekvenser för att utföra arbeten påverkar förstås leverantörens anbud. En på området kunnig leverantör vet t.ex. att tillverkarna av spärrar baserar sina rekommendationer

för serviceintervall på det antal öppningar och stängningar som sker och att det är detsamma som antalet passager.

SLL kan inte offentliggöra information som SLL inte har. SLL kan inte eller förutsäga när en spärr går sönder eller när skadegörelse kommer att inträffa. SLL kan därför inte i detalj redovisa t.ex. tidsåtgång eller resursbehov för entreprenaden på förhand. Det ankommer på anbudsgivare att kalkylera med och prissätta variationerna.

Även om SLL menar att LUF inte hindrar att en upphandlande enhet väljer att låta anbudsgivarna ta en stor risk i en upphandling vill SLL tillbakavisa påståendet att leverantören tar en stor risk. Upphandlingsföremålet är tillräckligt tydligt beskrivet i den omfattande upphandlingsdokumentationen. Avtalet innehåller olika regleringsmekanismer som är avsedda att minska risken för leverantören. Om det visar sig att det faktiska antalet förvaltningsobjekt avviker från de mängder som anges har leverantören rätt till reglering av den fasta ersättningen. Vidare finns det en rätt för leverantören att, under vissa omständigheter, begära åtgärd från SLL om förvaltningsobjektens skick och status gör att leverantören inte kan uppfylla funktionskraven för ett eller flera förvaltningsobjekt.

Dokumentet "Sidoleverantörer" beskriver ansvarsfördelningen mellan olika aktörer som arbetar med spärrar och spärrluckor ner på minsta nivå. Dessutom finns en mycket detaljrik skiss i en bilaga som beskriver ansvaret mellan parterna. I bilagan finns samtliga arbetsmoment angivna i detalj, inklusive t.ex. ledtider som kan förväntas uppstå.

Det tycks vidare som att Saps möjligen inte förstår hela upplägget i affären och ersättningsmekanismen. Om en leverantör inte lägger sig vinn om att förstå denna mekanism blir det svårt att bedöma den ekonomiska risken i entreprenaden. De åtgärder som ska utföras och ersättas till fast pris är i huvudsak planerade intervallstyrda och bedömningsbara. Det bör sålunda inte vara allt

för svårt för en leverantör med god branschkännedom och erfarenhet att räkna på ett fast pris för dessa områden. Den främsta osäkra delen i beräkningen av fast pris för leverantören är den egenkostnad som beskrivs i Felavhjälpande underhåll. Denna utgör en begränsad del av hela entreprenaden. Egenkostnaden om 6 000 kr kan jämföras med en självrisk, vilken leverantören ska räkna in i det fasta priset. Över denna egenkostnad övergår risken på SLL och leverantören ersätts på rörlig basis. Vid skadegörelse på hel spärmlinje är beloppet dessutom begränsat till en (1) egenkostnad.

Dokumentationen i upphandlingen

Den information som fanns med i upphandlingsdokumentationen och som anbudsgivarna har fått del av var fullt tillräcklig för att Saps skulle kunna offerera ett konkurrenskraftigt pris. SLL har publicerat all tillgänglig information som behövdes för anbudsgivarna. Inte heller har SLL haft tillgång till någon ytterligare, relevant information som anbudsgivarna skulle ha kunnat använda för beräkning av anbudspris för underhåll på spärrarna.

Det finns inte någon möjlighet eller skyldighet för SLL att förse anbudsgivare med all den detaljinformation som skulle kunna vara relevant för en anbudsgivare för att fullt ut och i alla situationer kunna bedöma de faktiska kostnaderna i ett uppdrag. Det är tvärtom så att en anbudsgivare med erfarenhet och kompetens i den marknad som den nu aktuella typiskt sett bör ha bättre förutsättningar för att kunna bedöma affären, dess intäktsmöjligheter och kostnadsrisker. Detta får anses vara själva kärnkompetensen för att kunna komma ifråga i en upphandling som den nu aktuella. SLL har efter bästa förmåga försökt publicera all relevant information och statistik som SLL har tillgänglig för att presentera en så tydlig bild av entreprenaden som är görligt med avsikt och målsättning att få in så många konkurrenskraftiga anbud som möjligt. SLL har inget att vinna på att bara ett anbud inkommer eller att endast ett anbud i upphandlingen är konkurrenskraftigt.

I objektsbeskrivningen finns omfattande information om alla spärrar och spärrluckor, dvs. det bestånd som ska driftas och underhållas av leverantören. Det framgår dessutom bl.a. hur många passagerare som passerat spärrarna. Det förekommer även information såvitt gäller modell, typ och fabrikatnummer på spärrarna och spärrluckor. SLL:s bästa, tillgängliga information för att ge anbudsgivarna förståelse för entreprenadens omfattning är historiska uppgifter. SLL har sålunda publicerat dokumentet "Historiska kostnader och övrig information" för att ge anbudsgivarna en så tydlig bild som det var möjligt och bra förutsättningar för att lämna anbud.

SLL saknar en fullständig lista över reservdelar (med reservdelspriser och artikelnummer) som har använts historiskt. SLL känner inte heller till vilka priser för reservdelarna som kan bli aktuellt för en viss leverantör. Priserna kommer att regleras i avtal mellan leverantören och tillverkaren av reservdelen. Det är inget förhållande som SLL råder över. SLL har inte tillgång till några andra uppgifter om reservdelarna som hade kunnat publiceras i upphandlingen.

Utöver den sammanställande information som finns i Objektsbeskrivningen har SLL emellertid försett anbudsgivarna med en sammanställning av frekvensen av glasbyten till spärrdörrar under 2015 och 2016 samt ett omfattande underlag avseende fel och åtgärder på alla spärrar och spärrluckor under 2012–2015. Detta underlag är extremt omfattande och detaljerat.

Utöver detta material finns inget som SLL kan förse anbudsgivarna med för att de ska kunna få en bättre bild av det löpande underhåll som ska utföras i entreprenaden. Materialet ger sålunda anbudsgivarna en så korrekt och tydlig beskrivning av det historiska underhållsbehovet och förbrukning av reservdelar som möjligt.

Upphandlingen skiljer sig i många avseenden från nuvarande kontrakt. Exempelvis innehåller nuvarande avtal mer detaljerade utförandekrav medan den nu aktuella upphandlingen är en funktionsentreprenad. I upphandlingen ska vidare leverantören själv bekosta lagret till skillnad från dagens avtal där SLL bekostar inköp av reservdelar. Upphandlingen innehåller även drivkrafter som ska syfta till att leverantören ska arbeta förebyggande, vilka incitament saknas i dagens avtal. Upphandlingen innehåller vidare, till skillnad från dagens avtal, vitesutsatta inställelse- och åtgärdstider.

Vidare är det inte alls säkert att det underhåll som ska utföras under kommande avtalsperiod kommer att behöva genomföras på samma sätt eller med samma frekvens som det framgår av upphandlingsdokumentationen att underhållet har genomförts under de senaste åren. Även om det hade funnits ännu bättre historiska uppgifter om förslitning, underhåll, reservdelar och skadegörelse etc. än de uppgifter som redovisats i upphandlingen så hade en leverantör inte kunnat använda dem för att räkna på entreprenaden i denna upphandling.

Vad gäller just framtida händelser har SLL i upphandlingsdokumentationen bilagt dokumentet ”Större planerade jobb som påverkar entreprenaden”. Det är en tydlig beskrivning av alla för SLL vid tidpunkten kända pågående arbeten i kollektivtrafiken som kan komma att påverka underhållet av spärrar och spärrluckor. SLL är en politiskt styrd organisation och det kan löpande ske förändringar i SLL:s uppdrag som kan påverka drift och underhåll av spärrar och spärrluckor. Dokumentet är den bästa beskrivning som kan lämnas av hur entreprenaden som nu upphandlas kan komma att påverkas av ”yttre faktorer”.

Upphandlingsunderlaget är transparent

Det är en funktion som efterfrågas, inte en mängd detaljerade och specificerade åtgärder. Likväl är förfrågningsunderlaget mycket omfattande. SLL har

publicerat all tillgänglig och relevant information som SLL hade vid tidpunkten för upphandlingens genomförande. Det ligger vidare i funktionsupphandlingens natur att det kan bli mer riskfyllt för anbudsgivarna att räkna på och offerera ett pris, eftersom det inte med exakthet går att veta vilka åtgärder som måste utföras eller vilka produkter som kommer att behövas för funktionens fullgörande. Denna brist på perfektion är dock samma för alla leverantörer som vill delta i en funktionsupphandling. Risken är en parameter som leverantören måste prissätta i sitt anbud.

Entreprenaden är ett helhetsuppdrag i vilket leverantören kommer att behöva se till att spärrsystemet i kollektivtrafiken fungerar. SLL har efter bästa förmåga i upphandlingsdokumentationen försökt beskriva vad entreprenaden kan komma att bestå i. I upphandlingsdokumenten beskrivs i detalj en mängd funktioner som ska åstadkommas genom entreprenaden. Det bestånd av spärrar och spärrluckor som ska driftas och underhållas av leverantören är också mycket noggrant beskrivet i objektsbeskrivningen.

Den information som finns med i upphandlingsdokumentationen som anbudsgivarna har fått del av, är tillräckligt klart och tydligt utformat för att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör i den specifika branschen ska kunna avgöra vad som ingår i funktionsupphandlingen.

De historiska uppgifterna avseende de genomförda uppdragen är inte av så stor betydelse eller vägledning för anbudsgivarna när de ska räkna på sina anbud som Saps tycks tro. Full insyn i Modul-Systems pågående drift skulle inte heller ge bättre förutsättningar för en anbudsgivare att bedöma omfattningen av entreprenaden eller att räkna på de arbeten som måste utföras i den nu aktuella funktionsentreprenaden. Det finns inte någon mer information som SLL hade kunnat lämna som hade gett anbudsgivarna bättre möjligheter att räkna på entreprenaden och lämna konkurrenskraftigare anbud. Inte heller var sådan information nödvändig att presentera för att kravet på transparens i

LUF ska anses uppfyllt. Informationen i upphandlingen har sålunda varit fullt tillräcklig för att anbudsgivarna ska kunna räkna på funktionsentreprenaden och lämna sitt bästa anbud i upphandlingen.

Upphandlingen har genomförts likabehandlande

SLL bestrider påståendet att Modul-System har haft bättre möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud än vad Saps har haft. Modul-Systems kunskapsövertag är en naturlig konkurrensfördel som inte är otillbörlig.

Modul-System har inte fått mer information om upphandlingen av SLL än någon annan leverantör. SLL känner inte till exakt vilka uppgifter eller vilken information Modul-System kan ha haft tillgång till eller utgått ifrån för att räkna på sitt pris, utöver de uppgifter som framgår av upphandlingsdokumentationen. Om Modul-System har använt andra uppgifter för beräkningen av sitt pris så är det i vart fall ingen information som SLL har försett bolaget med. Upphandlingslagstiftningen ger inte en upphandlande enhet rätt, möjlighet eller skyldighet att begära ut information eller uppgifter som en privat leverantör eventuellt kan ha tillgång till och använder i sin verksamhet, t.ex. vid arbete med anbud.

Vidare har i 4 kap. 7 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna förtydligats att en upphandlande enhets skyldighet att konkurrensneutralisera ett försteg eller utesluta en leverantör är kopplad till information som en leverantör kan ha fått i samband med deltagande i förberedelserna för en upphandling. De situationer som avses är när en leverantör har deltagit i en förstudie till en upphandling. En sådan situation är inte för handen i denna upphandling. Regleringen om s.k. konsultjäv medför varken en skyldighet eller möjlighet för en upphandlande enhet att konkurrensneutralisera försteg som en leverantör kan ha fått naturligt vid andra tidpunkter eller på andra sätt, genom att upparbeta sådana i sin verksamhet. Sådana naturliga konkurrensför-

delar kan ha uppnåtts t.ex. genom tidigare uppdrag, såväl till andra kunder som till den aktuella upphandlande enheten.

Det är inte omöjligt att Modul-System skulle ha en fördel i en upphandling av underhåll av spärrar och spärrluckor jämfört med en lika erfaren leverantör av underhåll av spärrar och spärrluckor (oavsett vem som genomför upphandlingen). Det är inte heller omöjligt att en befintlig leverantör till en upphandlande myndighet kan komma bättre ut än en ny leverantör i en upphandling, som en följd av den erfarenhet som leverantören har vunnit genom sitt pågående uppdrag. Dyliga erfarenheter och fördelar är emellertid inte "otillbörliga" konkurrensfördelar eller orättvisor som är olikbehandlande, eller försteg som SLL kan eller har en skyldighet att konkurrensneutralisera i en upphandling. Sådan erfarenhet måste få åberopas och beaktas. Det uppdrag som Modul-System utför för SLL idag är emellertid inte överensstämmande med den entreprenad som nu upphandlas. Upphandlingen skiljer sig i många avseenden väsentligt från det nuvarande uppdrag som Modul-System har, t.ex. innehåller nuvarande avtal mer detaljerade utförandekrav (frekvenser för tillsyn etc.). Det betyder att den eventuella kunskap Modul-System har om sitt pågående uppdrag inte är direkt "överförbar" eller tillämplig vid anbudsgivning i upphandlingen. SLL:s erfarenhet är att en ny leverantör många gånger har bättre möjlighet att lämna ett bra anbud i en upphandling än en befintlig leverantör, som kan vara låst i sin uppfattning om vad beställaren vill köpa.

SLL bestrider påståendet att SLL har tillgång till mer information som kunde ha publicerats eller möjliggjort för anbudsgivarna att lämna mer konkurrenskraftiga anbud, än som har tillgängliggjorts. Om mer information hade funnits skulle SLL givetvis ha velat göra den tillgänglig för anbudsgivarna. SLL har inget att vinna på att få färre anbud och sämre konkurrens.

SLL bestrider att Modul-System har gynnats otillbörligt av SLL i upphandlingen på det sätt som Saps gör gällande.

Avtalstiden är förenlig med LUF

SLL bestrider att avtalet är oproportionerligt långt. SLL vitsordar att det inte är fråga om ett ramavtal och att avtalstiden i kontraktet kan bli nio år, även om kontraktet är möjligt att säga upp av endera part efter fem år. SLL har behov av ett kontrakt som sträcker sig till år 2026 för att ha möjlighet att synkronisera kommande upphandling av underhåll på spärrar i tiden med en kommande upphandling av tunnelbanedriften. SLL överväger nämligen att låta operatören av tunnelbanedriften ta över ansvaret för underhåll av spärrar och spärrkurer i tunnelbanan. Skulle Saps, eller annan ny leverantör, ha vunnit upphandlingen bedömde SLL att avtalstiden skulle ha underlättat för denna att hitta ett lönsamt upplägg för entreprenaden. SLL bedömde att en ny leverantör skulle kunna riskera att ha sämre lönsamhet i början av uppdraget, men att detta kunde hämtas igen i slutet av avtalet när effektivitetsvinster kan förväntas uppnås. Avtalslängden är sålunda tilltagen även av skälet att SLL ville att fler leverantörer än den befintliga skulle lämna anbud och våga ta sig an entreprenaden. Det finns ingen regel i LUF som anger hur långt ett leveransavtal får vara. Det är inte självklart att ett längre avtal är sämre för konkurrensen än vad ett kortare avtal är. Den enda bortre gräns i tid för ett leveransavtal är, enligt Upphandlingsmyndigheten, ett tillsvidareavtal. Avtalet är inte ett tillsvidareavtal. Avtalslängden är alltså förenlig med LUF.

Risk för skada

SLL bestrider att Saps riskerar att lida skada i upphandlingen. SLL har gett alla leverantörer samma möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbud i upphandlingen. Vidare är avtalstiden proportionerlig och i övrigt förenlig med LUF.

Saps har inte förrän efter tilldelningsbeslut gjort gällande att entreprenaden var så otydligt utformad att Saps inte kunde lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Inte heller har Saps, innan ansökan om överprövning, påtalat för SLL att Saps anser att upphandlingen är olikbehandlande eller att kontraktstiden är för

lång. Saps skulle troligen inte ha tyckt att avtalstiden hade varit för lång om Saps hade fått tilldelning i upphandlingen. Hade SLL förstått att någon leverantör ansåg att upphandlingsunderlaget var så dåligt som nu påstås hade SLL försökt vidta åtgärder. En leverantör som inte har försökt begränsa sin skada genom att begära rättelse eller påtala upphandlingsrättsliga brister i ett tidigare skede, kan inte anses ha lidit skada i rättslig mening. En anbudsgivare som inte visar normal omsorg kan inte, efter att tilldelningsbeslut meddelats, påstå t.ex. att anbudsgivaren inte kunde lämna anbud på grund av oklarheter i förfrågningsunderlaget. Saps har brustit i sin omsorgsplikt, med följden att Saps inte riskerar att lida skada i rättslig mening på grund av de brister som Saps först i ansökan om överprövning påstår har förelegat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser och prövningsram

Den 1 januari 2017 trädde lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ikraft. Enligt övergångsbestämmelserna är dock LUF tillämplig på upphandlingar påbörjats före ikraftträdandet. SLL:s förfrågningsunderlag är daterat den 1 juni 2016 och LUF är därmed tillämplig.

Av 1 kap. 24 § LUF framgår att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt och iaktta principen om proportionalitet.

Av 16 kap. 13 § andra stycket LUF följer att ett avtal ska förklaras ogiltigt om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr, och att det för ogiltighet i så fall också krävs att de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i lagen har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Avtalsspärr i upphandlingen gällde t.o.m. den 27 mars 2017. Saps ansökan om överprövning av upphandlingen kom in till förvaltningsrätten den 27 mars

2017. SLL ingick avtal den 28 mars 2017. Eftersom avtal har ingåtts anser förvaltningsrätten att prövningen ska avse frågan om avtalets giltighet i enlighet med Saps förstahandsyrkande. Att SLL har avtalat med Modul-System att avtalet dem emellan inte ska träda ikraft för det fall en ansökan om överprövning ges in föranleder ingen annan bedömning. Avtalet har ingåtts i strid med en förlängd avtalsspärr, se 16 kap. 8 § LUF.

Förvaltningsrätten har då att ta ställning till om SLL har brutit mot någon grundläggande princip eller någon annan bestämmelse i LUF och om Saps har lidit, eller riskerat att lida, skada.

Funktionsupphandling och risk

En upphandlande enhet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna (jfr RÅ 2002 ref. 50, RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2012 ref. 48). De grundläggande kraven måste vara uppfyllda oavsett hur den upphandlande enheten väljer att genomföra upphandlingen. Om förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt och uppfyller kraven i övrigt är det möjligt att göra en funktionsupphandling (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 25 november 2015 i mål nr 639-15).

Saps har invänt mot att upphandlingen är utformad som en funktionsentreprenad till fast pris och har anfört att det innebär att leverantörerna i princip tar all risk. SLL har anfört att funktionsupphandlingen innebär att leverantören ska initiera erforderliga åtgärder och själv välja arbetsmetod samt frekvens och har beskrivit fast och rörlig ersättning samt regleringsmekanismer för att minska leverantörens risk. Vidare har SLL framhållit att risken ska prissättas. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte är fråga om ett ramavtal eller en tjänstekoncession. Förvaltningsrätten anser att det inte har framkommit att SLL, genom att utforma upphandlingen som en funktionsentreprenad, har brutit mot LUF. Förvaltningsrätten ska därmed ta ställning till om SLL vid genomförandet har iakttagit bestämmelserna i LUF.

Transparensprincipen

Saps anser att upphandlingen strider mot transparensprincipen. Denna innebär bl.a. att den information som ges i upphandlingsdokumenten ska vara av sådan omfattning och kvalitet att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt samt skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LUF och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Saps har anfört bl.a. att förfrågningsunderlaget är otydligt vad gäller vilket arbete som ska utföras, i vilken omfattning och hur det ska ersättas. Saps har också anfört att det inte framgår någon information om kostnader för reservdelar. Enligt Saps leder otydligheten till att det i princip är omöjligt att med någon tillförlitlighet kunna kalkylera ett anbudspris.

SLL anser att upphandlingsunderlaget är transparent. SLL har anfört bl.a. att en mängd funktioner som ska åstadkommas beskrivs i detalj och att beståndet av spärrar och spärrluckor är mycket noggrant beskrivet samt framtida planerade större arbeten har beskrivits. SLL har också uppgett att all tillgänglig och relevant information har publicerats.

Förvaltningsrätten konstaterar att det finns en detaljerad förteckning över spärrar och spärrluckor samt ärendestatistik. Förteckningen över reservdelar framstår som förhållandevis detaljerad och överskådlig. Vidare beskrivs funktionskrav och i kontrakt och bilagor regleras ansvarsfördelning och villkor för ersättning m.m. Det finns också en beskrivning av större framtida planerade arbeten som påverkar entreprenaden. Förvaltningsrätten anser att upphandlingsunderlaget är så klart och tydligt utformat att en normalt omsorgsfull anbudsgivare kan förstå vad som krävs och lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Att upphandlingsunderlaget är omfattande föranleder ingen annan bedömning. Det har således inte framkommit att transparensprincipen har

åsidosatts och skäl att ingripa med anledning av vad Saps har anfört i denna del saknas därmed.

Likabehandlingsprincipen

Saps anser att SLL har brutit mot likabehandlingsprincipen. Denna innebär bl.a. att potentiella anbudsgivare ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Saps har anfört bl.a. att SLL har missgynnat bolaget och inte i tillräcklig mån neutraliserat den konkurrensfördel Modul-System har i egenskap av nuvarande leverantör. SLL har enligt Saps vägrat presentera underlag som Modul-System har tillgång till och som hade möjliggjort för Saps att med någon större säkerhet kalkylera ett anbud. SLL har anfört bl.a. att Modul-Systems kunskapsövertag är en naturlig konkurrensfördel som inte är otillbörlig och att det uppdrag som Modul-System idag utför för SLL i många avseende skiljer sig väsentligt från den entreprenad som nu upphandlas. SLL har vidare anfört att Modul-System inte har fått mer information av SLL än någon annan leverantör och att SLL har lämnat all information man kan.

Det kan inte uteslutas att anbudsgivare som deltagit i tidigare liknande upphandlingar har en viss fördel genom erfarenhet. Det utgör emellertid, enligt förvaltningsrättens mening, inte någon överträdelse av likabehandlingsprincipen. Inget har framkommit om att Modul-System skulle ha bistått SLL med rådgivning eller upplysningar i den aktuella upphandlingen. Det är alltså inte fråga om s.k. konsultjäv. Det har vidare framkommit att upphandlingen skiljer sig jämfört med det nuvarande uppdrag som Modul-System innehar. Det har inte heller framkommit att SLL har lämnat olika information till leverantörerna eller att SLL haft tillgång till ytterligare relevant information som Saps inte fått tillgång till och som Modul-System eventuellt har använt sig av. Förvaltningsrätten anser därför att det inte är visat att Saps missgynnats och att Modul-System haft en otillbörlig konkurrensfördel. SLL har således inte brutit mot likabehandlingsprincipen och det saknas skäl att ingripa med anledning av vad Saps har anfört i denna del.

Avtalstidens längd

Saps anser att avtalstiden är oproportionerligt lång. Avtalet gäller i nio år, med möjlighet till uppsägning efter fem år. Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att en upphandlande enhet inte kan ställa andra eller högre krav på leverantören eller på upphandlingsföremålet än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kraven. De grundläggande principerna ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen och är därmed tillämpliga även på avtalstidens längd. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det i och för sig inte har framkommit att Saps inte skulle kunna uppfylla kravet på avtalstid. Saps har emellertid anfört att avtalstidens längd utestänger konkurrens från marknaden på ett otillbörligt sätt. LUF innehåller inte någon reglering av avtalstidens längd. Huruvida avtalstiden kan godtas får därför bedömas i det enskilda fallet med hänsyn till anskaffningens karaktär. Avtal bör inte ingås för en längre tid än vad som kan anses rimligt, med tanke på den begränsning på konkurrensen som längre kontrakt har.

SLL har motiverat avtalstiden med att det finns behov av ett kontrakt som löper till 2026 för att synkronisera med avtalet om drift av tunnelbanan som löper ut då. Saps har invänt att detta skulle kunna uppnås genom att ingå avtal om fyra respektive fem år. Förvaltningsrätten instämmer i detta. SLL har dock också anfört att SLL bedömt att avtalstiden skulle underlätta för Saps eller annan ny leverantör att hitta ett lönsamt upplägg och att fler anbudsgivare skulle våga ta sig an entreprenaden samt att det inte är självklart att ett längre avtal är sämre för konkurrensen än ett kortare avtal. En nioårig avtalstid får, enligt förvaltningsrättens mening, betraktas som längre än vad som generellt är brukligt. Förvaltningsrätten konstaterar dock att det är fråga om en omfattande funktionsentreprenad där leverantörerna har getts stort utrymme att själva påverka utformningen av uppdraget. Att lämna anbud och organisatoriskt genomföra detta torde vara avsevärt mer tids- och resurskrävande än i en upphandling med mer detaljerade krav. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund härav att avtalstidens längd inte kan anses med-

föra att konkurrensen otillbörligen förhindras, begränsas eller snedvrids, utan får godtas i den aktuella upphandlingen. SLL har alltså inte överträtt LUF i detta avseende.

Förvaltningsrätten anser att det inte heller i övrigt med anledning av vad Saps har anfört har framkommit att SLL har överträtt de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF. Skäl att förklara avtalet ogiltigt saknas därför. Saps ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Anneli Berglund Creutz

Rådman

David Munck har föredragit 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.

I 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 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 avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 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.