



**KAMMARRÄTTEN I
GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

2018-06-18
Meddelad i Göteborg

Mål nr 549–550-18

KONKURRENSVERKET	
2018-06-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

1. Samtrans Skol- och handikapptransporter Stockholm AB
556291-1965

2. Taxi 10 000 AB, 556636-9541

Ombud för 1 och 2: Chefsjurist Pär Cronhult och biträdande jurist
Filip Odell
Den Nya Valfärden
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPARTER

1. Trafiknämnden i Göteborgs kommun

Ombud: Advokat Anders Nilsson och jur.kand. Hermina Kelly
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

2. Taxi Kurir i Stockholm AB
Ellipsvägen 12
141 75 Kungens Kurva

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 31 januari 2018 i mål nr 8416-17
och 8457-17, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och förklarar att det avtal –
avseende taxitransporttjänster innefattande serviceresor utanför Göteborgs
trafikeringsområde, delområde 1 avseende Stockholms län – som
trafiknämnden slutit med Taxi Kurir i Stockholm AB är ogiltigt.

Dok.Id 422048

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1531 401 50 Göteborg	Stora Nygatan 21	031-732 74 00 E-post: kammarratten.goteborg@dom.se www.kammarratten.goteborg.se	031-732 76 00	måndag – fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Samtrans Skol- och handikapptransporter Stockholm AB (Samtrans) och Taxi 10 000 AB (Taxi 10 000) yrkar att kammarrätten beslutar om ingripande på så sätt att det avtal – avseende taxitransporttjänster innefattande serviceresor utanför Göteborgs trafikeringsområde, delområde I avseende Stockholms län – som nämnden slutit med Taxi Kurir i Stockholm AB förklaras ogiltigt. Om kammarrätten skulle komma fram till att LOU-direktivet och artiklarna 32.2 (a) och 26.4 (b) ska tillämpas på det sätt som kommunen gör gällande yrkas att kammarrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Klagandena anför följande.

Förvaltningsrättens domslut grundar sig på en felaktig tolkning av begreppet ”inga lämpliga anbud”. Det finns över huvud taget inget rättsligt stöd för att, vid en direktivkonform tillämpning, kategorisera ett för dyrt anbud som ett olämpligt anbud. Istället ska ett sådant anbud hänföras till kategorin oacceptabelt anbud enligt art. 26.4 (b) andra stycket Europaparlamentets och rådets direktiv (2014/24EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet).

Skillnaden mellan anbud som kategoriseras som olämpligt anbud respektive oacceptabelt anbud ligger i vilka upphandlingsrättsliga åtgärder som lagen tillåter vid respektive kategori.

Vid oacceptabla anbud är det nämligen inte möjligt för den upphandlande myndigheten att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering och – på sätt som nu skett – bjuda in och uppta förhandlingar med leverantörer som inte ursprungligen deltagit med anbud i upphandlingen.

Förvaltningsrätten synes anse att grund för avbrytande medför att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan genomföras. Detta saknar stöd i lag – ett avbrytande medför nämligen att ett nytt annonserat förfarande behöver inledas.

Att Samtrans inbjöds att delta i det förhandlade förfarandet saknar rättslig relevans i förhållande till huruvida bolagets anbud var olämpligt, och därmed även i förhållande till om det har varit lagligen tillåtet för kommunen att bjuda in och uppta förhandlingar med Taxi Kurir i Stockholm AB och även tilldela kontraktet till detta bolag.

Det av domstolen angivna förhållandet kan knappast heller påverka bedömningen i målet avseende Taxi 10 000, eftersom detta bolag rätteligen skulle ha givits möjlighet att delta i ett nytt annonserat förfarande.

Den aktuella upphandlingen har påbörjats efter LOU-direktivets ikraftträdande och ska således prövas direktivkonformt, utifrån bestämmelserna i detta direktiv. Bolagen åberopar en direkt tillämpning av direktivet. Tolkningsdata utgör härvid det nationella genomförande som skett genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, jämte anslutande lagförarbeten (prop. 2015/16:195).

Målets prövning gäller den uppdelning som numera följer av unionsrätten mellan situationer där det, å den ena sidan, inte har kommit in några lämpliga anbud och där, å den andra sidan, föreliggande anbud är ogiltiga eller oacceptabla.

Enligt art. 32.2 (a) första stycket LOU-direktivet får en upphandlande myndighet övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering och bjuda in externa leverantörer endast i det fall där inga anbud eller inga lämpliga anbud har lämnats. I övriga fall begränsar sig myndighetens

förhandlingsutrymme till befintliga anbudsgivare, se artikel 26.4 (b) LOU-direktivet.

Det kan härutöver påpekas att upphandlande myndigheter har givits betydande möjligheter att kunna avbryta redan påbörjade upphandlingsförfaranden. Sådant avbrytande kan exempelvis ske om det endast finns en anbudsgivare eller om den upphandlande myndigheten inte haft möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En upphandling får även avbrytas om anbudet bedöms vara dyrare än vad den upphandlande myndigheten haft anledning att räkna med.

Möjligheten att, på sätt som nu skett, istället övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering begränsar sig emellertid till situationer där det enbart föreligger ett olämpligt anbud enligt art. 32.2 (a). För att ett anbud enligt denna bestämmelse ska anses olämpligt krävs att det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar hade kunnat tillgodose den upphandlande myndighetens behov och krav enligt upphandlingsdokumenten.

Samtrans har gett in ett anbud som uppfyller samtliga krav enligt upphandlingsdokumenten och som utan väsentliga ändringar hade kunnat tillgodose kommunens behov. Detta anbud utgör därigenom inte något olämpligt anbud som kunnat läggas till grund för övergång till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Kommunen hade istället kunnat uppta förhandling enligt art. 26.4 (b) i LOU-direktivet. En sådan förhandling får dock endas inbegripa kvalificerade anbudsgivare, vars anbud uppfyller de formella kraven för anbuds-förfarandet. Samtrans är den enda anbudsgivare som kommunen har kunnat förhandla med. Någon laglig möjlighet att även bjuda in Taxi Kurir Stockholm AB och utan ny annonsering tilldela kontraktet till detta bolag föreligger därför inte för kommunen.

Det fallet att anbudets pris påstås överstiga marknadspriset kan om något jämföras med de situationer priset överstiger en beslutad budget eller att priset har befunnits onormalt lågt. Omständigheter som på detta sätt hänföra sig till anbudets generella prissättning medför enligt art. 26.4 (b) LOU-direktivet att anbudet ska anses oacceptabelt.

Den doktrin som kommunen återkommande hänvisar till – Falk, Lag om offentlig upphandling, en kommentar, 2011 – ger endast uttryck för författarens egen uppfattning om vad som kan anses utgöra ett olämpligt anbud. Uppgiften stödjer sig över huvud taget inte på några förarbetsuttalanden eller svensk eller unionsrättslig vägledande praxis. Falks doktrin hänföra sig också till de numera upphävda bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU.

Trafiknämnden i Göteborgs kommun anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Kommunen har tillämpat ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5 § 1 ÄLOU samt praxis och doktrin hänförlig därtill. Bestämmelsens motsvarighet återfinns i art. 32.2 (a) första stycket LOU-direktivet och 6 kap. 12 § LOU. Av förarbetena till LOU framgår att de fall och omständigheter under vilka ett sådant förfarande får användas i huvudsak motsvarar de som uppställts för att förfarandet ska få användas enligt 2004 års LOU-direktiv. Tidigare praxis och doktrin är således alltjämt aktuell vid tolkning av bestämmelsen.

Ett anbud kan vara olämpligt enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 ÄLOU om det offererade priset är för högt jämfört med vad som kan förväntas vara ett normalt marknadspris. Detta har fastställts i såväl rättspraxis som doktrin.

Kommunen anser att 4 kap. 5 § första stycket 1 ÄLOU ska tolkas på samma sätt som tidigare, även vid en direktivkonform tolkning. Detta bland annat mot bakgrund av förarbetsuttalanden i LOU.

LOU-direktivet har tolkats av den svenska lagstiftaren och inkorporerats i nationell rätt genom LOU. Att hänsyn måste tas till lagstiftarens tolkningar och uttalanden i förarbetena till LOU vid en direktivkonform tolkning av ÄLOU får anses vara vedertaget. För det fall att lagstiftaren uttryckligen konstaterat att en äldre bestämmelse motsvaras av en ny framstår det som lämpligt att den direktivkonforma tolkningen utgår därifrån.

Bestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 1 ÄLOU motsvaras av art. 32.2 (a) första stycket i LOU-direktivet och 6 kap. 12 § LOU. Av förarbetena till nationell bestämmelse framgår att de fall och omständigheter då förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas – bland annat om inga lämpliga anbud eller lämpliga anbudsansökningar lämnats – i huvudsak motsvarar de som uppställs för att förfarandet ska få användas enligt 2004 års LOU-direktiv (prop. 2015/16:195 s. 499). För att få reda på den närmare innebörden av bestämmelsen krävs således att förarbeten, praxis och doktrin hänförlig till ÄLOU beaktas.

Ytterligare vägledning om bestämmelsens innebörd finns i art. 32.2 (a) andra stycket LOU-direktivet och 6 kap. 13 § LOU, som saknar motsvarighet i ÄLOU. Bestämmelsen innehåller förtydliganden om vissa fall då ett anbud eller en anbudsansökan ska anses olämplig. Det ska särskilt noteras att de fall som anges inte är uttömmande, utan får anses vara exemplifierande.

Ett anbudspris som är så högt att det överstiger normalt marknadspris – även vid en restriktiv bedömning – och ett anbudspris som överstiger en beslutad budget är fråga om två olika situationer som medför tillämpning av olika bestämmelser där den förstnämnda situationen omfattas av 4 kap. 5 §

första stycket 1 ÄLOU och motsvarande artikel 32.2 (a) första stycket LOU-direktivet och 6 kap. 12 § LOU.

Ett oacceptabelt anbud enligt art. 26.4 (b) LOU-direktivet och 6 kap. 6 § LOU motsvaras istället i allt väsentligt av 4 kap. 2 § första stycket 1 ÄLOU, och är bland annat ett anbud vars pris överstiger den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarandet. Denna situation innefattar flera moment så som krav på korrekt beslutsordning, myndighetsbeslut, dokumentation och iakttagande av offentlighetsprincipen m.m. Ett anbud som överskrider beslutad budget kan eller får inte antas och är därmed oacceptabelt. Bestämmelsen omfattar inte den väsensskilda situationen där det inte finns en beslutad budget, men där det offererade anbudspriset är så högt att det överstiger normalt marknadspris, dvs. priset är för dyrt och därmed olämpligt.

Det framstår som mycket osannolikt att regeringens avsikt varit att avskaffa möjligheten att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid för dyra anbud – så som tidigare varit möjligt – utan att ge uttryck för det i förarbetena.

Kommunens bedömning är att för dyra anbud alltså faller inom ramen för olämpliga anbud enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 ÄLOU motsvarande 6 kap. 12 § LOU.

Taxi Kurir i Stockholm AB har förelagts att svara i målet men har inte hörts av.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns skäl att ogiltigförklara det avtal som trafiknämnden ingått med *Taxi Kurir i Stockholm AB*.

Det är i målet ostridigt att ÄLOU är tillämplig i detta fall. Kammarrätten har ingen annan uppfattning.

Ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bland annat om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt bland annat 7 kap. 1 § ÄLOU (jfr 16 kap. 13 § ÄLOU).

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5–8 §§ ÄLOU (7 kap. 1 § ÄLOU).

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt (4 kap. 5 § första stycket 1 ÄLOU).

Vad som avses med begreppet lämplig framgår inte av bakomliggande direktiv eller förarbeten. I viss kammarrättspraxis och doktrin har det tidigare ansetts att ett för dyrt anbud kan vara olämpligt.

Det nya LOU-direktivet skulle ha implementerats senast den 18 april 2016 (jfr art. 90.1 LOU-direktivet). Det dröjde emellertid till den 1 januari 2017 innan den nya lagen trädde i kraft.

Vid tillämpningen av den gamla lagen ska denna i den utsträckning det är möjligt tolkas mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås, så kallad direktivkonform tolkning. Skyldigheten att tolka den nationella rätten konformt med direktivet inträder

när fristen för införlivande av direktivet har löpt ut (jfr C-212/04, Adeneler m.fl. p. 108 och 115).

De aktuella bestämmelserna i ÄLOU ska alltså tolkas konformt med det nya direktivet.

I art. 32.2 (a) LOU-direktivet anges att ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling får tillämpas för offentliga kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster om inga anbud eller inga lämpliga anbud, inga anbudsansökningar eller inga lämpliga anbudsansökningar har lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande, förutsatt att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte väsentligt ändrats och att en rapport lämnas till kommissionen, om den så begär. Ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov och krav enligt upphandlingsdokumenten.

Det noteras att i art. 26.4 (b) LOU-direktivet anges följande. Medlemsstaterna ska föreskriva att de upphandlande myndigheterna får tillämpa förhandlade förfaranden under konkurrens eller konkurrenspräglade dialoger i bland annat följande situation. För byggtreprenader, varor eller tjänster där endast ogiltiga eller oacceptabla anbud har lämnats enligt ett öppet eller selektivt förfarande. I sådana situationer ska den upphandlande myndigheten inte vara skyldig att offentliggöra ett meddelande om upphandling om den i förfarandet inbegriper endast de anbudsgivare som uppfyller kriterierna i artiklarna 57–64 och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbuds förfarandet. I synnerhet anbud som inte överensstämmer med upphandlingsdokumenten, som inkommit för sent, där det finns bevis för hemligt samförstånd eller korruption, eller som den upphandlande myndigheten funnit onormalt låga, ska anses vara ogiltiga. I synnerhet ska anbud som lämnats in av

anbudsgivare som saknar de kvalifikationer som fordras, och anbud vars pris överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarande inleds anses vara oacceptabla.

Kammarrätten noterar att det nya direktivet gör skillnad mellan olämpliga, ogiltiga och oacceptabla anbud och det är bara i fråga om olämpliga anbud som det är tillåtet att utan annonsering förhandla med nya leverantörer.

Som framgår ovan ska ett anbud anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov och krav enligt upphandlingsdokumenten.

Begreppet oacceptabelt anbud är helt nytt och saknar motsvarighet i den äldre lagen. I synnerhet ska anbud som lämnats in av anbudsgivare som saknar de kvalifikationer som fordras, och anbud vars pris överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarande inleds anses vara oacceptabla. Detta synes vara en icke uttömmande exemplifiering av vad som kan utgöra ett oacceptabelt anbud (jfr prop. 2015/16:195 s. 575 f).

I målet har inte framkommit att det skulle finns någon beslutad och dokumenterad budget för upphandlingen utan upphandlande myndigheten har hänvisat till att anbudet är för dyrt i jämförelse med priser i andra upphandlingar.

Ett anbud som endast är för dyrt kan enligt kammarrättens mening inte anses vara irrelevant för kontraktet och kan därmed inte anses vara olämpligt. Ett för dyrt anbud ligger närmre det som benämnts som oacceptabla anbud. Kammarrätten tar emellertid inte ställning till huruvida Samtrans anbud är oacceptabelt.

Eftersom det inte framgår vad som avses med begreppet lämplig/olämplig i äldre förarbeten och det saknas prejudicerande avgöranden i frågan, torde det finnas relativt stort utrymme för att tolka den äldre lagen konformt med det nya direktivet.

Kammarrätten anser därmed att begreppet lämplig/olämpligt vid tillämpningen av ÄLOU ska ges samma innebörd som i det nya direktivet. Kammarrätten bedömer i enlighet med ovanstående att ett anbud inte kan anses vara olämpligt enbart på grund av att det är för dyrt.

Eftersom det enda anbudet följaktligen inte är olämpligt har nämnden inte haft rätt för att utan föregående annonsering förhandla med en helt ny leverantör och skriva kontrakt med denne. Eftersom avtalet med Taxi Kurir i Stockholm AB tecknats utan föregående annonsering ska avtalet förklaras ogiltigt.

Vid denna utgång saknas anledning att gå in på yrkandet om inhämtande av förhandsbesked från EU-domstolen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Mikael Ocklind

Lennart Berglund
referent

Andreas Sundberg

/Jennie Wenneberg

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM

2018-01-31

Meddelad i Göteborg

Mål nr

8416-17

8457-17

SÖKANDE

1. Samtrans Skol- och handikapptransporter Stockholm AB, 556291-1965
2. Taxi 10 000 AB, 556636-9541

Ombud 1–2:

Chefsjuristen Pär Cronhult och biträdande juristen Filip Odell

Box 5625

114 86 Stockholm

MOTPART

Trafiknämnden, Färdtjänsten i Göteborgs Stad

Box 2403

403 16 Göteborg

Ombud:

Advokaten Anders Nilsson och biträdande juristen Hermina Kelly

Advokatfirman Lindahl KB

Box 11911

404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 509448

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag–fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		08:00–16:00
		www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se		

VAD MÅLET HANDLAR OM

Trafiknämnden, Färdtjänsten i Göteborgs Stad (nämnden) har genomfört upphandlingen ”Serviceresor utanför Göteborgs trafikeringssområde, delområde 1”, (dnr. N444-0190/16, UHB dnr. 337/16).

Av tilldelningsbeslutet den 15 juni 2016 framgår bl.a. följande avseende taxitransporttjänster innefattande serviceresor utanför Göteborgs trafikeringssområde, delområde 1 avseende Stockholms län. Nämnden har tidigare genomfört upphandling av ”Serviceresor utanför Göteborgs trafikeringssområde”. Efter beslut övergick upphandlingen till förhandlat förfarande. Genom det förhandlade förfarandet hade nämnden kontakt och dialog med Svea Taxi Allians AB, Samtrans Skol- och handikapptransporter Stockholm AB samt Taxi Kurir i Stockholm AB. Efter förhandlat förfarande inkom anbud från Taxi Kurir i Stockholm AB som nämnden därefter beslutade att teckna avtal med.

YRKANDE M.M.

Samtrans Skol- och handikapptransporter Stockholm AB och Taxi 10 000 AB (sökandebolagen) yrkar att det avtal – avseende taxitransporttjänster innefattande serviceresor utanför Göteborgs trafikeringssområde, delområde 1 avseende Stockholms län – som nämnden slutit med Taxi Kurir i Stockholm AB ska ogiltigförklaras samt anför i huvudsak följande. Det är inte möjligt för nämnden att inleda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering under åberopande av att förekommande anbud är för dyrt. Detta gäller oavsett om bedömningen av anbudets prisnivå grundar sig på en marknadsuppskattning eller om priset överstiger myndighetens dokumenterade budget. En upphandlande myndighet som finner inkomna anbud för dyra kan i stället avbryta förfarandet för att senare eventuellt utlysa det på nytt, i möjligen justerad form. Något klarläggande av vad som manifesterar ett ”olämpligt anbud” återfinns varken i LOU eller i det äldre så kallade klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG). Genom införandet av LOU-direktivet och

legaldefinitionen i artikel 32.2 (a) får det dock numera anses klarlagt vad som gäller i fråga om ”olämpligt anbud”. Någon möjlighet för en upphandlande myndighet att, på sätt som nu skett, bjuda in andra leverantörer än de som tidigare har lämnat anbud i den aktuella upphandlingen föreligger inte vid anbud som exempelvis bedömts vara för dyra. Sådan möjlighet föreligger enligt LOU och LOU-direktivet endast i situationer där det enbart har lämnats olämpliga anbud som inte kan antas eftersom de är irrelevanta för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov och krav enligt upphandlingsdokumenten. I förevarande fall har det för delområde 1 inkommit ett anbud från Samtrans som inom föreskriven frist uppfyller samtliga krav enligt upphandlingsdokumenten och som därför utan väsentliga ändringar hade kunnat tillgodose nämndens aktuella behov av taxitransporttjänster. Detta anbud kan sålunda inte anses utgöra något ”olämpligt anbud”. Vid detta förhållande föreligger det inte några legala förutsättningar för nämnden att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering och inleda förhandlingar med Taxi Kurir i Stockholm AB. Rättslig grund för nämnden att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering genom att uppta förhandlingar och sluta avtal med vinnande leverantör har därmed inte förelegat. Parternas avtal har sålunda slutits utan föregående annonsering och ska av detta skäl förklaras ogiltigt med stöd av 16 kap. 13 § första stycket ÄLOU. – Eftersom upphandlingen har påbörjats efter LOU-direktivets ikraftträdande ska ÄLOU tolkas direktivkonformt i enlighet med detta direktiv. Det är numera införlivat genom den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Ett anbud som ansetts vara för dyrt kan enligt LOU-direktivet inte utgöra något olämpligt anbud. Det kan däremot, om det prismässigt överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten, vara ett oacceptabelt anbud. Endast i de fall där det inte har lämnats några lämpliga anbud tillåts den upphandlande myndigheten vända sig direkt till valfria leverantörer och utan föregående annonsering förhandla med dessa. Om det däremot har lämnats ett anbud som uppfyller de formella kraven men som bedömts vara ”för dyrt” får den upphandlande myndigheten inte inleda förhand-

ling utan föregående annonsering med någon annan än den som har lämnat det oacceptabla anbudet. Avseende upphandlingens nu aktuella delområde 1 – Stockholms län – har Taxi Kurir Stockholm AB inte lämnat anbud i det föregående öppna förfarandet. Det har därmed inte förelegat några legala förutsättningar för nämnden att inleda förhandlingar eller sluta avtal med detta bolag. Nämnden ska vidare visa tillräckliga förutsättningar för att överhuvudtaget övergå till ett sådant förfarande. Nämnden ska således visa att anbudet från Samtrans överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av myndigheten för att anbudet ska anses ”för dyrt” på sätt som gör det oacceptabelt. Någon sådan bevisning har inte visats i målet. Den doktrin nämnden hänvisar till är från 2011 respektive 2015, och därmed obsolet med avseende på förfaranden som har påbörjats efter LOU-direktivets ikraftträdande 2016. – Direktivbestämmelsen i art. 32.2(a) om vad som utgör ett olämpligt anbud ska, till skillnad från motsvarande bestämmelsen i art. 26.4(b) vad som utgör ett oacceptabelt anbud, tolkas uttömmande.

Nämnden anser att yrkandet ska avslås och anför följande. Det har förelegat förutsättningar att genomföra en upphandling genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Samtrans anbud var det enda som lämnades i upphandlingen beträffande delområde 1, Stockholms län. Anbudet uppfyllde de obligatoriska kraven och offererat priser som innebar ett utvärderingspris om 695 kr. Utvärderingspriset, som baseras på en tänkt typresa om 6,5 km varar 18 minuter, utgörs av summan av offererade startavgift, offererad körersättning för 6,5 km samt offererad körtidsersättning för 18 minuters körning. Olika priser kan offereras för körning dagtid kl. 06–18 respektive övrig tid. Nämnden uppfattade de av Samtrans offererade priserna som mycket höga. En jämförelse gjordes med priser för motsvarande uppdrag i en nyligen genomförd upphandling i Göteborg. Utvärderingspriserna, med tillämpning av samma utvärderingsmodell, för de två anbuds-givarna som tilldelades kontrakt i Göteborgsupphandlingen uppgick till som lägst 198 kr och som högst till 298 kr. Nämnden jämförde även vad den faktiska kostnaden för en typresa (6,5 km i 18 minuter) skulle bli med till-

lämpning av de offererade priserna. En sådan resa med Samtrans skulle kosta 695 kr och med vinnarna i Göteborg i spannet 189–300 kr. Vidare konstaterade nämnden att den enda andra anbudsgivare som hade lämnat anbud i den ursprungliga upphandlingen, men på ett annat delområde, hade offererat priser som innebar ett utvärderingspris på 276 kr. Priset för en typresa skulle också bli 276 kr. De offererade priserna är också betydligt högre än de priser som offererades av den vinnande anbudsgivaren i den efterföljande förhandlade upphandlingen, 258 kr som utvärderingspris att jämföra med Samtrans 695 kr. Priset för en typresa skulle bli 255 respektive 270 kr beroende på om den utförs dagtid på en vardag eller på övrig tid. Med hänsyn till de höga priserna bedömde nämnden att Samtrans anbud var olämpligt och därför inte skulle antas. Ett anbud kan vara olämpligt om det är för dyrt (Falk 2011 s. 173 och Rosén Andersson m.fl. 2015 s. 257). Eftersom Samtrans anbud var olämpligt och det saknades andra anbud avseende delområde 1 i upphandlingen beslutades att genomföra en upphandling genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 ÄLOU. De ursprungliga villkoren för kontraktet har inte ändrats. Nämnden hade kontakter med Samtrans, Svea Taxi Allians AB och Taxi Kurir i Stockholm AB. Endast Taxi Kurir i Stockholm AB inkom med anbud. Om förutsättningar föreligger för att tillämpa det aktuella lagrummet kan förhandlingar ske även med leverantörer som inte deltagit i den första resultatlösa upphandlingen (Rosén Andersson m.fl. 2015 s. 257). – Sökandebolagen menar att 4 kap. 5 § 1 ÄLOU, som tidigare kunnat tillämpas då ett anbudspris var för dyrt, numera delvis motsvaras av artikel 26.4 b) i direktivet och 6 kap. 16 § LOU och att den äldre bestämmelsen därför inte kan tillämpas som tidigare. Detta är felaktigt då 4 kap. 5 § första stycket 1 ÄLOU ska tolkas med beaktande av dess motsvarighet i LOU-direktivet och LOU, vilket är artikel 32.2 a) första stycket i LOU-direktivet och 6 kap. 12 § i LOU. Förarbeten, praxis och doktrin hänförliga till ÄLOU ska således beaktas vid ÄLOU:s tillämpning även vid en direktivkonform tolkning. Nämnden har genom sin utredning visat att Samtrans lämnat ett olämpligt anbud på grund av att det offererade anbudspriset varit så dyrt att det överstigit normalt

marknadpris och därmed inte kunnat antas. Den enda anbudsgivaren har lämnat ett olämpligt anbud och det har därför funnits förutsättningar att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Detta förfarande inbegriper rätt att förhandla med leverantörer som inte deltagit i den första resultatlösa upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling anges att den upphävda lagen – lag (2007:1091) om offentlig upphandling – gäller för sådan upphandling som har påbörjats före den 1 januari 2017. Nämnden har i annonsen den 22 december 2016 inhämtat anbud avseende upphandlingen och därför är lagen i den numera upphäva lydelsen tillämplig.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt, upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § ÄLOU).

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits 1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §, eller 2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 13 § första stycket ÄLOU).

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5–8 §§ (7 kap. 1 § ÄLOU).

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt (4 kap. 5 § första stycket 1 ÄLOU).

Av förarbetena till LOU (prop. 2015/16:195) framgår bl.a. följande.

Av artikel 32 i LOU-direktivet respektive artikel 50 i LUF-direktivet framgår att medlemsstaterna i de särskilda fall och under de särskilda omständigheter som anges i artiklarna, bl.a. om ”inga lämpliga anbud” eller ”lämpliga anbudsansökningar” lämnats, får föreskriva att de upphandlande myndigheterna eller enheterna får tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Dessa fall och omständigheter motsvarar i huvudsak de som uppställs för att förfarandet ska få användas enligt 2004 års LOU-direktiv respektive 2004 års LUF-direktiv (s. 499 f). – Paragrafen genomför artikel 32.2 a första stycket i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med Lagrådets förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får enligt förevarande paragraf till skillnad från vad som gäller enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU även användas när det visserligen har lämnats anbudsansökningar men inte några som är lämpliga. Det ligger i sakens natur att om inga anbudsansökningar eller anbud har lämnats, så har heller inga lämpliga anbudsansökningar eller anbud lämnats. Lagrådet efterfrågar en närmare förklaring av uttrycket lämpliga anbudsansökningar i författningskommentaren. Viss ledning kan hämtas ur 13 § som anger vissa specifika fall när ett anbud eller en anbudsansökan ska anses olämplig. Det är naturligtvis önskvärt med en tydlig innebörd av uttryck som används i lagtexten. Givet direktivets utformning är det dock i detta fall svårt att ge en närmare förklaring än den som lämnas i 13 §. Den närmare innebörden av begreppet lämpliga anbudsansökningar får därför bli en fråga för rätts-tillämpningen att definiera (s.996).

Förvaltningsrättens bedömning

Nämnden använde inledningsvis ett öppet förfarande i upphandlingen. När det efter anbudstidens utgång endast ett anbud hade lämnats in och de däri offererade priserna konstaterades överstiga jämförbara tjänster i liknande upphandlingar med stor marginal beslutade nämnden att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 ÄLOU.

Frågan i målet är om det förelegat förutsättningar för nämnden att övergå från ett öppet förfarande i upphandlingen till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering innebär ett undantag från regeln att all upphandling ska annonseras och bestämmelsen ska tillämpas restriktivt. Vidare är det nämnden som ska visa att förutsättningar för att tillämpa förfarandet föreligger.

Sökandebolagen menar att det inte är möjligt för en upphandlande myndighet att övergå till förhandlat förfarande på grund av att den enda anbudsgivaren i en upphandling offererat ett för högt pris. Stöd för denna tolkning anser sökandebolagen finns i direktiven till bestämmelserna i förordning 2014/24/EU. Sökandebolagen menar att ett anbud aldrig kan anses olämpligt på grund av där lämnade priser och att det var fel av nämnden att inleda förhandlingar med leverantörer som inte lämnat anbud i ett tidigare skede av upphandlingen.

Förvaltningsrätten gör mot bakgrund av ovan redovisade förarbetsuttalande samma bedömning som nämnden vad gäller resultatet av en direktivkonform tolkning av den aktuella bestämmelsen i 4 kap. 5 § 1 ÄLOU. Bestämmelsen ska tolkas mot dess motsvarighet i LOU-direktivet och LOU, dvs. artikel 32.2 a) första stycket i LOU-direktivet och 6 kap. 12 § i LOU. Detta innebär enligt förvaltningsrätten att förarbeten, praxis och doktrin som tillkommit under tiden för ÄLOU fortsatt ska beaktas vid tillämpning av lagen.

I ÄLOU görs skillnad mellan ogiltiga anbud och olämpliga anbud. Det är av stor betydelse att skilja på vad som är ett ogiltigt anbud och vad som är ett olämpligt anbud eftersom ogiltiga anbud har en annan rättsföljd än olämpliga. För att en upphandlande myndighet ska få använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 ÄLOU vid tilldelning av kontrakt krävs att det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar, inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud. Om de inlämnade anbuden av upphandlande myndighet ansetts inte vara lämpliga är 4 kap. 5 § 1 ÄLOU tillämplig.

Frågan är då om nämnden i det aktuella målet haft fog för sin bedömning att det enda i upphandlingen inlämnade anbudet inte utgjort ett lämpligt anbud. Förvaltningsrätten anser att ett offererat högt pris normalt inte kan medföra att bestämmelsen blir tillämplig. När det som i förevarande fall en jämförelse med likartade upphandlingar utmynnar i att de av Samtrans lämnade priserna för samma typtjänster blir dubbelt så dyra, får gränsen för vad nämnden måste acceptera ha passerats och anbudet kan därmed bedömas inte vara lämpligt. De av nämnden lämnade prisjämförelserna har inte bestritts av sökandebolagen. Därtill kommer den omständigheten att nämnden haft rätt att avbryta upphandlingen med hänvisning till att endast ett anbud lämnats in. Nämnden valde att i stället övergå till förhandlat förfarande där även Samtrans fick delta. Genom att tillämpa ett undantag från annonseringsskyldigheten och tilldela vinnande leverantör kontraktet på sätt som skett menar förvaltningsrätten att nämnden inte har agerat i strid med ÄLOU.

Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten att omständigheterna är sådana att nämnden inte har gått utöver det handlingsutrymme som följer av en tillämpning av 4 kap. 5 § ÄLOU, dvs. något lämpligt anbud hade inte inkommit vid användande av det öppna förfarandet och de ursprungliga villkoren för kontraktet hade inte ändrats väsentligt. Vad sökandebolagen anför i övrigt medför inte någon annan bedömning. Sammanfattningsvis har förutsättningarna för nämnden att använda förhandlat förfarande enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 ÄLOU varit uppfyllda. Ansökan ska därmed avslås.

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

Hans-Erik Jonasson

F.d. lagman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen M Georgsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

