



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA
 Enhet 1

DOM
 2019-09-20
 Meddelad i Uppsala

Mål nr
 5940-18 E

SÖKANDE

SamBus AB, 556529-7081

Ombud: Advokaterna Kaisa Adlercreutz, Sara Fogelberg och Johan Lidén
 Front Advokater AB
 Kungstorget 2
 411 17 Göteborg

MOTPART

Region Uppsala

Ombud: Jurist Kristine Nilsson Wieslander
 Region Uppsala
 Box 602
 751 25 Uppsala

KONKURRENSVERKET	
2019-09-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Region Uppsalas upphandling av Lokal- och skolbusstrafik, dnr UPPH2017-0392, ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Uppsala har genomfört upphandling av Lokal- och skolbusstrafik, dnr UPPH2017-0392. Upphandlingen genomfördes som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. I upphandlingen inkom ansökningar från sju bolag, som samtliga kvalificerade sig för att lämna anbud, varav tre inkom med anbud. I tilldelningsbeslut den 18 september 2018 har Bergkvarabuss AB antagits som leverantör.

SamBus AB (SamBus) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Förhandlingarna med anbudsgivarna har kommit att innebära dels att obligatoriska krav i anbudsinvjudan justerats på ett sådant sätt att väsentliga ändringar genomförts, dels att sättet förhandlingen genomfördes på innebär att leverantörerna behandlats olika vilket lett till skada för SamBus. SamBus anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga innan den felaktiga förhandlingen genomfördes varför SamBus rätteligen skulle tilldelats kontrakt i upphandlingen. Det är tillräckligt att i första hand rätta upphandlingen eftersom bristen kan läkas genom att utvärderingen av anbuderna görs utifrån det material som ursprungligen ingavs, varvid Region Uppsala ska bortse från resultatet av den genomförda förhandlingen.

Region Uppsala bestrider ansökan och anför bl.a. följande. Det har inte begåtts några fel inom ramen för det förhandlade förfarandet eller under själva förhandlingen med anbudsgivarna. Bergkvara Buss AB har inte särbehandlats i upphandlingen och utvärderingen av anbuderna har skett i överensstämmelse med likabehandlings- och transparensprincipen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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

Upphandlande enheter ska enligt 4 kap. 1 § LUF behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Har förhandlingen genomförts i strid med LUF och de grundläggande principerna?

SamBus har anfört att bolaget under anbudsgenomgången med Region Uppsala förstått det som att regionen ansett att bolagets pris var onormalt lågt och att bolaget därför valt att inte sänka sitt anbudspris trots de ändrade kraven på fordonsålder. SamBus har även anfört att Region Uppsala begärt indikativa anbud från anbudsgivarna och att det därmed är uppenbart att en prisdiskussion förts vid anbudsgenomgången samt att inhämtandet av indikativa bud innebär att Region Uppsala först kontrollerat potentiellt utfall i upphandlingen och därefter begärt in slutliga anbud. Detta har enligt SamBus medfört att Bergkvara Buss AB kunnat lämna ett lägre anbudspris och därmed vunnit upphandlingen.

Enligt SamBus har det inte varit möjligt att få insyn i hur frågan om fordonsålder aktualiserades och hanterades i förhandlingarna eftersom bolaget inte kunnat få ut något protokoll eller anteckningar samt att det inte gått att genomlysa de priser som lämnats in på grund av Region Uppsalas

beslut om sekretess för de uppgifterna i prisbilagorna för Bergkvara Buss AB:s anbud.

Enligt Region Uppsala har de aktuella förhandlingarna skett per e-post och samtliga anbudsgivare har fått samma information och behandlats lika. Region Uppsala bestrider även att SamBus skulle ha uppmanats att inkomma med någon förklaring avseende ett eventuellt onormalt lågt anbud. Vidare anser Region Uppsala att det inte är fråga om indikativa anbud utan att korrespondensen är en del av själva förhandlingen.

Förvaltningsrätten anser att det SamBus anfört om begäran om indikativa anbud inte kan ses som något annat än en del av förhandlingen. Det har inte heller framkommit annat än att all förhandling skett per e-post och att anbudsgivarna behandlats lika under förhandlingen. Förvaltningsrätten har i beslut den 21 februari 2019 bedömt att det saknas skäl att inom ramen för domstolens utredningsansvar inhämta handlingar från Region Uppsala med anledning av det SamBus anfört. Enligt förvaltningsrätten har det inte framkommit skäl för en ändrad bedömning. Det SamBus anfört i denna del utgör därför inte skäl för ingripande mot upphandlingen.

Har villkoren avseende fordonsålder väsentligen ändrats?

Enligt punkt 1.6.9 i det slutliga upphandlingsdokumentet ska anbudsgivaren acceptera det i upphandlingen angivna "Avtal T1" enligt bilaga 00. I Avtal T1 anges i punkt 1.3.1 att fordon som är äldre än tolv år räknat från första registreringsdatum inte får användas i Trafikuppdraget. Vidare anges det i punkt 1.3.2 i Avtal T1 att genomsnittsåldern för fordonsparken inte får överstiga sex år. Under förhandlingarna har den högsta tillåtna åldern för fordon höjts till 13 år och genomsnittsåldern för fordonsparken höjts till åtta år.

I målet är det ostridigt att Region Uppsala i förhandlingen med de tre anbudsgivarna ändrat villkoren avseende fordonsålder så att äldre fordon tillåtits och att anbudsgivarna ändrat sina priser utifrån detta. Enligt SamBus innebär förändringen av villkoren en väsentlig ändring av i upphandlingen obligatoriska krav.

Region Uppsala bestrider att några väsentliga ändringar skett. Enligt Region Uppsala har det inte tillkommit några nya villkor utan det har enbart skett en anpassning av redan befintliga villkor. Vidare anser Region Uppsala att anpassningen av villkoren inte har inneburit att den ekonomiska jämvikten ändrats till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller att kontraktets omfattning utvidgats eller medfört något leverantörbytte. Region Uppsala anför även att LUF medger ett större förhandlingsutrymme som enbart begränsas av de grundläggande principerna. Enligt Region Uppsala har samtliga tre anbudsgivare tillåtits ändra sina anbudspriser som en följd av eftergivandet av de obligatoriska kraven och regionen anför att de tre anbudsgivarna har fått samma behandling i enlighet med likabehandlings- och transparensprincipen. Vidare anser Region Uppsala att det endast rör sig om tillåtna ändringar till ett mindre värde i enlighet med 16 kap. 9 § LUF.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det finns inte några uttryckliga obligatoriska krav på fordonsålder i upphandlingsdokumenten. Enligt upphandlingsdokumenten ska anbudsgivarna emellertid acceptera villkoren i Avtal T1. Anbudsgivarna har således varit tvungna att förhålla sig till villkoren avseende fordonsålder i Avtal T1. Då avtalstiden uppgår till åtta år, med möjlighet till förlängning, får villkoren avseende fordonens ålder enligt förvaltningsrättens mening anses vara av avgörande betydelse för potentiella leverantörer. Förvaltningsrätten finner vidare att då ändringarna gjorts under pågående upphandling har de kunnat

påverka utfallet i upphandlingen och de ändrade villkoren har därför inte endast betydelse som kontraktsvillkor.

Eftersom Region Uppsala ändrat villkoren i upphandlingsdokumenten under pågående upphandling anser förvaltningsrätten att bestämmelserna om ändring av kontraktsvillkor i 16 kap. LUF inte är tillämpliga i målet. Avgörande är istället om ändringarna kan anses väsentliga och i strid med de grundläggande principerna enligt LUF.

Upphandlingsdokumenten utgör ramen för en upphandling och potentiella leverantörer ska kunna utgå ifrån att ett i upphandlingsdokumenten uppställt krav är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud (HFD 2016 ref. 37).

En upphandlande myndighet får i regel göra kompletteringar och förtydliganden som handlar om att klargöra tveksamheter eller otydligheter i upphandlingsdokumenten (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 februari 2016 i mål nr 3362-15). Förhandlingar, förtydliganden eller kompletteringar får dock inte medföra väsentliga förändringar av upphandlingsdokumenten. Vid bedömningen av om en ändring ska anses utgöra en väsentlig ändring får en samlad prövning göras av hur åtgärden påverkar upphandlingen. Av intresse vid denna prövning är bl.a. orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, vid vilken tidpunkt under upphandlingen ändringen vidtogs och om några åtgärder företagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen.

Förvaltningsrätten anser att höjningen av den högsta tillåtna åldern för fordon och genomsnittsåldern på fordonsparken är att anse som en väsentlig ändring av upphandlingsdokumenten. Förvaltningsrätten har i sin bedömning beaktat följande.

Det kan enligt förvaltningsrätten inte uteslutas att, som SamBus anfört, de ändrade villkoren påverkat potentiella anbudsgivares förutsättningar att lämna anbud i upphandlingen (jfr EU-domstolens dom i mål C-454/06). Att ändringarna inte inneburit att det införts några nya villkor föranleder ingen annan bedömning. Vidare finns det inget förbehåll i upphandlingsdokumenten om att villkoren avseende fordonens ålder skulle kunna komma att ändras eller bli föremål för förhandling. Det har därmed inte varit möjligt för potentiella anbudsgivare att förutse ändringarna. Även om reglerna för förhandling enligt LUF öppnar för möjligheten att förhandla om ett eller flera kontraktsvillkor (jfr HFD 2015 ref. 63), delar förvaltningsrätten SamBus uppfattning att en ordning där villkoren ändras i sista förhandlingsomgång inte är förenligt med de grundläggande principerna. Oavsett om de tre anbudsgivarna fått samma behandling anser förvaltningsrätten att Region Uppsalas ändring av villkoren avseende fordonens ålder är i strid med principerna om likabehandling och transparens. Det saknar därmed betydelse att ändringen av villkoren avseende fordonsålder skett inom ramen för förhandling.

I målet är det ostridigt att ändringarna påverkat anbudsgivarnas prissättning. Det kan därmed enligt förvaltningsrätten inte uteslutas att ändringarna påverkat SamBus chanser att tilldelas kontraktet i upphandlingen. SamBus ska därmed anses i vart fall ha kunnat komma att lida skada.

De väsentliga ändringarna har inte påverkat upphandlingens inledande skede, men har påverkat upphandlingen från och med tillställandet av slutligt upphandlingsdokument till de leverantörer som kvalificerat sig efter annonsering. Bristen har därmed påverkat upphandlingens konkurrens-
uppsökande skede. Upphandlingen ska därför göras om.

Upplýsningsvis har förvaltningsrätten i dom denna dag i mål nr 5962-18 prövat ett annat bolags ansökan om överprövning av den här aktuella upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Susanna Pohl Söderman
rådman

Målet har handlagts av föredragande juristen Charlotta Fröhammar.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

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

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

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

Vilken dag går tiden ut?

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

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

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

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

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

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

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

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

Vill ni veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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