



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2018-04-12

Meddelad i Stockholm

Mål nr

29733-17

SÖKANDE

Trygg-Hansa Försäkring filial, 516404-4405

Ombud: Advokaterna Erik Ficks och Kristian Hugmark samt biträdande juristen Martina Sterner
Roschier Advokatbyrå AB
Box 7358
103 90 Stockholm

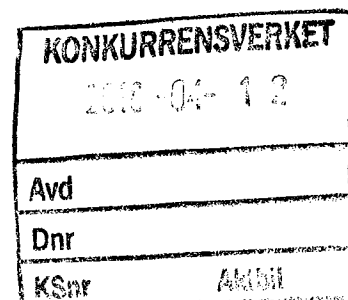
MOTPART

Telge Nät AB, 556558-1757

Ombud: Annelie Scott
Telge Inköp AB
Box 633
151 27 Södertälje

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten upphäver Telge Nät AB:s beslut att avbryta upphandlingen av företagsförsäkring för energibolag.

Dok.Id 954841

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

YRKANDEN M.M.

Södertälje kommun och Telgekoncernen har genom Söderberg & Partners som upphandlingsmäklare genomfört en samordnad upphandling av försäkringar, ref nr 17/2. En av de försäkringar som upphandlades var en företagsförsäkring för energibolag för Telge Nät AB. Telge Nät AB ingår i Telgekoncernen, som ägs till hundra procent av Södertälje kommun. Upphandlingen av företagsförsäkringen för energibolag gjordes genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), alternativt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Den 15 december 2017 meddelade Telge Nät AB att bolaget beslutat att avbryta upphandlingen för att istället teckna försäkringsskydd via Stockholmsregionens Försäkring AB (SRF).

Trygg-Hansa Försäkring filial

Trygg-Hansa Försäkring filial (Trygg-Hansa) yrkar att Telge Nät AB:s (Telge) beslut att avbryta upphandlingen ogiltigförklaras och att Telge åläggs att vidta rättelse genom att upphandlingen återupptas och slutförs. Trygg-Hansa anför bl.a. följande. Telge har avbrutit upphandlingen utan sakligt godtagbara skäl och har därmed brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om upphandling, i synnerhet öppenhets- och likabehandlingsprinciperna, och därmed även mot 4 kap. 1 § LUF. Det föreligger inte sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis är upphandlande enheters möjligheter att avbryta en upphandling begränsade. Ett beslut om att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. Vidare måste ett sådant beslut vara förenligt med de grundläggande principerna som följer av 4 kap. 1 § LUF. Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling.

Telge har inte angivit några skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Vidare har Telge inte förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen eller angivit att jämförelse skulle ske med SRF. Det finns inte heller något annat sakligt godtagbart skäl som skulle ge Telge rätt att avbryta upphandlingen utan att ha förbehållit sig rätten till detta. Att Telge beslutat sig för att köpa försäkringen av eget bolag innebär inte att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande av upphandlingen. Dessutom är det s.k. in-houseundantaget ändå inte tillämpligt i förevarande fall. Det är tydligt att Telges agerande inte har påkallats av förändrade förutsättningar utanför dess kontroll. Södertälje kommuns relation med SRF hade varit dålig under en längre tid. Kommunfullmäktige fattade den 27 februari 2017 ett beslut om att ge kommunstyrelsen i uppdrag att genomföra en konkurrensutsättning av kommunens och de kommunala bolagens försäkringar genom en upphandling. Bakgrunden till detta var att kommunen inte fann försäkringslösningen via SRF optimal. Det faktum att SRF valde att gå med på kommunens krav när upphandlingen fortgick visar dock att SRF hela tiden haft möjlighet och varit öppna för att ändra sina villkor för att undvika att förlora avtalen med kommunen. Upphandlingen har således varit ett medel för kommunen att utöva påtryckningar på SRF.

Telge har inte varit transparent med att förhandlingar med SRF skulle komma att äga rum och att sådana förhandlingar faktiskt skedde. Dessa förutsättningar framgår inte av upphandlingsdokumenten och har inte heller kommunicerats på annat vis under upphandlingsförfarandet. Telge har därmed åsidosatt öppenhetsprincipen. En konsekvens av att Telge har åsidosatt sin informationsskyldighet är att Trygg-Hansa i brist på väsentlig information inte har kunnat fatta ett välgrundat affärsmässigt beslut huruvida man skulle delta i upphandlingarna eller inte.

Telge har åsidosatt likabehandlingsprincipen genom att direktupphandla med SRF vid sidan av upphandlingen istället för att uppmana SRF att delta i

upphandlingen och lämna anbud under samma förutsättningar som Trygg-Hansa och andra potentiella leverantörer. Det s.k. kontrollkriteriet för att Telge ska få internupphandla av SRF har inte varit uppfyllt.

Trygg-Hansa har orsakats skada genom att Telge avbröt upphandlingen utan att det förelåg sakligt godtagbara skäl. Skadan består av de kostnader som Trygg-Hansa har haft med att upprätta anbud och delta i det förhandlade förfarandet. Därutöver har Trygg-Hansa orsakats skada i form av uteblivna kontrakt som bolaget hade tilldelats om upphandlingen hade slutförts.

Telge Nät AB

Telge anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen p.g.a. oförutsedda händelser och eftersom Telge har haft rätt att köpa från eget bolag. Genom Södertälje kommuns deläggande i SRF är både kontroll- och verksamhetskriteriet samt kravet på marknadsmässig inriktning uppfyllda. Telge har därmed haft rätt att använda sig av möjligheten till köp från eget bolag.

För att avgöra hur kommunens och Telgekoncernens försäkringar står sig på marknaden kostnadsmässigt var enda sättet att konkurrensutsätta dagens avtal med SRF genom att genomföra en upphandling. Syftet med upphandlingen var att möjliggöra för Södertälje kommun att genom upphandling försäkra sig på den privata marknaden, i delar eller helt och hållet. SRF valde att inte lämna anbud i upphandlingen. I och med att SRF närmade sig Södertälje kommun i slutet av september 2017, förändrades förutsättningarna för upphandlingen radikalt. Vid denna tid hade anbuden inkommit och det rådde absolut anbudssekretess. Att informera om nya förutsättningar skulle inte förändra situationen för Trygg-Hansa som redan hade lämnat in sitt anbud och var bundet av dess giltighet i månader

framöver. Att i detta läge avbryta upphandlingen skulle innebära att Södertälje kommun och Telgekoncernen riskerade att stå helt utan försäkringslösning vid årsskiftet. Södertälje kommun och Telgekoncernen var väl införstådd i sin rätt att handla av eget bolag samt att SRF uppfyllde förutsättningarna för detta. Fram till dess att SRF tog kontakt i slutet av september 2017 och ville ha möjlighet att ge en offert, var Södertälje kommun och Telgekoncernen övertygade om att det inte var möjligt med fortsatt samarbete med SRF. Man valde därför att behandla SRF som en anbudsgivare i det avseendet att den absoluta sekretess som råder i upphandlingen skulle råda även i förhållande till SRF.

Det är inte riktigt att man redan från projektets början aldrig skulle haft för avsikt att genomföra upphandlingen. Det är varken realistiskt eller trovärdigt att en kommun lägger ner stort arbete på någonting som man aldrig har för avsikt att genomföra.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Det framgår inte av utredningen om Telge har genomfört upphandlingen i enlighet med LOU eller LUF. Enligt förvaltningsrättens bedömning är LUF tillämplig på den aktuella upphandlingen och Telge är att betrakta som en upphandlande enhet. Det kan dock konstateras att de i målet tillämpliga lagrummen enligt LUF motsvaras av bestämmelser i LOU. Vidare är den praxis och de upphandlingsrättsliga principer som hänvisas till tillämpliga både i förhållande till LUF och LOU.

Enligt 4 kap. 1 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

En upphandlande enhet har ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Ett beslut att avbryta en upphandling är inte förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl men måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (se RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43). Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande av en upphandling (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 23 januari 2013 i mål nr 4691-12).

Telge har gjort gällande att det förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen eftersom undantaget ”köp av eget bolag” varit tillämpligt. Förvaltningsrätten konstaterar att det, enligt 3 kap. 11 § LUF, under vissa förutsättningar finns möjlighet för en upphandlande enhet att genomföra s.k. interna upphandlingar som inte omfattas av tillämpningsområdet för LUF. Oavsett om det i nu aktuellt fall hade funnits förutsättningar för att genomföra en intern upphandling, konstaterar förvaltningsrätten att det saknas stöd för Telges invändning att en upphandlande enhet har rätt att avbryta en pågående upphandling enbart av skälet att en intern upphandling ska genomföras. Telge har vidare anfört att det p.g.a. oförutsedda händelser förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Telge har hänvisat till att förhandlingar med SRF inleddes och att situationen hade förändrats på ett sätt som inte hade kunnat förutses. Någon närmare redogörelse gällande vilka oförutsedda händelser som Telge syftar på samt vilken inverkan dessa har haft på Telges beslut att avbryta upphandlingen har emellertid inte lämnats. Med hänsyn till det nu anförda anser förvaltningsrätten att Telge inte har förmått visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta den aktuella upphandlingen.

Trygg-Hansa har även gjort gällande att kommunen har åsidosatt öppenhets- och likabehandlingsprinciperna när den förhandlat med SRF vid sidan av den aktuella upphandlingen. Telge har invänt att den haft rätt att handla från

eget bolag och därmed inte åsidosatt öppenhets- och likabehandlingsprinciperna. Även om LUF inte är tillämplig på interna upphandlingar finns det ingenting som hindrar att en upphandlande enhet genomför en upphandling även i en situation där det i och för sig finns förutsättningar att göra en intern upphandling (jfr prop. 2011/12:106 s. 51). Förvaltningsrätten konstaterar att Telge har valt att genomföra en upphandling avseende den aktuella försäkringen och att Telge i och med detta haft en skyldighet att tillämpa de allmänna principer som följer av 4 kap. 1 § LUF. Det gäller oavsett om det i och för sig hade funnits förutsättningar att genomföra en intern upphandling i förhållande till SRF.

Enligt principen om likabehandling krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud. Den nu nämnda principen innebär således att samma villkor för anbudsgivningen måste gälla för alla anbudsgivare. Vidare är syftet med kravet på öppenhet, vilket är en följd av principen om likabehandling, att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande enhetens sida. Kravet på öppenhet innebär att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt. Detta dels för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten på ett effektivt sätt ska kunna kontrollera om anbuderna från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna.

Av utredningen framgår att Södertälje kommun och Telgekoncernen innan beslutet om att avbryta upphandlingen fattades hade bjudit in SRF att lämna offert på den försäkring som upphandlingen avsett utan att SRF behövt kvalificera sig i upphandlingen. Det är vidare utrett att Telge inte underrättade anbudsgivarna i upphandlingen om att det hade inletts förhandlingar med SRF parallellt med upphandlingsförfarandet. Enligt

förvaltningsrättens mening har Telge i och med detta åsidosatt principerna om öppenhet och likabehandling enligt 4 kap. 1 § LUF. Det som Telge har anfört om att man valt att tillämpa absolut sekretess i förhållande till SRF ändrar inte denna bedömning.

Sammantaget anser förvaltningsrätten således att Telge inte har visat att det förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Utredningen ger vidare stöd för att Telge har agerat i strid med likabehandlings- och öppenhetsprincipen. Trygg-Hansas ansökan ska därför bifallas och Telges beslut att avbryta upphandlingen upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Theresa Winnberg Elliot
Förvaltningsrättsfiskal

Andreas Thörnroos har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.