



DOM
2016-03-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3067-16

SÖKANDE
Infratek Sverige AB, 556702-6934

Ombud: Advokat Einar Wanhainen och advokat Sofia Gunnarsson
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPART
A-Train Aktiebolag, 556500-3745

Ombud: Advokat Ida Kjos och biträdande jurist Elin Wretman
Advokatfirman Oebergs AB
Sveavägen 17, XVIII
111 57 Stockholm

SAKEN
Upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Infratek Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 709587

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

A-Train Aktiebolag (A-Train) annonserade i september 2015 en upphandling av underhåll och driftledning för fast infrastruktur. Upphandlingen sker genom ett förhandlat förfarande i enlighet med lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. A-Train har den 3 februari 2016 underrättat den enda anbudsgivaren, Infratek Sverige AB (Infratek), att A-Train beslutat att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens.

Infratek yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara och upphäva A-Trains beslut att avbryta upphandlingen samt att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas genom att A-Train ska fullfölja den.

A-Train bestrider bifall till ansökan.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN**Infratek**

A-Train har inte haft något sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Om inte förvaltningsrätten upphäver A-Trains beslut att avbryta upphandlingen kommer Infratek att lida skada. Eftersom Infratek har lämnat in ett anbud och det har varit A-Trains avsikt att teckna avtal med en leverantör så skulle Infratek ha tilldelats kontraktet om inte A-Train avbrutit upphandlingen.

Det förhållandet att det endast återstår en anbudsgivare utesluter inte med automatik konkurrens. Ett anbud som har kommit in i upphandlingen kan mycket väl vara konkurrenskraftigt även om det bara finns en anbudsgivare. Kan man värdera och konstatera att ett anbud är konkurrenskraftigt så har en

effektiv konkurrens fått verka på marknaden, vilket är ett av syftena med upphandlingsförfarandet. I den aktuella upphandlingen kan bland annat följande faktorer användas vid bedömningen av om Infrateks anbud har varit konkurrenskraftigt. Det nuvarande priset på tjänsten och den allmänna prisutvecklingen, objektiva faktorer som medför att priset ökar/sjunker, avsaknad av yttre förhållanden som gör att kostnaderna för att utföra tjänsten har sjunkit avsevärt samt prisbilden i andra upphandlingar. Infrateks anbud har varit konkurrenskraftigt. Anbudet har lämnats på en konkurrensutsatt marknad och andra leverantörer har deltagit i upphandlingen. Att de leverantörer som kvalificerat sig enligt kraven i annonsen och har tillställts förfrågningsunderlaget självmant har valt att inte inkomma med anbud är inte detsamma som att det inte förelegat konkurrens.

Den praxis som finns på området visar att förutsättningarna för de upphandlande myndigheterna och enheterna att bedöma om man kunnat dra nytta av en fri konkurrens och således har ett konkurrenskraftigt anbud har skilt sig väsentligt i förhållande till den möjlighet A-Train har i aktuell upphandling. Mål C-27/98, Fracasso och Leitschutz, och avgörandet RÅ 2008 ref. 35 rörde upphandlingar där något nytt skulle byggas och där den upphandlande enheten inte i förväg kunde ha möjlighet att bedöma om ett bud är konkurrenskraftigt på samma sätt som när det är en tjänst som pågått under en längre tid. Den situation som nu är för handen har inte prövats tidigare. A-Train har upphandlat driftledning och underhåll av den aktuella infrastrukturen i över 16 år och har oundvikligen bildat sig en uppfattning om i vilket skick anläggningen är och hur mycket arbetena borde kosta. A-Train har unika möjligheter att bedöma om anbudet är konkurrenskraftigt eller inte. Det finns därför inget behov av att kunna jämföra budet mot andra bud i samma upphandling.

Beslutet att avbryta upphandlingen strider även mot principerna om förutsebarhet, transparens, proportionalitet och likabehandling.

I ansökningsföreskrifterna anges vilken sorts omständigheter som ska anses utgöra godtagbara skäl till att avbryta upphandlingen. Det har inte angetts att det förhållandet att endast en anbudsgivare har lämnat anbud skulle vara skäl för att avbryta upphandlingen. A-Train måste således ha ansett sig kapabelt att bedöma om ett anbudspris är konkurrenskraftigt eller inte.

Den eventuella besparing som A-Train skulle kunna göra om avtalet handlas upp på nytt skulle vara ytterst marginell sett till bolagets sammanlagda kostnadsmassa. I en upphandling som den aktuella är kostnaden för en leverantör att förbereda och lämna anbud betydande. Den skada som avbrytandet innebär för Infratek är inte acceptabel i förhållande till den marginella vinning som A-Train skulle kunna göra genom en ny upphandling.

Andra leverantörer har också haft möjlighet att lämna anbud. Genom att dessa leverantörer, med kännedom om nuvarande prisbild och det förhållandet att upphandlingen görs om, får en förnyad möjlighet att lämna anbud får de en fördel i förhållande till Infratek.

A-Train

A-Train har haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Någon överträdelse av de grundläggande principerna enligt 1 kap. 24 § LUF har inte skett. Annonseringen av upphandlingen föregicks av en informationsinsamling ("RFI") varvid ett flertal intresserade leverantörer deltog. Upphandlingen inleddes sedan genom ett förhandlat förfarande i enlighet med LUF. I ansökningsföreskrifterna som tillställdes anbudsgivarna uppmärksammades anbudsgivarna bl.a. på att A-Train kunde

komma att avbryta upphandlingen på grund av sakligt godtagbara skäl. Under anbudsansökningsförfarandet inkom fyra anbudsgivare med anbudsansökan. Tre anbudsgivare kvalificerade sig enligt kraven i annonsen och tillställdes förfrågningsunderlag. Vid anbudstidens utgång hade endast en av de leverantörer som kvalificerat sig kommit in med anbud.

Utvärderingsgrunden i upphandlingen har varit lägsta pris. I upphandlingen har bara ett anbud inkommit, vilket omöjliggjort för A-Train att utvärdera priset och göra en jämförelse med andra anbud. Syftet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) är att utveckla och garantera en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling och att organisera tilldelningen av kontrakt på ett sådant sätt att den upphandlande enheten faktiskt kan jämföra olika anbud och välja det förmånligaste på grundval av objektiva kriterier. I förevarande fall har upphandlingen inte skapat någon effektiv konkurrenssituation. Detta trots att det finns flera leverantörer på marknaden som är intresserade av upphandlingsföremålet som sådant, vilket framgår av genomförd RFI och det i upphandlingen genomförda urvals-förfarandet. I en situation som denna är det högst rimligt att A-Train avbryter upphandlingen i stället för att försöka utvärdera Infrateks anbud och bjuda in Infratek till förhandling.

Vid ett avbrytande av en upphandling är det av relevans att den upphandlande enheten överväger de fördelar som kan uppnås genom att avbryta upphandlingen och ställa nya krav och kriterier. Att A-Train vid utvärderingen upptäckt att man inte lyckats uppnå en effektiv konkurrens och därmed beslutat sig för att göra om upphandlingen är ett syfte som stämmer väl överens med målet med upphandlingen och syftet med försörjningsdirektivet. Att Infratek haft kostnader till följd av att man tagit fram och lämnat anbud i upphandlingen utgör inte en sådan omständighet

som är relevant för frågan om huruvida beslutet att avbryta upphandlingen står i rimlig proportion till dess syften och mål.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

De grundläggande principer som ska iakttas vid upphandling enligt LUF, är principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens (öppenhet och förutsebarhet), ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att ingripa. Vidare krävs för att ett ingripande ska bli aktuellt att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LUF.

I LUF och försörjningsdirektivet saknas bestämmelser om under vilka förhållanden en upphandlande enhet får avbryta en påbörjad upphandling.

Av EU-domstolens praxis avseende offentlig upphandling framgår att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (C-92/00, HI, punkt 40-41). De upphandlande myndigheterna är dock skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet när de beslutar att återkalla en upphandling (punkt 47). Det framgår även av EU-domstolens praxis att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagsfall eller när det föreligger allvarliga omständigheter (C-27/98, Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25).

I Fracasso och Leitschutz, hade den upphandlande enheten vid prövningen av ställda krav ansett att endast en anbudsgivare var lämpad att delta i anbudsförfarandet och därför avbrutit upphandlingen. Frågan som ställdes till domstolen var om myndigheten är skyldig att tilldela kontraktet till den enda anbudsgivare som har ansetts lämpad att delta i förfarandet. EU-domstolen erinrade om syftet med direktiv (93/37/EEC) att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling (punkt 26). EU-domstolen anförde vidare att för att uppfylla syftet att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling avser direktivet att organisera tilldelningen av kontrakt på sådant sätt att den upphandlande myndigheten kan jämföra olika anbud och välja det förmånligaste på grundval av objektiva kriterier (punkt 31). Domstolen drog slutsatsen att när det endast kvarstår ett anbud kan den upphandlande myndigheten inte jämföra priser eller andra kännetecken hos olika anbud och är därför inte skyldig att tilldela kontraktet den enda anbudsgivare som har ansetts lämpad att delta i förfarandet (punkt 32–33).

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet RÅ 2008 ref. 35, med hänvisning till EU-domstolens praxis, uttalat att den särskilda omständigheten att endast en lämplig anbudsgivare återstår som regel får anses utgöra ett sakligt godtagbart skäl att avbryta en upphandling.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är inledningsvis om A-Train har haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen med hänsyn till bristande konkurrens efter att endast ett anbud har lämnats.

Förvaltningsrätten anser att den rättspraxis som återgetts ovan ska vara vägledande i det här målet. Även om upphandlingen i fråga regleras av LUF och försörjningsdirektivet får det betraktas som ett grundläggande syfte

gällande all upphandlingsrätt att regleringen ska främja en effektiv konkurrens.

Bristen på andra anbud innebär att möjligheten att jämföra olika anbud och välja det förmånligaste har gått förlorad. Det finns inte skäl att ifrågasätta uppgiften om att det finns flera leverantörer på marknaden som är intresserade av upphandlingsföremålet som sådant. Även om det kan finnas underlag för att jämföra och utvärdera ett anbud på andra sätt anser förvaltningsrätten att vad Infratek anfört i denna del inte kan medföra en skyldighet för A-Train att förhandla med den enda anbudsgivaren. A-Train har ansett att man i och med att endast ett anbud kommit in inte lyckats uppnå en effektiv konkurrens och förvaltningsrätten anser därför att A-Train har visat sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Att upphandlingsföremålet är en tjänst som upphandlats av A-Train under flera års tid ger inte skäl till en annan bedömning.

Infratek har även anfört att beslutet att avbryta upphandlingen strider mot principerna om förutsebarhet, transparens, likabehandling och proportionalitet.

Av ansökningsföreskrifterna, punkt ANSF.312, framgår bl.a. att beställaren äger rätt att på sakligt godtagbara skäl avbryta upphandlingen, varefter exempel för skäl att avbryta upphandlingen anges. Bristande konkurrens utgör både som regel och i nuvarande fall ett sådant sakligt skäl.

Omständigheten att bristande konkurrens inte uttryckligen angetts som exempel i ansökningsföreskrifterna innebär inte att A-Trains beslut strider mot de grundläggande principerna för upphandling.

Enligt förvaltningsrätten kan inte heller det förhållandet att det är kostsamt att delta i den här typen av anbudsförfarande eller att andra anbudsgivare får

en ny chans att delta i upphandlingen medföra att A-Trains beslut att avbryta upphandlingen fattats i strid med någon av de ovan nämnda principerna.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att A-Train har visat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Det har inte heller i övrigt kommit fram att beslutet att avbryta upphandlingen fattats i strid med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten eller någon annan bestämmelse i LUF. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).

Klas Granlund
Förvaltningsrättsfiskal

Maya Hald har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

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

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.