

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

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

Mål nr
4239-07

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.

SKÄLEN 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 allttjämt 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 anbudsfordran, 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

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