



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2018-04-12

Meddelad i Stockholm

Mål nr

29712-17

SÖKANDE

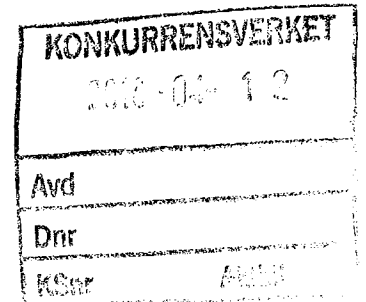
Trygg-Hansa Försäkring filial, 516404-4405

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

MOTPART

Södertälje kommun

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



SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten upphäver Södertälje kommuns beslut att avbryta den offentliga upphandlingen av projektförsäkring.

Dok.Id 951404

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.

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 projektförsäkring (OCIP) för Södertälje kommun (kommunen).

Upphandlingen av projektförsäkringen gjordes genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Den 15 december 2017 meddelade kommunen att den beslutar att avbryta upphandlingen för att istället teckna försäkringsskydd via Stockholmsregionens Försäkring AB (SRF).

Trygg-Hansa Försäkring filial

Trygg-Hansa Försäkring filial (bolaget) yrkar att kommunens beslut att avbryta upphandlingen ogiltigförklaras och att kommunen åläggs att vidta rättelse genom att upphandlingen återupptas och slutförs. Bolaget anför bl.a. följande. Kommunen 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 § LOU. Enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis är upphandlande myndigheters 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 § LOU. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling.

Kommunen har inte angivit några skäl för beslutet att avbryta upphandlingen och har inte förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen

eller angivit att någon jämförelse skulle ske med SRF. Det finns inte heller något annat sakligt godtagbart skäl som skulle ge kommunen rätt att avbryta upphandlingen utan att ha förbehållit sig rätten till detta. Det är tydligt att kommunens agerande inte har påkallats av förändrade förutsättningar utanför dess kontroll. Kommunens 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.

Kommunens förklaring att upphandlingen avbrutits på grund av bristande konkurrens är en efterhandskonstruktion. Kommunen har sedan kvalificeringsfasen avslutades varit medveten om att bolaget varit ensam anbudsgivare och har därför haft både möjlighet och skyldighet att avbryta upphandlingen mycket tidigare. Därutöver framgår det inte av avbrytandebeslutet att det var bristande konkurrens som var skäl till att upphandlingen avbröts.

Kommunen 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 heller inte kommunicerats på annat sätt under upphandlingsförfarandet. Kommunen har därmed åsidosatt öppenhetsprincipen. En konsekvens av att kommunen har åsidosatt sin informationsskyldighet är att bolaget i brist på väsentlig information inte har kunnat fatta ett välgrundat affärsmässigt beslut huruvida bolaget skulle delta i upphandlingen eller inte.

Kommunen 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 bolaget och andra potentiella leverantörer. Det s.k. kontrollkriteriet för att kommunen ska få internupphandla av SRF har inte varit uppfyllt.

Vidare har kommunen brutit mot den absoluta anbudsssekretessen enligt 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) genom att använda sig av och avslöja innehållet i bolagets anbud för SRF i syfte att förmå SRF att anpassa sina villkor och till och med utforma en OCIP-försäkring som, såvitt bolaget känner till, SRF inte tidigare erbjöd.

Bolaget har lidit skada genom kommunens agerande när den avbröt upphandlingen utan att det förelåg sakligt godtagbara skäl. Skadan består av de kostnader som bolaget har haft med att upprätta anbud och delta i det förhandlade förfarandet. Därutöver har bolaget orsakats skada i form av uteblivna kontrakt som bolaget hade tilldelats om upphandlingen hade slutförts. Åsidosättandet av den absoluta anbudsssekretessen som kommunen sannolikt har gjort sig skyldig till har dessutom förorsakat bolaget ytterligare skada då SRF, som är en konkurrent till bolaget, på ett otillbörligt sett har fått del av bolagets affärshemligheter.

Södertälje kommun

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Bolaget var ensam anbudsgivare i upphandlingen och kommunen valde därför att inte tilldela bolaget kontrakt på grund av bristande konkurrens. Enligt information på Upphandlingsmyndighetens och Konkurrensverkets hemsidor får en upphandling avbrytas om endast en leverantör återstår efter leverantörskvalificeringen. Eftersom det har funnits sakliga skäl att avbryta

upphandlingen, har inte heller öppenhets- eller likabehandlingsprincipen åsidosatts. Kommunen avser inte längre att teckna den aktuella försäkringen med SRF eftersom något behov inte anses föreligga.

För att avgöra hur kommunens 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 kommunen i slutet av september 2017, förändrades förutsättningarna för upphandlingen radikalt. Vid denna tid hade anbudet inkommit och det rådde absolut anbudssekretess. Information om nya förutsättningar skulle inte förändra situationen för bolaget 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 kommunen riskerade att stå helt utan försäkringslösning vid årsskiftet. Kommunen var väl införstådd i sin rätt att handla av eget bolag och 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 kommunen övertygad om att det inte var möjligt med fortsatt samarbete. Kommunen valde därför att behandla SRF som en anbudsgivare i det avseendet att den absoluta sekretessen som råder i upphandlingen även skulle gälla i förhållande till SRF.

Det är inte riktigt att kommunen redan från projektets början aldrig 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.

Kommunen har inte brutit mot anbudssekretessen utan har tvärtom värnat om sekretessen under hela förfarandet. Företag inom försäkringsbranschen

lider inte mer skada än andra branscher genom att lägga ner tid och arbete i en upphandling för att sedan inte gå vidare till tilldelning. Ett anbud garanterar inte att en anbudsgivare kommer att tilldelas kontraktet. Eftersom avbrytandet av upphandlingen skett av godtagbara skäl kan bolaget inte anses ha lidit skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 12 kap. 12 § andra stycket LOU anges följande. En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när den upphandlande myndigheten beslutar att avbryta en upphandling efter anbudsinfordran samt vid beslut att göra om en upphandling. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

En upphandlande myndighet 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 myndigheten 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).

Kommunen har gjort gällande att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens. Av utredningen framgår också att bolaget varit ensam anbudsgivare i den

aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar att det förhållandet att endast ett anbud återstår i en upphandling, dvs. bristande konkurrens i praxis i och för sig har ansetts utgöra ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling (jfr RÅ 2008 ref. 35). Det är emellertid först i förvaltningsrätten som kommunen har gjort gällande att skälet för att avbryta upphandlingen varit bristande konkurrens. I beslutet att avbryta upphandlingen angavs att skälet var att kommunen valt att teckna försäkringsskydd via SRF. Enligt förvaltningsrättens mening talar detta emot att bristande konkurrens varit det egentliga skälet till kommunens beslut att avbryta upphandlingen. Kommunen har anfört att den inte kan svara för varför grunderna inte har angivits i den skriftliga underrättelsen. Med hänsyn till det nu anförda anser förvaltningsrätten att kommunen inte har förmått visa att det förelegat sakliga skäl för att avbryta den aktuella upphandlingen. Vad kommunen har anfört om att den inte har behov av den aktuella försäkringen medför inte någon annan bedömning.

Bolaget har vidare gjort gällande att kommunen har åsidosatt öppenhets- och likabehandlingsprinciperna när den förhandlat med SRF vid sidan av den aktuella upphandlingen. Kommunen har invänt att den haft rätt att handla från eget bolag och därmed inte åsidosatt öppenhets- och likabehandlingsprinciperna.

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 myndighetens 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.

LOU är inte tillämplig på s.k. interna upphandlingar (3 kap. 11 § LOU). Det finns emellertid ingenting som hindrar att en upphandlande myndighet 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 kommunen har valt att genomföra en upphandling avseende den aktuella försäkringen och att kommunen i och med detta varit skyldig att tillämpa de allmänna principer som följer av 4 kap. 1 § LOU. Detta gäller oavsett om det i och för sig hade funnits förutsättningar att genomföra en intern upphandling i förhållande till SRF.

Av utredningen framgår att kommunen, innan den fattade beslutet om att avbryta upphandlingen, hade bjudit in SRF att lämna offert utan att SRF behövt kvalificera sig i upphandlingen. Det är vidare utrett att kommunen inte underrättade anbudsgivarna i upphandlingen om att den hade inlett förhandlingar med SRF parallellt med upphandlingsförfarandet. Enligt förvaltningsrättens mening har kommunen i och med detta åsidosatt principerna om öppenhet och likabehandling enligt 4 kap. 1 § LOU. Det som kommunen har anfört om att den valt att tillämpa absolut sekretess i förhållande till SRF ändrar inte denna bedömning.

Sammantaget anser förvaltningsrätten således att kommunen inte har förmått visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Utredningen ger vidare stöd för att kommunen har agerat i strid med likabehandlings- och öppenhetsprincipen. Bolagets ansökan ska därför bifallas och kommunens 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 rättens 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 rättens 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.

