



SÖKANDE

Busslink i Sverige AB, 556473-5057

Ombud: Mattias Åkerlund
Busslink i Sverige AB
Box 47298
100 74 Stockholm

MOTPART

Upplands Lokaltrafik AB, 556159-2352

Ombud: Advokat Hugo Norlén
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Upplands Lokaltrafik AB:s upphandling av regionbusstrafik 2010 i
Uppsala län, beslut den 16 augusti 2010

SAKEN

Avbrytande av offentlig upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och upphäver
Upplands Lokaltrafik AB:s beslut den 16 augusti 2010 att avbryta upphandlingen av regionbusstrafik 2010 i Uppsala län.

BAKGRUND

Upplands Lokaltrafik AB (UL) har genomfört en upphandling avseende regional busstrafik. UL meddelade i tilldelningsbeslut den 9 juni 2010 att upphandlingen hade tillfallit Klövsjö-Rätan Trafik AB (KR-Trafik). Busslink i Sverige AB ansökte den 18 juni 2010 om överprövning av UL:s tilldelningsbeslut. Förvaltningsrätten förordnade i beslut samma dag att UL inte får avsluta upphandlingen innan rätten har beslutat något annat.

UL har den 16 augusti 2010 beslutat att avbryta upphandlingen. Beslutet motiverades enligt bl.a. följande. UL har konstaterat att en enskild medarbetare lämnat ut känslig information om anbudens innebörd till anbudsgivare före tilldelningsbeslutet i strid med såväl offentlighets- och sekretesslagen som UL:s interna instruktioner. Det kan inte med säkerhet fastslås att upphandlingen genomförts objektivt eller att utvärderingen av anbudet genomförts i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

YRKANDEN M.M.

Busslink i Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning av UL:s beslut att avbryta upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att UL:s beslut att avbryta upphandlingen upphävs.

Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Bolaget menar att UL:s beslut att avbryta upphandlingen inte är förenligt med LUF eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, särskilt likabehandlingsprincipen. Enligt praxis krävs att ett beslut om avbrytande av en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna iakttagits. För att ett beslut om att avbryta en upphandling ska stå i överensstämmelse med de grundläggande principerna för offentlig upphandling krävs att den upphandlande enheten kan visa att sakliga skäl för avbrytandet föreligger. Bevisbördan åligger således UL.

Bolaget anser att det saknas godtagbara skäl för avbrytande. Det framstår som orimligt att den upphandlande enheten skulle ges möjlighet att avbryta en upphandling på grund av sådan olaga hantering inom den egna organisationen som har skett i detta mål. Det är tydligt visat att bolagets anbud och användande av underentreprenörer var oönskat av UL:s ledning, vilket bl.a. visade sig vid förhandlingsmötet mellan bolaget och UL. UL:s begäran om priskomplettering behöver ses mot bakgrund av att UL faktiskt läckt information om bolagets anbud till andra anbudsgivare och UL:s tydliga ställningstagande att bolagets anbud var oönskat. UL:s beslut att avbryta upphandlingen tycks vara ett försök att undvika rättelse och den lösning med underentreprenörer som bolaget presenterade i sitt anbud.

UL har fattat sitt beslut att avbryta upphandlingen under tid då förvaltningsrätten i mål nr 4705-10 redan den 18 juni 2010 interimistiskt beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan rätten har beslutat något annat. Att fatta ett beslut att avbryta en upphandling är ett sätt att avsluta en upphandling. UL har inte rätt att fatta ett sådant beslut så länge förvaltningsrättens interimistiska beslut kvarstår. Upphandlingen kan inte anses avslutad och UL:s beslut att avbryta upphandlingen måste upphävas.

UL har inte visat att brott mot LUF har förekommit under det konkurrensuppsökande skedet. Det första tillfället då anbudssekretessen ostridigt har brutits är den 12 maj 2010. UL:s beslut att avbryta upphandlingen saknar laglig grund. Det föreligger inget hinder för att upphandlingen skulle kunna rättas på så vis att utvärderingen görs om med beaktande av de ursprungliga prisbilagorna som har inlämnats i upphandlingen. Det skulle säkerställa ett läge när de ursprungliga tre anbudena kom in och inget brott mot anbudssekretessen förelåg. Ett sådant handlande skulle också vara i enlighet med likabehandlingsprincipen. Eftersom det föreligger förutsättningar att rätta upphandlingen och bolaget därmed kan komma i fråga för

tilldelning av kontrakt riskerar bolaget att lida skada om upphandlingen avbryts.

Bolaget har kvalificerats i enlighet med LUF och de av UL meddelade förutsättningarna i UL:s inbjudan att lämna anbudsansökan. Det är ostridigt att UL inte ställt något krav vid kvalificeringen om att eventuella underleverantörer ska anges. Det är tydligt att det finns en rätt att använda underentreprenörer. Det har inte förkommit några brister i bolaget anbudsansökan eller anbud vad gäller användande av underentreprenörer.

Bolaget åberopar bl.a. ett rättsutlåtande från doktoranden och advokaten Andrea Sundstrand om avbrytande av offentlig upphandling och särskilt om sakligt godtagbara skäl till avbrytande.

UL bestrider bifall till bolagets talan och anför bl.a. följande. Det kan ifrågasättas om bolagets ansökan om överprövning lagligen kan bifallas och att bolagets ansökan därför rätteligen ska avvisas. Domstols ingripande med anledning av en överprövningsansökan ska innebära att domstolen beslutar att upphandlingen ska rättas eller göras om. Ett förordnande om upphävande av ett avbrytandebeslut är emellertid inte ett sådant ingripande som avses i 16 kap. 2 § LUF. Bolagets talan ska i vart fall avslås efter en prövning i sak.

Det föreligger sakliga skäl för avbrytande. Det krävs inte tungt vägande skäl för avbrytande. En upphandling får avbrytas om det inte längre är möjligt att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är inte möjligt att utvärdera anbuden som inkommit efter förhandlingarna eftersom uppgifter om Busslinks anbudspriser läckt ut till åtminstone en annan anbudsgivare. Det är ostridigt att upphandlingen har genomförts felaktigt och att den absoluta anbudssekretessen har brutits. Det finns därför anledning att ifrågasätta om upphandlingen rent generellt och redan vid förfrågnings-

underlagets framtagande har genomförts på ett subjektivt sätt som innebär att anbudsgivande leverantörer har behandlats olika. Det kan inte uteslutas att det finns andra leverantörer än bolaget som kan ha lidit eller riskerar att lida skada av det sätt på vilket upphandlingsförfarandet har genomförts.

Det föreligger även sakliga skäl då UL av misstag i inbjudan att lämna anbudsansökningar inte angett att anbudssökandena ska ange om och vilka underleverantörer som anbudssökandena avser att anlita för utförandet av trafiken. Det är ostridigt att bolaget inte i anbudsansökan lämnat uppgifter om de underentreprenörer som bolaget avsett att anlita för kontraktets genomförande. Eftersom bristerna i bolagets anbudsansökan kan ha berott på att UL:s inbjudan till anbudsansökan varit bristfällig valde UL att fortsätta genomförandet av upphandlingen. Felet i förfrågningsunderlaget är väsentligt och utgör i sig en grund för att avbryta upphandlingen.

Det följer av rättspraxis att en upphandlande enhet får avbryta en upphandling trots att en överprövningsprocess har initierats och trots att ett interimistiskt beslut har meddelats. Det finns inget stöd i lagstiftningsförarbeten för slutsatsen att en upphandling kan avslutas genom avbrytande. Leverantörens möjlighet till överprövning påverkas inte av avbrytandebeslutet och syftet med det interimistiska beslutet motverkas inte genom ett avbrytande. UL har därför haft rätt att avbryta upphandlingen trots att ett interimistiskt beslut meddelats av förvaltningsdomstol.

Bolaget har inte lidit skada eller ens riskerat att lida skada då bolaget har kvalificerats att delta i upphandlingen utifrån den felaktiga uppfattningen att bolaget självt skulle utföra trafikåtagandet. Bolagets anbud skulle därför rätteligen ha förkastats. Bolaget kan heller inte anses ha lidit skada då bolaget självt har inställningen att upphandlingen ska göras om och UL har avbrutit upphandlingen efter att ha tilldelat en annan anbudsgivare (KR-Trafik) kontraktet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 24 § LUF anges följande. Upphandlande enheter ska 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LUF anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § LUF anges följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna. Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LUF är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i LUF eller någon av de grundläggande principer som bär upp lagstiftningen. UL har den 16 augusti 2010 beslutat att avbryta upphandlingen med anledning av att en medarbetare har lämnat ut sekretessbelagd information om anbudens innebörd och att det inte med säkerhet kunnat fastslås om anbudsutvärderingen har genomförts i enlighet med grundläggande upphandlingsrättsliga principer.

Av rättspraxis följer att ett beslut om att avbryta en upphandling kan överprövas av allmän förvaltningsdomstol samt att ledning vid prövningen bör hämtas från EG-domstolens avgöranden (jfr RÅ 2005 ref. 62). Av praxis följer vidare att ett beslut om avbrytande som varit i strid med LUF eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna ska förklaras ogiltigt. För-

valtningsrätten har i målet att ta ställning till huruvida UL:s beslut att avbryta upphandlingen är förenligt med LUF och de gemenskapsrättsliga principerna.

Förvaltningsrätten har den 18 juni 2010 förordnat att UL:s upphandling av regionbusstrafik inte får avslutas innan rätten har beslutat något annat. Bolaget har bl.a. gjort gällande att avbrytandebeslutet är ogiltigt då det har fattats i strid med förvaltningsrättens interimistiska beslut. I även här aktuella förarbetena till lag (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU, (prop. 2001/02:142 s. 77) anges att om rätten fattat ett interimistiskt beslut kan den upphandlande enheten inte avsluta upphandlingen. Först sedan rätten upphävt det interimistiska beslutet kan myndigheten avsluta upphandlingen. Avgörande för förvaltningsrättens bedömning är således frågan om när en upphandling kan anses vara avslutad.

Sättet på vilket en upphandling kan avslutas är inte särskilt reglerat i LUF. I förarbetena till LOU (prop. 2001/02:142 s. 71-79) anges att en upphandling är att anse som avslutad i den mening som avses i LOU först sedan ett upphandlingskontrakt föreligger och det har gått tio dagar från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar till anbudssökande och anbudsgivare om beslutet om leverantör och anbud och skälen för det. Förvaltningsrätten konstaterar att vid tidpunkten för detta förarbetsuttalande var upphandlingslagstiftningen inte tillämplig på beslut om avbrytande av upphandling (jfr RÅ 2001 ref. 18). Därefter har Regeringsrätten i RÅ 2005 ref. 62 uttalat att ett beslut att avbryta upphandling är ett beslut som kan överprövas.

I doktrin (Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling – En kommentar, 2009, s. 474-475) har bl.a. följande anförts om rättsverkan av ett interimistiskt beslut. Rättsverkan av ett interimistiskt beslut är bl.a. att den upphandlande myndigheten förhindras att fatta något beslut i det aktuella upphand-

lingsärendet, vilket innebär att den t.ex. inte kan avsluta upphandlingen genom att ingå kontrakt eller att avbryta den eller göra självrättelse. Det är dock inte ovanligt att upphandlande myndigheter felaktigt avbryter upphandlingen under den tid ett interimistiskt beslut gäller och gör om den.

Konkurrensverket har så sent som i juni 2010 i yttrande i Kammarrätten i Jönköpings mål nr 942-10, dom den 26 augusti 2010, anfört bland annat följande. ”I enlighet med LOU finns det endast två sätt på vilka en upphandling kan avslutas; antingen tecknar den upphandlande myndigheten kontrakt med en eller flera leverantörer eller så beslutar myndigheten att avbryta upphandlingen”. Kammarrätten i Jönköping konstaterade sedan i sin bedömning att den aktuella upphandlingen, till följd av meddelade interimistiska beslut, inte var att anse som avslutad i den mening som avses i LOU. Detta förhållande framgår även av Kammarrätten i Stockholms dom den 4 oktober 2010 i mål nr 928-10.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att 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 ett 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. Bolagets ansökan om överprövning ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A)



Camilla Molina
förvaltningsrättsfiskal
Målet har handlagts av Linnea Fagerberg.