



KLAGANDE

SJ AB, 556196-1599

Ombud: Advokaterna [redacted] och [redacted]

MOTPARTER

1. Stadler Rheintal AG

Ombud: Advokaterna [redacted] och [redacted]

2. Hitachi Rail Limited

Ombud: Advokaterna [redacted] och [redacted] samt
biträdande juristen [redacted]

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 3 februari 2022
i mål nr 30795-21 och 30851-21, se bilaga A

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och visar målen åter till
förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

YRKANDEN M.M.

SJ yrkar i första hand att kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och visar målen åter till förvaltningsrätten. I andra hand yrkas att kammarrätten avslår Stadlers och Hitachis ansökningar om överprövning av upphandlingen. **SJ** för i huvudsak fram följande. Domen grundas på omständigheter som **SJ** inte fått bemöta. En avgörande omständighet för utgången i målen är att beställningar av optionståg skulle kunna ske senare än åtta år efter kontraktsdagen. Det stämmer inte och det hade **SJ** förklarat och bevisat om **SJ** hade fått yttra sig. Att **SJ** inte fått möjlighet att bemöta omständigheterna har därför haft betydelse för utgången i målet. Felet är uppenbart. Vidare har förvaltningsrätten felaktigt bedömt att kontraktet i upphandlingen utgör ett ramavtal enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF. Förvaltningsrätten har också gjort en felaktig bedömning av om Stadler lidit skada.

Stadler Rheintal AG anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. Förvaltningsrätten har korrekt kommit till slutsatsen att avtalet i upphandlingen utgör ett ramavtal och att reglerna om ramavtal i LUF därmed är tillämpliga. **SJ** har fått tillfälle att bemöta vad Stadler fört fram i frågan om avtalets rättsliga karaktär. Vad som fördes fram av Stadler i yttrandet den 3 december 2021 om avtalets karaktär utgör endast ett svar på vad **SJ** tidigare fört fram. **SJ** har enligt avtalet möjlighet att avropa optionståg och andra nyttigheter under en längre tid än åtta år och avtalet står därmed i strid med 7 kap. 2 § LUF. Det informationsmeddelande som **SJ** nu hänvisar till utgör inte avtalsinnehåll. Även om det anses utgöra avtalsinnehåll begränsas endast **SJ**:s möjlighet att avropa optionståg. **SJ**:s möjlighet att avropa andra nyttigheter påverkas därmed inte. I enlighet med vad **SJ** själv fört fram i överklagandet fick **SJ** del av Stadlers yttrande (daterat den 3 december 2021) den 9 december 2021. Förvaltningsrätten meddelade dom nästan två månader senare. **SJ** har därmed fått väsentlig tid på sig att inkomma med ett yttrande om **SJ** så önskade. Det har inte

förekommit några felaktigheter i förvaltningsrättens handläggning. Det som SJ nu har fört fram saknar betydelse för utgången i målet och är endast en utveckling av rättslig argumentation. Stadler redogjorde redan i sin ansökan om överprövning varför avtalet är att betrakta som ett ramavtal. För ramavtal följer enligt LUF vissa tvingande regler, bl.a. 7 kap. 2 §. Förvaltningsrätten har haft både en rätt och en skyldighet att beakta dessa regler i sin prövning av om upphandlande enhet förfarit formellt korrekt och iakttagit de förfaranderegler och principer som följer av tillämplig upphandlingslagstiftning. Bristen framgår av avtalsutkastet vilket Stadler hänvisat till och bilagt till sin ansökan om överprövning. Förvaltningsrättens bedömning av om Stadler lidit skada är korrekt.

Hitachi Rail Limited anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. De omständigheter som SJ nu för fram i sitt överklagande fördes fram av SJ redan i förvaltningsrätten och omfattas av förvaltningsrättens prövning. Förvaltningsrätten har korrekt bedömt att avtalet i upphandlingen utgör ett ramavtal. Vidare saknar det betydelse för utgången i målet att SJ inte fått tillfälle att yttra sig över Stadlers andra yttrande. Yttrandet innehåller främst rättslig argumentation och det finns inte något hinder för förvaltningsrätten att enligt principen *jura novit curia* beakta de rättsregler som gäller för ramavtal enligt LUF. Avtalstiden är inte tydligt begränsad till åtta år. Det informationsmeddelande som nu förs fram av SJ utgör inte avtalsinnehåll och oavsett det finns inget i avtalskonstruktionen som hindrar SJ från att göra beställningar under en längre tid än åtta år. Förvaltningsrättens bedömning av skada eller risk för skada är korrekt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målen

Frågan kammarrätten först har att ta ställning till är om det finns skäl att undanröja förvaltningsrättens dom och visa målen åter till förvaltningsrätten på grund av brister i handläggningen.

Rättslig reglering

Av 18 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, följer att innan målet avgörs ska en part – med undantag för vissa situationer som anges i 10 § andra stycket – ha fått kännedom om det som tillförts målet av annan och haft tillfälle att yttra sig över det.

Kammarrättens bedömning

Av handlingarna framgår att Stadler först i ett andra yttrande till förvaltningsrätten, daterat den 3 december 2021, fört fram att den avtalskonstruktion som SJ använder sig av i upphandlingen medför en längre avtalstid än 8 år och därmed står i strid med 7 kap. 2 § LUF. Förvaltningsrätten har lämnat ut yttrandet till SJ efter begäran men har inte berett SJ tillfälle att yttra sig över det. Förvaltningsrätten har därefter dömt i målen och grundat sitt avgörande på de nya omständigheterna som förts fram.

Kammarrätten anser att det Stadler fört fram i sitt andra yttrande gällande avtalstidens längd och de konsekvenser det kan innebära för upphandlingen utgör nya omständigheter som inte tidigare förts fram i målen. Förvaltningsrätten borde därför ha kommunicerat yttrandet med SJ och gett SJ tillfälle att yttra sig över det i enlighet med 18 § FPL. Kammarrätten

anser att det saknar betydelse att SJ utnyttjat sin rätt till partsinsyn och på eget initiativ begärt ut yttrandet.

Bristerna i handläggningen innebär att förvaltningsrättens dom ska undanröjas. Med hänsyn till instansordningsprincipen visas målen åter till förvaltningsrätten för ny handläggning.

Detta beslut får enligt 34 § andra stycket FPL inte överklagas.

Caroline Dyrefors Grufman
kammarrättsråd
ordförande

Susanne Ericson
kammarrättsråd
referent

Alexandra Braff
tf. assessor

Erik Westberg
fiskal
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 34

DOM
2022-02-03
Meddelad i Stockholm

Mål nr
30795-21,
30851-21

SÖKANDE

1. Stadler Rheintal AG

Ombud: Advokaterna [REDACTED] och [REDACTED] samt biträdande jurist
[REDACTED]

2. Hitachi Rail Limited

Ombud: Advokaterna [REDACTED] och [REDACTED] samt biträdande jurist
[REDACTED]

MOTPART

SJ AB, 556196-1599

Ombud: Advokaterna [REDACTED] och [REDACTED]

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 1458056

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd34.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/

Telefax

-

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

SJ AB (SJ) genomför en upphandling av elektriskt drivna regionaltåg, *SJ Regional Trains SJCM-2020-0122*. Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering, enligt 6 kap. 4 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Efter utvärdering av lämnade anbud beslutade SJ att Construcciones y Auxillar de Ferrocarrilles S.A. (CAF) skulle tilldelas kontrakt. Två leverantörer har ansökt om överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten.

Stadler Rheintal AG (Stadler) yrkar att upphandlingen ska göras om.

Hitachi Rail Limited (Hitachi) yrkar att upphandlingen ska göras om.

SJ motsätter sig bifall till ansökningarna om överprövning

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol enligt 20 kap. 4 § LUF överpröva en upphandling.

Av 20 kap. 6 § LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LUF 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.

Ansökan om överprövning

Stadler anför bl.a. följande. Upphandlingen omfattar en grundbeställning om 25 fordon samt en ensidig option för SJ att beställa upp till 35 ytterligare fordon. Sammantaget avser optionen att tillgodose ett eventuellt framtida fordonsbehov, genom flera eventuella kommande anskaffningar. Optionen utgör således inte en faktisk anskaffning, vilket är en förutsättning enligt LUF för att det ska vara fråga om ett kontrakt. Optionen har snarare karaktären av vad som regleras i ett ramavtal.

Om optionen utnyttjas fullt ut kommer grundbeställningen endast utgöra 40 procent av den totala beställningen. Enligt den så kallade överviktsprincipen bör avtalet i sin helhet därför betraktas som ett ramavtal.

Genom att inkludera en alltför stor fordonsoption undviker SJ en konkurrensutsättning av ett framtida fordonsbehov. Om upphandlingen hade genomförts korrekt hade SJ behövt upphandla ett framtida fordonsbehov genom en eller flera nya konkurrensutsättningar. *Stadler* hade då haft möjlighet att konkurrera även om dessa fordon. *Stadler* lider därmed skada i upphandlingsrättsligt hänseende.

Ramavtal har typiskt sett en konkurrensbegränsande effekt. Löptiden för sådana avtal är enligt huvudregeln därför begränsad till åtta år. Med den aktuella avtalskonstruktionen skulle avtalstiden kunna uppgå till 30 år. SJ har inte angivit några särskilda skäl för detta. Ramavtalet har därmed använts på ett konkurrensbegränsande sätt som inte är förenligt med upphandlingsrättens regler och principer.

SJ anför bl.a. följande. Påståendet att upphandlingen avser ett ramavtal tillbakavisas. Det är inte endast fördelningen av volymen, eller värdet på avtalets olika delar, som ska beaktas vid bedömningen av om det är fråga

om ett kontrakt eller ett ramavtal. Det är upphandlingens huvudföremål eller huvudsakliga syfte som avgör denna fråga.

Behovet av nya regionaltåg är varken framtida eller återkommande. Huvudföremålet för upphandlingen är utveckling, tillverkning och leverans m.m. av 25 regionaltåg. Alla priser och övriga villkor för leverans av tågen är bestämda i och med ingåendet av avtalet mellan SJ och leverantören. En garanterad anskaffning rörande utveckling, tillverkning och leverans m.m. av 25 tåg är viktigare för både SJ och leverantörerna än en möjlig, men högst osäker, framtida anskaffning av upp till 35 tåg.

Även om kontraktet skulle anses utgöra ett ramavtal så har ingen överträdelse av LUF skett. Alla förutsättningar av betydelse för upphandlingen, kontraktet samt relationen mellan grundbeställning och option har varit kända för samtliga anbudsgivare. Såväl grundbeställningen som optionen har konkurrensutsatts genom upphandlingen. Därmed uppstår aldrig någon skyldighet enligt LUF att genomföra nya konkurrensutsättningar av optionstågen. Stadler har därför inte lidit och riskerar inte heller att lida skada.

Upphandlingen resulterar i ett ramavtal

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 14 § LUF framgår att med *kontrakt* avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer, och
2. avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.

Av 1 kap. 19 § LUF framgår att med *ramavtal* avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.

Av förarbeten framgår att gränsen mellan vad som upphandlingsrättsligt är ett ramavtal respektive ett kontrakt inte alltid är enkel att dra, men att det finns vissa systematiska skillnader. Ett ramavtal fastlägger helt eller delvis villkoren för flera, eventuella framtida anskaffningar under en given tidsperiod (genom kontrakt), medan ett kontrakt avser en faktisk anskaffning. Ramavtalet är typiskt sett tänkt för situationen att en upphandlande myndighet med rimlig grad av säkerhet kan förutse framtida återkommande behov av anskaffningar och vill planera för dessa (prop. 2015/16:195 s. 514 f). Om ett kontrakt utgör ett ramavtal eller inte i upphandlingsrättslig mening är beroende av de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet. Bedömningen måste utgå från den information som anbudsgivarna har fått del av genom upphandlingsdokumenten (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 10 januari 2018 i mål nr 3713-17).

Förvaltningsrättens bedömning

Av anbudsinbjudan framgår att upphandlingen avser ett inköp av upp till 60 elektriskt drivna tåg. Upphandlingen är uppdelad i två delar, en planerad grundbeställning om 25 tåg samt en option för SJ att beställa upp till 35 ytterligare tåg. Leverantören är inte garanterad fordon utöver grundbeställningen. SJ har möjlighet att beställa optionsfordonen genom en eller flera beställningar under optionens giltighetstid.

Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att optionen avser att tillgodose ett eventuellt framtida fordonsbehov, varför det inte är fråga om

en faktisk anskaffning. Optionsdelen av avtalet får därför anses utgöra ett ramavtal.

Med anledning av att värdet av upphandlingen till övervägande del hänför sig till optionen bedömer förvaltningsrätten att avtalet till övervägande del har karaktären av ett ramavtal. Vad SJ har anfört föranleder ingen annan bedömning. Reglerna om ramavtal är därmed tillämpliga på upphandlingen i sin helhet (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 oktober 2016 i mål nr 1054-16 samt Kammarrätten i Göteborgs dom den 25 februari 2019 i mål nr 4551-18).

Ramavtalet har använts på ett konkurrensbegränsande sätt

Tillämpliga bestämmelser

Ett ramavtal får enligt 7 kap. 2 § LUF löpa under längre tid än åtta år endast om det finns särskilda skäl. Av förarbeten framgår som exempel på fall då avsteg från huvudregeln kan vara motiverat att leverantören måste förfoga över utrustning som har längre avskrivningstid än åtta år och som måste vara tillgänglig när som helst under ramavtalets hela löptid. I en sådan specifik situation kan det finnas skäl att föreskriva en längre löptid för ramavtalet i syfte att tillförsäkra en effektiv konkurrens när ramavtalet ingås. I vissa fall kan det behövas både längre ramavtal och längre enskilda kontrakt, exempelvis när det gäller ramavtal som syftar till att säkerställa ordinärt och extraordinärt underhåll av nät som kan kräva dyrbar utrustning som används av personal som fått högt specialiserad utbildning för ett särskilt ändamål för att säkerställa kontinuiteten i tjänsterna och minimera eventuella avbrott (prop. 2015/16 s. 1008 f. och 1214).

Av förarbeten framgår vidare att en upphandlande enhet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids (prop. 2015/16:195 s. 524).

Förvaltningsrättens bedömning

Av avsnitt 4.2.1 i avtalsutkastet framgår att SJ har möjlighet att beställa upp till 35 optionsfordon genom en eller flera beställningar. Detta regleras närmare i dokumentet *Exhibit C Prices and Payment plan* (prisbilagan). Av avsnitt 3 i prisbilagan framgår att sista dagen för beställning av optionsfordon ska föreslås av respektive anbudsgivare. Beställningar kan ske inom ramen för såväl löpande som avbruten produktion. Det framgår inte att SJ:s möjlighet att beställa optionsfordon begränsas till åtta år. Avtalskonstruktionen innebär t.ex. att SJ vid löpande produktion kan beställa optionsfordon så länge beställningarna görs inom ett visst antal månader före leverans av det sista fordonet i föregående beställning (antingen från grundbeställningen eller beställning utifrån optionen). Då SJ har möjlighet att beställa ett optionsfordon i taget, samt att det är upp till anbudsgivaren att ange vilket antal månader som ska gälla, kan avtalet i sin nuvarande utformning löpa under betydligt längre tid än åtta år. SJ har inte angivit några särskilda skäl för detta. Att avtala om framtida beställningar på detta sätt är inte förenligt med LUF, då det medför en möjlighet att undvika framtida konkurrensutsättningar.

Mot bakgrund av att långa ramavtal anses förhindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen får samtliga potentiella leverantörer, däribland Stadler, anses lida skada genom att inte ha möjlighet att konkurrera om ett kontrakt då avtalet har löpt under längre tid än åtta år. Mot denna bakgrund och med hänsyn till att fel har uppstått i det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas skäl att pröva vad Hitachi har anfört.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Håkan Åberg
Chefsrådman

Linnea Carlström har varit föredragande.



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 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 nyårs-afton, 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 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.

