



KLAGANDE

Landstinget i Uppsala län
Upphandlingsenheten
Box 602
751 25 Uppsala

MOTPART

Sodexo AB, 556232-7873

Ombud:

Advokaten Carl Bokwall och jur.kand. Lina Håkansson
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

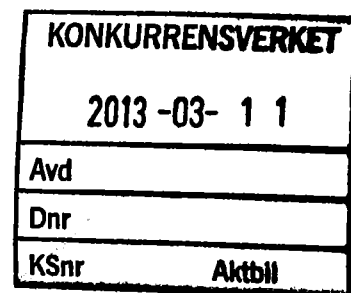
Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 16 juli 2012
i mål nr 7288-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling – LOU

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Med bifall till överklagandet och med ändring av förvaltningsrättens dom avslår kammarrätten Sodexo AB:s ansökan om överprövning av landstingets beslut att avbryta upphandlingen.



YRKANDEN M.M.

Landstinget yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, beslutar att avslå Sodexos ansökan om överprövning. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Om ett anbud uppfyller ställda krav kan det bara vara oförmånligt på ett sätt, nämligen ekonomiskt. Än mer uppenbart är det att ett anbud endast kan vara ekonomiskt oförmånligt om det, med undantag för det fall att det är högre än något annat anbud, överskrider landstingets egen kostnad för bedrivande av den verksamhet som avsågs upphandlas. Att en rättelse har gjorts under pågående kommunikationsfas kan inte, såsom förvaltningsrätten anger, utgöra en omständighet som ska ligga till grund för att landstingets uppgifter betraktas som motstridiga. Landstinget har dessutom aldrig hävdat att egenregikostnaden är en annan än vad som meddelats i det senare tilldelningsbeslutet. Det aktuella skälet för avbrytande är sakligt godtagbart oavsett om landstinget gör om upphandlingen eller väljer att bedriva verksamheten i egen regi. Denna uppfattning stärks av Nämndens för offentlig upphandling (NOU) uttalande år 1999 om att en upphandlande enhet vid avbruten upphandling måste 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, dvs. det framgår inte av NOU:s uttalanden att den upphandlande myndigheten också de facto måste bedriva verksamheten i egen regi efter avbrytandet. Det bör noteras att landstinget inte gjort något slutligt ställningstalande avseende huruvida upphandlingen kommer att göras om eller inte. Av NOU:s uttalande ovan framgår tydligt att den upphandlande myndigheten vid avbruten upphandling måste kunna visa att egenregialternativet är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Eftersom förevarande upphandling har gjorts till lägsta pris ska NOU:s yttrande under nu aktuella omständigheter förstås så att egenregialternativet redan vid den omständighet den upphandlande myndighetens "slutpris" är en kr lägre

än lägsta anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga, förutsatt jämförelsen sker på ett relevant sätt. Landstinget har med den tydlighet, objektivitet och relevans som kan begäras visat att kostnaden för drift av den verksamhet som skulle upphandlas är lägre än lägsta anbud, varmed bolagets anbud är oförmånligt i den mening som anges i förfrågningsunderlaget. – Landstinget har räknat med en kostnadsökning på grund av väntad inflation mellan verksamhetsåren 2011 och 2012 och därför justerat uträkningen av egenregikostnaden. Anledningen till att någon justering inte gjorts mellan övriga verksamhetsår är att landstingets kostnad vid antagande av bolagets anbud kommer att öka i enlighet med prisjusteringsklausulen i förfrågningsunderlaget först om någon av parterna påkallar det. För att uppnå en rättvisande jämförelse mellan bolagets anbud och landstingets egenregikostnad ska någon inflationsjustering vid efterföljande verksamhetsår inte göras.

Sodexo bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Landstinget har inte haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Avbrytandebeslutet har även stridit mot de grundläggande principerna i unionsrätten. Landstinget har avbrutit upphandlingen med hänvisning till att bolagets anbud, enligt landstinget, var dyrare än vad landstingets kostnader för utförande av uppdraget i egenregi och av den anledningen skulle vara ”oförmånligt”. För att denna motivering överhuvudtaget ska kunna utgöra ett sakligt godtagbart skäl för avbrytande krävs dels att landstinget faktiskt avser att utföra uppdraget i egenregi, dels att det klart framgår att egenregialternativet är bättre på ett sådant sätt att det bästa anbudet framstår som oförmånligt. Landstinget har inte uppfyllt något av dessa krav. För att landstinget ska kunna välja bort bolagets anbud till förmån för ett utförande i egenregi bör det rimligtvis krävas att det vid en jämförelse mellan de båda alternativen tydligt framgår att egenregialternativet är förmånligare. Detta innebär bl.a. att en upphandlande myndighet måste beräkna sina kostnader på ett korrekt och jämförbart sätt i förhållande till anbudets

utformning samt redovisa detta så att det på ett säkert sätt kan fastställas vad egenregikostnaden uppgår till. Av utredningen i förvaltningsrätten framgår att det är högst oklart vad landstingets faktiska kostnad för drift i egen regi är. Landstingets siffror är motstridiga och saknar i flera fall stöd i form av beräkningsunderlag eller liknande. Vidare har landstinget inte räknat med den förväntade kostnadsökningen till följd av inflation för hela avtalstiden. Utan en sådan uppräknig kan inte en relevant jämförelse göras av förmånligheten i de båda alternativen.

Anbudsgivarna i landstingets upphandling har dock inte kunnat förutse att anbudet skulle jämföras med landstingets egenregikostnad och att detta skulle kunna leda till att upphandlingen avbröts. Landstinget har inte heller kommunicerat någon budget för uppdraget för anbudsgivarna att förhålla sig till. Därmed har anbudsgivarna "bara" haft anledning att väga in vad konkurrenterna kan komma att erbjuda. En upphandlande myndighet kan visserligen inte ta höjd i förfrågningsunderlaget för alla oförutsedda händelser som kan leda till att upphandlingen behöver avbrytas. Att anbudspriserna skulle jämföras med egenregikostnaden kan dock inte ha varit en oförutsedd händelse för landstinget. För att kunna avbryta upphandlingen på denna grund har det därför ålegat landstinget att i förfrågningsunderlaget upplysa om sin avsikt och de eventuella följderna av detta.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

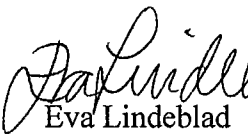



Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 s. 43 prövat frågan om upphandlande enhets rätt att avbryta pågående upphandling. I målet har domstolen uttalat bland annat följande. En upphandlande enhet har skyldighet att upphandla när den avser anskaffa en vara, en tjänst eller en byggtreprenad. Först då 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 praxis framgår att ett 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 mot förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

Den upphandlande myndighetens befogenhet att avstå från att fullfölja en upphandling är inte förbehållet undantagsfall eller då det finns tungt vägande skäl.

Kammarrätten, som saknar anledning att ifrågasätta landstingets beräkning av egenregikostnaden i det senare tilldelningsbeslutet, anser i motsats till förvaltningsrätten att det är tillfredsställande utrett att lämnade anbud var klart dyrare än vad landstinget hade att räkna med. Med hänsyn till vad som framkommit i målet gör kammarrätten bedömningen att landstingets beslut om avbrytande vilar på sakligt godtagbara skäl och detta oavsett om landstinget gör om upphandlingen eller väljer att bedriva verksamheten i egen regi. Det har inte framkommit att de grundläggande principerna i unionsrätten trätts för när. Överklagandet ska därför bifallas.

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

 Eva Lindeblad kammarrättsråd ordförande	 Charlotta Lokrantz Sandberg kammarrättsråd referent	 Linda Celanders tf assessor
		 Maria Wetterholm föredragande



SÖKANDE

Sodexo AB, 556232-7873
Box 47620
117 94 Stockholm

Ombud: Advokat Carl Bokwall och jur. kand. Lina Håkansson
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Uppsala län, Upphandlingsenheten
Box 602
751 25 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Landstingets i Uppsala län upphandling avseende drift av yttre transport,
dnr LSU-UPPH2011-0119

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avvisar bolagets yrkande om att landstinget ska slutföra upphandlingen i enlighet med landstingets utvärdering.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och upphäver Landstingets i Uppsala län beslut den 15 december 2011 (inklusive de ändringar i beslutet som vidtogs den 24 februari 2012) att avbryta upphandlingen avseende drift av yttre transport, dnr LSU-UPPH2011-0119.

BAKGRUND

Landstinget i Uppsala län (härefter landstinget) har genomfört upphandling avseende drift av yttre transport, samt en option avseende transport och vaktmästeritjänster för Tierp, Östhammar och Enköping, dnr LSU-UPPH2011-0119 (härefter upphandlingen). Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande. Avtalet omfattar perioden 2012-02-01 – 2015-01-31 med rätt för landstinget att förlänga avtalet med upp till 24 månader vid ett och samma tillfälle. Ett av de bolag som inkommit med anbud är Sodexo AB (härefter bolaget). Enligt beslut den 15 december 2011 har landstinget beslutat att avbryta upphandlingen. I beslutet anges att upphandlingen avbryts på grund av att anbuden är för dyra i förhållande till egenregikostnad. I beslutet hänvisas till upphandlingsrapport och utvärdering. I upphandlingsrapporten anges bl.a. följande.

Anbud nr 4 Sodexo har efter utvärdering enligt redovisade kriterier det anbudet med lägst pris.

Jämförelse med egenregi:

Lägsta anbudet är 9 105 830 kr

Tillkommande kostnader för landstinget:

Servicecontroller 250 000 kr

Ordermottagare 450 000 kr

SHS Vaktmästare 150 000 kr

US Vaktmästare 150 000 kr

Total kostnad: 10 105 830 kr

Vår beräknade kostnad för om verksamhet bedrivs i egen regi 9 683 533 kr

Anbudet överstiger vår kostnad: 4,4 %

Enligt handling inkommen till förvaltningsrätten den 29 februari 2012 har landstinget återtagit sitt tidigare meddelande om avbrytande av upphandling och meddelar ett nytt beslut där korrekt uppgift om kostnad för egen regi framgår. I till skrivelsen bifogad upphandlingsrapport anges bl.a. följande.

Anbud nr 4 Sodexo har efter utvärdering enligt redovisade kriterier det anbudet med lägst pris.

Jämförelse med egenregi:

Lägsta anbudet är 9 105 830 kr

Vår beräknade kostnad för om verksamhet bedrivs i egen regi: 8 852 385 kr

YRKANDEN

Bolaget

Bolaget ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet den 15 december 2011 och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva beslutet och förordna att landstinget ska slutföra upphandlingen i enlighet med landstingets utvärdering.

Landstinget

Landstinget bestrider bolagets yrkanden och yrkar för egen del att ansökan om överprövning avslås.

GRUNDER

Bolaget

Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Landstinget saknar sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Beslutet att avbryta upphandlingen strider även mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har erbjudit lägst pris och skulle tilldelats avtalet om inte upphandlingen felaktigt avbrutits. Bolaget lider därmed skada av landstingets beslut.

Transparensprincipen

I de administrativa föreskrifterna anges endast att upphandlingen kan komma att avbrytas om inget anbud motsvarar ställda krav eller på annat sätt är "oförmånliga". Vad som avses med "oförmånliga" är oklart. Landstinget upplyser således inte uttryckligen om att inkomna anbud kommer att jämföras med verksamhet i egen regi och att upphandlingen kan avbrytas om kostnaden för att lägga ut uppdraget överstiger kostnaden för att utföra verksamheten i egen regi. Det upplyses inte heller att upphandlingen kan avbrytas om landstingets kostnadsbudget överskrids. På samma sätt som det uttryckligen måste anges i förfrågningsunderlag att upphandlingen kan komma att avbrytas om inkomna anbud överstiger antagna budgetramar

måste ett avbrytande som grundar sig på att det är mer ekonomiskt fördelaktigt att driva verksamheten i egen regi uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget. Detta har landstinget inte gjort utan de har gett en vag och intetsägande upplysning. Hade landstinget uttryckligen angett att upphandlingen kommer att avbrytas om anbudet överstiger kostnaden för drift i egen regi skulle vissa anbudsgivare säkert ha avstått från att lämna anbud. Det skulle i vart fall ha ställts en mängd frågor om hur den jämförelsen skulle ske med följden att anbudet anpassats härefter. Avbrytandebeslutet är redan av denna anledning oförenligt med transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Konsekvensen härav är att förvaltningsrätten kan upphäva avbrytandebeslutet utan att pröva om landstinget har sakliga skäl för avbrytandet eller om detta kan anses godtyckligt.

Sakliga skäl

Bolaget bestrider att dess anbud är oförmånligt jämfört med ett utförande i egen regi. Det pris som bolaget utvärderats på är 9 105 830 kr/år. Redan detta pris är lägre än landstingets "beräknade" kostnad för utförande av verksamheten i egen regi. Eftersom det i utvärderingspriset ingår en option på 831 148 kr för optionen för transport- och vaktmästeritjänster för Tierp, Östhammar och Enköping är det egentliga priset 8 274 682 kr. Eftersom det är fråga om en option som inte säkert kommer avropas är det detta pris som är relevant att jämföra med. Bolaget ifrågasätter de tillkommande kostnaderna på 1 000 000 kr som landstinget tillskriver bolagets anbud. Kostnaderna, om de ens är relevanta, har landstinget även om verksamheten utförs i egen regi. Bolaget kan inte vitsorda vare sig totalsumman eller de enskilda kostnadsposternas storlek. Landstinget får närmare redogöra för relevansen av dessa påslag och deras storlek. Eftersom landstinget har en ensidig rätt att förlänga avtalet med två år har bolaget varit tvungen att säkerställa att priset är hållbart i fem år och har därför baserat anbudspriset på den perioden. En objektiv jämförelse mellan bolagets anbud och landstingets egenregialternativ förutsätter att landstingets redogörelse för den

beräknade kostnaden också avser den totala kostnaden för drift i egen regi under hela avtalstiden, dvs. fem år. Den totala kostnaden (exklusive indexuppräknning) med bolaget som leverantör under fem år är 41 373 410 kr (45 529 150 kr om vaktmästerioptionen medräknas). För att landstinget överhuvudtaget ska kunna åberopa att bolagets anbud är oförmånligt jämfört med kostnaden för verksamheten i egen regi måste landstinget visa att landstingets totalkostnad under hela avtalsperioden är lägre. Landstinget påstår att den beräknade kostnaden för utförande av verksamheten i egen regi är 9 683 533 kr, vilket blir 48 417 665 kr totalt, förutsatt att den beräknade kostnaden om 9 683 533 kr är giltig och hållbar för vart och ett av de fem avtalsåren. Detta återstår dock för landstinget att visa. Även om landstinget har inräknat exempelvis kostnad för transport- och vaktmästeritjänster för Tierp, Östhammar och Enköping för hela avtalsperioden står det klart att bolagets anbud är förmånligare. Det är dock högst oklart hur kostnaden för drift i egen regi har beräknats och vilka kostnader som ingår.

För att jämförelsen mellan bolagets anbud och landstingets kostnad för drift i egen regi inte ska bli godtycklig, utan ske objektivt, ankommer det på landstinget att presentera en tillfredsställande utredning som visar hur kostnaden för drift i egen regi beräknats. En sådan utredning måste i vart fall utvisa att den beräknade årliga kostnaden gäller i fem år, vilka kostnader som ingår, att egenregidriften bär sin del av andra kostnader som landstinget har vid egen regi och som ingår i bolagets anbud. Dessutom måste landstinget förklara och motivera att det ska tillskrivas en miljon kronor i tilläggskostnader. En objektiv jämförelse av kostnaderna vid olika utföranden förutsätter även att landstingets egenregialternativ prövas i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget.

Eftersom landstinget åberopar att det är för dyrt att anta bolagets anbud är innebörden av landstingets motivering av avbrytandebeslutet att bolagets anbud ligger utanför den kostnadsram som landstinget har för transport-

uppdraget. För att landstinget ska anses ha sakliga skäl måste landstinget visa att bolagets anbud väsentligt överstiger en på förhand fastställd och realistisk kostnadsbudget samt att landstinget inte haft anledning att räkna med detta. Bolaget ifrågasätter att de anslag som finns för verksamheten inte skulle täcka bolagets anbudspris, med eller utan de tilläggskostnader som landstinget tillskrivit bolagets anbud. För att reda ut oklarheterna måste landstinget redovisa vilka anslag som finns för transportverksamheten. Uppdraget har utsatts för en verklig konkurrens genom att fyra anbudsgivare angav anbud varvid anbudspriserna ligger mycket nära varandra. Det skiljer endast 562 058 kr mellan högsta och lägsta utvärderingspris. Landstingets beräknade kostnad för egenregialternativet ligger inom detta spann. Det är därför ett rimligt antagande att anbuden ligger på en nivå som landstinget haft all anledning att räkna med. Det saknas fog att anta att anbuden skulle vara väsentligt lägre. Även om förvaltningsrätten skulle godta den jämförelse av anbuden som landstinget gjort såsom objektiv, kan en skillnad på 4,4 procent inte anses väsentlig på så sätt att det utgör sakligt skäl att avbryta upphandlingen.

Landstinget

Landstinget anför bl.a. följande. Avbrytandebeslutet vilar på sakligt godtagbara skäl och strider inte mot principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Transparensprincipen

Det framgår av aktuellt förfrågningsunderlag att avbrytande kan komma att ske. Även om så skett ifrågasätter landstinget att detta skulle vara en nödvändighet för att ett avbrytande ska betraktas såsom godtagbart i enlighet med principen om transparens. Någon sådan slutsats kan inte dras av vare sig LOU, hittillsvarande rättstillämpning eller bakomliggande EU-rätt. Det är landstingets bestämda uppfattning att principen om transparens genom meddelandet i förfrågningsunderlaget uppfylls med tillfredsställande mar-

ginal. Att en upphandlande myndighet utöver ett sådant meddelande på förhand skulle vara nödgat att ange de eventuella grunderna som kan komma att aktualiseras för ett avbrytande är helt orimligt. Detta redan av det skäl att en upphandlande myndighet inte på förhand kan förväntas veta på vilka grunder ett avbrytande kan komma att ske då detta kan vara helt avhängigt förutsättningar som inte är kända för den upphandlande myndigheten. Dessutom är det så att hittillsvarande rättstillämpning på området ännu inte uppnått en sådan entydighet att alla tänkbara sakligt godtagbara skäl eller grunder härför som kan komma i fråga efter avslutad upphandling har prövats. Landstinget är av uppfattningen att grund för eventuellt avbrytande har angetts genom ordet "oförmånliga", dvs. att avbrytande kan komma att ske om anbudet är oförmånliga ur ett ekonomiskt perspektiv. Grunden har i vart fall uttryckts med sådan grad av tydlighet att ett överträdande av principen om transparens inte kan komma i fråga. Det måste mot bakgrund av vad som uttryckts i förfrågningsunderlaget varit uppenbart för bolaget att landstinget skulle kunna komma att avbryta upphandlingen. Alldeles oavsett om landstinget bedöms ha angett grund för avbrytande eller inte så kan detta inte anses utgöra en omständighet som har påverkat bolagets uppfattning om vad landstinget tillmätt betydelse i upphandlingen, varmed landstinget har svårt att se huruvida den nu påstådda bristen skulle ha påverkat bolagets möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i förhållande till landstingets kostnad för utförande i egen regi.

Sakligt godtagbart skäl

Landstingets faktiska kostnad för den verksamhet som nu avsågs upphandlas var för år 2010 cirka 6 300 000 kr per år. Utifrån denna kostnad har en utredning avseende verksamheten föranlett förslag till besparingsåtgärder motsvarande cirka 2 000 000 kr per år. Förväntat kostnadsutfall och budget för nu aktuell verksamhet för år 2012 är således cirka 4 300 000 kr per år, motsvarande 21 500 000 kr för en femårsperiod. Dock motsvarar verksamheten vid sådan budget inte alla de i upphandlingen ställda kraven. Vad

gäller landstingets kostnad för utförande av tjänsterna i egen regi i enlighet med upphandlingens kravspecifikation så beräknas den till 38 349 609 kr (exklusive indexuppräknings), för en femårsperiod. Kostnaden är uträknad exklusive option avseende transport- och vaktmästeritjänster avseende Tierp, Östhammar och Enköping. Bolagets anbud under motsvarande förutsättningar är 41 373 410 kr, vilket skulle innebära en högre kostnad för landstinget med en marginal om 7,9 procent. Det är således uppenbart att bolagets anbud även vid en jämförelse exklusive aktuell option är dyrare än vad driften i egen regi skulle vara under motsvarande villkor. Landstinget bestrider bolagets påstående om att dess anbud vid en objektiv bedömning skulle innebära en lägre kostnad för landstinget än bedrivande i egen regi.

Även om landstinget godtar en jämförelse mellan bolagets anbud och landstingets kostnad för egen regi, exklusive optionen, så är det landstingets uppfattning att optionen rätteligen ska medräknas för att erhålla en relevant jämförelse. Detta med anledning av att det i förfrågningsunderlaget tydligt angivits vilket pris som kommer att utvärderas och det framgår att optionen medräknas i anbudspriset. Dessutom är det så att bolagets anbudspris vid exkludering av det pris som angetts för optionen skulle innebära att bolagets anbud inte längre skulle vara det anbud som hade lägst pris. Bolagets anbudspris inklusive optionen är ostridigt 45 529 150 kr, medan landstingets kostnad för drift i egen regi vid motsvarande jämförelse är 44 261 925 kr. Aktuell upphandling avses göras om. – Landstinget inger och åberopar kostnadsjämförelse mellan egen regi och bolagets anbud, specifikation av vad som ingår i kostnadsposten ”övriga kostnader” samt specifikation av vad som ingår i kostnadsposten ”arvoden”.

Bolaget

Bolaget anför bl.a. följande. Det kan konstateras att den budget som landstinget hävdar var fastslagen för verksamheten för 2012 täcker mindre än

hälften av landstingets påstådda årskostnad för drift i egen regi samt att budgeten inte tar höjd för ställda miljökrav. Budgeten på 4 300 000 kr kan därmed inte betecknas som realistisk och är därför inte heller relevant. Detta förefaller vara anledningen till att landstinget inte har återoplat verksamhetsbudgeten utan i stället den mycket högre verkliga kostnaden för verksamheten. Problemet med detta är att det inte är klart vad den verkliga kostnaden är. Bolaget har inte möjlighet att ifrågasätta de enskilda kostnadsuppgifter som landstinget redovisar men kan konstatera att den totala kostnad som landstinget nu gör gällande markant avviker från vad som anges i avbrytandebeslutet. Bolaget anser liksom landstinget att kostnaderna ska jämföras inklusive kostnaden för optionen avseende transport- och vaktmästeritjänster avseende Tierp, Östhammar och Enköping, eftersom detta är en kostnad som finns oavsett vem som bedriver verksamheten. Landstinget påstår att dess totala kostnad, "såsom angivits i tilldelningsbeslutet" skulle vara 44 261 925 kr. Detta framgår dock inte alls av tilldelningsbeslutet som anger kostnaden i egen regi till 9 683 533 kr per år, dvs. totalt 48 417 665 kr under fem år. Det sagda ger i sig anledning att tvivla på riktigheten av landstingets kostnadsberäkningar. Bolaget kan dessutom konstatera att landstingets kostnadsräkning har väsentliga brister. Mot bakgrund av detta kan inte bolaget godta att landstingets totala kostnad för drift i egen regi skulle vara 44 261 925 kr "vid motsvarande jämförelse". Om det föreligger några tveksamheter i frågan om förmånligheten i landstingets egenregialternativ måste ett avbrytande per definition anses vara godtyckligt. Med hänsyn till att det saknas väsentliga kostnadsposter i landstingets redogörelse kan det starkt ifrågasättas om landstingets drift i egen regi, vid en objektiv jämförelse, är förmånligare för landstinget än att anta bolagets anbud.

Det är ny information att landstinget avser att göra om upphandlingen efter avbrytandet. Denna upplysning finns vare sig i avbrytandebeslutet eller i landstingets inlagor i målet. Om landstinget avser att gå ut i en ny upp-

handling kan landstinget inte åberopa att det är mer ekonomiskt förmånligt att driva verksamheten i egen regi – detta är ju inte landstingets avsikt. Landstingets avsikt är enligt egen utsago att gå ut i en ny upphandling för att, får det förmodas, pressa priset ytterligare. Detta utgör inte ett sakligt skäl att avbryta en upphandling. Om så vore fallet skulle varje upphandling avbrytas och göras om.

Landstinget

Landstinget anför bl.a. följande. Landstingets, liksom nu aktuell verksamhets, budget är på förhand fastställd. Anledningen till varför landstinget inte redovisar fastställd budget närmre än med angivande av den faktiska kostnaden för verksamhetsåret 2010 (cirka 6 300 000 kr) är att denna kostnad/budget helt saknar relevans i målet. Vad som ska tillmätas betydelse vid en jämförelse med bolagets anbud är i stället landstingets uppskattade kostnad för drift i egen regi utifrån de förutsättningar som framställts i förfrågningsunderlaget. Detta för att erhålla en rättvisande och därmed relevant jämförelse, vilken ska ligga till grund för rättens bedömning om huruvida sakligt godtagbart skäl för avbrytande föreligger eller inte. Detta är förstås också den enda orsaken till varför landstinget inte valt att presentera landstingets på förhand fastställda budget närmare. Det är landstingets uppfattning att landstingets budget i allra högsta grad är realistisk, men inte relevant i målet. Landstinget menar att en upphandlande myndighets på förhand fastställda budget i och för sig kan tjäna som jämförelseunderlag gentemot anbudsgivares anbud för bedömning om huruvida sakligt godtagbart skäl för överskriden budget föreligger – men endast om en sådan jämförelse är relevant och därmed rättvisande, dvs. förutsatt att den verksamhet som budgeten avser bedrivs på motsvarande sätt som kraven i ett förfrågningsunderlag uppställer. Vad som däremot alltid kan sägas vara relevant i sammanhanget är att en upphandlande myndighet inför ett avbrytande gjort en noggrann bedömning av vad verksamheten i egen regi

kommer att kosta. För att avbrytandet sedan inte ska vara godtyckligt ska bedömningen utvisa att egenregikostnaden är lägre än lägsta anbud.

Bolaget hävdar att landstinget i tilldelningsbeslutet angett sin egenregikostnad till 9 683 533 kr. Detta är ett felaktigt påstående. Av tilldelningsbeslutet framgår med all tänkbar tydlighet att landstingets kostnad för drift i egen regi är 8 852 385 kr per år. I detta belopp är kostnaden för optionen inkluderad, och är lägre än bolagets anbud som under motsvarande förutsättningar är 9 105 830 kr. Slutligen kan det ifrågasättas vilken rättslig verkan den i tilldelningsbeslutet angivna kostnaden för utförande i egen regi (8 852 385 kr) har i nu aktuellt mål. Landstingets uppfattning är att landstinget inte på något sätt är bundet till det i tilldelningsbeslutet angivna beloppet, med mindre än att egenregikostnaden är lägre än lägsta anbud.

Sammanfattningsvis kan sägas, vad gäller landstingets kostnad för utförande av vad som upphandlats i egen regi, i enlighet med upphandlingens kravspecifikation, så beräknas den till 44 261 925 kr för en femårsperiod. Kostnaden är uträknad inklusive option. Bolagets anbud under motsvarande förutsättningar är 45 529 150 kr, vilket i förhållande till kostnaden i egen regi skulle innebära en högre kostnad för landstinget med 1 267 225 kr. Bortsett från optionen har beräkningarna avseende egenregikostnaden i relevanta delar gjorts med utgångspunkt i verksamhetens verkliga kostnader. Landstinget menar därför att redovisad egenregikostnad i allt väsentligt måste betraktas som realistisk och relevant. – Landstinget inger och åberopar bl.a. specifikation avseende fordonsinvesteringar, sammanställning av egenregikostnad för option och specifikation för övriga kostnader för option.

Bolaget

Bolaget anför bl.a. följande. Enligt landstingets egna uppgifter ska landstinget göra om upphandlingen och ska alltså inte fortsätta verksamheten i

egen regi. Landstingets kostnad för egen regi kan således per definition inte utgöra sakligt skäl för avbrytande av upphandlingen. Om förvaltningsrätten skulle finna att landstingets kostnad för egen regi är relevant ska den årskostnad på 9 683 533 kr som anges i tilldelningsbeslut/protokoll läggas till grund för bedömningen. Även om landstingets nu påstådda årskostnad om 8 852 385 kr i stället skulle läggas till grund för bedömningen medför nödvändigt påslag för inflation att det är förmånligare för landstinget att anta bolagets anbud än att driva verksamheten i egen regi. Landstinget saknar därmed sakliga skäl för att avbryta upphandlingen även om landstinget, trots att verksamheten inte ska utföras i egen regi, skulle tillåtas att åberopa en lägre kostnad i egen regi. Eftersom den faktiska kostnaden för verksamheten ostridigt vida överskrider den budget som sägs finnas kan det konstateras att landstinget inte har en på förhand fastställd och realistisk budget mot vilken bolagets anbud kan jämföras. Det saknas således en sådan absolut ekonomisk ram för verksamheten vars överskridande kan motivera att en upphandling avbryts. Om alternativet till att lägga ut uppdraget på en extern leverantör är att fortsätta en verksamhet i egen regi kan det vara relevant att i stället jämföra det bästa anbudet med den faktiska kostnaden för sådan egen regi. Enligt landstingets egna uppgifter ska dock landstinget göra om upphandlingen och ska alltså inte fortsätta verksamheten i egen regi. Om verksamheten inte ska utföras i egen regi saknar det betydelse vad kostnaden i egen regi är. Landstingets kostnad för egenregiverksamhet kan därför inte åberopas som grund för att avbryta upphandlingen. Det är givetvis inte sakligt att avbryta en upphandling i syfte att gå ut i en ny upphandling och pressa priset ytterligare.

Om en upphandlande myndighet hävdar att anbuden är för dyra i förhållande till egenregikostnad och avbryter en upphandling på den grunden är det naturligtvis en förutsättning att den upphandlande myndigheten kan visa att påståendet är sant för att avbrytandet ska anses sakligt grundat. Om landstinget vid bedömningen inför avbrytandet anger kostnaden för egen

regi till 9 683 533 kr är landstinget givetvis bundet av uppgiften eftersom den utgör grunden för avbrytandet. Att landstinget nu i stället hävdar att kostnaden för egen regi är en helt annan är inte ägnat att stärka landstingets trovärdighet. På anförda skäl bestrids att landstingets årskostnad är 8 852 385 kr. 9 683 533 kr per år blir 48 417 665 kr över den totala avtalsperioden på fem år. – Bolaget inger och åberopar en av bolaget gjord uträkning av landstingets kostnad för verksamhet i egen regi.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Bestämmelser om överprövning finns i 16 kap. LOU, vilket har ändrats den 1 november 2011. Av övergångsbestämmelserna framgår att äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

I 16 kap. 1 § LOU, i tillämplig lydelse, anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU, i tillämplig lydelse, anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen i målet

I de administrativa föreskrifterna punkt 1.1 "Upphandlingsobjekt" anges följande. Denna upphandling avser upphandling av drift yttre transport enligt beskrivning i 2 Krav på tjänst och 3 Mall för upphandlingskontrakt. I dag drivs denna verksamhet av Landstinget i Uppsala.

I de administrativa föreskrifterna punkt 1.7 "Avbrytande av upphandlingen" anges bl.a. följande. Om inget anbud motsvarar ställda krav eller på annat sätt är oförmånliga kan upphandlingen avbrytas och samtliga anbud förkastas.

I de administrativa föreskrifterna punkt 5.3 "Utvärdering av anbud" anges bl.a. följande. Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kraven enligt ovan, kommer det anbud att antas som har lägst pris enligt nedan.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid bifall till en talan mot ett avbrytandebeslut kan förvaltningsrätten inte förordna om annat än att det klandrade beslutet upphävs. Bolagets yrkande om att landstinget ska slutföra upphandlingen i enlighet med landstingets utvärdering ska därför avvisas.

Landstinget har enligt sammanträdesprotokoll den 15 december 2011 fattat ett avbrytandebeslut. I beslutet anges att upphandlingen avbryts på grund av att anbuden är för dyra i förhållande till egenregikostnad. Enligt bifogad upphandlingsrapport anges att det lägsta anbudet, dvs. bolagets anbud är 9 105 330 kr/år. Till denna summa har landstinget adderat tillkommande kostnader om sammantaget 1 000 000 kr, så att den totala kostnaden för bolagets anbud uppgår till 10 105 830 kr. Landstingets beräknade kostnad för verksamhet i egen regi anges vara 9 683 533 kr. Enligt senare upphandlingsrapport har några tilläggs-kostnader inte adderats. Däremot har landstingets beräknade kostnad för verksamhet i egen regi justerats till 8 852 385 kr.

Förvaltningsrätten behandlar det andra beslutet/meddelandet om att avbryta upphandlingen som en justering av avbrytandebeslutet daterat den 15 december 2011, och prövar således inom ramen för detta mål båda besluten.

Fråga i målet är om det funnits förutsättningar för landstinget att avbryta upphandlingen på den av landstinget angivna grunden, nämligen att anbudet är för dyra i förhållande till egenregikostnad.

En upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en påbörjad upphandling under förutsättning att beslutet vilar på sakligt godtagbara skäl och de grundläggande principerna i gemenskapsrätten inte träds för när. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling. Förvaltningsrättens prövning ska begränsas till frågan om det vid tidpunkten för landstingets beslut funnits förutsättningar att avbryta. Av praxis (se bl.a. RÅ 2009 ref 43) följer att en upphandlande myndighet haft rätt att avbryta en upphandling sedan utvärderingen av inkomna anbud visat att enhetens budget för den aktuella tjänsten skulle överskridas. I det målet uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att den funnit att det i målet är tillfredsställande utrett att samtliga de återstående anbud som kommunen haft 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.

En av de grundläggande principerna för offentlig upphandling är den s.k. transparensprincipen. Av denna princip följer att en upphandling ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Kravet på transparens innebär bl.a. att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt på så sätt att leverantören har möjlighet att bedöma vad den upphandlande myndigheten efterfrågar och tillmäter betydelse (se bl.a. RÅ 2002 ref. 50).

När den upphandlande enheten väljer att påbörja en offentlig upphandling bör förfarandet vara så förberett att det med hög grad av sannolikhet kan leda till att någon av anbudsgivarna på de i förfrågningsunderlaget angivna grunderna erhåller kontraktet eller, om det är fråga om egenregi, tilldelas uppdraget. Anbudsgivarna lägger inte sällan ner avsevärda kostnader på att

kunna lämna in konkurrenskraftiga anbud. Kravet på förutsebarhet (transparens) förutsätter att den upphandlande enheten lämnar upplysningar om det som eventuellt kan leda till upphandlingens avbrytande, såsom den egna enhetens deltagande, osäkerhet om tilldelning av anslag m.m. En upphandlande enhet bör därför inte påbörja upphandlingar enbart i syfte att testa marknaden eller att få till stånd ett förmånligare anbud från den egna enheten (NOU den 25 september 2003, dnr 2003/0229-29).

Landstinget har i upphandlingen, efter fullföljd utvärdering av inkomna anbud, jämfört det lägsta anbudet med kostnaden för verksamheten i egen regi. Att anbudet eventuellt skulle komma att överstiga kostnaden för verksamhet i egen regi är en omständighet som landstinget måste ha räknat med vid inledandet av upphandlingen och borde därför ha framgått av förfrågningsunderlaget. Landstinget har förvisso i förfrågningsunderlaget angett att upphandlingen kan komma att avbrytas om inget anbud motsvarar ställda krav eller på annat sätt är oförmånliga. Enligt förvaltningsrättens mening kan dock av uttrycket "oförmånliga" inte utläsas att anbudet med lägst pris ska jämföras med landstingets kostnad i egen regi. Med hänsyn till att landstinget måste ha känt till att en sådan jämförelse skulle ske kan det starkt ifrågasättas om inte avbrytandebeslutet av denna anledning strider mot principen om transparens.

När det gäller frågan om landstingets budget har överskridits så har landstinget hos förvaltningsrätten anfört att budgeten för verksamheten för år 2012 uppgår till cirka 4 300 000 kr. Denna budget har dock inte åberopats som skäl för beslutet att avbryta upphandlingen, varken i själva beslutet och de handlingar som beslutet hänvisar till eller i landstingets inlagor i målet och kan därför inte ligga till grund för bedömningen om avbrytandebeslutet är grundat på sakligt godtagbara skäl. Den kostnad som landstinget har hänvisat till som skäl för avbrytande är dess kostnad för samma verksamhet i egen regi. I den första upphandlingsrapporten uppgav lands-

tinget att dess kostnad för verksamhet i egen regi var 9 683 533 kr. I samma upphandlingsrapport lade landstinget till ett flertal poster, sammantaget uppgående till en miljon kronor, på anbudet med lägst pris, dvs. bolagets anbud, så att jämförelsekostnaden kom att bli 10 105 830 kr. I den senare upphandlingsrapporten har landstinget uppgett kostnaden för verksamhet i egen regi till 8 852 385 kr och inte lagt till några kostnader på bolagets anbud. Landstinget har i målet även inkommit med beräkningsunderlag. Enligt förvaltningsrättens mening är vad landstinget uppgett i de olika upphandlingsrapporterna om jämförelse mellan kostnad för verksamhet i egen regi och kostnad för bolagets anbud så motstridiga och oklara, trots det beräkningsunderlag som getts in i målet, att det inte kan anses tillfredsställande utrett att landstingets kostnad för verksamhet i egen regi understiger kostnad för bolagets anbud. Redan på denna grund kan avbrytandebeslutet inte anses vila på sakligt godtagbara skäl. Vidare har landstinget i målet upplyst att det avser att göra om upphandlingen. Att som grund för ett beslut att avbryta en upphandling återropa en jämförelse mellan anbudet med lägst pris och kostnad i egen regi, med avsikten att göra om upphandlingen, bedömer förvaltningsrätten som godtyckligt och inte ett sakligt godtagbart skäl för avbrytande.

Sammanfattningsvis finner således förvaltningsrätten att avbrytandebeslutet inte vilar på sakligt godtagbara skäl. Landstingets beslut den 15 december 2011 (inklusive de ändringar i beslutet som vidtogs den 24 februari 2012) att avbryta upphandlingen avseende drift av yttre transport, dnr LSU-UPPH2011-0119, ska därför upphävas.

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


Lina Törnqvist
rädman

Målet har handlagts av Christina Kans.

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 upphandlingen inte får avslutas, 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.