

KLAGANDE

1. Region Örebro län

Ombud: Markus Liljenroth och Camilla Almgren
Region Örebro län
Box 1613
701 16 Örebro

2. AB Trendtaxi, 556846-7145

Ombud: Advokaterna Kaisa Adlercreutz och Christian Martinsson
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

MOTPART

Cabonline Region Öst AB, 556443-4347

Ombud: Advokat Göran Andersson, jur.kand. Ponthus Andersson och
jur.kand. Markus Garfvé
Hellström Advokatbyrå KB
Box 7305
103 90 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 2 maj 2017 i mål nr 4643-16,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom på så sätt att det grundläggande avtalet och tilläggsöverenskommelsen som träffats mellan Region Örebro län och AB Trendtaxi den 4 juli 2016 får bestå med hänsyn till 16 kap. 14 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

BAKGRUND*Tidigare överprövningar m.m.*

Region Örebro län (Regionen) har genomfört en upphandling avseende serviceresor (15RS3180). Med serviceresor förstås färdtjänstresor, särskole- resor, vissa skolresor, riksfärdtjänstresor, sjukresor och dagvårdsresor. Upphandlingen hade föregåtts av ett tidigare avtal om serviceresor, med en avtalstid till och med den 30 juni 2019. Avtalet hade sagts upp i förtid genom ett gemensamt beslut av Regionen och det trafikföretag som tilldelats det avtalet, vilket var Taxi Kurir i Uppsala AB, som numera heter Cabonline Region Öst AB (Cabonline).

Nu aktuell upphandling omfattade fem fordonspaket. Regionen beslutade den 10 december 2015 att anta AB Trendtaxi (Trendtaxi) som leverantör av fordonspaket 3 och 6. I fordonspaket 3 ingick 10 fordon, samtliga med ersättningsformen deltidscharter, vilket innebär att de ersätts för hela den schemalagda tiden, oavsett om de används eller inte. I fordonspaket 6 ingick 15 fordon, varav 5 ersattes som så kallade tidszonsfordon, vilket innebär att de enbart ersattes för utnyttjad tid. I två domar den 17 juni 2016 (mål 5174-15 och 5187-15) avslag förvaltningsrätten två ansökningar om överprövning av upphandlingen. Domarna vann laga kraft.

Aktuell prövning

Den 4 juli 2016 ingick Regionen och Trendtaxi ett avtal avseende fordonspaket 3 och 6. Samma dag ingicks en tilläggsöverenskommelse enligt vilken de fem tidszonsfordonen utgick.

Cabonline yrkade att förvaltningsrätten skulle ogiltigförklara avtalet mellan Regionen och Trendtaxi. I den nu överklagade domen beslöt förvaltningsrätten att avtalet mellan Regionen och Trendtaxi den 4 juli 2016 var ogiltigt och att detta gällde både det grundläggande avtalet och tilläggsöverens-

kommelsen samma dag. Förvaltningsrätten ansåg att Regionen inte visat att avtalet hade en sådan betydelse för allmänintresset att det skulle bestå.

YRKANDEN M.M

Regionen yrkar i första hand att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Cabonlines ansökan om ogiltighet. I andra hand yrkas att kammarrätten avslår ansökan om ogiltighet avseende paket 3 och beslutar att Regionens avtal med Trendtaxi avseende paket 6 ska bestå. Om kammarrätten skulle anse att det finns grund för ogiltighet avseende hela avtalet yrkas att kammarrätten beslutar att Regionens avtal med Trendtaxi ska bestå eftersom det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Trendtaxi yrkar att förvaltningsrättens dom ska upphävas.

Cabonline anser att överklagandena ska avslås.

Vad Regionen anför

Villkorsförändringen

Förvaltningsrätten har funnit att volymförändringsklausulen i punkten 5.1.14 i avtalet och omförhandlingsklausulen i punkten 8.4 inte är tillämpliga utan att närmare klargöra varför. Regionen vidhåller att klausulerna är tillämpliga. Den förändring som skett har tvingats fram av två domstolsprocesser som medfört att Regionen marginellt justerat uppdraget för att bättre spegla det ursprungliga avtalets ekonomiska balans. Någon förändring till fördel för en leverantör har inte ägt rum och omförhandlingen kan, mot bakgrund av vad som föranlett justeringen, aldrig anses utgöra en väsentlig förändring. Regionen har tidigare tillåtit leverantörer att löpande höja eller sänka sitt fordonsantal.

Ogiltighetens omfattning

Ogiltigheten kan i vart fall endast omfatta fordonspaket 6. Innehållet i fordonspaket 3 har inte ändrats och grund för ogiltighet avseende de tio fordonen föreligger inte. Regionen har delat upp de för upphandlingen aktuella uppdragen i fordonspaket, vilka är att betrakta som delkontrakt. Varje paket är ett eget uppdrag och regleras genom ett eget avtal. Att samtliga paket som en anbudsgivare vunnit sammanställts i ett och samma dokument medför inte per automatik att det utgör samma avtal ur ett upphandlingsperspektiv. Detta resonemang stöds exempelvis av förarbetena till nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (prop. 2015/16:195 s. 452).

Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Om kammarrätten skulle finna att hela eller delar av avtalet är ogiltigt, bör det ändå få bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse. Regionen är kollektivtrafikmyndighet och har av länets kommuner övertagit skyldigheten att bereda färdtjänst åt de länsmedborgare som har behov av det (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5819-11).

Regionen kan inte utföra sin lagstadgade skyldighet med 10 fordon färre, vilket skulle vara fallet om endast fordonspaket 6 ogiltigförklarades och än mindre med 20 fordon färre, vilket är resultatet om båda fordonspaketen ogiltigförklaras. Det går inte heller att optimera utnyttjandet av fordonen eftersom det är brukarnas behov som styr när de ska användas. Det finns två dagliga toppar i användandet av fordonen, på morgonen och eftermiddagen och samtliga för målet aktuella fordon används under topparna. Att ha för få fordon tillgängliga skulle leda till en försämrad kvalitet och effektivitet. Samtliga fordon krävs för att upprätthålla skäliga väntetider för brukarna. Fordonspaketen 3 och 6 rör serviceresor i Örebro tätort, där sammantaget 147 upphandlade fordon utför serviceresor. De två fordonspaketen utgör cirka 14 procent av fordonen i Örebro.

Regionen skulle inte ha möjlighet att upphandla serviceresor på nytt för den återstående tiden till och med den 30 juni 2019, eftersom tidsåtgången för upphandling av serviceresor med hänsyn till domstolsprocesser beräknas vara 18 månader. Direktupphandling skulle inte heller vara möjligt att genomföra.

Vad Trendtaxi anför

Villkorsförändringen

Tilläggsöverenskommelsen medförde en minskning av antalet fordon i fordonspaket 6 från 15 till 10. Skälet till detta var att avtalsstarten fördröjts med cirka åtta månader på grund av två överprövningar, vilket innebar att Trendtaxis ekonomiska kalkyl för utförandet av serviceresorna i fordonspaket 6 inte längre var möjlig att hålla. I fordonspaket 6 återstår 10 fordon. Ändringen är en obetydlig justering för att återspegla de ekonomiska förutsättningar som rådde vid anbudslämnandet och har inte medfört att den ekonomiska jämvikten har ändrats till förmån för Trendtaxi. Det finns inget som talar för att ytterligare leverantörer hade lämnat anbud om den obetydliga justeringen hade ingått i den ursprungliga upphandlingen.

Ogiltighetens omfattning

Tilläggsavtalet rör endast fordonspaket 6 och har ingen inverkan på fordonspaket 3. Om kammarrätten kommer fram till att ändringen av avtalsinnehållet är en väsentlig förändring som innebär att en ny upphandling har inletts, kan ogiltigheten bara omfatta fordonspaket 6.

Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Om kammarrätten skulle dela förvaltningsrättens bedömning att det är fråga om en väsentlig ändring av avtalet, som ska likställas med att en ny upphandling har inletts, ska det grundläggande avtalet och tilläggsöverenskommelsen bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Utfö-

randet av sjuk- och färdtjänstresor är tjänster som påverkar människors liv och hälsa och det är till viss del svaga grupper i samhället som drabbas om resorna inte kan utföras. Det föreligger sådana omständigheter som omfattas av begreppet tvingande hänsyn till allmänintresse.

Det finns inget stöd i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, för att genomföra en direktupphandling i förevarande fall. En direktupphandling skulle dessutom kunna föranleda ytterligare överprövningar. Det är vidare osannolikt att Cabonline eller någon annan leverantör skulle ha förmåga eller vilja att, för en så kort period som är aktuellt, anskaffa fordonen och utföra trafiken i Trendtaxi's ställe. Om avtalen ogiltigförklaras kan Regionen inte fullgöra sin lagstadgade skyldighet.

Vad Cabonline anför

Cabonline hänvisar till vad som anförts i förvaltningsrätten samt tillägger följande.

Villkorsförändringen

Regionens påstående att tilläggsöverenskommelsen har stöd i avtalets volymförändrings- eller omförhandlingsklausul är felaktigt. Att Regionen i andra fall har tillåtit motsvarande volymförändringar utifrån leverantörers önskemål innebär inte att sådana förändringar är tillåtna. Genom tilläggsöverenskommelsen togs 5 fordon med tidszonstaxa bort av ekonomiska skäl till förmån för Trendtaxi och det var inte någon medborgarservice som låg bakom tilläggsavtalet. Härigenom frångick Regionen ett obligatoriskt krav i upphandlingen som andra faktiska och potentiella anbudsgivare förutsatte skulle gälla. Hade dessa vetat att det fanns möjlighet att få till stånd sådana ekonomiskt fördelaktiga förändringar av efterfrågad fordonskapacitet hade de kunnat lämna annorlunda anbud.

Ogiltighetens omfattning

Av Regionens avtal med Trendtaxi framgår att Trendtaxis trafikuppdrag avser både fordonspaket 3 och 6 (punkten 2.1 Trafikuppdragets omfattning). Det har alltså inte ingåtts separata avtal ”paket för paket” som Regionen och Trendtaxi anför. Enligt förarbetena till LOU har domstolen vid frågor om avtals ogiltighet att välja mellan att ogiltigförklara hela avtalet eller låta hela avtalet bestå om tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan anses föreligga (prop. 2009/10:180 s. 139).

Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Med tvingande hänsyn till ett allmänintresse avses exceptionella omständigheter. Sådana omständigheter föreligger inte i målet. Enligt Regionens uppgifter omfattar länets totala fordonspark avseende färdtjänst 240 fordon. Om de nu aktuella fordonspaketen 3 och 6 – innehållande totalt 20 fordon – utgår innebär det en förändring med endast 8 procent. I det av motparterna åberopade rättsfallet från Kammarrätten i Göteborg (mål nr 5819-11) skulle, till skillnad mot aktuellt mål, ett betydligt mindre antal fordon kunna användas om avtalet ogiltigförklarades. Behovet av serviceresor bör kunna tillgodoses genom den kvarvarande fordonsslottan på 220 fordon och det är dessutom bara under en övergångsperiod som behovet måste tillgodoses på detta sätt. Med en god schemaläggning av brukarnas restider finns det möjligheter att optimera användandet av fordonen. Att justera vissa av resorna en timme skulle ge en större spridning av resandet under dygnet och kan inte medföra någon risk för människors liv och hälsa. Att en sådan justering är möjlig framgår av riktlinjer för färdtjänst i Region Värmland.

Mindre ingripande åtgärder kan också vidtas, t.ex. genom att Regionen direktupphandlar 20 fordon i avvaktan på att en ny upphandling genomförs. En sådan ny upphandling kan inte ta alltför lång tid att genomföra eftersom Regionen i huvudsak redan tagit fram alla relevanta upphandlingsdokument.

En annan mindre ingripande åtgärd som står till buds är att Regionen tillämpar avtalets volymförändringsklausul gentemot länets övriga leverantörer på ett korrekt sätt. Om behovet av de 20 fordonen är varaktigt och finns kvar per den 1 mars 2018, kan leverantörernas transportkapacitet utökas. Några exceptionella omständigheter som gör att avtalet måste bestå föreligger således inte.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad målet gäller

I målet ska kammarrätten pröva om tilläggsöverenskommelsen mellan Regionen och Trendtaxi innebär att avtalet mellan parterna är ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LOU. Om så anses vara fallet, ska kammarrätten ta ställning till om avtalet trots det ska bestå enligt 16 kap. 14 § LOU, vilket förutsätter att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Avtalet mellan Regionen och Trendtaxi ingicks den 4 juli 2016. Av avtalets punkt 2.1 framgår att leverantören ska leverera i enlighet med bilaga 3 kommersiella villkor, fordonspaket 3 och 6. Samma dag ingicks också en tilläggsöverenskommelse benämnd ”Avsteg från Krav i 15RS3180”, med följande lydelse. ”I samband med undertecknande av avtal avseende Serviceresor dnr 15RS3180 har följande justering av Avtalet överenskommit mellan parterna. De fem tidszonsfordonen som ingår i avtalet utgår.”

Den första frågan är om tilläggsöverenskommelsen innebär att avtalet är ogiltigt på grund av att det inte har föregåtts av en annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU, dvs. om det är en otillåten direktupphandling. För att svara på den frågan måste ställning tas till om ändringen är förenlig med de ändringsklausuler i avtalet som Regionen och Trendtaxi hänvisar till. Om den inte är förenlig med någon ändringsklausul, ska enligt praxis (jfr EU-domstolens dom *Pressetext*) ställning tas till om tilläggsöverenskommelsen är en väsentlig ändring i förhållande till det ursprungliga avtalet. Om ändringen är

väsentlig och avtalet därmed är ogiltigt, ska det bedömas om avtalet ändå ska bestå på grund av hänsyn till ett tvingande allmänintresse.

Villkorsförändringen

Regionen och Trendtaxi anför att volymförändringsklausulen (punkt 5.1.14 i avtalet) och omförhandlingsklausulen (punkt 8.4 i avtalet) ger rätt att justera uppdragets omfattning på sätt som skett.

Av volymförändringsklausulen framgår följande.

”Vid varaktig volymökning kan Länstrafiken i samförstånd med Trafikföretaget överenskomma om en utökning av dennes transportkapacitet. Villkoren i detta avtal ska tillämpas oförändrade på sådan tillkommande kapacitet. Vid varaktigt behov av minskning av transportkapacitet kan Länstrafiken i samråd med Trafikföretaget överenskomma att minska uppdragets omfattning. Med varaktig förändring menar Länstrafiken en förändring som är varaktig i mer än sex månader och omfattar minst tre månader för perioden december – mars. Länstrafiken kommer i första hand vid en ev förändring i volym göra volymminskning i det paket som för beställaren är dyrast och göra ev volymökning i det paket som är billigast.”

Enligt kammarrättens bedömning tar volymförändringsklausulen sikte på en situation då Regionens behov av serviceresor ökar eller minskar till följd av brukarnas behov. Regionen och Trendtaxi har anförts att anledningen till justeringen var förändrade ekonomiska förutsättningarna till följd av utdragna domstolsprocesser. Klausulen ger därmed inte rätt att ändra avtalet på den grund som har anförts.

Av omförhandlingsklausulen framgår följande.

”Om det sker väsentliga eller oförutsebara förändringar av de förutsättningar som avtalet baseras på, såsom förändringar i lagar, skatter, avgifter, lokala miljöbestämmelser eller om det visar sig att de förutsättningar som avtalet är baserat på är felaktiga, kan endera part påkalla förhandling om ändring av avtalet. Förhandling enligt bestämmelserna ovan ska vara inriktad på att återställa den grundläggande balans som avtalet haft om förändringen inte ägt rum.”

Enligt kammarrättens bedömning tar omförhandlingsklausulen sikte på yttre oförutsebara situationer eller felaktiga förutsättningar. Varken Regionen eller Trendtaxi har anfört något som skulle kunna utgöra sådana omständigheter.

Sammanfattningsvis har tilläggsöverenskommelsen därmed inte kunnat beslutas med stöd av avtalets ändringsklausuler.

Innebär tilläggsöverenskommelsen en väsentlig förändring av avtalet?

Av förfrågningsunderlaget, punkten 1.5.2 och bilaga 2, framgår att anbud ska lämnas för specifika fordonspaket. Fordonspaket 6 omfattar 15 fordon, varav 5 ska ersättas som tidszonsfordon. Ändringen genom tilläggsöverenskommelsen innebär att ett krav på att leverera 5 tidszonsfordon utgår från fordonspaket 6. Tilläggsöverenskommelsen är därmed ett avsteg från ett obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget.

Av EU domstolens avgörande C-454/06, *Presstext*, framgår att en ändring i ett kontrakt under dess löptid anses utgöra en ny upphandling eller ett nytt ingående av kontrakt om ändringen är väsentlig. Av rättsfallet framgår följande. En ändring anses väsentlig bl.a. om den inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen. Ändringen ska också anses vara väsentlig om kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet.

Av utredningen framgår att tidszonsfordon är mindre fördelaktiga att tillhandahålla för en leverantör än charterfordon, eftersom tidszonsfordon endast ersätts om de används. När kravet på att tillhandahålla 5 tidszonsfordon lyftes bort från avtalet för Trendtaxi i fordonspaket 6, som totalt innehöll 15 fordon, får det anses vara en ändring av villkor som om de hade

förelegat i förfrågningsunderlaget, hade medfört att andra leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen och lämnat anbud på fordonspaket 6. Det är också rimligt att anta att lämnade anbud från andra leverantörer hade haft ett annat innehåll om kravet på tidszonsfordon inte funnits. Den ekonomiska jämnvikten ändras också till förmån för Trendtaxi genom att villkoret att tillhandahålla tidszonsfordon togs bort. Tilläggsöverenskommelsen medför därmed en väsentlig förändring av avtalet och en ny upphandling borde ha inletts. Det har inte funnits något undantag från att annonsera den nya upphandlingen. Det finns därför grund för att förklara avtalet ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LOU.

Ogiltighetens omfattning

Enligt förarbetena till LOU har domstolen vid frågor om avtals ogiltighet att välja mellan att ogiltigförklara hela avtalet eller att låta hela avtalet bestå om tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan anses föreligga. Som skäl emot förordnanden om delvis ogiltighet av avtal anges att detta skulle medföra ytterligare komplexitet, både i befintligt regelverk och vid prövningen av ett enskilt fall (prop. 2009/10:180 s. 139).

Fråga är i detta mål vad som ska anses utgöra hela avtalet. Av Regionens avtal med Trendtaxi, punkten 2.1, Trafikuppdragets omfattning, framgår att Regionens grundläggande avtal med Trendtaxi omfattar både fordonspaket 3 och 6. Regionen och Trendtaxi har inte visat att det har ingåtts avtal för varje separat fordonspaket. Tilläggsöverenskommelsen beslutades samma dag som det grundläggande avtalet och anges vara ett avsteg från detta. De båda avtalen måste läsas ihop för att sammanhanget ska framgå. Till följd härav anser kammarrätten att tilläggsöverenskommelsen och avtalet i övrigt ska ses som ett enda avtal. Kammarrätten anser sammantaget att "hela avtalet" i förevarande fall måste innebära hela Trendtaxis trafikuppdrag, dvs. fordonspaket 3 och 6 med tillhörande tilläggsöverenskommelse. Ogiltigheten omfattar därmed både tilläggsöverenskommelsen och avtalet i övrigt mellan Regionen och Trendtaxi.

Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Frågan är slutligen om Regionen och Trendtaxi har visat att avtalet ändå ska bestå med hänsyn till tvingande allmänintresse.

Bestämmelsen i 16 kap. 14 § LOU ska enligt förarbetena tolkas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal ändå får bestå på grund av hänsyn till ett tvingande allmänintresse. Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer inom olika områden inom EU-rätten och har även utvecklats i EU-domstolens praxis. Som exempel på situationer där det har ansetts att ett tvingande allmänintresse föreligger kan nämnas när avtalet rör allmän ordning och säkerhet, skydd för människors liv och hälsa samt folkhälsan (prop. 2009/10:180 s. 137-139).

Det finns viss kammarrättspraxis på området. Kammarrätten i Göteborg fann i dom den 2 december 2011 (mål nr 5819-11) att avtal om hjälptjänster till sjuk- och färdtjänstresor, bl.a. en beställningscentral och planeringsverksamhet, måste bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Kammarrätten beaktade konsekvenserna av att avtalet inte fullföljdes och fann att tjänsterna i stor utsträckning påverkade människors liv och hälsa och att det till viss del var svaga grupper i samhället som skulle drabbas om tjänsterna inte kunde utföras.

I ett annat mål, som rörde upphandling av skolvikarier, fann Kammarrätten i Sundsvall i dom den 7 juli 2014 att det förelåg tvingande hänsyn till ett allmänintresse i form av en fungerande skolverksamhet, men att kommunen hade kunnat tillgodose detta intresse med mindre ingripande åtgärder t.ex. genom att ingå ett tillfälligt avtal fram till dess att en ny upphandling hade genomförts. Kammarrätten ansåg därför att det inte förelåg sådana exceptionella omständigheter att avtalet skulle få bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (mål nr 522-14).

Kammarrätten konstaterar att Regionen skulle ha 20 fordon färre till sitt förfogande om hela avtalet inte skulle gälla (fordonspaket 3, 6 och tilläggsöverenskommelsen). Cabonline anför att Regionen bör kunna optimera användandet av fordonen och justera tiderna för resorna utan att människors liv och hälsa riskeras. Regionen anför att samtliga fordon som regel krävs för att möta behovet av serviceresor och upprätthålla skäliga väntetider och att för få fordon tillgängliga skulle leda till sämre kvalitet och effektivitet. Det är brukarnas behov av serviceresor som styr när resorna ska ske, vilket enligt Regionen innebär att Regionen inte kan planera om resor och på så sätt optimera användandet av fordonen.

Regionen har ansvar för och erfarenhet av att organisera serviceresor i egen-
skap av huvudman. Regionens uppgifter om vilka problem som skulle upp-
stå om avtalet blir ogiltigt väger därför tungt. Serviceresorna innefattar sjuk-
transporter och färdtjänstresor. Resornas karaktär innebär att människors liv
och hälsa riskeras om resorna inte kan utföras på ett effektivt sätt. Av
Regionens uppgifter får anses framgå att dessa resor skulle påverkas nega-
tivt på så sätt att oskäligen dröjsmål uppstår om avtalet blir ogiltigt. Kammar-
rätten beaktar härvid att fordonskapaciteten skulle minska med 20 fordon av
drygt 200, vilket får anses vara en betydande minskning. Oskäliga vänteti-
der eller uteblivna transporter för färdtjänstresor innebär risker från ett folk-
hälsoperspektiv.

Cabonline har anfört att det är möjligt för Regionen att som en tillfällig lös-
ning direktupphandla 20 fordon och hänvisar till Kammarrätten i Sundsvalls
dom i mål nr 522-14. Enligt kammarrättens mening måste emellertid beak-
tas att i frågavarande uppdrag har en annan komplexitet än vad uppdraget
hade i nämnda mål, som gällde skolvikarier. Det är dessutom osäkert om
något företag skulle vilja ta på sig ansvaret för en så kort period. Därutöver
finns det risk för ytterligare överprövningar. Direktupphandling kan därför
inte ses som en realistisk tillfällig lösning.

Vidare har Cabonline anført att det vore möjligt för Regionen att se till att övriga leverantörer tillhandahåller fler fordon. Med hänsyn till utformningen av volymförändringsklausulen i punkt 5.1.14 i avtalet, som enligt kammarrätten tar sikte på brukarnas behov, utgör inte heller detta en framkomlig väg.

Kammarrättens slutsats

Sammanfattningsvis anser kammarrätten att avtalet är ogiltigt men att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse som innebär att det grundläggande avtalet och tilläggsöverenskommelsen som träffats mellan Regionen och Trendtaxi den 4 juli 2016 ska bestå i enlighet med 16 kap. 14 § LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

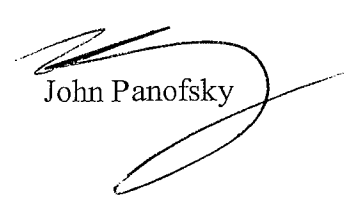


Marie-Louise Kraft



Eva Römbo

referent



John Panofsky



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2017-05-02
Meddelad i Karlstad

Mål nr
4643-16

SÖKANDE

Taxi Kurir i Uppsala AB, 556443-4347

Ombud: advokaten Göran Andersson, jur. kand. Ponthus Andersson och
jur. kand. Markus Garfvé
Hellström Advokatbyrå KB
Box 7305
103 90 Stockholm

MOTPARTER

1. Region Örebro län
Box 1613
701 16 Örebro

2. Trendtaxi AB
Box 19
736 21 Kungsör

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att avtalet mellan Region Örebro län och
Trendtaxi AB den 4 juli 2016 är ogiltigt. Detta gäller både det grundläggande avtalet och tilläggsöverenskommelsen samma dag.

Dok.Id 177558

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	054-14 85 30	måndag–fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH PARTERNAS INSTÄLLNING

Region Örebro län har genomfört en upphandling avseende serviceresor. Upphandlingen omfattade fem fordonspaket. Regionen beslutade den 10 december 2015 att anta AB Trendtaxi (Trendtaxi) som leverantör av fordonspaket 3 och 6. Den 4 juli 2016 ingick regionen och Trendtaxi avtal avseende fordonspaket 3 och 6. Samma dag ingicks en tilläggsöverenskommelse enligt vilken fem så kallade tidzonfordon som ingick i avtalet utgår.

Taxi Kurir i Uppsala AB (Taxi Kurir) yrkar i ansökan om överprövning att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara avtalet mellan regionen och Trendtaxi.

Som skäl för sitt yrkande anför Taxi Kurir att avtalet väsentligen förändrats genom överenskommelsen om att de fem tidszonfordonen ska utgå. Ändringen innebär att regionen och Trendtaxi har ingått ett nytt avtal som regionen varit skyldig att upphandla. Eftersom detta inte skett har det varit fråga om en otillåten direktupphandling.

Regionen bestrider bifall till Taxi Kurirs yrkande.

Trendtaxi har beretts tillfället att yttra sig över Taxi Kurirs ansökan.

PARTERNAS TALAN

Parterna har sammanfattningsvis anfört följande.

Taxi Kurir

Upphandlingen innebar inte någon garanterad volym av köruppdrag. I de olika paketen fanns tre ersättningsformer – heltidscharter, deltidscharter och tidszontaxa. Chartrade fordon ersätts, till skillnad från fordon med tidszontaxa, för en viss tid oavsett om de utnyttjas eller inte. Det är klart mer för-

delaktigt för en leverantör att tillhandahålla chartrade fordon jämfört med att kontinuerligt hålla fordon tillgänglig enligt en förutbestämd tidszontaxa.

Den förutsägbarhet som en beställning av ett chartrat fordon innebär gör det enkelt för en leverantör att göra en nästintill riskfri affärsmässig bedömning av vilket anbudspris som är lämpligt att ange. Att tillhandahålla fordon med tidszontaxa är däremot som regel en förlustaffär sett över en avtalsperiod.

När det i en upphandling skapas fordonspaket som innehåller både chartrade fordon och fordon med tidszontaxa blir leverantörernas prissättning ett stort osäkerhetsmoment. Leverantörerna nödgas vid prissättningen ta ordentlig höjd för riskerna förenade med kravet att tillhandahålla fordon med tidszontaxa. Deltagandet och anbudspriset i en upphandling med enbart chartrade fordon hade mycket sannolikt sett annorlunda ut jämfört med en upphandling där fordon med tidszontaxa till stor del ingår.

När regionen och Trendtaxi omförhandlade avtalet innebar det att de väsentligen förändrade detsamma. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt skyldigheten för leverantör att anskaffa och tillhandahålla de fordon som anges i de olika fordonspaketen. En tredjedel av fordonsflottan i paket 6, eller en femtedel av fordonsflottan i avtalet i dess helhet, utgick i och med omförhandlingen. En vanlig vecka för fordonspaket 6 skulle fordonen med tidszontaxa vara tillgängliga 840 timmar, medan de chartrade fordonen skulle vara tillgängliga 820 timmar. Det innebär att 51 procent av leveransskyldigheten i paket 6, eller 37 procent av leveransskyldigheten i avtalet i dess helhet, har utgått. En konkret konsekvens är dessutom att Trendtaxi inte behöver betala de anslutningsavgifter som skulle betalas för de aktuella fordonen enligt förfrågningsunderlaget.

Regionen har frångått de obligatoriska krav som ställts i förfrågningsunderlaget på att leverantören ska visa att den har tillräcklig fordonskapacitet avseende samtliga fordon som omfattas av anbudet. Omförhandlingen innebär att Trendtaxi befrias från det finansiella åtagandet som införskaffandet

av de aktuella fordonen till avtalsstart skulle innebära, samt befrias från kravet att ha fordonskapaciteten tillgänglig för trafikuppdraget. Avtalets ekonomiska jämvikt har således ändrats till förmån för Trendtaxi.

Trendtaxi har kunnat lämna ett anbud som enbart grundas på anskaffande och tillhandahållande av chartrade fordon, medan övriga leverantörer på marknaden fått räkna med att villkoren i förfrågningsunderlaget om anskaffande och tillhandahållande av fordon med tidszontaxa skulle gälla. Trendtaxi har i och med tilläggsöverenskommelsen erhållit en orättfärdig konkurrensfördel, och har vid anbudslämnandet kunnat göra andra affärsmässiga överväganden jämfört med andra leverantörer.

Regionen

Regionen har avtal med flera olika leverantörer avseende serviceresor. Dessa avtal baseras på en upphandling som genomfördes 2013 med avtalstid 1 juli 2014 – 30 juni 2019 där Taxi Kurir tilldelades fem områden. Taxi Kurir och regionen valde gemensamt att säga upp avtalet till förtida upphörande den 20 maj 2015. I samband med att avtalet mellan regionen och Taxi Kurir sades upp tvingades regionen att skyndsamt gå ut i en ny upphandling för att säkerställa trafiken i de aktuella paketen till den 30 juni 2019. Denna nya upphandling blev föremål för två överprövningsprocesser.

Dessa processer på ett redan kort avtal fick till följd att den upphandlade leverantören Trendtaxis ekonomiska modell för uppdraget inte längre var möjlig att hålla. Trendtaxi klargjorde att det med hänsyn till förseningen på åtta månader som dessa processer medfört innebar att det inte längre fanns någon möjlighet för Trendtaxi att bygga upp den infrastruktur som krävs för att kunna utföra uppdraget med tidszonfordon. Med hänsyn till detta justerades avtalet genom att fem tidszonfordon lyftes bort ur avtalet.

Regionen lämnar inga garantier avseende volymer i det aktuella uppdraget. Avtalsupplägget är snarast att betrakta som ett ramavtal. Det framgår bland

annat av de kommersiella villkoren i upphandlingen där det anges att det avtal som tecknas med antagen entreprenör kan betecknas som ett avropsavtal utan garanterad volym. Att fordon läggs till eller tas bort är därmed helt i linje med avtalet och inte en avtalsförändring. Detta stämmer även överrens med hur avtalet tillämpats under löptiden, och ligger därtill i linje med volymförändringsklausulen i punkt 5.1.14 och omförhandlingsklausulen i punkt 8.5 i förfrågningsunderlaget. Inom ramen för ett tecknat ramavtal behöver fordon ibland lyftas bort. Det avtal som nu gäller mellan regionen och olika leverantörer ger det utrymmet och det har fungerat så under hela avtalens löptid.

Avtalsjusteringen att sänka antalet fordon är inte en väsentlig förändring av avtalet. Tidszonfordonen innebär en något högre affärsrisk än charterfordonen, men regionen förutsätter att anbudsgivare lägger anbud som innebär att risken i ett avtal där inga volymer är garanterade ingår i anbudspriset. Om en anbudsgivare offererar ett pris som den går med förlust på borde anbudsgivaren ha lagt ett högre pris. Regionen förutsätter att de leverantörer som offererar den aktuella tjänsten lägger anbudspris som de går med vinst på. Den ekonomiska balansen har därmed inte skiftat till förmån för en leverantör. Trendtaxi har fått fem fordon färre i uppdraget som de kunnat tjäna pengar på. Vid en granskning av samtliga anbudspriser kan inte regionen se att det skulle vara någon nämnvärd skillnad mellan paket innehållande tidszonfordon och paket med endast charter. Regionen kan heller inte se hur den aktuella förändringen skulle påverka vilka leverantörer som skulle kunna lägga anbud i upphandlingen, eller förändra tilldelningen av uppdraget. Tidszonfordon är inte så prisdrivande som Taxi Kurir gör gällande.

Taxi Kurir har inte lidit skada av den genomförda avtalsjusteringen. Taxi Kurir var underleverantör till en av anbudsgivarna i upphandlingen. Även om det aktuella paketet endast omfattat charter hade denna anbudsgivares anbudspris varit högre än Trendtaxis anbudspris, och hade således ändå inte tilldelats uppdraget.

Om det skulle anses att det skett en otillåten avtalsförändring anser regionen att förvaltningsrätten ändå ska förklara att avtalet ska bestå med hänsyn till tvingande allmänhänsyn. Serviceresor är en tjänst som i allra högsta grad påverkar människors liv och hälsa, och svaga grupper i samhället skulle kunna drabbas vid ett ogiltigförklarande av avtalet.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är upphävd och har ersatts av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till den nya lagen gäller den upphävda lagen dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Av 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt där angivna bestämmelser.

Som Taxi Kurir anfört finns ett i målet intressant avgörande av EU-domstolen (mål C-454/06; Presstext). Domstolen har där uttalat 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. EU-domstolen anger vidare att en ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfaran-

det, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs. En ändring kan även anses vara betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten enligt 16 kap. 14 § LOU besluta att ett avtal får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 16 kap. 13 § är uppfyllda. Bestämmelsen är avsedd att tolkas restriktivt och endast i särskilda situationer ska ett avtal som uppfyller kraven för ogiltigförklaring kunna bestå (se prop. 2009/10:180 s. 137 f).

Förvaltningsrättens bedömning

Fordonspaketen i upphandlingen innehåller ett visst antal fordon vars utnyttjande ska prissättas enligt olika modeller. Av punkt 4.5.1.6 i förfrågningsunderlaget framgår att det antal fordon som anges i respektive fordonspaket ska finnas att tillgå hos leverantören. Det har således varit ett obligatoriskt krav att tillhandahålla den fordonskapacitet som anges i fordonspaketen.

Tilläggsöverenskommelsen mellan regionen och Trendtaxi innebär en förändring av villkoren på så sätt att Trendtaxi inte behöver tillhandahålla fem fordon för vilka tidsontaxa skulle ha tillämpats. De undantagna fordonen har utgjort en betydande del av den totala mängden fordon som skulle offereras i fordonspaket 6. Dessa fordon skulle även vara tillgängliga under en stor del av den totala tid som fordonen i fordonspaket 6 skulle vara tillgängliga enligt förfrågningsunderlaget.

Såvitt framgår av utredningen i målet sker prissättning vid anbudslämnande rörande dessa fordon på ett annat sätt än för övriga fordon i fordonspaketet, då de till skillnad från de chartrade fordonen endast ersätts för den tid de

utnyttjas. Det är enligt förvaltningsrättens uppfattning rimligt att anta att kravet att tillhandahålla de aktuella fordonen till tidszonstaxa kan ha påverkat såväl potentiella leverantörers intresse för att lämna anbud, som innehållet i lämnade anbud.

Det aktuella avtalet innehåller vissa möjligheter till omförhandling av uppdragets omfattning under avtalstiden i form av volymförändringsklausulen i punkt 5.1.14, som avser varaktiga förändringar av trafikvolymen, och omförhandlingsklausulen i punkt 8.5, som avser väsentliga eller oförutsägbara förändringar av de förutsättningar som avtalet baseras på. Dessa klausuler kan dock inte anses ha varit tillämpliga i den nu aktuella situationen.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att den förändring av villkoren som skett genom tilläggsöverenskommelsen mellan regionen och Trendtaxi är att betrakta som väsentlig i förhållande till vad som ursprungligen krävts enligt förfrågningsunderlaget. Denna förändring innebär att en ny upphandling får anses ha inletts. Det har inte framkommit att något undantag från skyldigheten att annonsera den nya upphandlingen är aktuellt.

Det ställs inte upp något skaderekvisit i 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Förutsättningarna för ogiltigförklaring enligt denna bestämmelse är således uppfyllda. Det saknar härvid betydelse om avtalet mellan regionen och Trendtaxi ska betraktas som ett ramavtal, eller hur motsvarande avtal tillämpats tidigare av olika aktörer. Utförandet av serviceresor kan visserligen utgöra ett sådant allmänintresse som avses i 16 kap. 14 § LOU (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december 2011 i mål nr 5819-11). Det ankommer emellertid på den upphandlande myndigheten att visa en sådan undantagssituation föreligger. Regionen har enligt förvaltningsrättens uppfattning inte visat att det aktuella avtalet är av sådan betydelse för det aktuella allmänintresset av serviceresor att undantaget enligt 16 kap. 14 § LOU är tillämpligt.

Regionen har anfört att motsvarande avtalsjustering gällande tidszonfordon gällde även för Taxi Kurir, under den tid då Taxi Kurir var leverantör. Även om så skulle vara fallet saknar det enligt förvaltningsrättens mening rättslig betydelse för den nu aktuella upphandlingen.

Förvaltningen finner således att avtalet mellan regionen och Trendtaxi den 4 juli 2016 ska förklaras ogiltigt.

Övrigt

Förvaltningsrätten avgör samtidigt två andra mål rörande regionens upphandling av serviceresor, där Trendtaxi begär överprövning (mål 5631-16 och 282-17).

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. För information om hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B LOU).

Joar Berglund

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsjuristen Erik Ludvigsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.