



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-05-06
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1959-11
Enhet 2

SÖKANDE

Betongsprutnings Aktiebolaget Besab, 556229-1582
Tagenevägen 7
422 59 Hisings Backa

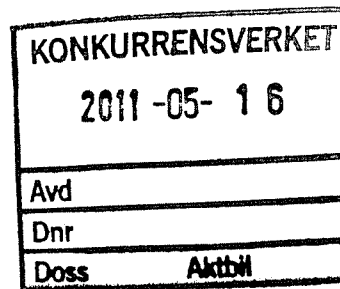
Ombud: Advokat Olof Hallberg
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Sjöfartsverket
601 78 Norrköping

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Betongsprutnings Aktiebolaget Besabs ansökan om att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara avtalet den 16 mars 2011 mellan Sjöfartsverket och Skanska Sverige AB.

Förvaltningsrätten erinrar om att det interimistiska beslutet den 29 mars 2011 i och med detta upphör att gälla.

Dok.Id 43424

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 10 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	--

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sjöfartsverket har genomfört upphandlingen ”Revision Trollhätte kanal 2011, dnr. 0307-10-02422”. Upphandlingen genomfördes som en urvals-upphandling. Enligt tilldelningsbeslut den 3 december 2010 avsåg Sjöfartsverket att teckna avtal med Skanska Sverige AB (Skanska). Betongsprutnings Aktiebolaget Besab (bolaget) ansökte om överprövning av upphandlingen den 10 december 2010 och yrkade i första hand att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse gjorts på så sätt att utvärderingen gjorts om och bolaget tilldelats kontrakt. I andra hand yrkades att upphandlingen skulle avbrytas och göras om.

Förvaltningsrätten beslutade den 13 december 2010 att Sjöfartsverket inte fick avsluta upphandlingen innan något annat beslutats.

Den 16 mars 2011 underrättade Sjöfartsverket förvaltningsrätten och bolaget om att upphandlingen avbrutits på grund av att anbudens giltighetstid hade löpt ut. Samma dag genomförde Sjöfartsverket en direktupphandling genom att teckna avtal med Skanska avseende ”Revision 2011 Trollhätte kanal”, 0307-10-02422.

Den 24 mars 2011 yrkade bolaget att Sjöfartsverkets beslut att avbryta upphandlingen skulle förklaras ogiltigt.

Samma dag har bolaget ansökt om överprövning av giltigheten av ingånget avtal den 16 mars 2011 och yrkat att detta ska förklaras ogiltigt. Bolaget har vidare yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att, till dess något annat har bestämts, det ingångna avtalet inte får fullgöras.

Förvaltningsrätten beslutade den 29 mars 2011 att avtalet den 16 mars 2011, "Revision 2011 Trollhätte kanal, 0307-10-02422", inte fick fullgöras innan förvaltningsrätten bestämt något annat. Samma dag överklagade Sjöfartsverket beslutet till Kammarrätten i Jönköping, som genom beslut den 26 april 2011 avslog överklagandet. Kammarrätten fann att Besabs talan inte kunde anses som uppenbart ogrundad och anförde bl.a. följande. Behovet av att förordna interimistiskt i mål av förevarande slag måste bedömas i ljuset av vilket syfte rättsmedlet överprövning av avtals giltighet har. Som framgått i redogörelsen av skälen i ändringsdirektivet har den nya ordningen skapats för att tillhandahålla ett effektivt rättsmedel som är proportionellt, men samtidigt avskräckande för att upprätthålla efterlevnaden av regelverket om offentlig upphandling. Rättsmedlet ska dessutom enligt skälen i direktiven vara effektivt, proportionellt och avskräckande i förhållande till en överträdelse, "otillåten direkttilldelning", som anses vara den allvarligaste mot gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling. En begäran om interimistiskt beslut av en sökande i mål av aktuellt slag bör i princip beviljas, om talan inte framstår som uppenbart ogrundad. Kammarrätten konstaterade vidare att de skäl som Sjöfartsverket anfört inte var av sådan tyngd att avtalets fullgörande inte kunde anstå förvaltningsrättens prövning.

Förvaltningsrätten beslutade den 4 april 2011, mål nr 9973-10, att avslå bolagets ansökan om överprövning av den ursprungliga urvalsupphandlingen med tilldelningsbeslut den 3 december 2010. Rätten fann att Sjöfartsverket haft saklig grund för att avbryta upphandlingen, då det inte längre fanns några giltiga anbud och beslutet inte kunde anses strida mot grundläggande gemenskapsrättsliga regler.

Sjöfartsverket bestrider bifall till bolagets ansökan om att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara avtalet den 16 mars 2011.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Bolaget anför till stöd för sin talan i huvudsak följande.

I syfte att skapa transparens och konkurrens är huvudregeln i LOU att alla inköp som offentliga myndigheter gör ska föregås av ett annonserat förfarande. Det finns dock undantag från denna annonseringsplikt, t.ex. om det föreligger synnerliga skäl. Enligt EU-domstolens rättspraxis ska alla undantag från skyldigheten att annonsera tolkas restriktivt. En otillåten direkttilldelning av kontrakt har av EU-domstolen betecknats som den allvarligaste överträdelsen av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå. – Samma dag som Sjöfartsverket meddelade att upphandlingen avbrutits tecknades avtal med Skanska utan att tilldelningen föregicks av ett annonserat förfarande. För att detta ska vara tillåtet måste ett undantag i LOU vara tillämpligt. Att synnerliga skäl, t.ex. synnerlig brådska, föreligger får dock aldrig vara orsakad av omständigheter som beror på, eller som kunnat förutses av, den upphandlande myndigheten. Att en upphandling kan komma att överprövas både en och två gånger kan svårligen hävdas vara en oförutsedd situation för en upphandlande myndighet. Generellt ska en upphandlande myndighet i sin planering av en upphandling i vart fall beakta tiden för överprövningsprocesser i såväl förvaltningsrätt som kammarrätt. Om det föreligger sådan brådska att en dom i förvaltningsrätten inte kan inväntas, trots att målet sedan en tid är färdigutrett och dom kan förväntas inom kort, är det uppenbart att Sjöfartsverket i ett för sent skede annonserat ut den upphandling i vilken bolaget lämnat anbud. Bolaget har även uppgifter om att upphandlingskontrakt som avser andra delar av arbetet i Trollhätte kanal, däribland konstruktion och tillverkning av nya slussportar i stål, upphandlats av Sjöfartsverket troligtvis redan under första halvåret 2010. De brådskande omständigheterna i förevarande fall är enbart hänförliga till Sjöfartsverkets egen bristande planering, vilket aldrig kan utgöra giltiga skäl för aktu-

ell direktupphandling. Att anbudens giltighetstid löpt ut under den pågående överprövningsprocessen i förvaltningsrätten har, mot bakgrund av Sjöfartsverkets agerande, ingen betydelse för ovanstående bedömning. Bolaget kan inte komma till någon annan slutsats än att Sjöfartsverket medvetet sett till att anbudet i upphandlingen löpt ut, trots att behovet är brådskande. Att Sjöfartsverket försatt sig i den uppkomna situationen får inte drabba bolaget, som av lätt insedda skäl lider eller i vart fall riskerar att lida skada om avtalet inte ogiltigförklaras enligt 16 kap. 15 § 1 st. 1 p. LOU.

Sjöfartsverket anför i huvudsak följande.

Sjöfartsverket äger och driver Trollhätte kanal som är en viktig transportled för Vänersjöfarten med trafik året runt. I egenskap av dammägare åläggs Sjöfartsverket även ett långtgående, i vissa fall strikt, ansvar enligt miljöbalken och lagen (2003:778) om skydd mot olyckor. Den aktuella upphandlingen är en del i det renoveringsarbete som ska utföras vid ett sedan länge planerat kanalstopp i augusti-september 2011. Renoveringsarbetet förutsätter torrläggning av slussarna, vilket kräver omfattande planering och information till sjöfarten som inte kan passera under den tid renoveringen pågår. Även berörda industrier har deltagit i planeringen, eftersom Trollhätte kanal är en nödvändig transportled för deras transporter. Hela projektet förutsätter mycket genomarbetade tidplaner och förberedelser med personal i ledande befattningar som ger möjlighet att starta med omkring 350 man samtidigt så snart kanalen är tömd. Den totala omsättningen per dag med alla aktörer inblandade motsvarar ett mycket stort infrastrukturprojekt. Hela projektet är planerat att utföras med skiftarbete. Upphandlingen inleddes i juli 2010. Annonser för prekvalificering publicerades den 8 juli och sista dag för att lämna in anbudsansökan var den 13 september. Två anbudsansökningar inkom och båda anbudsgivarna prekvalificerades. Den 5 oktober skickades anbudsinvitan till de båda prekvalificerade anbudsgivarna, Besab och Skanska. Anbudet inkom den 15 no-

vember 2010. En noggrann prövning och utvärdering gjordes av anbuden och Sjöfartsverket bedömde att Skanskas anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga med beaktande av de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Den 3 december 2010 skickades tilldelningsbeslut ut, i vilket Skanska tilldelades entreprenaden. – Av 26 kap. 19 § miljöbalken och förordningen (1998:901) om verksamhetsutövers egenkontroll följer att dammägare, eller den som annars är underhållsansvarig för en damm, ska ha ett system för egenkontroll av dammsäkerheten. Detta innebär att den som är underhållsskyldig för en dammbyggnad själv ska utarbeta och följa rutiner för egenkontroll av dammsäkerheten. I miljöbalken och förordningen om verksamhetsutövers egenkontroll betonas verksamhetsutövers skyldighet att planera, kontrollera, följa upp och ha grepp om verksamheten så att miljöbalken med tillhörande förordningar samt villkor i tillstånd följs. Egenkontrollen syftar till att främja miljöbalkens mål samt motverka och förebygga olägenheter för människors hälsa eller miljön. Lagen (2003:778) om skydd mot olyckor och förordningen (2003:789) om skydd mot olyckor syftar till att skydda människors liv och hälsa samt egendom och miljö mot olyckor. I fråga om dammar är den underhållsansvarige, d.v.s. i regel dammägaren, exempelvis strikt ansvarig för konsekvenserna av ett dammbrott. – Revisionen av Trollhätte kanal var från början planerad till 2009, men har av olika skäl fått skjutas upp två gånger. En ytterligare framflyttning riskerar att få allvarliga konsekvenser för säkerheten och driften i sluss- och dammanläggningarna i Trollhätte kanal. Befintliga kvarvarande fyra portpar från 1916 har stora svagheter och brister. Portarna är besiktigade av Vattenfall Power Consultant (VPC), som rekommenderade att de skulle bytas senast 2010. Ett haveri innebär i värsta fall ett okontrollerat vattenflöde om ca 350-400 kubikmeter/sekund. Ett sådant haveri, dammbrott, i Brinkebergskulle kan vid höga nivåer i Vänerne leda till fördömande konsekvenser i Trollhättan och hela Göta älvdalen. Dubbelbotten i samtliga slussar är besiktigade av VPC och har delvis mycket stora brister i bärande delar och infästningar. Bristerna är så stora att restriktioner för

tappning gäller. Risken för haveri med mycket långvarigt trafikstopp är mycket stor. Ett mindre haveri inträffade i augusti 2010, som åtgärdades akut vid ett kort stopp i trafiken. Vid bottenhaveri är risken dessutom stor att delar från dubbelbottnarna följer med vattnet in i tappningstunnlarna och förorsakar haveri även i tappluckorna. I farleden från år 1800 finns en betongdamm som byggdes i mitten av 1920-talet. Betongen har utsatts för frostsprängningar och har mycket nedsatt bärförmåga. Försök har gjorts att reparera dammen. Inläckaget i murverk uppströms dammen har dock varit så stort trots omfattande jordinjekteringar att arbetena avbrutits på grund av risk för ras. Ett haveri innebär en snabb sänkning av vattennivån i Åkersjö och sjötrafiken stoppas. Tillfällig avstängning med hjälp av bergfyllning kan utföras. Permanent åtgärd med ny betongdamm är planerad att utföras under revisionen. Intagsschakten för sluss 2 har lösa bergblock som ska bultas. Åtgärden kräver omfattande ställningsbyggnation och kan inte införas under trafik. Avstängningssätten i Karls Grav, Fridhemssätten, går på "övertid". Landfästena är mycket urlakade och har en begränsad bärförmåga. Arbeten med nya infästningar pågår för att klara en ytterligare sättnings under revisionen. Ny avstängning planeras nedströms. Bottentröskel måste göras under ett längre trafikstopp. Arbetena är planerade till revisionen. Fridhemssätten är inte brukbar i dagsläget, vilket inte är acceptabelt eftersom den ingår i beredskapen för dammsäkerheten för dammarna i Brinkebergskulle. Betongbjälklag i övre delen av sluss 2 är urlakat och med frilagd överkantsarmering över hela ytan. Detta innebär en mycket nedsatt bärförmåga med stor risk för haveri och trafikstopp. Åtgärd med rivning av det gamla valvet och gjutning av nytt samt åtgärder för tätning är planerad till revisionen. Den urlakning som nu pågår i ytterligare 10 år påverkar bärförmågan för tröskeln och hela "kryptan" under slussen. Ett eventuellt haveri här skulle stänga kanalen i åtta till tio månader. – Till stöd för det ovan anförda åberopar Sjöfartsverket tre rapporter och ett beslut av länsstyrelsen. – Sjöfartsverket beslutade att direktupphandla och teckna avtal med Skanska på grundval av synnerliga skäl. Den aktuella revisionen utgör ett

tvingande allmänintresse enligt 16 kap. 16 § LOU. Sjöfartsverket har i så god tid, som varit praktiskt möjligt, påbörjat den aktuella upphandlingen för att säkerställa att revisionen kunde genomföras som planerat. Upphandlingen kunde inte ha påbörjats tidigare, eftersom det inte är acceptabelt att begära att anbudsgivare ska vara bundna av sina anbud under ännu längre tid än som nu varit fallet. Sjöfartsverket har inte kunnat påverka, förutse eller råda över den uppkomna situationen. Sjöfartsverket har vid upprepade tillfällen, såväl skriftligt som muntligt, vädjat till förvaltningsrätten om skyndsam handläggning av detta mycket tidskritiska ärende. Om Sjöfartsverket hade fått en dom i nära anslutning till när ärendet var färdigkommunicerat hade möjlighet funnits att göra en förnyad upphandling. Sjöfartsverket har således trots minutiös planering försatts i en situation där en direktupphandling varit den enda möjliga lösningen för att uppfylla Sjöfartsverkets ansvar för Trollhätte kanal. Enligt Sjöfartsverkets bedömning är kostnaderna för ett eventuellt skadestånd och en eventuell upphandlings-skadeavgift betydligt mindre än kostnaderna för och konsekvenserna av ett dammbrott samt ett stopp i Vänersjöfarten. Ett dammbrott skulle medföra fara för allmän säkerhet samt riskera människors liv och hälsa. De ekonomiska konsekvenserna skulle bli betydande. Att Sjöfartsverket valde att teckna kontrakt med Skanska beror på att Sjöfartsverket vidhåller att Skanska visat att de på bästa sätt kan utföra uppdraget.

Bolaget har tillagt i huvudsak följande.

Bolaget ifrågasätter inte de uppgifter som Sjöfartsverket anfört beträffande sitt ansvar som dammägare samt de rapporter och beslut som verket åberopat. – Sjöfartsverket har anfört att revisionen av Trollhätte kanal är ett sedan länge planerat kanalstopp som kräver omfattande planering. Vidare framgår att revisionen från början var planerad till 2009, men av olika skäl fick skjutas upp två gånger. Det kan därför med fog ifrågasättas varför Sjöfartsverket inte påbörjade den avbrutna upphandlingen tidigare för att und-

vika att hamna i den uppkomna tidskritiska situationen. Att den avbrutna upphandlingen inte påbörjades tidigare är särskilt anmärkningsvärt med hänsyn till att Sjöfartsverket redan 2009 var medveten om det akuta behovet, och sedan länge planerat för kanalstoppet 2011. De anbud som lämnades i den avbrutna upphandlingen inkom till Sjöfartsverket den 15 november 2010. Det är först från denna tid som anbudsgivarna varit bundna av sina anbud. Hur lång tid den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget ska begära att anbudsgivarna ska vara bundna av sina anbud beror främst på den tid den upphandlande myndigheten behöver för att utvärdera anbuden samt viss tid därefter. Då det finns möjlighet till förlängning av anbudens giltighetstid är det i sig inte nödvändigt att fullt ut beakta den tid en eventuell överprövningsprocess kan ta i anspråk när lämplig bindningstid begärs i förfrågningsunderlaget. Uppenbarligen ansåg Sjöfartsverket att en lämplig ursprunglig bindningstid var två månader, vilket måste anses vara väl kort tilltaget. Anbuden i den avbrutna upphandlingen förlängdes sedan vid två tillfällen med en månad vardera. I sammanhanget är det viktigt att tydligt särskilja den tid som anbudsgivarna måste vara bundna av sitt anbud, och den tid då den upphandlande myndigheten senast bör inleda ett upphandlingsförfarande för att anses ha påbörjat detta i god tid. Förevarande fall inleddes med prekvalificering i juli 2010. Anbud i upphandlingen lämnades dock först den 15 november 2010. Vid tiden för avbrytandet hade det således endast förflutit fyra månader sedan anbudsgivarna lämnade sina anbud i upphandlingen, vilket inte är en orimligt lång tid. Samtliga anbudsgivare i upphandlingen är erfarna aktörer på marknaden som varit involverade i ett flertal upphandlingar på området, och är följaktligen väl medvetna om att upphandlingsprocesser kan dra ut på tiden redan innan man beslutar att sätta av resurser för att lämna ett anbud. Även om den tid som anbudsgivarna varit bundna av sitt anbud i den avbrutna upphandlingen skulle anses vara på gränsen till orimligt lång, hade denna inte påverkats nämnvärt om upphandlingsförfarandet inletts tidigare. – Av förvaltningsrättens dom i mål nr 9973-10 framgår att Sjöfartsverket i yttrande till rätten

anfört att de varit i kontakt med Skanska som meddelat att ytterligare förlängning inte kunde påräknas efter den 15 mars 2011. En kvalificerad gissning är att de ansåg att arbetet var tvunget att inledas mycket snart för att kunna stå fast vid sitt anbud. Att så är fallet synes även framgå av det avtal som tecknats mellan Skanska och Sjöfartsverket, i vilket Skanska har åtagit sig att leverera en "Detaljerad samordnad produktionsplan" redan den 30 april 2011. Skälet till varför Skanska inte avsåg att förlänga sitt anbud torde således inte vara att de ansåg sig ha varit bundna av anbudet för lång tid, utan att det inledande arbetet började bli akut tidskritiskt. Denna tidsbrist beror enbart på att den avbrutna upphandlingen påbörjades för sent på grund av bristande planering från Sjöfartsverkets sida. – Det är uppenbart att Sjöfartsverket medvetet lät anbuden i upphandlingen förfalla, trots att det är oerhört brådskande att arbetet utförs och trots att bolaget tydligt visat att de var beredda att stå fast vid sitt anbud genom att den 4 mars 2011 uppvakta Sjöfartsverket med en förfrågan om att förlänga anbudets giltighetstid. Att en process i förvaltningsrätten tar några månader är normalt, vilket var möjligt för Sjöfartsverket att förutse och planera utifrån. Sjöfartsverket har haft alla möjligheter att påverka och råda över den uppkomna situationen, dels genom att inleda upphandlingsförfarandet i så god tid att det funnits tid för en normal överprövningsprocess, dels genom att begära förlängning av anbuden innan de gick ut den 15 mars 2011.

Sjöfartsverket har endast åberopat synnerliga skäl, utan att redogöra för vilka dessa synnerliga skäl är, även om det lätt kan förstås att dessa synnerliga skäl består i att arbetet måste inledas snarast. – Direktupphandlingar är enligt 15 kap. 3 § LOU endast tillåtna vid tre särskilt angivna tillfällen. Uttrycket synnerliga skäl överlappar vad som anges om synnerlig brådskande i bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Vad som i rättspraxis, förarbeten och doktrin anförs avseende synnerlig brådskande vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering är således tillämpligt även i förevarande fall. – I prop. 2009/10:180, som i sin tur

hänvisar till prop. 2001/02:142 s. 99, anges följande beträffande möjligheten att direktupphandla med hänvisning till synnerliga skäl: "Regeln är som tidigare avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling." Vidare anges i direktiv 2004/18/EG art. 31(c) ytterligare en förutsättning för undantaget att direktupphandla vid synnerlig brådska: "De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten". – Att en upphandlande myndighet råkar i tidsnöd på grund av att en upphandling överprövas får inte åberopas som giltigt skäl att direktupphandla ett kontrakt, vilket framgår av tydlig rättspraxis, bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 juni 2010 i mål nr 1501-10 och Kammarrätten i Stockholms dom den 15 september 2010 i mål nr 2431-10. Kammarrätten fann att den uppkomna brådskan i respektive fall fick tillskrivas den upphandlande myndighetens bristande planering, varför direktupphandling inte var tillämplig. I kammarrättens mål nr 1501-10 uttalade rätten bl.a. följande. "Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att förekomsten av en eventuell överprövningsprocess är en omständighet som en upphandlande myndighet måste räkna med och i vart fall ta viss hänsyn till vid planering av en upphandling. Kammarrätten finner att uppkommen tidsnöd i aktuellt fall får tillskrivas bristande planering från upphandlande myndighets sida." – Om Sjöfartsverket hade begärt förlängning av anbuden, hade i vart fall bolaget accepterat en sådan, vilket innebär att den ursprungliga upphandlingen hade kunnat avslutas. – Sjöfartsverket hade vid en objektiv utvärdering funnit att bolagets anbud var det för Sjöfartsverket ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Mot denna bakgrund, och det faktum att Sjöfartsverkets otillåtna direktupphandling frångit bolaget möjligheten att konkurrera om aktuellt kontrakt, är det uppenbart att bolaget lider eller i vart fall riskerar att lida skada om inte det ingångna avtalet mellan Sjöfartsverket och Skanska ogiltigförklaras. – Att revisionen av Trollhätte kanal är ett

tvingande allmänintresse har endast betydelse för bedömningen av om avtalet ska få bestå, trots att förutsättningarna för en ogiltighetsförklaring föreligger i enlighet med 16 kap. 16 § LOU. Vad Sjöfartsverket anfört beträffande sitt ansvar har endast betydelse för denna bedömning. – Bolaget åberopar vidare prop. 2009/10:180 s. 139 där följande anges. "Det ankommer på de allmänna förvaltningsdomstolarna att, utifrån de särskilda omständigheterna i ett enskilt mål om överprövning av ett avtals giltighet, tolka begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse och bedöma om förutsättningarna för att låta avtalet bestå är uppfyllda". – 16 kap. 16 § LOU ska dock tillämpas restriktivt och endast under exceptionella omständigheter. Sjöfartsverket har bevisbördan för att en sådan undantagssituation föreligger.

Sjöfartsverket har därefter tillagt bl.a. följande.

Sjöfartsverkets synnerliga skäl för en direktupphandling är nära förenade med det tvingande allmänintresset. – Vid planering av kanalstoppet har Sjöfartsverket att beakta såväl verkets ansvar som synpunkter från berörda parter såsom rederier, industrier, Trafikverket och kommuner. Som ett exempel kommer ett flertal broar över kanalen att renoveras under kanalstoppet, vilket Vänersborgs kommun/Trafikverket redan har upphandlat och planerat för. Vidare kommer berörda industrier, som inte kan hålla full verksamhet igång på grund av bristen på sjötransporter, att under kanalstoppet genomföra planerat underhåll. Sjöfartsverket har också upphandlat och tecknat kontrakt avseende andra delar av arbetena som ska genomföras under kanalstoppet, exempelvis slussportarna. Planeringen inför ett kanalstopp innehåller en mängd faktorer som Sjöfartsverket inte har kontroll över, vilket utgör en del av bakgrunden till att kanalstopp inte kunde genomföras 2009 eller 2010. I samband med att revisionen inte utfördes 2009 gjordes även en bedömning att en framflyttning skulle kunna genomföras under förutsättning att restriktioner infördes i kanal och slussar samt

med ökad kontroll av konstaterade svagheter i konstruktionerna. Vid en kontroll i augusti-september 2010 med torrläggning av vissa delar av slussanläggningarna konstaterades att skadorna förvärrats trots restriktionerna. Vissa akuta åtgärder utfördes omedelbart för att säkra anläggningen, men besiktningen blev ett kvitto på nödvändigheten av att senast under 2011 utföra åtgärder ur både drifts- och säkerhetssynpunkt. Sjöfartsverket står nu inför situationen att revisionen måste genomföras som planerat under 2011. Konsekvenserna av ett haveri skulle med största sannolikhet bli stora, varför Sjöfartsverket som ansvarig för anläggningen måste ta riskerna på största allvar. Samtliga berörda parter är införstådda med detta. Genom väl genomarbetade förberedelser med berörda och information har Sjöfartsverket skapat förutsättningar för genomförandet av revisionen med minsta möjliga hinder och kostnader för sjöfarten, industrier, kommuner och andra som berörs av kanalstoppet. – Bolaget har pekat på ett avgörande faktum som visar att Sjöfartsverket inte kunde ha påbörjat upphandlingen tidigare, nämligen att Skanska inte kunde förlänga anbudet eftersom Skanska bedömde att arbetet var tvunget att inledas mycket snart. Skanska är den enda av anbudsgivarna som haft skäl att planera för att verkligen utföra arbetet mot bakgrund av att bolaget inte haft skäl att räkna med att tilldelas kontraktet. Detta, tillsammans med beskrivningen ovan av kanalstoppets omfattning och komplexitet, visar att Sjöfartsverket inte kunde ha påbörjat den aktuella upphandlingen tidigare. – Sjöfartsverket har inte brutit mot det interimistiska beslutet då beslutet att avbryta upphandlingen och sedan direktupphandla ett kontrakt bygger på olika grund.

Lagtext m.m.

Reglerna om överprövning av ett avtals giltighet återfinns i 16 kap. 15 § LOU. Enligt första stycket första punkten i paragrafen ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 §.

I 16 kap. 16 § LOU finns en regel om undantag från 16 kap. 15 § LOU. Enligt denna ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 15 § är uppfyllda, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Av 15 kap. 3 § första stycket LOU framgår att upphandlingar som inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv 2004/18/EG ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande (vilka beskrivs i 15 kap. 4 § LOU). I andra stycket samma lagrum anges att direktupphandling dock får användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärdet som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 – vilken är den enda av de i 4 kap. nyss nämnda bestämmelserna som har någon relevans i förevarande mål – får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Motsvarande bestämmelse finns i artikel 31.1 (c) i direktiv 2004/18/EG.

I artikel 31.1 (c) i direktiv 2004/18/EG anges som ytterligare förutsättning för denna undantagsbestämmelse att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte i något fall får tillskrivas den upphandlande myndigheten. Lagstiftaren har anfört (prop. 2006/07:128 s. 327) att sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten inte torde vara omöjliga att förutse för myndigheten. Detta behöver därför inte särskilt anges och har därför inte tagits in i lagtexten. Någon skillnad i sak är således inte avsedd.

Av förarbetena till 15 kap. 3 § LOU (prop. 2009/10:180 s. 344) framgår bl.a. följande beträffande vad som avses med synnerliga skäl för direktupphandling. Uttrycket synnerliga skäl överlappar naturligtvis vad som anges om synnerlig brådska i de ovan relaterade bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I uttrycket synnerliga skäl ligger dock inte enbart synnerlig brådska. Detta klargjordes i samband med att motsvarande bestämmelse i 6 kap. 2 § andra stycket ÄLOU ändrades på så sätt att uttrycket "synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten" ersattes av enbart "synnerliga skäl". I propositionen (prop. 2001/02:142 s. 99) angavs följande beträffande den ändrade be-

stämelsen. "Regeln är som tidigare avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Extra förmånliga köp vid t.ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlande enheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Det är således den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling."

Reglerna om överprövning av avtals giltighet, som trädde i kraft den 15 juli 2010 (SFS 2010:571), infördes genom ändringar i LOU som ett led i genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet). Av skäl 13 till direktivet framgår att effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner bör föreskrivas för att "bekämpa otillåten direkttilldelning, som av EG-domstolen har betecknats som den allvarligaste överträdelsen av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet kan begå". Det sägs vidare i skälet att ett avtal som ingåtts till följd av en otillåten direkttilldelning i princip ska anses vara ogiltigt, men att ogiltigheten inte ska inträda per automatik utan konstateras genom prövning av det nationella oberoende prövningsorganet.

I skäl 22 i ändringsdirektivet berörs begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Det sägs bl.a. att medlemsstaterna får, för att säkerställa att de sanktioner som tillämpas är proportionella, ge det behöriga prövningsorganet möjlighet att inte ifrågasätta avtalet, om exceptionella omständigheter i det aktuella fallet gör det nödvändigt att respektera vissa tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Vidare anförs att det oberoende prövningsorganet bör undersöka alla relevanta omständigheter för att fastställa om tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att verkningarna av avtalet bör upprätthållas.

I förarbetena till ändringarna anför regeringen (prop. 2009/10:180 s. 139) bl.a. följande. Begreppet tvingande hänsyn på grund av allmänintresse har utvecklats i EU-domstolens praxis. Eftersom det utgör ett skäl för undantag från den fria rörligheten tolkar EU-domstolen begreppet restriktivt. Som exempel på tvingande hänsyn till allmänintresse anges t.ex. allmän ordning, allmän säkerhet och skydd för människors liv och hälsa. – Bestämmelsen om undantag på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset ska tillämpas restriktivt. Det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Det ligger i sakens natur att den upphandlande myndigheten som åberopar en sådan situation också har bevisbördan

för detta. Det ankommer på de allmänna förvaltningsdomstolarna att, utifrån de särskilda omständigheterna i ett enskilt mål om överprövning av ett avtals giltighet, tolka begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse och bedöma om förutsättningarna för att avtalet ska bestå är uppfyllda.

I Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 november 2010, mål nr 784-10, fann rätten att upphandlande myndighet gjort en otillåten direktupphandling av skolskjuts och uttalade bl.a. följande. Att upphandlingar av aktuellt slag och omfattning kan komma att överklagas utgör generellt sett en omständighet som kan förutses av upphandlande myndighet. Upphandlande myndighet måste därför vid sin planering ta i beaktande den tidsutdräkt som en överprövning av upphandlingen kan medföra. Rätten ansåg att den synnerliga brådska som kommunen åberopat berodde på kommunens egen bristande planering och var förutsägbar av kommunen. Rätten fann vidare att elevernas rätt till skolskjuts inte kunde anses utgöra ett sådant skyddsvärt intresse som kunde föranleda undantag från upphandlingsreglerna. – I målet inhämtade rätten yttrande från Konkurrensverket som anförde bl.a. följande (under punkten 39-40). ”Kammarrätterna har ansett att sex veckor för en överprövningsprocess är för kort i detta hänseende, men att en så lång tid som tio månader inte behövt avsättas i ett fall. Med hänsyn tagen till att ungefär 20 procent av förvaltningsrättens avgöranden överklagas till kammarrätterna bör i vart fall den tid en tvåinstansprövning kan förväntas ta tas med i beräkningen. Bedömningen av vad som i varje enskild upphandling kan anses vara en rimlig framförhållning bör ske med beaktande av den aktuella upphandlingens art, omfattning och komplexitet.”

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Frågan i målet gäller huruvida Sjöfartsverket genomfört en otillåten direktupphandling genom att teckna avtal med Skanska den 16 mars 2011 och, om så är fallet, om det ingångna avtalet ändå ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Bolaget har gjort gällande att Sjöfartsverket gjort en otillåten direktupphandling då verket ingått avtal med Skanska utan föregående annonsering av upphandlingen och tecknat avtal i strid med det interimistiska beslutet i den avbrutna upphandlingen. Enligt bolaget har synnerliga skäl inte förelagat, då uppkommen brådska berott på Sjöfartsverkets egen bristande planering av den avbrutna upphandlingen.

Sjöfartsverket hävdar att det förelegat synnerliga skäl för att genomföra aktuell direktupphandling bl.a. då myndigheten, ”trots minutiös planering”, försatts i en situation där en direktupphandling varit den enda möjliga lösningen för att uppfylla Sjöfartsverkets ansvar för Trollhätte kanal. Upphandlingen kunde ha gjorts om, förutsatt att förvaltningsrätten meddelat dom i nära anslutning till när ärendet var färdigkommunicerat. Verket startade den avbrutna upphandlingen i så god tid som var praktiskt möjligt.

Begreppet synnerliga skäl avser främst oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat påverka. Upphandlande myndighet har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger. Brådska som beror på bristande planering av den upphandlande myndigheten utgör inte skäl för direktupphandling.

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att det är svårt att beräkna tiden för en eventuell överprövningsprocess i domstol. En upphandlande myndighet bör dock beakta tiden för överprövningsprocesser i två instanser (jfr bl.a. Konkurrensverkets uttalande i Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 november 2010, mål nr 784-10 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 juni 2010 i mål nr 1501-10). Av utredningen framgår att sista dag för att lämna anbud i den avbrutna upphandlingen var den 15 november 2010. Tilldelningsbeslut meddelades den 3 december 2010. Sjöfartsverket avbröt upphandlingen den 16 mars 2011 och genomförde en direktupphandling. Sjöfartsverket har uppgett att den aktuella revisionen av Trollhätte kanal från början var planerad till 2009, men att den sedan fick skjutas upp två gånger. Verket har vidare redogjort för att revisionen är omfattande och komplex samt berör flera olika parter såsom t.ex. rederier och industrier.

Mot bakgrund av den tidsplan som Sjöfartsverket tycks ha arbetat efter samt revisionens komplexitet, finner förvaltningsrätten att den brådska som

uppkommit till stor del beror på bristande planering av Sjöfartsverket. Det borde inte ha varit omöjligt för Sjöfartsverket att förutse att verket skulle kunna komma att hamna i sådan tidsnöd som nu uppstått. Rätten finner att de skäl som Sjöfartsverket åberopat inte är tillräckliga för att anses utgöra synnerliga skäl för direktupphandling i LOU:s mening. Den aktuella upphandlingen borde därför inte ha skett genom direktupphandling. Mot denna bakgrund finns grund för att besluta att det ingångna avtalet mellan Sjöfartsverket och Skanska den 16 mars 2011 ska förklaras ogiltigt.

Vid sådant förhållande saknas anledning att pröva den av bolaget åberopade grunden att föreliggande upphandlingskontrakt skulle vara ogiltigt av den anledningen att det skulle stå i strid med det interimistiska beslutet i den avbrutna upphandlingen att teckna ett nytt avtal av förevarande slag.

Sjöfartsverket har, för det fall rätten skulle finna att direktupphandlingen är otillåten, hävdad att avtalet likväl måste bestå av den anledningen att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten enligt 16 kap. 16 § LOU besluta att avtalet får bestå, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Upphandlande myndighet har bevisbördan för att en sådan undantags-situation föreligger.

I förevarande fall har Sjöfartsverket lämnat en utförlig redogörelse för de säkerhetsrisker som föreligger och de trafikstopp som kan inträffa om aktuell revision inte kan genomföras som planerat. Redogörelsen styrks av besiktningsrapporter och beslut av länsstyrelsen. Med hänsyn till den uppenbara risken för allmän säkerhet och skydd för människors liv och hälsa, finner förvaltningsrätten att det är av stor vikt att aktuell revision genom-

förs under utsatt tid. Det ingångna avtalet mellan Sjöfartsverket och Skanska den 16 mars 2011 får därför bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset. Till följd härav ska bolagets ansökan avslås.

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

Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Martina Thorn.



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. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.