



SÖKANDE

Normmaskiner AB, 556566-4660
Orrliden 50
931 96 Skellefteå

MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015-05-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om ersättning på 362 596 kr.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå kommun (kommunen) annonserade den 4 november 2014 om inköp av två lastmaskiner genom s.k. öppen upphandling. Efter anbudstidens utgång hade två anbud inkommit, varav Norrmaskiner AB (Norrmaskiner) var den ena anbudsgivaren. Efter prövning av de inkomna anbuden framgick att ingen av anbudsgivarna uppfyllde samtliga ställda skall-krav varpå kommunen övergick till förhandlad upphandling. I samband med detta framkom att anbudssekretessen röjts genom att personer som haft tillgång till information om upphandlingen förmedlat detta vidare till personer utanför upphandlingsgruppen. I detta skede valde kommunen att avbryta upphandlingen och att en ny upphandling skulle påbörjas omgående, vilket framgår av beslut meddelat den 3 februari 2015.

Norrmaskiner ansöker om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkar att kommunens beslut att avbryta upphandlingen upphävs samt att förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så sätt att upphandlingen fullgörs och att Norrmaskiner tilldelas anbudet. Vidare yrkas ersättning med 362 596 kr om anbudet inte tilldelas Norrmaskiner.

Kommunen motsätter sig att ansökan bifalls.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Norrmaskiner

Den aktuella upphandlingen kom ut den 4 november 2014 och Norrmaskiner lämnade anbud, svarade på ändring av upphandlingsförfarandet och godkände ändrade kontraktsvillkor i tid. Den 3 februari 2015 kom tilldelningsbesked varav det framgick att kommunen beslutat att avbryta upphandlingen för att anbudssekretessen brutits.

Efter tilldelningsbeslutet ringde den ansvarige upphandlaren till Norrmaskiners säljare och meddelade att Norrmaskiner inte fått upphandlingen på grund av att anbudssekretessen brutits. I samtal mellan Norrmaskiners försäljningschef och den ansvarige upphandlaren berättade den ansvarige upphandlaren att information om vem som hade vunnit anbudet läckt ut av en person som jobbar på Umeå kommun. På frågan om det var den andra anbudsgivaren som mottagit informationen och om det således var Norrmaskiner som vunnit upphandlingen svarade den ansvarige upphandlaren jakande.

Det är riktigt att inget skriftligt tilldelningsbeslut har tilldelats någon av anbudsgivarna men det har dock skett muntligen. Det spelar inte någon roll att en person på kommunen läckt information om det vinnande anbudet innan beslutet blev offentligt. Då beslutet redan fattats är det endast den vinnande parten som drabbas om information om upphandlingen läcker ut. Om anbudsförfarandet påbörjas på nytt gynnas den anbudsgivare som mottagit den läckta informationen eftersom denne då vet priset på det vinnande anbudet. Den anbudsgivare som mottagit informationen får en stor konkurrensfördel vilket innebär att Norrmaskiner inte behandlas på ett likvärdigt sätt enligt 1 kap. 9 § LOU om en ny upphandling påbörjas.

Det har inte framkommit hur anbudssekretessen har brutits och vilka paragrafer i Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, som kommunen hänvisar till. Därför är kommunens bestridande av Norrmaskiners yrkande innehållslöst. Kommunen använder sig av anbudssekretessen som ett sista försök att inte tilldela anbudet till Norrmaskiner och således komma runt den offentliga upphandlingen.

Kommunen har brutit mot LOU genom sitt agerande och ska tilldela Norrmaskiner anbudet. Om inte anbudet tilldelas Norrmaskiner kommer

företaget lida stor ekonomisk skada då företaget haft stora omkostnader i samband med upphandlingen och kalkylerat med en vinst om 9,5 % av bruttopriset per maskin, sammanlagt 362 596 kr.

Kommunen

Kommunen övergick till förhandlad upphandling då ingen av anbudsgivarna uppfyllt samtliga ställda skall-krav. Orsaken till detta var att de krav kommunen ställt var ställda på ett sådant vis att de inte gick att uppfylla vid anbudstillfället. Den åtgärd kommunen genomförde när man hade övergått till förhandlad upphandling var att de skall-krav som var ställda flyttades över till kontraktsvillkor istället, och därmed skulle uppfyllas vid leveranstillfället. Kommunen sände över kontraktsvillkoren för godkännande till anbudsgivarna som båda godkände de nya villkoren. Vid denna tidpunkt framkom det att anbudssekretessen hade röjts. Personer som haft tillgång till information om upphandlingen hade förmedlat detta vidare till personer utanför upphandlingsgruppen. Kommunen såg mycket allvarligt på det som skett då kommunen har strikta rutiner för att anbudssekretessen ska gälla fram till och med att tilldelningsbeslutet är taget.

Det har inte funnits något annat alternativ än att avbryta upphandlingen. Ett av huvudskälen till detta är att anbudssekretessen röjts. Utöver detta så har även förfrågningsunderlaget varit undermåligt såtillvida att de tekniska kraven varit felaktigt ställda utifrån att de vid första tillfället skulle vara uppfyllda vid anbudstillfället. Det kan ha varit en för väsentlig förändring för att övergången till förhandlad upphandling skulle vara tillåten. Vid det aktuella tillfället ansågs det ändå vara möjligt att fortsätta upphandlingen vid detta tillfälle.

Norrmaskiner AB har påstått att kommunen meddelat ett tilldelningsbeslut där de utsetts som vinnare i upphandlingen. Detta är ett felaktigt påstående som bestrids av kommunen. Kommunen har inte fattat något nytt tilldelningsbeslut där någon anbudsgivare utsetts som vinnare. Inte heller har Norrmaskiner muntligen utsetts som vinnare av upphandlingen. Det tilldelningsbeslut som offentliggjorts är att kommunen valt att avbryta upphandlingen och kommer att annonsera om en ny upphandling för sitt behov av lastmaskiner.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs (19 kap. 3 § första stycket OSL).

Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts (19 kap. 3 § andra stycket OSL).

Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en

leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LOU genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad (16 kap. 21 § LOU).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Skadeståndsyrkande

Norrmaskiner menar att de, som den vinnande parten, lidit ekonomisk skada genom att upphandlingen avbrutits och har yrkat ersättning med 362 596 kr om anbudet inte tilldelas dem. Yrkanden om skadestånd ska väckas vid allmän domstol och ankommer inte på förvaltningsrätten att pröva. Yrkandet om skadestånd ska därför avvisas.

Sakligt godtagbara skäl för avbrytande

En upphandlande enhet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling, men ett beslut att avbryta en upphandling måste dock följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (jfr C-92/00 HI och C-244/02 Kauppatalo Hansel). EU-domstolen har vidare uttalat att ett beslut om att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (C-27/98 Fracasso och Leitschutz punkt 23 och 25).

När den upphandlande myndigheten, på grund av fel som begåtts vid förhandsbedömningen, inser att anbudsunderlagets utformning medför att det inte är möjligt att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har myndigheten ansetts ha rätt att avbryta upphandlingen (jfr Kauppatalo Hansel). Utgångspunkten är härmed att en upphandlande enhet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och

när en inledd upphandling behöver avbrytas, även om en möjlighet att avbryta en upphandling är begränsad på ett sätt som redogjorts för ovan. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (jfr RÅ 2009 ref. 43).

Frågan i målet är om de av kommunen angivna skälen kan anses utgöra sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. I kommunens beslut har som skäl för avbrytandet angetts att upphandlingssekretessen har brutits. I förvaltningsrätten har kommunen även angett att man anser att det förelegat brister i förfrågningsunderlaget och att det eventuellt skett en för väsentlig förändring då man övergått till förhandlad upphandling för att övergången skulle vara tillåten.

Det är ostridigt i målet att en anställd hos Umeå kommun har lämnat sekretessbelagda uppgifter till åtminstone en person utanför upphandlingsgruppen och att upphandlingssekretessen i 19 kap. 3 § andra stycket OSL således har brutits. Något skaderekvisit finns inte i bestämmelsen och sekretessen är således absolut under anbudsförfarandet. Norrmaskiner har invänt att tilldelningsbeslut redan hade fattats innan upphandlingssekretessen bröts och att det därför saknar betydelse att uppgifter om upphandlingen kommit ut före beslutet blev offentligt.

De uppgifter som finns om att ett tilldelningsbeslut har meddelats muntligen är omstridda och det finns inget som visar att något tilldelningsbeslut fattats med Norrmaskiner som vinnande anbudsgivare. Eftersom det inte är visat att något tilldelningsbeslut fattats då upphandlingssekretessen bröts, finner förvaltningsrätten det troligt att sekretessbrottet skedde under pågående anbudsförfarande. Genom att upphandlingssekretessen bröts har det funnits risk för att upphandlingen inte skulle kunna slutföras i enlighet med den grundläggande upphandlingsrättsliga principen om likabehandling av leverantörer. Redan

med anledning härav måste sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen anses föreligga. Vid sådant förhållande, och då det inte heller framkommit att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna åsidosatts, ska Norrmaskiners ansökan avslås.

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


Lena Bergsdorf

Rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Anna Almqvist.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

