



SVEA HOVRÄTT
Avdelning 07
Rotel 0711

DOM
2014-11-04
Stockholm

Mål nr
T 7298-12

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Uppsala tingsrätts dom 2012-07-09 i mål T 1836-11, se bilaga A

KLAGANDE

Keolis Sverige AB, 556473-5057
Box 22052
104 22 Stockholm

Ombud:

Advokaterna Stefan Bessman, Magnus Stålmarker och Sylvia Lindén
Box 180
101 23 Stockholm

MOTPART

Upplands Lokaltrafik Aktiebolag, 556159-2352
Box 1400
751 44 Uppsala

Ombud:

Advokaterna Bengt Bolin och Hugo Norlén
Box 1203
751 42 Uppsala

SAKEN

Skadestånd

HOVRÄTTENS DOMSLUT

1. Hovrätten ändrar tingsrättens dom (punkten 1 i domslutet) på så sätt att Upplands Lokaltrafik Aktiebolag förpliktas att till Keolis Sverige AB betala 1 000 000 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 30 mars 2011 tills betalning sker.
2. Med ändring av tingsrättens dom i fråga om rättegångskostnader (punkten 2 i domslutet) bestämmer hovrätten det belopp som Keolis Sverige AB ska betala till Upplands Lokaltrafik Aktiebolag för rättegångskostnader i tingsrätten till 2 800 000 kr, varav 2 070 000 kr för ombudsarvode. På totalbeloppet ska betalas ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för tingsrättens dom tills betalning sker.

Dok.Id 1166687

Postadress
Box 2290
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 16

Telefon
08-561 670 00
08-561 670 50

E-post: svea.avd7@dom.se
www.svea.se

Telefax
08-561 670 59

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00



3. Keolis Sverige AB ska ersätta Upplands Lokaltrafik Aktiebolag för rättegångskostnader i hovrätten med 1 504 000 kr, varav 1 500 000 kr för ombudsarvode. På totalbeloppet ska betalas ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för hovrättens dom tills betalning sker.
-



YRKANDEN I HOVRÄTTEN

Keolis Sverige AB (Keolis) har yrkat att hovrätten ska bifalla Keolis talan i tingsrätten, befria Keolis från skyldigheten att ersätta Upplands Lokaltrafik Aktiebolag (UL) för rättegångskostnader i tingsrätten och i stället förplikta UL att ersätta Keolis för rättegångskostnader där.

UL har motsatt sig att tingsrättens dom ändras. UL har i hovrätten förtydligat att UL:s vitsordande av ett belopp om 1 000 000 kr som skäligt i och för sig gäller för det fall hovrätten skulle finna att Keolis har rätt till ersättning för det negativa kontraktsintresset utifrån de poster som Keolis angett för detta. Om hovrätten skulle finna att Keolis endast har rätt till den del av det negativa kontraktsintresset som avser kostnader för överprövning i förvaltningsrätten har UL vitsordat 182 730 kr för sådana kostnader, avseende externt juriststöd.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader i hovrätten.

PARTERNAS TALAN OCH BEVISNING I HOVRÄTTEN

Parterna har även i hovrätten åberopat de grunder för sin talan som redovisats i tingsrättens dom.

Bevisningen i tingsrätten har lagts fram även här. Omförhör har skett med Stefan Magnusson, då även delar av förhöret från tingsrätten med honom har spelats upp. Övriga förhör från tingsrätten har spelats upp. Utöver detta har i hovrätten hållits vittnesförhör med Ylva Lundin (tidigare Cohn) på Keolis begäran. Vidare har UL som ny bevisning i hovrätten åberopat Keolis årsredovisning för 2011.



HOVRÄTTENS DOMSKÄL**Några utgångspunkter för prövningen**

Tingsrätten har inledningsvis i domskälen beskrivit det rättsliga ramverket för prövningen av de skadeståndsrättsliga frågorna i målet (se domen s. 28-29). Det kan här tilläggas att lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), som alltså gäller för den aktuella upphandlingen, ändrades den 15 juli 2010. Övergångsbestämmelsen till lagändringen medför att de äldre bestämmelserna i LUF är tillämpliga i detta fall, eftersom upphandlingen i fråga påbörjades före den 15 juli 2010. Det innebär att de tillämpliga skadeståndsbestämmelserna är 16 kap. 6 och 7 §§ i den tidigare lydelsen av LUF. De återfinns numera i 16 kap. 20 § LUF, vars sakliga innebörd motsvarar den tidigare lydelsen.

Hovrätten kommer först att pröva om UL har begått de av Keolis påstådda upphandlingsfelen. Dessa kan indelas i tre kategorier på det sätt tingsrätten har gjort; ”Sekretessbrott”, ”Reviderat anbud på fel sätt och i fel tid” samt ”I strid med principen om likabehandling”. Hovrätten instämmer i vad tingsrätten har angett om bevisbördans placering beträffande dessa fel. Bevisbördan för att fel begåtts ligger alltså på Keolis, med undantag för påståendet om att KR-Trafiks reviderade anbud kom in för sent. I enlighet med allmänna principer i skadeståndsmål är nämligen utgångspunkten att det åligger den som begär skadestånd att bevisa de sakomständigheter som åberopas till grund för skadeståndsskyldigheten, i den mån dessa inte är erkända av motparten (se även NJA 2013 s. 762 p. 16, där det framgår att den som yrkar skadestånd för upphandlingsfel ska visa att en överträdelse har skett). Beträffande frågan om när KR-Trafiks anbud lämnades in bör dock UL ha bevisbördan för att anbudet kom in i rätt tid, eftersom UL är den av parterna som har möjligheter att säkra bevisning om den saken och dessutom har vissa skyldigheter enligt LUF att bevara uppgifter och information (se t.ex. 9 kap. 6 och 14 §§ LUF).

Om hovrätten skulle finna att det förekommit upphandlingsfel ska därefter prövas om dessa fel leder till skadeståndsskyldighet för UL och i sådant fall med vilka belopp. Av



reglerna om skadestånd i LUF och av rättspraxis följer att särskilda bevisregler då gäller i vissa avseenden, vilket hovrätten återkommer till när dessa frågor bedöms nedan.

Sekretessbrott

Parternas uppfattningar i den här delen kan sammanfattas så här. Det är ostridigt att UL:s projektledare Ylva Lundin under pågående upphandling har upplyst Nobinas trafikchef Peter Nilsson om att Nobina inte låg lägst bland anbudsgivarna och på senare fråga från honom berättat att det rörde sig om en skillnad på 20 miljoner kronor. Enligt Keolis har även KR-Trafik fått uppgifter om Keolis anbudspris innan anbudstiden för det reviderade anbudet hade löpt ut. Keolis menar att detta utgör upphandlingsfel som UL ansvarar för. Enligt UL är emellertid informations-utlämnandet till Nobina en abnormhandling av Ylva Lundin som UL inte ansvarar för. Vidare förnekar UL att även KR-Trafik har erhållit uppgifter om Keolis anbudspris innan anbudstiden hade löpt ut.

Hovrätten instämmer i tingsrättens bedömningar i frågan om sekretessbrott. Dessa bedömningar har i hovrätten vunnit ytterligare stöd genom förhöret med Ylva Lundin. Hon har bland annat uppgett att ingen annan på UL har känt till att hon lämnade ut hemliga uppgifter och att hon inte lämnat några sådana uppgifter till KR-Trafik. Vidare framgår av förhöret med Peter Nilsson att Ylva Lundin uppgav att det var Busslinks (numera Keolis) anbud som avsågs. Hovrättens slutsatser i den här frågan blir därmed följande. Ylva Lundin har lämnat hemlig information till Nobina om Keolis anbudspris. Av de skäl som tingsrätten har angett svarar UL för hennes agerande, trots att det inte är visat att hennes agerande var förankrat eller känt inom UL. Det är inte styrkt att KR-Trafik under upphandlingen har fått del av uppgifter om Keolis anbudspris.

UL har alltså begått upphandlingsfel genom att under pågående upphandlingsförfarande lämna ut hemlig information om Keolis anbudspris till Nobina. Felet innebär både ett sekretessbrott och att principen om likabehandling av leverantörer har frångåtts.



Reviderat anbud på fel sätt och i fel tid

Det är ostridigt i målet att UL – när anbudsgivarna gavs möjlighet att komma in med reviderade anbud i upphandlingen – föreskrev att dessa skulle lämnas in till UL per e-post senast måndagen den 7 juni 2010 kl. 09.00, att Keolis och Nobina skickade in anbuden per e-post före den angivna tidpunkten och att KR-Trafik i stället gav in sitt anbud genom personlig leverans till UL av ett kuvert med anbudet. Det råder däremot tvist om vid vilken tidpunkt som KR-Trafik lämnade in sitt anbud.

Hovrätten prövar först Keolis påstående om att UL har begått upphandlingsfel genom att vid tilldelningen av kontrakt till KR-Trafik frångå sitt eget obligatoriska krav om att de reviderade anbuden skulle skickas in elektroniskt.

UL har invänt att Keolis på grund av preklusion inte får åberopa att anbudet getts in på fel sätt eftersom detta inte gjordes gällande vid överprövningsförfarandet i förvaltningsrätten. Vidare har UL anfört att det skulle strida mot principen om proportionalitet att utesluta KR-Trafik från upphandlingen för att bolaget lämnade in sitt anbud per brev i stället för e-post.

Hovrätten instämmer i tingsrättens bedömning att Keolis inte är förhindrat att på grund av preklusion åberopa den nu aktuella omständigheten. Hovrätten noterar också att Keolis, såvitt framkommit i målet, inte kände till denna vid tiden för processen i förvaltningsrätten.

Proportionalitetsprincipen innebär att en upphandlande enhet inte ska ställa andra eller högre krav än vad som är nödvändigt i den specifika upphandlingen. Principen förutsätter att kraven står i rimlig proportion till det mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 155). Principen ska upprätthållas under hela upphandlingsprocessen, det vill säga även vid anbudsutvärderingen (se Falk, Lag om offentlig upphandling, andra upplagan 2011, s. 67 och angiven prop. s. 156).

Enligt 9 kap. 1 § andra stycket LUF får en upphandlande enhet bestämma att anbud ska lämnas med elektroniskt medel. Enligt fjärde stycket samma paragraf ska enheten i



en annons eller ett förfrågningsunderlag ange hur anbud får lämnas. Vid kommunikation med elektroniska medel gäller att dessa ska vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används (9 kap. 2 § LUF).

I fråga om de reviderade anbudena har UL alltså föreskrivit att de ska lämnas in per e-post. Det har inte uppställts några särskilda tekniska specifikationer för det elektroniska inlämnandet, såsom kryptering eller elektronisk signatur, utan anbudena skulle skickas med vanlig e-post till Ylva Lundin på UL (jfr 9 kap. 3 § LUF).

Ett krav på att ett anbud ska ges in med vanlig e-post kan knappast ses som ett orimligt krav som strider mot proportionalitetsprincipen. Kravet kan inte heller i ett fall som detta anses vara diskriminerande mot någon av leverantörerna. När det – som i detta fall – är tillåtet att ställa ett ovillkorligt krav på att anbudena ska lämnas elektroniskt, ska ett anbud som ges in skriftligen inte beaktas vid upphandlingen (se prop. 2006/07:128 s. 214). Den upphandlande enheten kan inte i förhållande till en av flera anbudsgivare välja att bortse från ett uppställt obligatoriskt krav utan att det strider mot likabehandlingsprincipen. Vid bedömningen av anbudena förutsätter nämligen kravet på jämlikhet att de uppställda kraven gäller för samtliga anbudsgivare på samma sätt (se t.ex. a. prop. s. 156).

Av detta följer att UL skulle ha bortsett från KR-Trafiks reviderade anbud eftersom det inte lämnades in per e-post på föreskrivet sätt. Genom att i stället tilldela KR-Trafik kontraktet i upphandlingen på grundval av det reviderade anbudet har UL begått ett upphandlingsfel även i detta hänseende.

Med den bedömningen saknar frågan om KR-Trafik dessutom gav in sitt reviderade anbud för sent betydelse.

I strid med principen om likabehandling

Keolis har anfört att UL inte har behandlat Keolis på ett likvärdigt sätt i förhållande till övriga anbudsgivare i upphandlingen. Keolis har i det sammanhanget särskilt



framhållit att UL har gett anbudsgivarna möjlighet att komma in med reviderade anbud, trots att detta inte varit motiverat.

UL har förnekat att UL inte har behandlat anbudsgivarna på ett likvärdigt sätt och anført att UL har haft rätt att bereda leverantörerna möjlighet att inkomma med reviderade anbudspriser och rätt att förhandla om nya priser.

Hovrätten instämmer i tingsrättens bedömning i den här frågan. Keolis har alltså inte visat att något annat brott mot likabehandlingsprincipen, utöver de fel som redan konstaterats ovan, har begåtts av UL.

Slutsatserna angående upphandlingsfel

Hovrättens bedömning är sammanfattningsvis att UL har begått upphandlingsfel genom att under pågående upphandlingsförfarande lämna ut hemlig information till Nobina och genom att tilldela KR-Trafik kontraktet i upphandlingen trots att KR-Trafiks anbud inte getts in på föreskrivet sätt.

Hovrätten övergår nu till att pröva om dessa upphandlingsfel leder till att Keolis ersättningsyrkanden ska bifallas. Dessa kan lämpligen delas in i tre grupper: ersättning för utebliven vinst, ersättning för kostnader för att delta i upphandlingen och ersättning för kostnader för överprövning i förvaltningsdomstol.

Ersättning för utebliven vinst

En upphandlande enhet som inte har följt bestämmelserna i LUF ska ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör (16 kap. 6 § i den tidigare lydelsen av LUF). Av NJA 2013 s. 762 och där gjorda hänvisningar framgår följande. Den som yrkar skadestånd för upphandlingsfel är bevisskyldig för skadan. Ersättning för utebliven vinst förutsätter i princip att leverantören har förlorat kontraktet till följd av upphandlingsfelet. Det är dock tillräckligt att han kan visa att det är sannolikt att han har förlorat kontraktet till följd av överträdelsen.



Keolis har angående sin skada sammanfattningsvis anfört: Keolis skulle rätteligen ha vunnit upphandlingen och ha tilldelats kontrakt i stället för KR-Trafik om UL hade genomfört upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i LUF. Keolis har till följd av UL:s överträdelse av LUF gått miste om aktuellt kontrakt. Keolis har därigenom lidit skada. Keolis är därför berättigat till ersättning för utebliven vinst, det positiva kontraktsintresset, enligt förstahandsyrkandet i målet.

UL har mot detta bland annat invänt att det inte finns någon ersättningsgill skada eftersom upphandlingen inte ledde fram till något kontrakt.

Rättsfallet NJA 2013 s. 762 behandlar frågan om skadestånd ska utgå på grund av felaktiga tilldelningsbeslut i ett upphandlingsförfarande. Högsta domstolen uttalade där att de felaktiga tilldelningsbesluten inte kunde grunda en rätt till skadestånd för utebliven vinst, eftersom en sådan skada uppstår först om ett felaktigt tilldelningsbeslut följs av att kontrakt tecknas med den anbudsgivare som angetts i tilldelningsbeslutet. Enligt vad Högsta domstolen vidare angav är det således kontraktstecknandet som är skadeståndsgrundande. Något skadestånd för utebliven vinst utgick därför inte i det fallet.

I likhet med fallet i NJA 2013 s. 762 har Keolis hävdat att skadan i form av utebliven vinst har uppstått genom att KR-Trafik felaktigt har tilldelats kontrakt i stället för Keolis. Eftersom tilldelningsbeslutet till KR-Trafik inte följdes av att ett kontrakt tecknades med KR-Trafik, utan av att upphandlingen i stället avbröts och gjordes om, har någon skada motsvarande utebliven vinst inte uppstått. Keolis förstahandsyrkande ska därför inte bifallas.

Ersättning för kostnader för att delta i upphandlingen

En anbudsgivare eller anbudssökande som har deltagit i en upphandling har rätt till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om ett åsidosättande av bestämmelserna i lagen menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas kontraktet (16 kap. 7 § i den tidigare lydelsen av LUF). Det är tillräckligt att han visar, förutom att överträdelse har skett, att han har haft en realistisk möjlighet att



erhålla kontraktet och att överträdelsen har minskat denna möjlighet (se NJA 2013 s. 762 p. 16).

Keolis har i denna del sammanfattningsvis anført: Om rätt till ersättning för utebliven vinst inte föreligger har Keolis i vart fall rätt till ersättning från UL för de kostnader som Keolis ådragit sig genom att delta i upphandlingen, dvs. det negativa kontraktsintresset. Dessa kostnader har på grund av UL:s upphandlingsfel blivit onyttiga. Att upphandlingen avbröts och gjordes om med nya förutsättningar har inte medfört att skada inte har uppstått eller att skadan har läkts. Utan UL:s upphandlingsfel skulle Keolis ha vunnit upphandlingen.

UL har anført i huvudsak följande skäl för att ersättning för det negativa kontraktsintresset inte ska utgå. Upphandlingen avbröts av UL på saklig grund, nämligen informationsutlämnandet. Upphandlingen ledde alltså inte fram till något kontrakt. UL har i stället gjort om upphandlingen i enlighet med förvaltningsrättens dom, vilken UL varit förpliktad att följa. Det bestrids att Keolis skulle ha erhållit kontraktet i upphandlingen och att adekvat kausalitet föreligger.

Hovrätten börjar med att pröva om det förhållandet att UL avbröt upphandlingen gör att ersättningsskyldighet för kostnader för att delta i upphandlingen är utesluten.

I rättsfallet NJA 2001 s. 3 kom Högsta domstolen fram till att någon skadeståndsskyldighet enligt lagen om offentlig upphandling inte kunde åläggas ett landsting för att landstinget i det fallet hade avbrutit upphandlingsförfarandet för att i stället utföra verksamheten i egen regi.

Det kan konstateras att UL:s beslut att avbryta upphandlingen – oavsett om detta beslut var sakligt grundat eller inte – i och för sig inte kan anses ha lett till skada för Keolis, eftersom förvaltningsdomstolen därefter ändå beslutade att upphandlingen skulle göras om. Till skillnad från vad som var fallet i NJA 2001 s. 3 är emellertid frågan i detta mål inte om UL:s beslut att avbryta upphandlingen är skadeståndsgrundande. Frågan är i stället om ett beslut att avbryta en upphandling på grund av upphandlingsfel gör att



skadeståndsskyldighet för begångna fel är utesluten. Detta kan också uttryckas som frågan om huruvida ett avbrytande läker alla upphandlingsfel.

Enligt hovrätten mening har ett sådant synsätt inte stöd i lag eller vägledande praxis. Inte heller allmänna resonemang kring systemet för rättsmedlen i upphandlings-sammanhang leder till en sådan slutsats. I detta fall har nämligen Keolis angripit upphandlingen i förvaltningsdomstol, vilket ledde till att upphandlingen gjordes om med ändrade villkor. Detta har visserligen förhindrat att tilldelningsbeslutet i den första upphandlingen följdes av ett kontrakt, men har däremot inte hindrat att kostnaderna i det första upphandlingsförfarandet blev bortkastade på grund av UL:s upphandlingsfel. En ordning där en upphandlande enhet kunde undgå skadestånd genom att avbryta en upphandling på grund av allvarliga fel som man själv har begått i upphandlings-förfarandet, skulle enligt hovrättens mening innebära att rättsmedlen vid upphandling varken skulle fylla sitt preventiva eller reparativa syfte.

Hovrättens slutsats blir därmed att UL:s åtgärd att avbryta upphandlingen inte utesluter ersättningsskyldighet för Keolis kostnader för att delta i upphandlingen.

Det förhållandet att det har ålegat UL att göra om upphandlingen i enlighet med förvaltningsrättens dom utesluter inte heller ersättningsskyldighet för Keolis kostnader för att delta i upphandlingen, vilket gjorts gällande av UL.

De grundläggande förutsättningarna för ersättningsskyldighet avseende kostnader för att delta i upphandlingen är alltså att Keolis ska ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelserna har minskat denna möjlighet. En fråga i det sammanhanget är om ersättningsskyldighet är utesluten på grund av att upphandlingen inte ledde fram till ett kontrakt.

När det gäller ersättning för kostnader för att delta i en upphandling finns enligt hovrättens mening inte skäl för att göra samma koppling mellan skada och ingånget kontrakt som när det gäller ersättning för utebliven vinst. Anledningen till att ersättning för kostnader för att delta i upphandlingen inte utgick i rättsfallet NJA 2013 s. 762 var inte att något kontrakt inte hade träffats i de upphandlingarna. Anledningen



var att de felaktiga tilldelningsbesluten i de upphandlingarna rättades efter överprövningar i förvaltningsdomstol. Rättelserna innebar att anbudsgivaren i de upphandlingarna försattes i samma situation som om den upphandlande enheten hade gjort rätt från början. Upphandlingsfelen hade därmed inte menligt påverkat anbudsgivarens möjligheter att tilldelas upphandlingarna på det sätt som förutsätts för skadeståndsskyldighet.

Till skillnad från fallet i NJA 2013 s. 762 har den nu omtvistade upphandlingen inte rättats. Det felaktiga informationsutlämnandet har nämligen, av både UL och förvaltningsdomstolen, ansetts vara sådant att upphandlingen måste göras om. Den förvaltningsrättsliga prövningen har därmed inte lett till att Keolis har försatts i samma situation som om felet inte hade begåtts. Upphandlingsfelet ledde i stället till att upphandlingen gjordes om, dessutom med ändrade förutsättningar. Keolis kostnader för att delta i den första upphandlingen blev därigenom onyttiga.

Keolis hade erbjudit det lägsta priset efter första anbudsomgången, dvs. vid tiden för sekretessbrottet, och det näst lägsta priset efter den reviderade anbudsgivningen. Sekretessbrottet har inneburit att Nobina har kunnat anpassa sitt reviderade anbud efter Keolis anbudspris och i förlängningen att upphandlingen behövde göras om. UL har dessutom felaktigt tilldelat KR-Trafik kontraktet i upphandlingen på grundval av KR-Trafiks reviderade anbud. Det innebär att Keolis, med bortseende från KR-Trafiks anbud, låg lägst i pris. Vid dessa förhållanden måste slutsatserna bli att Keolis har haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelserna har minskat denna möjlighet.

Keolis har därmed enligt hovrätten rätt till ersättning för sina kostnader för att förbereda anbudet och i övrigt delta i upphandlingen.

Keolis har begärt ersättning för kostnader med 5 048 165 kr avseende deltagande i upphandlingen och överprövning i förvaltningsdomstol. UL har, för det fall hovrätten skulle finna att Keolis har rätt till ersättning för det negativa kontraktsintresset utifrån de poster som Keolis angett för detta, vitsordat kostnader om 1 000 000 kr. Den del av



dessas kostnader som avser överprövning i förvaltningsdomstol kommer att behandlas under nästa rubrik.

Keolis har till styrkande av sina kostnader åberopat sakkunnigutlåtanden från KPMG och förhör med de personer som upprättat utlåtandena. Enligt hovrätten har Keolis i och för sig rätt till ersättning för upphandlingskostnader av sådant slag som anges i huvudrapporten från KPMG. I denna anges följande under rubriken Begränsningar.

Rapporten har utarbetats på grundval av våra instruktioner och det material som funnits tillgängligt för oss. Vi har utgått från att samtliga från Uppdragsgivaren erhållna uppgifter är korrekta och fullständiga samt att ingen väsentlig information har undanhållits. KPMG tar följaktligen inget ansvar för dess riktighet eller fullständighet.

Enligt hovrätten innebär detta att de i rapporten angivna kostnaderna, som till huvuddelen har ifrågasatts av UL, inte kan anses styrkta genom att de har tagits med i rapporten. Några underliggande dokument eller annan utredning till styrkande av kostnaderna, såsom exempelvis de fakturor för konsultstöd om flera miljoner kronor som rapporten hänvisar till, har inte presenterats i målet. Inte heller de allmänt hållna uppgifter om omfattningen av Keolis kostnader som lämnats vid förhör med personer från Keolis visar att kostnaderna för att delta i upphandlingen uppgår till ett högre belopp än det som UL har godtagit. UL ska därför förpliktas att ersätta Keolis i enlighet med sitt vitsordande i denna del.

Ersättning för överprövningskostnader i förvaltningsdomstol

Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 2013 s. 762 slagit fast att den kostnad som en anbudsgivare har ådragits genom att framgångsrikt driva en överprövningsprocess kan utgöra en ersättningsgill skada. Högsta domstolen uttalar också att skadan har ett så nära samband med upphandlingsfelet att den i allmänhet bör anses ha uppkommit genom överträdelsen av lagens bestämmelser. Den kan då ersättas med stöd av den generella skadeståndsbestämmelsen i upphandlingslagstiftningen (i detta fall 16 kap. 6 § i den tidigare lydelsen av LUF).



Keolis har haft framgång i överprövningsprocesserna mot UL angående den omstridda upphandlingen. I enlighet med principerna i NJA 2013 s. 762 bör Keolis kostnader för överprövningsprocesserna anses ha uppstått som en följd av UL:s upphandlingsfel och ska därför ersättas av UL. Keolis har begärt ersättning för sådana kostnader med sammanlagt 494 238 kr, varav 311 508 kr för internt nedlagd tid och 182 730 kr för externt juriststöd. UL har i den här delen godtagit 182 730 kr som ett skäligt belopp i och för sig.

Enligt hovrätten leder utredningen i målet inte till bedömningen att skälig ersättning uppgår till ett högre belopp än det som UL har godtagit. UL ska därför förpliktas att ersätta Keolis i enlighet med sitt vitsordande även i den här delen.

Ränta

Keolis har yrkat ränta på kapitalbeloppen enligt 6 § räntelagen från och med den 29 januari 2011, med hänvisning till att Keolis har skickat kravbrev till UL den 23 och den 29 december 2010.

UL har godtagit att ränta beräknas från dagen för delgivning av stämningsansökan, den 30 mars 2011. UL har vitsordat att kravbrev sändes den 29 december 2010 till UL:s ombud, men invänt att det inte var tillräckligt preciserat för att ligga till grund för ett ränteyrkande.

Hovrätten konstaterar att några kravbrev eller annan utredning till stöd för ränteyrkandet inte har åberopats i målet. Keolis har inte visat att bolaget har rätt till ränta från och med den 29 januari 2011. Ränta ska därför beräknas från den dag som UL har medgett, det vill säga från den 30 mars 2011.

Sammanfattning av utgången i sak

Hovrätten har sammanfattningsvis kommit fram till följande. UL har begått upphandlingsfel genom att under pågående upphandlingsförfarande lämna ut hemlig information till Nobina och genom att tilldela KR-Trafik kontraktet i upphandlingen



trots att KR-Trafiks anbud inte lämnats in på föreskrivet sätt. Eftersom tilldelningsbeslutet till KR-Trafik inte ledde fram till att kontrakt tecknades kan upphandlingsfelen inte ge Keolis rätt till ersättning för utebliven vinst. Tingsrättens slutsats i den delen ändras alltså inte. Till skillnad från tingsrätten anser hovrätten dock att Keolis har rätt till ersättning för sina kostnader för att delta i upphandlingen och för överprövningskostnader i förvaltningsdomstol. Dessa kostnader ska ersättas med de belopp som godtagits av UL, sammanlagt 1 000 000 kr.

Det innebär att tingsrättens dom i huvudsaken ska ändras på så sätt att UL förpliktas att betala 1 000 000 kr jämte medgiven ränta till Keolis.

Rättegångskostnader

Keolis förstahandsyrkande i målet är drygt 164 000 000 kr. Keolis har tillerkänts 1 000 000 kr. Med beaktande enbart av vilket belopp som dömts ut i relation till yrkandet kan hävdas att det som UL förlorat är så obetydligt att UL ska ha full ersättning för sina rättegångskostnader. Enligt hovrätten bör dock även beaktas att Keolis haft framgång i väsentliga frågor i målet, nämligen att UL har begått flera upphandlingsfel och att UL ska ersätta Keolis kostnader för att delta i upphandlingen och för överprövning i förvaltningsdomstol. UL bör därför tillerkännas en något jämkad ersättning för sina rättegångskostnader i såväl tingsrätten som i hovrätten.

Det av UL yrkade beloppet för rättegångskostnader i tingsrätten är godtaget av Keolis. Det belopp som yrkats här är enligt hovrättens mening skäligt. Med en ungefärligen lika stor andelsmässig jämkning av samtliga rättegångskostnader i tingsrätten och hovrätten (undantaget det låga beloppet för utlägg i hovrätten) ger det den ersättningskyldighet som framgår av hovrättens domslut.



HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B

Överklagande senast 2014-12-02

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Joakim Zetterstedt och Ulrika Stenbeck
Gustavson, referent, samt tf. hovrättsassessorerna Sandra Lundgren och Alicia Nilsson.





UPPSALA TINGSRÄTT
Avdelning 1

DOM
2012-07-09
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
T 1836-11

PARTER

KÄRANDE

Keolis Sverige AB, 556473-5057
Box 47298
100 74 Stockholm

Ombud:
Advokaten Stefan Bessman,
advokaten Morvarid Dorkhan Nilsson,
advokaten Sylvia Lindén, och
jur. kand. Magnus Stålmarker
c/o Baker & McKenzie Advokatbyrå
Box 180
101 23 Stockholm

SVARANDE

Upplands Lokaltrafik Aktiebolag, 556159-2352
Box 1400
751 44 Uppsala

Ombud:
Advokaten Bengt Bolin, och
advokaten Hugo Norlén
c/o Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

DOMSLUT

1. Käromålet ogillas.
2. Keolis Sverige AB ska ersätta Upplands Lokaltrafik Aktiebolags rättegångskostnad med 3 285 046 kr varav 2 404 500 kr för ombudsarvode. På totalbeloppet löper ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Dok.Id 402090

Postadress
Box 1113
751 41 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 72 00
E-post:

Telefax
018-16 72 82

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00



Innehåll

BAKGRUND	3
YRKANDEN M.M.	7
Keolis	7
UL	7
GRUNDER	7
Keolis	7
UL	9
PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN	13
Keolis	13
UL	21
DOMSKÄL	28
Utredningen i målet	28
Tingsrättens bedömning	28
Sekreteressbrott	29
Reviderat anbud på fel sätt och i fel tid	32
I strid med principen om likabehandling	34
Inget kontrakt - inget skadestånd	37
Sakligt grundat avbrytande	39
Inget skadestånd vid sakligt grundat avbrytande	41
Sammanfattning	42
Rättegångskostnader	42
HUR MAN ÖVERKLAGAR	42



BAKGRUND

Upplands Lokaltrafik Aktiebolag (UL) är trafik huvudman för den lokala och regionala kollektivtrafiken inom Uppsala län. UL ägdes fram till årsskiftet 2011/2012 gemensamt av Landstinget i Uppsala län och av de åtta kommuner som ingår i landstinget men är numera helägt av landstinget. UL påbörjade år 2009 en trafikupphandling. Vid ett styrelsemöte den 31 mars 2009 godkändes underlaget för inriktningen av genomförandet av upphandlingen, av vilket det bl.a. framgick att upphandling dels skulle ske i mindre paket avseende skol- och landsbygdstrafiken, dels i ett stort regionalt paket. Det är den sistnämnda regionala upphandlingen som är aktuell i det här målet och som fortsättningsvis benämns "Upphandlingen".

En projektplan utarbetades och fastställdes den 12 juni 2009. Av UL:s projektplan framgår bl.a. att beträffande Upphandlingen var målet att UL skulle ha ett undertecknat kontrakt med en leverantör per den 30 juni 2010 och att trafikstart skulle ske i juni 2011. Det angavs vidare av UL att projektet kraftfullt skulle bidra till att uppnå målet om en fördubbling av kollektivtrafikens marknadsandel i Uppsala län. Styrelsen för UL beslutade den 12 oktober 2009 att anta branschens målsättning om ett fördubblat resande med kollektivtrafiken till år 2020. UL annonserade den 22 december 2009 en inbjudan att lämna intresseanmälan avseende regional busstrafik i Uppsala län. Intresseanmälan skulle lämnas in till UL senast den 4 februari 2010. UL skickade den 26 februari 2010 en anbudsinbjudan till de leverantörer som inkommit med intresseanmälan avseende Upphandlingen. Anbud skulle lämnas in senast den 7 maj 2010. I anbudsinbjudan hänvisade UL bl.a. till *Fördubblingsprojektet* och UL angav uttryckligen att "UL beslutade nyligen att arbeta för ett fördubblat resande inom länets kollektivtrafik till år 2020".

Upphandlingen skulle genomföras som en förhandlad upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Det framgick av förfrågningsunderlaget att efter en första utvärdering av inkomna anbud kunde UL komma att ta upp förhandling med anbudsgivarna om anbudets innehåll och att förhandlingarna kunde komma att påverka



resultatet av utvärderingen samt att anbud kunde komma att antas utan förhandling. Utvärderingen av anbuden skulle enligt förfrågningsunderlaget ske på det sättet att det anbud som hade lägst pris skulle antas. Upphandlingen avsåg en kontraktstid från trafikstarten den 13 juni 2011 till och med tidtabellskiftet i juni 2021, dvs. en kontraktstid på tio år. UL uppskattade värdet av kontraktet till drygt 292 miljoner kr per år, vilket under den aktuella kontraktstiden om tio år blir ett totalt värde om cirka tre miljarder kronor.

Den 10 april 2010 meddelade UL anbudsgivarna att de skulle få presentera de avvägningar som låg bakom anbudet och identifiera de kontraktskrav som varit speciellt kostnadsdrivande för anbudsgivaren och vars justering skulle kunna leda till en reduktion av anbudspriset, och vidare att UL skulle ta ställning till om en förhandling skulle genomföras efter denna genomgång.

Tre anbudsgivare kom in med anbud, nämligen Keolis Sverige AB (Keolis; tidigare Busslink i Sverige AB), Nobina Sverige AB (Nobina) och Klövsjö-Rätan Trafik AB (KR-Trafik). De tre anbudsgivarna hade då lämnat följande priser (per år): Keolis 293 209 500 kr, Nobina 315 439 848 kr och KR-Trafik 325 461 000 kr. Efter det att UL hade öppnat anbuderna den 10 maj 2010 höll UL separata möten med de tre anbudsgivarna den 11 och 12 maj 2010 för att dessa skulle presentera sina anbud och för att parterna skulle kunna ställa frågor till varandra.

På en årsstämma i UL den 17 maj 2010 antogs ägardirektivet innehållande revidering av tidigare ägardirektiv till UL vad gäller målet om en fördubbling av resandet till år 2020. Med hänvisning till detta gav UL den 31 maj 2010 anbudsgivarna möjlighet att komma in med reviderat anbud som skulle inlämnas via e-post till viss angiven e-postadress hos UL senast den 7 juni 2010 klockan 09.00.

Keolis, Nobina och KR-Trafik inkom alla med reviderade anbud med följande reviderade priser (per år): KR-Trafik 284 700 000 kr, Keolis 290 709 500 kr och



Nobina 290 739 643 kr. UL meddelade tilldelningsbeslut den 9 juni 2010 enligt vilket KR-Trafik tilldelades kontrakt avseende Upphandlingen.

Den 18 juni 2010 ansökte Keolis om överprövning av UL:s tilldelningsbeslut hos Förvaltningsrätten i Uppsala. Keolis yrkade i första hand att Upphandlingen skulle avslutas först sedan rättelse gjorts innebärande att samtliga kompletterande anbud med nya priser skulle förklaras ogiltiga så att utvärderingen avseende pris kunde göras om och bedömas utifrån de ursprungligen lämnade prisbilagorna från anbudsgivarna. I andra hand yrkade Keolis att Upphandlingen skulle göras om i dess helhet (mål 4705-10). Förvaltningsrätten beslutade samma dag att Upphandlingen inte fick avslutas förrän rätten beslutat något annat.

Under pågående skriftväxling i förvaltningsrätten beslutade UL den 16 augusti 2010 att avbryta Upphandlingen med hänvisning till att medarbetare hos UL hade lämnat ut känslig information om anbudens innebörd till anbudsgivare före tilldelningsbeslutet. Keolis ansökte hos Förvaltningsrätten i Uppsala om överprövning även av beslutet att avbryta Upphandlingen. Keolis yrkade att Upphandlingen skulle rättas på så sätt att UL:s beslut att avbryta Upphandlingen skulle upphävas (mål 6404-10).

Förvaltningsrätten meddelade domar i målen den 5 november 2010.

I mål 6404-10 biföll förvaltningsrätten Keolis ansökan om överprövning och upphävde UL:s beslut att avbryta Upphandlingen. I domskälen anförde förvaltningsrätten bl.a. följande.

... en upphandling kan avslutas antingen genom tecknande av ett kontrakt eller genom ett beslut om avbrytande. Vid detta förhållande har förvaltningsrättens förordnande den 18 juni 2010 om att upphandlingen inte får avslutas innan rätten har beslutat något annat utgjort hinder för UL att besluta om avbrytande av upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därför att UL:s beslut att avbryta upphandlingen inte är förenligt med upphandlingsrättslig praxis. Beslutet är därmed ogiltigt och ska upphävas.



I mål 4705-10 biföll förvaltningsrätten Keolis andrahandsyrkande och förordnade att Upphandlingen skulle göras om. I domskälen anförde förvaltningsrätten bl.a. följande.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det är i målet ostridigt att en företrädare för UL har lämnat ut information om bolagets anbud som omfattas av anbudsssekretess enligt 19 kap 3 § andra stycket OSL till anbudsgivare i upphandlingen. UL vitsordar att det finns anledning att anta att upphandlingen inte har genomförts med iakttagande av likabehandling av leverantörerna. Mot bakgrund av vad som har framkommit i målet finner förvaltningsrätten det visat att UL, genom utlämnande av information som omfattas av anbudsssekretessen, har agerat i strid mot likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 24 § LUF.

För att rätten ska besluta om ingripande mot en upphandling enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF krävs, förutom att den upphandlande enheten har brutit mot LUF, att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd av detta. Bolaget är en av tre anbudsgivare i den aktuella upphandlingen och det är bolagets anbud som har lämnats ut till anbudsgivare i upphandlingen. Vid tiden för den sekretessbelagda informationens utlämnade hade bolaget lämnat det anbud med lägst pris. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av UL:s agerande i strid med LUF.

Då skäl för ingripande enligt LUF föreligger har förvaltningsrätten att, oavsett hur yrkandena har utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (se RÅ 2005 ref. 47). En första förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska komma i fråga är att det fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se RÅ 2008 not 26). Det är klarlagt att UL:s agerande i strid mot likabehandlingsprincipen i vart fall kan hänföras till tiden mellan den första och andra anbudsomgången. Sekretessbrottet kan således ha påverkat anbudsgivarnas möjlighet att utforma sina reviderade anbud. Enligt förvaltningsrättens mening är det inte möjligt att med säkerhet utröna på vad sätt UL:s agerande i strid mot LUF och gemenskapsrättsliga regler även kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet och förfrågningsunderlaget. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att de allvarliga fel som har begåtts i upphandlingen inte kan läkas genom rättelse utan föranleder



att upphandlingen ska göras om, i enlighet med bolagets andrahandsyrkande.
Förvaltningsrätten bifaller således bolagets ansökan om överprövning och förordnar att
Upplands Lokaltrafik AB:s upphandling av regionbusstrafik 2010 i Uppsala län ska göras
om.

Domarna vann laga kraft.

UL påbörjade den 1 december 2010 en ny upphandling avseende samma
kontraktsföremål. Nobina och Keolis deltog i upphandlingen. Denna upphandling
avslutades den 10 oktober 2011 med ett beslut om att tilldela Nobina kontraktet.

YRKANDEN M.M.

Keolis

Keolis har yrkat att UL skall förpliktas att till Keolis betala i första hand
164 281 788 kr och i andra hand 5 048 165 kr, i båda fallen jämte ränta enligt
6 § räntelagen från och med den 29 januari 2011 till dess full betalning sker.

UL

UL har bestritt käromålet. Om rätten skulle finna att skadeståndsskyldighet föreligger,
har UL vitsordat ett belopp om 1 000 000 kr som skäligt i och för sig. Ränta enligt
räntelagen vitsordas i och för sig från dagen för delgivning av stämningsansökan den
30 mars 2011.

Båda parter har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER

Keolis

UL har i strid med rådande anbudssekretess under pågående upphandling och innan
tilldelningsbeslut meddelats lämnat ut uppgifter om anbudspriser i Keolis anbud till
andra än Keolis. Både Nobina och KR-Trafik har därigenom kunnat anpassa sina



respektive anbudspriser i sina reviderade anbud utifrån den information som UL lämnat ut om Keolis anbud. Till följd av UL:s sekretessbrott och underlåtenhet att följa bestämmelserna i LUF har Keolis lidit skada.

KR-Trafik har lämnat in sitt reviderade anbud i strid med UL:s obligatoriska krav på att det reviderade anbudet skulle skickas in elektroniskt till viss angiven e-postadress. KR-Trafik har dessutom lämnat in sitt reviderade anbud för sent. Genom att trots detta tilldela kontrakt till KR-Trafik baserat på bolagets reviderade anbud har UL frångått sina egna obligatoriska krav och behandlat KR-Trafik på ett mer förmånligt sätt än övriga anbudsgivare. Till följd av UL:s underlåtenhet att följa bestämmelserna i LUF har Keolis lidit skada.

UL har i egenskap av upphandlande enhet inte behandlat leverantörerna i Upphandlingen på ett likvärdigt sätt. UL har inte följt bestämmelserna i LUF. UL:s åsidosättande av bestämmelserna i LUF har varit uppsåtligt. UL har systematiskt motarbetat Keolis. Den av UL anlitade projektledarens uppsåt att läcka information ska tillskrivas UL. Projektledaren har agerat i samförstånd med den anda som präglar UL:s ledning i detta hänseende. Keolis skulle ha vunnit Upphandlingen och ha tilldelats kontrakt i stället för KR-Trafik, om UL hade genomfört Upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i LUF. Det är under alla förhållanden sannolikt att Keolis har förlorat kontraktet till följd av UL:s överträdelser av LUF. UL är skyldigt att ersätta Keolis för därigenom uppkommen skada. Keolis uppkomna skada uppgår till det i första hand yrkade beloppet.

UL har inte behandlat Keolis och dess anbud på ett likvärdigt sätt i förhållande till övriga anbudsgivare och deras anbud. UL har gett anbudsgivarna möjlighet att komma in med reviderade anbud, trots att detta inte varit motiverat. Någon tillkommande information hade UL nämligen inte att lämna. UL:s syfte med detta har varit att undvika att Keolis, vars anbudspris var lägst, skulle tilldelas kontraktet i Upphandlingen. Så blev också fallet. Till följd av UL:s underlåtenhet att följa bestämmelserna i LUF har Keolis lidit skada.



Keolis har skickat kravbrev till UL den 23 och den 29 december 2010.

UL

1. UL bestrider att rätt till skadestånd över huvud taget föreligger, att någon skada uppstått över huvud taget och att UL skulle ha orsakat Keolis den skada som görs gällande. För det fall att rätten finner att UL är skadeståndsskyldigt, gör UL gällande att den påstådda skadan inte uppgår till yrkat belopp, att Keolis inte minimerat sin skada samt skadeståndet under alla omständigheter begränsas till det negativa kontraktsintresset, vilket rimligen inte kan överstiga ovan vitsordat belopp.
2. UL har inte vidtagit, kände inte till och har inte medverkat till informationsutlämnandet. UL ansvarar inte för informationsutlämnandet genom principalansvar eller på något annat sätt; det utgör en abnormhandling. Den åberopade informationsläckan har inte vidtagits av någon företrädare för UL. Ingen företrädare för UL har ens känt till informationsutlämnandet, än mindre på något sätt medverkat till det. En anställd inom UL har på eget bevåg (i strid mot UL:s regler) till anbudsgivare lämnat ut information som inte skulle lämnats ut. Den anställda visste att sådant informationsutlämnande inte fick ske. Det har inte funnits något sätt för UL att undvika utlämnandet.
3. I och med att Upphandlingen inte ledde fram till något kontrakt, så kan inte något skadestånd för vare sig det positiva eller negativa kontraktsintresset utgå, och under alla omständigheter inte för det positiva kontraktsintresset. Det finns inte något positivt kontraktsintresse att ersätta, eftersom *ingen* anbudsgivare fick något kontrakt. Skada i form av ett uteblivet kontrakt har inte uppstått i och med att inget kontrakt ingicks, och kan endast uppkomma i fall då avtal ingås med ”fel” anbudsgivare. Inte heller rätt till ersättning för det negativa kontraktsintresset föreligger när en upphandling inte leder fram till kontrakt, eftersom anbud avges på anbudsgivarens risk. Det spelar ingen roll vad skälet är till att något kontrakt inte kommer till stånd. Det finns ingen kontraheringsplikt i offentlig upphandling.



4. Förvaltningsrätten har i lagakraftvunnen dom i mål 4705-10 beslutat att Upphandlingen ska göras om, utan att kontrakt ingås, vilket utesluter skadestånd. Det har ålegat UL att följa domen. UL har följt domen och gjort om Upphandlingen.
5. Kompetensfördelningen mellan allmän domstol och allmän förvaltningsdomstol hindrar tingsrätten från att till grund för sin dom lägga andra och hypotetiska utfall av Upphandlingen, än det utfall som förvaltningsrätten kommit fram till, nämligen att inget kontrakt skulle ingås. Därigenom kan rätt till skadestånd för Keolis inte föreligga för vare sig det positiva eller negativa kontraktsintresset, och under alla omständigheter inte för det positiva kontraktsintresset.
6. UL avbröt Upphandlingen pga. informationsutlämnandet och informationsutlämnandet utgjorde, oavsett om UL ansvarar för det eller inte, en saklig grund för avbrytandet. En upphandlande enhet har alltid möjlighet att på saklig grund avbryta en upphandling, såväl under en pågående överprövningsprocess i domstol som före och efter en sådan. Ett sakligt grundat avbrytande är, oavsett skälet för avbrytandet, inte skadeståndsgrundande.
7. UL bestrider att adekvat kausalitet föreligger. UL skulle inte ha meddelat tilldelningsbeslut och inte heller ha ingått kontrakt med Keolis eller annan anbudsgivare utifrån anbudsomgång ett – även om informationsutlämnandet inte ägt rum. Det förnekas att Keolis skulle erhållit kontraktet i Upphandlingen och därigenom lidit skada. Det var inte möjligt att tilldela kontrakt med utgångspunkt från de priser som lämnades i den första prisomgången (i de ursprungliga anbuden) sedan UL fått nya ägardirektiv och nya villkor gällde för genomförandet av Upphandlingen. UL har haft rätt att förhandla om nya priser i Upphandlingen (anbudsomgång två). Utifrån UL:s meddelande till anbudsgivarna den 10 april 2009 och vad som sades i de efterföljande kontakterna med respektive anbudsgivare var det sakligt motiverat att UL begärde in nya priser.



8. Om KR-Trafik skulle vinna det parallella målet (T 3773-11) föreligger inte adekvat kausalitet. För att inte hamna i konflikt med det beviskrav som ställs i NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349 måste tingsrättens dom, vid ett bifall till Keolis talan, innehålla en reservation för utfallet i KR-Trafik-målet.
9. KR-Trafiks kompletterande anbud gavs in i tid. UL var inte skyldigt att utesluta KR-Trafiks anbud på grund av att det gavs in rent fysiskt i pappersform och inte elektroniskt. Det skulle i det fallet strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta KR-Trafiks anbud enbart på grund av att det inte ingavs på föreskrivet sätt. Det som anges i punkterna 1 och 3-8 ovan åberopas även i denna del.

I tillägg:

- a. Keolis invändningar om att KR-Trafiks anbud i andra omgången kom in för sent och i fel form är för övrigt prekluderade till följd av att Keolis inte gjorde dessa fel gällande i förvaltningsrätten. Under alla omständigheter har Keolis inte begränsat sin skada genom att inte ta upp de åberopade omständigheterna i förvaltningsrätten.
- b. UL bestrider att adekvat kausalitet mellan påstådda fel och påstådd skada föreligger.
- c. Beaktandet av KR-Trafiks reviderade anbud ledde inte till att UL och KR-Trafik ingick något kontrakt och innebär därför ingen skada.
- d. Alla eventuella fel som föranlett tilldelningsbeslutet för KR-Trafik har läkts av förvaltningsrättens dom och har inte haft någon verkan – KR-Trafiks reviderade anbud och tilldelningsbeslut i anledning därav ledde aldrig till att kontraktet ingicks.



10. UL förnekar att UL inte behandlat anbudsgivarna på ett likvärdigt sätt eller att man brutit mot LUF. Det som anges i punkterna 1 och 3-8 ovan åberopas även i denna del.

I tillägg:

- a. UL har haft rätt att begära in reviderade anbudspriser och rätt att förhandla om nya priser.
 - b. UL bestrider att adekvat kausalitet mellan påstådda fel och påstådd skada föreligger.
 - c. Det påstådda motarbetandet och anbudsomgång två ledde inte till att UL och KR-Trafik ingick något kontrakt och innebär därför ingen skada.
 - d. Alla eventuella fel som föranlett tilldelningsbeslutet för KR-Trafik har läkts av förvaltningsrättens dom och har inte haft någon verkan – KR-Trafiks reviderade anbud och tilldelningsbeslut i anledning därav ledde aldrig till att kontraktet ingicks.
11. Av 16 kap 21 § LUF framgår att talan om skadestånd ska väckas inom ett år *från* den tidpunkt då *avtal (kontrakt) slutits* mellan den upphandlande enheten och en leverantör. Tidpunkten för Keolis rätt att väcka skadeståndstalan avseende Upphandlingen i fråga har således enligt lagtextens ordalydelse inte ens inträtt och kommer inte att inträda såvitt avser det positiva kontraktsintresset. Upphandlingen ledde ju inte till kontrakt utan gjordes om. När det gäller det negativa kontraktsintresset kan regeln i 16 kap. 21 § LUF leda till att den genom EU-rätten garanterade rätten till skadestånd går förlorad. Regeln ska därför inte tillämpas såvitt avser talan om ersättning för det negativa kontraktsintresset. Den genom EU-rätten garanterade rätten till skadestånd innefattar inte det positiva kontraktsintresset.



12. Keolis har inte lidit skada avseende det positiva kontraktsintresset med yrkat belopp. Keolis skadeberäkning innehåller påvisade felaktigheter. Under alla omständigheter har Keolis skadeberäkning inte beaktat skyldigheten och möjligheten till intäkter som Keolis skaffat sig eller hade kunnat skaffa sig från annat håll som en följd av att Keolis inte fått uppdraget, med avdrag för de kostnader som då uppkommit eller skulle ha uppkommit.
13. Keolis påstådda kostnader för att upprätta anbudet (det negativa kontraktsintresset) förnekas till den del de överstiger vitsordat belopp. De är under alla omständigheter högre än vad som är skäligt och ska även om de visar sig nedlagda jämkas.
14. UL vitsordar att kravbrev sändes den 29 december 2010 till UL:s ombud men det var inte tillräckligt preciserat för att ligga till grund för ett ränteyrkande.
15. Keolis anbud i den omgjorda upphandlingen var inte tillräckligt allvarligt menat. Keolis har därigenom inte minimerat sin skada och skadeståndet ska därför jämkas till noll.

Keolis har förnekat samtliga de grunder för bestridandet som UL anfört.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Keolis

Keolis är ett bolag som ingår i den internationella Keoliskoncernen, ett av Europas största kollektivtrafikbolag. Keolis bedriver omfattande kollektivtrafikverksamhet och tillhandahåller lokal och regional kollektivtrafik åt ett antal olika länstrafikbolag runt om i Sverige.

Keolis ursprungliga anbud var alltså det anbud som hade lägst pris. I enlighet med det i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriteriet var det således Keolis anbud som skulle antas. Alltsedan UL öppnade Keolis anbud den 10 maj 2010 och såg att Keolis



anbud innefattade användandet av lokala underentreprenörer har UL emellertid på olika sätt försökt förhindra att Keolis skulle tilldelas kontrakt, trots att Keolis hade offererat lägst pris och anbudet var i överensstämmelse med UL:s eget förfrågningsunderlag.

Vid mötet mellan Keolis och UL den 11 maj 2010 framkom att UL hade synpunkter på det förhållandet att Keolis anbud innefattade användandet av lokala underentreprenörer. Omkring den 24 maj 2010 diskuterade UL internt Keolis anbud. UL ogillade i högsta grad Keolis lösning och avsåg att avbryta Upphandlingen om Keolis skulle framhärda med sitt anbud. Vid ett telefonsamtal den 27 maj 2010 mellan Malte Burwick, vd för UL, och Anders Lundström, vd för Keolis, informerades Keolis om att Keolis lösning inte var önskvärd och att UL övervägde att förkasta Keolis anbud, om inte Keolis skulle utföra 100 procent av trafiken utan användande av lokala underentreprenörer. Keolis varken delade eller förstod UL:s uppfattning men accepterade att i enlighet med UL:s önskemål ta fram ett reviderat förslag. Det var dock aldrig fråga om att ta fram ett förslag utan användande av underleverantörer. Vid ett möte mellan Keolis och UL den 31 maj 2010 framförde UL återigen kritiska synpunkter på Keolis anbud och användandet av lokala underentreprenörer. UL försökte övertala Keolis att frångå modellen med användande av lokala underentreprenörer. Keolis tvingades därför argumentera för tillåtligheten av användandet av lokala underentreprenörer. Med uttrycket avsågs, såsom angavs i Keolis ursprungliga anbud, entreprenörer aktiva inom Upplands län. Var dessa företag formellt hade sitt säte har inte varit av intresse i denna bedömning. Det blev således vid mötet en lång diskussion mellan parterna om tillåtligheten av användandet av lokala underentreprenörer som slutade med att UL begärde paus för att överväga om UL ville gå vidare med Keolis anbud eller om det skulle förkastas. Efter en lång paus meddelade UL till slut att UL motvilligt accepterade Keolis lösning med lokala underentreprenörer. Om Keolis hade ändrat sitt anbud på ett så väsentligt sätt som UL begärde i maj 2010 så skulle det ha förelegat en inte obetydlig risk att det reviderade anbudet skulle anses vara ett nytt anbud som då kunde bli förkastat på den grunden. En sådan utgång hade kanske varit önskvärd för UL men definitivt inte för Keolis.



Efter mötet med Keolis 31 maj 2010 gav UL senare samma dag anbudsgivarna möjlighet att komma in med reviderade anbud. Det har framkommit att UL upprättade handlingen den 28 maj 2010 men att UL valde att avvakta med att skicka den till anbudsgivarna tills frågan med Keolis anbud var avklarad. UL gjorde alltså en tydlig koppling mellan frågan huruvida Keolis anbud skulle förkastas och möjligheten för anbudsgivarna att komma in med reviderade anbud. Keolis kan inte uppfatta UL:s agerande på annat sätt än att det var först om Keolis anbud inte förkastades som anbudsgivarna skulle få möjlighet att ge in reviderade anbud och då med den förhoppningen hos UL att någon annan anbudsgivare än Keolis skulle offerera lägst pris så att UL skulle kunna undgå att behöva tilldela kontrakt till Keolis. Därigenom skulle UL slippa den lösning med lokala underentreprenörer som UL starkt ogillade.

Keolis har mycket svårt att förstå varför UL ansåg det motiverat att över huvud taget skicka ut en kompletterande inbjudan att komma in med reviderade anbud med mindre det var ytterligare ett försök från UL att slippa tilldela kontrakt till Keolis genom att få in annat anbud med lägre pris. Det skäl som anges i UL:s brev, nämligen det branschgemensamma s.k. fördubblingsmålet, var långt ifrån någon nyhet för anbudsgivarna. Då projektplanen fastställdes den 12 juni 2009 fanns det en tydligt uttalad målsättning om att resandet med kollektivtrafiken skulle fördubblas. Och redan genom anbudsinbjudan den 26 februari 2010 stod det klart för anbudsgivarna att UL beslutat att arbeta för ett fördubblat resande inom länets kollektivtrafik till år 2020. De anbud som hade lämnats den 7 maj 2010 hade redan tagit detta i beaktande. Vid en jämförelse mellan UL:s anbudsinbjudan den 26 februari 2010 och brevet som UL skickade ut den 31 maj 2010 framgår att sistnämnda handling inte innehåller några egentliga eller för anbudspriserna relevanta nyheter.

Sedan UL berett anbudsgivarna tillfälle att komma in med reviderade anbud gjorde Nobina och KR-Trafik väsentliga och anmärkningsvärda prissänkningar. Nobina sänkte sitt anbud med nästan 25 miljoner kr och KR-Trafik sänkte sitt med drygt 40 miljoner kr, vilket i bussbranschen med dess låga marginaler är en extraordinär justering av priset. Keolis sänkte priset endast med 2,5 miljoner kr. Det är tydligt att



Nobina och KR-Trafik har varit medvetna om att Keolis hade lämnat ett anbudspris på cirka 293 miljoner kr och att Nobina och KR-Trafik i sina reviderade anbud har anpassat sina reviderade priser så att dessa med viss marginal skulle bli lägre än Keolis pris. Utan informationen om Keolis anbud hade Nobina och KR-Trafik inte gjort några sådana väsentliga och anmärkningsvärda prissänkningar, utan Keolis pris hade då fortfarande varit lägst och Keolis skulle därmed ha tilldelats kontrakt.

Det måste beaktas att UL uttryckligen anger i brevet som skickades ut den 31 maj 2010 att UL inte kunde ge några garantier avseende framtida politiska beslut om kollektivtrafiken. Det var således fortfarande mycket osäkert för anbudsgivarna vad effekten på resandet med kollektivtrafiken under den tioåriga avtalsperioden egentligen skulle bli. Att Nobina och KR-Trafik mot den bakgrunden och utan ytterligare kunskaper om prisbilden hos konkurrerande anbudsgivare skulle göra kraftiga prissänkningar framstår som helt omotiverat.

Fördubblingsmålet har även sedan länge varit känt inom branschen, även för Nobina och KR-Trafik. UL har deltagit i branschens s.k. fördubblingsprojekt sedan år 2008. Det har också funnits rikliga tillfällen för UL att tidigare under Upphandlingen på nytt upplysa anbudsgivarna om det s.k. fördubblingsmålet om UL ansåg att det förelåg ett sådant behov. Redan i ett ägardirektiv till UL den 15 april 2010 angavs att det ”övergripande målet är att resandet med kollektivtrafik ska fördubblas till 2020. Det innebär en genomsnittlig ökning med ca 7%”. Ägardirektivet har varit förankrat hos ägarna. Ägardirektiv är det politiska beslutet som ägarna, dvs. Landstinget i Uppsala län och landstingets åtta kommuner, sedan formaliserade vid årsstämman. Keolis tog också fasta på detta i sitt ursprungliga anbud av den 5 maj 2010 där det står att ”Upplands Lokaltrafik står inför en mycket intressant utmaning med sitt mål att fördubbla antalet resande”. Även för övriga anbudsgivare har det varit tydligt att det fanns en uttalad målsättning om att resandet med kollektivtrafiken skulle fördubblas. Bekräftelsen vid årsstämman den 17 maj 2010 var alltså en ren formalitet. Ägardirektivet hade dessutom förberetts under lång tid och UL var involverat i det arbetet. Varför informerade inte UL om det i april 2010 så att anbudsgivarna kunde få den



informationen innan anbudsriften löpte ut den 7 maj 2010? Det fanns inget godtagbart skäl för UL att avvakta flera veckor med att meddela anbudsgivarna om UL ansåg att det var av betydelse. Det borde inte föreligga någon koppling alls mellan information till anbudsgivarna om ägardirektivet och UL:s hantering av Keolis anbud, men UL har uppenbarligen haft en annan agenda. Innehållet i UL:s meddelande daterat den 28 maj 2010 medförde således inte någon förändring vad gäller förutsättningarna för anbudsgivarna. Prognoser om framtida resandeutveckling är högst osäkra, oavsett innehållet i ägardirektiv till UL. Det förnekas alltså att ägardirektivet medförde en väsentligt minskad risk för anbudsgivarna.

Av UL:s meddelande den 10 april 2010 framgår inte att det skulle bli någon ytterligare förhandling utan det framgår endast av det meddelandet att UL först efter genomgång av anbuderna skulle ta ställning till huruvida förhandling skulle ske. Anbudsgivarna kunde således inte räkna med att det skulle bli någon förhandling med UL angående eventuell sänkning av anbudspriset. Det blev inte heller någon ytterligare förhandling angående anbudspriserna med anledning av de separata anbudsgenomgångar mellan UL och respektive anbudsgivare som kom att genomföras. Den möjlighet till ingivande av reviderade anbudspriser som gavs i det brev som UL skickade ut den 31 maj 2010 hänvisar till helt andra omständigheter.

Även efter Keolis begäran om överprövning av tilldelningsbeslutet har UL agerat på ett sådant sätt att Keolis anbud motarbetats. UL:s reaktion på Keolis förstahandsyrkande vid förvaltningsrätten om att rättelse skulle ske genom att utvärderingen avseende pris skulle göras om och bedömning skulle ske utifrån de ursprungligen lämnade prisbilagorna från anbudsgivarna – vilket hade inneburit att Keolis hade tilldelats kontrakt eftersom Keolis pris var lägst – blev i stället att UL beslutade att avbryta Upphandlingen. Det beslutet upphävdes dock sedermera av förvaltningsrätten.

UL har lämnat ut sekretessbelagda uppgifter om Keolis anbud

UL har i förfrågningsunderlaget angett att det under Upphandlingen råder absolut sekretess, vilket också är ett krav enligt LUF och 19 kap. 3 § offentlighets- och



sekretesslagen (OSL). Detta har inte UL respekterat utan UL har medvetet lämnat ut uppgifter som var föremål för absolut sekretess. UL har under pågående upphandling och innan tilldelningsbeslut meddelats uppsåtligt lämnat ut uppgifter i form av väsentlig information rörande Keolis anbud och då särskilt uppgifter rörande priset i anbudet. Det har framkommit att UL:s projektledare, som särskilt ansvarat för den aktuella upphandlingen, vid flera tillfällen har lämnat ut uppgifter som omfattades av anbudssekretess i form av väsentlig information rörande Keolis anbud till konkurrerande anbudsgivare. Keolis och övriga leverantörers anbud öppnades av UL den 10 maj 2010 varvid prisuppgifterna i anbudet blev kända för UL. UL:s projektledare har i samband med besök hos Nobina den 12 maj 2010 upplyst Nobina om att Nobina inte låg lägst bland anbudsgivarna. Nobina återkom senare till UL:s projektledare med fråga om hur mycket över som Nobina låg, varefter UL:s projektledare berättade att skillnaden var 20 miljoner kr. UL:s projektledare har även under perioden 24-30 maj 2010 per telefon berättat för Nobina att UL hade en diskussion med Keolis om det stora antalet lokala underentreprenörer. Dessutom har UL:s projektledare per telefon den 4 juni 2010 berättat för Nobina att det inte skulle bli någon mer förhandling och att Nobina måste lägga det lägsta pris som Nobina kunde lägga.

Förutom Nobina hade även KR-Trafik erhållit uppgifter om anbudspriser i Keolis anbud redan innan anbudstiden för det reviderade anbudet hade löpt ut. Nobina har i ett pressmeddelande den 17 augusti 2010 bekräftat att Nobina i samband med UL:s anbudsprocess delgavs information om att Nobinas anbud låg högt samt att den anbudsgivare som ledde upphandlingen var Keolis och att Keolis hade en lösning som UL inte prioriterade. Vidare framgår av Nobinas pressmeddelande att fler anbudsgivare kände till att Keolis hade lämnat ett prisaggressivt anbud. Någon annan anbudsgivare än KR-Trafik kan svårligen avses i Nobinas pressmeddelande, eftersom det endast var tre leverantörer som kommit in med anbud och Keolis uppenbarligen redan kände till uppgifterna i sitt eget anbud.

Att också KR-Trafik haft tillgång till sekretessbelagd information om Keolis anbudspris bekräftas även av UL:s uppgifter i yttranden till förvaltningsrätten. UL har



anfört att UL har fått uppgift från Nobina om att en styrelseledamot i KR-Trafik uttalat sig om att Keolis varit "aggressiva" i sin prissättning. Ett sådant uttalande från KR-Trafik förutsätter kännedom om sekretessbelagd information om Keolis anbudspris. Huruvida även KR-Trafik fått del av sekretessbelagda uppgifter kan ha betydelse för bedömningen av vilken anbudsgivare som skulle ha fått avtalet efter den andra anbudsomgången. Om KR-Trafik fått del av sekretessbelagda uppgifter, skulle dess anbud liksom Nobinas ha diskvalificerats.

UL:s egen granskning av Upphandlingen utvisar också stora brister. Ernst & Young har på uppdrag av UL genomfört en analys av Upphandlingen genom bl.a. genomgång av dokumentation och intervjuer med berörda medarbetare. Slutrapport lämnades i oktober 2010, enligt vilken Ernst & Young påtalade betydande brister vad gäller UL:s hantering av Upphandlingen. UL:s vd Malte Burwick hade vissa kommentarer beträffande den rapporten. I sin slutrapport konstaterade Ernst & Young bl.a. att det i strid med lag, UL:s interna riktlinjer och projektplanen hade lämnats ut sekretessbelagd information till leverantörer. Ernst & Young konstaterade också att hanteringen och mottagandet av det reviderade anbudet från KR-Trafik uppvisade brister.

De reviderade anbuderna skulle ha skickats in per e-post till UL senast den 7 juni 2010 klockan 09.00. Keolis reviderade anbud inkom per e-post klockan 08.30 den aktuella dagen medan Nobinas anbud inkom per e-post klockan 08.57. När det däremot gäller KR-Trafiks reviderade anbud inkom detta inte per e-post som föreskrivet utan tydligen inkom det på annat sätt, dock oklart hur och när. Ernst & Youngs utredning bekräftar att KR-Trafiks reviderade anbud antingen överlämnades personligen eller genom brev. Uppgifterna går också isär när det gäller tidpunkten för ingivandet av det reviderade anbudet. Det enda som är klarlagt är att det aldrig diariefördes eller inkomststämplades hos UL, vilket i sig är egendomligt. Rätteligen borde UL ha bortsett från det reviderade anbudet från KR-Trafik och i stället tilldelat Keolis kontrakt.



Närmare om Keolis skada

Keolis skulle rätteligen ha vunnit Upphandlingen och ha tilldelats kontrakt i stället för KR-Trafik om UL hade genomfört Upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i LUF. Keolis har till följd av UL:s överträdelser av LUF därmed gått miste om aktuellt kontrakt. Keolis har därigenom lidit skada. Keolis är därvid berättigat till ersättning av UL med ett belopp upp till vad som motsvaras av utebliven vinst, dvs. det positiva kontraktsintresset. Keolis har uppdragit åt KPMG att beräkna och verifiera Keolis skada. KPMG har efter genomgång och granskning avgett ett sakkunnigutlåtande avseende skada till följd av felaktigt genomförd upphandling. KPMG har beräknat att Keolis skada i form av det positiva kontraktsintresset under hela kontraktstiden uppgår till 164 281 788 kr. Det betyder att om Keolis hade tilldelats kontraktet, så hade Keolis vinst under den tioåriga kontraktstiden uppgått till det beloppet efter nuvärdesberäkning. Det är alltså för den uteblivna vinsten som UL har att ersätta Keolis. Keolis har i vart fall rätt till ersättning från UL för sina anbudskostnader, dvs. det negativa kontraktsintresset. KPMG har verifierat och beräknat de kostnader som Keolis ådragit sig och som inte skulle ha aktualiserats om Keolis inte hade lämnat något anbud på Upphandlingen. Skadan för Keolis i form av det negativa kontraktsintresset uppgår till 5 048 165 kr.

Den senare upphandlingen

Tillsammans med Nobina lämnade Keolis anbud på den upphandling som UL genomförde under 2011 avseende regional busstrafik. Förutsättningarna var dock väsentligen förändrade jämfört med Upphandlingen. Keolis kunde inte använda den tidigare lösningen med underentreprenörer. Dessutom fanns flera kostnadsdrivande faktorer, bl.a. krav på fler och enbart nya bussar, mer icke fossila bränslen och biogas, högre kostnader för hyra av depå samt ökad produktion. Även den sammantagna affärsrisken för Keolis framstod som högre än i den tidigare Upphandlingen. Detta fick till konsekvens att Keolis inte kunde erbjuda ett lika lågt pris som vid Upphandlingen. Nobinas utvärderingspris i anbudet uppgick till 4 342 568 000 kr medan Keolis utvärderingspris uppgick till 5 362 500 000 kr. Efter en första utvärdering genomförde UL en förhandling där anbudsgivarna fick möjlighet att revidera sina priser baserat på



väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget. Nobinas justerade utvärderingspris uppgick till 4 127 335 747 kr och Keolis till 5 816 950 000 kr. Det var flera anledningar till att Keolis nödgades justera sitt pris. Den anpassning som UL gjorde beträffande fordonskrav m.m. i förfrågningsunderlaget innebar ingen fördel för Keolis, eftersom Keolis i alla händelser måste använda sig av nya bussar som uppfyllde alla krav. Därtill kom att Keolis hade felkalkylerat kostnaderna i det första anbudet, varför det var nödvändigt för Keolis att höja priset.

I sitt tilldelningsbesked anförde UL att prisskillnaden mellan Keolis och Nobinas utvärderingspriser till större delen beror på att Keolis anbud innebär helt nya fordon från trafikstart där andelen gasdrivna fordon redan från början motsvarar de slutliga kraven under avtalsperioden medan Nobinas anbud i stort följer den successiva ökningen av gasdrivna fordon som kravställts. Keolis hade ingen annan möjlighet än att införskaffa nya bussar redan till trafikstart, varför det inte var möjligt för Keolis att pressa priset på samma sätt som Nobina. Av tilldelningsbeskedet framgick vidare att samtliga anbud var realistiska.

UL

Det förnekas att UL på olika sätt har motarbetat Keolis, och ”konspirerat” för att beröva Keolis kontraktet avseende Upphandlingen. Det enda avsteget från bestämmelserna i LUF som förekommit är informationsläckan. Något uppsåtligt handlande från UL:s sida har det inte varit fråga om.

Före avgivande av anbud hade UL informerat anbudsgivarna om att envar av dem skulle komma att erbjudas möjlighet att presentera sitt anbud och särskilt vilka faktorer som varit prispåverkande. Detta i syfte att i förhandling med UL undersöka i vilken utsträckning dessa faktorer kunde påverkas. Efter anbudsöppningen den 10 maj 2010 stod det klart att tre anbud inkommit. Keolis anbud var det lägsta av dessa tre. Av nyss anförda skäl var det aldrig UL:s avsikt att avsluta Upphandlingen i det läget. Vid möten den 11 respektive 12 maj 2010 fick anbudsgivarna presentera sina anbud mera i detalj. Det visade sig att Nobina och KR Trafik avsåg bedriva hela trafiken i egen regi,



och bägge motiverade detta med trafikuppdragets och affärens karaktär, medan Keolis avsåg att anlita underentreprenörer.

Det var inte angivet i förfrågningsunderlaget att det var otillåtet att använda underleverantörer. För det fall underleverantörer ska användas måste emellertid anbudsgivaren, enligt LUF, visa den upphandlande enheten att man förfogar över underleverantörernas kapacitet. Det kan lämpligast ske genom ett åtagande eller ett avtal som visas för den upphandlande enheten. Kan man inte visa detta, får anbudsgivaren inte tillgodoräkna sig underleverantörernas kapacitet. Keolis kunde inte visa något sådant underlag. Det är vidare av intresse att Keolis inte redan vid kvalificeringen angav att underleverantörer skulle komma att användas, när anbudet sedan byggde på användande av ett mycket stort antal underleverantörer.

Keolis kunde inte närmare precisera hur man tänkt sig upplägget och vilka underentreprenörerna var man tänkt använda sig av. Keolis hade i anbudet också till betydande del åberopat flera underentreprenörers tekniska kapacitet. Situationen kunde jämföras med att det var ett annat bolag än det som kvalificerats, som sedan ingivit anbudet alternativt att det var fråga om ett konsortieanbud. Dessa omständigheter ändrade väsentligen förutsättningarna för Keolis anbudsgivning. Keolis hade slutligen för avsikt att anlita underentreprenörer i en omfattning som UL var skeptisk till att godkänna på grund av samordningssvårigheter. Ett stort antal underleverantörer skulle komplicera för UL och skulle även kunna ifrågasättas av andra leverantörer i en eventuell överprövningsprocess.

Enligt modellavtalet krävdes att UL godkände eventuella underentreprenörer ("Trafikföretaget får först efter skriftligt förhandsgodkännande av UL anlita underleverantörer för trafikens utförande"). Keolis har varit fullt medvetet om detta, och har i sitt anbud begärt UL:s godkännande. UL begärde därför att få in ett förtydligande från Keolis i den delen. Den 20 maj inkom förtydligandet, varvid det visade sig att Keolis avsåg att via en anlita underentreprenör använda sig av ytterligare tretton underentreprenörer, varav endast fem hade säte i Uppsala län, och att



sammantaget 50 procent av trafiken därigenom skulle gå via underentreprenörer. Ingen av de föreslagna underentreprenörerna hade deltagit i prekvalificeringen för att få delta i Upphandlingen.

Vid ett telefonsamtal den 27 maj mellan UL:s vd Malte Burwick och Keolis vd Anders Lundström redogjorde UL för varför man inte kunde godkänna Keolis föreliggande förslag angående underentreprenörer (främst samverkans- och samordningsproblematik). Vid det tillfället förklarade sig Keolis och Lundström ha full förståelse för UL:s synpunkter på Keolis trafikupplägg. Keolis begärde då att senast den 28 maj 2010 få komma in med ett reviderat anbud innehållande två alternativa trafikupplägg, dels ett utan underentreprenörer, dels ett med ca 30 procent av trafiken utförd av underentreprenörer. UL godtog detta. Keolis gavs möjlighet att den 31 maj presentera sina justerade trafikupplägg.

Vid förhandlingsmötet den 31 maj presenterade dock Keolis inget trafikupplägg utan underentreprenörer, vilket UL fann något överraskande mot bakgrund av diskussionerna som beskrivits ovan. Ingen av de fyra representanterna för Keolis gav heller intryck av att känna till innehållet i samtalet mellan Burwick och Lundström. Keolis presenterade i stället ett väsentligt reviderat trafikupplägg, där de föreslagna underentreprenörerna reducerats till sex (mot tidigare 13). Den trafikvolym underentreprenörerna i det reviderade anbudet skulle svara för uppgick till cirka en tredjedel av den totala trafiken. UL valde efter ajournering att acceptera den reviderade trafiklösningen.

Vid de i förväg överenskomna mötena med respektive anbudsgivare den 11 och 12 maj 2010 fick anbudsgivarna möjlighet att redovisa kostnadsdrivande omständigheter. KR-Trafik och Nobina redovisade osäkerhet kring fördubblingsmålets förverkligande och angav att man fäste stort avseende vid om ägardirektiven till UL innehöll fördubblingsmålet eller inte.



Nästa steg var att informera om den för det aktuella kontraktet väsentliga förändringen i UL:s ägardirektiv. Mot bakgrund av föreliggande låga marginaler i branschen är resandevolymen av stor betydelse. Resandevolymen kan därigenom få stor prispåverkan i en upphandling, sannolikt större än för många andra faktorer. Vid årsstämman den 17 maj 2010 beslöt UL:s ägare enhälligt att revidera sina direktiv till UL på så sätt att ett övergripande mål om att resandet ska fördubblas till 2020 skrevs in. Det innebär att resandet årligen skall öka med ca 7 procent. Dessförinnan var ägardirektivet för resandeutvecklingen en genomsnittsökning med minst 3 procent per år. Det förnekas alltså att det redan sommaren 2009 fanns en tydligt uttalad målsättning från ägarna om att resandet med kollektivtrafiken skulle fördubblas. Att UL:s ägare förklarat sig stå bakom fördubblingsmålet innebar att UL kunde ange det som grund för att kräva mer pengar från ägarna. Ägardirektivet utgjorde visserligen ingen garanti för ett ökat resande, men det innebar en ny situation där anbudsgivarna kunde känna sig tryggare i och med att UL därmed hade andra förutsättningar att klara målet. Risken för anbudsgivarna minskade alltså och därmed ändrades förutsättningarna för anbudsgivarna. Eftersom resandeutvecklingen var av väsentlig betydelse för trafikföretaget för det aktuella kontraktet (varje påstigande resenär ger i genomsnitt cirka 15 kronor direkt till trafikföretaget), beslöt UL att informera anbudsgivarna om det nya ägardirektivet och ge dem möjlighet att komma in med justerade anbud med anledning av detta. En anbudsgivare som känner sig trygg med att räkna hem en ökad resandeutveckling kan alltså lägga ett lägre anbudspris genom att anbudsgivaren får samma resultatutfall genom rörliga intäkter från passagerarna. KR-Trafik och Nobina signalerade detta tydligt i samband med sina respektive presentationer av anbud.

Direkt efter mötet med Keolis den 31 maj skickade UL sitt förtydligande och sin inbjudan att lämna reviderade anbud. Brevet skrevs och daterades den 28 maj. UL bedömde att utsändande rätteligen skulle ske först efter det att frågan om Keolis trafikupplägg och fortsatta medverkan i Upphandlingen var avgjord och agerade i enlighet därmed.



KR-Trafik lämnade genom sin regionchef i Uppland, Allan Jansson, in sitt reviderade anbud den 7 juni ca kl. 8.20 i ett förseglat kuvert, vilket togs emot av Ylva Cohn vid UL:s kontor på Drottninggatan i Uppsala. Det är riktigt att anbudet inte diarieföres eller inkomststämplades. Kravet på elektroniskt inlämnande var, trots att det formulerats som ett ”skall-krav”, endast en formföreskrift och medförde inte en skyldighet för UL att utesluta en anbudsgivare som inte uppfyllde det kravet. För det fall det skulle ha betydelse om KR-Trafik lämnat in sitt reviderade anbud korrekt eller inte, så gör UL gällande att det rättskraftigt har avgjorts av förvaltningsrätten. Den omständigheten är under alla omständigheter prekluderad, eftersom den skulle ha kunnat åberopas i förvaltningsrätten till grund för att Upphandlingen skulle rättas alternativt göras om, dvs. det första remedium som står till buds vid felaktigheter i upphandling.

”Läckan”

I samband med Keolis överprövning uppmärksammade UL rykten om att en medarbetare hos UL kunde ha brutit den absoluta sekretessen enligt 19 kap. 3 § andra stycket OSL. Efter det att en internutredning inletts mottog UL:s vd, Malte Burwick, den 10 augusti 2010 ett e-postmeddelande från en medarbetare. Det rör sig om en medarbetare med insyn i hela upphandlingsförfarandet och som deltog i förhandlingarna och kontakterna med anbudsgivarna. I e-postmeddelandet berättade medarbetaren att denne inför den andra anbudsomgången delgivit Nobina information om hur bolaget låg prismässigt i Upphandlingen. I ett e-postmeddelande den 12 augusti 2010 lämnade medarbetaren en närmare beskrivning av hur det gick till när de känsliga uppgifterna röjdes. Dessa uppgifter bekräftade medarbetaren senare samma dag vid ett möte med Malte Burwick och UL:s juridiska rådgivare. Händelseförloppet har även bekräftats i samtal mellan Malte Burwick, UL:s juridiska rådgivare och Peter Nilsson, trafikchef på Nobina. Nobina har senare, i ett pressmeddelande den 17 augusti, medgivit att man fått del av vissa uppgifter rörande Upphandlingen.

Enligt uppgift från Peter Nilsson, Nobina, hade även ”andra anbudsgivare” tagit del av känslig information. Det skulle röra sig om en icke namngiven styrelseledamot från



den vinnande anbudsgivaren, KR-Trafik, som uttalat sig om att Busslink varit ”aggressiva” i sin prissättning i Uppland. UL och UL:s juridiska rådgivare har som del av UL:s utredning även varit i kontakt med KR-Trafiks vd, Linda Sahlén. Hon har förnekat att hon tagit del av känslig information och att den information som kommit Nobina tillhanda således inte påverkat utfallet i Upphandlingen. UL utredde frågan närmare men kunde inte nå full klarhet rörande vem (om någon) av anbudsgivarna förutom Nobina som erhållit sådan information, och vidare om, och i så fall hur, förfrågningsunderlaget otillbörligen skulle ha kunnat påverkas. UL förnekar att även KR-Trafik erhållit uppgifter om anbudspriser i Keolis anbud innan anbudstiden för det reviderade anbudet hade löpt ut.

När det stod klart att sekretessbelagd information om anbudet läckt ut bedömde UL att det inte med säkerhet kunde fastslås att Upphandlingen genomförts objektivt och följaktligen inte heller att utvärderingen av anbudet genomförts i enlighet med LUF. Den 16 augusti 2010 beslutade UL att avbryta Upphandlingen. Läckan var det enda skälet till att Upphandlingen avbröts. UL polisanmälde sekretessbrottet den 20 augusti 2010. Den enskilde medarbetaren skildes med omedelbar verkan från sina arbetsuppgifter. Personen i fråga har inte deltagit i avbrytandebeslutet eller i övrigt varit inblandad i Upphandlingen efter den 10 augusti 2010.

Keolis skada

Det förnekas att Keolis drabbats av någon skada. KPMG:s beräkning av Keolis skada uppvisar flera systematiska brister, se sakkunnigutlåtande från Copenhagen Economics.

Vad gäller det positiva kontraktsintresset har KPMG inte tagit hänsyn till ”overhead-kostnader” vilket lett till att Keolis överskattat den påstådda skadan med 111 000 000 kr. KPMG:s antagande om en vinstnivå är vidare två procentenheter för högt, vilket innebär att Keolis överskattat den påstådda skadan med ytterligare 55 000 000 kr. KPMG:s analys bygger i övrigt på varierande siffror som framstår som oklara och



osäkra. Skadeberäkningen är därför inte tillförlitlig. Keolis skadeberäkning beaktar inte heller intäkter som man kunnat få från andra uppdrag under den aktuella tiden.

Vad gäller det negativa kontraktsintresset är beräkningen av den påstådda skadan orimlig. Inga s.k. benchmarks har använts eller angetts. Jämförelser visar att Keolis ligger mycket högt i kostnader (t.ex. ca fyra gånger högre än KR-Trafiks kostnad), särskilt med beaktande av att Upphandlingen var relativt okomplicerad. Beräkningen innehåller poster som inte under några omständigheter är ersättningsgilla, t.ex. rättegångskostnader i överprövningsprocesserna i förvaltningsrätten och kostnader för utveckling av en hemsida.

Keolis har inte begränsat sin skada

När samma upphandlade trafik bjöds ut igen i och med att Upphandlingen gjordes om, lämnade Keolis ett anbud som var väsentligen sämre än det man nu grundar sin skadeståndstalan på. UL förnekar Keolis påstående att man i den omgjorda upphandlingen inte kunde använda sig av underentreprenörer. Keolis höjde sitt anbud i den omgjorda upphandlingen väsentligen mer än vad Nobina gjorde. Keolis bud uppgick till 5,8 miljarder kr i jämförelse med det vinnande budet från Nobina som uppgick till 4,1 miljarder kr. I samband med förhandling fick Keolis och Nobina möjlighet att revidera sina anbud för att göra dem konkurrenskraftigare. Medan Nobina sänkte sitt pris så höjde Keolis sitt anbud, trots att UL i den upphandlingen hade indikerat att den första prisnivån låg över budget och att UL i annat fall kunde komma att avbryta den nya upphandlingen.

Keolis har genom att inte lämna ett konkurrenskraftigt anbud betagit sig själv möjligheten att försätta sig i samma situation som man skulle ha varit i om Upphandlingen skulle fullgjorts med kontrakt. Skadeståndet ska därför jämkas till noll eller i vart fall med belopp som Keolis rimligen hade kunnat tjäna genom att ingå kontrakt avseende den omgjorda upphandlingen.



DOMSKÄL**Utredningen i målet**

Parterna har åberopat en omfattande skriftlig bevisning.

På Keolis begäran har vittnesförhör hållits med Anders Lundström, Elisabeth Andreasson, Conny Edorsson och Mattias Åkerlund från Keolis samt med Henrik Dagnäs och Peter Nilsson från Nobina. Vidare har på Keolis begäran sakkunnigförhör hållits med Thomas Rynell och Martin Krüger från KPMG.

På UL:s begäran har vittnesförhör hållits med Malte Burwick och Anders Engemar från UL samt Linda Sahlén, Allan Jansson och Stefan Magnusson från KR-Trafik. Vidare har på UL:s begäran sakkunnigförhör hållits med Henrik Ballebye Okholm och Elin Bergman från Copenhagen Economics.

Tingsrättens bedömning

Tingsrätten kommer inledningsvis pröva av Keolis påstådda upphandlingsfel: ”Sekreteressbrott”, ”Reviderat anbud på fel sätt och i fel tid” och ”I strid med principen om likabehandling”. Bevisbördan för detta vilar på Keolis med ett undantag. Huruvida KR-Trafiks reviderade anbud kom in i tid ankommer på UL att visa. Därefter prövas UL:s invändning att det inte finns någon ersättningsgill skada, då ingen av anbuds-givarna i Upphandlingen blev tilldelad kontraktet. Slutligen tar tingsrätten ställning till UL:s invändning dels att bolaget haft saklig grund för att avbryta Upphandlingen, dels att någon rätt till skadestånd inte finns vid ett sakligt grundat avbrytande.

Vägledning för bedömning av de skadeståndsrättsliga frågorna får sökas i unionsrätten som helhet och den svenska nationella rättsordningen främst som den kommer till uttryck i LOU, LUF och Högsta domstolens praxis.

EG-direktiven om offentlig upphandling innehåller två rättsmedelsdirektiv. Direktiv 89/665 om upphandling inom den klassiska sektorn och direktiv 92/13/EEG om



upphandling inom försörjningssektorerna. Vidare finns direktiv 2007/66 som är ett ändringsdirektiv till de båda tidigare gällande rättsmedelsdirektiven. Rättsmedelsdirektiven ska främja att de upphandlande enheterna följer förfarandedirektiven och följaktligen att upphandlingen går rätt till. De ska även säkerställa att en möjlig leverantör kan begära överprövning av beslutet eller skadestånd. Genom rättsmedelsdirektiven ålades medlemsländerna att införa regler om rättsmedel i sina nationella lagstiftningar. För Sveriges del infördes dessa genom LOU och LUF.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 20 § första stycket LUF ska en upphandlande enhet som inte har följt bestämmelserna i lagen ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. Enligt samma paragrafs andra stycke inbegriper rätten till skadestånd ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en upphandling och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

Tingsrätten betecknar fortsättningsvis sådan bristande efterlevnad av lagens bestämmelser som upphandlingsfel.

Sekretessbrott

Det är ostridigt i målet att UL:s projektledare Ylva Cohn upplyste Nobinas trafikchef Peter Nilsson att Nobina inte låg lägst bland anbudsgivarna och senare på fråga från honom uppgav att Nobina måste sänka sitt pris med 20 miljoner kronor för att vinna Upphandlingen.

Keolis har gjort gällande att liknande information även kom KR-Trafik till del.



UL har invänt att Ylva Cohns agerande är en s.k. abnormhandling som bolaget inte svarar för.

Enligt 19 kap. 3 § andra stycket OSL får en uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.

Reglerna om arbetsgivarens principalansvar finns i 3 kap. 1 § första stycket skadeståndslagen (1972:207). Den som har arbetstagare i sin tjänst ska ersätta person- eller sakskada som arbetstagaren vållar genom fel eller försummelse i tjänsten. Motsvarande gäller i fall då arbetstagare i tjänsten vållar ren förmögenhetsskada genom brott.

Beträffande rena förmögenhetsskador har Högsta domstolen slagit fast att det krävs ett nära samband med arbetsgivarens verksamhet för att brottet ska anses begånget i tjänsten och därmed föranleda principalansvar. I bedömningen ska bl.a. vägas in om den anställda tog aktuell kontakt med arbetsgivarens vetskap eller för dennes räkning samt vilka möjligheter arbetsgivaren haft att förebygga brottet (NJA 2000 s. 380).

Av utredningen i målet framgår inledningsvis följande.

Av det pressmeddelande som Nobina skickade ut efter att det uppdagats att Nobina fått ovanstående information framgår att "Nobina har fått kännedom om att fler anbudsgivare kände till att Busslink lämnat ett prisaggressivt anbud".

Henrik Dagnäs (verkställande direktör på Nobina) har i förhör berättat att han i samband med en gemensam träff för bussbranschen åt lunch med Stefan Magnusson (verkställande direktör på Nettbuss och styrelseledamot i KR-Trafik) som då uppgav för honom att "Keolis var aggressiva i Uppland".



Stefan Magnusson har i förhör berättat att han var irriterad på att Nettbuss förlorat ett antal upphandlingar och att Keolis lagt så låga anbud. Han uppgav därför för Henrik Dagnäs att Nettbuss försök att förbättra villkoren i branschen inte hade någon betydelse när bolagen lägger så låga anbud. I samband med detta kan han ha sagt att ”det blir väl samma visa i Uppland”. Han uttryckte sin frustration över den generella situationen och syftade inte på någon specifik upphandling. Stefan Magnusson har vidare försäkrat att han varken fått del av hemlig information eller känner till att någon annan i KR-Trafik skulle ha fått det.

Tingsrätten gör följande bedömning.

Tingsrätten konstaterar att hemlig information som avses i 19 kap. 3 § andra stycket OSL har lämnats till Nobina.

Henrik Dagnäs uppfattning att Stefan Magnussons uttalande syftade på att även KR-Trafik fått del av Keolis anbud motsägs av Stefan Magnussons uppgift att han uttryckte en generell frustration över Keolis prissättning. Stefan Magnussons uppgifter om att KR-Trafik inte fått del av hemlig information vinner stöd av vad Linda Sahlén och Malte Burwick berättat. Trots att KR-Trafiks stora sänkning när bolaget reviderade sin prisuppgift är anmärkningsvärd, finner tingsrätten vid en samlad bedömning att Keolis inte lyckats visa att KR-Trafik fått del av uppgifter om Keolis anbud.

Ylva Cohn ingick tillsammans med verkställande direktören Malte Burwick och trafikplaneraren Anders Engemar i den grupp på UL som arbetade med Upphandlingen. Malte Burwick har i förhör beskrivit den centrala roll som Ylva Cohn hade i arbetsgruppen och det förtroende som hon åtnjöt i den rollen. Vidare har det tydligt framgått att Keolis upplägg med underentreprenörer blev den fråga under Upphandlingen som överskuggade det mesta. Ylva Cohns agerande har haft ett nära samband med hennes arbetsuppgifter. Hon har inte handlat för egen vinning utan i syfte att tillgodose UL:s intresse av en väl fungerande kollektivtrafik. Utredningen ger inte stöd för att hennes ”läcka” på något sätt skulle vara sanktionerad av UL. Och UL:s



möjligheter att förebygga ett agerande av detta slag får anses ha varit högst begränsade. Med hänsyn till den ansvarsposition som Ylva Cohn intagit i upphandlingsförfarandet bör dock UL svara för hennes agerande.

UL har alltså gjort sig skyldigt till upphandlingsfel genom att i strid med LUF lämna ut hemlig information till Nobina.

Reviderat anbud på fel sätt och i fel tid

Det är ostridigt i målet att anbud från början skulle komma in per brev och att UL när anbudsgivarna gavs möjlighet att lämna reviderade prisuppgifter ändrade kravet, så att uppgifterna i stället skulle lämnas in per e-post. Vidare är det ostridigt att KR-Trafik i strid med detta krav lämnade in sitt anbud per brev. Keolis har gjort gällande att KR-Trafiks reviderade anbud i strid med obligatoriska krav även kom in för sent.

UL har invänt dels att Keolis genom preklusion gått miste om rätten att åberopade dessa grunder, dels att det hade varit i strid med principen om proportionalitet att utesluta KR-Trafik från Upphandlingen för att bolaget lämnade in sitt anbud per brev.

Huvudregeln är att anbud ska lämnas in skriftligen (9 kap. 1 § LUF). Principen om proportionalitet innebär i det här sammanhanget att en upphandlande myndighet eller enhet inte får ställa högre krav än vad som är nödvändigt i den specifika upphandlingen.

Av utredningen i målet framgår inledningsvis följande.

UL:s inbjudan föreskrev att reviderade anbud skulle lämnas in per e-post senast måndagen den 7 juni 2012 kl. 9.00. Det är ostridigt i målet att brevet med anbud från KR-Trafik inte diariefördes eller datumstämplades.

Allan Jansson (trafikplanerare på KR-Trafik) har i förhör berättat att Linda Sahlén (verkställande direktör på samma bolag) bad honom att personligen lämna in anbudet



på UL:s kontor måndag morgon. Han fick anbudet med rekommenderad post på torsdag eller fredag veckan innan och är säker på att det gavs in till UL före klockan 9.00 på måndagen.

Linda Sahlén har i förhör berättat att hon kände till att anbudet skulle mejlas in, men att hon inte tidigare varit med om detta och därför inte kände sig trygg med den lösningen. Hon skickade därför anbudet med expressbrev till Allan Jansson. På måndag morgon satt hon på sitt kontor i Åsarna för att även mejla anbudet om UL skulle vilja, men Allan Jansson fick bekräftat att det inte behövdes.

Tingsrätten gör följande bedömning.

Tingsrätten anser i avsaknad av reglering om preklusion på området och med beaktande av kompetensfördelningen mellan allmän förvaltningsdomstol och allmän domstol att det inte finns utrymme att bifalla UL:s invändning i den delen.

KR-Trafik har lämnat sin reviderade prisuppgift med brev i enlighet med det från början uppställda formkravet. UL har genom att acceptera KR-Trafiks reviderade anbud trots att det inte kom in med e-post i enlighet med det krav som uppställdes i samband med revideringen, i och för sig inte behandlat anbudsgivarna på ett likvärdigt sätt. Mot bakgrund av att det ursprungliga formkravet i upphandlingen var att anbud skulle lämnas in per brev och då kravet på att de reviderade prisuppgifterna skulle lämnas in per e-post får anses vara mer långtgående än vad som är nödvändigt, skulle upprätthållande av ett sådant krav emellertid strida mot principen om proportionalitet. Felet är därmed inte att bedöma som ett skadestandsgrundande upphandlingsfel.

De uppgifter som Allan Jansson, Linda Sahlén och Anders Engemar lämnat i förhör motsägs inte i någon väsentlig del av vad som tidigare framkommit i rapporten från Ernst & Young. Deras uppgifter stöds av det parkeringskvitto UL åberopat som bevisning. Mot bakgrund av detta är det visat att KR-Trafiks anbud kom in i tid.



I strid med principen om likabehandling

Keolis har gjort gällande att UL i strid med principen om likabehandling systematiskt motarbetat bolaget pga. att det ville använda ett upplägg med underentreprenörer. Keolis menar bl.a. att skälet till att möjlighet gavs att lämna reviderade anbud var UL:s inställning i denna fråga; det s.k. fördubblingsmålet var känt sedan tidigare och bekräftelsen vid årsstämman den 17 maj 2010 var en ren formalitet.

Av 11 kap. 5 § LUF och lagens förarbeten framgår att en leverantör får åberopa andra företags kapacitet, förmåga eller kunnande, om leverantören kan visa att han eller hon förfogar över den andra partens resurser och därmed uppnår erforderlig kapacitet i upphandlingen (Prop. 2006/07:128 sida 246).

Av utredningen i målet framgår inledningsvis följande.

Det framgick inte av UL:s förfrågningsunderlag att anbudsgivare skulle kunna redogöra för huruvida man skulle använda sig av underentreprenörer. Av UL:s modellavtal som var en bilaga till förfrågningsunderlaget framgick att "Trafikföretaget får först efter skriftligt förhandsgodkännande av UL anlita underentreprenörer för trafikens utförande". Av UL:s anbudsinbjudan den 26 februari 2010 framgick att UL nyligen beslutat att arbeta för ett fördubblat resande inom länets kollektivtrafik till år 2020. Anbud skulle lämnas in senast den 7 maj 2010. När anbuden kom in var UL kritiskt till att Keolis ville använda sig av underentreprenörer och bad därför Keolis presentera ett upplägg utan sådana. Den 17 maj 2010 antogs fördubblingsmålet av UL:s ägare. Vid ett möte den 28 maj 2010 presenterade Keolis, lite överraskande för UL, ett upplägg med reducerat antal underentreprenörer. UL beslutade ändå att godkänna Keolis anbud och skickade i samband med detta ut ett brev med information till anbudsgivarna om att ägarna antagit fördubblingsmålet. Där angavs att inriktningen hade brett politiskt stöd, men att detta inte var någon garanti. Anbudsgivarna uppmanades mot bakgrund av informationen att komma in med reviderade anbud.



Elisabeth Andreasson (affärsområdesdirektör på Keolis) har i förhör berättat vilka fördelar Keolis såg i samarbetet med deras avtalspartner Sambus AB (Sambus). Bolaget var en liten operatör som, till skillnad från Keolis, var van att hantera resenärer. Dessutom hade Sambus redan fordon och bussdepåer i Uppsala och Tierp, vilket skulle göra det mer kostadseffektivt och underlätta Keolis etablering. Om Keolis lagt anbudet helt utan underentreprenörer hade bolaget fått höja sitt pris med 30 miljoner kronor per år. Elisabeth Andreasson har vidare berättat att Keolis inte räknade med att UL skulle ge anbudsgivarna möjlighet att lämna reviderade anbud utan lade sitt lägsta pris i den första omgången. Att fördubblingsmålet antogs av ägarna var en ren formalitet.

Malte Burwick (dåvarande verkställande direktör på UL) har i förhör berättat om sin syn på fördubblingsmålet. UL var till 40 procent skattefinansierat och det var således ägarna som beslutade om ramarna för kollektivtrafiken. Att UL:s styrelse beslutade att anta fördubblingsmålet innebar därför i praktiken inte några ändrade förutsättningar. När Upphandlingen påbörjades stod det inte något i ägardirektiven om fördubblingsmålet, däremot angavs att UL skulle försöka uppnå tre procents resandeutveckling per år. Under Upphandlingens gång beslutade ägarna att anta fördubblingsmålet, vilket skulle innebära sju procents resandeutveckling per år. Beslutet innebar i praktiken ett bindande löfte om att skjuta till pengar för att uppnå målet.

Malte Burwick har vidare berättat att frågan om underentreprenörer var viktig för UL av två anledningar. Den första var att Keolis hade kvalificerat sig som anbudsgivare utan att se till att deras underentreprenörer gjorde detsamma. Den andra var den nya typ av avtal som Upphandlingen och fördubblingsmålet byggde på. Tidigare avtal hade varit s.k. bruttoavtal där det inte spelade någon roll för leverantören hur många som åkte buss. Den nya avtalstypen var i stället ett s.k. nettoavtal med en rörlig del som var kopplad till antalet resenärer. Den delen skulle utgöra 25-30 procent av den totala ersättningen. Centralt för avtalstypen var att alla inblandade hade rätt ekonomisk drivkraft för att hela tiden sätta kunderna i första rummet; en resandeutveckling skulle innebära mer pengar till leverantören. Därför var det viktigt att leverantören hade en



plan utifrån olika utvecklingsscenarier av resandet i länet relaterat till olika åtgärdsförslag. Keolis hade i sitt upplägg med Sambus helt missat vikten av dessa incitament.

Malte Burwick har slutligen som förklaring till tidpunkten för erbjudandet att lämna reviderade anbud berättat att UL var tvunget att veta vilka anbudsgivare som kvalificerat sig innan inbjudan gick ut.

Linda Sahlén (verkställande direktör på KR-Trafik) har uttryckt en liknande syn som Malte Burwick på UL:s avtalsmodell och fördubblingsmålet. Vidare har hon utvecklat sin förklaring till hur bolaget kunde sänka sitt pris med 40 miljoner kronor per år. KR-Trafik, som hade viss erfarenhet av s.k. nettoavtal, övervägde villkoren i Upphandlingen noga och gjorde olika beräkningar. Bolaget räknade med att få presentera sitt anbud för UL vid ett möte. Under mötet diskuterades möjligheterna att sänka den fasta ersättningen. UL uppgav på fråga att det fanns en bred politisk majoritet bakom fördubblingsmålet. Utifrån vad som framkom under mötet såg KR-Trafik att den rörliga ersättningen skulle öka med 10-50 miljoner kronor. Beskedet att ägarna antagit fördubblingsmålet gjorde att KR-Trafik slutligen kom fram till att det skulle gå att åstadkomma en rejäl resandeökning.

Tingsrätten gör följande bedömning

Det framgår tydligt av den skriftliga bevisning som Keolis åberopat i målet att UL i högsta grad ogillade Keolis lösning med underentreprenörer, vilket inte heller har förnekats av t.ex. Malte Burwick. Vidare står det klart att UL redan i planeringsstadiet av Upphandlingen velat framhäva fördubblingsmålets genomslag i praktiken. Slutligen framgår av Ernst & Youngs slutrapport framgår att Upphandlingen varit behäftad med diverse fel.

Elisabeth Andreassons uppfattning om användande av underentreprenörer och betydelsen av att fördubblingsmålet antogs av ägarna stöds av övriga personer från Keolis som hörts i målet. Malte Burwicks uppfattning i dessa frågor stöds av vad



Linda Sahlén berättat. Malte Burwicks förklaring till hur viktigt det var för fördubblingsmålet att det nya avtalet innehöll rätt incitament, vilket svårligen kunde uppnås med Keolis upplägg, framstår som rimlig. Detsamma gäller hans förklaring till varför informationen om det nya ägardirektivet skickades ut först efter mötet med Keolis.

Vid en jämförelse mellan Keolis och KR-Trafiks strategier framgår att bolagen viktade ägarnas formella antagande av fördubblingsmålet på olika sätt. För Keolis var det en ren formalitet och bolaget hade i sina kalkyler inför den första anbudsomgången redan räknat på att målsättningen skulle få ett visst genomslag i praktiken. KR-Trafik däremot räknade med att det skulle bli en förhandling med UL om upplägg och pris. För KR-Trafik innebar det antagna ägardirektivet att bolaget vågade räkna med ett ökat resande i en sådan omfattning att priset kunde sänkas med cirka 40 miljoner kronor per år.

Keolis har mot bakgrund av Malte Burwicks och Linda Sahléns uppgifter inte lyckats visa att UL:s inställning till användande av underentreprenörer, genom att bl.a. ge anbudsgivarna möjlighet att lämna reviderade anbud med hänvisning till att UL:s ägare antagit fördubblingsmålet, inneburit att Keolis behandlades i strid med principen om likabehandling.

Inget kontrakt - inget skadestånd

Keolis har alltså visat att UL gjort sig skyldig till upphandlingsfel genom att delge Nobina hemlig information.

Tingsrätten går därmed över till att pröva UL:s invändning att någon ersättningsgill skada inte finns, då ingen av anbudsgivarna i Upphandlingen blev tilldelad kontraktet.

För att en anbudsgivare ska ha rätt till skadestånd måste det föreligga kausalitet mellan skadan och det förhållandet att den upphandlande enheten inte har följt bestämmel-



serna i LUF. Så kan i allmänhet vara fallet endast om anbudsgivaren har förlorat kontraktet till följd av överträdelsen (prop. 1992/93:88 s. 103).

Svea hovrätt har i dom den 30 april 2001 i mål nr T 3648-00 slagit fast att skadeståndsskyldighet inte är utesluten på grund av att ett skriftligt upphandlingsavtal inte slutits beträffande den ifrågavarande upphandlingen.

Beträffande ersättning för kostnaderna att förbereda ett anbud, det s.k. negativa kontraktsintresset, har Göta hovrätt i rättsfallet RH 2002:15 resonerat kring kausalitetskravet i upphandlingsmål. Hovrätten ser det som att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds. Så får enligt hovrätten även anses vara fallet med beaktande av att partsrelationen i praktiken har innehållit s.k. prekontraktuella inslag. I de fall skadeståndsskyldighet - till följd av exempelvis handelsbruk, sedvänja eller allmänna principer om culpa in contrahendo - föreligger i prekontraktuella relationer, kan ersättning utgå för det negativa kontraktsintresset.

Av EU-rättslig praxis framgår att fel eller överträdelse vid upphandling alltid i första hand ska korrigeras så tidigt som möjligt genom rättelse eller genom att upphandlingen görs om (jfr mål C-470/99, *Universale-Bau*, p. 75 och 78, och mål C 230/02, *Grossman*). Avsikten bakom bestämmelsen om överprövning i den svenska rättsordningen är att man ska kunna angripa en feltillämpning på ett så tidigt stadium att det ska vara möjligt för domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommer (prop. 1992/93:88 s. 101).

Enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer finns en skyldighet för den skadelidande att begränsa sin skada. I upphandlingsmål innebär detta att en skadelidande måste ansöka om överprövning vid upphandlingsfel som han eller hon får kännedom om (jfr NJA 2007 s. 349, RH 2010:48 och Svea hovrätts dom den 15 februari 2011 i mål T 3328-10).



Tingsrätten gör följande bedömning.

Det finns inte något absolut krav att någon av anbudsgivarna i en upphandling ska tilldelas kontraktet för att skadestånd ska utgå. Tyngdpunkten i rättsmedlen ligger emellertid på prövning före den tidpunkt när skadestånd blir aktuellt. Leverantören har därför en skyldighet när han eller hon får kännedom om ett upphandlingsfel att försöka begränsa sin skada genom att ansöka om överprövning hos förvaltningsrätten.

Förvaltningsrättens behörighet att överpröva en upphandling föreligger i princip fram till dess att det finns ett upphandlingskontrakt. Om en leverantör ansöker om överprövning och förvaltningsrätten finner att den kan bifalla ansökan, ska antingen den upphandlande enheten vidta rättelse av överträdelsen eller upphandlingen göras om. Kausalsambandet mellan fel och skada har därigenom brutits på ett sätt som utesluter ersättning för det positiva kontraktsintresset. Det går emellertid att tänka sig situationer där, trots att upphandlingen görs om, en leverantör kan sägas ha lidit skada och då motsvarande det negativa kontraktsintresset. En sådan situation skulle kunna vara när upphandlingen görs om på väsentligt nya villkor.

I förevarande fall har Keolis haft en skyldighet att begära överprövning när bolaget fick kännedom om felet, vilket bolaget också gjorde. Genom att Keolis andrahandsyrkande att Upphandlingen skulle göras om bifölls av förvaltningsrätten, har bolaget inte lidit någon ersättningsgill skada motsvarande det positiva kontraktsintresset. Keolis har däremot inte genom överprövningen frångått möjligheten att få ersättning för det negativa kontraktsintresset.

Sakligt grundat avbrytande

Tingsrätten går nu över till att pröva om UL:s invändning att bolaget har haft saklig grund för att avbryta Upphandlingen.

Möjligheten att avbryta en upphandling regleras inte uttryckligen i LUF, men av 9 kap. 2 § andra stycket LUF följer att en upphandlande myndighet skriftligen ska underrätta



anbudssökandena och anbudsgivarna i händelse att den beslutar att avbryta en upphandling.

I målet C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik*, anförde EG-domstolen med hänvisning till sin dom i målet C-27/98, *Metalmecanica*, att gemenskapsreglerna om offentlig upphandling inte medför att en upphandlande enhets befogenhet att avstå från en upphandling föreligger endast i undantagsfall eller när det föreligger tungt vägande skäl (punkt 40). I målet fann domstolen vidare att de upphandlande enheterna är skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet när de beslutar att återkalla en upphandling (punkt 47). Vidare uttalade domstolen att den överprövning som ska göras inte får begränsas till att endast omfatta frågan om beslutet är av godtycklig art (punkt 64).

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallen RÅ 2008 ref. 35 respektive RÅ 2009 ref. 43 uttalat att det anses som ett godtagbart skäl att avbryta upphandlingen om endast en lämplig anbudsgivare återstår eller utvärderingen av inkomna anbud visat att enhetens budget för tjänsten i fråga skulle överskridas. Vad gäller vilka skäl i övrigt som kan godtas finns i EG-domstolens praxis exempel på att en upphandlande enhet gjort en felaktig förhandsbedömning som medför att den inte skulle ha möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. EG-domstolen fann att enheten i en sådan situation hade befogenhet att avbryta upphandlingen (mål C-244/02, *Kauppatalo Hansel*, punkt 36).

Tingsrätten gör följande bedömning.

När UL försökte avbryta Upphandlingen stod det klart för bolaget att Nobina fått del av hemlig information. Vidare kunde det vid den tidpunkten inte uteslutas att även KR-Trafik hade fått del av sådan information. UL hade därmed inte kunnat iaktta i dessa sammanhang grundläggande principerna om Upphandlingen hade fortsatt. Ett avbrytande har således varit helt nödvändigt för att förhindra skada. Följaktligen



agerade UL av allt att döma på ett korrekt sätt när bolaget fick vetskap om att hemlig information hade röjts. Enligt tingsrätten påverkade den uppkomna situationen Upphandlingen på ett sådant sätt att UL får anses ha haft saklig grund att avbryta förfarandet. Att förvaltningsrätten kom fram till att UL inte hade rätt att avbryta Upphandlingen föranleder ingen annan bedömning.

Inget skadestånd vid sakligt grundat avbrytande

Tingsrätten prövar därefter UL:s invändning att någon rätt till skadestånd inte finns vid ett sakligt grundat avbrytande. UL har därvid gjort gällande att kompetensfördelningen mellan allmänna domstolar och allmänna förvaltningsdomstolar hindrar tingsrätten från att göra någon annan bedömning än den förvaltningsrätten har gjort i mål 4705-10 och 6404-10.

Högsta domstolen kom i rättsfallet NJA 2001 s. 3 fram till att något skadestånd inte kunde åläggas ett landsting som avbrutit sitt upphandlingsförfarande. I domskälen framhölls att syftet med LOU inte har varit vare sig att skapa en skyldighet för offentligrättsliga subjekt att konkurrensutsätta sin verksamhet eller att vid sidan av det allmänna avtalsrättsliga regelverket skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk för prekontraktuella och kontraktuella relationer mellan privaträttsliga och offentligrättsliga subjekt i annan utsträckning än vad som är nödvändigt för att implementera upphandlingsdirektiven. Därför menade Högsta domstolen att det saknades anledning att tolka in regler i LOU avseende förhållanden som regleras i den allmänna avtalsrätten.

Tingsrätten gör följande bedömning.

Utifrån den kompetensfördelning mellan allmän förvaltningsdomstol och allmän domstol som faktiskt finns på området ser tingsrätten inget utrymme att bifalla UL:s invändning om preklusion.



Tingsrätten anser mot bakgrund av syftet bakom reglerna om offentlig upphandling att något skadestånd inte ska utgå vid ett avbrytande som är sakligt grundat. UL:s avbrytande var som tingsrätten kommit fram till sakligt grundat, vilket innebär att Keolis inte lidit någon ersättningsgill skada. Bolaget kan alltså inte heller få ersättning motsvarande det negativa kontraktsintresset. Keolis käromål ska därför i sin helhet ogillas.

Sammanfattning

UL har gjort sig skyldigt till upphandlingsfel genom att upplysa Nobina om att bolaget inte låg lägst bland anbudsgivarna och att Nobina måste sänka sitt pris med 20 miljoner kronor för att vinna Upphandlingen.

Keolis har haft en skyldighet att begära överprövning när bolaget fick kännedom om felet. Genom förvaltningsrättens beslut att Upphandlingen skulle göras om har Keolis inte lidit någon ersättningsgill skada motsvarande det s.k. positiva kontraktsintresset.

UL har haft rätt att avbryta Upphandlingen under förfarandet i förvaltningsrätten. Då avbrytandet var sakligt grundat har Keolis inte heller lidit någon ersättningsgill skada motsvarande det s.k. negativa kontraktsintresset.

Rättegångskostnader

Som tappande part ska Keolis ersätta UL:s rättegångskostnad. Om beloppet råder ingen tvist. På beloppet ska ränta utgå enligt lag.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 401)

Överklagande, ställt till Svea hovrätt, ges in till tingsrätten senast den 30 juli 2012. Prövningstillstånd krävs.

Fredrik von Arnold

Peter Lif

Joel Björk-Werner





ANVISNING FÖR ÖVERKLAGANDE - DOM I TVISTEMÅL

Den som vill överklaga tingsrättens dom, eller ett i domen intaget beslut, ska göra detta skriftligen.

Skrivelsen ska skickas eller lämnas till tingsrätten. Överklagandet prövas av den hovrätt som finns angiven i slutet av domen.

Överklagandet ska ha kommit in till tingsrätten **inom tre veckor** från domens datum. Sista dagen för överklagande finns angiven på sista sidan i domen.

Har ena parten överklagat domen i rätt tid, får också motparten överklaga domen (s.k. **anslutningsöverklagande**) även om den vanliga tiden för överklagande har gått ut. Överklagandet ska också i detta fall skickas eller lämnas till tingsrätten och det måste ha kommit in till tingsrätten **inom en vecka** från den i domen angivna sista dagen för överklagande. **Om det första överklagandet återkallas eller förfaller kan inte heller anslutningsöverklagandet prövas.**

Samma regler som för part gäller för den som inte är part eller intervenient och som vill överklaga ett **i domen intaget beslut** som angår honom eller henne. I fråga om sådant beslut finns dock inte någon möjlighet till anslutningsöverklagande.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i hovrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Hovrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som tingsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som tingsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står tingsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till hovrätten varför klaganden anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla uppgifter om

1. den dom som överklagas med angivande av tingsrättens namn samt dag och nummer för domen,
2. parternas namn och hemvist och om möjligt deras postadresser, yrken, personnummer och telefonnummer, varvid parterna benämns klagande respektive motpart,
3. den ändring av tingsrättens dom som klaganden vill få till stånd,
4. grunderna (skälen) för överklagandet och i vilket avseende tingsrättens domskäl enligt klagandens mening är oriktiga,
5. de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som åberopas och vad som ska styrkas med varje bevis.

Har en omständighet eller ett bevis som åberopas i hovrätten inte lagts fram tidigare, ska klaganden i mål där förlikning om saken är tillåten förklara anledningen till varför omständigheten eller beviset inte åberopats i tingsrätten. Skriftliga bevis som inte lagts fram tidigare ska ges in samtidigt med överklagandet. Vill klaganden att det ska hållas ett förnyat förhör eller en förnyad syn på stället, ska han eller hon ange det och skälen till detta. Klaganden ska också ange om han eller hon vill att motparten ska infinna sig personligen vid huvudförhandling i hovrätten.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans/hennes ombud. Till överklagandet ska bifogas lika många kopior av skrivelsen som det finns motparter i målet. Har inte klaganden bifogat tillräckligt antal kopior, framställs de kopior som behövs på klagandens bekostnad. Ytterligare upplysningar lämnas av tingsrätten. Adress och telefonnummer finns på första sidan av domen. Om ni tidigare informerats om att förenklad delgivning kan komma att användas med er i målet/ärendet, kan sådant delgivningssätt också komma att användas med er i högre instanser om någon överklagar avgörandet dit.





SVEA HOVRÄTT

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Om Ni vill överklaga hovrättens avgörande ska Ni göra det genom att skriva till Högsta domstolen.

Överklagandet ska dock skickas eller lämnas till hovrätten. Det ska ha kommit in till hovrätten senast den dag som anges i slutet av det överklagade avgörandet.

Beslut om häktning, restriktioner enligt 24 kap. 5 a § rättegångsbalken eller reseförbud får överklagas utan tidsbegränsning.

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta domstolen ska pröva ett överklagande. Högsta domstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledningen av rättstillämpningen (prejudikatskäl) att överklagandet prövas av Högsta domstolen, eller
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att domvilla förekommit eller att målets utgång i hovrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Överklagandet ska innehålla uppgifter om

1. klagandens namn, adress och telefonnummer,
2. det avgörande som överklagas (hovrättens namn och avdelning samt dag för avgörandet och målnummer),
3. den ändring i avgörandet som yrkas,
4. varför avgörandet ska ändras,
5. de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd ska meddelas,
6. de bevis som åberopas och vad som ska styrkas med varje bevis.

Förenklad delgivning

Om Ni tidigare informerats om att Ni kan komma att delges handlingar i målet/ärendet genom förenklad delgivning, kan förenklad delgivning med Er komma att användas också hos Högsta domstolen om någon överklagar avgörandet dit.

