



**KLAGANDE**

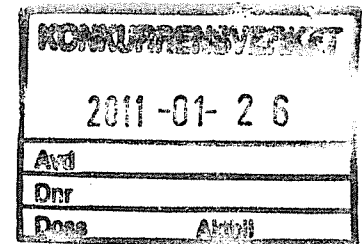
AB Storstockholms Lokaltrafik

Ombud: Advokat Joakim Lavér och jur.kand. Julia Tavaststjerna  
Hannes Snellman Advokatbyrå AB  
Box 7801  
103 96 Stockholm

**MOTPART**

Samres Aktiebolag, 556433-7417

Ombud: Advokat Tomas Eliasson  
Advokatfirman Delphi AB  
Stora Nygatan 64  
211 37 Malmö



**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 2 september 2010 i mål  
nr 31926-10, se bilaga A

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU);  
fråga om återförvisning

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och visar målet åter  
till förvaltningsrätten för ny prövning utifrån de grunder som Samres  
Aktiebolag åberopat.

### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

AB Storstockholms Lokaltrafik (härefter SL) genomför en upphandling av färdtjänst- och sjukresor med specialfordon i Stockholms län, SL 2009-2338. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling och är uppdelad i flera olika avsnitt. Anbud kan lämnas på en eller flera av följande tjänster.

1. Avtalad transportkapacitet;
2. Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet;
3. Bårresor;
4. Närtrafik;
5. Fordon som avropas per timme.

Anbud utvärderas enligt principen om lägsta pris.

Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom den 2 september 2010 avslagit SL:s avvisningsyrkande och bifallit Samres Aktiebolags (härefter Bolagets) ansökan om överprövning samt förordnat att upphandlingen i sin helhet ska göras om, se bilaga A.

SL yrkar i första hand att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska lämna Bolagets ansökan om överprövning utan bifall. För det fall kammarrätten skulle finna att någon del av upphandlingen strider mot LOU eller upphandlingsrätten i övrigt, yrkar SL i andra hand att kammarrätten förordnar att upphandlingen, endast i den delen, ska rättas eller göras om. Vidare yrkas att Bolagets invändning vad avser ”Rabattuppdrag utan avtalat transportuppdrag” samt ”Bårresor” ska avvisas. Till stöd för sin talan vidhåller SL vad de har anfört i förvaltningsrätten med bl.a. följande tillägg. SL anser att förvaltningsrätten vid sin prövning gått utöver vad som yrkats i målet. I upphandlingen har krav på att leverantören ska ha tillgång till en

beställningscentralsfunktion uppställts. Bolaget har i sin talan i förvaltningsrätten varken invänt mot eller ens berört kravet på beställningscentralsfunktion. Trots detta har förvaltningsrätten prövat det uppställda kravet ex officio. Förvaltningsrätten har därmed gått utöver vad som yrkats i målet.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

I upphandlingen har uppställts krav på att leverantören ska ha tillgång till en beställningscentralsfunktion.

Förvaltningsrätten har i sitt avgörande funnit att det kundvalssystem som SL valt att använda strider mot LOU. Vidare har förvaltningsrätten bedömt frågan om kravet på beställningscentral strider mot LOU och principerna om likabehandling och proportionalitet och sammanfattningsvis kommit till slutsatsen att upphandlingen ska göras om.

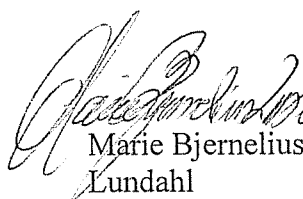



SL har i kammarrätten åberopat att Bolaget inte invänt mot kravet på beställningscentral och att förvaltningsrätten således inte borde ha prövat det uppställda kravet.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Kammarrätten konstaterar att Bolaget i sin talan i förvaltningsrätten inte framfört någon invändning mot kravet på beställningscentralsfunktion.

Förvaltningsrätten har prövat det uppställda kravet ex officio. Prövningen har därmed gått utöver de omständigheter som åberopats av part i målet. Förvaltningsrättens dom ska därför undanröjas och målet visas åter till förvaltningsrätten för ny prövning. Vid denna utgång saknas skäl att pröva övriga yrkanden.

---

		
Marie Bjernelius Lundahl kammarrättsråd ordförande	Patricia Schömer kammarrättsråd referent	Caroline Dyrefors Grufman kammarrättsråd
		
		Charlotta Necking föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**  
2010-09-02  
Meddelad i  
Stockholm

*Bilaga A*

Mål nr  
31926-10  
Enhet 13

Sida 1 (14)

**SÖKANDE**

Samres Aktiebolag, 556433-7417

Ombud: Advokaten Tomas Eliasson  
Stora Nygatan 64  
211 37 Malmö

**MOTPART**

AB Stockholms Lokaltrafik

Ombud: Advokaten Joakim Lavér och jur.kand. Julia Tavaststjerna  
Box 7801  
103 96 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVÖGRANDE**

1. Förvaltningsrätten lämnar AB Stockholms Lokaltrafiks avvisningsyrkande utan bifall.
  2. Förvaltningsrätten bifaller Samres Aktiebolags ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen avseende färdtjänst- och sjukresor med specialfordon – SL-2009-2338 ska göras om.
- 

Dok.Id 48612

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

## BAKGRUND

AB Storstockholms Lokaltrafik (hädanefter SL) genomför en öppen upphandling av färdtjänst- och sjukresor med specialfordon – SL-2009-2338. Upphandlingen är uppdelad i olika avsnitt och anbud kan lämnas på en eller flera av följande tjänster.

1. Avtalad transportkapacitet
2. Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet
3. Bårresor
4. Närtrafik
5. Fordon som avropas per timme.

## YRKANDEN M.M.

Samres AB (hädanefter Samres) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska rättas eller göras om.

SL har bestritt bifall till ansökan och för egen del yrkat att Samres yrkande beträffande att upphandlingen ska rättas eller göras om avseende avsnitten Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet och Bårresor ska avvisas.

## PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Samres har utvecklat grunderna för sin talan genom att anföra i huvudsak följande. SL anger i förfrågningsunderlaget att anbuden kommer utvärderas enligt lägsta pris. Emellertid framgår av punkterna 3.2.1 och 3.2.2 i förfrågningsunderlaget att leverantörer beträffande vissa tjänster kommer utses helt eller delvis genom kundval. Beträffande avsnittet Avtalad transportkapacitet (punkt 3.2.1) är denna del av uppdraget uppdelad i två delar. I del 1 rangordnas anbuden efter lägsta pris och avropen sker utifrån denna rangordning. Beträffande del 2 beställs resorna direkt hos

leverantören genom att kunderna väljer vem som ska utföra resan (kundval). Detta innebär att vem som får uppdraget att utföra kundvalsresorna inte styrs av lägsta pris utan av ett kundval. Således kan den leverantör som lämnat lägsta pris i denna del bli helt utan reseuppdrag på grund av kundvalsprincipen. Denna situation kan jämföras med ett ramavtal som flera leverantörer erhållit och kontraktstilldelning sker med någon av leverantörerna utan att rangordning följs eller att de utsätts för förnyad konkurrensutsättning. Förfarandet som SL tillämpar i denna del av upphandlingen står i strid med LOU och EG-direktivet om offentlig upphandling. Det kan vara möjligt att upphandla färdtjänststransporterna genom ramavtal men det är inte möjligt för SL att låta de enskilda kunderna göra avrop/genomföra en förnyad konkurrensutsättning. De enskilda kunderna är inte parter i ramavtalet från början. De kan då inte göra avropen eller den förnyade konkurrensutsättningen eftersom detta förfarande ska följa bestämmelserna i ramavtalet vilket endast görs om den upphandlande myndigheten genomför avropen/den förnyade konkurrensutsättningen. SL frångår rangordningen genom att låta kunderna göra ett aktivt val av leverantör. Enligt förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128) bör ett krav på ett ramavtals innehåll införas i den mening att ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för kontraktstilldelning måste innehålla villkor för fördelningsnyckel som säkrar att tilldelning sker objektivt. Att frånga rangordningen kan endast göras i de fall det inte är möjligt att följa rangordningen eller det är förenat med påtagliga nackdelar eller svårigheter (jfr. prop. 2006/07:128 och Kammarrätten i Stockholm respektive Jönköpings domar i målen nr 7433-09 och 229-10). I dessa avgöranden konstateras att det fanns en lagstadgad rätt att välja vårdgivare och lagligt krav på att vård så långt som möjligt ska utformas i samråd med patienten, vilket innebar det att det var förenat med svårigheter att kräva att samtliga avrop skulle ske utifrån rangordningen. SL har inte i detta fall åberopat några omständigheter som skulle innebära att det är förenat med påtagliga nackdelar eller särskilda svårigheter att frånga rangordningen. Istället

hänvisar SL till att kunderna ska kunna välja leverantör för att då få större inflytande över utformningen av tjänsten. Vad gäller avsnitt Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet (punkt 3.2.2) är denna del av upphandlingen inte en tjänstekoncession, vilket SL påstår. Leverantörerna tar ingen större risk för verksamheten och större delen av ersättningen erhålls från den upphandlande myndigheten. Med ekonomisk risk avses i detta sammanhang en risk att intäkterna för verksamheten inte täcker kostnaderna. Enligt EU-domstolen ska denna risk vara betydande för att utgöra en tjänstekoncession (C-324/98 Teleaustria). Någon risk föreligger inte för leverantörerna i denna del av upphandlingen. Om ingen kund väljer en specifik leverantör får denna ingen ersättning, men samtidigt har leverantören inte behövt utföra någon prestation. Leverantören har inte behövt göra några åtaganden eller investeringar. Leverantören har full frihet att acceptera eller neka en beställning och någon risk kan då inte anses ligga hos leverantören. En leverantör måste vidare få huvuddelen av ersättning från tredje man för att tjänstekoncession ska anses föreligga (jfr. EU-domstolens dom C-382/05 Kommissionen mot Italien och C-234/03 Contse). Om större delen av ersättningen istället erhålls från den upphandlande myndigheten innebär det att leverantören inte tog den ekonomiska risken för verksamheten. Huvuddelen, ibland hela, ersättningen för de utförda tjänsterna i denna del av upphandlingen kommer att erläggas av SL. SL kommer betala runt 80 till 100 procent av ersättningen. Leverantören bär aldrig någon risk för utebliven betalning eftersom SL även garanterar den avgift som kunderna ska betala. I EU-domstolens avgörande C-206/08 fann domstolen att om leverantören tar ut sin ersättning från tredje man är det tillräckligt för att en tjänstekoncession ska föreligga. Detta gäller dock under förutsättning att leverantören tar över en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten, även om denna risk från början är begränsad. Ersättningen ska alltså fortfarande tas ut från tredje man. Att inneha en fordonspark innebär inte heller en risk eftersom leverantören redan innehar den och den behöver inte hållas i beredskap



eftersom leverantören kan neka utförandet av tjänster. För avsnitt Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet är priset redan förutbestämt. Någon utvärdering har därmed inte skett. Leverantören har således blivit leverantör och står öppen för ett kundvalssystem enbart efter att den uppfyllt villkoren i förfrågningsunderlaget. Detta kundvalssystem strider mot LOU och EU-rätten. Lagen om valfrihetssystem (LOV) är inte heller tillämplig på den aktuella upphandlingen eftersom tjänsterna i upphandlingen är A-tjänster.

Samres har även gett in och åberopat ett rättsutlåtande författat av doktoranden och advokaten Andrea Sundstrand.

SL har utvecklat grundera för bestridandet och avvisningsyrkandet genom att anföra i huvudsak följande. Samres ansökan om överprövning såvitt avser Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet ska avvisas eftersom det är upphandling av en tjänstekoncession, varför överprövningsreglerna i 16 kap. LOU inte är tillämpliga. Med tjänstekoncessioner avses enligt 2 kap. 17 § LOU ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt med som innebär att ersättning för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten. Enligt EU-domstolens praxis ska vid tjänstekoncessioner ersättningen till en leverantör bestå i rätten att utnyttja sina egna tjänster (jfr. C-324/98, C-382/05 och C-437/07). Risker och ansvaret för nyttjandet av tjänsterna ska överföras på leverantören. Fördelningen genom kundval i avsnittet Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet innebär att leverantören står för hela risken för transportverksamheten. Om ingen kund väljer leverantören erhåller inte heller leverantören några intäkter. Leverantören måste därför ha en fordonspark i beredskap för att annars riskera att bli utan uppdrag. Investeringar behöver således göras av leverantören. EU-domstolen har i senare praxis sänkt kravet på riskövergång från upphandlande myndighet till leverantören (jfr. C-206/08 Gotha). I det fallet uttalar domstolen att en del verksamhetssektorer är förenade med låg

risk och den upphandlade myndigheten behöver inte konstruera risker för att ett avtal ska klassas som tjänstekoncession. Det räcker med att föra över den risken som finns. Den risk som överflyttas till leverantören vid Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet är tillräckligt stor för att verksamheten ska klassificeras som en tjänstekoncession, även om leverantören måhända tar en lägre risk än vid Avtalad transportkapacitet. Vidare saknar det betydelse för avgörandet av om en tjänstekoncession föreligger eller inte vem leverantören får sin ersättning ifrån. Kommissionen har i sitt förberedande lagstiftningsarbete (Discussion document: Key issues of a possible initiative on concessions, CC/2007/17) uttryckt att det kan föreligga en tjänstekoncession även när betalningen inte kommer direkt från tredje man, förutsatt att leverantören bär risken. Att kommissionen anser att betalning inte behöver komma direkt från tredje man framkommer även av ett av deras tolkningsmeddelande (EGT C 121,29.04.2000, not 13). Vad gäller avsnittet Avtalad transportkapacitet i upphandlingen aktualiseras 5 kap. LOU om ramavtal. SL har valt ett avropsförfarande där avrop sker enligt en i ramavtalet fastställd rangordning som säkerställer att tilldelning av kontrakt till de kontrakterade ramavtalsleverantörerna sker på ett objektivt sätt. En rangordning efter vem som har lämnat lägsta pris fastställs först. I första hand avropas transportuppdragen utifrån den som har bäst prioritet i rangordningen. Detta gäller om kunden beställer resan via SL. Om kunden önskar viss leverantör kan SL frångå rangordningen och kundens val (kundval) styr avropet. Kunden har således rätt att välja leverantör men transporten sker emellertid alltid på uppdrag av SL och under tillämpning av villkoren i ramavtalet. En upphandlande myndighet måste under vissa förutsättningar ha möjlighet frångå den fastlagda rangordningen eftersom särskilda svårigheter att formulera behoven kan föreligga. För att en sådan avvikelse ska kunna göras måste denna möjlighet framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra del av ramavtalets innehåll (prop.2006/07:128 s. 175). Att SL under vissa förutsättningar tillåter kundval framgår tydligt av förfrågningsunderlaget och ramavtalet.

Kammarätterna i Stockholm och Jönköping har bekräftat att en upphandlande myndighet kan frångå rangordningen i ett ramavtal om den som ska utnyttja tjänsten har rätt att välja leverantör respektive utöva inflytande över tjänsten (mål nr. 7433-09 och 229-10). Det bästa anbudet har då inte vid varje enskilt anrop behöva utgöra det som har lägst pris. I lagen (1997:736) om färdtjänst finns inget krav på samråd med kund vid val av leverantör. Enligt 3 § ska tjänsten vara av hög kvalitet och detta ska tas i beaktande vid bedömningen av frågan om frångående av rangordningen (jfr. prop. 2005/06:160 s. 244-246). Transporterna som ska upphandlas ligger nära omsorgstjänster. Personerna som brukar tjänsterna har individuella behov och de ska därför ges möjlighet att utforma tjänsterna. Kundvalssystemet står inte heller i strid med likabehandlingsprincipen eller principen om transparens eftersom det enligt förfrågningsunderlaget och ramavtalet framgår att kundval kommer att ske. För det fall förvaltningsrätten finner att avsnittet Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet inte skulle utgöra en tjänstekoncession har SL kunnat upphandla på detta sätt. Detta avsnitt i upphandlingen har varit nödvändigt för att öppna upp upphandlingen för leverantörer som inte vill ingå bindande åtaganden i form av avtalad transportkapacitet. Mindre leverantörer, till skillnad från de större, förfogar endast över en begränsad fordonspark och har därmed svårare att kalkylera och garantera en viss transportkapacitet. Anordnandet av specialfordon är obligatorisk kommunal verksamhet och SL har ett lagstadgat trafikförsörjningsansvar i denna del. Rabattuppdrag har därför varit nödvändigt för att möta trafikförsörjningsansvaret i länets ytterområden som generellt sätt är mindre attraktivt för leverantörer. Tilldelningen av dessa uppdrag sker även här med ett kundvalssystem som fördelningsnyckel och som redogjorts för inte står i strid med LOU eller EU-rätten. Likt Samres konstaterat är LOV inte tillämplig i upphandlingen.

### UTREDNINGEN I MÅLET

Av punkt 3.2.1 i förfrågningsunderlaget, benämnd Avtalad transportkapacitet, framgår att fördelning av transportuppdragen delas upp i två delar.

---

1. Resorna beställs och avropas utifrån en rangordning mellan olika leverantörer. Resan beställs inte hos leverantörerna.
2. Resorna beställs genom att kunden väljer vem som ska utföra resan (kundval). Resorna beställs hos leverantörerna.

Av punkt 3.2.2 i förfrågningsunderlaget, benämnd Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet, framgår att leverantörer kan erbjuda ett tio procent lägre pris och då utföra rabattuppdrag om kunden väljer leverantören.

---

I stället för att lämna anbud på en transportkapacitet finns det möjlighet att erbjuda ett 10 % lägre pris än det som framgår i Bilaga m) punkten 7.2. I det här fallet blir åtagandet bindande först när en specifik beställning accepteras... En förutsättning för att kunna utföra rabattuppdrag är att kunden väljer att resa med leverantören...

### DOMSKÄL

SL har yrkat att Samres ansökan om överprövning såvitt avser Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet och bårresor ska avvisas då denna del av upphandlingen är upphandling av en tjänstekoncession varvid 16 kap. LOU då inte är tillämpligt.

Enligt lagmotiven till LOU faller tjänstekoncessioner utanför direktivets tillämpningsområde, vilket innebär att bestämmelserna om överprövning

inte är tillämpliga på sådana kontrakt (prop. 2006/07:128 s. 183), ett förhållande som även har fastslagits i praxis från kammarrätterna.

Enligt 2 kap. 17 § LOU avses med tjänstekoncession ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten. Enligt lagmotiven avses med tjänstekoncession ett kontrakt enligt vilket ett företag åtar sig att ansvara för en verksamhet och där ersättning för detta utgår i form av rätten att ta betalt av allmänheten för att utnyttja tjänsterna eller en sådan rätt i kombination med betalningar från den upphandlande myndigheten (prop. 2006/07:128 s. 181). Som exempel nämns ett företag som på uppdrag av kommunen ansvarar för driften av ett badhus med rätt att ta ut ersättning från allmänheten.

EU-domstolen har vidare i ett antal domar definierat och utvecklat kraven på tjänstekoncessioner. I mål C-324/98 (Telaustria) slog EU-domstolen fast att ett tjänsteavtal mellan ett av offentliga myndigheter helägt företag och ett privat företag utgjorde en tjänstekoncession bland annat eftersom vederlaget från det offentligt ägda företaget bestod i en rätt för det privata företaget att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt. I mål C-458/03 (Parking Brixen) utgjorde ett förfarande där en offentlig myndighet tilldelade en leverantör driften av en avgiftsbelagd parkeringsplats tjänstekoncession eftersom leverantören erhöll ersättning från tredje man genom att ta betalt för tjänsten och därmed stod för verksamhetsrisken för tjänsten ifråga; en omständighet som enligt domstolen var kännetecknande tjänstekoncessioner. I målet C-382/05 (Kommissionen mot Italien) slogs fast att sättet som leverantören ersätts på ska bestå i en rätt för leverantören att utnyttja sina egna tjänster, vilket innebär att denne tar på sig den risk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna. I mål C-196/08 (Acoset) utkristalliserades skillnaden mellan ett offentligt tjänstekontrakt och en tjänstekoncession, då det vid tjänstekontrakt ersättning betalas direkt

av den upphandlande myndigheten och vid tjänstekoncession utgörs ersättningen av rätten att utnyttja tjänsten och att leverantören bär risken som är förbunden med att tillhandahålla tjänsten. EU-domstolen har i mål C-206/08 (Gotha) även uttalat att hela eller betydande delar av risken som är förenad med tjänsten ska överföras till leverantören, oaktat förhållandet att denna risk må vara mycket begränsad.

Av ovan redogjord rättspraxis följer att vid avgörandet om avsnitten Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet och bårresor ska anses utgöra tjänstekoncessioner i allra högsta grad är beroende av om leverantörerna kommer erhålla ersättning genom en rätt att utnyttja tjänsten i fråga samt huruvida kravet på att en betydande del av risken med att utföra transporttjänsterna verkligen överförs på leverantörerna.

Av utredningen i målet följer emellertid att SL kommer stå för huvuddelen av ersättningen till leverantörerna i avsnitten Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet och bårresor. Risken för att utföra transporttjänsterna i avsnittet Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet kommer enligt domstolens uppfattning inte på något sätt att övergå från SL till leverantörerna; dels för att ersättningen till huvuddelen erhålls från SL, dels för att det följer av punkten 3.2.2 i förfrågningsunderlaget att ett åtagande om transport först blir bindande när en leverantör accepterar en beställning. Dessa delar av upphandlingen kan följaktligen knappast anses utgöra tjänstekoncessioner, varför SL:s avvisningsyrkande ska lämnas utan bifall.

Den i målet återstående frågan är om SL:s kundvalssystem under avsnitten Avtalad transportkapacitet och Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet i den aktuella upphandlingen strider mot LOU.

SL har i denna del gjort gällande att upphandlingen av Avtalad transportkapacitet görs genom ett ramavtal och att avrop kommer att göras

dels utifrån den rangordning som fastställs genom att leverantörerna rangordnas efter det pris som de begär, dels utifrån att kunderna kommer kunna välja leverantör och därmed frångå rangordningen. Samres har påstått att kundvalet strider mot LOU eftersom den anbudsgivare som lämnat lägsta pris då riskerar att inte få några uppdrag.

Enligt 5 kap. 2 § LOU får ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal slutas endast mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet. Enligt 5 kap. 6 § LOU får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud och att kontrakt ska tilldelas det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet. Enligt lagmotiven till LOU (prop. 2006/07:128 s. 175) följer att om det är förenat med påtagliga nackdelar eller särskilda svårigheter att avropa från given rangordning har den upphandlande myndigheten möjlighet att frångå rangordningen. Det ska emellertid framgå av förfrågningsunderlaget och ramavtalet att en sådan avvikelse är möjlig. Enligt avgöranden från kammarrätterna har vid upphandling av sjukvårdstjänster respektive tandvårdstjänster tillåtits att den upphandlande myndigheten frångår rangordningen och tilldelar kontrakt till leverantör som inte haft lägsta pris. I dessa fall beaktade domstolarna att det fanns en laglig rätt för patienten att välja vårdgivare respektive ett lagligt krav på att tandvården skulle ske i samråd med patienten. Således ansågs det vara förenat med påtagliga nackdelar respektive särskilda svårigheter att de enskilda avropen skulle ske utifrån en given rangordning. Av praxis får därför anses följa att den möjlighet som finns för en upphandlande myndighet att frångå rangordningen vid enskilda avrop utgörs av rena undantagssituationer. Vidare ankommer det på den upphandlande myndigheten att visa att det är förenat med påtagliga nackdelar eller särskilda svårigheter att avropa enligt en fastställd rangordning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det enligt lagen (1997:736) om färdtjänst inte finns något krav på att kunden ska få välja vem som sköter den nödvändiga transporten. SL har i målet emellertid hävdad att det krav som följer av 3 § lagen om färdtjänst; nämligen att tjänsten ska vara av god kvalitet ska beaktas vid avropen – vilket medför att SL ska tillåtas att frångå fastställd rangordning. Vidare synes SL också mena att brukarnas individuella behov samt omständigheten att landstingsfullmäktige i Stockholms län har beslutat att funktionshindrade ska ges möjlighet att välja leverantör av färdtjänsttransporter även utgör omständigheter som motiverar SL att frångå ramavtalets rangordning.

Av motiven till 3 § lagen om färdtjänst framgår som exempel på god kvalitet vara att resenären möts på ett korrekt sätt, trafiksäkerhet, skäliga hämtningstider, att fordonen kommer i rätt tid och att tillståndsprovning sker på ett objektivt sätt. Vidare anges att kommunen måste säkerställa god kvalitet vid upphandlingen (prop. 2005/06:160 s. 245-246). Enligt domstolens uppfattning kan dessa exempel på god kvalitet och resenärernas behov säkerställas genom att SL i upphandlingen uppställer krav som leverantörerna måste uppfylla.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att SL inte har visat att det är förenat med påtagliga nackdelar eller särskilda svårigheter att avropa utifrån en rangordning som kan fastställas. Att landstingsfullmäktige beslutat att funktionshindrade ska ges möjlighet att välja leverantör av färdtjänsttransporter kan knappast förändra domstolens bedömning. SL:s användande av ett kundvalssystem vid Avtalad transportkapacitet står följaktligen i strid med LOU.

Av avsnittet Rabattuppdrag utan avtalad transportkapacitet framgår att SL har konstruerat ett kundvalssystem som medför att leverantörer kan erbjuda tio procent lägre pris och då utföra rabattuppdrag för det fall kunden väljer



leverantören. Någon rangordning mellan leverantörerna som lämnar anbud i denna del fastställs således inte utan fördelningen av kontrakten sker genom att kunden väljer leverantör. Förvaltningsrätten konstaterar att denna ordning medför att någon utvärdering av leverantörerna inte sker av SL; istället står för kunderna fritt att välja mellan kvalificerade leverantörer. SL har i målet gjort gällande att förfarandet är nödvändigt för att mindre leverantörer ska kunna lämna anbud och för att SL ska kunna följa sitt trafikförsörjningsansvar. Vidare påstår SL att kundval som fördelningsnyckel inte strider mot LOU i denna del.

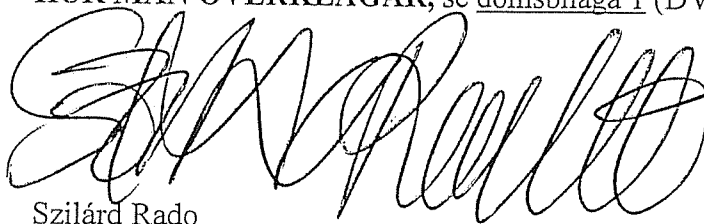
Att låta kunder fritt välja vilken leverantör önskar vill nyttja är ett förfarande som enligt förvaltningsrättens mening måste anses strida mot principen om transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. Om SL som upphandlande myndighet lämnar över till den enskilda resenären att välja leverantör kan inte anbudsgivarna på förhand veta vad som läggs till vikt vid utvärderingen av anbuden. Att det skulle vara förenligt med LOU att använda kundvalet som fördelningsnyckel efter kvalificering SL inte på något sätt visat i målet. Vad SL i övrigt har anfört i denna del kan inte föranleda någon annan bedömning. Kundvalssystemet strider således även i detta avseende av upphandlingen mot LOU.

Förvaltningsrätten har konstaterat att det kundvalssystem SL har avsett att upphandla strider mot LOU. Nästa fråga domstolen har att bedöma är om kravet på beställningscentraler strider mot LOU och principerna om likabehandling samt proportionalitet. Enligt SL är syftet med kravet på att leverantörerna ska ha tillgång till en beställningscentral att kunderna ska kunna beställa resorna hos den leverantör de väljer. Beställningscentralerna ska således möjliggöra kundvalet. Eftersom domstolen nyss funnit att kundvalssystemet står i strid med LOU, måste det enligt domstolens mening stå i strid med proportionalitetsprincipen att kräva att en anbudsgivare ska uppfylla ett krav som möjliggör ett förfarande som i sig står i strid med

LOU. Av detta följer att även kravet på att leverantörerna ska ha tillgång till en beställningscentral i strid med LOU.

Förvaltningsrätten finner följaktligen att skäl föreligger för ingripande enligt LOU. Mot bakgrund av att utformningen av punkterna 3.2.1 och 3.2.2 i förfrågningsunderlaget och att kravet på beställningscentraler har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede föreligger inte förutsättningar för rättelse. SL:s upphandling beträffande färdtjänst- och sjukresor med specialfordon SL-2009-2338 ska därför göras om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se domsbilaga 1 (DV 3109/1a).



Szilárd Rado

fiskal

Föredragande har varit Erik Sigfridsson.