



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

Ulf Nordberg

DOM
2014-07-29
Meddelad i
Jönköping

FÖR KÄNNEDOM

Mål nr
2186-14

Sida 1 (10)

KONKURRENSVERKET	
2014 -07- 3 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Borås Yrkeskläder AB, 556818-6216
Box 22005
504 11 Borås

Ombud: Advokat Anders Nilsson och Lovisa Molander
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Borås Stad
501 80 Borås

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Borås Stad genomförde tillsammans med andra kommuner en upphandling, öppet förfarande, benämnd Arbetskläder och Arbetsskor (dnr 2011/IN0023). Förfrågningsunderlaget är daterat den 21 maj 2012 och sista anbudsdag var den 2 juli 2012. Upphandlingen var uppdelad i följande arbetsområden:

1. Arbetskläder till kök och städ
2. Bygg-, underhåll- och varselkläder
3. Arbetskläder för elarbete
4. Arbetsskor till kök och städ
5. Arbetsskor till Bygg m.m.

Dok.Id 137530

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Enligt förfrågningsunderlaget var avsikten att teckna avtal med beräknad avtalsstart den 31 augusti 2012. Avtalsperioden skulle vara 24 månader med möjlighet till förlängning i maximalt 24 månader. För anbudsområden 1 och 4 antogs leverantörer och kontrakt tecknades. Anbudsområdena 2, 3 och 5 blev föremål för överprövningsprocess som inleddes genom ansökan om överprövning från Borås Yrkeskläder AB (bolaget) den 30 november 2012.

Vad gäller anbudsområde 1, arbetskläder till kök och städ, har kontrakt tecknats med Skene Järn AB (Skene Järn). Enligt fakturor som getts in av bolaget har köp gjorts från Skene järn som inte omfattas av upphandlat sortiment enligt tecknat ramavtal. Med undantag för två köp om sammanlagt 5 268 kr avser köpen artiklar som Borås Stad haft för avsikt att upphandla inom anbudsområde 2, bygg-, underhåll- och varselkläder. För detta anbudsområde avslutades överprövningsprocessen genom Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 februari 2014 i mål nr 1867-13. Därutöver kan konstateras att förvaltningsrätten avseende anbudsområde 5, arbetsskor till bygg m.m., dels genom dom den 13 juni 2013 i mål nr 6116-12 beslutat att upphandlingen avseende anbudsområde 5 ska rättas på så sätt att den får avslutas först sedan Borås Stad m.fl., genomfört en ny anbudsutvärdering, dels genom dom den 24 februari 2014 i mål nr 5133-13 beslutat att upphandlingen avseende anbudsområde 5 ska göras om.

Förvaltningsrätten har genom beslut i detta mål den 2 maj 2014 avslagit bolagets yrkande om interimistiskt beslut.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara avtalet mellan Borås Stad och Skene Järn som omfattar inköp av produkter som inte omfattas av ramavtal och som framgår av ingivna fakturor.

Borås Stad anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Ansökan om överprövning avser de avrop som gjorts av Borås Stad från Skene Järn avseende produkter som inte omfattas av det upphandlade ramavtalet. Enligt LOU får ett avtal inte delas upp i syfte att kringgå lagens bestämmelser. De avrop som gjorts utanför ramavtalet ska därför anses vara ett enda avtal. Detta kallas fortsättningsvis avtalet.

Det har inte funnits laglig grund för att genomföra upphandlingen utan en föregående annonsering. Då Borås Stad inte haft skäl att direktupphandla ska avtalet ogiltigförklaras. Att inköpen påstås ha varit ”mycket bråds-kande” p.g.a. den pågående överprövningsprocessen räcker inte för att det ska ha varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Det är inte heller tillräckligt att hänvisa till skyldigheter enligt annan lagstiftning för att motivera direktupphandling i avvaktan på att en ordinär upphandling kan slutföras. Därutöver kan konstateras att varselkläder normalt används inom särskilda yrkeskategorier; särskilt väg- och byggnadsarbetare då de kan ha särskilt utsatta arbetsutgifter som fordrar särskild synbarhet. Förskolepersonal utgör inte en av de yrkeskategorier som behöver använda varselkläder. Borås Stad har trots det direktupphandlat just varseljacka och ordinär regnbyxa till förskolepersonalen. Detta är särskilt anmärkningsvärt då det varit fullt möjligt att avropa allvädersjackor och regnbyxor från det upphandlade ramavtalet avseende anbudsområde 1. Det finns även skäl att ifrågasätta vilka s.k. farliga situationer Borås Stads förskolepersonal kan tänkas utsättas för. Därutöver har det inte varit nödvändigt att direktupphandla regnplagg åt förskolepersonal. Inte heller i övrigt har det funnits synnerliga skäl att direktupphandla.

Av förfrågningsunderlaget för anbudsområde 2 i den genomförda upphandlingen framgår att det är Borås Stad som genomfört den aktuella upphandlingen. Vidare har Borås Stad angivit bl.a. följande på sin hemsida:

Borås Stad Upphandling svarar för samordnad upphandling av varor och tjänster för kommunen. Vi är en servicefunktion för Borås Stads förvaltningar, bolag och externa kunder. Till de externa kunderna räknas fyra andra kommuner samt Räddningstjänsten och Sjuhärads kommunalförbund.

Det är alltså inte fråga om olika inköpsfunktioner för de olika påstådda upphandlande myndigheterna. Det finns heller ingenting i övrigt som talar för att de olika nämnderna inom staden skulle anses utgöra separata upphandlande myndigheter på så sätt att inköp därmed skulle kunna delas upp mellan olika nämnder. Om sådan uppdelning godtogs skulle Borås Stad kunna kringgå upphandlingsreglerna.

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att enskilda nämnder inom Borås Stad utgör separata upphandlande myndigheter kan konstateras att värdet av direktupphandlingen enbart för Borås Stad väster överstiger direktupphandlingsgränsen. Vad gäller Borås Stad norr kan konstateras att det under två månader (november och december) direktupphandlats produkter till ett värde av ca 96 000 kr. Det finns därför skäl att utgå från att Borås Stad norrs inköp hade passerat den tillåtna gränsen för direktupphandling inom loppet av ett år, särskilt med tanke på att förvaltningsrätten inte meddelat något interimistiskt beslut i detta mål.

Borås Stad

Kommunens verksamheter har haft ett behov av yrkeskläder som inte kunnat tillgodoses på annat sätt under den pågående överprövningsprocessen. Det har inte funnits anledning för kommunen att räkna med en så utdragen överprövningsprocess som nu blev fallet. Den utdragna överprövningspro-

cessen beror inte heller på något förhållande som kommunen kan lastas för. De köp som omfattas av bolagets ansökan genomfördes under perioden november–december 2013 då överprövningsprocessen pågick i mellan elva och tolv månader. Därvid bör beaktas att en upphandling av yrkeskläder normalt är av mindre komplicerad art. I enlighet med vad som kunde förväntas när upphandlingen planerades prövades inte några frågor av särskilt stor svårighetsgrad i den pågående överprövningsprocessen. Detta beror på upphandlingsföremålets relativt ringa komplexitet. Handläggningstiden i förvaltningsrätt och kammarrätt har väsentligt överstigit den normala tiden för en prövning i två instanser av mål enligt LOU. Kommunen har därför hamnat i tidsnöd och den brådska som uppstått har varken varit orsakad av kommunen eller förutsägbar för kommunen.

Utöver vad som anförts i föregående stycke kan konstateras att de direktupphandlade avtal som omfattas av bolagets ansökan har tilldelats av olika kommunala nämnder som var för sig utgör upphandlande myndigheter enligt LOU. Stadsdelsnämnden norr respektive stadsdelsnämnden väster har mycket omfattande verksamheter och dessa nämnder har var för sig en årlig omslutning som överstiger en miljard kronor. Dessa nämnder har givetvis egen budget och de genomför också egna upphandlingar av olika slag. Det är en helt annan sak att Borås Stad Upphandling, som är en avdelning under tekniska nämnden, inom vissa områden samordnar upphandling inom kommunen. Borås Stad Upphandling har inte på något sätt deltagit i de direktupphandlingar nämnderna var för sig genomfört. Borås Stad Upphandling har inte ens haft kännedom om nämndernas direktupphandlingar. Vidare har nämnderna inte delat upp avtalen i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU. Respektive direktupphandling har istället syftat till att täcka respektive nämnds omedelbara behov under den tid överprövningsprocessen pågick, alltså i väntan på att nytt ramavtal skulle kunna tecknas. Varje enskild beställning bör därmed anses utgöra en separat kontraktstilldelning (direktupphandling).

Angående vad bolaget anför har det enligt kommunens mening varit absolut nödvändigt för de kommunala nämnderna att genomföra de aktuella direktupphandlingarna. Detta eftersom ett mycket stort behov hade uppstått vid tiden för köpen. Därvid bör beaktas att de kläder som köptes till stor del utgörs av skyddskläder med särskild synbarhet (s.k. varselkläder) vars syfte bl.a. är att ge bäraren synlighet i farliga situationer under olika ljusförhållanden. Kommunen har haft möjlighet att tillämpa ett icke-annonserat upphandlingsförfarande eftersom förutsättningarna i 4 kap. 5 § 3 LOU avseende förhandlat förfarande utan annonsering har varit uppfyllda vid respektive nämnds kontraktstilldelning. Därutöver har det funnits synnerliga skäl för direktupphandling.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

I 16 kap. 13 § LOU anges att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits:

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §, eller
2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbudsförfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 16 kap. 14 § LOU framgår följande. Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Med upphandlande myndighet avses enligt 2 kap. 19 § LOU statliga och kommunala myndigheter. Med myndighet jämställs även beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ samt sammanlutningar av en eller flera myndigheter eller församlingar eller sammanlutningar av ett eller flera organ.

Enligt 7 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5–8 §§.

Av 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster 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.

Av relevanta lagmotiv framgår bl.a. att LOU inte innebär något förbud mot att dela upp en upphandling i delkontrakt. Upphandlingar som har ett na-

turligt samband i tid och beträffande innehåll bör dock inte upphandlas separat. Den upphandlande myndigheten ansvarar således för att se till att de upphandlingar som görs inom myndigheten inte överskrider direktupphandlingsbeloppen. Det innebär vidare att en upphandlande myndighet måste ha kontroll över vilka upphandlingar som görs inom myndighetens samtliga avdelningar. Samtliga upphandlingar av samma slag inom samma upphandlande myndighet bör läggas till grund för beräkningen av kontraktets värde (prop. 2009/10:180 s. 293).

Upphandlingar av sådana varor, tjänster och byggtreprenader som typiskt sett tillhandahålls av en leverantör bör räknas samman vid beräkning av tröskelvärdet. I litteraturen ges som exempel att kulspetspennor, radergummin och korrigeringsvätska (Tipp-ex) utgör upphandlingar av samma slag, eftersom de vanligtvis tillhandahålls av leverantörer som säljer kontorsmaterial (Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2:a upplagan, 2005 s. 383).

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen som sådan är en upphandlande myndighet. Kommunens olika nämnder kan dock självständigt ansvara för upphandlingar och därmed utgöra en upphandlande myndighet i upphandlingsrättsligt hänseende (Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling, En kommentar*, 2013 s. 175 f.). Enligt förvaltningsrättens mening har Borås stad emellertid inte visat att det är kommunala nämnder eller andra upphandlande myndigheter än kommunen som självständigt upphandlat vissa av de direktupphandlade varorna från Skene järn under november–december 2013. Kommunen som sådan ska därmed anses ha varit upphandlande myndighet. Med undantag för två köp om sammanlagt 5 268 kr avser köpen artiklar som Borås Stad haft för avsikt att upphandla inom anbudsområde 2, bygg-, underhåll- och varselkläder. Detta är ostridigt mellan parterna. Mot

bakgrund härav finner förvaltningsrätten att samtliga köp avser samma slags varor och ska ligga till grund för beräkningen av kontraktets värde (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2013 i mål nr 1965-13).

En tillfällig avtalslösning kan i vissa fall accepteras till dess att en överprövningsprocess genomförs. En överprövningsprocess är dock generellt sett en omständighet som kan förutses av en upphandlande myndighet. En förutsättning för att en tillfällig lösning ska godtas och tidsnöd som uppstått inte ska tillskrivas myndighetens bristande planering är därför att den tidsutdräkt som en överprövning av upphandlingen kan medföra ryms inom myndighetens planering (jfr Kammarrätten i Göteborgs avgöranden den 21 januari 2010 i mål nr 5455-09 och den 12 november 2010 i mål nr 784-10).

Borås stad har utan föregående annonsering genomfört en direktupphandling som överstiger den beloppsgräns som gäller för att direktupphandling generellt ska vara godtagbar. Detta kan godtas om det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av Borås Stad har gjort det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ordinarie förfarande.

Bolaget anför bl.a. att en överprövningsprocess eller skyldigheter enligt annan lagstiftning inte utgör skäl för direktupphandling i detta fall. En överprövningsprocess kan dock medföra att det finns skäl för att genom direktupphandling få till stånd en tillfällig avtalslösning för omedelbara behov om överprövningsprocessen blir mer utdragen än vad myndigheten haft anledning att räkna med. Det saknar inte heller betydelse vilka skyldigheter som finns enligt annan lagstiftning. Sådana skyldigheter kan ha väsentlig betydelse för frågan om det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet eller inte.

Yrkeskläder är nödvändiga för att bedriva flera författningsreglerade kommunala verksamheter av allmänt intresse. Såvitt förekommit har direktupphandling företagits först sedan en överprövningsprocess pågått i elva månader. Förvaltningsrätten finner lika med Borås Stad att detta är väsentligt längre tid än vad Borås Stad haft anledning att räkna med att en överprövningsprocess skulle ta med beaktande av upphandlingens art och omfattning. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av Borås Stad har gjort det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ordinarie förfarande. Borås Stad har därmed haft grund för att på sätt som skett genom direktupphandling få till stånd en tillfällig avtalslösning för omedelbara behov. Det saknas således förutsättningar att ogiltigförklara de avtal Borås Stad slutit, varför ansökan ska avslås.

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



Olle Molin