

**LÄNSRÄTTEN I
ÖREBRO LÄN**

Maria Wetterholm

DOM
2008-10-21
Meddelad i
Örebro

Mål nr
1621-08
Rotel 6

SÖKANDE

Busslink i Sverige AB, 556473-5057
Box 6482
113 82 STOCKHOLM

Ombud:
Mattias Åkerlund
Busslink i Sverige AB
Box 6482
113 82 STOCKHOLM

MOTPART

Länstrafiken Örebro AB, 556184-3334
Box 8013
700 08 ÖREBRO

Ombud:
Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 ÖREBRO

SAKEN

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

BAKGRUND

Länstrafiken Örebro AB (härefter Länstrafiken) är huvudman för kollektivtrafiken i Örebro län. Som huvudman ansvarar Länstrafiken för all kollektivtrafik på väg i länet, stadstrafik och regiontrafik. Länstrafiken har inlett upphandling av linjetrafik med buss i Örebro län omfattande stadstrafiken i Örebro samt den regiontrafik som körs med utgångspunkt från Länstrafikens depå i Örebro. Avtalstiden är åtta år och löper från den 17 augusti 2009 till augusti 2017. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt bestämmelserna i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Enligt tilldelningsbesked den 25 juni 2008, vilket fogas till domen som bilaga nr. 1, har Länstrafiken beslutat att anta anbudet från Swebus Sverige AB avseende regiontrafik i Örebro län och stadstrafik i Örebro.

KONKURRENSVERKET	
2008-10-22	
Ans	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 51580

Postadress
Box 63
701 41 Örebro

Besöksadress
Drottninggatan 2

Telefon
019-16 77 50
E-post: lansratteniorebro@dom.se

Telefax
019-10 37 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-12:00
13:00-15:00

Sedan Busslink i Sverige AB ansökt om överprövning av upphandlingen, har länsrätten i interimistiska den 4 juli och den 21 augusti 2008 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

I förfrågningsunderlaget daterat den 18 april 2008 anges bl.a. följande:

2.1 DENNA UPPHANDLING AVSER

Anbudsområdet är det centrala delarna av Örebro län och omfattar stadstrafiken i Örebro samt den regiontrafik som körs med utgångspunkt från Länstrafikens depå i Örebro. Trafiken avseende stadstrafiken i Örebro skall köras med nya fordon som drivs med biogas.

Anbud skall omfatta hela anbudsområdet. Anbud kan inte lämnas på del av trafiken.

2.3 UPPHANDLINGSFORM

Denna upphandling genomförs enligt Lagen om upphandling inom Försörjningssektorerna, LUF, (SFS 2007:1092)

Upphandlingen genomförs som "Öppen upphandling" vilket innebär att alla företag får lämna anbud.

Minitiden för att upprätta anbudssvar är, minst 52 dagar, för Öppen upphandling. Efter det att anbud lämnats kan rättelse och förtydligande av anbud ske endast efter begäran från Länstrafiken enligt vad som närmare anges i 9 kap, 8 §, LUF.

2.4 TIDPLAN

Upphandlingen genomförs enligt följande tidplan:

Annonsering	14 april 2008
Senaste dag att lämna svar	Onsdagen den 4 juni (svarstid: 52 dagar)
Utvärdering av svar	5 juni – 18 juni 2008 (preliminärt)
Beslut om val av entreprenörer	19 juni 2008 (preliminärt)
Kontraktstecknande	2 juli 2008 (preliminärt)
Trafikstart	17 aug 2009
Avtalsperiod	Aug 2009 – Aug 2017

2.9 NY DEPÅ

Uppgifter om den nya bussdepån som kommer att byggas och stå färdig till augusti 2009, finns inte framtagna vid detta busstillfälle.

Anbudsgivaren skall därför beräkna sina kostnader på de uppgifter som finns och som gäller den nuvarande depån, se Bilaga 3 Lokaler.

Anbudsgivaren skall dock göra produktionsberäkningar för trafiken med utgångspunkt från den nya anläggningens lokalisering.

Om uppgifterna för den nya depån avviker från den befintliga, kommer särskild förhandling tas upp med tillträdande entreprenör.

2.12 INCITAMENT

Länstrafiken har för avsikt att, i samråd med vald entreprenör, söka incitamentslösningar för delar av trafikområdet som upphandlas med trafikstart i augusti 2009 men att det är först efter de två första avtalsåren som denna diskussion kan starta. Anledningen är att en hel del av stadstrafiken i Örebro är ny med ny linjesträckning och utökad volym.

De incitamentslösningar som kan vara av intresse är kvalitets- och/eller intäktsincitament.

2.13 ANBUDESUTVÄRDERING

/—/

4. Bland de anbud som kvarstår kommer Länstrafiken att anta det anbud som erbjuder lägst totalpris, under förutsättning att man uppfyller kraven på transporttjänsten.

Under perioden för frågor och svar ställdes en fråga om hur ett eventuellt incitamentsavtal skulle komma att förändra bl.a. ersättningsnivåerna. Länstrafiken besvarade frågan i kompletterande förfrågningsunderlag 2008-05-14 varvid följande framgår (fråga 100).

Anbudet skall läggas utan hänsyn till eventuellt incitamentsavtal. Om/när införande av incitamentsavtal blir aktuellt skall detta utformas gemensamt av beställare och utförare. Incitamentsavtal kommer inte att införas utan att båda parter är överens om omfattning och villkor.

Under 2.16 i förfrågningsunderlaget anges att det avtal som utgör bilaga 1 till förfrågningsunderlaget kommer att användas. I punkten 3.3 i detta avtal anges bl.a. följande

3.3 FÖRÄNDRING AV VOLYM OCH INNEHÅLL

Länstrafiken har rätt att inför varje tidtabellsperiod förändra trafikvolymen. Vidare kan turer i regiontrafik överföras från en entreprenör till en annan som en följd av förändrad trafikuppläggning. Turer kan tillkomma eller läggas ned. Volymerna (fordon, tidtabellskilometer, tidtabellstimmar) kan, som en följd av ovanstående förändringar, inom ramen för gällande avtal, ändras så att totalersättningen (i fast penningvärde) förändras med:

+/- 10 % per år
dock som mest +/- 30 % under avtalsperioden.

Förändring av trafikvolymen kan ske utöver detta. Om så sker har entreprenören rätt att begära förhandling om förändring av avtalets ersättningsnivåer eller att, med 18 månaders uppsägningstid, säga upp avtalet.

YRKANDEN M.M.

Busslink i Sverige AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen skall göras om av följande skäl. Tidsfristen att inkomma med anbud har varit otillräcklig. Klausulen i förfrågningsunderlagets modellavtal om ett incitamentsystem, oklarhet i förfrågningsunderlaget om trafikuppdragets omfattning och angivna möjligheter till väsentliga förändringar i upphandlingen strider mot de viktiga gemensamhetsrättsliga principerna till skada för bl.a. Busslink

Länstrafiken bestrider bifall till ansökan om överprövning under åberopande av att tidsfristen att lämna anbud varit tillräcklig att förfrågningsunderlaget med det däri innefattade modellavtalet på ett tydligt sätt beskriver såväl uppdragets omfattning som den ersättning som skall

utgå härför och att de förändringar av avtalet som förfrågningsunderlaget medger under kontraktstiden är mindre förändringar och alltså inte otillåtna väsentliga ändringar utan är att anses som naturliga följder av den demografiska, tekniska och ekonomiska omgivningen. Länstrafiken anser därmed att förfrågningsunderlaget och det däri innefattade modellavtalet inte strider mot några gemenskapsrättsliga principer.

DOMSKÄL

Parterna har till utveckling av sin talan anfört i huvudsak följande.

Busslink: Länstrafiken har givit *otillräckligt med tid att lämna anbud*. Meddelandet om upphandling skickades till Publikationsbyrån för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) den 14 april 2008. Sista dag för anbudets avlämnande var angivet av Länstrafiken till den 4 juni 2008. Enligt 8 kap. 2 § LUF skall tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering till EUT. I tidsfristen inkluderas inte den dag då annonsen skickades för publicering. Första dagen blir således dagen efter att annonsen skickades (prop. 2006/07:128 s. 361 och 509 f). Tiden från och med den 15 april 2008 till den 4 juni 2008 utgör 51 dagar och inte 52 dagar vilket länstrafiken angivit i förfrågningsunderlaget (s 3 och 4). Det bör vidare understrykas att de tidsfrister som anges i lagen är minimitider (prop. 2006/07:128 s. 130 f). Eftersom det inte givits tillräckligt med tid för att på bästa sätt förbereda och lämna ett konkurrenskraftigt anbud har Busslink lidit skada. Den aktuella upphandlingen är av så komplex natur att inte ens lagens minimitid 52 dagar utgör tillräckligt tid för att upprätta ett anbud i förevarande fall. Busslinks inställning delas av andra anbudsgivare vilket tydliggjordes genom den korrespondens som skedde under perioden för frågor och svar (fråga 81). Vid bedömning av nödvändig tid för anbuds-lämnande skall den upphandlande enheten utgå från leverantörernas behov av att kunna lämna ett genomarbetat anbud, inte vilka tidsramar den upphandlande enheten för egen del satt upp för att klara eventuella produktionsmål. Det kan vidare konstateras att förfrågningsunderlaget inte fanns tillgängligt för leverantörerna måndagen den 14 april 2008, annonseringsdagen. Det framgår klart och tydligt att förfrågningsunderlaget skulle finnas tillgängligt för anbudslämnare först fredagen den 18 april 2008. Materialet publicerades de facto först på eftermiddagen den 18 april 2008, vilket bekräftats av Lars Sjövall, kontaktperson vid Länstrafiken för upphandlingen. Därmed var Busslinks första faktiska möjlighet att påbörja genomgången av förfrågningsunderlaget måndagen den 21 april 2008. Med hänsyn till upphandlingens komplexitet är denna ytterligare inskränkning av tiden för anbuds-lämnande av avgörande betydelse.

Länstrafiken: Leverantörerna har erhållit *tillräcklig tid* för att inkomma med anbud. Av 8 kap. 1 och 2 §§ LUF framgår att tidsfristen för att komma

in med anbud bestäms av den upphandlande enheten och att denna vid sin bedömning skall ta hänsyn till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbuden. Tidsfristen vid ett öppet förfarande skall, om inget annat föreskrivs, vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandlingen skickades för publicering. Enligt 8 kap. 6 § LUF följer dock bl.a. att tidsfristen i 2 § får förkortas med sju dagar om en annons utarbetas och skickats med elektroniska medel. Om dessa villkor uppfylls får tidsfristen vid ett öppet förfarande således som mest förkortas till 45 dagar från den dag då annonsen skickades för publicering. Länstrafiken skickade via Allego meddelande om annons av upphandlingen till Publikationsbyrån med elektroniska medel den 14 april 2008 med angivande av att sista datum för mottagande av anbud var den 4 juni samma år. Mot bakgrund av att Länstrafiken såväl utarbetat som skickat meddelande om annons av upphandlingen med elektroniska medel har Länstrafiken ägt förkorta tidsfristen för inkommande med anbud till 45 dagar från dagen då annonsen skickades för publicering, d.v.s. till den 29 maj (tiden från den 15 april till den 29 maj). Denna förkortningsmöjlighet har dock inte Länstrafiken fullt ut kommit att utnyttja, utan istället har tidsfristen för inkommande anbud bestämts till den 4 juni 2008. Denna dag är tydligt angiven och ligger inom fristen. Det förhållande att Länstrafiken inte de facto uttryckligen angivit sin möjlighet till förkortning av anbudstiden kan aldrig medföra att Länstrafikens agerande skulle kunna anses stå i strid med LUF. Inte heller det förhållande att Länstrafiken felaktigt uppgivit svarstiden till 52 dagar, eftersom annonsdagen kommit att inräknas, istället för rätt räknat 51 dagar, kan leda till någon annan bedömning, eftersom det av både förfrågningsunderlaget och annonsen klart framgår att sista dag för mottagande av anbud var den 4 juni 2008. Det var angeläget att tilldelningsbeslut kunde fattas före semestern 2008 p.g.a. politiskt beslut hade fattats om att biogasdrift skulle införas och driftsättas i augusti 2009, då nuvarande trafikavtal löper ut. Länstrafiken vitsordar att fråga är om en förhållandevis stor och komplex upphandling, men den satta tidsfristen bedömdes vara erforderlig för sammanställning av anbuden. Länstrafiken bedömde även att lagens minimitidsfrist var tillräcklig för leverantörerna att utarbeta anbuden. Riktigheten av denna bedömning styrks av det förhållandet att fem anbud ingavs. Anledning att efterkomma en potentiell anbudsgivares begäran om förlängd anbudstid ansågs inte föreligga. I vart fall är det inte troligt att en kort anbudstid missgynnade Busslink i egenskap av nuvarande leverantör, eftersom en kort anbudstid i komplicerade upphandlingar gynnar tidigare leverantörer.

Busslink: *Klausulen i förfrågningsunderlagets modellavtal om ett incitamentsavtal, oklarhet i förfrågningsunderlaget om trafikuppdragets omfattning och angivna möjligheter till väsentliga förändringar i upphandlingen strider mot de viktiga gemensamhetsrättsliga principerna.*

I det modellavtal som utgör bilaga 1 till förfrågningsunderlaget anges att länstrafiken har för avsikt att, i samråd med vald entreprenör, söka incitamentslösningar för delar av det trafikområde som upphandlas men att det är först efter de två första avtalsåren som denna diskussion kan starta, eftersom en hel del av stadstrafiken är ny med nya linjestreckningar och utökad volym. Men incitament avses en avtalskonstruktion som ger entreprenören ett ökat ansvar för verksamheten och som ger entreprenören en ekonomisk stimulans vid en positiv resande- och intäktsutveckling. Eftersom Länstrafiken inte har någon färdig detaljerad konstruktion för ett sådant incitament är det nu aktuella avtalet ett s.k. bruttoavtal, dvs avtal utan incitament. Busslink ville av Länstrafiken få ett klagörande av frågan om den tänkta ersättningsberäkningen i ett incitamentsystem men erhöll endast svaret att anbudet skall läggas utan hänsyn till eventuellt incitamentsavtal. Om och när införandet av ett sådant avtal blir aktuellt skall detta utformas gemensamt av beställare och utförare. Incitamentsavtal kommer inte att införas utan att båda parter är överens om omfattning och villkor. Busslink anser att det inte är möjligt att lämna anbud utan att ta hänsyn till incitamentet då detta kommer att tillämpas på parternas rättsförhållande under avsevärd tid. I förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 189) anges att ”den väsentligaste uppgiften i förfrågningsunderlaget är föremålet för upphandlingen som skall anges preciserat och begripligt”. I EG-domstolens mål, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike, C-340/02 punkt 34 anges att principen om likabehandling av de olika leverantörerna och principen om öppenhet medför krav på att föremålet för varje kontrakt är klart definierat. Föremålet för kontraktet i detta fall är utförande av busstrafik mot ersättning. Vilken ersättning som faktiskt kommer att utgå under kontraktstiden är dock inte klagjord av Länstrafiken. Det är oklart vilka delar av trafikområdet som kommer att omfattas av incitamentsmodellen och det är heller inte angivet vilken beräkningsgrund som kommer att användas för att fastställa ersättningens storlek. Lika klart och tydligt som Länstrafiken behöver beskriva kraven på leverantörernas utförande av uppdraget behöver Länstrafikens prestation – utgivande av ersättning – vara beskrivet. Genom formuleringen i förfrågningsunderlaget och det obefintliga klagörandet på direkt fråga under perioden för frågor och svar har Länstrafiken brutit mot de grundläggande principerna om förutsebarhet, öppenhet och transparens. Stöd för detta finns även i bl.a. EG-domstolens mål Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike, C-337/98 punkterna 48-53. EG-domstolen har i målet resonerat kring vilka förutsättningar som behöver råda för att godtagbara förhandlingar i ett förhandlat upphandlingsförfarande skall kunna äga rum. Motsvarande gränsdragning skall enligt Busslinks inställning vara tillämplig vid bedömningen av vad som är godtagbart att förhandla om under den nu ifrågavarande kontraktstiden. I EG-domen godtogs förhandlingar då de inte ansågs utgöra förändringar av parternas väsentliga prestationer. Vad som där förhandlades och ändrades i kontraktsvillkoren var en marginell

materialförändring samt prisjustering i enlighet med en prisjusteringsformel, d.v.s. en transparent och ursprungligen given förutsättning. Länstrafikens incitamentsklausul i modellavtalet med möjlighet till förhandling om ersättningsstruktur förutsätter ändring av både Länstrafikens och leverantörens väsentliga prestationer. Detta är en irreparabel brist i förutsebarhet såväl gällande leverantörens prestation, som gällande det faktiska kontraktsvärdet. Detta är varken godtagbart under genomförandet av upphandlingen eller vid tilldelning av kontraktet. Vidare är det inte heller en tillåten grund till förhandling under kontraktets löptid. Stöd för detta resonemang finns även i kommissionens tolkningsmeddelande C(2007)6661 om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP). Vidare har kommissionen konstaterat att villkor för finansiering är att betrakta som väsentliga villkor (Kommissionens grönbok, den 27 november 1996 s. 12-13). Leverantörens huvudsakliga finansiering för utförande av uppdraget är ersättningen som utgår från Länstrafiken. Att inte i förfrågningsunderlaget klargöra hur ersättningen skall utgå är således en väsentlig brist i klargörande av förutsättningarna för trafikkontraktet. Om förfrågningsunderlaget hade innehållit information om på vilka grunder ersättningsstrukturen skulle komma att ändras, eller om det på annat sätt hade funnits en ram angiven för hur förändringarna kunde komma att ske, hade konstruktionen med incitamentssystem varit tydligare och därför kunde ett väsentligen annorlunda anbud ha lämnats jämfört med det som ingavs under de nu givna oförutsebara förutsättningarna. Det är således uppenbart att Länstrafiken i upphandlingen har brutit i förhållande till kravet på transparens. Genom denna bristande transparens ger inte heller Länstrafiken leverantörerna lika behandling. Olika anbudslämnare agerar olika under sådana otillåtet oklara förhållanden. Den vinnande anbudslämnaren Swebus kan genom ett kalkylerat risktagande ha gjort bedömningen att en förhandling om incitamentsstruktur kommer att vara så lönsam att det går att underprissätta anbudet och ta förluster i två år till dess en förhandling kan upptas med Länstrafiken. Den stora skillnaden mellan Swebus anbud och övriga leverantörers prissättning påvisar detta. Detta blir särskilt uppenbart med beaktande av branschens mycket låga marginaler som normalt ligger på cirka två procent av kontraktsvärdet. Busslink kan inte och har inte för avsikt att nyttja Länstrafikens otydlighet i förfrågningsunderlaget och kan därför inte konkurrera på lika villkor. Då upphandlingen omfattar ett potentiellt kontraktsvärde om cirka 1,5 miljarder kronor riskerar Busslink att lida ekonomisk skada som med en grov uppskattning motsvarar minst 30 miljoner kronor genom att inte kunna delta i upphandlingen på förutsebara villkor som behandlar leverantörerna lika. Länstrafiken har inte kunnat klargöra trafikuppdragets omfattning för utförande av stadstrafiken och om leverantören kommer att ha exklusiv rätt att utföra busstrafik, eller om motsvarande uppdrag kan komma att tilldelas andra leverantörer inom området för stadstrafik (jfr frågor och svar nr 53 och 108). Beträffande regiontrafiken har Länstrafiken uttryckligen angivit

att vissa delar av trafikeringsuppdraget kan överlåtas på annan operatör. Bland faktorer av avgörande betydelse i beskrivningen av föremålet för kontraktet ingår att definiera omfattningen av leverantörens uppdrag. Detta är särskilt viktigt med tanke på att Länstrafiken enligt modellavtalet (sid. 6 p3.3) har rätt att minska trafikeringsuppdraget för leverantören med upp till 30 procent av ersättningsnivån. Trafikeringsuppdraget medför stora och långsiktiga investeringar i bussar för leverantören. Att under gällande avtal kunna genomföra en volymminskning motsvarande 30 procent är vidare ett oproportionerligt krav på leverantören. Det skall vidare noteras att upphandlingen leder till tecknandet av ett upphandlingskontrakt som är ömsesidigt förpliktande. Entreprenören har att utföra tjänster enligt det krav som har angivits i förfrågningsunderlaget och i gengäld skall Länstrafiken utge betalning för dessa tjänster. Enligt Busslinks inställning är det inte möjligt att en tjänst som omfattas av upphandlingen, i ett senare skede undantas av Länstrafiken, när de omständigheter vilka skall kunna leda till en sådant förändrat objekt inte klargörs tydligt i upphandlingen. Länstrafiken har i förfrågningsunderlaget genom en exklusiv uppräknings angivit de fall i vilka förhandling mellan leverantören och Länstrafiken kan upptas. Förutom frågan om incitamentsystem avser Länstrafiken att genomföra förhandling enligt punkten 3.3. i modellavtalet samt punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget. Enligt punkten 3.3 i modellavtalet gäller att förändring av volym och innehåll av trafikuppdraget kan ske under avtalsperioden så att totalersättningen förändras inom ramen för vissa förändringsgränser, vilka är 10 procent per år och 30 procent under avtalsperioden. Enligt samma punkt kan förändring av trafikvolymen dock ske utöver detta. Om så sker har entreprenören rätt att begära förhandling om förändring av avtalets ersättningsnivåer eller att, med 18 månaders uppsägningstid, säga upp avtalet. Vidare kommer enligt punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget särskild förhandling tas upp med tillträdande entreprenör om uppgifter för den nya depån avviker från den befintliga. Busslink anser att dessa ändringar utgör sådana väsentliga förändringar i förutsättningarna att det inte föreligger identitet mellan det avtalsobjekt som modellavtalet omfattar och det omförhandlade objekt som sedermera föreligger. Osäkerhet råder även om hur dessa förhandlingar skall bedrivas då inga riktlinjer härför anges. Frågan som leverantören måste få klargjord är om förhandlingen skall föras mot ett återställande av de enligt upphandlingen angivna ekonomiska förutsättningarna eller på annat sätt. Genom att inte klargöra dessa förutsättningar har Länstrafiken brustit i transparens.

Länstrafiken: Förfrågningsunderlaget och det däri innefattade modellavtalet strider inte mot principerna om transparens och proportionalitet eller andra gemensamhetsrättsliga principer. Med anledning av Busslinks påstående om brister hänförliga till förfrågningsunderlaget och det däri innefattade modellavtalet, vill Länstrafiken framhålla följande. De förändringar i en upphandling som kan tillåtas är inte enbart ”marginella

ändringar”, utan gränsen för när en ny upphandling behöver genomföras går vid väsentliga förändringar. Vid en bedömning av vad som är väsentliga förändringar måste omfattningen och komplexiteten av upphandlingen beaktas. I förevarande fall är det fråga om en mycket stor upphandling. Små eller mindre förändringar skall inte få påverka bedömningen så länge principerna i LUF upprätthålls under förfarandet. Länstrafiken får härvid hänvisa till det tidigare av Busslink åberopade målet Kommissionen mot Frankrike, mål C-337/98, där bl.a. frågan var om en upphandlande enhet vid en upphandling inom försörjningssektorerna brutit mot direktiv 93/38/EEG genom att omförhandla villkoren i ett avtal. EG-kommissionen menade att det förelåg väsentliga skillnader i fråga om teknologi och pris mellan det första och det andra skedet i den aktuella upphandlingen, varför ett nytt upphandlings-förfarande skulle anses ha kommit till stånd. EG-domstolen konstaterade emellertid att EG-kommissionen inte kunnat visa att skillnaderna i fråga om teknologi och pris utgjort sådana väsentliga förändringar att ett nytt upphandlingsförfarande skulle ha inletts. Länstrafikens uppfattning är att de förändringar av förfrågningsunderlaget och modellavtalet som kan bli aktuella är sådana förändringar som är att se som naturliga följer av förändringar i den till kollektivtrafiken relaterade demografiska, tekniska och ekonomiska omgivningen. De förändringar av modellavtalet som kan komma ifråga avser således varken väsentliga förändringar eller förändringar som innebär att identiteten i avtalet kan komma att ändras. Därutöver är Länstrafiken även av uppfattningen att förfrågningsunderlaget på ett klart och tydligt sätt beskrivit föremålet för kontraktet samt den busstrafik som skall utföras respektive den ersättning som skall utgå härför, varför Länstrafiken på intet sätt åsidosatt principen om transparens. Busslink menar, såvitt Länstrafiken kan förstå, att punkt 19 i modellavtalet medför att det inte varit möjligt att lämna anbud i upphandlingen, eftersom Länstrafiken inte skulle ha klargjort, vilken ersättning som faktiskt skulle komma att utgå under kontraktstiden. Länstrafiken bestrider detta. Länstrafiken har i förfrågningsunderlaget klargjort vilken ersättning som utgår under kontraktstiden och som skall beaktas vid beräkningen av anbudssumman. Anbudsgivarna har givits fullständig klarhet i vilka förutsättningar som gällt. Av förfrågningsunderlaget (modellavtalets punkt 17 ”Kommersiella villkor” och därtill hörande avtalsbilaga 17 ”Ersättning”) framgår klart hur den aktuella ersättningen under kontraktstiden är uppbyggd av fyra olika delar i form av:

- A. Fast ersättning (oberoende av volymförändring),
- B. fordonsersättning (proportionerligt mot antal fordon som behövs för uppdraget),
- C. kilometerersättning (proportionerligt mot antalet producerade kilometer), och
- D. timersättning (proportionerligt mot antalet producerade timmar)

Dessutom framgår även tydligt av Länstrafikens svar på fråga 100 att anbudet skall läggas utan hänsyn till eventuellt incitamentsavtal. Inga andra ersättningsförändringar under kontraktstiden än vissa i modellavtalet utpekade förändringar kan, efter förhandling, ge förändringar i ersättningsmodellen. Dessa angivna förändringar avser endast naturliga

anpassningar av avtalet till omgivningens utveckling, vilket även styrks av att eventuella förändringar fullt ut skall kompensera såväl kostnadsökningar som kostnadsminskningar. Några väsentliga förändringar, vilka skulle föranleda förnyad upphandling, kommer således inte att genomföras vare sig beträffande ersättningen för kontraktet eller i något annat hänseende. Någon brist i förutsägbarheten gällande leverantörens prestation eller det faktiska kontraktsvärdet finns inte. Inte heller har Länstrafikens agerande i upphandlingen på något sätt kunnat ge upphov till att leverantörerna kommit att behandlas olika. Busslinks påstående att Länstrafiken inte har kunnat klargöra trafikuppdragets omfattning för utförande av stadstrafiken är felaktigt. Det finns inget i förfrågningsunderlaget som skulle kunna antyda, att hela eller delar av stadstrafiken skulle kunna komma att tilldelas annan leverantör än den som antagits i upphandlingen. Vad sedan gäller punkt 3.3, som föreskriver att turer i regiontrafiken kan komma att överföras från en entreprenör till en annan som en följd av förändrad trafikuppläggning, har detta villkor sin förklaring i att den upphandlade regiontrafiken i enlighet med vad som också anges i förfrågningsunderlaget endast omfattar regiontrafik som körs i Örebro län med utgångspunkt från Länstrafikens depå i Örebro. Vad gäller Busslinks påstående om att möjligheten enligt modellavtalet att under avtalstiden genomföra en volymminskning /volymökning motsvarande 30 procent utgör ett oproportionerligt krav på leverantören vill Länstrafiken framhålla följande. Det förhållandet att en minskning/ökning av volymen till viss del måste kunna genomföras under avtalsperioden följer av det helt naturliga förhållandet att en tjänst som den aktuella, och som avser en relativt lång period, måste kunna anpassas till vissa förändringar i omgivningen. Länstrafiken har i förfrågningsunderlaget tydligt klargjort inom vilka intervaller förändringarna av volym kan komma i fråga samt även gett leverantörerna möjlighet att i anbudet själva styra sammansättningen av ersättningens fyra delar. Därmed har leverantören även getts möjlighet att skydda sig mot minskad volym genom att denna kunnat, om så önskats, välja att lägga större delen av ersättningen som fast ersättning medan en leverantör som kalkylerar med ökad volym har kunnat välja att lägga större delen av ersättningen som rörlig ersättning. Då den av Länstrafiken uppställda möjligheten till förändring av volym både har ett naturligt samband med och står i rimlig proportion till upphandlingsföremålet, och då förfrågningsunderlaget även ger leverantören möjlighet att skydda sig mot effekterna av en eventuellt minskad volym, är Länstrafikens uppfattning att det aktuella avtalsvillkoret inte strider mot principen om proportionalitet. I kollektivtrafikavtal är det för övrigt vanligt med en s.k. frivolymp på 20 – 30 procent. En sådan förändring i trafikvolymen är inte förhandlingsbar utan är påkallad enbart för att trafikhuvudmannen skall kunna följa utvecklingen. Av förfrågningsunderlaget samt därtill hörande frågor och svar framgår klart att inga andra förändringar under kontraktstiden än de i modellavtalet särskilt utpekade förändringarna kan komma att påverka avtalet. Dessa förändringar är

endast naturliga anpassningar av avtalet till omgivningens utveckling. Eventuella förändringar skall även fullt ut vara kostnadsneutrala, d.v.s. kompensera såväl kostnadsökningar som kostnadsminskningar. Tidigare har politiskt beslutats att en ny depå skall uppföras. Att det kommer att ske inför kommande avtalsperiod är klart. Det är emellertid ett förhållande som måste vara känt för anbudsgivarna att så skall komma att ske. Byggnationen har dock inte påbörjats ännu, varför det ännu inte är möjligt att beskriva hur den skall vara utformad eller vilka ytor och andra volymer som kommer att gälla. Det är därför inte heller möjligt för anbudsgivaren att beräkna vilka kostnader som kommer att gälla för den nya depån (exempelvis vad gäller hyra och driftskostnader). Länstrafiken har för att undandröja denna osäkerhet valt att föreskriva att anbudet i denna del skall lämnas utifrån de förutsättningar som uppgivits för den befintliga depån. Anbudsgivaren har då kunnat beräkna sina kostnader utifrån denna depås kända förutsättningar. Länstrafiken har sedan tydligt angett att när den nya depån är klar, och dess omkostnader är kända, skall den anbudsgivare som antagits i upphandlingen kompenseras fullt ut för den skillnad som uppstår mellan kostnadsläget i den nya depån och den som är aktuell för den befintliga depån. För att möjliggöra detta skall anbudsgivaren lämna särskild uppgift om vilka driftskostnader för befintlig depå som antagits och lagts in i anbudet, så att denna kostnadsnivå kan utgöra referensnivå vid jämförelsen med den verkliga kostnadsnivån för den nya depån.

Enligt 1 kap. 24 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, skall upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 8 kap. 1 § LUF skall, när tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande enheten, särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid som leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudet. Dock skall tidsfristerna i detta kapitel iakttas.

Enligt 8 kap. 2 § LUF skall tidsfristen vid öppet förfarande vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, om inte något annat följer av 5-8 §§.

Av 8 kap. 6 § första stycket LUF följer att tidsfristerna enligt 2 och 5 §§ för att komma in med anbud vid öppet förfarande och tidsfristen enligt 3 § för att komma in med anbud vid selektivt eller förhandlat förfarande med

föregående annonsering får förkortas med sju dagar om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel.

Enligt 16 kap. 1 § LUF får en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Enligt 16 kap. 2 § LUF skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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.

Regeringsrätten har i rättsfallet RA 2002 ref 50 prövat frågan om förfrågningsunderlag och tillämpad utvärderingsmodell i visst fall uppfyller de krav som uppställs i LOU i dess då gällande lydelse. Regeringsrätten uttalade därvid att LOU, som bygger på EG-direktiv, inte ger närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i LOU. Ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Regeringsrätten anför vidare följande. ” De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling inte träds för när.”

Parternas skriftväxling i målet har varit omfattande med åberopande och ingivande av ytterligare avgöranden i EG-domstolen. Efter övervägande härav gör länsrätten följande bedömning.

Länstrafiken har uppenbarligen mot bakgrund av ett snävt tidsschema ansett att den i 8 kap. 2§ LUF stipulerade tidsfristen vid öppet förfarande om minst 52 dagar vara tillräcklig för möjliga anbudsgivare att lämna anbud. På grund av felräkning har emellertid anbudstiden blivit 1 dag kortare vilket enligt 8 kap. 6§ kan accepteras när annonsen skickas med elektroniska medel. Den upphandlande enheten har – med iakttagande av lagens minimifrister – att bestämma anbudstiden utifrån hur komplicerad

upphandlingen är och hur lång tid som leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudet. I målet är fråga om en stor upphandling som främst vänder sig till de stora bussbolagen med stor erfarenhet av liknande kollektivtrafikavtal och stora ekonomiska resurser. Även om anbudstiden varit knapp har fem bolag inkommit med anbud. Även om stora omläggningar planeras i den nuvarande stadstrafiken bör Busslink i egenskap av nuvarande entreprenör av såväl stadstrafik som regiontrafik i förhållande till övriga anbudsgivare inte ha haft någon nackdel av att anbudstiden löpte ut redan den 4 juni 2008. Enligt länsrättens mening har anbudstiden inte visats vara orimligt kort eller så kort att upphandlingsförfarandet på denna grund måste göras om.

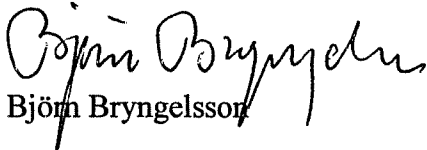
Beträffande de övriga i målet åberopade grunderna för omgörelse av upphandlingen kan konstateras att ändring av väsentliga kontraktsvillkor som inte angivits i förfrågningsunderlaget endast kan göras genom ett nytt anbuds-förfarande. Enligt länsrättens mening har det inte visats att ett eventuellt framtida införande av ett incitamentsavtal som förutsätter båda parter godkännande skulle innebära en sådan förändring eller oklarhet att den nu aktuella upphandlingen måste göras om. Enligt villkoren i punkten 3.3 i det avtal som infogats i förfrågningsunderlaget kan förändringar i trafikvolymen inom ramen för gällande avtal ändras så att totalersättningen förändras med högst 30 procent under avtalsperioden. Vid förändring av trafikvolymen utöver detta har entreprenören rätt att begära förhandling av avtalets ersättningsnivåer eller att säga upp avtalet. Även om förändringar enligt avtalet uppges vara kostnadsneutrala, d.v.s. att de löpande intäkterna ökar/minskar för entreprenören i takt med kostnaderna, kan de stora "frivolymerna" innebära hårda krav för en leverantör som i enlighet med avtalet anskaffat nya biogasbussar för stadstrafiken. Detta innebär emellertid inte att kraven strider mot proportionalitetsprincipen eller någon annan gemensamhetsrättslig princip. Avtalstiden åtta år är en lång tid under vilken många naturliga förändringar i kollektivtrafiken kan förväntas ske. Länstrafiken har enligt länsrättens mening så långt det är möjligt försökt att i förfrågningsunderlaget ange de förändringar som är att vänta eller som kan inträffa under avtalstiden. Länsrätten anser att förfrågningsunderlaget under dessa förhållanden är så klart och tydligt utformat som rimligen kan begäras. Principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens är enligt länsrättens mening inte åsidosatta. Länsrätten finner således inte visat att upphandlingen skulle strida mot någon av de gemensamhetsrättsliga principer som ligger till grund för LUF eller de krav som ställs i denna lag. Eftersom grund för att bifalla Busslinks ansökan inte visats föreligga skall ansökan avslås.

DOMSLUT

Länsrätten avslår Busslink i Sverige AB:s ansökan.

Länsrättens interimistiska beslut gäller inte längre.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1d)


Björn Bryngelsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.