



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2016-04-12
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
457-16



SÖKANDE

Mycabtravel Scandinavia AB, 556460-3008
c/o Netevelation
Box 1152
251 11 Helsingborg

Ombud: Chefsjuristen Pär Cronhult och juristen Viktor Robertson
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Västtrafik AB, 556558-5873
Box 123
541 23 Skövde

Ombud: Biträdande juristen Hermina Kelly och advokaten Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten beslutade avtalsspärr upphävs.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Västtrafik AB (Västtrafik) genomför genom ett öppet förfarande enligt LOU en upphandling avseende anropsstyrda resor i Västra Götalands län. Av förfrågningsunderlaget framgår att avtalstiden är planerad att löpa från den 18 juni 2017 till den 18 juni 2022.

Dok.Id 192048

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

Mycabtravel Scandinavia AB (Mycabtravel) yrkar att upphandlingen ska göras om.

Västtrafik anser att ansökan om överprövning ska avslås.

Förvaltningsrätten beslutade den 2 februari 2016 om förlängd avtalsspärr tills något annat bestämts.

VAD PARTERNA ANFÖR

Mycabtravel: Västtrafik har brutit mot bestämmelsen i 5 kap 3 § LOU genom att upphandla aktuellt ramavtal för att löpa längre tid än fyra år utan att det föreligger särskilda skäl. Den längre avtalstid som har uppkommit riskerar att begränsa konkurrensen på marknaden för anropsstyrda taxitransporttjänster m.m. på ett sätt som medför eller riskerar att medföra skada för Mycabtravel, vilka härigenom utestängs från möjligheten till framtida anbudsgivning under en längre tid än vad som följer av lag.

Eftersom upphandlingen avser anropsstyrda taxitransporter i form av färdtjänst, skolresor, sjukresor, ersättningstrafik och ledsagarservice, för personer som har beviljats rätt till sådana transporter efter särskild behovsprövning hänför sig upphandlingen inte till ”tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana. Jämför 1 kap. 8 § LUF med 2 kap. 15 § LUF. Bestämmelserna i LUF är därmed inte tillämpliga på förfarandet. Upphandlingen ska istället handläggas och bedömas enligt bestämmelserna i LOU. Se 1 kap. 2 § LUF jämfört med 1 kap. 3 § LOU (e contrario) och jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 23 oktober 2014 i mål nr 1164-14. Med beaktande av att upphandlingen hänför sig till ramavtal för s.k. A-tjänster (transporttjänster, kategori 2 enligt bilaga 2 till LOU) över tröskelvärdet är det de unionsrättsligt grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU

som ska tillämpas på förfarandet. Trafikstarten, dvs. den tidpunkt då avtalet ska börja gälla är enligt anbudsförutsättningarna planerad till den 18 juni 2017. Avtalet ska därefter löpa fram till den 18 juni 2022. Den aktuella avtalstiden uppgår därför till fem år. Av 5 kap. 3 § LOU framgår att ramavtal får löpa längre än fem år endast om det finns särskilda skäl. Av förarbetsutalandena (prop. 2006/07:128, del 1 s. 160 och 304) framgår att ett ramavtal antingen kan bestå av avtal som innehåller samtliga villkor för senare anskaffning på grundval av avtalet och som är ömsesidigt förpliktande för parterna (bindande ramavtal) eller avtal som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt men som inte är ömsesidigt förpliktande för parterna (ej bindande ramavtal). Se även Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 juni 2014 i mål nr 1871-13 s. 18. Med bindande avtal avses i här aktuellt avseende att parterna överenskommer om en fast volym som senare avropas. Detta sker genom särskilda avropsavtal (se 5 kap 2 § andra stycket LOU jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 juni 2014 i mål nr 1871-13 s. 18). Som Västtrafik även givit uttryck för i punkten 1.2 i sitt yttrande är det i nu aktuellt avtal omöjligt att fastställa exakta volymer, dvs. antalet resor som kommer att avropas. Det är mot denna bakgrund som avtalet utgör ett ej bindande ramavtal. Upphandlingen har även av Västtrafik själva utlysts till att avse just ”ramavtal”. I Kammarrätten i Stockholms dom den 23 mars 2011 i mål nr 5609-5629-10 ansågs ett avtal om framtida kontinuerliga leveranser av vaccindoser inom ett rikstäckande obligatoriskt vaccinationsprogram utgöra sådant ramavtal vars möjliga avtalstid enligt huvudregeln i 5 kap. 3 § LOU har begränsats till fyra år.

Mycabtravel bedriver taxiverksamhet och utför sådana persontransporter som upphandlingen avser. Bolaget har därmed intresse av att komma ifråga för anbudsgivning, inte enbart i det nu aktuella förfarandet utan även vid motsvarande kommande upphandlingar efter det att det nu för upphandlingen aktuella avtalet löper ut. Eftersom det i upphandlingen inte föreligger några särskilda skäl för en avtalstid som är längre än fyra år ska Västtrafik

rätteligen på nytt konkurrensutsätta sitt behov av anropsstyrd trafik senast under 2021. Tidpunkten för detta nya förfarande kommer dock genom avtalstidens nu aktuella utformning att förskjutas fram till i vart fall 2022, under vilken tid Mycabtravel och övriga leverantörer riskerar att i praktiken utestängas från möjlighet att komma ifråga för anbudsgivning. Härigenom kommer Mycabtravel att lida skada som medför grund för ingripande jämlikt 16 kap. 6 § första stycket LOU (jfr Kammarrätten i Stockholms ovan angivna dom i målet 5609-5629-10). Eftersom den påtalade överträdelsen avser upphandlingens utformning och sålunda hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet är det inte tillräckligt att förfarandet rättas. Upphandlingen ska istället göras om på ett sätt som yrkas i målet (jfr RÅ 2005 ref. 47 samt Kammarrätten i Sundsvalls dom den 30 september 2013 i mål nr 2218-13).

Västtrafik: Upphandlingen avser inte upphandling av ramavtal utan av vanliga uppdrag. Hur upphandlingen har benämnts i annonsen är inte av avgörande betydelse. Avgörande för frågan borde vara om upphandlingen avser ömsesidigt förpliktigande avtal, vilket den gör. Anskaffning av avtalen sker genom att resenärerna bokar sina resor genom Västtrafiks bokningssystem. Upphandlingsföremålet, dvs. den anropsstyrda trafiken, är av sådan karaktär att det är omöjligt att på förhand fastställa exakta volymer, dvs. antalet resor. Enbart den omständigheten gör inte att det är fråga om ett ramavtal. Att det under avtalstidens gång löpande bokas resor innebär inte att separata avrop sker och att det träffas ett nytt avtal varje gång en bokning sker. Samtliga avtalsvillkor som ska gälla för parterna är bestämda i förväg. Det ska noteras att beträffande ett stort antal av de fordon som upphandlingen sammantaget omfattar, eller drygt 140 fordon, utgår en fast och garanterad ersättning för minst 2 000 timmars körning per år. En liknelse kan göras med ett upphandlat entreprenadavtal. Inte heller i sådana avtal är den slutliga volymen, eller omfattningen av entreprenaden exakt bestämd i förväg. I en entreprenad tillkommer regelmässigt ändrings- och tillägsarbeten som är

avsevärda. Entreprenadavtal utgör normalt inte ramavtal. Västtrafik upphandlar vanliga avtal med enskilda trafikföretag som ska gälla under fem år. Av förfrågningsunderlaget och dess bilagor framgår samtliga av de villkor som ska gälla under avtalstiden. Avtalen gäller från det att de skrivs under till avtalstidens utgång. Det rör sig således inte om ramavtal där tilldelning av avtal sker vid ett senare tillfälle. Köruppdragen förmedlas löpande genom ett trafikschema och inte genom ett avropsschema med inbördes rangordning eller liknande. Trafikföretag avtalar på förhand om antal fordon, och de företag som tecknar avtal ska vara i full operativ drift vid avtalsstart. Om trafikföretaget inte tillhandahåller avtalat antal fordon har Västtrafik att kräva vite. Eftersom Västtrafik avser att upphandla vanliga avtal gäller inte den tidsbegränsning om fyra år som gäller för ramavtal enligt 5 kap. 3 § LOU. Kammarrätten i Stockholm konstaterade i mål nr 1871-13 att avtalen i fråga, som var på fyra år med möjlighet till förlängning i ytterligare två år, var vanliga avtal och att reglerna för begränsad avtalstid för ramavtal inte gällde. I ett sådant fall är det inte den upphandlande myndigheten som har att visa varför avtalstiden är skälig utan klaganden som ska visa att myndigheten har upphandlat med för lång avtalstid. I mål nr 6116-12 har Förvaltningsrätten i Malmö prövat om det var fråga om ett ramavtal eller ett vanligt avtal. Avtalstiden var på fem år med möjlighet till förlängning ytterligare två år. Förvaltningsrätten konstaterade att ett ramavtal kännetecknas av att det är fråga om att på förhand fastställa villkor för senare tilldelning av avtal och bedömde att det i målet var fråga om ett vanligt avtal. Förvaltningsrätten ansåg därför att 5 kap. 3 § LOU inte var tillämplig i upphandlingen. Kammarrätten i Göteborg instämde i förvaltningsrättens bedömning i mål nr 6975-12.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 1 kap. 2 § LOU gäller denna lag för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner.

Av 2 kap. 15 § LOU framgår att med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

Av 5 kap. 3 § LOU framgår att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling och giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Enligt 16 kap. 5 § LOU ska en ansökan om överprövning göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU är det som huvudprincip den part som gör gällande att en upphandling är felaktig som på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan. Domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Det är vidare som huvudregel den leverantör som har ansökt om överprövning som har bevisbördan för att upphandlingen har skett i strid mot LOU

och att sökanden därför lidit eller riskerat att lida skada på grund därav. I målet ska därför Mycabtravel kunna visa att det är övervägande sannolikt utifrån utredningen i målet att det förhåller sig på det vis som de påstår (se t.ex. Kammarrätten i Stockholm dom den 23 januari i mål nr 6268-13).

Tillämplig lag

Mycabtravel har gjort gällande att den aktuella upphandlingen ska bedömas enligt LOU. Mycabtravel har anfört att lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, inte är tillämplig på den nu aktuella upphandlingen då upphandlingen avser anropsstyrda taxitransporter i form av färdtjänst, skolresor, sjukresor, ersättnings trafik och ledsagarservice, för personer som har beviljats rätt till sådana transporter efter särskild behovsprövning. Därför hänför sig inte upphandlingen till ”tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter”.

LUF är tillämplig på verksamheter som består av tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana. Av förarbetena (prop. 2006/07:128 s 137 f.) framgår att avgörande för om upphandlingen ska avgöras enligt LUF eller LOU är vilken verksamhet det som upphandlas är avsett för och att tjänsterna är avsedda att användas inom ramen för försörjningsverksamheten.

Enligt avtalet ska leverantören tillhandahålla transporter avseende särskild kollektivtrafik som omfattar restyperna färdtjänst, skolresor, dagvårdsresor, omsorgsresor samt allmän kollektivtrafik som exempelvis omfattar restyperna närtrafik, anropsstyrda linjeturer, anslutningsresor samt ledsagarservice. Av Kammarrätten i Jönköpings dom den 23 oktober 2014 (mål nr 1164-14) framgår att anropsstyrd trafik endast är tillgänglig för personer som har beviljats rätt till den genom särskilda beslut. Kammarrätten ansåg därför att verksamheten inte kan sägas bestå av tillhandahållande eller drift

av ett nät som är avsett att tillhandhålla tjänster för allmänheten. Av de av Västtrafik utformade upphandlingsföreskrifterna framgår också att Västtrafik själva har uppgett att upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att den aktuella upphandlingen ska bedömas enligt LOU.

Fråga om avtalet utgör ett ramavtal

Av LOU framgår att ett ramavtal endast får löpa under längre tid än fyra år om det finns särskilda skäl. Då det aktuella avtalet är avsett att löpa på fem år uppkommer därför frågan om det aktuella avtalet ska anses utgöra ett ramavtal.

Enligt definitionen av ramavtal i LOU framgår att med ramavtal avses ett avtal som ingås i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod. Syftet med ett ramavtal är att myndigheten i fråga inte ska behöva gå ut i en ny upphandling varje gång den har ett behov av varan eller tjänsten i fråga utan att den ska kunna avropa från ramavtalet. En skillnad mellan ett ramavtal och ett vanligt upphandlingskontrakt är därmed att ett ramavtal inte har någon fastställd volym (se Sundstrand, Offentlig upphandling – LOU och LUF, 2010, s. 78).

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 22 juli 2013 (mål nr 3124 – 3127-13) ansett att när omfattningen av uppdraget reglerats huvudsakligen i kontraktet utgör inte den omständigheten att det i viss utsträckning finns möjlighet till kompletterande uppdrag att kontraktet ska anses utgöra ett ramavtal. I samma mål ansågs dock ett kontrakt utgöra ett ramavtal när omfattningen av uppdragen hade lämnats helt oreglerat i kontraktet.

I domar den 21 februari 2013 (mål nr 6975-12 och 6976-12) har Kammarrätten i Göteborg funnit att ett avtal om vård inom ortopedteknisk verksamhet, där volymen på avtalet bestämdes på basis av enskilda vårdtagares be-

hov, inte utgjorde ett ramavtal. Kammarrätten ansåg att kännetecknande för ramavtal är att det finns på förhand fastställda villkor för senare tilldelning av kontrakt. Då det aktuella avtalet inte innehöll några sådana villkor för senare tilldelning eller avrop utgjorde det istället ett tjänstekontrakt som fullständigt reglerade leverantörens uppdrag. Att avtal om t.ex. taxitjänster regleras utifrån behov och ett särskilt avropssystem innebär således inte att systemet är att anse som ett ramavtalsavrop utan kan istället sägas ingå i ett tjänstekontrakt som fullständigt reglerar leverantörens uppdrag.

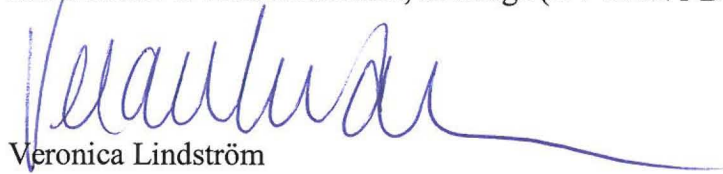
Det i målet aktuella kontraktet är avsett att gälla från och med tidpunkten för undertecknande och till och med den 18 juni 2022. Kontraktet kan sägas vara uppdelat i två delar. En del med körpass med fast ersättning som schemaläggs till minst 2 000 timmar per år och en del körpass med avropsersättning där avropsersättningen ersätts för den tid som det används för köruppdrag. Av p. 5.1. i avtalet framgår att Västtrafik inte kan ge några volymgarantier i kontraktet eftersom det inte är möjligt att förutse hur resebehovet kan komma att utvecklas över tid. I dialog med Västtrafik har bolaget därför möjlighet att tillfälligt öka eller minska antalet bokningsbara körpass i trafikerings-schemat. Det aktuella kontraktet kan därmed sägas ha inslag av både ett vanligt kontrakt enligt LOU och ett kontrakt med ramavtalskaraktär.

Kammarrätten i Jönköping har i dom den 5 juni 2014 (mål nr 1871-13) ansett att i en sådan situation ska överviktsprincipen gälla. Av avgörande betydelse blir därför om det är de tjänster vars villkor är hänförliga till ett vanligt kontrakt enligt LOU eller de tjänster som har villkor av ramavtalskaraktär som utgör upphandlingens huvudsakliga föremål. Av handlingarna framgår att den större delen av kontraktet utgörs av den del av kontraktet som schemaläggs till minst 2 000 timmar per år. Den andra delen av kontraktet framstår mot denna bakgrund endast som ett komplement. Förvaltningsrätten anser därför att det är de tjänster som är hänförliga till vanliga kontrakt enligt LOU som kontraktet huvudsakligen avser. Reglerna som gäller för

vanliga kontrakt enligt LOU ska därmed anses vara tillämpliga för kontraktet i sin helhet. Detta får till innebörd att bestämmelsen i 5 kap. 3 § LOU inte är tillämplig i målet.

Sammanfattningsvis kan Mycabtravel därmed inte anses ha visat att Västrafik har brutit mot bestämmelserna i LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Veronica Lindström

Föredragande har varit Cecilia Lindström.



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 nå 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.