

REGERINGSRÄTTENS DOM

Mål nr
4239-07

meddelad i Stockholm den 4 juni 2009

KLAGANDE

Finspångs Taxi AB, 556300-4620

Ombud: Chefsjuristen Pär Cronhult, Box 5625, 114 86 Stockholm

MOTPART

Finspångs kommun

Ombud: Advokaten John Hane, Foyen Advokatfirma AB, Box 7229,
103 89 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 juni 2007 i mål nr 899-07 (bilaga)

SAKEN

Offentlig upphandling

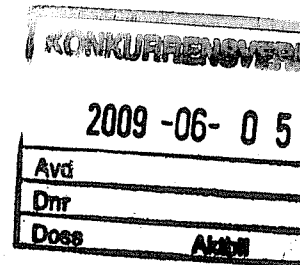
REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Regeringsrätten avslår yrkandet om att förhandsavgörande ska inhämtas från EG-domstolen.

Regeringsrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Finspångs Taxi AB (bolaget) yrkar att Regeringsrätten, med ändring av kammarrättens dom, ska fastställa länsrättens domslut. Bolaget yrkar vidare,



Dok.Id 72413

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Wallingatan 2

Telefon
08-561 676 00
E-post: regeringsratten@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

Mål nr
4239-07

såsom det slutligt bestämt sin talan, att Regeringsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen avseende frågorna om Finspångs kommuns (kommunens) beslut att på angivna grunder avbryta upphandlingen är förenligt med gemenskapsrätten och vilken utredning och vilka beviskrav som i så fall åvilar kommunen, särskilt med beaktande av att lösningen med egen regi visat sig vara mindre förmånlig för kommunen än förekommande anbud i upphandlingen. Bolaget anför bl.a. följande. Inget av de EG-rättsliga avgöranden som finns på området gäller, såsom i nu aktuellt fall, avbrytande på grund av att den upphandlande enheten vill anta ett alternativ med egen regi. Förhandsavgörande ska därför inhämtas från EG-domstolen. – Kammarrätten har tillämpat ett felaktigt beviskrav när den ansett det vara tillräckligt att kommunen gjort sannolikt att det förelegat saklig grund för att avbryta upphandlingen. – Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att all relevant information måste framgå av annonsen eller det skriftliga underlaget för upphandlingen. Kommunen har endast hänvisat till en externt tillgänglig budget, som inte har bilagts förfrågningsunderlaget och som är svårtolkad. Budgeten avser dessutom bara ett år, medan upphandlingen gäller fem år med två års förlängning. – Nämnden för Offentlig Upphandling, NOU, uttalade år 1999 att vid avbruten upphandling måste den upphandlande enheten kunna visa att egenregialternativet, vid en objektiv utvärdering, och mot bakgrund av i förfrågningsunderlaget angivna, klart definierade och mätbara krav, har visat sig vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Enligt en inom kommunen framlagd rapport har det visat sig att kommunens faktiska kostnadsutveckling för det valda alternativet i egen regi vida överstiger det interna anbudet, varför bolagets anbud framstår som mer förmånligt. Ett beslut om avbrytande av en upphandling måste föregås av en noggrann analys av de till buds stående alternativen, entreprenad eller drift i egen regi. Kommunen har inte genomfört någon sådan analys.

Kommunen bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Skälet för beslutet att avbryta upphandlingen var att inkomna anbud betydligt översteg kommunens budget för tjänsten. Att upphandlingen skulle kunna komma att avbrytas på den grunden framgick av förfrågningsunderlaget och den kommunala budgeten är offentlig. Tvisten rör inte en upphandling som avbrutits för att

tjänsten i stället ska utföras i egen regi. Sedan de avtal för tjänsten som kommunen tidigare haft löpt ut den 30 juni 2007 har kommunen inte haft något annat val än att låta sin transportenhet utföra tjänsten i egen regi. Detta har emellertid enbart varit avsett som en tillfällig åtgärd i avvaktan på att kommunen skulle genomföra en ny upphandling i stället för den som avbrutits. Den tjänst som kommunen ville upphandla förutsatte att antagen leverantör skulle köpa in ett betydande antal nya och större fordon och använda dessa för parallella transporter av t.ex. skolbarn och skolmat, för att på så vis minska antalet körda mil och därmed följande kostnader. Något sådant har inte genomförts. Den tjänst som kommunen ville handla upp och som transportenheten också lämnade anbud på, kan inte jämföras med det sätt på vilket kommunen, som en interimsåtgärd, i egen regi fullgör sin skyldighet att tillhandahålla transporttjänster. Eftersom det inte är samma tjänst som kommunen ville upphandla och som syftade till att reducera kostnaderna, är kostnaden för den inte jämförbar med de anbud som lämnades i upphandlingen. Kommunen har nu genom annonsering på nytt påbörjat upphandlingen.

SKÅLEN FÖR REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling har upphört att gälla med verkan fr.o.m. den 1 januari 2008 (SFS 2007:1093) och har såvitt är av intresse i detta mål ersatts av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till 2007 års lag ska dock 1992 års lag alltjämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § i 1992 års lag ska upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn. Denna bestämmelse motsvaras numera av 1 kap. 9 § i 2007 års lag (prop. 2006/07:128 s. 154). Enligt de principer för upphandling som anges där ska upphandlande myndigheter 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.

Regeringsrätten gör följande bedömning.

Frågan om inhämtande av förhandsavgörande

Av EG-domstolens praxis framgår att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållna undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl, samt att en förutsättning för ett beslut att avbryta en upphandling är att den upphandlande enheten följer de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (C-92/00, HI, REG 2002 s. I-5553 punkt 40 och 47). Av praxis följer vidare att det inte finns någon skyldighet för en upphandlande enhet att fullfölja en påbörjad upphandling (jfr C-92/00, HI, punkt 41 samt RÅ 2008 ref. 35 och där angivna rättsfall). Även när orsaken till avbrytandet är att den upphandlande enheten inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfordran, på grund av fel som enheten begått vid sin förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har enheten ansetts ha haft rätt att avbryta upphandlingen (C-244/02, Kauppatalo Hansel, REG 2003 s. I-12139). Mot bakgrund av att EG-domstolen således tolkat den gemenskapsrättsliga reglering som aktualiseras i målet saknas skäl att inhämta förhandsavgörande. Yrkandet härom ska därför avslås.

Frågan om avbrytande av upphandlingen

Målet gäller om det funnits förutsättningar för kommunen att avbryta upphandlingen på den av kommunen angivna grunden, nämligen att kommunens budget skulle överskridas.

En upphandlande enhet har skyldighet att upphandla när den avser att anskaffa en vara, en tjänst eller en byggtreprenad. Först då måste den upphandlande enheten öppna sig mot marknaden och söka upp den konkurrens som finns. Enheten har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad. Av tidigare nämnd praxis framgår att ett

DOM

5

Mål nr
4239-07

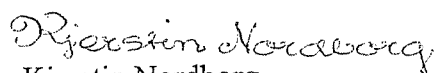
beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (jfr särskilt tidigare nämnda beslut i målet C-244/02, Kauppatalo Hansel).

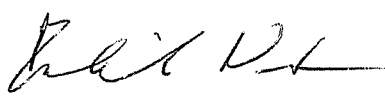
Regeringsrätten finner att det i målet är tillfredsställande utrett att samtliga de återstående anbud som kommunen hade att ta ställning till var högre än vad kommunens budget tillät. Tjänsten visade sig vara dyrare än vad kommunen hade haft anledning att räkna med.

Mot denna bakgrund och då inte heller utredningen i övrigt ger anledning till annan bedömning finner Regeringsrätten vidare att kommunens beslut att avbryta upphandlingen har vilat på sakligt godtagbara skäl och att det inte framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten trätts för när.


Överklagandet ska därför avslås.


Susanne Billum


Kjerstin Nordborg


Eskil Nord


Annika Brickman


Olle Stenman


Karin Hartmann

Föredragande regeringsrätts-
sekreterare

Avd. II

Föredraget 2009-04-29



KLAGANDE

Finspångs kommun
612 80 Finspång

Ombud: Advokat John Hane, Box 7229, 103 89 Stockholm

MOTPART

Finspångs Taxi AB, 556300-4620
S. Storängsvägen 61, 612 43 Finspång

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Östergötlands län dom den 19 februari 2007
i mål nr 3863-06, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Finspångs kommun (kommunen) yrkar att kammarrätten upphäver
länsrättens dom.

Finspångs Taxi AB (taxibolaget) bestrider bifall till överklagandet.

Kommunen anför bl.a. följande.

AB Östgötatrafiken är trafik huvudman i Östergötlands län och har därmed en övergripande skyldighet enligt lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik att se till att det finns tillfredsställande kollektivtrafik i hela länet. I lagen (1997:736) om färdtjänst, skollagen (1985:1100), hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) samt i lagen (2004:1225) om vissa kommunala befogenheter i fråga om sjuktransporter regleras kommunens skyldighet att anordna färdtjänst (innefattande även riksfärdtjänst och särskoleresor till andra kommuner), skolskjuts och sjukresor. Därutöver har kommunen för sin egen

Klaganden/ombudet
Motparten/ombudet
Skatteverket
Länsstyrelsen
Länsrätten
Allmänna ombudet

För kännedom
För verkställighet
För delgivning

verksamhet behov av vissa transporter, såsom mat-, livsmedels- och posttransporter. Kommunens behov av dessa transporttjänster benämns i det följande gemensamt inomkommunala transporter. Kommunen har sedan halvårsskiftet år 2002 avtal med fyra privata företag – Hällestad Buss AB, Igelfors Taxi AB, Rejmyre Buss och Resetjänst AB och taxibolaget – för att täcka delar av sitt behov av inomkommunala transporter. Därutöver har kommunen gett ett uppdrag till Räddningstjänsten i Finspångs kommun (Räddningstjänsten) för att i egen regi täcka andra delar av detta behov. De avtal som ingåtts löpte initialt i tre år och löper efter avtalsenlig förlängning i två år ut den 30 juni 2007. – Kommunfullmäktige beslöt den 25 maj 2005 att verka för ytterligare konkurrensutsättning av kommunens inomkommunala transporter. Som ett led i det arbetet tog kommunen in konsulthjälp genom företaget Optiplan AB (Optiplan) för att utreda i vilken utsträckning kommunens samlade behov av inomkommunala transporter i enlighet med kommunfullmäktiges beslut kunde samordnas och effektiviseras bättre för att på så vis också utföras mer kostnadseffektivt. Optiplans utredning slutfördes i december 2005 och har ingetts till länsrätten. Uppdraget har bestått i att optimera (dvs. effektivisera) skolskjutsverksamheten, vilket dock utgjort grovt räknat nära 70 procent av kommunens kostnader för inomkommunala transporter. Optiplans utredning utmynnade i att kommunen skulle kunna i stort sett halvera sina kostnader för skolskjuts. Detta genom att förenklat uttryckt dels använda färre, men större fordon med dubbla funktioner (exempelvis för både mat och persontransporter, för både skolbarn och rullstolsburna), dels samordna transporter i högre grad för att på så vis dra ned antalet körda mil. Kommunen inhämtade därvid att flera andra kommuner i länet med goda resultat använt Optiplan som konsult för att effektivisera sina inomkommunala transporter, däribland Norrköpings kommun som kommunen bl.a. genom Östgötatrafiken haft omfattande kontakter med i frågan. Mot den bakgrunden anlätade kommunen Östgötatrafiken som ombud åt kommunen för att genomföra en upphandling av kommunens samlade behov av inomkommunala transporter. Förfrågningsunderlaget upprättades våren 2006 med sista dag

för anbuds ingivande den 19 juni 2006, med förutsättningen att upphandlat avtal om inomkommunala transporter skulle börja gälla från och med den 1 juli 2007. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen ordnat tjänsten med viss geografisk indelning i sju särskilda så kallade anbudspaket. Kommunen hade dessförinnan lagt fast en budget för tjänsten på 17 miljoner kr per år beräknat utifrån kostnadsläget 2006 med möjlighet till förlängning i två år, samt att avtalet förutsatt indexuppräknning av respektive anbudsgivares priser under anbudstiden. Kommunens budget på 17 miljoner kr har således inte avsett år 2007 till år 2012, eller år 2014 efter förlängning utan enbart år 2006. Budgeterad kostnad för den upphandlade tjänsten jämfört med tidigare år var 16,1 miljoner kr, efter att hänsyn tagits till en bedömd femprocentig kostnadsbesparing på grund av den effektivisering av framför allt skolskjutsen som tjänsten strukturerats efter i förfrågningsunderlaget. Att kommunen i sin budget endast utgick från en femprocentig kostnadsbesparing – mot Optiplans antagna 50 procent - var ett i alla avseenden försiktigt antagande kommunen gjorde efter att från Norrköpings kommun ha fått uppgifter om att Optiplans optimering för Norrköpings kommun medfört kostnadsbesparingar på ca 15 procent per år. Trots det beslöts alltså en högre budget för att ge anbudsgivande företag ett som kommunen bedömt erforderligt utrymme för investeringar av nya fordon som trots den långa avtalstiden och därav följande avskrivningstakt bedömdes kunna inverka något på anbudssumman. Ur tillgänglig statistik från Statistiska Centralbyrån framgår att kommunen under många år haft en relativt hög kostnad för sin skolskjuts jämfört med andra kommuner i länet. Den kunskapen har också legat till grund både för kommunens beslut att konkurrensutsätta tjänsten och för den budget som lags fast för tjänsten i fråga. – Kommunen angav i förfrågningsunderlaget att kommunen kan komma att avbryta ett eller flera anbudspaket om prisnivån överstiger kommunens budget för samhällsbetalda transporter. Kommunens budget har inte sekretessbelagts utan har kunnat begäras ut av anbudsgivande företag som allmän handling. Sedan upphandlingen genomförts meddelade kommunen tilldelningsbeslut den 14 augusti 2006

och tilldelade kontrakt beträffande anbudspaket 1, 2, 5, 6 och 7 till Räddningstjänsten som tillåtits delta med ett eget anbud. Beträffande anbudspaket 3 och 4 tilldelades kontrakt istället Hällestad Buss AB. Sedan taxibolaget begärt överprövning av tilldelningsbeslutet såvitt avsåg anbudspaket 1, 2, 5, 6 och 7, beslöt länsrätten i lagakraftvunnen dom den 12 september 2006 att rättelse skulle ske på så sätt att Räddningstjänstens anbud skulle förkastas på grund av vissa formkrav som inte uppfyllts i anbudet. Inför upphandlingen hade 17 företag begärt att få ut handlingar som tilltänkta leverantörer och kvalificerats för anbudsgivning, däribland ett flertal rikstäckande företag. Anbud kom emellertid enbart att ges in av fyra företag vid sidan av Räddningstjänsten, varav samtliga med lokal anknytning. Vid den nya anbudsvärderingen och därav följande tilldelningsbesked som kommunen gjorde som en följd av länsrättens dom konstaterades beträffande anbudspaket 1, 2, 5, 6 och 7 – som överprövningen avsåg – sedan Räddningstjänstens anbud plockats bort, att Hällestad Buss AB lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga för anbudspaket 1 och 2 och taxibolaget för anbudspaket 5-7. Emellertid konstaterades också att Räddningstjänstens ogiltiga anbud legat på nivå budgeterade 17 miljoner kr för tjänsten i dess helhet. Att däremot anta Hällestad Buss AB anbud för anbudspaket 1 och 2 och taxibolagets anbud för anbudspaket 5-7 hade medfört ett budgetöverskridande med totalt 23 procent per år jämfört med Räddningstjänstens anbud. Kommunen har alltså utgått från att budgeten för tjänsten höjs år för år i samma takt som avtalade priser för tjänsten kommit att indexuppräknas enligt kontraktet. Mot den bakgrunden beslutade kommunstyrelsen att avbryta upphandlingen som en tillfällig åtgärd under andra halvåret 2007 för att istället gå ut i en ny upphandling under februari 2007 med avtalstecknande fr.o.m. den 1 januari 2008. I beslutet har antecknats ”Ny upphandling skall genomföras för avtalspaketerna 1, 2, 5, 6 och 7.” Skälet till det beslutet var i första hand att inget anbud kunde antas på grund av det kraftfulla budgetöverskridandet men också en bedömning att man i avsaknad av rikstäckande företags anbud inte uppnått den effektiva konkurrensutsättning som kommunen önskat. Kommunfullmäktiges

övergripande beslut från 2005 om en ökad konkurrensutsättning av kommunens behov av inomkommunala tjänster ändrades inte med det beslut som fattats av kommunstyrelsen om att avbryta den aktuella upphandlingen. Följden av att upphandlingen inte får avbrytas blir konkret att kommunen tvingas att ingå ett avtal om utförande av inomkommunala transporter under så lång tid som minst fem år, fr.o.m. den 1 juli 2007 t.o.m. den 30 juni 2012, vilket avtal för tjänsten i dess helhet innefattar ett överskridande av kommunens budget med ca 4 miljoner kr per år. Utslaget på fem år medför det ett överskridande med (5 x 4) 20 miljoner kr som måste tas från annan kommunal verksamhet som följaktligen drabbas av nedskärningar. Det kan ifrågasättas vilken skada taxibolaget lider av kommunens beslut såvitt avser anbudspaket 1 och 2. Det bestrids inte att det av EG-domstolens domar framgår att det är kommunen som har bevisbördan för att förhållandena avvikit från de förväntade och att det därför funnits fog för ett avbrytande.

Taxibolaget anför bl.a. följande.

Vad gäller Optiplans utredning och påstående att kommunen skulle kunna halvera skolskjutskostnaderna genom större fordon med flera funktioner och ökad samordning vidhålls att slutsatsen om besparingspotential saknar påvisad verklighetsanknytning. Kommunen har inte beskrivit hur kostnadsbesparingarna skall uppnås, t.ex. vad som skall ändras i förhållande till nu gällande avtal och vilken besparingspotential detta skulle medföra samt hur beräkningsgrunden för detta antagande ser ut. Kommunen har inte heller ingett några prisuppgifter eller fordonsuppgifter eller över huvud taget uppgett något om vad eventuella förändringar skulle bestå i. Kommunen har hänvisat till av Optiplan initierade besparingar i Norrköping. Det finns dock inte någon som helst utredning som styrker detta. Taxibolaget har införskaffat information om en upphandling under 2005 av stadsdelsbussar i Norrköping, som Östgötatrafiken var inblandad i. I denna upphandling var det fråga om ett helt annat trafikslag, med avsevärt större fordon. Upphandlingen hade

således ett helt annat utseende och ett helt annat syfte än ifrågavarande upphandling. Trots att Optiplan rekommenderade att man inte skulle följa en av Optiplans egna huvudstrategier vid trafikoptimering påstår kommunen att det fanns potential för stor besparing. Det vidhålls att kommunen inte har hänvisat till att anbuden i denna upphandling skulle ligga på en högre nivå, jämfört med liknande upphandlingar på andra håll i landet. Taxibolagets anbud i kostnadshänseende är således otvistigt jämförbart med vad motsvarande tjänster betingar på andra håll i landet. Kommunen har inte styrkt att en stor besparingspotential föreligger. Att det skulle gå att, med icke närmare beskriven datorstödd trafikoptimering/-simulering, plötsligt finna besparingsmöjligheter på upp till 50 procent bär inte sannolikhetens prägel. Det går inte heller att finna något stöd för detta i ovan anförda undersökning. Kommunen har reducerat förväntningarna till fem procents besparing, men har inte kunnat visa att det finns något fog ens för denna beräkning. Flera konkurrensutsatta anbudsgivare har läst samma anbudsunderlag och kommit fram till en relativt näraliggande kostnadsbild. Anbudsgivarna har inte samrått. De näraliggande anbudspriserna kommer sig helt enkelt av att det blir konsekvensen på en marknad där konkurrensen är hård. Uppgiften att kommunen, med hänvisning till SCB:s rapporter och statistik, legat på en osedvanligt hög nivå när det gäller kostnaden för skolskjuts, både räknat på individ och totalt är inte ett visat påstående. Kommunen har i anbudsunderlaget angett att den kan komma att avbryta ett eller flera anbudspaket om prisnivån skulle överstiga kommunens budget för samhällsbetalda transporter. Detta utgör en allmänt hållen och standardiserad formulering som i sig inte räcker för att kommunen skall slippa ifrån att visa att sakliga skäl föreligger vid ett avbrytande. Hänvisningen/friskrivningen torde vara alltför oklar för anbudsgivarna, dvs. den strider mot kravet på att transparens skall råda i upphandlingar, för att den i förevarande sammanhang skall tillmätas någon avgörande betydelse. Det är de sammantagna omständigheterna som skall vara avgörande när det prövas vad kommunen har förmått visa/inte har förmått visa när det gäller grunden för avbrytandet. Det är möjligt att

skaffa sig en ungefärlig bild av vad som är marknadsmässiga priser genom att jämföra liknande tjänster på andra håll i landet. Vid sådant fall borde det åvila den upphandlande enheten att komma med en mycket bra förklaring till varför ett avbrytande sker, dvs. kravet på den upphandlande enheten bör ställas förhållandevis högt för att den skall anses ha visat att sakliga skäl för ett avbrytande föreligger. Härvid kan det då säkerligen bli nödvändigt att i efterhand i detalj inte bara redovisa budgeten utan även vilka ställningstaganden och överväganden som ligger bakom budgeten, t.ex. att den kostnadshöjning som ett eller flera anbud innebär synes vara omotiverat hög med hänvisning till en noggrann beskrivning av omfattningen på den tjänst som upphandlas eller med hänvisning till priserna för jämförbara tjänster på andra marknader, tidigare års budgetutfall etc. – För taxibolaget innebär ett avbrytande att bolaget kommer att fråntas säkra intäkter av de upphandlade tjänsterna fram till 2012, ev. fram till 2014, eftersom bolaget genom lagakraftvunnen dom har tilldömts tilldelning i upphandlingen. En annan av de konkurrerande anbudsgivarna, Hällestas Buss AB, med priser som ligger nära bolagets, har fått sig tilldelat ett avtal som gäller till 2012, eventuellt ända till 2014. Kommunens agerande härvidlag strider mot gemenskapsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling, i detta fall principerna om affärsmässighet och likabehandling. Kommunen uppger att i avsaknad av rikstäckande företags anbud nådde upphandlingen inte upp till den effektiva konkurrensutsättning som kommunen önskat. Dock har 17 företag visat intresse och kvalificerat sig för upphandlingen och fem av dessa inkom sedermera med anbud. En ganska stor konkurrens har således förelegat. Tjänster liknande dessa utförs nämligen av lokala taxi- och bussföretag, av vilka det av hävd ofta brukar finnas högst ett par av i en kommun av ifrågavarande storlek. En liten lokal marknad kan inte bära fler än en eller ett par. Med den prispress som ligger i de offentliga upphandlingarna och det vikande privatkundsunderlaget torde konkurrensen inte heller komma att öka. Om ett av de företagen lyckas vinna en större del av en offentlig upphandling försvinner alltfler av konkurrenterna. Så har t.ex. nyligen skett i Dalarna (Hedemora). Ett

rikstäckande företag använder sig ofta av lokala företag som underentreprenörer, vilka ibland förmås utföra transporter till icke företagsekonomiskt bärkraftiga priser, jämför Taxi Stenungsund. När Räddningstjänstens ogiltiga anbud tas bort blir rangordningen mellan de kvarstående anbuden följande. Paket 1 tilldelas Hällesta Buss AB för 5 532 461 kr, paket 2 får Hällesta Buss AB för 3 026 579 kr, paket 3 går till Hällesta Buss AB för 5 126 355 kr, paket 4 går till Hällesta Buss AB för 3 017 581 kr, paket 5 till taxibolaget för 1 996 544 kr, paket 6 till taxibolaget för 896 605 kr och paket 7 till taxibolaget för 1 088 300 kr. Totalt 20 684 425 kr, vilket överstiger 17 000 000 kr med strax under 21,7 procent, inte 23 procent. Det skall även noteras att det s.k. budgetöverskridandet endast drabbar det första året efter att det nya avtalet sjösatts. Därefter skall naturligtvis budgetutfallet ligga till grund för nästa års budget. Att det skulle ske ett budgetöverskridande för hela avtalsperioden, dvs. minst fem år, är således inte riktigt. – Den kommunala självbestämmanderätten torde innefatta bl.a. att en kommun har möjlighet att förändra såväl intäkter som kostnader. Nästa års budget kan säkerligen justeras uppåt med 3 684 425 kr (plus en eventuell indexhöjning) utan att andra verksamheter drabbas. För övrigt kan det finnas möjlighet att få tillgång till ökade medel genom omprioriteringar inom andra av kommunens verksamhetsområden. 3,7 miljoner kr för budgetår 2007/2008 kan inte vara så mycket att orda om när det gäller kommunens totala budget som omspannar betydligt högre belopp. I taxibolagets värld är intäkterna från denna upphandling dock av fundamental betydelse. Skillnaden mellan att få eller inte få de intäkter som det av länsrätten tilldömda avtalet kommer att ge minst fram till 2012, ev. fram till 2014, kan innebära skillnad mellan fortsatt drift eller nedläggelse för bolaget. Vid en ny upphandling kommer det att komma in anbud från ungefär samma anbudsgivare. Bolaget kan inte fria sig från tanken att kommunen hyser en stark förhoppning att Räddningstjänsten återigen kommer att pricka in de rätta budgetförutsättningarna etc. och då med ett korrekt anbud eventuellt erhålla en beständig tilldelning. Kommunen kan ha gjort en bristfällig marknadsundersökning. Att avbryta

upphandlingen kan då vara ett försök att komma ifrån detta misstag, vars följder kommunen egentligen borde få stå för fullt ut. Kommunen tog inte tillfället i akt och avbröt upphandlingens samtliga anbudspaket. Kommunen har rätt när den uppger att LOU innebär att det kommunala självstyret till viss del begränsas. Det är just det som är en av avsikterna med LOU. Om ett nytt avtal försenas är det brukligt att redan kontrakterade entreprenörer (direkt)upphandlas under kortare perioder, tills domstolarna har avgjort ärendet. En sådan lösning borde inte vara alltför komplicerad i detta fall, då vissa delar av upphandlingen (pkt 3 och 4) redan är klara. Taxibolaget har under tiden för domstolsprövningarna på kallelse från kommunen deltagit i flera möten där det tydligt har visat sig att kommunen har en mycket negativ inställning till bolagets klagomål till domstolarna. Vid dessa möten har taxibolaget tyvärr fått kunskap om att bolaget aldrig kommer att komma ifråga ens för en sådan här beskriven, temporär, lösning. Kommunen har inte visat att sakliga skäl föreligger för ett avbrytande av upphandlingen.

DOMSKÄL

Frågan om överprövning av beslut om att avbryta en offentlig upphandling har bedömts i praxis i bl.a. rättsfallen RÅ 2005 ref. 62, EG-domstolens dom i mål C-92/00, HI, REG 2002 s. I-05553 och EG-domstolens dom i mål C-15/04, Koppensteiner, REG 2005 s. I-04855. Härav får anses framgå att frågan om ogiltigförklaring av sådana beslut skall prövas i allmän förvaltningsdomstol och att prövningen inte får inskränka sig till frågan huruvida beslutet är av godtycklig art samt att det inte får göras omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapens rättsordning.

I kommunens förfrågningsunderlag har som en uttrycklig förutsättning angetts att kommunen kan komma att avbryta ett eller flera anbudspaket om prisnivån överstiger kommunens budget för samhällsbetalda transporter. Någon förfrågan om vilken budgetram kommunen haft synes

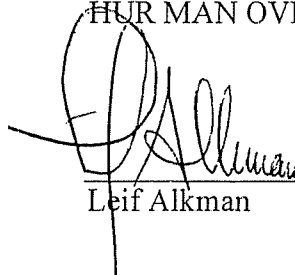
inte ha gjorts av anbudsgivarna. Kommunen har i målet redovisat budgeterade medel avseende olika transporter. Kommunen har ingett en utredning angående skolskjutsverksamheten som utförts inför upphandlingen och budgeteringen. Budgeten framstår i vart fall inte som så orealistisk att den kan fränkännas betydelse i förevarande sammanhang. Det är ostridigt i målet att denna budget skulle ha överskridits om tilldelningsbeslut i enlighet med utvärderingen och länsrättens dom skulle ha fattats.

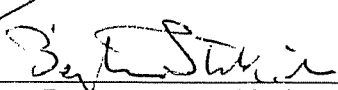
Kommunens beslut har således grundats på en uttrycklig förutsättning i förfrågningsunderlaget, som hänvisat till kommunens offentliga budget. Kommunen har redovisat en bakgrund till denna budget. Det måste antas att budgeten skulle ha överskridits väsentligt om det nya tilldelningsbeslutet den 13 november 2006 hade meddelats. Kommunen har därmed gjort sannolikt att det förelegat saklig grund för att i stället avbryta upphandlingsförfarandet. Taxibolaget har inte gjort sannolikt att avbrytandebeslutet ändå strider mot LOU eller gemenskapsrätten. Överklagandet bör därför bifallas.

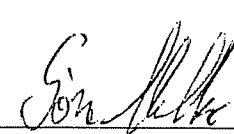
DOMSLUT

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver länsrättens dom.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Leif Alkman


Bengt von Strokirch


Göran Mattsson
referent

SÖKANDE

Finspångs Taxi AB, 556300-4620
S. Storängsvägen 61
612 43 Finspång

MOTPART

Finspångs kommun
612 80 Finspång

Ombud: Advokat John Hane
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

BAKGRUND

AB Östgötatrafiken infordrade på uppdrag av Finspångs kommun (kommunen) anbud på inomkommunala transporter i Finspångs kommun, ref nr 2006/0179. Kommunen fattade i tilldelningsbeslut den 14 augusti 2006 beslut om att avtal skulle tecknas med Räddningstjänsten i Finspång (Räddningstjänsten) avseende anbudspaket 1, 2, 5, 6 och 7 samt med Hällesta Buss AB avseende anbudspaket 3 och 4. Finspångs Taxi AB ansökte om överprövning avseende anbudspaket 1, 2, 5, 6 och 7. I lagakraftvunnen dom den 12 september 2006 (mål nr 2839-06) beslutade Länsrätten i Östergötlands län att upphandlingen av interkommunala transporter inom kommunen fick avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Räddningstjänstens anbud förkastats.

I nytt tilldelningsbeslut den 13 november 2006 gjorde kommunen en ny utvärdering av anbudspaket 1, 2, 5, 6 och 7. Kommunen beslutade samtidigt att

avbryta upphandlingen avseende aktuella anbudspaket och att ny upphandling för anbudspaketet skulle göras.

YRKANDE M.M.

Finspångs Taxi AB (bolaget) begär överprövning av kommunens beslut att avbryta upphandlingen och yrkar att detta skall ogiltigförklaras. Bolaget anför bl.a. följande. I enlighet med relevant praxis (EG-domstolens avgöranden i målen HI (C-92/00) och Koppsteiner (C-15/04)) skall avbrytandet upphävas och i konsekvens härav upphandlingen fortsätta i enlighet med länsrättens rättelseåläggande. Kommunen har inte företett sakliga skäl för avbrytandet. Ett avbrytande strider därför mot principen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Kommunen har påstått att dess budget kommer att överskridas med ca 4 miljoner kr om den rättade upphandlingen skulle effektueras. Vidare har kommunen förfäktat att överskridandet skulle innebära att den totala budgeten för samhällsbetalda transporter skulle komma att överskridas med ca 23 procent. Emellertid har kommunen inte redovisat någon utredning som styrker detta. Det finns inte någon redogörelse för budgetens innehåll och storlek, inte heller när den är lagd/beslutad. Det saknas också utförligare redovisning av tidigare års budgetar samt hur utfallet av dessa har varit. Minst en sådan utredning torde krävas av kommunen för att den skall anses ha visat att sakliga skäl föreligger. I annat fall kan ju en upphandlande enhet underbudgetera kostnader och därmed alltid vara i position att avbryta sina upphandlingar med hänvisning till att alla prishöjningar (om än så befogade) gör att inkomna anbud överstiger budgeterade ramar. Egentligen behöver det inte ens vara fråga om prishöjningar. Underbudgetering skulle även kunna nyttjas för att genomdriva besparingar. Av det första tilldelningsbeslutet framgår att det inte skiljer sig särskilt mycket mellan anbudsgivarnas (bortsett från Räddningsverket) anbud. Av detta kan man dra slutsatsen att bolaget har lagt ett företagsekonomiskt väl genomtänkt anbud utifrån de marknadsmässiga förutsättningar som råder på området. Man har t.o.m. inkommit med ett anbud som innebär sänkt pris i vissa avseenden, jämfört med nu gällande avtal. Bolaget kan dock aldrig bli så billiga som Räddningsverket.

Det är konkurrenssnedvridande att acceptera ett så sanslöst billigt anbud, i synnerhet när det kommer från en anbudsgivare som är en del av den offentliga förvaltningen. Grunderna för Räddningsverkets anbud/prissättning ifrågasätts. Det finns inte någon möjlighet för en privat anbudsgivare att komma ner så långt i pris om man vill ha full kostnadstäckning. Enligt uppgift förfogar kommunen f.n. inte över tillräckligt många fordon för att man, som det uppges i media, skall kunna utföra trafiken under ett halvår. Det ifrågasätts om kommunen kan visa att det finns medel budgeterade för inköp av fler fordon. Om det skulle finnas ekonomiskt utrymme, ifrågasätts om det finns tidsmässigt utrymme för upphandling av dessa fordon. Vidare kan det ifrågasättas vad som planeras för inköpta fordon efter nästa upphandling och om totalkostnaden verkligen blir lägre än om kommunen följer domstolarnas beslut. Kommunens beslut att avbryta upphandlingen ter sig som ytterst märkligt med tanke på att kommunen nyligen ålades att rätta denna. Att i anbudsunderlaget förbehålla sig rätten att avbryta upphandlingen om den blir för dyr, står inte i överensstämmelse med gällande upphandlingsregelverk. Ett sådant generellt förbehåll innebär att upphandlingen saknar erforderlig transparens. Det borde krävas betydligt mer detaljerade förutsättningar i underlaget och en tyngre argumentation vid ett ifrågasättande i efterhand för att ett avbrytande skall vara lagligt. Det åligger kommunen att inkomma med utredning som visar att det finns fog för handlandet.

Kommunen bestrider bolagets yrkande och anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget har angivits att upphandlingen kan komma att avbrytas för enskilda anbudspaket om kommunens budget för tjänsten överskrids. Ett anbud har kunnat läggas till grund för tilldelningskontrakt för anbudspaket 1, 2, 5, 6 och 7 i den omfattning som definierats i förfrågningsunderlaget och inom budget. Genom länsrättens dom i mål 2839-06 har förordnats att det enda anbud som rymts inom budget för de aktuella anbudspaketerna inte får tas upp till prövning. Som en direkt följd av detta har alla kvarvarande anbud kommit att överskrida budgeten med ca 4 miljoner kr. Merkostnaden skall sedan slås ut under fem års kontraktstid, av innebörd att ett bifall till bolagets ansökan medför att kommunen måste skära ned

på annan verksamhet med ca 20 miljoner kr. Den upphandling som genomförts har inte medfört att tillräckligt konkurrenskraftiga anbud lämnats in. Kommunens budget och därpå följande förfrågningsunderlag har varit väl genomarbetad. Kommunens beslut att lägga ut tjänsten på entreprenad genom förevarande upphandling föregicks av omfattande planeringsarbete för att planera och optimera trafiken. Det omfattande utredningsarbetet med därav följande förväntad effektivisering och kostnadsbesparing har lagts till grund för kommunens utformning av sin förfrågan, d.v.s. hur tjänsten definierats. Den budget som kommunen anslagit för tjänsten har också utgått från denna förväntade kostnadsbesparing. Kommunen har i sin budget utgått från att upphandlingen av inomkommunala transporter skulle kunna ske till en direkt kostnad för anbudsgivarna som varit omkring fem procent lägre än tidigare år. Kommunen har dock inte minskat budgeten utan utgått från att den effektivisering och därav följande besparing för anbudsgivande företag har kunnat användas för att täcka kostnader för ökade kvalitetskrav på fordonen som kommunen ställt i sin förfrågan. Kommunens budget och redovisning utgör offentliga handlingar och är underställda offentlig revision. Kommunens budget för samhällsbetalda resor uppgick för 2006 till 17,9 miljoner kr, vartill kommer en slutkostnadsprognos på 18,3 miljoner kr. Dessa belopp kan dock inte jämföras med den tjänst som kommunen upphandlat. I denna har vare sig ingått riksfärdtjänst eller beställningscentral, vilket föranlett justering av innebörd att relevanta jämförelsetal för den upphandlade tjänsten blir drygt 16,1 miljoner kr i budget och 16,5 miljoner kr i prognos för 2006. Däri ingår att hänsyn tas till förväntade kostnadsbesparingar om ca fem procent av totalkostnaden p.g.a. ökad effektivisering. En budget på 17 miljoner kr per år fastlades för den ifrågavarande upphandlingen. Budgeten utgick då ifrån ett betydande utrymme (drygt en miljon kr) för anbudsgivare att inom ramen för budgeten (och däremot svarande anbudssumma) investera i nya fordon i den utsträckningen så erfordrats. Med den förutsättningen för upphandlingen att den skulle rymmas inom en budget på 17 miljoner kr har bolagets anbud medfört ett budgetöverskridande på 23 procent. Det är ett budgetöverskridande som det saknas politiska förutsättningar att acceptera. Något annat val än att avbryta upphandlingen har därmed inte förelegat. Följden av att

Räddningstjänstens anbud inte kunnat tas upp till prövning har medfört att Hällestas Buss tilldelats kontrakt för anbudspaket 3 och 4 samt att upphandlingen i övriga delar avbrutits. Kommunens befintliga avtal löper ut den 30 juni 2007, från vilken tidpunkt det upphandlingskontrakt bolaget önskat tilldelas med sitt anbud var tänkt att börja gälla. Följden av kommunens beslut blir m.a.o. att kommunen under en övergångsperiod på sex månader, fram till den 31 december 2007, utför tjänsten i nu berörda delar i egen regi samt att kontrakt avses tilldelas efter ny upphandling att börja gälla fr.o.m. den 1 januari 2008. De avgöranden från EG-domstolen (C-92/00 och C-15/04) som åberopats av bolaget har inte innefattat någon materiell prövning av när ett beslut att återkalla en anbudsinfordran skall kunna ogiltigförklaras. Ett beslut att avbryta en upphandling av ekonomiska skäl står inte i strid mot de grundläggande reglerna i EG-fördraget som bär upp principerna om bl.a. tjänsters fria rörlighet och som även EG:s upphandlingsdirektiv och LOU vilar på. Bolaget har antytt att kommunen för att få avbryta upphandlingen av skäl hänförliga till budgetöverskridanden skulle ha angivit vilken budget som anslagits för tjänsten i förfrågningsunderlaget. Det bestrids att så är fallet. Ett sådant tydliggörande skulle väsentligen hämma den konkurrensutsättning som en offentlig upphandling syftar till. Ett synliggörande av kommunens "smärtgräns" för en upphandlad vara eller tjänst riskerar att medföra att anbudet drar upp mot den gränsen istället för att pressas så lågt som möjligt av anbudsgivarna. Det är en ovanlig, för att inte säga drastisk åtgärd för kommunen liksom för andra upphandlande myndigheter att avbryta en upphandling p.g.a. att man inte har råd att fullfölja den i den omfattning och till de priser som upphandlingen lett fram till. Att genom en överprövning tvinga fram ett avtal kommunstyrelsen fastlagt ligger betydligt över den budget för tjänsten som anslagits, vore en synnerligen extensiv tolkning av EG-domstolens avgöranden - en tolkning som i praktiken medför en domstolsprövning i detalj av hur kommunala medel skall användas och fördelas, vilket överprövningsrätten i 7 kap. 2 § LOU näppeligen avsetts innebära. Att någon kalkyl som legat till grund för beslutad budget för tjänsten varit vårdslös eller i någon del felaktig bestrids. Beslutet att avbryta upphandlingen har utgått från ovanstående, vilket utan tvekan utgör sakliga skäl. Att beslutet att avbryta skulle ha

motiverats av någon vilja att missgynna bolaget eller gynna annan anbudsgivare, tillbakavisas bestämt. Beslutet har dikterats av ekonomiska realiteter kommunen lever under och inte något annat.

Bolaget vidhåller vid fortsatt skriftväxling sin ståndpunkt och anför bl.a. följande. Av kommunen uppgiven besparingspotential är inte verklighetsförankrad. Grunderna för de beräknade besparingarna har inte redovisats, inte heller konsulternas arbete. Det vitsordas att det skulle kunna finnas en besparingspotential i en upphandling som denna, men en besparing värd namnet förutsätter emellertid att en och samma anbudsgivare tilldelas samtliga - eller i vart fall de flesta - anbudspaketen. Stordriftsfördelar skulle då möjliggöra vissa besparingar. Trots en uppgiven prognos för år 2006 om 18,3 miljoner kr har kommunen fastlagt en budget om 17 miljoner kr. I denna skulle då även finnas utrymme att investera i nya fordon. Detta är helt uteslutet. Det är en ren glädje- eller besparingsbudget som lagts i förhållande till vad upphandlingen omfattar och kräver av en entreprenör. Kommunen har endast uppgett vad som är budget/prognos/utfall avseende år 2006. Kommunen har således inte redogjort för dessa förhållanden beträffande åren 2004 och 2005. Bolagets anbud är företagsekonomiskt väl grundat och nivån är anpassad till rådande marknadsförhållanden och efterfrågad tjänsteprodukt. Till styrkande av detta hänvisas till övriga, dock inte Räddningstjänstens, anbudsgivares anbuds-nivåer. Konkurrensutsatta företag, vilka drivs i vinstsyfte, har hamnat i närheten av varandra när de räknat på samma uppdrag. Räddningstjänstens anbud avviker dock kraftigt nedåt, vilket är anmärkningsvärt och företagsekonomiskt oförklarligt. Kommunen har inhämtat att "Räddningstjänstens anbud utgick från att Räddningstjänsten skulle öka sin personalstyrka med 60 procent samt anskaffa ett stort antal nya fordon av typen minibussar". En ny s.k. minibuss kostar minst 400 000 kr. Bolaget ifrågasätter vad det finns för trovärdighet och ekonomisk bärighet i ett sådant påstående, särskilt som Räddningstjänsten dessutom har ett anbud som ligger långt under övriga anbudsgivares. En privat anbudsgivare skulle inte kunna utlova något sådant. Den styrgrupp som utredde kommunens kommande trafikplanering uppges ha påtecknat något slags sekretessförbindelse. Det exakta

innehållet i förbindelsen har inte redovisats. Trots eventuell förekomst av förbindelse ifrågasätts om inte Räddningstjänsten på något vis har kunnat skaffa sig insidesinformation med hänsyn till att Räddningstjänstens anbud ligger förunderligt mycket lägre än anbuden från övriga anbudsgivare. Bolaget ifrågasätter om det finns någon förklaring till den låga nivån på Räddningstjänstens anbud och det faktum att kommunen med en sådan intensitet agerar för att en större del av utförandet av de samhällsbetalda transporterna skall stanna inom Räddningstjänstens, dvs. kommunens, hägn. Under år 2005 inledde kommunstyrelsen strävanden att konkurrensutsätta av egenregi utförda tjänster. I bifogat protokollsutdrag från kommunfullmäktige anges att konkurrensutsättningen skulle vara ” trovärdig”. Bolaget ifrågasätter om ambitionen har varit att på ett övertygande vis konkurrensutsätta egenregi men att ändå låta den behålla uppdragen. Ett avbrytande av en upphandling är ett undantagsförfarande. När en undantagsregel används åvilar det den som åberopar undantagsregeln att visa att denne har fog för sitt agerande. Det räcker således inte att enkom bestrida bolagets påståenden om exempelvis att en alltför stram budget är felaktig. Kommunen har inte fullgjort sagda bevisbörda. Bolaget har lagt ett marknadsmässigt normalt prissatt och företagsekonomiskt väl grundat anbud. Av upphandlingsunderlaget kan inte annat utläsas än att sådana anbud skulle komma att godtas. Kommunen har visserligen angett att upphandlingen kan komma att avbrytas för ett eller flera paket om kommunens budget skulle överskridas. Kommunen har dock, förutom några uppgifter om eventuella besparingar, inte styrkt att lagd budget varit verklighetsanpassad till de tjänster och den servicegrad som upphandlingen kräver. Det förefaller märkligt att kommunen valt att avbryta upphandlingen i alla delar där Räddningstjänsten deltagit i anbudstävlingen men fullföljt upphandlingen i övriga delar. Ett avbrytande av ekonomiska skäl kan mycket väl stå i strid mot det grundläggande regelverket för offentlig upphandling, t.ex. om budgeten för det som skall upphandlas medvetet har satts alltför knapp i förhållande till vad som beskrivs i upphandlingsunderlaget och bara viss eller vissa anbudsgivare givits information om att detta förhållande är för handen. I så fall är det utan tvekan fråga om ett brott mot likabehandlingsprincipen. Kommunen har inte lyckats övertyga om att sakliga skäl för avbrytande föreligger,

varför avbrytandet skall ogiltigförklaras. – Bolaget åberopar kommunfullmäktiges sammanträdesprotokoll av den 25 maj 2005.

Kommunen har i genmäle anfört bl.a. följande. Tvärt emot vad bolaget påstått har ett betydande mått av nytänkande genomsyrat denna upphandling. Kommunen har enkelt uttryckt strävat efter att färre antal bilar skulle behöva användas samt att färre antal mil totalt sett också skulle behöva köras för tjänstens utförande. För att åstadkomma detta har kommunen försökt styra mot eller i vart fall öppna för möjligheter till en betydande samordning av fordon genom dubbla funktioner. Vidare har färdtjänsten ändrats från att tidigare ha varit helt anropsstyrd till att bli ett linjelagt system. Beskrivna förändringar av tjänster jämfört med hur den utförts under tidigare år i kommunen framgår av förfrågningsunderlaget och dess vidare hänvisning till flik 7, där trafikuppdraget beskrivs inklusive linjebeskrivning, kartor och tidtabeller. Kommunen har i tidigare yttrande redogjort i detalj för hur mycket som budgeterats för motsvarande tjänst år 2006 (17,8 miljoner kr) och vad slutkostnadsprognosen f.n. ligger på (18,3 miljoner kr). Kommunen kan inte se att ett budgetöverskridande om ca 400 000 kr är så mycket att bråka om. Budgetöverskridandet är i huvudsak hänförligt till ökade kostnader för skolskjuts vid dubbel bosättning och ligger dessutom utanför den upphandlade tjänsten. Den tjänst som upphandlingen avser tar sin början år 2007. Eftersom tjänsten som handlats upp dock exkluderat riksfärdtjänst och beställningscentral har en justering först måst göras för dessa poster för att en relevant jämförelse med år 2006 skall kunna göras. Med hänsyn till dessa justeringar framgår att budgeten för år 2006 uppgått till nära 17,2 miljoner kr utan hänsyn till kostnadsbesparing för trafikoptimering och till drygt 16,1 miljoner kr med hänsyn till en sådan besparing. Det var mot den bakgrunden kommunen beslutade att lägga budgeten för år 2007 på 17 miljoner kr, dvs. i princip på samma nivå som föregående år trots det förväntade besparingsutrymmet för anbudsgivarna. Kommunen tillbakavisar därför påståendet att villkoren för entreprenörerna inte förändrats som grundlöst. Kommunen tillbakavisar av samma skäl påståenden om att kommunens budget eller möjligheter till besparingar för anbudsgivarna skulle ha varit något annat än seriöst, genomarbetat och

realistiskt. Som framgår av budget och slutkostnad för motsvarande tjänst för år 2004 och 2005 har slutkostnaden även för dessa år understigit 17 miljoner kr, vilket ger ytterligare stöd för att kommunens budget för år 2007 för tjänsten varit realistisk och utförts med omsorg. Flertalet anbudsgivare - exklusive Räddningstjänsten - har lämnat anbud som hamnat uppseendeväckande nära varandra. Det är inte vanligt att så sker. Kommunen tillbakavisar att detta skulle tyda på att övriga anbudsgivare prissatt tjänsten "rätt". Vid det mycket stora antal upphandlingar kommunen genomför på årsbasis förekommer mycket stor spridning mellan anbud. Priserna mellan anbudsgivarna fluktuerar beroende på graden av angelägenhetsgrad, som i sin tur är beroende av respektive anbudsgivares finansiella ställning, marknadsposition, beläggningsgrad m.fl. omständigheter som regelmässigt skiljer sig åt på en sund och konkurrensutsatt marknad. Räddningstjänstens anbud har möjliggjort för kommunen att handla upp tjänsten inom antagen budget. Det är inte något uppseendeväckande med ett anbud som rymms inom antagen budget. Annat vore om anbudet mycket kraftigt understeg lagd budget. Så var dock inte fallet. Räddningstjänsten har svarat för färdtjänst och riksfärdtjänst åt kommunen under 16 år. Det får därför antas att Räddningstjänsten haft gedigen erfarenhet av att utföra motsvarande tjänst som den kommunen handlat upp och på ett riktigt sätt kunnat bedöma vilka kostnader tjänstens utförande fört med sig. Vad bolaget anfört om kostnader för nya fordon är missvisande. Den tjänst som kommunen handlat upp var avsedd att utföras under sju år. För avtal av sådan längd är det inte något ovanligt utan närmast regel att tjänsteleverantören inför avtalstecknandet byter ut stora delar av sin fordonspark. En sådan investering skrivs sedan regelmässigt av under en följd av år, vilket också i sig motiverar en längre avtalstid än vad som brukar tillåtas för tjänsteavtal. Investeringens storlek är därför inte i sig av någon större betydelse utan tjänas in genom betydande intäkter under avtalstiden, i detta fall sju år. Av kommunens sammanträdesprotokoll av den 25 maj 2005 framgår att kommunen beslutade att då förekommande färdtjänst, postkörning och särskole-skjutsar i egen regi skulle föreslås upphöra. Egenregiverksamheten skulle dock inte upphöra med automatik utan först om den inte kunde anses som kostnadseffektiv. Bristande kostnadseffektivitet är som regel det bärande motivet till nära nog all

konkurrensutsättning av verksamhet som tidigare bedrivits i egen regi av kommuner. Av dessa skäl beslutades att kommunens färdtjänst skulle behandlas ”mycket strikt” och ”som alla andra entreprenörer” för att de inte skulle ”misstänkas ha favör av att vara intern anbudsgivare”. Det är också så kommunen har hanterat Räddningstjänsten i den aktuella upphandlingen. Angående bolagets ifrågasättande av kommunens åtgärd att enbart avbryta upphandlingen beträffande anbudspaket 1, 2, 5, 6 och 7 och inte anbudspaket 3 och 4 har någon möjlighet att avbryta upphandlingen för anbudspaket 3 och 4 inte stått öppen sedan kommunens ursprungliga tilldelningsbesked den 14 augusti 2006 beträffande anbudspaketen följts av med vinnande leverantör bindande avtal. Bolagets talan utgår från obestyrkta påståenden om att kommunens budget inte skulle ha varit realistisk. Bolaget har inte kommit med någon utredning av något slag till stöd för sina påståenden. Kommunen har dock både i föregående och i detta yttrande kommit med utredning som med råge visar att budgeten varit i alla avseenden realistisk. Kommunens beslut att avbryta upphandlingen har motiverats av att den totala budgeten för tjänsten kraftigt överskridits, varav slutsatsen dragits att de anbudsgivare som medverkat i upphandlingen (samtliga med lokal förankring) lagt sig på en opåkallat hög prisnivå av innebörd att någon effektiv konkurrensutsättning de facto inte ägt rum. Kommunen har m.a.o. misslyckats i sin upphandling. Av kommunens utvärderingsprotokoll kan utläsas att endast fem anbud slutligen ingavs, trots att så många som sjutton anbudsgivare kvalificerat sig och bjudits in att lämna anbud. Länsrättens prövning avser enbart ett ställningstagande till om kommunen haft laglig rätt att avbryta sin upphandling vid det kraftiga budgetöverskridande som blivit följden av kommunens rättade tilldelningsbesked då Räddningstjänstens anbud plockats bort. Enligt gällande rättspraxis krävs för bifall till ansökan att sökanden visar att den upphandlade myndigheten avsiktligt velat gynna eller missgynna någon eller några anbudsgivare. Bolaget har inte underbyggd några av sina påståenden i den riktningen. Kommunen har däremot utförligt påvisat oriktigheten i ett antal av bolagets påståenden, inte minst om budgeten. Rättsligt betraktat är bolagets ansökan av ovan anförda skäl grundlös och skall därför lämnas utan bifall. – Kommunen åberopar uppgifter om budget och

slutkostnad för motsvarande tjänst för år 2004 och 2005 samt slutrapporten Planering och Optimering av Skolskjutsverksamheten inom Finspångs kommun liksom sammanfattning av densamma.

Bolaget har i genmäle anfört huvudsakligen följande. Den åberopade slutrapporten tillför inte ärendet särskilt mycket. Den redovisar en rad kostnadsposter och olika kostnadsstrukturer. Det redovisas dock inte vad optimeringarna och simuleringarna består i eller vilka data de grundar sig på. Utredningen är även i övrigt allmänt avfattad. Bolaget vitsordar att det kan vara fördelaktigt att med ett och samma fordon utföra person- och mattransporter. Kommunen har alltså inte visat att den nu upphandlade tjänsten skiljer från vad kommunen tidigare köpt. Vid jämförelser mellan budget och bokslut i de av kommunen redovisade budgetöversikterna år 2004 - 2006 framgår att kostnaderna för transporter, i synnerhet de transporter som berör skolbarn, har underbudgeterats. Flera konkurrensutsatta anbudsgivare har läst samma anbudsunderlag och kommit fram till ungefär samma kostnadsbild. Det som kommunen anför härvidlag styrker inte att den framtida budgeten inte skulle vara fel- eller underdimensionerad. Näraliggande anbudspriser betyder fungerande konkurrens och inte tvärtom. Det är på en marknad med väl fungerande konkurrens som priserna ofta hamnar nära varandra. På en marknad med osund konkurrens kan dock priserna skilja sig mycket åt. Oaktat Räddningstjänstens långa erfarenhet av motsvarande tjänster, ligger det nära tillhands för bolaget att tro att Räddningstjänsten inte har haft anledning att uppfatta t.ex. vinstmål och kostnader för anställda på samma sätt som övriga konkurrensutsatta anbudsgivare. Att avbryta en upphandling av ifrågavarande storlek, innebär att inte bara det nationella regelverket utan även EG:s upphandlingsregler får en direkt tillämpning. Kommunen synes hävda att gällande rättspraxis innebär att endast för det fall bolaget kan visa att det föreligger ett avsiktligt gynnande av någon part är avbrytandet olagligt, dvs. att bevisbördan härom åvilar bolaget. Det förhåller sig istället tvärtom. Det är den upphandlande enheten som har att visa att speciella omständigheter är för handen, som ger den rätt att avvika från normala upphandlingsförfaranden. Detta framgår av flera mål i EG-domstolen (C-199/85 och C-57/94). I C-20/00 och C-28/00 anges

att anlitande av undantagsregler i upphandlingssammanhang endast får tillämpas restriktivt och att det är den som åberopar undantagen som har att visa att tillräckliga skäl för detta föreligger. Det är kommunen som har att styrka att sakliga skäl för ett avbrytande föreligger. Om kommunen inte lyckas fullgöra sin bevisbörda i detta avseende, är avbrytandet olagligt och skall ogiltigförklaras. Höjning av samtliga index visar att produktionskostnaderna för företagen har ökat under åren. Bland annat har Grön skatteväxling inneburit att kostnaderna för företagen i transportsektorn har ökat rejält. Det borde inte ha kommit som en överraskning för kommunen att bolaget och några av de andra anbudsgivarnas anbud skulle komma att bli lite dyrare än förut. Kommunen har dock hållit ungefär samma budget för de upphandlade transporterna men har nu önskat fortsätta på en lägre nivå. Det är en remarkabel ståndpunkt att kommunen inte vill betala marknadsmässiga priser. Bolagets anbud är jämförbart i kostnadshänseende med vad motsvarande tjänster betingar på andra håll i landet. Däremot har Kommunen inte visat att anbuden i den aktuella upphandlingen har visat sig ligga på en väsentligt högre nivå jämfört med liknande upphandlingar på andra håll i landet. Kommunen har heller inte visat att det föreligger en besparingspotential om fem procent. Det tycks mer som att det är kommunens uppfattning att samtliga anbudsgivare, förutom Räddningstjänsten, av någon anledning har hamnat för högt i anbudspris. Eftersom kommunen inte har visat att rättslig grund för avbrytandet föreligger, skall detta ogiltigförklaras.

Kommunen har i genmäle anfört huvudsakligen följande. Norrköpings kommun har med framgång gjort effektiviseringar efter motsvarande optimeringsanalys. Finspångs kommun har lämnat omfattande utredning både om att man haft en genomarbetad budget som underlag för upphandlingen och att budgeten genom antagande av bolagets anbud kraftigt skulle överskridas. De av bolaget åberopade avgörandena från EG-domstolen berör inte frågan om tillåtligheten av att besluta att avbryta en upphandling och har inte någon bäring på den i målet aktuella frågeställningen.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrens-
möjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare,
anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av 1 kap. 22 § första stycket LOU följer att en upphandlande enhet skall anta
antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som
har lägst anbudspris. Enligt andra stycket skall enheten, vid bedömningen av vilket
anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ta hänsyn till samtliga
omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska,
funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m.
Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka
omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges
efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap.
4 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören
lidit eller kan komma att lida skada, skall länsrätten besluta att upphandlingen skall
göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av EG-domstolens dom den 18 juni 2002 i mål C-92/00 följer att bestämmelserna
om överprövning i 7 kap. LOU skall tillämpas även på beslut om avbrytande av
upphandling, jfr RÅ 2005 ref. 62.

Länsrätten gör följande bedömning.

Ett beslut om avbrytande av en upphandling måste, likt alla andra beslut i samband
med en upphandling ske med iakttagande av de grundläggande gemenskapsrätts-
liga reglerna inom offentlig upphandling såsom reglerna om affärsmässighet,
förutsebarhet och likabehandling.

Länsrätten förordnade i dom den 12 september 2006 (mål nr 2839-06) om att kommunen skulle vidta rättelse beträffande upphandlingen avseende anbudspaket 1, 2, 5, 6 och 7 på så sätt att Räddningstjänstens anbud skulle förkastas. En konsekvens av länsrättens dom blev att kvarvarande anbud inte rymdes inom kommunens budget, varvid kommunen beslutade att avbryta upphandlingen avseende aktuella anbudspaket och att ny upphandling för anbudspaketerna skulle göras.

Den upphandlande enheten får givetvis själv avgöra om den vill konkurrensutsätta en verksamhet för att pröva om andra än kommunen själv kan driva en helt eller delvis offentligt finansierad verksamhet som alternativ till drift i egen regi. För att en upphandlande enhet skall kunna avbryta en pågående upphandling torde krävas att enheten kan presentera sakliga skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Ett sakligt skäl för att avbryta en upphandling kan t.ex. vara att det inträffat en omständighet som den upphandlande enheten inte kunnat råda över.

Kommunen har som skäl för sitt beslut att avbryta den aktuella upphandlingen huvudsakligen anfört att upphandlingen inte medfört att tillräckligt konkurrenskraftiga anbud lämnats in samt att inkomna anbud överskridit budgeten. Åberopas budgetöverträdelse som grund för att avbryta en upphandling måste det kunna krävas att den upphandlande enheten dels redovisar vilka ekonomiska överväganden och bedömningar om bl.a. kommande års prisläge som har legat till grund för budgeten, dels före avbrytandet har analyserat vilken relevans utfallet av den aktuella upphandlingen har för den totala budgeten. Det torde även krävas att den upphandlande enheten kan göra sannolikt att den aktuella upphandlingen inte säkerställt en effektiv och fungerande konkurrens av föremålet för upphandlingen.

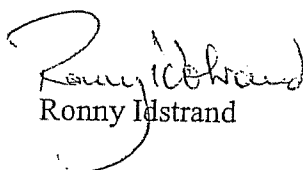
Mot bakgrund av de konsekvenser länsrättens tidigare dom medfört för ifrågasatt upphandling torde det dock inte räcka med att, såsom kommunen gjort, enbart hänvisa till att inkomna kvarvarande anbud överstiger kommunens budget för att anbuderna inte skall anses som tillräckligt konkurrenskraftiga och att ett

avbrytande av upphandlingen skall te sig motiverat. En utredning som påvisar att anbuderna inte är marknadsmässiga, genom exempelvis en jämförelse med andra liknande upphandlingar i andra kommuner, torde kunna krävas. Någon sådan utredning har kommunen inte presterat i målet. Med beaktande av det ovan anförda kan inte beslutet att avbryta upphandlingen anses vara motiverat med sakliga skäl och skall därmed anses strida mot LOU:s krav på affärsmässighet. Ansökan om överprövning av kommunens beslut att avbryta upphandlingen skall därför bifallas.

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten bifaller ansökan om överprövning och upphäver Finspångs kommuns beslut att avbryta upphandlingen avseende anbudspaket 1, 2, 5, 6 och 7 gällande inomkommunala transporter i Finspångs kommun, ref nr 2006/0179.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1d)


Ronny Idstrand