



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Ann-Louice Jonsson

DOM
 2017-03-03
 Meddelad i Falun

Mål nr
 5044-16

SÖKANDE

Alstom Transport AB, 556058-9094

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock, jur.kand. Lukas Granlund och
 jur.kand. Hanna Lekås
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1065
 101 39 Stockholm

MOTPARTER

1. Trafikverket, 202100-6297

Ombud: Advokaterna Sven Vaxenbäck och Johan Carle
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 1711
 111 87 Stockholm

2. Ansaldo STS Sweden AB, 556386-3439

Ombud: Advokaterna Johan Linder Säverman och Lars Hasp
 Wistrand Advokatbyrå
 Box 7543
 103 93 Stockholm

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

KONKURRENSVERKET	
2018-05-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Alstom Transport AB:s talan i den del den avser
 ogiltighet av det ursprungliga ramavtalet (ESTER08-3002).

Förvaltningsrätten avslår Alstom Transport AB:s ansökan i övrigt.

Dok.Id 182835

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag–fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Alstom Transport AB (Alstom) inkom den 18 november 2016 med en ansökan om överprövning av giltigheten av flera avtal som Banverket (numera Trafikverket) och Trafikverket har ingått med Ansaldo STS Sweden AB (Ansaldo) och Bombardier Transportation (Signal) Sweden HB (Bombardier). Alstoms ansökan handläggs, såvitt avser avtalen med Bombardier, inom ramen för mål nr 5055-16.

20-20-2018

Alstom yrkar att förvaltningsrätten, i enlighet med 16 kap. 13 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), ska besluta att ogiltigförklara det ramavtal inklusive förlängning av detsamma (ESTER08-3002, "Ramavtalet") som Banverket (numera Trafikverket) ingick den 28 maj 2008 med Ansaldo, alternativt att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara de särskilda avrop som Trafikverket gjort från Ramavtalet den 20 maj och 27 maj 2016 (Ändrings- och tilläggssarbete; ÄTA nr 33, ÄTA nr 35, ÄTA nr 6 Hp och ÄTA nr 7 Hp, av Alstom gemensamt benämnda Kontrakten). Till grund för ansökan anförs i korthet följande. Det saknas förutsättningar för att anskaffa det föremål som Trafikverket anskaffat genom Kontrakten utan annonsering, dvs. det saknas direktupphandlingsförutsättningar. Ramavtalet har, genom att Trafikverket i Kontrakten avropat utveckling av ställverk med systemmiljö 3.5.0 från Ansaldo, genomgått väsentliga förändringar. Ramavtalet alternativt Kontrakten ska förklaras ogiltiga i enlighet med 16 kap. 13 § LUF då Ramavtalet alternativt Kontrakten har tilldelats i strid med 7 kap. LUF. Det saknas skäl att låta Ramavtalet eller Kontrakten bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och framför i korthet följande till stöd för sin inställning. Trafikverket har agerat i enlighet med gällande regelverk. Alstom har inte visat att Ramavtalet väsentligen har ändrats i strid med 1 kap. 24 § LUF och att det saknas förutsättningar för att genomföra

den ifrågasatta uppgraderingen av ERTMS på sätt som skett. Samtliga arbeten avser ÄTA-arbeten som ska utföras på Ansaldo pilotbana Haparandabanen. De aktuella ändrings- och tillägsarbetena kan av tekniska skäl fullgöras endast av viss leverantör och är vidare förenliga med LUF:s bestämmelser om kompletterande beställningar, varför Trafikverket har haft rätt att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 2 § 3 och 6 LUF. Även om förvaltningsrätten skulle finna att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda enligt 16 kap. 13 § LUF, bör avtalen få bestå enligt 16 kap. 14 § LUF eftersom det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Ansaldo bestrider bifall till ansökan och yrkar för egen del att ansökan avvisas såvitt avser överprövning av giltigheten av själva Ramavtalet och att ansökan avslås i övrigt. Ansaldo framför i korthet följande till stöd för sin inställning. Bestämmelserna i 16 kap. LUF om överprövning av avtals giltighet tillkom genom lagen (2010:572) om ändring i LUF. Lagen trädde i kraft den 15 juli 2010 och enligt övergångsbestämmelserna ska äldre bestämmelser gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Upphandlingen av Ramavtalet påbörjades långt före den 15 juli 2010, varför bestämmelserna i 16 kap. LUF om överprövning av ett avtals giltighet inte är tillämpliga på Ramavtalet. Ansökan om överprövning har, såvitt gäller Ramavtalet, inte heller kommit in i rätt tid. Ansökan ska därmed avvisas såvitt den avser Ramavtalet. De nu aktuella ÄTA-arbetena utgör ÄTA-arbeten som har avropats under det konkurrensutsatta Ramavtalet och det är fråga om arbeten som avropats genom klara ändringsklausuler i Ramavtalet. Det har stått klart för anbudsgivarna att ÄTA-arbeten skulle komma att ske och arbetena medför inte att Ramavtalets övergripande karaktär väsentligen ändras. Härtill kommer att uppgraderingen av ERTMS, såvitt avser den mjukvara som Ansaldo redan har installerat, av tekniska skäl endast kan genomföras av Ansaldo (jfr 4 kap. 2 § 3 LUF). För det fall ifrågavarande ÄTA-arbeten skulle anses komma i konflikt med förbudet mot väsentliga

förändringar, har ÄTA-arbetena i vart fall kunnat avropas med stöd av bestämmelsen i 4 kap. 2 § 6 LUF om kompletterande beställningar.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Alstom anför bl.a. följande. Banverket (numera Trafikverket) ingick Ramavtalet med Ansaldo år 2008 inom ramen för Projekt ESTER. Ramavtalet, vilket förlängdes den 20 maj 2016, avser installation och driftsättning av ställverk/signalsystem med European Rail Traffic Management System (ERTMS) Baseline (systemmiljö) 2.3.0D och omfattar fem huvudsakliga åtaganden (Utveckling, Pilotbana Haparandabanan, Anläggning, Produkter, Förvaltning och tjänster). Inom åtagande Utveckling angavs positionerna A11 – A17 som optioner (Ramavtal, avsnitt 1.1 Omfattning). För position A16 angavs: Uppgradering av ERTMS ESTER-systemet till 3.0.0. Vid tidpunkten för ingående av Ramavtalet fanns ERTMS systemmiljö 2.3.0D färdigställd, vilken kom att ingå i den systemgeneration som sedermera fick benämningen ”Baseline 2”. Härefter har flertalet nya systemmiljöer utvecklats. De olika systemmiljöerna har skillnader i funktionerna. Funktionerna Virtual balise cover, Enhanced limited supervision, DMI – increased safety, GPRS, Online key management och Enhanced DMI ingår, till skillnad mot version 3.0.0, i systemmiljön version 3.5.0. Den ursprungliga kravställningen och funktionerna på ställverken framgår av bilagan 1.3 SRS till Ramavtalet. Bilaga 1.3 SRS definierar fullständigt ERTMS/ESTER-systemets funktionalitet som upphandlades. Vissa kompletteringar kunde göras där leverantörsspecifika lösningar tilläts enligt position A8. I övrigt fanns inga tecken på att bilaga 1.3 SRS skulle komma att ändras under avtalstiden. I bilagan framgår all den funktionalitet som ställverken som tillhandahålls ska ha såväl om ställverken levereras enligt systemmiljö 2.3.0D eller 3.0.0. För tillkommande funktionalitet från systemmiljö 3.0.0 hänvisar bilaga 1.3 SRS till kontraktbilaga 2.A.1 (Change requests, designer’s choice) där den tillkommande funktionaliteten uttömmande beskrivs genom de sju funktionstilläggen i Appendix Y. Fem av de sju funktionstilläggen från systemmiljö

3.0.0 som Trafikverket beställer genom kontraktsbilaga 2.A.1 avser STM funktionalitet. Denna funktionalitet behöver implementeras även i marksystemet för att stödja funktionalitet som ingår i ombordutrustning (STM).

Trafikverket avropade option A16 redan år 2009. Optionen avsåg ingen utökad funktionalitet, utan endast en uppgradering till de i Ramavtalet fastställda versioner av funktionaliteten i systemmiljö 3.0.0 inom exempelvis "Harmonised breaking curves" och "Level crossing management". Avropet för optionen uppgick till 5 086 579 kr. Trafikverket har i och med de fyra Kontrakten avropat funktioner i systemmiljö 3.5.0. Funktionstilläggen för avropen beskrivs i Trafikverkets "funktionsprodukter" FP4.3, FP5.0, FP5.1 samt FP5.2 och innefattar utveckling och uppgradering till funktionalitet ingående i systemmiljö 3.5.0, exempelvis "Online key management" och "GPRS", vilket lagligen skulle ha upphandlats. Det bestrids att ÄTA nr 33 och nr 6 Hp inte skulle avse utveckling och driftsättning av ERTMS 3.5.0. Avropen ska i sin helhet anses hänförliga till samma ERTMS-utveckling då avropen har sådan tidsmässig koppling. Redan det faktum att värdena av Kontrakten, var för sig alternativt gemensamt, är så pass omfattande innebär en väsentlig förändring. Kontraktens avtalsvärde uppgår till ca 199 337 000 kr, vilket motsvarar en ökning av de i Ramavtalet ursprungligen avtalade värdena för åtagandena Utveckling och Pilotbana med ca 77 %. Det har inte varit en förutsättning för anbudsgivning vid tidpunkten för upphandlingen av Ramavtalet att leverantörer skulle ha möjlighet att under Ramavtalets löptid utveckla en senare systemmiljö för ställverken än vad som uttryckligen framgick av Ramavtalet.

De avropade arbetena är inte till någon del nödvändiga för att kunna slutföra entreprenaden, vilket är en förutsättning för att arbetet ska anses som ett ÄTA-arbete enligt ABT 06. Även med den systemmiljö som faktiskt upphandlades, 2.3.0D alternativt 3.0.0, hade entreprenaden kunnat slutföras. Även om arbetena till någon del skulle kunna betraktas som ÄTA-arbeten i

entreprenadrättslig bemärkelse, är förutsättningarna likväl så skilda jämfört med förutsättningarna vid anbudsgivning av Ramavtalet, att det är att anse som en väsentlig förändring i upphandlingsrättslig bemärkelse i den mening som avses i direktiv 2014/25/EU och bakomliggande EU-rättslig praxis. Ändringarna förändrar kontraktsvärdet i väsentligt hänseende och ger en mer fördelaktig ekonomisk situation för leverantörerna än vad som framgick av upphandlingsdokumenten. Alstom bestrider att det skulle finnas någon klar, entydig eller exakt ändringsklausul i Ramavtalet att ställverk m.m. med systemmiljö ERTMS 3.5.0 kan avropas. Inte heller kan bestämmelsen i ABT 06 i sig anses vara en sådan klar och entydig ändringsklausul. Bedömningen om väsentliga förändringar skett måste göras i förhållande till samtliga ÄTA-arbeten som avropats. Avropen avseende ERTMS 3.5.0 innebär en övergripande karaktärsförändring av Ramavtalet.

Alstom är av uppfattningen att det saknas förutsättningar för Trafikverket att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 2 § 3 och 6 LUF och anför i denna del bl.a. följande. Alstom är en av flera leverantörer utöver Bombardier och Ansaldo som kan tillhandahålla datoriserade ställverk med systemmiljö 3.5.0. Alstom har, liksom flera andra leverantörer, utvecklad mjukvara såvitt gäller två av tre delar av mjukvaran ("Generic Product" och "Generic Application"). Alstom hade vid en konkurrensutsättning kunnat delta och tillhandahålla ställverk m.m. med stöd för ERTMS 3.5.0. Kontrakten, och särskilt de delar som ostridigt utgör avrop av ERTMS 3.5.0, krävs inte för att Ramavtalet ska kunna fullgöras. Ramavtalet kan fullgöras även genom leverans av ställverk m.m. innefattande ERTMS 2.3.0D. Det finns ingen tvingande lagstiftning som ger vid handen att Trafikverket inte får införa ett system byggt på ERTMS 2.3.0D. Systemmiljö 2.3.0D har alltid varit, och är alltjämt, en godkänd och giltig systemmiljö och de fastställda funktioner som ingår i A16-optionen är fortfarande giltiga och går att få godkända mot direktiv 2016/919. Några stora ekonomiska och tekniska olägenheter med att låta någon annan leverantör

utföra tjänster/entreprenader motvarande Kon-trakten föreligger inte. Det hade inte heller inneburit någon ekonomisk olägenhet, i vart fall hade skillnaden i kostnader varit försumbara i jämförelse med Trafikverkets kostnader för Kontrakten. Kompletteringarna är således inte absolut nödvändiga för att Ramavtalet ska kunna fullgöras.

Trafikverket anför bl.a. följande. År 2005 beslutades att införa det på EU-nivå standardiserade trafikstyrningssystemet ERTMS i Sverige, bl.a. i syfte att öka trafik- och driftsäkerheten samt att utöka funktionaliteten och kapaciteten på järnvägsbanorna liksom för att efterkomma de krav som uppställs av EU vid införandet av ett gemensamt europeiskt järnvägsnät, vilket möjliggör gränsöverskridande trafik (Transeuropeiska transportnätverket, TEN-T). En upphandling av ramavtal avseende utveckling och driftsättning av ERTMS påbörjades år 2006. I samband med upphandlingen framhölls att trafikstyrningssystemet planerades vara i drift i 40-50 år och att de lösningar och system som väljs dels måste vara så beprövade att de fungerar i ett säkert och tillförlitligt trafikstyrningssystem idag, dels måste vara så moderna att de uppfyller funktionella krav i många decennier framöver. De versioner av ERTMS som vid upphandlingen av Ramavtalet förutsågs komma bli aktuella var versionerna 2.3.0D och 3.0.0, varav den senare versionen dock inte var fastställd på EU-nivå vid upphandlingstillfället. ERTMS består förenklat av de tre delarna ombordsystem, marksystem och järnvägens mobiltelefonsystem. Ramavtalet avser endast delen marksystem.

Ramavtalet är baserat på ABT 06, vari finns bestämmelser om ÄTA-arbeten. Av dessa bestämmelser följer att Ansaldo i vissa fall är berättigad och skyldig att under avtalstiden utföra vissa arbeten som står i omedelbart samband med de ursprungligen avtalade arbetena och som inte är av väsentligt annan natur än dessa. Ramavtalet innebär att leverantören först ska utveckla och installera sitt ERTMS-system på en pilotbana, i Ansaldo's fall på Haparandabanan. Målet med pilotbanan är att erhålla typgodkännande efter

erfarenhetsdrift på pilotbanan och baserat på de erfarenheterna ska sedan ytterligare anläggningar successivt utrustas med ERTMS för att efterkomma de krav som följer av EU-lagstiftningen. ERTMS version 3.5.0 har nu ersatts av version 3.6.0 som den sedan 27 maj 2016 godkända versionen enligt Europeiska kommissionens förordning 2016/919 om teknisk specifikation för driftskompatibilitet avseende delsystem trafikstyrning och signalering i järnvägssystemet i Europeiska unionen. Version 3.5.0. och 3.6.0 är, såvitt gäller markutrustningen, identiska. Såväl de fysiska installationerna, däribland signalställverk, som den mjukvara som installeras på pilotbanan måste därför klara de kapacitets- och säkerhetskrav som uppställs för drift på de sträckor som ingår i stomnätet. Ansaldo har sedan Ramavtalet ingicks genomfört omfattande utveckling av både fysiska installationer och mjukvara för driftsättning i svenska förhållanden och arbetet med att utveckla och installera systemen pågår alltjämt. Under våren 2016 ingick Trafikverket avtal med Ansaldo rörande ÄTA-arbeten. ÄTA nr 33 och ÄTA nr 6 Hp ingicks avseende utveckling och driftsättning av ERTMS version 2.3.0D och ÄTA nr 35 och ÄTA nr 7 Hp avseende utveckling och driftsättning av ERTMS version 3.5.0. Samtliga avtal avser ÄTA-arbeten som ska utföras på Ansalδος pilotbana Haparandabanan.

Trafikverket gör gällande att de aktuella ändrings- och tilläggsarbetena av tekniska skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör och att kontrakten kunnat tilldelas utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 2 § 3 LUF. Trafikverket framför i denna del särskilt följande. Ramavtalet består endast av delen marksystem, vilken i sin tur kan indelas i flera delsystem, bl.a. signalställverk, utdelar och radioblockcentraler. Signalställverk är leverantörsunika och det tar ca fem år för en leverantör att utveckla en källkod till signalställverk som uppfyller kraven på säkerhet. Även utdelar, vilket är länkar mellan signalställverk och yttre objekt längs spår och på driftsplatser, är leverantörsunika och specialanpassade för respektive signalställverk. Radioblockcentraler (Radio Block Centre, RBC) kommunicerar med lokets om-

bordutrustning. Det finns en RBC på pilotbana Haparandabanan (och en på Bombardiens pilotbana Ådalsbanan). Det är inte möjligt att kombinera signalställverk från en leverantör med en RBC från en annan. Varje leverantör har en mjukvara (källkod) för respektive anläggning som i sin tur består av tre delar: "Generic Product" (mjukvara som utgör grunden för en leverantörs produkter och som utvecklas av respektive leverantör och är densamma oavsett land), "Generic Application" (landspecifik mjukvara som krävs för att efterleva olika nationella regelverk, såsom Transportstyrelsens trafikeringsinstruktioner och Trafikverkets föreskrifter) och "Specific Application" (en för varje anläggning unikt utvecklad mjukvara). Pilotbana Haparandabanan har, liksom Pilotbana Ådalsbanan, sin unika källkod och varje enskilt signalställverk har sin unika källkod. En "Specific Application" ska genomgå en ingående säkerhetsgranskning innan tillstånd till inkoppling ges från Transportstyrelsen. Varje ändring i en anläggning måste genomgå en sådan granskning. Uppgraderingen till ERTMS version 3.5.0 kan endast genomföras av den leverantör som äger den unika källkod som ska uppgraderas. Då Ansaldo äger källkoderna för pilotbana Haparandabanan är det ute-slutet att någon annan leverantör skulle kunna utföra nu aktuella tilläggs- och ändringsarbeten.

Trafikverket gör vidare gällande att avtalen är förenliga med LUF:s regler om kompletterande beställningar i 4 kap. 2 § 6 LUF och framför i denna del särskilt följande. Såväl de fysiska installationer som den mjukvara som är installerad på pilotbanan är leverantörsspecifik. Trafikverket äger inte, och har heller inte tillgång till, källkoden till Ansaldo's mjukvara. Annan leverantörs mjukvara kan inte installeras på befintliga fysiska installationer och någon annan än Ansaldo kan inte utföra de nu aktuella ändrings- och tilläggsarbetena. När Ramavtalet ingicks år 2008 var det endast ERTMS version 2.3.0D som uppfyllde de krav som ställs upp av EU. Det var samtidigt känt att en senare version – ERTMS version 3.0.0 – skulle fastställas av ERA och i syfte att erhålla de funktioner som den nya versionen förväntades

innehålla lades optionen enligt A16 in i Ramavtalet. Version 3.0.0 var emellertid behäftad med stora brister och blev därför aldrig officiell standard. Även ERTMS version 3.5.0 visade sig senare innehålla ett fel i den del som avser ombordssystem och har sedermera ersatts av en version benämnd 3.6.0 som sedan den 27 maj 2016 är godkänd enligt Europeiska kommissionens förordning 2016/919. Version 3.5.0 och 3.6.0 är, såvitt avser markutrustningen, identiska och det krävs endast en formell uppgradering för godkännande. Dåvarande Banverket kunde vid tidpunkten för upphandlingen av Ramavtalet inte förutse att version 3.0.0 skulle innehålla sådana brister att ytterligare uppgraderingar skulle krävas för driftsättning. De aktuella kompletteringarna kan inte heller avskiljas från det ursprungliga kontraktet utan att det uppstår stora tekniska och ekonomiska olägenheter. En ny upphandling som endast avser de ifrågakvarande funktionerna i ÄTA nr 33 och ÄTA nr 6 Hp avseende utveckling och driftsättning av ERTMS version 2.3.0D liksom ÄTA nr 35 och ÄTA nr 7 Hp avseende utveckling och driftsättning av ERTMS version 3.5.0 är inte möjlig. En ny konkurrensutsättning i dessa delar skulle sannolikt medföra att produkt- och erfarenhetstester liksom genomförda installationsarbeten skulle behöva göras om, vilket bl.a. skulle generera förseningar av ERTMS-installationen på fem till sju år. Kompletteringarna är vidare absolut nödvändiga för att det ursprungliga Ramavtalet ska kunna fullgöras. Ändrings- och tilläggsarbetena som avser ERTMS version 2.3.0D är nödvändiga för att avhjälpa ett antal fel och brister i befintliga funktioner. Därtill kompletteras ERTMS version 2.3.0D genom ändrings- och tilläggsarbetena med ett antal funktioner som krävs för fullgörande av avtalet. Eftersom ERTMS version 3.0.0 aldrig erhöll godkännande från ERA och Europeiska kommissionen, hade Transportstyrelsen inte heller kunnat godkänna ERTMS version 3.0.0. De funktioner som ingår i Ramavtalet genom ERTMS version 3.0.0 kan således endast erhålla typgodkännande genom en uppgradering till ERTMS version 3.5.0. Det står således klart att de aktuella ändrings- och tilläggsarbetena är nödvändiga för att fullgöra det ursprungliga Ramavtalet.

Ansaldo anför bl.a. följande. Ramavtalet är tekniskt sett är ett komplext utvecklingsuppdrag som inte enbart avser pilotprojekt Haparandabanan, utan även utveckling av ett nytt signalsystem för hela den svenska järnvägen. Implementeringstiden är mycket lång och ställer stora krav på både beställare och leverantör. Tillämpningen av ERTMS på nationell nivå, avseende de system som installeras i och invid spår, kräver en omfattande nationell anpassning. Ett ERTMS-system såsom definierat i Ramavtalet omfattar i huvudsak tre delsystem; signalställverk, lokalt manöversystem för anläggningen (CTC) och radioblockscentral (RBC). När det gäller delsystemet signalställverk, utformas i dagsläget funktionaliteten i ställverket av det nationella regelverket och så sker även i den nya systemmiljön inom ramen för ERTMS. Det har inte skapats någon standard på europeisk nivå för detta delsystem. Även det andra delsystemet, CTC, definieras genom det regelverk som definierats i Sverige och inte av ERTMS. Det tredje delsystemet är det som benämns ERTMS och som består i den svenska implementationen av en RBC. I leverantörens åtagande ingår således ett delsystem som utgör en standard, men också delsystem på nationell nivå som inte utgör en standard. ERTMS-standarden medger viss nationell anpassning, så att även denna harmoniseras gentemot de nationella kraven. Det är i den nationella anpassningen som det huvudsakliga arbetet består.

Den version som ESTER-projektet utgick från hade föregåtts av ett flertal olika versioner. Det var uppenbart för samtliga aktörer, inklusive Alstom som deltog i upphandlingen av Ramavtalet, att version 2.3.0D inte var den slutgiltiga versionen. Detta framgår tydligt av option A16, som avser uppgradering till nästa Baseline. En utveckling av de europeiska specifikationerna sker kontinuerligt och hade påbörjats redan innan upphandlingen av Ramavtalet. Tidigare funktionalitet har förändrats/förfinats, ny funktionalitet har tillkommit för att förbättra systemet och dess funktion. Det kommer med all säkerhet inte heller att stanna vid den version som nu är aktuell. Det har varit fullt förutsebart för samtliga aktörer på markanden att de europeiska

specifikationerna skulle fortsätta utvecklas och detta var således inget okänt eller oväntat scenario för Alstom. Kravställningen i bilaga 1.3 SRS anger funktionaliteten i samtliga delsystem, varav ERTMS (RBC) är en delmängd. Detta gäller inte delsystemen ställverk och CTC.

Trafikverket avropade option A16 avseende version 3.0.0 under år 2009, men den versionen kom aldrig att få status som en produktionsrelease. ÄTA nr 33 avser i huvudsak ställverk och CTC och ÄTA nr 6 Hp avser implementering på pilotbanan Haparandabanan. Båda dessa ÄTA-arbeten, som tillsammans omfattar 109,7 miljoner kronor, bygger på Baseline 2.3.0D. De ÄTA-arbeten som bygger på Baseline 3, ÄTA nr 35 och ÄTA nr 7 Hp, omfattar 89,6 miljoner kronor. Funktionsprodukt FP4.3 avser inte version 3.5.0 utan i huvudsak vidareutveckling och förbättringar i de funktioner som ingår i delsystemen ställverk och CTC, dvs. detta styrs inte av de europeiska specifikationerna utan av de svenska nationella kraven som även dessa förbättras och förfinas. Arbetet med utveckling till version 3.5.0 utgör endast en delmängd och värdet av FP4.3, som således inte avser version 3.5.0, utgör den större delen av uppdraget och överskrider värdet av funktionsprodukterna FP5.0, FP5.1 och FP5.2. Alstoms uppgifter om avtalsvärden är således felaktiga. Huvuddelen av ÄTA-arbetena hänför sig till funktionalitet och utgör nödvändiga förbättringar av det system som Trafikverket investerat i de senaste åtta åren och som är nödvändiga för att bedriva en effektiv järnväg i Sverige. Driftsättning på pilotbana Haparandabanan är endast ett steg i det övergripande uppdraget. I frågavarande ÄTA-arbeten är nödvändiga för att uppfylla den avtalade intentionen med Ramavtalet.

Det framgår uttryckligen av Ramavtalet att det omfattar bl.a. utveckling, tillverkning, systemverifiering- och validering av generellt ERTMS ESTER-system och det framgår vidare att Ramavtalet omfattar option på uppgradering av ERTMS ESTER-systemet (punkt 1.1, position A9). Det framgår vidare att det omfattade option på uppgradering av ERTMS ESTER-

systemet (punkt 1.1, position A16). Det är således uppenbart att Ramavtalet omfattar utveckling och uppgradering av systemet. Arbetena utgör ÄTA-arbeten som har avropats under det konkurrensutsatta Ramavtalet. Arbetena har avropats genom klara ändringsklausuler i Ramavtalet och ABT 06 och det har stått helt klart för anbudsgivarna att ÄTA-arbeten skulle komma att ske. ÄTA-arbetena medför inte heller att Ramavtalets övergripande karaktär väsentligen ändras. Härtill kommer att uppgraderingen av ERTMS, såvitt avser den mjukvara som Ansaldo redan har installerat, av tekniska skäl endast kan genomföras av Ansaldo och inte av någon annan leverantör (jfr 4 kap. 2 § 3 LUF). Även för det fall att ifrågavarande ÄTA-arbeten skulle anses komma i konflikt med förbudet mot väsentliga förändringar av offentligt upphandlade kontrakt, har ÄTA-arbetena i vart fall kunnat avropas med stöd av 4 kap. 2 § 6 LUF om kompletterande beställningar.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämplig lag m.m.

Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) har upphört att gälla med verkan från och med den 1 januari 2017 och har ersatts av lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna. Enligt övergångsbestämmelserna till 2016 års lag ska LUF alltjämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Upphandlingen av Ramavtalet påbörjades före den 1 januari 2008, dvs. före ikraftträdandet av LUF och de senare införda bestämmelserna om ogiltighet av avtal. Det är dock förvaltningsrättens uppfattning att LUF är tillämplig vid prövningen av om det skett väsentliga ändringar i befintliga ramavtal (jfr prop. 2015/16:195 sid. 851). Enligt förvaltningsrätten ligger det vidare närmast till hands att anse en otillåten direktupphandling vara påbörjad först när ett avtal har slutits, varför bestämmelserna i 16 kap. 13 § LUF om ogil-

tighet av avtal är tillämpliga vid denna prövning (jfr prop. 2009/10:180 sid. 310).

Är ansökan inkommen i rätt tid?

För att förvaltningsrätten ska kunna pröva Alstoms ansökan krävs, enligt 16 kap. 17 § LUF, att denna kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att de avtal som är föremål för överprövningen slöts. Alstom, vars ansökan kom in till domstolen den 18 november 2016, yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara Ramavtalet inklusive förlängningen av det samma, alternativt de särskilda avrop som Trafikverket gjort den 20 maj och 27 maj 2016.

EU-domstolen har uttalat att förfarandena för att väcka talan inte får förta den ändamålsenliga verkan av rättsmedelsdirektivet (C-470/99 *Universale-Bau*). EU-domstolen har vidare, i ett förhandsavgörande i mål C-406/08 *Uniplex*, bl.a. uttalat att fristen för att ansöka om prövning i syfte att fastställa om det har skett en överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling eller i syfte att erhålla skadestånd, ska beräknas från och med den dag då sökande fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om överträdelsen.

I målet är klarlagt att det ursprungliga Ramavtalet mellan Trafikverket och Ansaldo slöts den 28 maj 2008 efter ett annonserat upphandlingsförfarande som påbörjades under år 2006. Alstoms ansökan ska avvisas såsom för sent inkommen i den del den avser ogiltighet av själva Ramavtalet. Ansökan har däremot inkommit i rätt tid såvitt avser ogiltighet av förlängningen av Ramavtalet, vilken skedde den 20 maj 2016, och de i målet ifrågasatta avropen den 20 maj och 27 maj 2016.

Sakfrågorna i målet

Förvaltningsrätten konstaterar att Trafikverket i sitt yttrande den 21 december 2016 klart och tydligt har uttryckt att verkets inställning är att Alstom inte har visat att Ramavtalet väsentligen har ändrats i strid med 1 kap 24 § LUF. Frågan om Ramavtalet har genomgått väsentliga förändringar till följd av de ändrings- och tilläggsarbeten som avropats är således inte ostridig mellan Alstom och Trafikverket. Förvaltningsrätten har således att ta ställning till om det på grundval av vad Alstom har framfört är visat att förlängningen av Ramavtalet respektive de tilläggs- och ändringsarbeten som Trafikverkets avropat den 20 maj och 27 maj 2016 innefattar sådana väsentliga avvikelser i förhållande till villkoren i Ramavtalet att förlängningen respektive avropen ska betraktas som nya avtal som inte fick slutas utan förnyad upphandling. Om så befinns vara fallet har förvaltningsrätten att ta ställning till om Trafikverket har visat att förutsättningar förelegat att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, dvs. om något av undantagen i 4 kap. 2 § LUF är tillämpligt.

Väsentliga ändringar av Ramavtalet?

I 16 kap. 13 § första stycket LUF anges att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 §. Enligt den bestämmelsen ska en upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal som huvudregel annonsera upphandlingen. Ett exempel på en otillåten direktupphandling är när en upphandlande enhet förlänger, utvidgar eller ändrar ett avtal med en befintlig leverantör, trots att en sådan option inte finns i det ursprungliga avtalet. I realiteten innebär en sådan ändring av avtal att ett nytt avtal sluts, vilket skulle ha föregåtts av ett offentliggörande (se prop. 2009/10:180 sid. 188).

Nu tillämplig LUF innehåller inga särskilda bestämmelser om ändringar i avtalsvillkor under löpande avtalstid. I det nya direktiv på upphandlingsom-

rådet som trätt i kraft den 18 april 2016, direktiv 2014/25/EU, finns däremot bestämmelser i artikel 89 om i vilka fall kontrakt och ramavtal får ändras under pågående avtalstid utan att en ny upphandling behöver genomföras. EU-lagstiftaren har genom de införda bestämmelserna i direktivet avsett att få till stånd en kodifiering av den rättspraxis som finns på området (jfr direktivets skäl 113 – 117). Direktivet saknar särskilda övergångsbestämmelser och är tillämpligt såvitt gäller förhållanden som uppkommit efter ikraftträdandet (se EU-domstolens dom i mål C-337/98).

Av direktivets artikel 89.1 (a) framgår att kontrakt och ramavtal får ändras utan nytt upphandlingsförfarande om ändringarna, oberoende av deras penningvärde anges i de ursprungliga upphandlingsdokumenten genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler, som kan innefatta prisändringsklausuler, eller optioner. Sådana ändringsklausuler ska ange omfattningen och arten av eventuella ändringar eller optioner samt villkoren för när de får tillämpas. Ändringar eller optioner som skulle medföra en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär är inte tillåtna. Ändringar är vidare tillåtna för kompletterande byggtreprenader, tjänster eller varor från den ursprungliga entreprenören, oberoende av deras värde, som har blivit nödvändiga och som inte ingår i den ursprungliga upphandlingen, i de fall ett byte av entreprenör inte kan ske av ekonomiska eller tekniska skäl såsom krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, programvara, tjänster eller installationer som upphandlats vid den ursprungliga upphandlingen, och skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande enheten (artikel 89.1 [b]). En ändring är också tillåten om behovet av ändringen har uppstått till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande enhet inte kunnat förutse och ändringen inte medför att kontraktets övergripande karaktär ändras (artikel 89.1 [c]). Ändringar som inte är väsentliga är, oberoende av deras värde, tillåtna (artikel 89.1 [e]). I artikel 89.4 finns vidare angivet vad som ska anses utgöra en väsentlig ändring.

I domen om Presstext (C 454-06) uttalar EU-domstolen bl.a. att i syfte att säkerställa insyn i förfarandena och likabehandling av anbudsgivarna, ska ändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt, om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet (p. 34). Om parterna i ett löpande avtal tillåts omförhandla villkoren i avtalet, finns det en risk för att andra potentiella leverantörer särbehandlas. Anledningen är att förändringen i en upphandlingssituation kunnat medföra att andra anbud antagits eller att andra leverantörers möjlighet eller intresse att delta i upphandlingen påverkats (jfr p. 35). Kan en förändring däremot förutses redan i förfrågningsunderlaget talar det för att andra leverantörers intresse i dessa avseenden har tillgodosetts (jfr p. 37, 40, 59 och 60). EU-domstolen uttalade dock i det målet också att en kontraktsändring som endast är en tillämpning av bestämmelser i ursprungskontraktet inte utgör en ändring av de väsentliga villkoren i det kontraktet (p. 68 och 69).

EU-domstolen förtydligade sig ytterligare i målet Finn Frogne (C-549/14, p. 30, 36 och 37). Den upphandlande enheten kan enligt domstolen använda möjligheten att göra vissa ändringar, även väsentliga sådana, av kontraktet efter kontraktstilldelningen, under förutsättning att detta anges av enheten i de dokument som reglerar upphandlingsförfarandet. Genom att i upphandlingsdokumenten uttryckligen ange att villkor – även viktiga sådana – kan komma att justeras, och genom att ange på vilka villkor detta kan ske, säkerställer den upphandlande enheten att samtliga ekonomiska aktörer som är intresserade av att delta i upphandlingen får kännedom om detta redan från början och således behandlas lika när de utformar sina anbud. En ändring i ett avtal under avtalstiden kan således, enligt EU-domstolens praxis, godtas utan en ny konkurrensutsättning om potentiella leverantörer haft lika möjlighet att, vid tiden för anbud, inse att en sådan ändring skulle kunna komma

i fråga och att då beakta detta. Att likabehandlingsprincipen är central vid prövningen av ändring i avtal under löpande avtalstid, konstaterades även av Högsta förvaltningsdomstolen i en dom den 22 december 2016 (mål nr 3874-15).

Alstom yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara Ramavtalet inklusive förlängningen av detsamma. I Ramavtalet (punkten 12) anges bl.a. att ramavtalet ska gälla under åtta år eller tills det sägs upp av Beställaren med iakttagande av sex månaders uppsägningstid samt att ramavtalet senast sex månader före avtalstidens utgång kan förlängas av Beställaren med ytterligare åtta år med bibehållen uppsägningstid. Av utredningen i målet framgår att Trafikverket den 20 maj 2016 meddelade Ansaldo att man väljer att förlänga ramavtalet i enlighet med punkten 12, innebärande att det löper fram t.o.m. den 28 maj 2024. I meddelandet anges att ramavtalet, förutom förlängningen av avtalstiden, ska gälla på oförändrade villkor.

Alstom har inte framfört några invändningar mot själva förlängningen av Ramavtalet och har inte gjort gällande att avtalsförlängningen i sig innefattat justeringar eller ändringar av ramavtalsvillkoren. Utifrån vad som framkommit i målet är det förvaltningsrättens uppfattning att den förlängning av Ramavtalet som kom till stånd den 20 maj 2016 har skett helt i enlighet med villkoren i Ramavtalet av den 28 maj 2008 och att förlängningen inte kan betraktas som ett nytt ramavtal som borde ha föregåtts av ett offentliggörande. Alstoms ansökan om överprövning såvitt gäller förlängningen av Ramavtalet ska därför avslås.

Vad gäller frågan om Ramavtalet har genomgått väsentliga förändringar till följd av de avrop som gjorts av Trafikverket i maj 2016, har Trafikverket och Ansaldo pekat på att standardbestämmelserna i ABT 06 gäller för Ramavtalet och att samtliga de aktuella arbeten som avropats utgör ÄTA-arbeten i den mening som föreskrivs i dessa bestämmelser. Ansaldo gör gällande att

arbetena har avropats genom klara ändringsklausuler i Ramavtalet och ABT 06 och är av uppfattningen att regelverket i LUF inte kan appliceras på ÄTA-arbeten i ett entreprenadkontrakt som redan upphandlats genom ett annonserat och konkurrensutsatt förfarande.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i Trafikverkets PM ”Motiv till ÄTA-beställning ERTMS utveckling Baseline 3 version 3.5.0” bl.a. anges att aktuell uppgradering, utveckling till version 3.5.0, enbart kan utföras av de angivna leverantörerna, att Trafikverket inte äger och inte heller har tillgång till källkoden till systemet, att uppgraderingen ligger nära det ursprungliga arbetet och står i omedelbart samband med kontraktsarbetena och utgör en teknisk helhet, att det ur ansvarssynpunkt skulle vara omöjligt att skilja dem åt samt att de aktuella uppgraderingsarbetena därför är att betrakta som ÄTA-arbeten.

Enligt förvaltningsrättens mening är det inte givet att en generell skrivning i ramavtalsvillkor om att ABT 06 och däri angivna bestämmelserna om ÄTA-arbeten tillämpas i en entreprenad, kan betraktas som en sådan tydlig ändrings- eller optionsklausul som enligt EU-domstolens praxis och direktivet skulle innebära att ändringen är tillåten. I förevarande fall föreskrivs emellertid i Ramavtalet, förutom vad som generellt anges i avsnitt 2.5 om ändrings- och tilläggsarbeten, att Trafikverket har rätt att avropa uppgradering av ERTMS ESTER-systemet till 3.0.0 (position A16). En tydlig optionsklausul avseende uppgradering till version 3.0.0 fanns således med upphandlingsdokumenten till Ramavtalet och det har vid konkurrensutsättningen av Ramavtalet stått klart för Alstom, liksom för övriga aktörer och potentiella anbudsgivare, att en uppgradering av ERTMS ESTER-systemet från systemgeneration Baseline 2 till Baseline 3 skulle kunna komma att bli aktuell. Därtill kommer att det i Ramavtalet uttryckligen anges att det i åtagandet ingår utveckling, tillverkning, systemverifiering och – validering av generellt ERMS ESTER-system (punkt 1.1, position A9). Enligt förvalt-

ningsrättens mening synes Trafikverket vid upphandlingen av det ursprungliga Ramavtalet således ha tagit höjd för sådana ändringar och uppgraderingar som då förväntades kunna komma i fråga för att ERTMS-systemet skulle kunna driftsättas. Vid tidpunkten för upphandlingen av Ramavtalet var ERTMS systemmiljö 2.3.0D färdigställd och den av ERA då enda godkända versionen. Det var vid den tidpunkten samtidigt känt för såväl Trafikverket som för marknadsaktörer att en senare version – ERTMS 3.0.0 – skulle komma att fastställas på EU-nivå. Trafikverket har påtalat att optionen enligt A16 lades in i Ramavtalet i syfte att erhålla de funktioner som den nya versionen 3.0.0 förväntades innehålla. Trafikverket avropade position A16 under år 2009. Trafikverket har pekat på att version 3.0.0 visade sig vara behäftad med stora brister, att den versionen aldrig erhöll godkännande från ERA och inte heller blev officiell standard samt att Transportstyrelsen inte hade kunnat godkänna versionen. Den omständigheten att version 3.0.0 visade sig bristfällig får, enligt förvaltningsrättens mening, anses vara en sådan yttre omständighet som – särskilt med hänsyn till komplexiteten och omfattningen av det berörda projektet i Ramavtalet och den långa tidsperiod som Ramavtalet omsluter - inte rimligen kunnat förutses av Trafikverket.

Alstom är av uppfattningen att Trafikverket, genom de avrop som skett, har avropat funktioner i systemmiljö 3.5.0 som innefattar utveckling och uppgradering till funktionalitet som inte framgick av Ramavtalet. Flera av de funktioner som Alstom menar ingår i ERTMS version 3.5.0 till skillnad mot den version som ingick i optionen A16 synes emellertid avse ombordutrustningen och omfattas således överhuvudtaget inte av de åtaganden som ingår i Ramavtalet. Det kan vidare noteras att såväl Trafikverket som Ansaldo har pekat på att ÄTA nr 33 och ÄTA nr 6 Hp avser utveckling och driftsättning av ERTMS version 2.3.0D.

Förvaltningsrätten gör sammanfattningsvis bedömningen att de tilläggs- och ändringsarbeten som Trafikverket avropat den 20 maj och 27 maj 2016 inte

har visats medföra en ändring av Ramavtalets övergripande karaktär. Det är förvaltningsrättens bedömning att samtliga leverantörer och potentiella anbudsgivare har haft samma förutsättningar och lika möjligheter att vid tiden för anbud förstå att en uppgradering till en senare systemmiljö skulle kunna komma att bli aktuell och då beakta detta. Det framstår enligt förvaltningsrättens mening inte heller som troligt att andra anbudsgivare skulle ha godkänts eller att utfallet av upphandlingen av Ramavtalet skulle ha påverkats om det vid tidpunkten för anbudsgivning varit känt att systemmiljön skulle komma att uppgraderas ytterligare. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad Alstom har anfört i målet inte visar att de arbeten som Trafikverket avropat den 20 maj och 27 maj 2016 innefattar sådana väsentliga avvikelser i förhållande till villkoren i Ramavtalet att avropen ska betraktas som nya avtal som inte fick slutas utan förnyad upphandling. Alstoms ansökan om överprövning ska således avslås i denna del. Vid denna utgång saknas det skäl att pröva om det funnits förutsättningar för Trafikverket att tillämpa något av undantagen i 4 kap. 2 § LUF.

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

Lenart Andersson
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

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

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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