



KONKURRENSVERKET	
2019 12 03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

GotlandsBuss AB, 556728-4624

Ombud: Advokaterna Kaisa Adlercreutz och Sara Fogelberg

MOTPART

Region Gotland

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 10 maj 2019
i mål nr 7656-19, se bilaga A

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår överklagandet.
 2. Kammarrätten interimistiska beslut den 22 maj 2019 upphör därmed att gälla.
-

YRKANDEN M.M.

GotlandsBuss AB yrkar att upphandlingen avseende allmän och särskild kollektivtrafik med buss på Gotland (RS 2018/895) ska göras om. Bolaget vidhåller vad det tidigare fört fram i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande.

Region Gotland har genom att lämna ut upphandlingens ”Frågor och svar” i ett sådant skick att det har varit möjligt att utläsa potentiella leverantörers identitet åsidosatt den absoluta anbudssekretessen i 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL. Genom detta har upphandlingens integritet komprometterats på ett sätt som påverkar det konkurrensuppsökande skedet. Innebörden av begreppet ”uppgift som rör anbud” i bestämmelsen är vidsträckt och här innefattas även sådana uppgifter som har anknytning till anbud. Det är således inte endast information om själva anbudet som följer av den absoluta anbudssekretessen, utan även uppgifter om exempelvis leverantörer. Det bakomliggande motivet till den absoluta anbudssekretessen fram till tilldelningsbeslut är konkurrensskäl. En potentiell anbudsgivare ska inte få kännedom om sina konkurrenter eller deras anbud förrän handläggningen är klar. På så sätt förhindras kartellbildningar. Anbudssekretessen förhindrar även kontroll av om en leverantör som avser att avstå från att lämna anbud har gjort det eller inte.

Regionen har under upphandlingsförfarandet gjort ett stort antal ändringar i upphandlingens förutsättningar. Detta framgår tydligt av upphandlingens ”Frågor och svar”. Exempelvis har regionen, några veckor innan den ursprungliga anbudstidens utgång, ändrat ett krav beträffande bussarna som berör ca hälften av alla fordon i upphandlingen. Ändringen är av väsentlig betydelse genom att upphandlingens art förändras. Denna ändring innebär också att det blir omöjligt att hinna beställa nya bussar som kan levereras i tid till trafikstart. Även beslutet

att ändra kraven beträffande drivmedel innebär att förutsättningarna för upphandlingen har förändrats. Av kammarrättspraxis framgår att väsentliga förändringar av upphandlingsdokumenten inte får ske under pågående anbudstid. Aktuella ändringar är av sådan omfattning och betydelse att de utgör otillåtna väsentliga förändringar av upphandlingsdokumenten.

Kravet att minst 70 procent av fordonen ska drivas med biogas redan vid trafikstart är oproportionerligt med tanke på att avtalstiden bara är tre år, mot normalt åtta till tio år i trafikupphandlingar. En leverantör måste då fördela kostnaden på tre år i stället för tio år. Vidare har regionen gjort det omöjligt för en seriös anbudslämnare att kunna räkna fram ett konkurrenskraftigt anbudspris genom att inte tillämpa index i upphandlingen. I och med att en indexreglering saknas, samtidigt som regionen uppställer ett ensidigt veto mot eventuella prisjusteringar, blir upphandlingsdokumenten otydliga och uppfyller inte lagens krav på transparens och förutsebarhet.

Anbudsgivarna kan heller inte med säkerhet veta vad det är som egentligen prissätts, eftersom kraven på trafiken ska bestämmas först efter anbudsinslämning. Regionen har också förbehållit sig rätten att senast fyra månader innan trafiken ska påbörjas ta fram och överlämna fastställda tidtabeller avseende linjer och turer för trafiken. Detta är vanligtvis en uppgift som behövs redan under upphandlingen för att anbudslämnarna ska kunna beräkna sina anbudspriser.

Region Gotland anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande.

Någon anbudslämnarens identitet har aldrig blivit föremål för ett offentliggörande förrän i samband med att tilldelningsbeslutet meddelades den 22 maj 2019. I samband med att regionen lämnade ut

inkomna "Frågor och svar" begicks ett tekniskt misstag som medförde att frågeställarnas identitet framgick. Offentliggörandet kan emellertid inte, oavsett om uppgiften omfattas av absolut sekretess, jämföras eller likställas med en situation där en upphandlande enhet råkar offentliggöra inkomna anbud eller vilka leverantörer som lämnat anbud under tiden då det råder absolut sekretess i en offentlig upphandling. För att en uppgift ska omfattas av absolut sekretess enligt 19 kap. 3 § andra stycket OSL krävs att uppgiften har en koppling till ett konkret anbud och därmed en specifik anbudslämnare. Om det inte finns något anbud omfattas inte uppgiften av absolut sekretess. Bolaget har på eget initiativ offentliggjort både att det ansökt om att få lämna anbud och att det inte hade för avsikt att lämna anbud. Offentliggörandet av frågeställare har inte skett i strid mot vare sig någon av de grundläggande principerna i 4 kap. lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, eller mot någon annan bestämmelse i lagen. Inte heller kan det ha medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida någon skada.

Avseende invändningarna om gjorda ändringar i upphandlingsdokumenten har en upphandlande enhet rätt att justera ett upphandlingsdokument under anbudstiden. Enligt 11 kap. 8 § LUF tillåts även att väsentliga förändringar genomförs i upphandlingsdokumenten under anbudstiden. Av "Frågor och svar" framgår att ändring gjordes den 14 mars 2019, dvs. en månad innan sista anbudsdag. Därefter förlängdes anbudstiden med ytterligare två och en halv vecka. Bolaget hade alltså 50 dagar på sig från ändringen av kravet till sista anbudsdag inföll. De ändringar som gjordes under anbudstiden ligger inom ramen för de ändringar som är tillåtna enligt LUF. Att upphandlingens art skulle ha ändrats till följd av dessa korrigeringar är felaktigt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Anbudssekretess

Av 19 kap. 3 § andra stycket OSL framgår bl.a. att uppgifter som rör anbud inte i något fall får lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet förrän alla anbud offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattas eller ärendet dessförinnan har slutförts.

Oavsett om identiteten på dem som ställer frågor i upphandlingens ”Frågor och svar” ska anses omfattas av den absoluta anbudssekretessen krävs det att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada av en eventuell överträdelse för att det ska bli aktuellt med ett ingripande enligt LUF. Kammarrätten anser att bolaget inte har visat på vilket sätt det har lidit eller kan komma att lida skada av att frågeställarnas identitet har offentliggjorts. Av denna anledning saknas det grund för ett ingripande utifrån vad bolaget har fört fram i denna del.

Ändringar i upphandlingsdokumenten

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att bolaget inte har visat att de ändringar som skett genom besvarande av frågor i upphandlingens ”Frågor och svar” har inneburit en sådan väsentlig förändring att upphandlingens art har ändrats. Kammarrätten konstaterar också att ändringen avseende infasningsperiod för fossilfritt drivmedel snarare är att betrakta som ett förtydligande än en förändring i upphandlingsdokumenten. Med tanke på att förtydligandet skedde i god tid före anbudstidens utgång kan förfarandet inte heller i övrigt anses strida mot principerna för upphandling i LUF. Vad gäller ändringen av kravet avseende fordonsklasser har anbudstiden förlängts. Tiden har enligt kammarrättens bedömning varit tillräcklig för att potentiella

anbudsgivare skulle kunna justera sina anbud och förfarandet har därmed varit förenligt med bestämmelserna i LUF. Det saknas således grund att ingripa i upphandlingen på grund av dessa invändningar.

Proportionalitet

Bolaget har fört fram att kravet om att minst 70 procent av fordonen ska drivas med biogas är oproportionerligt. Oavsett kravets proportionalitet har dock inte bolaget visat på vilket sätt det lidit eller skulle komma att lida skada med anledning av kravets utformning. Grund för att ingripa mot upphandlingen saknas därför även i denna del.

Övriga invändningar mot upphandlingen

Kammarrätten bedömer att vad bolaget i övrigt har fört fram för ett ingripande mot upphandlingen inte visar att upphandlingsdokumenten står i strid med principerna för upphandling enligt LUF. Det saknas därmed grund för att ingripa mot upphandlingen och överklagandet ska därför avslås.

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

Caroline Beck-Friis
kammarrättsråd
ordförande

Daniel Sjölund
kammarrättsråd

Sara Uhrbom
tf. assessor
referent

Maria Wetterholm
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2019-05-10

Meddelad i Stockholm

Mål nr
7656-19

SÖKANDE

GotlandsBuss AB, 556728-4624

Ombud: Advokaterna Kaisa Adlercreutz och Amir Daneshpip
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

MOTPART

Region Gotland
621 81 Visby

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Gotland upphandlar, genom ett förhandlat förfarande med föregående annonsering, enligt lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, Allmän och särskild kollektivtrafik med buss på Gotland, RS 2018/895. Kontrakt tilldelas den anbudsgivare vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån utvärderingsgrunden pris. GotlandsBuss AB har inbjudits att lämna anbud. Sista anbudsdag var den 2 maj 2019.

GotlandsBuss AB (Gotlandsbuss) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordar att upphandlingen ska göras om och att en ny upphandling ska genomföras med iakttagande av bestämmelserna i LUF. Upphandlingen står i strid med rättspraxis och principerna om transparens och proportionalitet i 4 kap. 1 § LUF och är inte rättsenlig. I förfrågningsunderlaget uppställs ett flertal långtgående och oproportionerliga, och i flera avseenden otydliga, krav på leveransens utförande som medför att det är omöjligt för en anbudsgivare att beräkna sina kostnader och intäkter och därmed omöjligt att beräkna och offerera ett konkurrenskraftigt anbud. Det är uppenbart att Gotlandsbuss och andra potentiella leverantörer lider skada, eller kan komma att lida skada, om upphandlingen fullföljs. Region Gotland har också vidgått att man lämnat ut en icke avidentifierad version av Frågor och Svar och därmed avslöjat vilka aktörer som står bakom samtliga frågor till Regionen. Region Gotland har åsidosatt den absoluta anbudssekretessen enligt 19 kap. 3 § offentlighet- och sekretesslagen (2009:400), OSL, och redan på den grunden bör upphandlingen avbrytas och göras om.

Region Gotland bestrider yrkandet om att upphandlingen ska göras om eftersom regionen inte brutit mot någon bestämmelse i LUF och kraven i upphandlingsdokumentet och genomförandet av upphandlingen uppfyller lagens krav på transparens, likabehandling och proportionalitet och strider

inte heller på något annat sätt mot aktuell lagstiftning. När det gäller påståendet att Region Gotland brutit mot den absoluta sekretessen har Gotlandsbuss vid upprepade tillfällen under våren tydliggjort via media att bolaget kommer avstå från att lämna anbud. Gotlandsbuss har därmed själv aviserat för allmänheten, inkluderat sina konkurrenter, att den största bussleverantören på Gotland inte har för avsikt att lämna anbud. Eftersom upphandlingen genomförs som ett tvåstegsförfarande har Gotlandsbuss därmed på egen hand både offentliggjort sitt deltagande i upphandlingen samt att bolaget kommer avstå från att lämna anbud. Antalet frågeställare i en upphandling är inte synonymt med vilka leverantörer som slutligen lämnar anbud. Den absoluta sekretessen i 19 kap. 3 § OSL tar fasta på uppgifter i anbud och Region Gotland har inte tagit del av några anbud och har därför inte heller lämnat ut några uppgifter som ingår i något anbud. Det föreligger inga fel i det konkurrensuppsökande skedet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Av 20 kap. 6 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) framgår att förvaltningsrätten ska besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att den sökande leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I 4 kap. 1 § LUF anges att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet

Av 11 kap. 8 § 2 LUF framgår att tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden anför i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LUF. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande enhet har agerat i strid med upphandlingsreglerna (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LUF.

Har Region Gotland brutit mot den absoluta anbudssekretessen?

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att kapitel 19 i OSL har rubriken Sekretess till skydd för det allmännas ekonomiska intresse och i 19 kap. 3 § regleras den s.k. upphandlingssekretessen. Insynen i handläggning av upphandlingsärenden får inte sträcka sig så långt att det allmänna därigenom skulle lida ekonomisk skada och följaktligen får en uppgift inte lämnas ut om det kan antas att det allmänna lider skada genom utlämnandet. Gotlandsbuss argumentation utgår från att Region Gotland, genom utlämnandet av Frågor och Svar där frågeställare röjs, har handlat på ett sätt som innebär skada för leverantörer i det konkurrensuppsökande skedet, vilket är något som inte skyddas av bestämmelsen. Gotlandsbuss har inte påstått sig ha lidit skada, eller konkretiserat vilken skada bolaget anser sig ha lidit, på grund av utlämnandet. Förvaltningsrätten finner att Gotlandsbuss, genom påståendet att Frågor och svar har lämnats ut omaskerat, inte har visat att bolaget har lidit skada på ett sätt som förutsätts för ett ingripande med stöd av LUF.

Förvaltningsrätten prövar därefter Gotlandsbuss övriga invändningar i sak.

Gotlandsbuss utvecklar de brister som bolaget anser föreligger i upphandlingsdokumentet avseende i huvudsak följande punkter; drivmedel, leverantör av biogas på Gotland, avsaknad av indexreglering, omloppsbanor, fordonsklasser för den särskilda kollektivtrafiken samt prislista.

Parternas argumentation

Drivmedel

Gotlandsbuss: Att avtalsperioden från juni 2020 är fyra år, inklusive ett optionsår, istället för den avtalstid om åtta år som framgår av regionstyrelsens drivmedelsbeslut innebär att infasningsperioden om tre och ett halvt år utgår och att kravet blir oproportionerligt. Att minst 70 procent av fordonen ska drivas med biogas redan vid trafikstart innebär att en leverantör behöver investera i anskaffning av fordon om minst ca 150 000 000 kr och i sin kalkyl fördela kostnaden på tre år i stället för tio år. En seriös anbudsgivare kan inte ta en sådan stor affärsrisk mot bakgrund av att anbudsgivaren inte kan räkna med att vinna nästa upphandling även om den upphandlande enheten skulle garantera att det är samma typ av fordon som kommer att kravställas i nästa upphandling, vilket inte heller har skett. Vid nybeställning av buss tar det drygt ett år från beställning till leverans så fordonen hinner inte heller levereras till trafikstarten.

Region Gotland: Det finns inte något i upphandlingsdokumenten som hindrar Gotlandsbuss att lämna de priser de anser krävs för att få sin kostnads-kalkyl att gå ihop. Alla affärsöverenskommelser innefattar som regel någon form av risktagande för båda parter. Vid samråd inför upphandling fick marknaden ta del av Region Gotlands potentiella krav inför upphandlingen

och där framgick bland annat att avtalstiden maximalt skulle sträcka sig från juni 2020 till juni 2024. Med den kännedomen valde Gotlandsbuss trots allt att ansöka om att få lämna anbud vilket tyder på att Gotlandsbuss fann kravställningen rimlig.

Leverantör av biogas på Gotland

Gotlandsbuss: I dagsläget finns bara en leverantör av biogas på Gotland som för att uppfylla kravet i upphandlingen måste minst tiodubbla sin kapacitet av leverans till buss. Gotlandsbuss varit i kontakt med en av de största tänkbara nationella leverantörerna av biogas i Sverige som skulle kunna transportera till Gotland via färja och fått besked att färjorna bara kan transportera biogas en gång per vecka och har begränsat med plats och att avtalstiden på tre år är alldeles för kort tid för att genomföra en sådan investering och etablering. I Region Gotlands Trafikförsörjningsprogram anges "främst lokalproducerad biogas från och med år 2020" vilket innebär att den lokale biogasleverantören getts en monopolställning att leverera biogas till trafiken på Gotland. Det finns därför inget utrymme för någon annan leverantör att bygga upp en organisation för att transportera biogas till Gotland. Det är inte rimligt att begära att potentiella leverantörer ska säkerställa tillgång till drivmedel som uppenbarligen inte finns i den omfattning som behövs för att kunna genomföra trafiken på Gotland.

Region Gotland: Kravet i upphandlingen är att 70 procent av bussarna ska drivas med biogas och det åligger därmed potentiella leverantörer att se över möjligheten att möta ett sådant krav. I upphandlingen ställs inga krav på att biogasen ska vara lokalproducerad.

Avsaknad av indexreglering

Gotlandsbuss: Region Gotland har, till skillnad från branschpraxis, valt att

inte tillämpa indexreglering. Den prisjusteringsmöjlighet som har angetts är inte klar, exakt och entydig och grunden för beräkningen framgår inte på ett tydligt och förutsebart sätt. Vad som angetts avseende omförhandling skapar ytterligare osäkerhet kring vad parterna kan förhandla om. Utformningen av Ersättning för utveckling av tjänsten/tillkommande tjänster/produkter bidrar också till att en prispförhandling inte går att genomföra enligt Region Gotlands modell. Avsaknaden av en indexreglering leder till att upphandlingsdokumenten inte uppfyller lagens krav på transparens och förutsebarhet. Anbudsgivarna har därför ingen möjlighet att räkna fram ett anbudspris.

Region Gotland: Upphandlingen har under hösten 2018 föregåtts av ett annonserat samrådsförfarande vars syfte var att parterna genom en öppen och förtroendeskapande dialog skulle öka den gemensamma kunskapen, hitta ömsesidig förståelse för varandras ståndpunkter samt att få synpunkter och förslag från marknaden på hur upphandling av området borde eller inte borde struktureras och upphandlas. Avsikten är att avtal tecknas med en leverantör i juni 2019 och trafiken ska sedan drifställas i samband med tidtabellskiftet i juni 2020 för att därefter löpa i tre år till juni 2023. Tiden som löper mellan avtalets undertecknande och trafikstart är en så kallad varseltid där parterna tillsammans jobbar för att ta fram gemensamma rutiner och regelverk kring driften. Arbetet är avsett att ske genom en tät dialog och samverkan inom ramen för ett implementeringsprojekt. Varseltiden för den allmänna kollektivtrafiken är tänkt att pågå under en period om cirka 12 månader medan varseltiden för den särskilda kollektivtrafiken (skolskjuts-trafiken) är avsedd att pågå i cirka 14 månader. Förutsättningarna för upphandlingen har framgått klart och tydligt av upphandlingsdokumenten och inga frågor har inkommit avseende vald utvärderingsgrund

En upphandlande enhet har inte någon skyldighet att använda ett specifikt index i samband med en prisjustering. Det är allt som oftast en affärsmässig bedömning från den upphandlande enheten om en sådan klausul ska tilläm-

pas eller inte. Parterna ska träffas för samråd och uppföljning av avtalet minst fyra gånger per år och syftet med mötena är i huvudsak att hantera mjuka värden såsom bemötande, serviceandan med mera. På mötena lämnas också utrymme för att ta upp avtalade objektiva egenskaper såsom säkerhet, tidtabeller med mera. Inom Region Gotlands verksamhet pågår en ständig utveckling av formerna för trafiken och påverkande faktorer kring trafiken och målet med samverkansmötena är att ömsesidigt skapa förutsättningar till förbättring och effektivisering i arbetet. Möjligheten till omförhandling ska därmed förstås mot bakgrund av Region Gotlands mål att nå en så god samverkan som möjligt med leverantören under avtalstiden. Om leverantören önskar höja sina priser under avtalstiden är det inte heller orimligt att denne också påvisar vilka kostnadsökningar som motsvarar föreslagen prishöjning. Gör leverantören det har denne också rätt att höja sina priser. En avtalsmodell som bygger på samverkan och förtroende mellan parterna reducerar kraftigt affärsrisken för leverantören under avtalstiden. Omförhandlingsklausulen är ur ett affärsmässigt perspektiv ett betydligt bättre sätt att minimera leverantörens affärsrisk eftersom det ger leverantören goda förutsättningar att justera sin priser med beaktande av sina faktiska kostnader. Avsaknaden av ett specifikt index leder inte till att en offentlig upphandling strider mot de upphandlingsrättsliga grundläggande principerna.

Omloppsbanor

Gotlandsbuss: Det saknas såväl resandestatistik som annat erforderligt underlag för vilken trafik som ska utföras. Den tidtabell och de krav på omfattning av trafiken som Region Gotland kommer att kräva först våren 2020 kan avvika i väsentlig mån från den trafik som anbudslämnaren har utgått ifrån ska utföras vid sin prissättning. Upphandlingsdokumenten uppfyller inte kraven på transparens och förutsebarhet. Det saknas också uppgift om vilka sträckor i omloppsbanan avseende den allmänna kollektivtrafiken som kommer att ersättas och av svar på en fråga framgår inte om tomkörningar

ingår i en omlopps bana eller inte. Det är omöjligt för en anbudslämnare att beräkna sitt anbudspris eftersom det är oklart vilka kilometrar som det utgår ersättning för.

Region Gotland: Gotlandsbuss tycks ha missförstått syftet med Region Gotlands avtal. Parterna ska tillsammans arbeta med själva implementeringen av trafiken vilket medför att leverantören kommer att ha god insyn i resandestatistik, tidtabeller och kraven på trafiken. Under punkt 5 "Prislista" i upphandlingsdokumentet framgår resandevolymer som är baserade på 2017 års statistik och Region Gotland har också som svar på en fråga uppgett antalet betalande resenärer under 2016, 2017 och 2018. Gotlandsbuss är Region Gotlands befintliga leverantör sedan tio år tillbaka av både allmän linjelagd kollektivtrafik och särskild kollektivtrafik i form av skolskjutsar och besitter god erfarenhet avseende frekvensen av resor på Gotland. Det finns ingenting som innebär att kravet avseende "Planering av omlopp och rutter" strider mot upphandlingslagstiftningens krav på transparens och förutsebarhet. Frågan om så kallad "tomkörning" har besvarats i Frågor och svar.

Fordonsklasser för den särskilda kollektivtrafiken

Gotlandsbuss: Frågan om vilka bussar som ska användas har besvarats fyra gånger och Region Gotland har i svar den 14 mars 2019 frångått tidigare svar innebärande att kravet på endast lågentrëbuss på särskild kollektivtrafik plötsligt inte gäller längre. Innebörden av att kraven ändras så nära inpå ingivandet av anbudet är att anbudslämnare inte hinner få ett konkurrensmässigt pris från busstillverkarna. Ändringen berör ca hälften av alla fordonen i upphandlingen och är av väsentlig betydelse.

Region Gotland: En upphandlande enhet har alltid rätt att justera ett upphandlingsdokument under anbudstiden och även väsentliga förändringar tillåts. Ändringen av kravet gjordes en månad innan sista anbudsdag och

anbudstiden har därefter förlängts två och en halv vecka. Gotlandsbuss har sålunda haft femtio dagar på sig från ändringen av kravet till sista anbudsdag infaller. Tiden är väl tilltagen och Gotlandsbuss har därmed haft goda förutsättningar att anpassa sig till det justerade kravet.

Prislistan

Gotlandsbuss: Det anges inte någonstans i upphandlingsdokumenten vilka sträckor bussar i fordonsklass III ska utföra eller antalet fordon av den typen men Region Gotland har begärt anbudspris på fordonsklassen. Det är omöjligt att sätta ett pris på fordonsklassen när förutsättningarna är så bristfälliga.

Region Gotland: I prisfråga 4 avseende fordonsklass III framgår en volym på 525 000 km och under punkten 5.1 "Prislista" är volymen baserad på statistiken avseende antal körda kilometer under år 2017. Region Gotland har därmed utgått från känt behov av fordonsklass III. Något annat kan rimligen inte krävas av en upphandlande enhet.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten noterar att båda parter i sin argumentation i målet, till stöd för respektive uppfattning, har hänvisat till vad som framgår av Frågor och svar. De brister som Gotlandsbuss anser utgör skäl för ett ingripande med stöd av LUF har samtliga varit föremål för förtydliganden från regionens sida och parternas argumentation i överprövningen motsvarar i stora delar vad som framgår av Frågor och svar. Inbjudan till anbudsgivning annonserades den 25 januari 2019 och i februari månad har frågor ställts, och besvarats, avseende drivmedel, index, omloppsband, pris och omförhandling och i mars månad frågor om biogas och fordonsklass. I vissa fall har besvarande av frågor inneburit att Region Gotland har tagit bort text som ersatts med ny text, som Gotlandsbuss påpekat, exempelvis gällande fordonsklasser

för den särskilda kollektivtrafiken. Den 1 april meddelades att anbudstiden förlängts till den 2 maj. En förlängning av tidsfristen ska stå i proportion till informationens eller ändringens vikt. Om det görs så väsentliga ändringar av upphandlingsdokumenten att upphandlingens art ändras, måste upphandlingen göras om.

Förvaltningsrätten anser inte att Gotlandsbuss har visat att Region Gotlands besvarande av inkomna frågor i något fall har inneburit en sådan väsentlig förändring att upphandlingens art ändrats. Den förlängning av anbudstiden som gjorts står i proportion till informationens och ändringens vikt och potentiella leverantörer har haft god tid att överväga om de kan möta Region Gotlands krav i upphandlingen.

Att det ställs många frågor, och följdfrågor, i en upphandling kan indikera att upphandlingsdokumenten brister i tydlighet och förutsebarhet men i en komplex och omfattande upphandling behöver det nödvändigtvis inte betyda annat än att upphandlande myndighet/enhet därigenom får möjlighet att besvara, förtydliga och förbättra förutsättningarna för potentiella leverantörer att kunna delta i upphandlingen. Därmed inte sagt att många frågor i en upphandling inte också kan tyda på att upphandlingsdokumentet är bristfälligt i en utsträckning som inte kan läkas genom enbart svar på frågor.

Ett förhandlat förfarande med föregående annonsering kan användas när upphandlande myndighets behov kan tillgodoses av marknaden men det som anskaffas behöver anpassas. Region Gotland har redogjort för och handlingar har getts in som visar att upphandlingen föregåtts av Samråd med sista anbudsdag den 3 september 2018. De anbudsgivare som därefter bjudits in har möjlighet att utifrån gedigen bakgrundsinformation om upphandlingens syfte och mål och kraven i anbudsinbjudan, överväga att utforma och inkomma med anbud. Regionen uttalar i inbjudan en önskan om att potentiella leverantörer ska ha möjlighet att bidra till utvecklingen av Got-

lands allmänna och särskilda kollektivtrafik. Det framgår med tydlighet att Gotlands kollektivtrafik är föremål för förändring och behöver anpassas för framtidens behov och krav. En upphandlande myndighet har stor frihet vad gäller utformning av ett upphandlingsdokument och att bestämma vad enheten vill köpa inom de ramar som ges av de allmänna principerna. Upphandlingen kan inte anses vara annat än komplex och omfattande och följaktligen är även upphandlingsdokumenten textmässigt omfattande. Att det ställs obligatoriska krav som uppfattas innebära stora affärsmässiga utmaningar innebär i sig inte att kraven är oproportionerliga. Det är heller inte givet att alla potentiella leverantörer har möjlighet och kan lämna anbud i alla upphandlingar.

Förvaltningsrätten anser att anbudsgivarna i upphandlingsdokumenten och under förfarandet sammantaget getts tillräcklig information avseende de ovan rubricerade krav som Region Gotland ställt i upphandlingen och uppfyller därmed kravet på tydlighet och förutsägbarhet. Vad särskilt gäller Gotlandsbuss argument kring behovet av tillgång till biogas menar förvaltningsrätten att det inte innebär att kravet är oproportionerligt i förhållande till upphandlingsföremålet.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten, med beaktande av vad båda parter uppgett och handlingarna i målet, att Gotlandsbuss genom sin argumentation inte har visat att Region Gotland har utformat upphandlingsdokumenten i strid med principerna om transparens och proportionalitet eller på ett sätt som objektivt sett omöjliggjort för en branschvan leverantör att utforma och lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det saknas därmed grund för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen enligt LUF och ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Katerina Petkovska
Rådman

Kerstin Sandin har handlagt målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.



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 (söndagsregeln).

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 (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner 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 upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e 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 nå 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.