



2022-09-20

RUN/408/2022
Ert dnr: 586/2022

Magnus Stenwall
Inköp och upphandling
Tfn: 063-14 77 02
E-post: magnus.stenwall@regionjh.se

Konkurrensverket
Enheten för upphandlingstillsyn

Svar på skrivelse gällande avtal om särskild kollektivtrafik som fått bestå av tvingande hänsyn

Med anledning av Konkurrensverkets skrivelse återkommer Region Jämtland Härjedalen härmed enligt följande.

Yttrande

A.1 Inledning

1. ”Trafikavtal 2022-01 – 2022-08 avseende Strömsunds kommun” som tecknats med Norra Jämtlands Taxi AB den 20 december 2021 samt ”Trafikavtal 2022-01 – 2022-08 avseende Krokoms kommun” som tecknats med Taxi Glesbygd i Krokoms AB den 13 december 2021 (**”Avtalen”**) efter ett oannonserat förfarande (**”Upphandling 3”**) har föregåtts av inte mindre än två annonserade upphandlingar avseende samma upphandlingsföremål¹, varav avslutandet av den första annonserade upphandlingen varit osedvanligt komplicerad.
2. Regionen har alltsedan den annonserade upphandlingen av särskild kollektivtrafik i Krokoms Strömsund vinnlagt sig om att i möjligaste mån undvika oannonserade förfaranden, men detta har i huvudsak nödvändiggjorts av andra parter utom Regionens kontroll.

A.2 Bakgrund

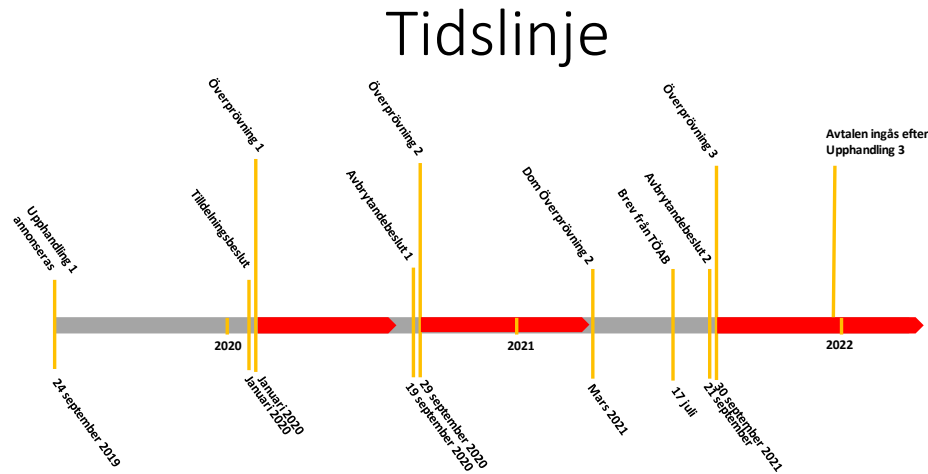
3. Konkurrensverket anger i sin bakgrundsbeskrivning i skrivelsen att Förvaltningsrätten i Härnösands (**”FHA”**) den 11 juli 2022 i mål nr 166-22, konstaterat att Regionen har ingått avtal utan föregående annonsering trots att det förelåg skyldighet att annonsera enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Vi vill inledningsvis rikta uppmärksamheten på att Konkurrensverket anger att Kammarrätten i Sundsvall skulle ha *avslagit* Regionens överklagande av denna dom, vilket indikerar att Kammarrätten i Sundsvall befattat sig med sakfrågan i FHA:s mål nr 166-22. Korrekt är istället att kammarrätten har *avvisat* talan, mot bakgrund av att Regionen inte har någon klagorätt mot FHA:s dom i mål nr 166-22, vilket är viktigt att ha med sig i den fortsatta processen. Det har aldrig konstaterats på kammarrättsnivå att Regionen gjort fel genom att inte annonsera Upphandling 3.

¹ Färdtjänst och skolskjuts inom Krokoms kommun respektive Strömsunds kommun (**”Upphandlingsföremålet”**).

4. Anskaffningen av Upphandlingsföremålet har emellertid påbörjats mycket tidigare än den Upphandling 3 som var aktuell i FHA:s mål nr 166-22.
5. Regionen påbörjade den 24 september 2019 ett annonserat upphandlingsförfarande avseende särskild kollektivtrafik i bl.a. Krokoms och Strömsunds kommuner (dnr RUN/437/2019), ("**Upphandling 1**").² Regionen meddelade tilldelningsbeslut i Upphandling 1 i januari 2020. Tilldelningen, såvitt avsåg Krokoms och Strömsunds kommuner, överprövades av Taxi Glesbygd i Krokoms AB ("**Taxi Glesbygd**"), och talan avslogs senare. Efter tiden för överprövningen från Taxi Glesbygd upptäcktes att Upphandling 1 var behäftad med brister. Regionen valde därför att avbryta Upphandling 1 den 19 september 2020. Detta beslut överprövades av Taxi Östersunds AB ("**TÖAB**") varefter FHA fann i dom den 10 mars 2021 i mål nr 3890-20 att Regionen inte hade visat att det förelåg sakliga skäl för avbrytande, se [bilaga 1](#). Regionen valde att inte överklaga domen, utan inledde därefter kommunikation med TÖAB i syfte att skriva avtal. Skälet till detta var att det vid denna tidpunkt alltför sällsynt föreföll finnas möjlighet för att TÖAB skulle godta att ingå avtal i enlighet med vad som utannonserades. Denna kommunikation pågick under hela våren 2021 och utmynnade i att Regionen begärde att TÖAB besvarade ett antal frågor med anledning av kommunikationen mellan parterna, se [bilaga 2](#). Härfter stod det klart genom ett brev från TÖAB daterat den 17 juli 2021, att TÖAB reserverade sitt anbud på flertalet sätt som inte var förenliga med upphandlingsdokumentet. Regionen blev då nödgade att ånyo avbryta upphandlingen, se [bilaga 3](#). Efter att TÖAB överprövat detta nya avbrytandebeslut avslog FHA i dom den 15 november 2021 i mål nr 3513-21 TÖAB:s talan, se [bilaga 4](#). TÖAB överklagade denna dom till Kammarrätten i Sundsvall, som instämde med Regionen om att Upphandling 1 hade sakliga skäl för avbrytande, av de skäl som Regionen framhållit, se [bilaga 5](#).
6. När det stod klart att Regionen var tvungen att avbryta Upphandling 1 på nytt den 21 september 2021, påbörjades så snart som möjligt en annonserad upphandling avseende Upphandlingsföremålet i syfte att tillfälligt – till dess Upphandling 1:s resultat var klarlagt – säkerställa trafiken (härefter benämnd den "**Upphandling 2**"). Detta annonserade förfarande överprövades av TÖAB. FHA beslutade i dom den 25 november i mål nr 3606-21 att Upphandling 2 behövde göras om – då det stred mot de grundläggande principerna att ha en kortare uppstartstid mellan avtalstecknande och första avtalsdag, [bilaga 6](#).
7. Med anledning av detta genomförde Regionen ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering av särskild kollektivtrafik avseende Krokoms och Strömsunds kommuner (Upphandling 3). Avtal ingicks med Taxi Glesbygd i Krokoms AB respektive Norra Jämtlands Taxi AB, som dessförinnan hade genomfört trafiken, enligt "Trafikavtal 2022-01 avseende Krokoms kommun" tecknat den 13 december 2021 och "Trafikavtal 2022-01 avseende Strömsunds kommun" tecknat den 20 december 2021 (Avtalen). Avtalen – som alltså avsåg samhällsviktiga tjänster – ingicks med dessa aktörer (som var befintliga leverantörer) då det manifesterat (se bl.a. TÖAB:s egen argumentation i FHA:s mål nr 3606-21) inte fanns någon annan som kunde utföra trafiken på så kort varsel.

² Tidigare upphandlingsförfaranden avseende väsentligen samma upphandlingsföremål saknar betydelse för nu aktuell fråga, och det är för Regionen oklart varför Taxi Östersund tar upp dessa förfaranden.

8. För att kunna få en schematisk bild över anskaffningens gång kan följande tidslinje framhållas (bilagerad som bilaga 7).



A.3 Det finns skäl att helt efterge avgiften

9. Som nämnt inledningsvis har Kammarrätten i Sundsvall *inte* prövat om Regionen har överträtt annonseringsskyldigheten genom Upphandling 3. Till följd av HFD 2017:45 har Regionen inte haft möjlighet att få frågan om det var korrekt eller inte att genomföra ett annonserat förfarande prövat i högre instans. Därav avvisade kammarrätten Regionens överklagande.
10. Det ska poängteras att HFD i sin dom framhöll att regleringen gör det möjligt att ta hänsyn även till omständigheter som har legat till grund för det lagakraftvunna avgörande som Konkurrensverket bygger sin ansökan på.
11. Det kan framhållas, även om detta inte kan få en direkt betydelse, att FHA:s dom i mål nr 166-22 sannolikt är feldömd i förhållande till tidigare praxis. Ingenstans i praxis har det tidigare framhållits att domstolen ska bedöma vems ”fel” det är att en upphandling har överprövats. Istället räcker det med att konstatera *att* en tidigare upphandling, i detta fall Upphandling 1, har överprövats under mycket lång tid. Så har varit fallet gällande Upphandling 1.
12. Vidare, det enda som läggs Regionen till last är att Regionen inte skyndade sig att avbryta Upphandling 1 på nytt efter brevet från TÖAB den 17 juli 2022 för att kunna genomföra ett annonserat påskyndat förfarande (Upphandling 2). Härvid ska poängteras *för det första* att detta sannolikt inte hade haft någon betydelse eftersom FHA själva i en dom avseende det påskyndade förfarandet (Upphandling 2), som genomfördes trots att det enligt Regionens mening tveksamt ens förelåg någon skyldighet härvid, angav att det behöver finnas en längre uppstartsperiod.
13. För det andra ska framhållas att skälet till att Regionen inte direkt efter mottagandet av brevet den 17 juli 2022 från TÖAB kunde avbryta Upphandling 1 förstås var att brevet innehöll omfattande skrivningar som krävde noggrant övervägande över TÖAB:s egentliga avsikt. Därtill krävdes att det organ inom

Regionen som hade behörighet att fatta avbrytandebeslut hade samlats, vilket inte var möjligt förrän i september 2022. Även om Regionen hade försökt samla detta organ tidigare, så finns en förberedelsegång inom Regionen som inte kan åsidosättas, som inkluderar att ett ärende måste anmälas cirka 3-4 veckor innan det behandlas. Det fanns helt enkelt inte möjlighet att fatta avbrytandebeslutet tidigare än som nu skedde.

14. Det ska framhållas att nu aktuellt ärende omgärdas av exceptionella omständigheter där FHA i ett första avbrytandemål inte godtagit att Upphandling 1 avbryts, för att sedan i en ny process konstaterat att Regionen har rätt att avbryta upphandlingen, varefter Kammarrätten i Sundsvall instämt i denna senare bedömning. Detta tillsammans med TÖAB:s återkommande reservationsvisa kommunikation i syfte att bl.a. ändra det avtal som var utannonserat i Upphandling 1 har gjort det omöjligt för Regionen att slutföra Upphandling 1. Därefter har FHA, trots att kammarrätten vid den tidpunkten kommit fram till att Upphandling 1 fick avbrytas, ansett att det är Regionen som bör bära ansvaret för fördröjningen.
15. Situationen som nu uppstår där Regionen ska behöva betala upphandlingsskadeavgift för att ha stått emot TÖAB:s försök att ändra det utannonserade avtalet i Upphandling 1 förfelar hela syftet med en upphandlingsskadeavgift.
16. Regionen menar inte att Konkurrentverket ska överpröva den tidigare domen, men mot denna bakgrund bör ärendet anses utgöra ett ringa fall.
17. Utredningen i ärendet ger nämligen vid handen att Regionen inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med vad som gäller enligt LOU. På grund av omständigheter som *i huvudsak* legat utanför vad Regionen själva kunnat förutse och påverka har emellertid det inledda upphandlingsförfarandet inte kunnat avslutas som planerat. Vid sådant förhållande och på grund av att det var fråga om anskaffning av särskild kollektivtrafik för samhällets svaga och äldre, som alltså inte har kunnat anstå, har Upphandlingsföremålet i stället upphandlats genom vad som sedermera bedömts vara otillåtna direktupphandlingar. De ingångna Avtalen har dock tidsbegränsats och är avsedda att gälla endast till dess inköp kan göras enligt en ny annonserad upphandling. Regionen har alltså lagt grunden för en förnyad upphandling. Mot denna bakgrund bör Konkurrentverket notera att behovet av en sådan avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift ska ha inte är tillräckligt starkt för att motivera en avgift i en situation som den förevarande. Sanktionsvärdet får alltså bedömas som så lågt att fråga är om ringa fall. Upphandlingsskadeavgift ska därför inte beslutas (jfr HFD 2014 ref. 49).

A.4 Det finns anledning att sätta ned avgiftens storlek markant

18. FHA anser att mycket av den tidsfördröjning som Upphandling 1 har drabbats av inte kan lastas Regionen. I princip är det endast det faktum att Regionen dröjde med att genomföra ett påskyndat förfarande (Upphandling 2) som ska lastas Regionen. Alla andra förutsättningar för att genomföra det oannonserade förfarandet enligt 6 kap. 15 § LOU var uppfyllda enligt FHA.
19. Vidare ska framhållas att upphandlingsskadan i förhållande till det alternativa scenariot om att Regionen annonserade ett påskyndat förfarande i juli 2022 sannolikt är obefintlig. Även en sådan händelseutveckling hade med all sannolikhet resulterat i att Regionen varit tvungna att genomföra ett annonserat förfarande,

eftersom TÖAB alltjämt hade överprövat Upphandling 2 – då de ansett att tiden för uppstart varit för knapp – varvid Regionen alltjämt hade varit tvungna att ingå Avtalen.

REGION JÄMTLAND HÄRJEDALEN

Elise Ryder Wikén
Ordförande regionala utvecklingsnämnden

Magnus Aspegren
Regional utvecklingsdirektör

Svar fastställt av regionala utvecklingsnämnden 2022-09-20, § 143