



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2014-03-18
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
24260-13

Sida 1 (19)

SÖKANDE

Blidösundsbolaget AB, 556533-4231

Ombud: Jur.kand. Christoffer Stavenow och jur.kand. Hampus Stefansson
Stavenow Partners
Kungsgatan 24
111 35 Stockholm

MOTPART

Waxholms Ångfartygs AB, 556087-9859

Ombud: Advokaterna Johan Carle och Sven Vaxenbäck samt biträdande
juristen Viveka Heimer
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2014-03-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 445076

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Waxholms Ångfartygs AB (WÅAB) har på uppdrag av trafiknämnden i Stockholms läns landsting (SLL) påbörjat upphandlingar enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, avseende kollektiv båttrafik m.m. i Stockholms skärgård. Upphandlingarna har delats upp i olika geografiska områden. WÅAB beslutade den 1 oktober 2013 att avbryta upphandlingen som rörde område Nord, dnr 2012-282. Som skäl för beslutet angavs att det inte kan förväntas fattas tilldelningsbeslut då det inte uppnåtts politisk enighet.

Blidösundsbolaget AB (Blidösundsbolaget) ansöker om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ogiltigförklarar WÅAB:s beslut att avbryta upphandlingen och förordnar att upphandlingen ska få avslutas först efter rättelse på så sätt att tilldelningsbeslut meddelas.

WÅAB yrkar i första hand att förvaltningsrätten inte tar upp Blidösundsbolagets ansökan om överprövning i sak. I andra hand yrkar WÅAB att förvaltningsrätten ska avslå ansökan, varvid förvaltningsrätten bör avvisa Blidösundsbolagets yrkande om att upphandlingen ska få avslutas först efter rättelse på så sätt att tilldelningsbeslut meddelas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Ska Blidösundsbolagets ansökan prövas i sak?

Utvecklande av talan

WÅAB anför bl.a. följande. En grundläggande förutsättning för att Blidösundsbolaget ska kunna anses ha ett berättigat intresse av att få WÅAB:s

beslut om att avbryta upphandlingen prövat i sak, är att den framgång som eftersträvas överhuvudtaget är möjlig att uppnå.

Av EU-domstolens praxis (mål C-401/09 *Evropaïki Dynamiki mot ECB*) följer att en grund till stöd för en talan om ogiltigförklaring inte kan upptas till sakprövning, när en ogiltigförklaring av den angripna rättsakten med stöd av nämnda grund ändå inte kan medföra att sökanden når sådan framgång som eftersträvas. Det nyss sagda gäller, enligt nyss angiven dom, även om det antas att det skulle finnas fog för grunden.

Eftersom en politisk majoritet avseende upprättat förslag till tilldelningsbeslut inte kunde uppnås före den 1 oktober 2013, har såväl trafiknämnden som WÅAB därefter, på grund av övergångsbestämmelserna i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik (kollektivtrafiklagen) lagligen varit förhindrade att godkänna förslaget till tilldelningsbeslut. Det hade därmed varit lagstridigt att fullfölja upphandlingen och således fanns inget annat alternativ än att besluta om avbrytande av densamma. Syftet med Blidösunbolagets talan kan således aldrig uppnås genom en eventuell ogiltigförklaring av avbrytandebeslutet.

Enligt EU:s kollektivtrafikförordning, som även är tillämplig på kollektivtrafik på vatten, är en upphandlande myndighet skyldig att offentliggöra vissa uppgifter i Europeiska unionens officiella tidning senast ett år innan det fria anbudsförfarandet inleds eller innan ett avtal direkttilldelas.

Kollektivtrafiklagens övergångsbestämmelse föreskriver ett undantag från sådan annonseringsskyldighet i fråga om avtal om allmän trafik på vatten om det fria anbudsförfarandet har inletts respektive ett avtal har direkttilldelats före den 1 augusti 2013. Vid en tolkning av denna övergångsbestämmelse i jämförelse med den tredje övergångsbestämmelsen, som uttryckligen anger att ett avtal får ingås utan beslut om allmän trafikplikt,

kan konstateras att det för att bestämmelsen om undantag från annonseringsplikt ska bli tillämplig krävs att det har fattats ett beslut om allmän trafikplikt. Eftersom upphandlingen inte har föregåtts av ett beslut om allmän trafikplikt så kan den aktuella övergångsbestämmelsen inte bli tillämplig i den aktuella situationen.

I LOU saknas uttrycklig reglering för vad rätten har att förordna för åtgärd vid bifall till en ansökan om ogiltigförklaring av ett beslut att avbryta en upphandling. Det följer emellertid av EU-rättslig praxis och svensk rättspraxis att ogiltigförklaring är den möjliga åtgärden när ett avbrytandebeslut inte anses vila på saklig grund. Av allmänna förvaltningsrättsliga principer följer att det endast är sådana beslut som har påvisbar effekt som är överklagbara. I vissa särskilda fall har det ansetts att en talan, trots att rättelse varit omöjlig, behöver prövas i sak, t.ex. i fall där den enskilde har haft ett mycket starkt intresse av rättelse såsom i mål om kroppsbesiktning, försäljning av omhändertaget djur, m.fl. Då dessa omständigheter inte är jämförbara med nuvarande situation bör Blidösundsbolaget, i linje med allmänna principer, inte tillerkännas rätt till sakprövning, eftersom en ogiltigförklaring av avbrytandebeslutet inte kommer att leda till att upphandlingen fullföljs.

Blidösundsbolaget anför bl.a. följande. Blidösundsbolaget har ett berättigat intresse av att få avbrytandebeslutet ogiltigförklarat. Den eftersträlvade rättsföljden – att beslutet förklaras ogiltigt – är fullt möjlig att uppnå efter sakprövning. Det av WÅAB förda resonemanget avseende EU-domstolens dom i mål C-401/09 *Evropaïki Dynamiki mot ECB* är inte relevant för frågan om Blidösundsbolagets talerätt.

Även om förutsättning för att slutföra upphandlingen inte skulle anses föreligga ska målet tas upp till prövning i sak, vilket följer av Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 21 juni 2012 i mål 5010-12. I avgörandet fann

kammarrätten att det för frågan om talerätt saknade betydelse om den sökande leverantörens anbud hade gått ut även när denne yrkat att upphandlingen skulle göras om.

Det är vidare fullt möjligt att slutföra upphandlingen med iakttagande av kollektivtrafiklagen och även för det fall ett fullföljande skulle innebära ett brott mot någon bestämmelse i lagen. Dessutom har vad WÅAB anfört i denna del inte alls berörts i beslutet att avbryta upphandlingen. Detta nya skäl utgör en efterhandskonstruktion som syftar till att försöka rättfärdiga ett felaktigt beslut. Endast de skäl som angetts i avbrytandebeslutet bör vara föremål för prövning i domstol.

Det finns inga regler i kollektivtrafiklagen som säger att hela upphandlingen måste föregås av ett beslut om allmän trafikplikt. I 3 kap. 3 § nämnda lag anges att ett avtal om allmän trafikplikt ska grunda sig på ett beslut om allmän trafikplikt, vilket innebär att ett beslut om allmän trafikplikt ska fattas innan ett avtal i upphandlingen ingås.

Om en upphandling inleds efter den 1 augusti 2013 krävs att vissa uppgifter om upphandlingen annonseras minst ett år innan upphandlingen inleds. Enligt övergångsbestämmelserna i kollektivtrafiklagen behöver inte den aktuella upphandlingen annonseras eftersom den inletts före den 1 augusti 2013. I stället gäller det begränsade kravet att den annonserats enligt tillämplig upphandlingslagstiftning, dvs. LOU.

Redan av förfrågningsunderlaget framgår att tilldelningsbeslutet var planerat att fattas i september eller oktober 2013. Såväl WÅAB som trafiknämnden har således varit väl medvetna om att beslut om allmän trafikplikt skulle behöva fattas om inte tilldelningsbeslut fattades före den 1 oktober 2013. Det vore varken rimligt eller förenligt med lagstiftningens syften om en upphandlande myndighet skulle kunna hänvisa till bestämmelser i en

lag – kollektivtrafiklagen – som skäl för att avbryta en upphandling och i stället genomföra otillåtna direktupphandlingar i strid mot både den lagen och LOU.

Även om WÅAB inte skulle teckna kontrakt med Blidösundsbolaget, trots förordnande om att upphandlingen inte får avbrytas, så är domstolens bedömning av frågan om ogiltigförklarande av avbrytandebeslutet väsentlig för Blidösundsbolaget, bl.a. för frågan om WÅAB:s skadeståndsansvar.

Förvaltningsrättens bedömning

Sedan den 1 augusti 2012, då vissa ändringar i kollektivtrafiklagen trädde i kraft, gäller EU:s kollektivtrafikförordning i fråga om kollektivtrafik på vatten.¹ Lagändringen innebär dels att kollektivtrafiklagens tillämpningsområde utökas till kollektivtrafik på vatten, dels att EU:s kollektivtrafikförordning ska tillämpas på sådan trafik (prop. 2011/12:76 s. 24). Ett avtal om allmän trafik måste, enligt 3 kap. 3 § kollektivtrafiklagen, grunda sig på ett beslut om allmän trafikplikt.²

Inför införandet av lagändringarna ansåg regeringen att det borde vara möjligt att under en rimlig tid efter ikraftträdandet ingå avtal om allmän trafik som inte grundar sig på ett beslut om allmän trafikplikt, eftersom ett avtal kan ha förberetts före ikraftträdandet eller en upphandling ännu inte avslutats (a. prop. s. 45). Med hänsyn till bestämmelserna i EU:s kollektivtrafikförordning om att behöriga myndigheter ska offentliggöra vissa uppgifter i Europeiska unionens officiella tidning senast ett år innan det fria

¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70.

² Med allmän trafikplikt avses, enligt 1 kap. 5 § kollektivtrafiklagen och EU:s kollektivtrafikförordning, krav som en behörig myndighet definierar eller fastställer för att sörja för kollektivtrafik av allmänt intresse som ett kollektivtrafikföretag inte skulle ha något eget kommersiellt intresse av att bedriva utan att få ersättning, eller åtminstone inte i samma omfattning eller på samma villkor.

anbudsförfarandet inleds respektive innan ett avtal direkttilldelas ansåg regeringen att det borde införas en övergångsbestämmelse som gör det möjligt att inleda upphandlingar respektive direkttilldela avtal utan föregående krav på annonsering enligt EU:s kollektivtrafikförordning under ett år efter ikraftträdandet.

Övergångsbestämmelserna utformades så att ett avtal om allmän trafik som avser kollektivtrafik på vatten får ingås utan att grunda sig på ett beslut om allmän trafikplikt, om tilldelningsbeslut har fattats före den 1 oktober 2013 och upphandlingen inleddes före den 1 augusti 2012 (tredje punkten) respektive att kravet i artikel 7.2 i EU:s kollektivtrafikförordning på att varje behörig myndighet ska ha offentliggjort vissa uppgifter i Europeiska unionens officiella tidning senast ett år innan det fria anbudsförfarandet inleds respektive innan ett avtal direkttilldelas, inte gäller i fråga om avtal om allmän trafik på vatten om det fria anbudsförfarandet har inletts respektive ett avtal direkttilldelats före den 1 augusti 2013 (fjärde punkten).

Eftersom något tilldelningsbeslut inte har fattats i upphandlingen före den 1 oktober 2013 är övergångsbestämmelsen i tredje punkten inte tillämplig i upphandlingen. Enligt 3 kap. 3 § kollektivtrafiklagen gäller numera i stället att ett avtal som ingås i upphandlingen ska grunda sig på ett beslut om allmän trafikplikt. Övergångsbestämmelserna ger inte stöd för att det inte skulle vara möjligt att fatta ett beslut om allmän trafikplikt för den aktuella upphandlingen om avtal i upphandlingen ingås efter den 1 oktober 2013. Enligt förvaltningsrättens mening utgör därför inte denna bestämmelse ett lagligt hinder för att fullfölja upphandlingen. Det av WÅAB åberopade rättsfallet, mål C-401/09 *Evropaïki Dynamiki mot ECB*, saknar därmed relevans i målet. Förvaltningsrätten anser således inte att det har framkommit skäl att avvisa Blidösundsbolagets talan med anledning av att bolaget skulle sakna ett berättigat intresse av att få sin talan prövad. Blidösundsbolagets ansökan ska därför prövas i sak.

Finns saklig grund för att avbryta upphandlingen?

Utvecklande av talan

Blidösundsbolaget anför bl.a. följande. Den grund som WÅAB anført i sitt beslut om avbrytande av upphandling är endast att upphandlingen har avbrutits med anledning av politisk oenighet. Det är också det som utgör processramen i målet. Det som ska prövas i målet blir således om politisk oenighet utgör sakligt skäl för att avbryta en upphandling.

Till grund för den politiska oenigheten får förmodas ligga allmänhetens oro för att trafiken inte kommer att uppfylla den servicegrad som trafikanterna önskar. Den lokala allmänhetens oro som getts uttryck för i media beror sannolikt på att dessa krav i upphandlingen inte kunnat kommuniceras tillräckligt tydligt. Det kan dock anses finnas stöd i praxis för att lokal oro inte utgör sakliga skäl för avbrytande av en upphandling (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 23 januari 2013 i mål 4691-12). I rättsfallet fann kammarrätten att det faktum att en upphandlande myndighet får påtryckningar från allmänheten kunde vara en olägenhet för den upphandlande myndigheten, men utgjorde inte ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling enligt LOU. Att den lokala oron gett upphov till politisk oenighet är visserligen en olägenhet för WÅAB, men utgör likväl inte ett sakligt skäl för att avbryta upphandlingen.

Den lokala oron är dessutom obefogad. Det kan anföras att flertalet krav i upphandlingen syftar till att öka antalet resenärer och förbättra servicegraden, varför en sådan oro objektivt sett framstår som obefogad eftersom omfattningen av trafiken ska ske bl.a. i enlighet med de angivna tidtabeller som huvudsakligen gäller idag och dessutom skulle trafiken under 2014 öka i omfattning i förhållande till 2012 och 2013. Avtalet ger dessutom

utrymme för ytterligare förbättringar inom ramen för detsamma, vilket gör att en eventuell ytterligare ökning av trafiken kan genomföras om beställaren så önskar.

I punkt 14.1.1 i avtalet (bilaga 5 Avtal Trafikavtal Nord) anges att:

Entreprenören är införstådd med att skärgårdstrafiken är i ständig utveckling och att Uppdraget påverkas av Parternas utvecklingsarbete. Detta kan exempelvis avse förändring i omfattning och av innehåll utöver angivna Frivolymmer och övriga åtaganden enligt detta Avtal i den utsträckning som WÅAB bedömer att förändringen är förenlig med upphandlingsregler.

Avtalet i upphandlingen ger gott om utrymme att genomföra de förändringar av tidtabeller som varit föremål för den politiska oenighet som WÅAB åberopar. Enligt upphandlingens avtal ges möjlighet att förändra trafikproduktionen med upp till +/- 10 procent per år, dock som mest +/- 20 procent under hela avtalsperioden.

Eventuell kritik och diskussioner kring utveckling av trafiken har således kunnat ske inom ramen för avtalet och kräver därför inte att en ny upphandling genomförs. Partiernas frågor och kritik kring upphandlingen har besvarats i tjänsteutlåtanden från WÅAB där det framgår hur tidtabellerna påverkas i konstruktiv riktning och i enlighet med vad som sägs om kollektivtrafik i "Regional utvecklingsplan för Stockholms kust och skärgård" (RUF 2010). Av det tjänsteutlåtande som WÅAB lämnat till trafiknämnden som svar på partiernas frågor framgår att trafiken ska öka med 1 %, vilket innebär 668 timmar mer under år 2014 i förhållande till år 2013.

Förutom att lokal oro inte är saklig grund för att avbryta en upphandling, vill Blidösbolaget tydliggöra att det i område Nord inte fanns någon utbredd oro för försämringar av trafiken som följer av upphandlingen.

Omfattningen av trafiken i område Nord efter upphandlingen överensstämmer i huvudsak med trafiken 2012 och 2013. Trafikvolymen ökar något mellan Stockholm och Arholma respektive Rödlöga. Lokaltrafiken i Furusundsområdet ökar också vilket framgår av dokumentet "Upphandling av skärgårdstrafik". Under rubriken *Omfattning* i detta dokument framgår trafikökningen. Den föreslagna tidtabellen kommer således i allt väsentligt innehålla samma turer som idag och dessutom förbättras enligt villkoren i upphandlingen.

Kritiken mot upphandlingen i område Nord har närmast uteslutande handlat om att bryggan Bromskär i anbudsunderlagets tidtabell utgått. Oron för detta bemöter förvaltningschefen i sitt svar på en skrivelse från Folkpartiet. Där skriver förvaltningschefen att frågan om Bromskär kommer att beaktas. I område Nord har heller inte någon kritik kommit från mindre rederier som känt oro för att inte bli upphandlande av WÅAB direkt. I område Nord skulle två av tre mindre trafikområden även i fortsättningen upphandlas av WÅAB.

Förslag till tilldelningsbeslut lades fram i upphandlingen vid trafiknämndens extra sammanträde den 23 september 2013. Av protokollet framgår att WÅAB avsåg att tilldela kontrakt till vinnande leverantör. Om WÅAB hade föreslagit avbruten upphandling skulle WÅAB ha formulerat sig på ett annat sätt än att ge ett förslag till tilldelningsbeslut. Detta visar att WÅAB i enlighet med reglerna i LOU avsett att presentera ett beslut om att tilldela anbudsgivaren kontrakt för trafiknämnden den 23 september 2013. Förvaltningschefens förslag är dock enligt protokollet sekretessbelagt men av ärendets rubrik framgår att det rör sig om förslag till tilldelningsbeslut. Upphandlingsansvariga har således rätteligen varit inställda på att tilldela kontrakt till vinnande anbudsgivare och trafiknämndens beslut borde i sammanhanget varit en ren formalitet. Den politiska majoriteten har, genom att fatta beslut om att genomföra upphandlingen, de facto be-

slutat sig för att delegera till WÅAB att genomföra en upphandling enligt LOU och tilldela vinnande leverantör kontrakt.

I stället för att godkänna tilldelning av kontrakt i enlighet med WÅAB:s förslag till trafiknämnden, har nämnden i stället beslutat att ge WÅAB i uppdrag att avbryta upphandlingen den 1 oktober 2013 och därigenom tvingat WÅAB att bryta mot reglerna i LOU. Förvaltningschefen har föreslagit tilldelning i Nord till den anbudsgivare som har inkommit med anbud, dvs. Blidösundsbolaget.

WÅAB är upphandlande myndighet i den aktuella upphandlingen. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget eller några andra i upphandlingen relevanta dokument att trafiknämnden skulle ha rätt att utöva makt över den upphandlande myndigheten och efter fritt skön kunna tvinga densamma att avbryta upphandlingen. Upphandlande myndigheter måste följa reglerna i LOU och upphandlande myndigheters politiska ledning förutsätts vara medvetna om begränsningarna i de politiska mandaten.

WÅAB:s påstående att tilldelningsbeslutet är "avhängigt" trafiknämndens godkännande är felaktigt eftersom WÅAB (och trafiknämnden) inte lagligen, enligt LOU, kan uppställa trafiknämndens godkännande som ett villkor i upphandlingen. I och med att upphandlingen annonserats och förfrågningsunderlaget offentliggjorts har vare sig WÅAB eller trafiknämnden någon rätt att på grund av politisk oenighet skönmässigt låta avbryta upphandlingen. WÅAB:s slutliga ägare är SLL. Trafiknämnden är ett politiskt organ inom SLL. Eftersom den offentliga makten utövas under lagarna, inklusive LOU, har trafiknämnden ingen annan rätt än den som tillkommer upphandlande myndighet enligt LOU. Vid den upphandlingsrättsliga bedömningen är WÅAB och trafiknämnden följaktligen att betrakta som en och samma rättshandlande enhet. WÅAB:s och trafiknämndens interna mellanhavanden tillför inget värde av betydelse för bedömningen av om

WÅAB haft sakliga skäl. En "politisk oenighet" får inte högre juridisk valör bara för att oenigheten inte föreligger i WÅAB:s styrelse utan i trafiknämnden.

Om en upphandlande myndighet skulle tillerkännas en utvidgad möjlighet att avbryta upphandlingar genom att göra tilldelningsbeslut avhängiga godkännande av någon politisk instans överordnad den upphandlande myndigheten, så skulle de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU äventyras. Osäkerhet i form av risken för godtyckliga avbrytandebeslut skulle minska potentiella anbudsgivares benägenhet att lämna anbud i offentliga upphandlingar, vilket skulle försämra den av lagstiftaren eftersträfvade konkurrensen i det korta perspektivet och i en förlängning hela institutet med offentliga upphandlingar.

Genom att avbryta upphandlingen kommer dessutom WÅAB i onödan att tvingas att genomföra ett antal direktupphandlingar i strid mot reglerna i LOU för att kunna fortsätta att driva skärgårdstrafiken. Detta kan lämpligen undvikas genom att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse skett på så vis att tilldelningsbeslut ska fattas där Blidösunbolaget tilldelas kontrakt för område Nord.

WÅAB anför bl.a. följande. Av såväl EU-domstolens domar som svensk rättspraxis framgår att en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling, att ett avbrytande inte är begränsat till undantagssituationer och att en upphandlande myndighet har stort utrymme för skönsmässighet i sin bedömning om avbrytande så länge som de allmänna EU-principerna iakttas.

WÅAB:s möjlighet att tilldela vald leverantör kontrakt i upphandlingen var avhängig av att trafiknämnden först godkände ett dylikt beslut. Även om WÅAB är upphandlande myndighet innebär kravet på godkännande från

trafiknämnden att WÅAB är underställd trafiknämnden och att det är nämndens politiker vilka de facto fattar slutligt beslut om godkännande av tilldelning, eller, som i detta fall, beslut om att godkänna att inte tilldela kontrakt i upphandlingen.

Av den information som kommunicerats till potentiella anbudsgivare i samband med publiceringen av förfrågningsunderlaget i upphandlingen, framgår att det ytterst är SLL som genom trafiknämnden bär det övergripande ansvaret för att säkerställa en fungerande kollektivtrafik i Stockholms län. I förfrågningsunderlaget kan även ur SLL:s ägardirektiv utläsas att flera av de åtgärder som WÅAB har att genomföra inom ramen för sin verksamhet beslutas av trafiknämnden. I det informationsmeddelande som publicerades på WÅAB:s hemsida den 27 februari 2012, i anledning av att anbudstiden strax därpå löpte ut, angavs vidare att tilldelningsbeslut kommer att fattas av trafiknämnden efter sommaren 2013.

Då Blidösundsundsbolaget får anses ha tagit del av den information som har kommunicerats till de potentiella anbudsgivare som visat intresse av att delta i upphandlingen får det även anses vara känt för Blidösundsbolaget att den yttersta beslutanderätten om tilldelning låg hos trafiknämnden och inte hos WÅAB. Blidösundsbolaget har således redan vid tidpunkten för anbudsgivning haft kännedom om att det är de folkvalda politikerna i trafiknämnden som i slutändan har att bestämma om tilldelningsbeslut i upphandlingen ska fattas eller inte.

En oförutsedd händelse som ligger utanför den upphandlande myndighetens kontroll utgör ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling, vilket framgår av flera rättsfall från kammarrätterna (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs domar den 28 januari 2009 i mål 6645-08 och 5730-08 och Kammarrätten i Stockholms dom den 27 januari 2010 i mål 3613-09).

WÅAB har i föreliggande fall inte haft möjlighet att besluta om tilldelning av kontrakt i upphandlingen. Genom att utvärdera inkomna anbud i enlighet med utvärderingsmodellen och upprätta ett förslag till tilldelningsbeslut har WÅAB fullföljt sitt uppdrag av trafiknämnden, dvs. att genomföra upphandlingen inom ramen för sitt trafikuppdrag och återkomma till trafiknämnden för godkännande av förslaget till tilldelningsbeslut. Det förhållandet att trafiknämndens ledamöter sedermera inte har kunnat enas om beslutet att tilldela kontrakt i upphandlingen, på grund av att det funnits politisk oenighet, är utanför WÅAB:s kontroll.

Enligt WÅAB:s uppfattning har det inte funnits skäl att, vid tidpunkten då upphandlingen påbörjades eller dessförinnan, tro att det vid tidpunkten för upphandlingens avslutande skulle råda en sådan politisk oenighet att trafiknämnden inte skulle godkänna WÅAB:s förslag till tilldelningsbeslut. Det är i stället så att WÅAB har haft skäl att anta att trafiknämnden skulle komma att godkänna WÅAB:s förslag och i enlighet härmed fatta beslut om tilldelning i upphandlingen, eftersom trafiknämnden, efter WÅAB:s anmälan, vid upphandlingens inledande skedé godtagit förfrågningsunderlaget i upphandlingen.

Enligt WÅAB:s mening är det uppenbart att den i upphandlingen uppkomna situationen måste likställas med situationen i den kammarrättspraxis som redogjorts för ovan. Skälet är att WÅAB inte har haft rätt att slutligt fatta ett tilldelningsbeslut utan trafiknämndens godkännande. Härtill kommer att WÅAB inte heller har haft möjlighet att, när upphandlingen påbörjades, förutse att trafiknämndens ledamöter inte skulle enas om att godkänna WÅAB:s förslag till tilldelningsbeslut. Förvaltningsrätten bör därför avslå Blidösundsbolagets ansökan om överprövning. WÅAB har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

En upphandlande myndighet ska vid upprättandet av ett förfrågningsunderlag inför en upphandling söka att på ett tydligt och transparent sätt definiera myndighetens behov och utifrån detta uppställa krav som de potentiella leverantörerna i sina anbud ska eller bör uppnå för att bli föremål för slutlig anbudsutvärdering. Det är således den upphandlande myndighetens behov som styr föremålet för upphandlingen.

Det följer av den juridiska doktrinen att ändrade förutsättningar för en upphandling utgör sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling. Ändrade förutsättningar, som kan anses utgöra saklig grund för avbrytande, är t.ex. att den i förfrågningsunderlaget efterfrågade volymen ökar eller minskar eller det behov av föremålet för upphandlingen som fanns när upphandlingen påbörjades har förändrats eller upphört (se Pedersen K., *Upphandlingens grunder*, 3 uppl., 2013, s. 133).

Under upphandlingens gång har WÅAB konstaterat att det uppstått ett förändrat behov gällande de väsentliga delar av upphandlingsföremålet som avser leverantörens trafikåtagande, omfattningen och fördelningen av antalet tidtabellstimmar och linjedragningar. WÅAB har förstått att det är oenighet om hur det faktiska behovet sett ut som ligger till grund för trafiknämndens beslut att inte godkänna WÅAB:s förslag till tilldelningsbeslut.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 43 följer att en upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Ett avbrytande får dock endast ske under förutsättning att myndigheten – när den fattar ett sådant

beslut – kan presentera sakliga skäl för beslutet och att myndigheten iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling (jfr EU-domstolens domar i mål C-92/00 *HI* och C-244/02 *Kaupatalo Hansel*). Något krav på att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget måste förbehålla sig en rätt att avbryta en upphandling i en viss uppkommen situation uppställs inte.

Av avbrytandebeslutet framgår att skälet för avbrytandet har varit att tilldelningsbeslut i upphandlingen inte kan förväntas då det inte uppnåtts politisk enighet. Förvaltningsrätten har att pröva om den grund som angetts i avbrytandebeslutet kan anses utgöra sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Förvaltningsrätten anser att även vad som i målet framkommit om de bakomliggande orsakerna till den politiska oenighet, som åberopats till stöd för avbrytandet, kan beaktas vid prövningen om sakligt godtagbara skäl för avbrytandebeslutet förelegat.

WÅAB har av trafiknämnden i SLL getts i uppdrag att genomföra den aktuella upphandlingen och tilldelningsbeslutet i upphandlingen har varit villkorat av godkännande från trafiknämnden. WÅAB har således inte haft möjlighet att fatta tilldelningsbeslut utan godkännande från trafiknämnden. Enbart det förhållandet att trafiknämnden inte godkänt tilldelningsbeslutet kan dock inte anses utgöra ett godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. I ett sådant fall då avbrytandebeslutet är en direkt konsekvens av ett ställningstagande av en uppdragsgivare har den upphandlande myndigheten, enligt förvaltningsrättens mening, att visa att uppdragsgivarens ställningstagande vilar på sakliga skäl. För att avbrytandebeslutet ska anses förenligt med LOU måste därför skälen för trafiknämndens beslut att inte godkänna tilldelningsbeslutet vara sakligt godtagbara.

WÅAB har som skäl för att avbryta upphandlingen i målet hänvisat till ändrade förhållanden. WÅAB har anfört att bolaget inte haft skäl att tro att

politisk oenighet skulle hindra ett godkännande av förslag till tilldelningsbeslut. WÅAB menar vidare att ett förändrat behov av upphandlingsföremålet har lett till politisk oenighet. Enligt WÅAB har det uppstått ett förändrat behov gällande väsentliga delar av upphandlingsföremålet som rör leverantörens trafikåtagande, omfattningen och fördelningen av antalet tidtabellstimmar och linjedragningar. WÅAB menar således att både politisk oenighet och ett förändrat behov av upphandlingsföremålet inneburit sådana förändrade förhållanden att det har funnits sakliga skäl att avbryta upphandlingen.

Av kammarrättsavgöranden framgår att förändrade förutsättningar utanför myndighetens kontroll kan utgöra sakliga skäl för att avbryta en upphandling (se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 21 april 2006 i mål nr 347-06, Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 januari 2009 i mål nr 6645-08 och Kammarrätten i Stockholms dom den 27 januari 2010 i mål nr 3613-09). För att sakliga skäl ska anses föreligga att avbryta den aktuella upphandlingen kan det dock, enligt förvaltningsrättens mening, inte vara tillräckligt att hänvisa till förändrade förutsättningar utanför WÅAB:s kontroll, utan det måste även röra sig om förändrade förutsättningar som är utanför uppdragsgivarens, dvs. trafiknämndens, kontroll.

EU-domstolen har i mål C-244/02 *Kauppatalo Hansel* ansett att en upphandlande myndighet som påbörjat en upphandling med tilldelningsgrunden lägsta pris i vissa fall kan avbryta upphandlingen om myndigheten med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget inte har möjlighet att välja det bästa anbudet. I detta mål uttalade EU-domstolen bl.a. att "en upphandlande myndighet som har påbörjat ett anbudsförfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldela något kontrakt när denna myndighet, efter att ha bedömt och jämfört anbudet, inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfördran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja

det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta gäller under förutsättning att myndigheten, när den fattar ett sådant beslut, iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling såsom principen om likabehandling.”

Enligt förvaltningsrättens mening bör en upphandlande myndighet även ha rätt att avbryta en upphandling om den upphandlande myndigheten upptäcker att upphandlingsföremålet inte motsvarar det behov som föranlett upphandlingen, under förutsättning att myndigheten när den fattar ett sådant beslut iakttar de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna inom offentlig upphandling.

Förvaltningsrätten uppfattar att den bakomliggande orsaken till att upphandlingen har avbrutits är att den uppdragsgivande myndigheten, dvs. trafiknämnden, efter att upphandlingen har påbörjats, insett att upphandlingen inte motsvarar det behov som finns av skärgårdstrafik i det område som är aktuellt i förevarande upphandling (område Nord). Även om denna insikt inte kan sägas bero på ändrade förhållanden utanför nämndens kontroll – utan snarare på att upphandlingsföremålet har kommit att beskrivas på ett bristfälligt sätt – bör en sådan omständighet kunna utgöra saklig grund för att avbryta en upphandling. Förvaltningsrätten anser att så måste vara fallet om bristerna härvidlag är av den arten att de inte går att rätta inom ramen för upphandlingen.

Enligt vad som framkommit i målet har trafiknämnden befarat att upphandlingen skulle komma att leda till en försämring av skärgårdstrafiken, bl.a. vad gäller omfattningen och fördelningen av antalet tidtabellstimmar och linjedragningar. I målet har det därmed, enligt förvaltningsrättens mening, framkommit att upphandlingen inte uppfyller de behov som upphandlingen varit avsedd att uppfylla. Trots att detta kan antas bero på missbedömningar som gjorts vid den behovsanalys som föregått upphandlingen, anser för-

valtningsrätten att detta utgör en sådan brist som inte kan rättas inom ramen för upphandlingen. Förvaltningsrätten har vid denna bedömning även beaktat den möjlighet som funnits att inom vissa ramar justera trafikvoly-
men. WÅAB får därmed anses ha haft sakliga skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening är det inte visat att avbrytandebeslutet strider mot LOU eller de unionsrättsliga principerna. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Vid denna utgång saknas skäl att ta ställning till vad WÅAB anfört om att förvaltningsrätten ska avvisa Blidösundsbolagets yrkande om att upphandlingen ska få avslutas först efter rättelse på så sätt att tilldelningsbeslut meddelas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).


Ulrika Melin

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten 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 förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.