FÖRVALTNINGSRÄTTEN I STOCKHOLM
Avdelning 5

DOM
2025-09-25
Meddelad i Stockholm

Mål nr
9299-25, 9306-25,
9311-25

SÖKANDE
N Sverige AB, 556057-0128

Ombud: Advokaterna K.P O.L C.G.D och D.W

MOTPART
Trafiknämnden i Region Stockholm

Ombud: Advokaterna S.V och F.H

SAKEN
Upphandling inom försörjningssektorerna

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna.

Förvaltningsrättens beslut den 6 maj 2025 i mål nr 9299-25 om att Trafiknämnden i Region Stockholm inte får ingå avtal i upphandlingen innan något annat har bestämts upphör därmed att gälla.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

BAKGRUND

Trafiknämnden i Region Stockholm (regionen) genomför upphandlingarna ”E46 Busstrafik Innerstaden och Lidingö”, dnr TN 2023-0209 (mål nr 9299-25), ”E47 Busstrafik Södertälje och Nykvarn”, dnr TN 2023-0210 (mål nr 9306-25) och ”E48 Busstrafik Järfälla/Upplands-Bro”, dnr 2023-0211 (mål nr 9311-25). Upphandlingarna genomförs med ett förhandlat förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF. Uppdraget innebär ett helhetsåtagande som utöver trafikproduktion innefattar bl.a. trafikplanering, trafikinformation, biljettvalidering, fordonsanskaffning, drift och underhåll av hållplatser, depå samt tillhandahållande av information till trafikförvaltningen.

Regionen har för avsikt att ingå avtal med Keolis Sverige AB i upphandlingen E46 och med VR Sverige AB i upphandlingarna E47 och E48. N Sverige AB (N) lämnade anbud i de tre upphandlingarna.

YRKANDEN M.M.

N yrkar att upphandlingarna ska göras om och för fram i huvudsak följande. Uppdragsavtalen med ersättnings-, ändringshanterings- och hållbarhetsbilagorna är oskäliga och utformade i strid med de grundläggande principerna om proportionalitet, likabehandling och öppenhet. De upphandlade kontrakten är oskäliga på grund av att ersättningsmodellen är oförutsebar och utom trafikutövarens kontroll, ändringshanteringsbilagorna innebär att trafikutövaren inte får ersättning för väsentligt ökade kostnader och kraven på dokumentation kopplad till social hållbarhet är i praktiken omöjliga att uppfylla. Eftersom anbudsgivarna kommer göra skilda riskbedömningar är anbuden inte jämförbara och regionen kan inte heller jämföra anbuden på ett likvärdigt sätt. Upphandlingarnas utformning i kombination med den starka ställning som regionen har på marknaden innebär också en överträdelse av

konkurrensprincipen och att upphandlingen inte leder till ett rättvisande resultat. Avtalsvillkoren kommer sannolikt att förändras, exempelvis genom en tillämpning av 36 § avtalslagen. Villkoren kan omöjligen leva upp till de högt ställda kraven enligt de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Spekulationer om hur avtalen kommer att se ut efter jämkning hör inte till de omständigheter som anbudsgivare har att beakta vid prissättningen av anbuden. Samtliga brister har påtalats under upphandlingarnas ”Frågor & Svar”. I de snarlika avtalen om pendeltågstrafiken har regionen gjort en helomvändning avseende riskfördelningen. N lider skada.

Regionen bestrider ansökningarna i sin helhet och anser att de ska avvisas. Regionen för fram i huvudsak följande. N saknar talerätt. Det ingår inte i förvaltningsrättens prövning att bedöma om villkoren i ett kommande avtal är oskäliga enligt avtalslagen. Dessutom regleras möjligheten att ändra upphandlade avtal utan ny upphandling i 16 kap. 8–14 §§ LUF. Avtalsvillkoren är transparenta, likabehandlande, proportionerliga och tillvaratar konkurrensen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Talerätt

Regionen anser att N saknar talerätt eftersom bolaget inte har haft något intresse av att ingå de avtal som upphandlas. Regionen har fört fram bl.a. följande i denna del. N har uppgett att avtalsvillkoren varit oacceptabla vilket avslöjar att N inte kan ha deltagit i upphandlingarna på grund av ett intresse att faktiskt tilldelas kontrakten. N har dessutom avsiktligen prisat ut sig. Dessutom framgår det tydligt i N ansökningar att överprövningarna inte syftar till att faktiskt få ingå avtal. N har inte heller yrkat rättelse.

N anser att bolaget har talerätt eftersom bolaget är intresserad av att ingå avtal om de aktuella trafikuppdragen.

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma lida skada vid en offentlig upphandling får enligt 20 kap. 4 § LUF ansöka om överprövning av upphandlingen. Det är sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant (se HFD 2013 ref. 53).

En leverantör har dock endast rätt att få en upphandling överprövad om denne har eller har haft ett intresse av att ingå avtal i upphandlingen (se HFD 2017 ref. 62).

N har lämnat anbud i alla tre upphandlingar. Annat har inte framkommit än att bolaget får anses vara en leverantör i den mening som avses i 1 kap. 15 § LUF. Eftersom N anser sig ha lidit skada på grund av att flera skrivningar och villkor i upphandlingsdokumenten, som enligt bolaget, strider mot de grundläggande principerna, uppfyller N förutsättningarna för att ha rätt att ansöka om överprövning av upphandlingarna. Även med beaktande av det som N uppgett om syftet med ansökningarna bedömer domstolen att N har haft ett intresse av att tilldelas avtal i upphandlingarna. En sakprövning av N ansökningar ska därmed göras i målen.

Allmänna utgångspunkter för domstolens prövning

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 (4 kap. 1 § LUF).

En upphandlande enhet har även att beakta konkurrensprincipen, som kommer till uttryck i 4 kap. 2 § LUF. Av bestämmelsen framgår att en upphandling inte

får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

En förvaltningsrätt ska efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling (20 kap. 4 § 1 LUF).

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon bestämmelse i LUF eller någon unionsrättslig bestämmelse om upphandling och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LUF).

Det är den som gör gällande att en upphandling är felaktig som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundar sig på (RÅ 2009 ref. 69).

Upphandlingsdokumenten – uppdragsavtalen och bilagor

I upphandlingarna finns utkast till uppdragsavtalen. Till uppdragsavtalen finns vissa bilagor. De för målen relevanta bilagorna är ”Bilaga 9 Ersättning och betalningsvillkor” (ersättningsbilagan), ”Bilaga 11 Ändringshantering” (ändringshanteringsbilagan) och ”Bilaga 2C Tillgänglighet och social hållbarhet” (hållbarhetsbilagan). N invändningar i målen avser villkor i uppdragsavtalen med dessa tre tillhörande bilagor.

I ersättningsbilagorna regleras trafikutövarens ersättning för genomförandet av uppdraget. I ändringshanteringsbilagorna finns bestämmelser om när och under vilka förutsättningar som parterna kan hålla förhandlingar om justerad ersättning. I hållbarhetsbilagorna finns bestämmelser som reglerar situationen

att trafikutövaren använder elfordon där komponenter kommer från länder som regionen definierat som högriskländer för brott mot mänskliga rättigheter.

Vad parterna för fram om ersättningsbilagorna

N

Ersättningsmodellen är oförutsebar och innebär att trafikutövaren står den ekonomiska risken för att regionen ändrar uppdragets omfattning och för händelser som orsakas av regionen. Trafikutövaren får ingen ersättning för tidsåtgång, att ha fordon i bruk, för drivmedel eller andra kostnader. Samtidigt som trafikutövarens ersättning huvudsakligen baseras på utbudskilometer är det regionen som anvisar hur uppdraget ska utföras. Eftersom regionen kan anvisa trafiken på ett sätt som innebär ökade kostnader utan att utge en ökad ersättning, samtidigt som det är omöjligt att förutse i vilken omfattning detta kommer att ske, är uppdragsavtalen inte utformade på ett klart, precist och entydigt sätt. All risk förläggs på anbudsgivaren i strid med proportionalitets-principen. Anbudsgivarna kommer att göra helt olika bedömningar avseende riskernas förverkligande vilket gör att villkoren även strider mot principerna om likabehandling och öppenhet.

Uppdragsavtalens ikraftträdande är beroende av att det inte finns en lagakraftvunnen dom som innebär att upphandlingen ska göras om eller rättas samt att trafikutövarens anmälan till Inspektionen för strategiska produkter blir godkänd. Det går därmed inte att veta hur länge anbudsgivarna ska vara bundna av anbudet. Även här saknas det möjlighet att få ersättning för ökade kostnader.

Regionen

Trafikutövaren får ersättning genom grundersättning, VBP-ersättning och eventuell bonus. Grundersättningen utgår från sträcka och inte tidsåtgång. Grundersättningen ökar inte om en sträcka tar längre tid att köra, men minskar inte heller om sträckan körs snabbare. Trafikutövaren ska beakta kostnader i prissättningen av anbudet. Avtalen och upphandlingsdokumenten är komplexa och omfattande för att ge tydliga ramar och likvärdiga förutsättningar. Ersättningsmodellen är tydlig, transparent och proportionerlig. Avtalsmodellen är välkänd och etablerad vilket ger bättre förutsättningar för att tillvarata konkurrensen.

Det är rimligt att kräva att anbudsgivare i någon mån måste prissätta viss risk och osäkerhet i anbuden och att den upphandlande enheten kan välja en styrning som innebär viss riskfördelning. Rollfördelningen är klar och balanserad. Det är regionen som bestämmer föremålet för verksamheten men det finns tydliga möjligheter och skyldigheter för trafikutövaren att ta ansvar för den. Trafikutövaren står inte all risk för eventuellt ökade kostnader till följd av utökad trafik. Trafikutövaren får ersättning vid beställning av ytterligare trafik och har därtill möjlighet att få bonusersättning. Ersättningen kan indexeras fram till dess avtalen träder i kraft.

Vad parterna för fram om ändringshanteringsbilagorna

N

Rätt till förhandling om justerad ersättning gäller bara när så kallade händelser når ett visst tröskelvärde och endast för direkta, skäliga och verifierade kostnader. Regionen kan ensidigt avgöra om trafikutövaren får förhandla med regionen. Flera händelser får inte heller kumuleras. En stor mängd situationer kan förändra förutsättningarna för uppdraget, på grund av yttre förhållanden

eller förhållanden inom regionens kontroll, men där trafikutövaren saknar rätt till kompensation för ökade kostnader. Detta gäller t.ex. det regionen kallat för byggstök, bygg- och infrastrukturprojekt som trafikutövaren rimligen borde ha känt till och ett minskat antal resenärer. Vad som är byggstök är ovisst. Regionen kan i praktiken avfärda trafikutövarens krav på förhandlingar även när tröskelvärdet uppnås utan att trafikutövaren har någon praktisk möjlighet att få frågan opartiskt prövad utan att behöva initiera en rättslig process. Avsaknaden av möjlighet för trafikutövaren att få ersättning för ökade kostnader under den eventuellt mycket långa tiden mellan anbudsinlämning och ikraftträdande av uppdragsavtalet innebär att trafikutövaren står den ekonomiska risken för bl.a. prisuppgångar på fordonspriser.

Regionen

Alla möjligheter till justering av ersättningen kräver inte att det rör sig om händelser som uppgår till två procent av årsomsättningen. Många händelser ligger utanför regionens kontroll. Syftet med bestämmelserna i bilagorna är att trafikutövaren ska vara proaktiv, ha en förmåga att agera flexibelt och aktivt utreda vilket eventuellt byggstök som förekommer eller kan komma att förekomma i avtalsområdet. Många av planerna som kan påverka trafiken är offentliga. Det sker ingen förhandling om resandet minskar eftersom trafikutövaren kan räkna med den garanterade miniminivån. Det är tydligt att anbudsgivarna själva måste värdera vanliga, kända händelser som kan påverka trafiken.

Vad parterna för fram om hållbarhetsbilagorna

N

Kraven på social hållbarhet för elbussar innebär att trafikutövaren står den ekonomiska risken för att fordon finns på plats, samtidigt som regionen

ensidigt har bestämmanderätt i fråga om trafikutövarens fordonsbeställning godkänns. Besked om fordonen godkänns lämnas inte förrän efter avtal ingåtts. Kraven i hållbarhetsbilagorna är i praktiken omöjliga att uppfylla eftersom det inte går att utläsa vad revisionsrapporterna behöver utvisa för att få godkänt resultat, vilka övriga handlingar som trafikutövaren behöver tillhandahålla för att fordonslösningen ska godkännas och inte ens regionen själv kan ge svar på vad som faktiskt krävs för att uppfylla kraven. Dessutom har regionen utvidgat kraven i hållbarhetsbilagorna i ett mycket sent skede under upphandlingarna utan att förlänga anbudstiden i den mån som utvidgningen kräver.

Regionen

Processen för den fördjupade granskningen när batterierna kommer från ett högriskland regleras tydligt och transparent i bilagorna. Om leverantörskedjan inte involverar högriskländer ska endast en redovisning på en särskild blankett lämnas in. Om batterierna kommer från ett högriskland ska en djupare granskning göras. Det som då ska lämnas in är exempelvis revisionsrapporter från oberoende aktörer. Syftet med regleringen är att ge vägledning kring vilken typ av underlag som ska ges in, samtidigt som regionen vill ge trafikutövaren viss flexibilitet kring vilket underlag som ska ges in. Det är transparent mot vilken måttstock underlaget bedöms. Underlaget ska uppfylla uppförandekoden.

Förtydligandet av hållbarhetsbilagorna var aviserad i god tid. Även innan ändringen framgick att revisionsrapporter ska lämnas in. Det återstod två månader av anbudstiden och den förlängdes dessutom med två veckor. Om inte elbussar finns tillgängliga vid trafikstart har trafikutövaren rätt att under 12 månader efter trafikstart utföra trafik med fordon med en temporärt anpassad kravställning. Regionen åtar sig dessutom att verka för att trafikutövaren kan överta bussar från frånträdande trafikutövare. Regleringen har tagits fram efter dialog med branschen för att balansera risken.

Förvaltningsrättens bedömning av upphandlingsdokumenten

Principiella utgångspunkter

En upphandlande enhet har stor frihet att själv utforma sina upphandlingsdokument och det ankommer på enheten att avgöra vilket behov den har samt vilka egenskaper föremålet för upphandlingen ska vara behäftat med. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade kan godtas under förutsättning att dessa är affärsmässiga och att de principer som bär upp upphandlingslagstiftningen och gemenskapsrätten inte överträds (se bl.a. RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref.78)

Av principerna om likabehandling och öppenhet följer bl.a. att samtliga villkor och bestämmelser i upphandlingsdokumenten ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (se EU-domstolens avgörande i mål C-19/00, Siac, p. 42).

För att vara förenliga med proportionalitetsprincipen ska de krav som den upphandlande enheten ställer upp vara både nödvändiga och ändamålsenliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas (se RÅ 2010 ref. 78, HFD 2016 ref. 37 I och II och där angivna rättsfall och förarbeten).

Förvaltningsrätten anser att det vid bedömningen av skrivningarna i upphandlingsdokumenten är relevant att ta hänsyn till upphandlingsföremålets karaktär (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 8 november 2023 i mål nr 3488-23). Enligt förvaltningsrätten är det fråga om ett så pass speciellt upphandlingsföremål och avtalen ska löpa över en lång tid att det måste finnas utrymme för regionen att använda sig av en relativt hög grad av flexibilitet i skrivningarna. Det finns inte heller någon skyldighet för regionen att ange

utförliga och detaljerade krav för exempelvis vilken dokumentation som krävs för att kravet på social hållbarhet ska uppfyllas.

Bilagorna har utformats i enlighet med transparensprincipen

Enligt förvaltningsrätten är ersättningsmodellen i upphandlingarna relativt komplicerad. Ersättningen är uppdelad i flera olika delar och kan komma att variera beroende på antalet utbudskilometer, hur väl förberedelseperioden genomförs, hur många biljetter som valideras m.m. Förvaltningsrätten instämmer i N bedömning att risken för flera kostnadsökningar i vart fall till stor del ligger på trafikutövaren. Regionen kan exempelvis genomföra förändringar i busstrafiken som potentiellt kan påverka framkomligheten och genomsnittshastigheten negativt. Sådana förändringar innebär inte nödvändigtvis att antalet utbudskilometer ändras varför utgångspunkten då är att trafikutövaren inte har rätt till någon ytterligare ersättning.

I likhet med regionen kan förvaltningsrätten konstatera att trafikutövaren behöver kalkylera och prissätta flera framtida och potentiella risker redan vid anbudets inlämnande. Det finns däremot inget krav på att anbudsgivarna behöver kunna förutse varje händelse som kan påverka uppdragen och kostnaderna för genomförandet av dem. Med ledning av tillgängligt underlag i upphandlingen och exempelvis den rapport som kollektivtrafikens avtalskommitté har tagit fram, som enligt N bl.a. visar att medelhastigheten i både inner- och ytterstaden har sjunkit, är det alltså upp till anbudsgivarna att prissätta riskerna. Domstolen delar N bedömning att dessa riskkalkyler kan antas vara komplicerade och att det i sin tur gör att anbudspriserna varierar mellan anbudsgivarna.

Att ersättningsmodellen och riskkalkylerna är komplicerad och att trafikutövaren står en stor risk för ökade kostnader är dock inte samma sak som

att ersättningsmodellen eller villkoren i ersättningsbilagorna också har utformats i strid med transparensprincipen.

Rapporten från avtalskommittén är inte upphandlingsrättsligt bindande för regionen men kan innehålla prognoser och bedömningar av olika ersättningstyper som är av relevans för kollektivtrafikens genomförande. Regionen har under ”Frågor & Svar” i upphandlingarna E47 och E48 varit tydlig med att anbudsgivarna inte kan räkna med att trafikutvecklingen sker i enlighet med prognoser. N förefaller dessutom vara medveten om risken för ytterligare försämringar i genomsnittshastigheten. Det är då rimligt att anbudsgivaren beaktar den risken i sin prissättning. Domstolen bedömer att ersättningsbilagorna innehåller tillräckligt tydliga anvisningar och skrivningar för att anbudsgivarna ska kunna göra sina analyser och beakta olika risker som kan uppkomma samt sannolikheten för dem.

Genom bestämmelserna om förändringspriser i ersättningsbilagorna har trafikutövaren också rätt till extra ersättning om trafikbeställningarna ökar eller om medelhastigheten försämras så att förstärkningstrafik behöver sättas in. Det är vidare trafikutövaren som i enlighet med villkor i bilagan ”Trafikproduktion och trafikplanering” lägger tidtabellen och därigenom har möjlighet att påverka körtiderna. I samma bilaga anges att trafikutövaren har rätt att föreslå trafikförändringar. Dessutom ska trafikutövaren delta i den s.k. trafikförändringsprocessen som sker årligen. Genom dessa bestämmelser har trafikutövaren enligt domstolens bedömning möjligheter att påverka busstrafiken och hur uppdraget genomförs samt få information som är av relevans för planeringen och genomförandet. Domstolen bedömer att bestämmelserna om förändringspriser ger trafikutövaren en rätt till viss extra ersättning för sådana situationer som N lyfter fram i sina ansökningar. Trafikutövaren står därmed enligt domstolen inte all risk för kostnadsökningar och riskerar inte att inte ersättas ekonomiskt för vissa förändringar i uppdraget.

Domstolen anser att det på ett klart, precist och entydigt sätt framgår vad ersättning lämnas respektive inte lämnas för. Det är tydligt att ersättningen huvudsakligen baseras på beställda och utförda utbudskilometer och antalet validerade biljetter. Det är också tydligt vilken riskfördelning som regionen valt och hur förändringar som påverkar ersättningen ska hanteras och enligt vilka principer de ersätts. Huvudsakligen är det upp till anbudsgivaren att ta höjd för riskerna i prissättningen av anbuden. Även om trafikutövaren behöver bedöma flera potentiella risker för kostnadsökningar anser domstolen inte att ersättningsmodellen är så otydlig att den strider mot transparensprincipen.

Det framgår tydligt av ändringshanteringsbilagorna att utgångspunkten i upphandlingarna är att ändringar och anpassningar i uppdragen inte ger rätt till justerad ersättning. Bilagorna innehåller flera avsnitt som på ett tydligt sätt anger vad som krävs för att en händelse ska kunna ge rätt till förhandling om ersättningen och vad som krävs för att ersättningen som sådan ska justeras. Kostnaderna måste exempelvis vara direkta, skäliga och verifierade. Händelserna som kan medföra en rätt till förhandling om justerad ersättning måste också medföra en väsentlig kostnads- och/eller intäktspåverkan i den mening att den ger upphov till en årlig nettopåverkan motsvarande ett belopp om minst två procent av närmast föregående jämförbart kalenderårs årsomfattning för uppdragsavtalet. Dessa begränsningar i förutsättningarna för att få genomföra förhandlingar är enligt domstolen inte oskäliga, otydliga eller i strid med likabehandlingsprincipen.

Det är också tydligt att flera händelser inte ger rätt till förhandling om justerad ersättning. Detta gäller exempelvis det som regionen kallat för ”byggstök” och övriga händelser som regleras i bilagornas avsnitt 2 och 3. Det är i huvudsak fråga om händelser som regleras i andra delar av uppdragsavtalen och som på förhand ska anses vara kända.

Begreppet ”byggstök” exemplifieras med vissa infrastrukturprojekt i Stockholm. Mot bakgrund av att det kan antas vara svårt att ytterligare precisera och exemplifiera vilka byggprojekt som kan komma att genomföras under avtalstiden anser domstolen att det är tillräckligt tydligt att det i ändringshanteringsbilagorna anges att inte heller bygg- eller infrastruktur-projekt som rimligen borde ha känts till ger rätt till förhandling. Såsom regionen fört fram är det inte säkert att regionen känner till alla kommande projekt heller.

Meningsskiljaktigheter mellan parterna om vad som ska ge rätt till förhandlingar får hanteras genom separata rättsprocesser. Regionen har ingen skyldighet att tillhandahålla ytterligare forum för diskussioner eller förhandlingar om meningsskiljaktigheter om upphandlingsdokumenten.

Även om ett förändrat antal resande inte ger rätt till förhandlingar är trafikutövaren alltid garanterad en miniminivå på VBP-ersättningen som baseras på en konstant om 93 procent av ett angivet antal valideringar. Ett minskat antal resande leder till lägre VBP-ersättning medan ett ökat resande leder till högre sådan ersättning. Trafikutövaren kan dock alltid räkna med att få den garanterade miniminivån. Skulle antalet resenärer understiga den nivån är det såvitt domstolen bedömer regionen som står den ekonomiska risken. Domstolen anser därmed inte att det är trafikutövaren som står all risk för ett minskat resande och därmed en lägre VBP-ersättning. Dessa förutsättningar framgår tydligt i ändringshanteringsbilagorna och det är upp till anbudsgivaren att prissätta riskerna för en lägre ersättning.

Vad gäller hållbarhetsbilagorna är det tydligt att uppdraget ska fullgöras i enlighet med en av regionen antagen uppförandekod. Leverantören följer uppförandekoden genom att uppfylla vissa krav i avsnitt 2.2–2.4 i bilagorna. I bilagorna anges vidare att det finns särskilda krav vid anskaffning av fordon, innefattande elbussar och framdriftsbatterier. Kraven innebär bl.a. att

trafikutövaren ska lämna in en redovisning av leveranskedjan genom att fylla i en särskild blankett. Detta gäller fordon från alla länder. Om fordon inskaffas från s.k. betydande tillverkare i länder med index 5 eller 5+ enligt ITUC Global index eller länder där inget index finns ska trafikutövaren dessutom komma in med handlingar som styrker trafiknämndens krav avseende uppförandekoden. Sådana handlingar kan utgöras av, men är inte begränsade till, revisionsrapporter från revisioner utförda på plats av oberoende aktörer med kunskap om aktuella risker. Trafiknämnden lämnar besked om det inlämnade underlaget godkänns eller inte, inom 20 arbetsdagar. Besked lämnas först efter att uppdragsavtalet trätt i kraft. Om underlaget inte godkänns åligger det trafikutövaren att på egen risk och bekostnad vidta åtgärder för att säkerställa att kraven är uppfyllda.

Det finns anvisningar i hållbarhetsbilagorna för vad som menas med betydande tillverkare och vilken indikation som finns på hög risk för brott mot mänskliga rättigheter. Domstolen kan i och för sig, i likhet med N konstatera att det enda dokument som uttryckligen nämns som underlag för att visa kravuppfyllnad är en revisionsrapport med redovisning av leveranskedjan. I övrigt anges att annan dokumentation också ska skickas in. Det anges inte heller uttryckligen i hållbarhetsbilagorna vilken information som revisionsrapporterna ska innehålla. Regionen har dock under frågor och svar i upphandlingarna E47 och E48 angett att SA8000-standard är en godtagbar revisionsmetodik.

Med hänsyn till hur kraven på social hållbarhet är utformade bedömer domstolen att det är svårt att på förhand ange exakt vilka handlingar som ska skickas in eller vilken information som ska framgå. Med andra ord lämnas ett stort utrymme för anbudsgivarna att skicka in underlag de bedömer som relevant. Denna flexibilitet står inte i strid med upphandlingsdokumenten. Den ledning som finns i upphandlingsdokumenten och som regionen lämnat under frågor och svar anser domstolen är tillräckligt tydlig och konkret för att anbudsgivarna ändå ska kunna förstå vad som efterfrågas.

Det har inte presenterats någon konkret utredning till stöd för N påstående att det bara finns en enda fordonsleverantör som kan leverera fordon där batterierna inte är tillverkade i ett högriskland eller att den leverantören inte har den kapacitet som krävs för att leverera bussar. Trots att N påstår att kraven är omöjliga att uppfylla har bolaget valt att lämna anbud.

Även om det inte på ett detaljerat sätt anges vad dokumentationen ska innehålla är det tydligt att underlaget ska visa att kraven på social hållbarhet är uppfyllda i enlighet med uppförandekoden. Uppförandekoden innehåller i sin tur relativt detaljerade bestämmelser om mänskliga rättigheter, arbetares rättigheter, miljön, affärsetik och allvarliga avvikelser. Det är därmed upp till anbudsgivarna att bedöma vilket underlag som är relevant att skicka in för att uppförandekoden ska vara uppfylld.

N är av uppfattningen att regionens bedömning av det inskickade underlaget kommer att vara helt godtycklig. Förvaltningsrätten delar inte den bedömningen. Regionen är skyldig att förhålla sig till skrivningarna i upphandlingsdokumenten, inklusive uppförandekoden. Det är en annan sak att parterna kan komma att vara av olika uppfattningar om det inskickade underlaget är tillräckligt för att uppförandekodens krav ska vara uppfyllda. Regionen har därtill under upphandlingarnas frågor och svar varit tydlig med att det inte är möjligt att på förhand ange allvarlighetsgraden i eller omfattningen av vissa brister i trafikutövarens underlag och avvikelser från hållbarhetsbilagorna. Bestämmelserna om det underlag som ska skickas in är enligt domstolens bedömning tillräckligt tydliga.

Förvaltningsrätten bedömer sammantaget att ersättnings-, ändringshanterings- och hållbarhetsbilagorna innehåller tillräckligt tydliga anvisningar om hur och för vad ersättning lämnas, hur ändringar i ersättningen och uppdragen hanteras och under vilka förutsättningar trafikutövaren har rätt att påkalla förhandlingar om justerad ersättning. Det är också tillräckligt tydligt angivet vilket underlag

som ska skickas in och vad underlaget ska visa för att kraven i hållbarhets-bilagorna ska uppfyllas. Slutligen är det också tydligt vilken roll och riskfördelning som regionen tillämpar i upphandlingarna.

Mot bakgrund av det omfattande och komplicerade upphandlingsföremålet och den upphandlande enhetens stora frihet vid utformandet av upphandlingarna bedömer domstolen att bilagorna är tillräckligt tydliga, förutsebara och garanterar att samtliga anbudsgivare får möjlighet till nödvändig insyn i vad regionen har förväntat sig och vilken riskfördelning som trafikutövaren måste ta hänsyn och prissätta.

En rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare i en upphandling av detta slag bör därför förstå vilka omständigheter som kan tänkas leda till kostnadsökningar och ta höjd för dem i samband med anbudets inlämnande. Det är upp till anbudsgivarna att göra en bedömning av riskerna för kostnadsökningar utifrån det underlag som finns i upphandlingen och de erfarenheter och kunskaper de har om busstrafiken i Stockholmsområdet. Utifrån informationen som anges i upphandlingsdokumenten har anbudsgivarna haft att fritt utforma sina lösningar på ett sätt som de bedömer uppfyller regionens krav och som tar höjd för de risker som N lyft i sina ansökningar.

Trots begränsningarna av rätten till förhandling och riskfördelningen mellan regionen och trafikutövaren anser förvaltningsrätten att det har varit möjligt för anbudsgivare att ta höjd för kostnadsökningar och risker när de lämnar in sina anbud. Flera av riskerna är förenade med osäkerhet till följd av beslut och ageranden från regionens eller tredje mans sida. Flera infrastrukturprojekt kan dock antas vara kända på förhand. Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan det inte ställas krav på att en upphandlande enhet i situationer som de nu aktuella ska lämna uppgifter om förändringar och projekt som enheten inte själv har tillgång till under upphandlingsförfarandet. De kända

infrastrukturprojekten har exemplifierats inom ramen för det regionen kallat ”byggstök”.

Sammantaget har det alltså inte kommit fram något som visar att upphandlingsdokumenten står i strid med transparensprincipen. Det är inte heller visat annat än att ersättningsmodellen är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

Bundenheten till anbuden har utformats på ett transparent och proportionerligt sätt

Det är ostridigt att uppdragsavtalens ikraftträdande bl.a. förutsätter att det inte finns en lagakraftvunnen dom som innebär att upphandlingen ska rättas eller göras om. Det är också ostridigt att ikraftträdandet kan påverkas av om trafikutövarens anmälan till Inspektionen för strategiska produkter blir godkänd eller inte.

Det finns ingen bestämmelse i LUF om hur länge en leverantör ska vara bunden av sitt anbud utan detta är något som beslutas av den upphandlande enheten.

Regionen styr inte över om det kommer in ansökningar om överprövning till domstolen eller om en ansökan till Inspektionen för strategiska produkter blir godkänd eller inte. Riskerna för det ligger såvitt domstolen bedömer uteslutande på anbudsgivarna. I ersättningsbilagorna anges tydligt att viss indexering av ersättningen kan ske enligt en modell som anges i avsnitt 4 i ersättningsbilagorna. Indexeringen sker mot en månad året före det år som anbuden lämnas in och inte från planerad trafikstart. De kostnader som inte omfattas av indexregleringen får anbudsgivarna i stället ta höjd för i anbudet. Det är alltså upp till anbudsgivaren att ta höjd för ökade kostnader för fordonsbeställningarna under tiden innan avtalen träder i kraft. Det kan inte

anses vara onormalt i kommersiella avtalsförhållanden, icke-transparent eller oproportionerligt att anbudsgivarna måste ta höjd för prisutvecklingen på fordon och en utdragen handläggningstid för det fall upphandlingarna begärs överprövade eller av någon annan anledning försenas. Förvaltningsrätten instämmer i det regionen fört fram och anser att indexregleringen innebär att all risk inte bärs av trafikutövaren för det fall förseningar inträffar.

Sammantaget bedömer domstolen att riskfördelningen mellan regionen och trafikutövaren under anbudens giltighetstid fram till avtalens ikraftträdande är både transparent och proportionerlig.

Bilagorna har utformats i enlighet med likabehandlingsprincipen

Villkoren i de tre bilagorna och uppdragsavtalen har varit kända för alla anbudsgivare. Det har inte kommit fram annat än att alla leverantörer har fått samma information vid samma tillfälle. Att anbudsgivarna gör olika överväganden kring prissättning, risker, potentiella ändringar i trafiken och vilka dokument som krävs för att visa social hållbarhet är inte samma sak som att upphandlingsdokumentens utformning strider mot likabehandlingsprincipen. Alla anbudsgivare har enligt domstolens bedömning behandlats lika i upphandlingsrättsligt hänseende och har getts möjlighet att lämna anbud på lika förutsättningar. Regionen har inte agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

Bilagorna har utformats i enlighet med proportionalitetsprincipen

N har genomgående i sina ansökningar och yttranden till domstolen hävdat att riskfördelningen i ersättningsmodellen bryter mot grundläggande civilrättsliga principer om skälig riskfördelning och att avtalsvillkoren i upphandlingarna är oskäliga och kommer att kunna jämkas med stöd av avtalslagen. N menar att civilrättsligt oskäliga villkor också är

upphandlingsrättsligt otillåtna och hänvisar bl.a. till avgörandet NJA 2021 s. 643. N anser inte att det är ett realistiskt alternativ för anbudsgivare att avstå från att lämna anbud även om bolaget bedömer att villkoren är oskäliga.

Enligt förvaltningsrätten framstår invändningarna om civilrättslig ogiltighet och civilrättsligt oskäliga villkor för det första som spekulationer. Det går enligt förvaltningsrättens bedömning inte att dra några säkra slutsatser om villkoren i uppdragsavtalen är avtalsrättsligt oskäliga.

För det andra kan domstolen inte inom ramen för en överprövningsprocess beakta rena civilrättsliga frågor. Det ingår inte i förvaltningsrättens prövning att bedöma om villkoren i kommande avtal är civilrättsligt oskäliga eller inte.

Överprövningen i domstolen utgör endast en kontroll av om myndigheten eller enheten har förfarit korrekt och iakttagit de upphandlingsrättsliga principerna och förfaranderegler som anges i LUF (HFD 2013 ref. 5). Prövningen i förvaltningsrätten är enligt domstolens mening strikt upphandlingsrättslig. Om avtalsvillkoren är oskäliga på annan grund än att de står i strid med de upphandlingsrättsliga principerna måste detta hanteras inom ramen för exempelvis en sedvanlig civilrättslig tvistelösning vid allmän domstol. Domstolen anser därmed inte heller att de uttalanden som Högsta domstolen gjorde i NJA 2021 s. 643 har någon avgörande betydelse i ett mål om överprövning av en pågående upphandling.

Huruvida ett upphandlingsrättligt avtal innehåller villkor som potentiellt kan bli föremål för civilrättsliga processer ligger alltså sammantaget utanför förvaltningsrättens prövning av de aktuella målen. Dessa invändningar får i stället prövas inom ramen för bedömningen av om bilagorna är förenliga med framför allt proportionalitetsprincipen vilket N också i vart fall delvis fört fram.

Förvaltningsrätten uppfattar att de omständigheter som N har fört fram till stöd för att upphandlingarna har utformats i strid med proportionalitets-principen tar sikte på att upphandlingarna är förenade med stora och oskäliga risker för trafikutövaren och att det är just trafikutövaren som får stå hela risken för kostnadsökningar utan tillräckliga möjligheter till kompensation.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i upphandlingsdokumenten ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och prop. 2009/10:180 s. 91). En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första steget innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (se RÅ 1999 ref. 76 och jfr Contse, C-234/03).

Proportionalitetsprincipen syftar till att förhindra att den upphandlande enheten ställer större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Tanken är att de uppställda kraven ska ha ett naturligt samband med, och stå i proportion till, det behov som ska täckas (Kammarrätten i Stockholms avgörande den 22 oktober 2014 i mål nr 3560-14).

Syftet med den upphandlingsrättsliga lagstiftningen, däribland LUF, är att ta till vara konkurrensen på den berörda marknaden genom konkurrensutsättning. Lagstiftarens avsikt har främst varit att förhindra att offentliga medel används på ett otillbörligt sätt, t.ex. för att diskriminera eller gynna vissa leverantörer eller skapa handelshinder och det är sådana frågor som den rättsliga kontrollen av upphandlingar i överprövningsmål främst tar sikte på. Det är dock upp till varje bolag att bedöma hur stor affärsmässig risk det är villigt att ta i ett avtalsförhållande, i detta fall genom en avvägning av hur högt anbudspris som

N vill lämna med hänsyn till de påtalade osäkerheterna och riskerna i bilagorna.

Domstolen anser att det är rimligt, affärsmässigt och proportionerligt att kräva att anbudsgivare i någon mån måste prissätta risker och osäkerhet i sina anbud och att den upphandlande enheten kan välja en styrning som innebär viss riskfördelning. Att välja en sådan modell kan i sig inte anses strida mot proportionalitetsprincipen eller någon annan av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

Därtill anser domstolen att den frihet som en upphandlande enhet har att närmare bestämma föremålet för upphandlingen (jfr RÅ 2010 ref. 78) också får anses innebära att enheten i stor utsträckning har rätt att själv avgöra vilka avtalsvillkor som är lämpliga att införa i avtalen med trafikutövaren. Det får också anses innebär att regionen har stor frihet att välja en riskfördelning som i mångt och mycket överlämnar bedömningarna av risker och osäkerheter till anbudsgivaren.

Som domstolen bedömde ovan är det tydligt att trafikutövaren inte kan sägas stå all ekonomisk risk i upphandlingarna. Det finns villkor i samtliga tre ifrågasatta bilagor som också skyddar trafikutövaren mot alltför stort godtycke från regionens sida och som innebär en möjlighet att påverka uppdraget och påkalla förhandlingar om justerad ersättning. Under sådana förhållanden bedömer domstolen att regionens riskfördelning är skälig.

Ändringshanteringsbilagorna innehåller enligt domstolen proportionerliga mekanismer för att hantera meningsskiljaktigheter om ersättningen. Bedömer någon av parterna att det inte är tillräckligt får meningsskiljaktigheterna prövas genom ett annat förfarande, exempelvis ett tvistemål i allmän domstol. Regionen har ingen skyldighet att tillhandahålla ytterligare mekanismer för det

fall trafikutövaren anser sig behöva ytterligare ersättning. Även hållbarhets-bilagorna innehåller en enligt domstolen proportionerlig reglering av kraven på bussar från högriskländer.

Förvaltningsrätten delar inte heller N uppfattning om att det inte har varit ett realistiskt alternativ att avstå från att lämna anbud. Anser anbudsgivaren att villkoren eller kraven inte är möjliga att uppfylla står det anbudsgivaren fritt att inte lämna anbud. Att i affärsmässiga förhållanden ta hänsyn till och prissätta risker samt bedöma sannolikheten för framtida civilrättsliga tvister eller kostnadsökningar gör inte att avtalsvillkoren är upphandlingsrättligt oproportionerliga.

Förvaltningsrätten anser sammantaget att villkoren och riskfördelningen i bilagorna är sådana villkor som i vart fall inte får anses onormalt förekommande när avtal upphandlas och att villkoren inte kan bedömas som annat än affärsmässiga och upphandlingsrättsligt godtagbara. Det har inte visats att villkoren skulle vara utformade för att på något sätt kringgå reglerna i LUF. Domstolen anser sammantaget att villkoren i ersättningsbilagorna inte står i strid med proportionalitetsprincipen.

Bilagorna står inte i strid med den allmänna konkurrensprincipen

För att en upphandling ska anses strida mot den i 4 kap. 2 § LUF allmänna konkurrensprincipen räcker det inte att upphandlingens utformning resulterar i en konkurrenssnedvridning, utan det krävs att upphandlingen utformats i syfte att begränsa konkurrensen.

Enligt domstolen innebär inte den konkurrensprincip som kommer till uttryck i bestämmelsen en skyldighet för regionen att aktivt vidta åtgärder som i varje situation leder till bättre konkurrens. I stället tar bestämmelsen sikte på själva utformningen av upphandlingsdokumenten.

Upphandlingsdokumenten i de aktuella upphandlingarna har enligt förvaltningsrätten inte formulerats på ett sätt som gynnar eller missgynnar en viss leverantör på ett sätt som snedvrider konkurrensen. Det ligger i sakens natur att anbudsgivarna i viss utsträckning kan komma att göra olika tolkningar av upphandlingsdokumenten och att prissättningen varierar dem emellan. Det faktum att regionen har en stark ställning på marknaden för kollektivtrafik medför därmed inte att upphandlingsdokumenten är utformade i strid med 4 kap. 2 § LUF.

Förlängningen av anbudstiden har varit skälig

Förvaltningsrätten bedömer att regionen under anbudstiden har utökat begreppet ”betydande tillverkare” så att även produktion av battericeller och batterimoduler inkluderades i begreppet. Innan justeringen angavs i upphandlingsdokumenten att betydande tillverkare bara avsåg sammansättning av batteripack och slutmontering av framdriftsbatteri.

Även om begreppet betydande tillverkare har utökats framgick det även tidigare att handlingar och revisionsrapporter skulle lämnas in för att visa hur de sociala villkoren efterlevs. Dessutom har trafikutövaren alltid en skyldighet enligt uppdragsavtalen att säkerställa att bussar och batterier är framställda under förhållanden som är förenliga med hållbarhetsbilagorna. Underlagen ska vidare inte ges in förrän efter det att uppdragsavtalet trätt i kraft. De behöver alltså inte vara framtagna i samband med att anbuden lämnas in.

Domstolen bedömer mot den bakgrunden att ändringarna inte har varit så omfattande att de utgjord väsentliga ändringar i den mening som avses i 11 kap. 8 § andra punkten LUF. Trots det har regionen förlängt anbudstiden med två veckor när det dessutom återstod två månader av den. Någon skyldighet att ytterligare förlänga anbudstiden har inte funnits.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis har N inte fört fram några omständigheter som visar att regionen genomför upphandlingarna i strid med några bestämmelser i LUF, någon unionsrättlig bestämmelse om upphandling eller upphandlingsrättliga principer. Det saknas därför skäl för förvaltningsrätten att ingripa i upphandlingarna. Ansökningarna om överprövning ska därmed avslås.

Mot bakgrund av att förvaltningsrätten avgör målet slutligt upphör domstolens interimistiska beslut i mål 9299-25 att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

E.R.R

Specialistföredragande H.L har varit föredragande.

SVERIGES DOMSTOLAR

Hur man överklagar

FR-05

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

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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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.

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

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.

Information för överklagande **FR-05 - Överklagandetid 3 v - PT (upphandling)** • Producerat av Domstolsverket, Avd. för domstolsutveckling • 2020-05

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 rättstillämpningen.
- 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.

gar för överklagande **FR-05 - Överklagandetid 3 v - PT (upphandling)** • Producerat av Domstolsverket, Avd. för domstolsutveckling • 2020-05