



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2010-11-05
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
4705-10 E
Enhet 1

SÖKANDE

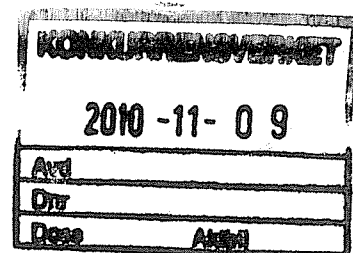
Busslink i Sverige AB, 556473-5057

Ombud: Mattias Åkerlund
Busslink i Sverige AB
Box 47298
100 74 Stockholm

MOTPART

Upplands Lokaltrafik AB, 556159-2352

Ombud: Advokat Hugo Norlén
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala



ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Upplands Lokaltrafik AB:s upphandling av regionbusstrafik 2010 i
Uppsala län

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Busslink i Sverige AB:s ansökan och förordnar
att Upplands Lokaltrafik AB:s upphandling av regionbusstrafik 2010 i
Uppsala län ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 18 juni 2010 upphör därmed
att gälla.

Dok.Id 13350

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853	Kungsgatan 49	018-16 73 00	018-16 73 43	måndag – fredag
751 48 Uppsala		E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se		08:30-12:00 13:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Upplands Lokaltrafik AB (UL) har genomfört en upphandling avseende regional busstrafik. UL meddelade i tilldelningsbeslut den 9 juni 2010 att upphandlingen hade tillfallit Klövsjö-Rätan Trafik AB (KR-Trafik).

Busslink i Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning av UL:s upphandling och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, innebärande att samtliga kompletterande anbud med nya priser lämnade efter UL:s skrivelse den 28 maj 2010 ska förklaras ogiltiga så att utvärderingen avseende pris kan göras om och bedömas utifrån de ursprungligen lämnade prisbilagorna från anbudsgivarna. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om i dess helhet.

Vidare yrkar bolaget att förvaltningsrätten bortser från UL:s beslut om att avbryta upphandlingen och prövar målet i sak. Bolaget har begärt överprövning av UL:s beslut att avbryta upphandlingen, vilket är föremål för förvaltningsrättens prövning i mål nr 6404-10. För det fall förvaltningsrätten finner skäl att pröva frågan huruvida det funnits sakliga skäl för UL att avbryta upphandlingen anser bolaget dock att det i första hand ska prövas inom ramen för detta mål. För det fall förvaltningsrätten anser att UL:s avbrytandebeslut inte kan prövas inom ramen för detta mål yrkar bolaget att förvaltningsrätten, innan slutligt beslut eller dom meddelas i detta mål, vilandeförklarar detsamma och att mål nr 6404-10 prövas först. Om förvaltningsrätten prövar UL:s beslut om avbrytande inom ramen för mål 6404-10 och beslutar att UL:s beslut att avbryta upphandlingen upphävs, yrkar bolaget att förvaltningsrätten återupptar detta mål till sakprövning. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Reviderade anbud m.m.

Under utvärderingen ifrågasatte UL bolagets lösning med användande av lokala underleverantörer för del av trafiken. Bolaget informerades i telefonsamtal mellan UL:s VD och bolagets VD den 27 maj 2010 om att bolagets lösning inte var önskvärd och att UL övervägde att förkasta bolagets anbud om bolaget inte själv skulle utföra 100 procent av trafiken. UL:s ifrågasättande medförde ett förhandlingsmöte mellan UL och bolaget i vilket bolaget utvecklade sina planer på användande av lokala underentreprenörer för utförande av del av trafiken. Under mötet meddelade UL att man motvilligt accepterade bolagets användande av lokala underleverantörer. UL meddelade även att på grund av ett i dagarna fattat beslut om att UL skulle ställa sig bakom fördubblingsprojektet skulle en förfrågan till anbudsgivarna om reviderad prissättning i upphandlingen sändas ut samma dag. Bolaget lämnade därefter ett kompletterande anbud i vilket bolaget sänkte sitt pris med 2,5 miljoner kronor. Den enda anledningen till bolagets sänkning var att bolaget kände sig pressade av UL:s negativa inställning till bolagets anbud. UL:s skrivelse innebär ingen egentlig förändring i förutsättningarna för ett ökat resande i Uppsala län. Nobina Sverige AB (Nobina) lämnade ett reviderat anbud i vilket priset sänktes med 24,7 miljoner kronor. KR-Trafik lämnade reviderat anbud i vilket priset sänktes med 40,7 miljoner kronor.

UL har gett anbudsgivarna möjlighet att inkomma med reviderat anbud i upphandlingen. Som skäl för detta har angetts att ägarna till UL anslutit sig till det s.k. fördubblingsmålet och skrivit in detta i reviderat ägardirektiv. Att fördubblingsmålet varit en tydlig förutsättning i upphandlingen har framgått redan av förfrågningsunderlaget. Fördubblingsprojektet är ingen nyhet för någon i bussbranschen, det har pågått sedan år 2008. UL har deltagit i projektet dels som medlem i trafikhuvudmännens branschförening Svensk kollektivtrafik dels självständigt som trafikhuvudman i Uppsala län. Med anledning av ovanstående ställer sig bolaget frågande till anled-

ningen att UL gett anbudsgivarna möjlighet att inkomma med nya anbud. I synnerhet ställer sig bolaget frågande till att KR-Trafik sänkt sitt anbud med så mycket som drygt 40,7 miljoner kronor per år vilket i bussbranschen med dess låga marginaler är en extraordinär justering av priset.

UL har inte haft rätt att beakta de nya priser som lämnats in i upphandlingen. De nya priser som lämnats in av anbudsgivarna ligger inte inom ramen för vad som är tillåtet vid ett förhandlat förfarande enligt LUF. För det fall en upphandlande enhet vill genomföra en prisförhandling, vilket är vad UL påstår varit aktuellt i detta fall, måste syftet med en sådan förhandling rimligtvis vara att UL ska erhålla anbud med en bättre prisbild. Incitamentet för UL att förhandla om priset måste således vara att sänka priset, något annat syfte kan inte finnas. Det är i detta avseende anmärkningsvärt att notera att UL antagit ett anbud där anbudspriset enbart är ca 3 procent lägre än lägsta anbudspris enligt de ursprungligen lämnade priserna. Mot bakgrund av att UL accepterat ett anbudspris på ungefär samma nivå som det ursprungliga lägsta priset från bolaget kan det inte uteslutas att prisförhandlingarna genomförts för att erhålla ett konkurrenskraftigt anbud från någon annan anbudsgivare än bolaget. Ett sådant förfarande står helt i strid med likabehandlingsprincipen som givetvis måste iakttas även vid förhandlingar som sker inom försörjningssektorn. UL:s utskick med begäran om reviderat anbud kan inte bedömas som affärsmässigt motiverat.

Avbrytande

UL har fattat sitt beslut att avbryta upphandlingen under tid då förvaltningsrätten redan den 18 juni 2010 interimistiskt beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan rätten har beslutat något annat. Att fatta ett beslut att avbryta en upphandling är ett sätt att avsluta en upphandling. UL har inte rätt att fatta ett sådant beslut så länge förvaltningsrättens interimistiska beslut kvarstår. Upphandlingen ska därmed anses som pågående och rätten ska göra en prövning i sak. Enligt praxis krävs att ett beslut om avbrytande

av en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna iakttas. För att ett beslut om att avbryta en upphandling ska stå i överensstämmelse med de grundläggande principerna för offentlig upphandling krävs att den upphandlande enheten kan visa att sakliga skäl för avbrytandet föreligger. Bevisbördan åligger således UL. Av UL:s beslut om avbrytande framgår att information har lämnats till anbudsgivare och att UL därigenom har brutit mot offentlighets- och sekretesslagen och den absoluta anbudssekretessen. Detta har skett före tilldelningsbeslutet och har varit till skada för bolaget. UL har endast visat och styrkt att sakliga skäl föreligger för att upphandlingen ska rättas med anledning av de otillåtna kontakterna som förekommit mellan medarbetare på UL och anbudsgivare i upphandlingen, dvs. bolagets konkurrenter. Nobina har medgivit att det efter att de ursprungliga anbuden ingavs har fått information om bolagets anbud, sin prisnivå i förhållande till bolagets och att bolagets ursprungliga anbud var det bästa enligt utvärderingskriterierna. Bolaget menar att UL brutit mot den absoluta sekretess som råder enligt 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL. Upphandlingens genomförande efter tidpunkten anbudssekretessen bröts kan inte anses vara genomförd i enlighet med LUF.

Tjänstekoncession

Upphandlingen utgör inte någon tjänstekoncession. UL garanterar en fast produktionsersättning om minst tre fjärdedelar av entreprenörens ersättning. Produktionsersättningen ökas även vid en utökad trafik, vilka överstiger entreprenörens kostnader per timme, kilometer och buss. Varje utökning av trafiken som genererar kostnader är därmed kostnadstäckt av UL. Entreprenören kan inte självständigt besluta om ändringar av linjenätet. UL beslutar om förändringar och måste finansiera varje utökning av trafiken. Entreprenören är kraftigt subventionerad och stöttad av UL. UL har inte i något sammanhang tidigare under upphandlingen framfört att det rör sig om en tjänstekoncession.

Skada

Utan utlämnande av information om sekretessbelagda uppgifter om bolagets anbudspris hade inte de andra anbudsgivarna kunnat sänka sina priser så markant. Bolagets pris hade då fortfarande varit lägst och bolaget hade därigenom vunnit upphandlingen. UL har brutit mot den absoluta anbudssekretessen, vilket har varit till skada för bolaget. Även med beaktande av användande av underentreprenörer kan bolaget lida skada eftersom UL tidigare i detta mål och vid tilldelningen i upphandlingen har godtagit bolaget som leverantör samt kvalificerat bolaget att delta i upphandlingen.

Rättelse

Brott mot anbudssekretessen och UL:s otillåtna begäran om priskomplettering har missgynnat bolaget. Detta förhindrar dock inte att rättelse sker så att de anbud som ingavs utvärderas i det skick de var innan brott mot anbudssekretessen begicks och innan UL begärde en otillåten priskomplettering. Det skulle säkerställa ett läge när de ursprungliga tre anbudena kom in och inget brott mot anbudssekretessen förelåg. Ett sådant handlande skulle också vara i enlighet med likabehandlingsprincipen. UL:s beslut att avbryta upphandlingen tycks vara ett försök att undvika rättelse och den lösning med underentreprenörer som bolaget presenterade i sitt anbud.

Bolaget åberopar ett rättsutlåtande från doktoranden och advokaten Andrea Sundstrand om avbrytande av offentlig upphandling och särskilt om sakligt godtagbara skäl till avbrytande. Bolaget åberopar även bl.a. dokumentet Avtalsprocessen, beslutad av Kollektivtrafikens branschorganisationer juni 2010, protokoll över UL:s styrelsesammanträde den 12 oktober 2009 och protokoll från Regionförbundet Uppsala län, fört vid ägarsamråd för UL den 15 april 2010.

UL bestrider bolagets talan och yrkar, såsom UL slutligen fastställt sin talan, i första hand att förvaltningsrätten avskriver bolagets ansökan om

överprövning då UL den 16 augusti 2010 beslutat att avbryta upphandlingen. I andra hand yrkar UL att förvaltningsrätten avvisar bolagets ansökan om överprövning eftersom upphandlingen avser en tjänstekoncessions som faller utanför LUF:s tillämpningsområde. För det fall förvaltningsrätten finner att UL:s beslut om avbrytande ska prövas inom ramen för detta mål yrkar UL i tredje hand att bolagets ansökan om överprövning ska avslås då UL har haft sakliga skäl för avbrytandet. Slutligen yrkar UL att förvaltningsrätten, för det fall rätten skulle finna att bolaget har grund för sin talan, förordnar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför UL bl.a. följande.

Beslutet om avbrytande

UL har den 16 augusti 2010 beslutat att avbryta den i målet aktuella upphandlingen. I beslutet om avbrytande anges bl.a. följande. UL har konstaterat att en enskild medarbetare har lämnat ut viss känslig information om anbudens innebörd till anbudsgivare före tilldelningsbeslutet. UL har mot denna bakgrund bedömt att det inte med säkerhet kan fastslås att UL genomfört upphandlingen objektivt och följaktligen inte heller att utvärderingen av anbuden har genomförts i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om icke-diskriminering och likabehandling av leverantörer. Avbrytandebeslutet har ersatt det överprövade tilldelningsbeslutet och därför har den sak som är föremål för förvaltningsrättens prövning förfallit. Förvaltningsrätten saknar därmed förutsättningar att pröva målet i sak.

Tjänstekoncession

Ersättningsmodellen i den aktuella upphandlingen är uppbyggd av två delar, dels en fast ersättning som är produktionsbaserad dels en ersättning till trafikföretaget per varje påstigande passagerare, vilken är beroende av hur många passagerare som väljer att resa. Anbudsförutsättningen är att den totala ersättningen relaterad till resandet/resenärerna uppgår till 101,3 mil-

joner kronor per år. De totala biljettintäkterna för de upphandlade busslinjerna för år 2009 var 194 miljoner kronor. Affärsmodellen innebär att trafikföretaget tar den övervägande risken för verksamheten, eftersom den produktionsbaserade ersättningen inte täcker kostnaderna vid passagerarbortfall. Den fasta delen uppgår vid trafikstart till ca 74 procent av trafikföretagets totala intäkter. Resterande del är direkt hänförlig till antalet passagerare. Eftersom en avgörande del av trafikföretagets intäkter inte är garanterade är förutsättningarna för en tjänstekoncession uppfyllda. Upphandlingen har omfattat en tjänstekoncession från det att den påbörjades då riskövergången förelåg redan vid de initiala förutsättningarna. LUF omfattar inte tjänstekoncessioner och bolagets talan ska därför avvisas.

Sakliga skäl för avbrytande

För det fall förvaltningsrätten finner att bolagets ansökan om överprövning kan prövas i sak ska ansökan avslås då UL har haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen. Det följer av rättspraxis att en upphandlande enhet får avbryta en upphandling trots att en överprövningsprocess initierats och trots att ett interimistiskt beslut har meddelats. UL har därför haft rätt att avbryta upphandlingen trots att ett interimistiskt beslut meddelats av förvaltningsdomstol. Ett avbrytande är att jämställa med bifall till bolagets andrahandsyrkande och bolaget har därför inte lidit någon skada. UL har inte med säkerhet kunnat fastslå vilken påverkan som sekretessbrottet har haft på upphandlingen, såväl under det konkurrensuppsökande skedet som därefter. Sekretessbrottet har gett UL anledning att ifrågasätta om upphandlingen och förfrågningsunderlaget i alla delar utformats objektivt. Upphandlingen är behäftad med sådana väsentliga fel som gör att upphandlingens genomförande rent allmänt kan ifrågasättas. Det är ostridigt att upphandlingen har genomförts felaktigt och att den absoluta anbudssekretessen har brutits. Det finns därför skäl att ifrågasätta om upphandlingen rent generellt och redan vid förfrågningsunderlagets framtagande har genomförts på ett subjektivt sätt som innebär att anbudsgivande leverantörer har behand-

lats olika. Det kan inte uteslutas att en olikbehandling av leverantörer har skett genom det sätt på vilket förhandlingar med anbudsgivarna förts. Det finns anledning att anta att bolaget inte har fått tillfälle att konkurrera på samma villkor som åtminstone en av de övriga anbudsgivarna.

Leverantörerna har även behandlats olika genom att bolaget tillåtits att först vid anbudsgivningen åberopa underleverantörer för utförande av kontraktet. Felet i bolagets anbudsgivning kan ha berott på att förfrågningsunderlaget har utformats felaktigt av UL. UL har av misstag inte i inbjudan att lämna anbudsansökningar angett att anbudssökandena ska ange om, och i så fall vilka, underleverantörer som anbudssökandena avser att anlita för utförandet av trafiken. Felet i förfrågningsunderlaget är väsentligt och utgör i sig en grund för att avbryta upphandlingen.

Fördubblingsmålet och reviderade anbud

UL har som bolag tagit aktiv del i fördubblingsprocessen. UL:s opolitiska styrelse antog i oktober 2009 fördubblingsmålet för bolagets räkning. Då en fördubbling av marknadsandel och resande kommer att kräva en ökad trafik och därmed ett större underskottsbidrag från UL:s ägare är det först när UL:s ägare och därmed finansiärerna av trafiken genom politiska beslut ansluter sig till fördubblingsmålet som detta blir praktiskt genomförbart.

Vid årsstämman beslöt UL:s ägare att enhälligt revidera sina direktiv till UL på så sätt att ett övergripande mål om att resandet ska fördubblas till 2020 skrevs in. Det innebär att resandet årligen ska öka med ca 7 procent. Dessförinnan var ägardirektivet för resandeutvecklingen en genomsnittsökning med minst 3 procent per år. Eftersom resandeutvecklingen är av största betydelse för trafikföretaget för det aktuella kontraktet beslöt UL att informera anbudsgivarna om det nya ägardirektivet och ge dem möjlighet att inkomma med justerade anbud med anledning av detta. Innan det ändrade ägardirektivet kunde tas med i förhandlingarna var det dock nöd-

vändigt att få klarhet i hur bolaget avsåg att utföra uppdraget, särskilt med avseende på samordningen av det stora antalet underentreprenörer. Parterna överenskom att mötas för att bolaget skulle ha möjlighet att presentera sina justerade trafikupplägg. Vid förhandlingsmötet presenterade bolaget ett väsentligt reviderat upplägg där de föreslagna underentreprenörerna reducerats. UL valde efter ajournering att acceptera den reviderade trafiklösningen. Nästa steg var att informera om den för det aktuella kontraktet väsentliga förändringen i UL:s ägardirektiv. Den 7 juni 2010 inkom reviderade anbud från samtliga anbudsgivare.

Vare sig LOU eller LUF ger några klara besked rörande vad en upphandlande myndighet får förhandla med anbudsgivarna om inom ramen för upphandlingsförfaranden där förhandlingar är tillåtna. Syftet med förhandlingsmöjligheten är att underlätta för den upphandlande myndigheten att få in anbud anpassade efter den upphandlande myndighetens krav. Eftersom LUF uttryckligen tillåter förhandlingar ser UL det som en självklarhet att ett anbud som justeras efter förhandling inte ska uppfattas som ett nytt, och för sent inkommet, anbud i LUF:s mening. Detta måste gälla oavsett om förhandlingen behandlar pris och/eller andra avtalsvillkor.

I det aktuella avtalet måste anbudsgivarna ta en betydande affärsrisk kopplad till resandeutvecklingen. En större passagerarökning motiverar ett lägre anbudspris, eftersom trafikföretaget får täckning för detta i form av den rörliga ersättningen för påstigande passagerare. I och med det förändrade ägardirektivet reducerades affärsrisken högst avsevärt. UL bedömer själv värdet av den givna informationen till minst 20 miljoner kr per år under den 10-åriga avtalsperioden. Det är en väsentlig skillnad mellan att UL:s ägare, det vill säga kommunerna och landstinget i Uppsala län, ger ägardirektiv om att resandet ska fördubblas till 2020 och att UL:s ickepolitiska styrelse fattar beslut om att arbeta i enlighet med branschens inriktning om en fördubbling. UL kan i praktiken inte åstadkomma någon ökning av re-

sandet om inte dess ägare bidrar genom erforderlig finansiering till trafiken, framkomlighetsåtgärder etc. Det är först i och med det nya ägardirektivet som det går att skapa reella förutsättningar för att kunna nå fördubblingsmålet.

Skada

Bolaget har inte lidit skada eller riskerat att lida skada till följd av fel i upphandlingen. Bolaget har kvalificerats att delta utifrån den felaktiga uppfattningen att bolaget självt skulle utföra trafikåtagandet. Felet kan ha berott på att förfrågningsunderlaget har utformats felaktigt av UL. UL:s underlåtenhet att i förfrågningsunderlaget ställa krav på uppgifter och bevisning om underentreprenörer har påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. Bolagets underlåtenhet att i anbudet ange vilka underentreprenörer bolaget avsåg att anlita och underlåtenhet att ge in bevis i form av åtagande från underentreprenörerna innebär att bolaget inte uppfyller skaderekvisitet. Bolaget kan inte heller anses ha lidit skada av avbrytandebeslutet som sådant då bolaget självt har inställningen att upphandlingen ska göras om och UL har avbrutit upphandlingen efter att dessförinnan ha tilldelat en annan anbudsgivare (KR-Trafik) kontraktet.

Rättelse eller göra om upphandlingen

Brott mot upphandlingssekretessen är ett typexempel på fel som motiverar att en upphandling görs om och inte att rättelse sker, eftersom det är omöjligt att fastställa hur anbuderna hade sett ut utan sekretessbrottet. Samtliga anbudsgivare inkom med justerade priser till följd av de förändrade ägardirektiven. De reviderade priserna har tillkommit som en följd av en anpassning av anbuderna till UL:s krav och är förenliga med LUF. Det är omöjligt att i en förhandlad upphandling återgå till läget före en förhandling. De första anbudspriserna är helt irrelevanta. Det är inte möjligt att förordna om rättelse då bristerna i upphandlingen har påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen.

UL åberopar bl.a. utdrag ur UL:s nya ägardirektiv samt e-postmeddelanden ställda till UL:s VD.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

I 16 kap. 1 § första stycket LUF anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § första stycket LUF anges följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget, Dokument A – Upphandlingsföreskrifter regionbusstrafik 2010 punkt 2.2.1, anges att upphandlingen genomförs som en förhandlad upphandling enligt LUF.

I förfrågningsunderlaget, Bilaga B5 – Översikt UL:s försäljningssystem, punkt 1 Bakgrund anges bl.a. följande. I kommande trafikupphandlingar kommer ett resandebaserat incitament att utgöra en del av ersättningen till Trafikföretaget. Denna ersättning baseras på antal påstigande resenärer som registreras i Beställarens biljettsystem samt resande från separata sälj-system, exempelvis Resplus och gruppresor. Ersättningen är densamma oberoende av färdbevisstyp.

I förfrågningsunderlaget, Dokument B2 – Resandebaserad ersättning regionbusstrafik 2010, anges att den totala summan för resandebaserat incitament utgörs av 101 331 000 kr.

I förfrågningsunderlaget, Dokument C – Modellavtal Regionbusstrafik, punkt 4.1 anges att Trafikföretagets ersättning består av en ersättning baserad på resande och antal bussgodsförsändelser samt produktionsersättning. I punkt 4.2 anges att resandeincitament utbetalas med tio kr för lokal och 18 kr för regional. I punkt 4.3 anges att Trafikföretagets produktionsersättning består av ett pris på Basvolymen samt ett å pris för tillkommande respektive avgående tidtabellstimmar, tidtabellskilometer samt fordon inom frivolymen. Angiven ersättning innefattar samtliga moment som fordras för trafikuppdragets fullgörande om inte annat uttryckligen anges.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har i dom denna dag i mål nr 6404-10 och mål nr 6023-10 funnit att UL:s beslut den 16 augusti 2010 att avbryta upphandlingen var ogiltigt. Vid detta förhållande ska förevarande mål inte avskrivas på grund av UL:s beslut att avbryta upphandlingen och inte heller ska förvaltningsrätten i detta mål pröva huruvida UL har haft sakliga skäl för sitt beslut om avbrytande. Vidare får bolagets yrkande om vilandeförklaring av detta mål härigenom anses ha förfallit.

Tjänstekoncession

Förvaltningsrätten har inledningsvis att ta ställning till UL:s invändning att upphandlingen är en tjänstekoncession och således inte omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Med tjänstekoncession avses enligt 2 kap. 18 § LUF ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten.

I Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EGT nr C 121, 29/04/2000 s. 0002-0013, p. 2.2) anges bl.a. följande. Nyttjanderättskriteriet är avgörande när det gäller att fastställa om ett avtal är en tjänstekoncession eller inte. Enligt detta kriterium rör det sig om en koncession om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten (etablering och nyttjande) och tar ut ersättning av användaren, t.ex. via avgifter i vilken form det än må vara. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är, liksom för alla byggkoncessioner, en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet. Tjänstekoncessioner kännetecknas av att ansvaret för nyttjandet överförs på koncessionshavaren.

I målet har framkommit att avtalskonstruktionen är sådan att ett resandebaserat incitament kommer att utgöra en del av ersättningen till trafikföretaget, vilket tillsammans med produktionsersättning utgör den totala ersättningen. Det är den fasta, produktionsbaserade ersättningen som företagen har lämnat pris på. Utredningen visar att den resandebaserade ersättningen uppgår till ca 101 miljoner kronor per år och att den fasta ersättningen, vilken utgörs av anbudet, därmed utgör en betydande del av den totala ersättningen. Förfrågningsunderlaget och UL:s svar på frågor av anbudsgivarna utvisar att UL avser att hantera risker gemensamt med trafikföretaget och att samverkan och tillsammansperspektiv är den gemensamma affärens grundpålar. Konstruktionen innebär att trafikföretaget och UL tillsammans påverkar och utvecklar verksamheten och att den affärsmässiga risken delas.

Vad som har framkommit om förfarandet ger, enligt förvaltningsrättens mening, inte stöd för att den ekonomiska risken i allt väsentligt åvilar leverantören. Förvaltningsrätten finner därmed att förfarandet inte kan anses utgöra en tjänstekoncession utan att den avser anskaffning av tjänster i

LUF:s mening och således är underkastad de upphandlingsrättsliga reglerna.

Prövning enligt LUF

Förvaltningsrätten har därefter att ta ställning till huruvida upphandlingen har skett i strid med LUF och de gemenskapsrättsliga principerna. Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det är i målet ostridigt att en företrädare för UL har lämnat ut information om bolagets anbud som omfattas av anbudssekretess enligt 19 kap 3 § andra stycket OSL till anbudsgivare i upphandlingen. UL vitsordar att det finns anledning att anta att upphandlingen inte har genomförts med iakttagande av likabehandling av leverantörerna. Mot bakgrund av vad som har framkommit i målet finner förvaltningsrätten det visat att UL, genom utlämnande av information som omfattas av anbudssekretessen, har agerat i strid mot likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 24 § LUF.

För att rätten ska besluta om ingripande mot en upphandling enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF krävs, förutom att den upphandlande enheten har brutit mot LUF, att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd av detta. Bolaget är en av tre anbudsgivare i den aktuella upphandlingen och det är bolagets anbud som har lämnats ut till anbudsgivare i upphandlingen. Vid tiden för den sekretessbelagda informationens utlämnade hade bolaget lämnat det anbud med lägst pris. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av UL:s agerande i strid med LUF.

Då skäl för ingripande enligt LUF föreligger har förvaltningsrätten att, oavsett hur yrkandena har utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (se RÅ 2005 ref. 47). En första

förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska komma i fråga är att det fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se RÅ 2008 not 26). Det är klarlagt att UL:s agerande i strid mot likabehandlingsprincipen i vart fall kan hänföras till tiden mellan den första och andra anbudsomgången. Sekretessbrottet kan således ha påverkat anbudsgivarnas möjlighet att utforma sina reviderade anbud. Enligt förvaltningsrättens mening är det inte möjligt att med säkerhet utröna på vad sätt UL:s agerande i strid mot LUF och gemenskapsrättsliga regler även kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet och förfrågningsunderlaget. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att de allvarliga fel som har begåtts i upphandlingen inte kan läkas genom rättelse utan föranleder att upphandlingen ska göras om, i enlighet med bolagets andrahandsyrkande. Förvaltningsrätten bifaller således bolagets ansökan om överprövning och förordnar att Upplands Lokaltrafik AB:s upphandling av regionbusstrafik 2010 i Uppsala län ska göras om.

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



Camilla Molina

förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Linnea Fagerberg.