

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2015-09-24
Meddelad i
LinköpingMål nr
3339-15**SÖKANDE**AB Previa, 556235-1907
Box 6047
102 31 StockholmOmbud: Advokat Anna Ulfsson
och Advokat Sara-Li Olovsson
c/o Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm**MOTPART**1. Oxelösunds kommun, 212000-0324
613 81 Oxelösund2. Kustbostäder i Oxelösund AB, 556527-0062
Sjögatan 28
613 81 Oxelösund3. Oxelö Energi AB, 556070-9429
613 81 OxelösundOmbud för 2 och 3: Oxelösunds kommun
613 81 Oxelösund**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller AB Previas ansökan och förordnar att Oxelösunds kommuns, Kustbostäder i Oxelösund AB:s samt Oxelö Energi AB:s upphandling av företagshälsovård ska göras om.

Dok.Id 219034

Postadress
Box 406
581 04 Linköping**Besöksadress**
Brigadgatan 3**Telefon**
013-25 11 00**E-post:**
forvaltningsratten@linkoping.dom.se**Telefax**
013-25 11 40**Expeditionstid**
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Oxelösunds kommun, Kustbostäder i Oxelösund AB och Oxelö Energi AB (gemensamt benämnda kommunen) genomför en upphandling gällande företagshälsovård (upphandlingen). Inledningsvis genomfördes en upphandling genom öppet förfarande. Den 11 februari 2015 beslutades dock att denna upphandling skulle avbrytas med motiveringen att det vid sista anbudsdagen enbart inkommit ett anbud varför det saknades erforderlig konkurrens för att säkerställa att de behov som upphandlingen var avsedd att fylla till en kostnad som säkerställer att skattemedel används på bästa sätt för skattekollektivet kan uppfyllas, samt att vid utvärdering av inkommet anbud konstaterades att kostnadsnivån för offererade tjänster vida översteg antagen budget för efterfrågade tjänster. Det inkomna anbudet var från Previa AB (Previas). Kommunen har härefter valt att övergå till förhandlat förfarande vid upphandling av aktuell tjänst. Enligt en tjänstean-teckning den 20 februari 2015 har kommunen bjudit in Previa och Feelgood Företagshälsovård AB (Feelgood) till förhandling. Genom tilldelningsbeslut den 6 maj 2015 har Feelgood tilldelats kontraktet.

Previas ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT*Previas*

Kommunen har genomfört en upphandling genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering i strid med LOU. Detta har skett genom att kommunen har brutit mot såväl likabehandlings- som transparensprincipen.

Bolaget vill framhålla att bolaget inte ifrågasätter kommunens möjlighet att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Bolaget grundar den aktuella överprövningen på kommunens genomförande av nämnda förfarande.

Av beslutet som skickades ut den 11 februari 2015 framgår inte att man hade för avsikt att gå över till förhandlat förfarande utan man valde att avbryta upphandlingen. När man avbröt valde kommunen också att inte sekretessbelägga bolagets prisuppgifter utan tvärtom tydliggöra dessa i tilldelningsbeslutet. Även det faktum att kommunen avslöjat bolagets prishöjningar i sitt anbud i förhållande till befintliga priser i praktiken innebär att Feelgood har fått information om de priser bolaget lämnat.

I de fall kommunen valt att gå över till att förhandla med de företag som begärt ut förfrågningsunderlaget borde även bolaget fått möjlighet till en förhandling. Bolaget har inte varit medvetet om att kommunen gått över till ett förhandlat förfarande eller fått en inbjudan att delta i en sådan process. Bolaget har visserligen haft ett möte den 26 mars 2015 med kommunen där priser och villkor i anbudet diskuterades, dock skedde detta möte på initiativ av bolaget. Under mötet nämndes aldrig att kommunen gått över till förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller att Previa i och med mötet ansågs delta i en förhandling som en del av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Under mötet upprättades inget protokoll från kommunens sida. Preliminär tid för nytt möte sattes till den 23 april. Bolaget har inte förstått att de diskussioner som fördes med kommunen var en del av ett förhandlat förfarande.

Eftersom kommunen inte bjudit in bolaget på lika villkor har den brutit mot likabehandlingsprincipen. Av definitionen i 2 kap. 9 § LOU följer att det ska vara den upphandlande myndigheten som bjuder in utvalda leverantörer. Det ska alltså vara fråga om en aktiv handling från myndighetens

sida. Av likabehandlings- och transparensprincipen följer att kommunen måste tydliggöra att förhandlat förfarande utan föregående annonsering påbörjats. Det är den upphandlande myndigheten som har en skyldighet att följa LOU och inte leverantören. Leverantören kan inte räkna ut hur ett visst agerande från den upphandlande myndigheten ska kategoriseras eller vilket förfarande som ska anses föreligga. Enbart att kommunen och bolaget fört någon typ av diskussioner om hur företagshälsovård skulle kunna tillhandahållas innebär inte att förhandlingar enligt LOU hållits.

Kommunen har inte behandlat Feelgood och bolaget lika under förfarandet. Kommunen har kontaktat och bjudit in Feelgood till förhandlingen. Bolaget har fått kontakta kommunen själv. Kommunen har hållit två möten med Feelgood, men enbart ett med bolaget.

Kommunen har i sin korrespondens med Feelgood avslöjat att den träffat bolaget och att bolaget därvid har sänkt en del timkostnader och presenterat ett fast kostnadsförslag för resor till kommunen oberoende av expertkompetens. Kommunen har därmed brutit den absoluta anbudssekretessen som följer av 19 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL. Att kommunen skrivit ut bolagets anbud i beslutet att avbryta tillsammans med det faktum att Feelgood under förhandlingen fått veta att bolaget sänkt en del timkostnader och presenterat ett fast kostnadsförslag för resor, medför att Feelgood kunnat bilda sig en uppfattning om bolaget ungefärliga prisnivåer. Bolaget har inte fått tillgång till motsvarande information om Feelgoods anbud. Genom att kommunen har brutit mot den absoluta anbudssekretessen har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen. Ett brott mot den absoluta anbudssekretessen är i sig en så allvarlig överträdelse av likabehandlingsprincipen att den sätter konkurrensen ur spel. Det är mycket möjligt att bolaget skulle kunna lämna andra priser om bolaget fått motsvarande information om Feelgood. Bolaget har därför lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av detta.

Kommunen anger att kommunen har haft rätt att gå vidare med förhandlingar enbart med Feelgood eftersom den parten lämnat lägst pris i sitt ursprungliga förhandlingsanbud. Denna argumentation bygger emellertid på att bolaget över huvud taget förstått att det lämnat ett förhandlingsanbud som en del i en formell förhandling vilket inte varit fallet. Kommunen hävdar att bolaget, till följd av sina priser, inte varit aktuellt för kontraktstildelning vid tiden för utlämnandet av informationen om bolagets anbud. Dock ska påpekas att kommunen höll ytterligare ett förhandlingsmöte med Feelgood efter det att Feelgood fått del av uppgifterna, vilket de inte hade med bolaget. Att endast avfärda bolagets anbud som dyrare vid en viss tidpunkt, trots att de två bolagen behandlats olika under förhandlingsfasen, låter sig inte göras.

Kommunen har agerat i strid med likabehandlingsprincipen eftersom bolaget och Feelgood har behandlats på fundamentalt olika sätt under förhandlingarna. Detta har inneburit att Feelgood fått en stor fördel vid utformningen av sitt anbud. Om bolaget hade fått samma information som Feelgood hade bolaget kunnat sänka sina priser ytterligare och haft större möjlighet att tilldelas det aktuella avtalet. Bolaget har därför lidit eller i var fall riskerat att lida skada. Genom att kommunen inte informerat om att denne valt att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering har dessutom brott mot transparensprincipen skett som inneburit skada för bolaget. Bolaget har betagits möjligheten att konkurrera med den leverantör som tilldelats kontraktet.

Kommunen

Kommunen anser inte att denna brutit mot någon bestämmelse i LOU. Previa har i vart fall inte lidit skada och kan heller inte komma att lida skada till följd av hur kommunen har genomfört upphandlingen.

Ett förhandlat förfarande utgör ett nytt förfarande varför avbrytandebeslutet utgör ett naturligt led i processen. Previas påstående att kommunen inte har bjudit in Previa till förhandling är felaktigt. Kommunen har bjudit in Previa till förhandling och Previa har även valt att delta. Previa har under förhandlingen bl.a. lämnat in reviderade priser. Kommunen har således berett Previa möjlighet att, i likhet med Feelgood, delta i upphandlingen och det har skett på ett sådant sätt att ingen av anbudsgivarna vare sig har gynnats eller missgynnats.

Previas påstående att kommunen agerat i strid med 2 kap. 9 § LOU på grund av att Previa tagit initiativet till mötet den 26 mars 2015 är felaktigt. Kommunen har informerat Previa om möjligheten att omförhandla sitt anbud under det ifrågavarande mötet och således, i enlighet med aktuell bestämmelses ordalydelse, bjudit in till förhandling. Previa har uppfattat och tagit vara på denna möjlighet. Den omständigheten att Previa var initiativtagare till själva mötet saknar betydelse eftersom kommunen stått för förhandlingsinbjudan. Att en myndighet tackar ja till en anbudsgivares mötesinbjudan och sedan under själva mötet inbjuder leverantören till förhandling måste anses var inom ramen för vad aktuell bestämmelse tillåter. Kommunen har därtill, till följd av att Previa inkommit med ett reviderat anbud saknat anledning att misstänka att Previa inte uppfattat aktuell inbjudan. Aktuell förhandlingsinbjudan till Previa har varit likartad den till Feelgood. Inbjudan har lämnats muntligt. Inbjudningsmomentet har under inga omständigheter resulterat i att Feelgood fått ett förhandlingsförsprång gentemot Previa.

Previas reviderade anbud ska ses i ljuset av att upphandlingen har genomförts inom ramen för ett öppet förfarande. Av likabehandlingsprincipen följer nämligen att inom ramen för ett öppet förfarande är det inte tillåtet för en anbudsgivare att ändra sitt anbud efter sista anbudsdagen. Att revidera sitt anbud efter sista anbudsdagen innebär således enligt huvudregeln

att ändringen är otillåten. Ett undantag från huvudregeln är om upphandlande myndighet övergår till förhandlat förfarande. Under sådana förhållanden är det tillåtet för en anbudsgivare, som har deltagit i det öppna förfarandet, att ändra sitt anbud. Den enda LOU-förenliga möjligheten som har funnits för Previa att ändra sitt anbud har således varit inom ramen för ett förhandlat förfarande. Det är därför rimligt och logiskt att kommunen har utgått från att Previa uppfattat kommunens förhandlingsinbjudan.

Efter att både Previa och Feelgood har kommit in med varsitt förhandlingsanbud den 30 mars 2015, till följd av de genomförda förhandlingarna, stod det klart att Feelgood hade lämnat det lägsta anbudspriset. Kommunen anser att det är tillåtet att låta den anbudsgivare som har lämnat det lägsta anbudspriset i sitt ursprungliga förhandlingsanbud att revidera sina priser ytterligare. I linje härmed valde kommunen att endast gå vidare med Feelgood i förhandlingsprocessen. Syftet var alltså inte att påverka vem som skulle få kontraktet eftersom detta redan var avgjort, utan enbart att sänka priset i det anbud som redan innehöll det lägsta anbudspriset.

Vad gäller Previas synpunkter avseende kommunens sekretesshantering av prisuppgifterna i Previas anbud vill kommunen klargöra att aktuella uppgifter inte har lämnats ut till någon annan än Previa själv. Det kan poängteras att de ifrågavarande uppgifterna i avbrytandebeslutet inte utgörs av specifika prisuppgifter utan enbart består av procentangivelser som relaterar till den kostnadsökning som Previas anbud innebär.

Informationsutlämning om en anbudsgivare är i sig inte tillräckligt för att det ska finnas giltig grund för ingripande. Det krävs även att den anbudsgivare som är föremål för informationsutlämnandet har lidit eller kan komma att lida skada till följd härav. I detta fall har Previa vid tiden för utlämnandet inte haft det lägsta anbudspriset. Istället stod det klart att Previa med hänsyn till prisnivån i sitt reviderade anbud hade ett högre pris än Feelgood

och därmed inte var aktuellt för kontraktstilldelning. Utlämnandet av uppgifterna har således inte påverkat Previas möjligheter att erhålla kontraktet utan enbart utgjort ett led i kommunens strävan att uppnå ett så bra avtal som möjligt med den anbudsgivare som redan hade lämnat det lägsta priset. Således är inte skaderekvisitet uppfyllt.

Previa har inte visat på vilket sätt bolaget lidit skada på grund av det aktuella förfarandet och kommunens agerande. Istället framgår det av ovanstående att bolaget har fått möjlighet att delta i förhandlingen och också gjort det samt att kommunen inte har missgynnat eller gynnat vare sig Previa eller Feelgood under processen. Det har inte framkommit någonting som ger stöd för att Previa lidit eller kunnat komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Med förhandlat förfarande avses enligt 2 kap. 9 § LOU ett förfarande där den upphandlande myndigheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

I 4 kap. 5 § LOU anges att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av bl.a. varor och tjänster om det vid öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår 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.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolen är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrättens prövning utgör således en kontroll av om det på grundval av vad bolaget har anfört finns skäl för ingripande enligt LOU.

Av utredningen i målet framgår att kommunen har haft för avsikt att bjuda in såväl Previa som Feelgood till förhandlat förfarande. Av utredningen framgår även att kommunen anser att detta är vad som har skett. Previa å sin sida hävdar att bolaget inte fått någon sådan inbjudan och att man aldrig förstått att man deltagit i ett förhandlat förfarande.

Efter tjänsteanteckningen den 20 februari 2015 om att inbjuda Previa och Feelgood till förhandling inbjöd kommunen Feelgood genom telefonkontakt. Detta bolag föreslog ett möte med kommunens representanter genom ett mejl den 23 februari. Mötet kom till stånd den 26 februari.

Av utredningen i målet framgår att Previa inte har fått någon inbjudan till förhandling i samband med den inbjudan som Feelgood fick mellan den 20 och 23 februari 2015. Enligt uppgift från kommunen skedde en sådan inbjudan först den 26 mars 2015. Kommunen påstår därvid att man bjöd in Previa muntligen vid ett möte. Previa anför å sin sida följande. Bolaget har

inte varit medvetet om att kommunen gått över till ett förhandlat förfarande eller fått en inbjudan att delta i förhandlingen som en del av ett förhandlat förfarande. Bolaget ansåg att diskussionerna som fördes vid mötet var informella och förutsättningslösa samtal om olika alternativ. Ingenstans i ”återkopplingen”(Previas mötesanteckningar), nämns att Previa anser sig ha omförhandlat sitt anbud eller ha deltagit i en förhandling.

Kommunens påstående att Previa har inbjudits till förhandlat förfarande vid mötet den 26 mars får inget stöd av utredningen i övrigt. Det finns exempelvis inte något av kommunen upprättat protokoll. Inte heller finns det någon annan dokumentation eller något annat som visar att Previa fått en inbjudan till förhandling. Med hänsyn härtill och då Previa bestrider kommunens uppgift kan den inte beaktas vid förvaltningsrättens bedömning. Kommunens handläggning av upphandlingen i förevarande hänseende strider därför enligt rättens mening mot likabehandlingsprincipen. Previa har riskerat att lida skada till följd av kommunens olika behandling av leverantörerna. Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 6 § första stycket LOU föreligger därför.

Domstolen kan enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU, oavsett hur yrkandet utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (jfr RÅ 2005 ref. 47). Med denna befogenhet får anses följa en skyldighet för den överprövande domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika alternativen (jfr RÅ 2008 not. 26). I förevarande situation anser förvaltningsrätten att det inte går att läka bristen i upphandlingen genom en rättelse. Det är därför nödvändigt att upphandlingen görs om. Previas ansökan ska således bifallas. Vid sådant förhållande finns det inte skäl att bedöma bolagets övriga grunder för sin ansökan.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1D LOU)

Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Sabina Karlsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.