

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN****I FALUN**

Enhet 2

Ann-Louice Jonsson

**DOM**

2012-07-09

Meddelad i

Falun

Mål nr

737-12

**KLAGANDE**

World Wide Air, 556722-5403

Box 436

901 09 Umeå

Ombud: Johnny Bäck

c/o DKCO Advokatbyrå Ab

Pb 236

AX-22101 Mariehamn

Åland

**MOTPART**

Trafikverket

781 89 Borlänge

Ombud: Anders Ljungberg och Helena Kers

Trafikverket

781 89 Borlänge

**ÖVERKLAGAT BESLUT**

Trafikverkets beslut den 31 januari 2012, ärendenummer TRV

2010/102590

**SAKEN**

Överklagande av beslut att avbryta offentligt anbudsförfarande rörande lufttrafik

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller World Wide Air:s överklagande och upphäver

Trafikverkets beslut från den 31 januari 2012.

**KONKURRENSVERKET**

2012-07-11

Avd

Dnr

Doss

Aktbil

### BAKGRUND

Trafikverket har genomfört ett offentligt anbudsförfarande enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen (förordningen) beträffande flygtrafik på linjerna Arlanda – Arvidsjaur, - Lyckselse, - Vilhelmina, - Hemavan och Gällivare (TRV 2010/102590). Trafikverket beslutade den 9 juni 2011 att tilldela NextJet AB avtal om regelbunden flygtrafik på dessa linjer. World Wide Air AB (WWA) överklagade beslutet och yrkade dels prövning av anbudet från NextJet AB och DAT, dels att förvaltningsrätten skulle fatta ett interimistiskt beslut innebärande att avtal inte fick tecknas innan frågan hade prövats slutligt av domstolen. Förvaltningsrätten biföll yrkandet om interimistiskt beslut den 23 juni 2011 (mål nr 2662-11) och fann med hänvisning till omprövningsskyldigheten i artikel 18 i förordningen att överprövning av tilldelningsbeslutet kunde ske med stöd av 22 a § förvaltningslagen (1986:223), FL, och att ett interimistiskt beslut kunde fattas med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291). Högsta förvaltningsdomstolen fann i beslut den 10 maj 2012 (mål nr 5074-11) att ett beslut att anta ett visst anbud måste ses som den avslutande åtgärden i ett offentlighetsrättsligt förfarande, vilket medför att beslutet kan överklagas till allmän förvaltningsdomstol. Högsta förvaltningsdomstolen beslutade att skriva av målet eftersom frågan om interimistiskt beslut ansågs ha förfallit då Trafikverket den 31 januari 2012 beslutat att avbryta det aktuella anbudsförfarandet.

### YRKANDEN M.M.

WWA överklagar Trafikverkets beslut den 31 januari 2012 att avbryta anbudsförfarandet och yrkar att beslutet upphävs. WWA anför till stöd för sin talan i korthet följande. Trafikverkets avbrytandebeslut kan inte läggas till grund för någon som helst åtgärd från förvaltningsrättens sida eftersom Trafikverket inte bifogat någon besvärshänvisning till beslutet och besvärstiden därmed inte börjat löpa och beslutet inte heller har vunnit laga kraft.

Beslut att avbryta en upphandling som skett enligt förordningen kan med stöd av förordningen omprövas i enlighet med 22 § och 22 a § FL och procedurregler från upphandlingsrättens övriga delar kan tillämpas analogt. Trafikverkets beslut om avbrytande av anbudsförfarandet ska ogiltigförklaras eftersom det i beslutet inte framkommer några sakliga skäl för ett avbrytande. Trafikverkets förfarande att företa en ny upphandling på exakt samma villkor och sedan avbryta den överklagade upphandlingen efter att anbudstiden för den nya upphandlingen gått ut är enbart ett sätt att kringgå det interimistiska förbudet att ingå avtal med NextJet AB. Ett överklagande av ett tilldelningsbeslut är inte ett sakligt skäl för att avbryta en upphandling. Trafikverkets uppdrag att upprätthålla flygtrafik är inte heller ett skäl för att avbryta aktuell upphandling, särskilt med hänsyn till att en direktupphandling avseende korttidskontrakt på sju månader ingåtts. För att ett avbrytande ska vara korrekt bör avbrytandet ske på sakliga grunder och i enlighet med de EU-rättsliga principer som gäller vid offentlig upphandling. Beslutet strider mot principen om transparens och mot EU-rättslig praxis.

**Trafikverket** bestrider bifall till överklagandet och yrkar för egen del i första hand att förvaltningsrätten ska avvisa överklagandet och i andra hand avslå detsamma. Trafikverket anför som grunder för sin inställning i korthet följande. Ett avbrytandebeslut kan inte tas upp till prövning i förvaltningsdomstol då upphandling av tjänstekoncessioner är undantagna från tillämpningen av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. I förordningen finns ingen reglering av avbrytande av offentligt anbudsförfarande. Varken artikel 16, 17 eller förordningen i övrigt reglerar avbrytandebeslut av offentligt anbudsförfarande. Avbrytandebeslut kan således inte prövas med stöd av förordningen. Föremålet för det offentliga anbudsförfarandet har varit avtal om att utföra flygtrafik fr.o.m. den 30 oktober 2011 till och med den 25 oktober 2015.

Dagen för uppdragets/avtalets start har således passerat och för varje dag som går efter den 30 oktober 2011 minskar uppdraget i omfattning och det är inte ett uppdrag som kan utföras i efterhand. Anbudet har varit giltigt till den 30 oktober 2011. Det kan inte anses strida mot någon grundläggande princip att avbryta ett offentligt anbudsförfarande då dagen för anbudens giltighetstid passerat. Trafikverkets förfarande strider inte heller mot 20 § FL då ett beslut att avbryta ett offentligt anbudsförfarande inte omfattas av denna bestämmelse. Den uppkomna situationen har inte orsakats av Trafikverket och borde inte heller ha kunnat förutses av verket. Trafikverkets agerande har således inte gått utöver vad som är nödvändigt för att lösa den uppkomna situationen och står i överensstämmelse med såväl förordningen som unionsrätten i övrigt. Trafikverket har således haft sakliga skäl för att avbryta det offentliga anbudsförfarandet.

#### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

*Är Trafikverkets beslut överklagbart?*

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om Trafikverkets beslut den 31 januari 2012 att avbryta ett offentligt anbudsförfarande avseende lufttrafik kan överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

Trafikverket anser att avbrytandebeslut varken omfattas av artikel 16 eller 17 i förordningen och att förordningen således inte innehåller någon reglering om att avbrytande av ett offentligt anbudsförfarande ska kunna omprövas effektivt. Trafikverket menar mot den bakgrunden att det inte heller är reglerat att ett beslut om avbrytande ens behöver fattas eller - för det fall ett sådant beslut ändå fattas - att beslutet ska kommuniceras, vad det ska innehålla eller att det ska kunna prövas om domstol.

WWA gör å sin sida gällande att även ett beslut om avbrytande av ett anbudsförfarande enligt förordningen är föranlett av artikel 16 och 17 i förordningen och därmed överklagbart. WWA anser mot den bakgrunden att

ett beslut om att avbryta ett sådant offentligt anbudsförfarande som avses i förordningen kan omprövas med stöd av förordningen i enlighet med 22 § och 22 a § FL.

I artikel 18 i förordningen finns bestämmelser om granskning av allmän trafikplikt. Enligt artikel 18.1 första stycket ska medlemsstaterna "vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa att beslut fattade enligt artiklarna 16 och 17 kan omprövas effektivt och, framförallt, så snart som möjligt i de fall då dessa beslut strider mot gemenskapsrätten eller nationella regler för genomförande av gemenskapsrätten". Till de beslut som ska kunna omprövas hör beslut enligt artikel 17.7 att ge ett lufttrafikföretag rätt att trafikera en flyglinje som omfattas av trafikplikt. Förordningen innehåller emellertid inte några bestämmelser rörande effektiv omprövning av den berörda medlemsstatens beslut om att avbryta ett sådant offentligt anbuds-förfarande som omfattas av förordningen.

Det var länge en öppen fråga inom upphandlingsområdet om en upphandlande myndighets/enhets beslut att avbryta en upphandling kan bli föremål för domstolsprövning. EU-domstolen har dock klargjort att ett avbrytande av en upphandling kan prövas enligt de s.k. rättsmedelsdirektiv som ligger till grund för LOU och LUF (C-92/00 (Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik, HI)). Högsta förvaltningsdomstolen uttalade därefter att ett beslut att avbryta en pågående upphandling är ett beslut som kan bli föremål för överprövning, och i förekommande fall ogiltighetsförklaras samt att allmän förvaltningsdomstol är behörig att pröva sådana mål (RÅ 2005 ref. 62).

Tjänstekoncessioner är uttryckligen undantagna från upphandlingsdirektivens tillämpningsområde (artikel 17 i direktiv 2004/18/EG, det klassiska direktivet, respektive artikel 18 i direktiv 2004/17/EG, försörjningsdirektivet) och därmed också undantagna från LOU och LUF. I praxis från EU-domstolen har emellertid klargjorts att alla de grundläggande principerna

för offentlig upphandling är tillämpliga även vid upphandling av ett kontrakt avseende tjänstekoncession (C-458/03 Parking Brixen och C-324-98 Telaustria). Av EU-domstolens praxis kan utläsas att kraven på transparens och likabehandling bland annat innebär en skyldighet att lämna insyn, så att en anbudsgivare kan få reda på att en tilldelning av tjänstekoncession ska göras samt att anbudsgivarna kan försäkra sig om att principerna iakttas. Denna skyldighet att lämna insyn som varje upphandlande myndighet har syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska (C-324/98 Telaustria p. 62).

Förvaltningsrätten anser att kravet på möjlighet till effektiv omprövning enligt artikel 18 i förordningen måste tolkas extensivt och i ljuset av såväl syftet med förordningen som den EU-praxis som utformats inom upphandlingsområdet. För att det fullständiga uppnåendet av målet med att upphandla flygtrafik enligt förordningen inte ska äventyras måste enligt förvaltningsrättens mening även ett beslut om att avbryta ett sådant offentligt anbuds-förfarande som regleras i förordningen anses ingå bland de beslut som enligt artikel 18 ska kunna omprövas effektivt. Mot denna bakgrund och med beaktande av vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i mål nr 5074-11, anser förvaltningsrätten således att det nu överklagade beslutet är av sådan offentlighetsrättslig karaktär att det kan överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

Förvaltningsrätten konstaterar avslutningsvis att den besvärstid som anges i 23 § andra stycket FL börjar löpa från den dag då klaganden fick del av beslutet och att WWA i förevarande fall har fått del av Trafikverkets beslut inom den tid som anges i FL.

*Prövning av Trafikverkets beslut i sak*

WWA anser inte att Trafikverket haft sakliga skäl för att avbryta anbuds-  
förfarandet och anser att Trafikverkets agerande enbart är ett sätt att  
kringgå det interimistiska beslutet om förbud att ingå avtal med NextJet  
AB. Trafikverkets uppdrag att upprätthålla flygtrafik är, enligt WWA:s  
mening, inte ett skäl för att avbryta det aktuella anbuds-förfarandet. WWA  
pekar i denna del på att Trafikverket ingått korttidsavtal med NextJet AB  
på sju månader. WWA anser inte heller att den omständigheten att anbu-  
dens giltighetstid och den planerade startdagen för föremålet för det offent-  
liga anbuds-förfarandet passerats utgör giltiga skäl för avbrytande. WWA  
uppges i den delen att Trafikverket inte har tillfrågat anbudsgivarna om en  
förlängning av anbudens giltighetstid och att Trafikverkets beslut att di-  
rektupphandla korttidstrafik i sju månader motsäger påståendet om att an-  
buden förfallit.

Av EU-domstolens praxis inom upphandlingsområdet framgår att en upp-  
handlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad  
upphandling (mål C-92/00 HI punkt 40-41). EU-domstolen har också utta-  
lat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantags-si-  
tuationer eller när det finns tungt vägande skäl (mål C-27/98 Fracasso och  
Leitschutz, punkterna 23 och 25). Ett beslut att avbryta en upphandling  
måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt  
och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (RÅ 2009  
ref. 43). Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det förele-  
gat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen och att de grund-  
läggande principerna i gemenskapsrätten inte trätts för när.

Trafikverket har som skäl för sitt beslut att avbryta det offentliga anbuds-  
förfarandet åberopat att möjligheterna att säkra flygtrafiken på de berörda  
linjerna skulle komma att äventyras om verket avvaktar resultatet av den

pågående rättsprocessen innan utvärderingen av det nya anbudsförfarandet påbörjas. I Trafikverkets avbrytandebeslut anges vidare att det inte heller längre är möjligt att teckna avtal med vinnande anbudsgivare eller annan anbudsgivare i upphandlingen. I skriftväxlingen har Trafikverket uppgett att anbudens giltighetstid gick ut den 30 oktober 2011. Dessa omständigheter medför enligt Trafikverkets mening var för sig att det funnits sakliga skäl för att avbryta anbudsförfarandet. Trafikverket har vidare framhållit att avtalsstarten har passerat och att uppdraget minskat i omfattning allt sedan den planerade starten.

I målet får anses ostridigt att anbudens giltighetstid enligt förfrågningsunderlaget löpte ut den 30 oktober 2011, dvs. efter att Trafikverket fattat sitt tilldelningsbeslut i det nu aktuella anbudsförfarandet, vilket skedde den 9 juni 2011. Vid tiden för tilldelningsbeslutet förelåg därmed giltiga anbud. Den tid som en anbudsgivare enligt förfrågningsunderlaget ska vara bunden av sitt anbud, bör enligt förvaltningsrättens mening anses fylla sin främsta funktion fram tills dess tilldelningsbeslut har meddelats. Efter det att tilldelningsbeslut har meddelats och den konkurrensuppsökande fasen därmed är förbi, kan den omständigheten att inte antagna anbudsgivare då inte godtar en förlängning inte rimligen medföra att anbudsförfarandet måste göras om (Kammarrätten i Stockholms dom den 5 juli 2011 i mål nr 2059-11). Avtalsbundenhet efter tilldelningsbeslut får istället ses som en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna (justitierådet Nords särskilda yttrande i RÅ 2008 not. 26).

Mot bakgrund av att Trafikverkets tilldelningsbeslut meddelats inom anbudens giltighetstid och det konkurrensuppsökande skedet i anbudsförfarandet därmed var avslutat, bedömer förvaltningsrätten att det inte kan anses förenligt med de grundläggande unionsrättsliga principerna att avbryta anbudsförfarandet på den grunden att anbudens giltighetstid löpt ut.



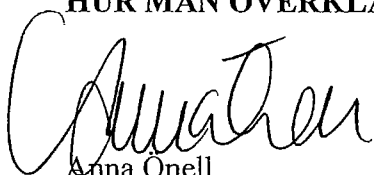
Trafikverket beslutade den 16 september 2011 att teckna korttidsavtal med NextJet AB avseende de aktuella flyglinjerna. Till grund för beslutet angavs att korttidsavtalen ingicks för att säkra flygtrafiken på de berörda linjerna, för det fall domstolsprocessen skulle dra ut på tiden och resultatet av det offentliga anbudsförfarandet inte skulle kunna användas. Korttidsavtalen var villkorade av att avtal inte tecknades i enlighet med det offentliga anbudsförfarandet och för det fall avtal tecknades enligt det offentliga anbudsförfarandet, skulle korttidsavtalen upphöra att gälla med omedelbar verkan. WWA överklagade beslutet till Förvaltningsrätten i Falun, som i dom den 24 oktober 2011 avslog överklagandet och gjorde bedömningen att Trafikverkets förfarande stod i överensstämmelse med såväl förordningen som unionsrätten i övrigt (mål nr 3999-11). Kammarrätten i Sundsvall delade denna bedömning (mål nr 2704-11) och Högsta förvaltningsdomstolen beslutade den 22 november 2011 att inte meddela prövningstillstånd (mål nr 6890-11). Förvaltningsrätten konstaterar att artikel 16.12 i förordningen – vilken bl.a. föreskriver att ett nytt anbudsförfarande ska inledas då korttidsavtal har ingåtts – i nu nämnda mål inte bedömdes vara direkt tillämplig.

Trafikverket har således haft möjlighet att under rådande omständigheter ingå korttidsavtal. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att beslutet - att avbryta det offentliga anbudsförfarandet på den grunden att möjligheterna att säkra flygtrafiken på de berörda linjerna annars skulle komma att äventyras - inte kan anses ha vilat på sakligt godtagbara skäl och att de grundläggande principerna i unionsrätten härigenom har åsidosatts. Med hänvisning till att avtalstiden för det aktuella anbudsförfarandet sträcker sig t.o.m. den 25 oktober 2015 anser förvaltningsrätten inte att vad Trafikverket har framhållit gällande uppdragets minskade omfattning alltsedan den planerade avtalsstarten den 30 oktober 2011 medför att förutsättningarna för det påbörjade anbudsförfarandet kan anses så väsentligt förändrade att ett beslut om att avbryta anbudsförfarandet framstår som godtagbart.

Enligt förvaltningsrätten utgör inte heller påståendet om att det är Trafikverkets bedömning att det inte är möjligt att teckna avtal med vinnande anbudsgivare eller annan anbudsgivare i upphandlingen eller att det ur ett kommersiellt perspektiv är angeläget att undanröja all osäkerhet rörande vilken av upphandlingarna som kan slutföras godtagbara skäl att avbryta anbudsförfarandet.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Trafikverkets avbrytandebeslut inte kan anses förenligt med förordningen och de grundläggande unionsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. Överklagandet ska därför bifallas och Trafikverkets beslut upphävas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1C).



Anna Önell

rådman