



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2015-12-18
Meddelad i
Växjö

Mål nr
3506-15

KONKURRENSVERKET	
2015-12-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Svedborg Tennis & Sportgolv AB, 556485-5400
Box 14026
167 14 Bromma

MOTPART

Alvesta kommun
342 80 Alvesta

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upp-
handling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 125886

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Alvesta kommun (kommunen) har genomfört en direktupphandling av nytt underlag till två banor vid Alvesta tennishall. Anbud inkom från två leverantörer, Unisport Scandinavia AB (Unisport) och Svedborg Tennis & Sport AB (Svedborg). I tilldelningsbeslut den 20 oktober 2015 meddelade kommunen att det anbud som lämnats av Unisport antas. Som skäl för beslutet angavs bl.a. att kommunen tillsammans med tennisklubben har kommit fram till att den offert som bäst motsvarar tennisklubbens förväntningar samt har den förmånligaste prisbilden är anbud lämnat av Unisport.

I ansökan som inkom till förvaltningsrätten den 23 oktober 2015 ansökte Svedborg om överprövning av upphandlingen. Sedan Svedborg upplysts om att kommunen tecknat avtal med Unisport har Svedborg ändrat sin talan till att avse överprövning av avtalets giltighet och yrkat att avtalet ska förklaras ogiltigt.

Kommunen anser att målet ska avskrivas från vidare handläggning såvitt avser överprövning av upphandlingen och att yrkandet om överprövning av avtalets giltighet ska avslås.

Parterna har anfört bl.a. följande.

Svedborg

Kommunen har kontaktat två av marknadens ledande leverantörer av tennisunderlag och begärt in offert på muntliga kriterier. De lämnade anbuden visar sig vid en utvärdering vara uppställda på olika kriterier. Det lämnades inte ut några skriftliga instruktioner vid besiktningen eller senare som offerten skulle baseras på och omfatta. Kommunen medger att inga skriftliga ”skall-krav” fanns uppställda. Det ska även enligt regelverket i LOU stå på

tilldelningsbeskedet hur och senast när ett eventuellt överklagande ska inkomma. Denna information fanns ej på kommunens tilldelningsbeslut.

Slutnotan kommer med all sannolikhet bli både okänd och betydligt högre för kommunen med Unisports anbud. Upphandlingen och utvärderingen har utförts på ett bristfälligt sätt vilket gör att tilldelningen är felaktig. Unisport har i sitt anbud deklarerat att man applicerar 1 555 kg material/bana. Det är oklart om vattenmängden i materialet ingår eller ej. I konkurrenshämmande syfte mot Svedborg som konkurrent säger man sig applicera dubbelt så mycket material och att det skulle utgöra en bättre produkt vilket kommunen i sin utvärdering framhåller som positivt. Med ledning av produktblad och genom uppgift från tidigare agenten för Greenset vet Svedborg att denna vikt/mängd-uppgift inte stämmer med verkligheten. Det går även att läsa på sidan 2 i Technical data sheet att man använder totalt 1 132,5 kg/bana vilket är en avvikelse på 842 kg totalt. Om upphandlingen genomförs kräver därför Svedborg att opartisk besiktningsman ankomstkontrollerar att 3 110 kg material levereras till hallen och att det i sin helhet förbrukas, i annat fall har kommunen tagit beslut på ett oriktigt påstående.

Det finns även en risk för att totalpriset från Unisport kan komma att gå över gränsvärdet för tillåtna direktupphandlingar då löpande kostnader accepterats i det antagna anbudet. Utvärderingen skulle tagit hänsyn till både sop/deponikostnad och den löpande räkningsklausulen för rengöring på 6 000 kr per dag. Svedborgs offert blir redan efter en – två dagar en lägre kostnad för kommunen. Den slipning som ska utföras är en dianovaslipning och det tar normalt tre dagar/bana inklusive dammsugning. Att göra det på en dag är en fysisk omöjlighet vilket pekar på okunskap i utvärderingen. Kommunen får heller inte ha gjort direktupphandlingar av sportgolv i någon form tidigare under året eftersom gränsvärdet då överstigs sammanlagt.

Kommunen bekräftade till Unisport att man antagit anbudet och översände kontrakt innan kommunen meddelade Svedborgs att "anbudet lämnat av Unisport antas". Detta är grammatiskt fel då "antas" syftar på något som ska hända och inte redan hänt 11 dagar tidigare. Det är också ett försök att kringgå reglerna vid direktupphandling och istället göra en "direktbeställning" då kommunen som tyngsta argument framhåller att avtal redan tecknats och rätten till begäran om överprövning därmed ej skulle finnas.

Kommunen

Då upphandlingen genomförts som en direktupphandling finns det inte några formella krav på hur anbudsfrågan ställs eller hur anbudet tas in. Mot bakgrund av att informationen delgetts anbudsgivarna muntligt via en dialog samt att kommunen svarat på frågor som ställts anses det naturligt att offerterna inte är utformade på samma sätt. Kommunen vill framhålla att det inte är kommunen som ställt upp några villkor eller kriterier utan det har stått varje anbudsgivare fritt att ange sina egna kriterier, villkor och priser.

Enligt kommunens beräkningar kommer uppdraget att understiga gränsen för direktupphandling. Enligt 3 kap. 3 § LOU ska kontraktsvärdet uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Beställningen av tennisholv från Unisport uppgår till 420 000 kr där slipningen regleras löpande per dag. Unisport bedömde vid möte att slipningen skulle omfatta noll till tre dagar, beroende på hur bra det gick att ta bort mattan. Kommunen bedömer tidsåtgången till en dag vilket baseras på egna tester att ta bort mattan. Om kommunen räknar på värsta utfallet, tre dagar, skulle det innebära att slipningen kostar totalt 18 000 kr för tre dagar, till detta ska läggas avfallskostnader som Svedborgs uppskattat till 10 000 kr. Detta innebär att den totala summan uppgår till max. 448 000 kr. Kommunen har tidigare under året inte köpt något tennisholv likt det nu aktuella vilket innebär att summan understiger gällande gränsvärden för direktupphandling.

Kommunen är inte skyldig att ange i tilldelningsbeslutet när ett eventuellt överklagande skall inkomma vilket framgår av 16 kap. 1 § LOU. Då avtal ingicks med Unisport den 14 oktober och en överprövning av en upphandling inte får ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör har förvaltningsrätten inte möjlighet att ta upp målet till prövning vilket innebär att målet ska avskrivas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av 15 kap. 3 § andra stycket LOU framgår bl.a. att direktupphandling får användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärdet som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket.

Av 16 kap. 2 § 3 LOU följer att avtalsspärr inte gäller vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.

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

Av 16 kap. 6 § andra stycket LOU framgår att överprövning av en upphandling inte får ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Av 16 kap. 7 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 § ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Prövningsramen i målet

Förvaltningsrätten konstaterar att Svedborgs ansökan om överprövning, som kom in till förvaltningsrätten den 23 oktober 2015, mot bakgrund av hur den är utformad avsåg en överprövning av kommunens direktupphandling. Av handlingarna i målet framgår att kommunen den 9 oktober 2015 genom beställningsskrivelse antagit ett anbud från Unisport. Beställningsskrivelsen har accepterats av Unisport den 15 oktober 2015, d.v.s. före överprövningen av upphandlingen inleddes. I enlighet med vad som framgår av bestämmelsen i 16 kap. 6 § andra stycket LOU får överprövning av upphandlingen i denna situation inte ske.

Sedan Svedborg upplysts om att kommunen tecknat ett avtal har Svedborg yrkat på överprövning av avtalets giltighet. Frågan är därmed om Svedborg med stöd av 16 kap. 7 § kan ändra sitt yrkande i detta mål till att förvaltningsrätten ska pröva avtalets giltighet

Av förarbetena till den aktuella bestämmelsen framgår bl.a. följande. Om en upphandlande myndighet ingår avtal med en leverantör i strid med bestämmelserna om avtalsspärr vore det inte rimligt att målet skrivs av från vidare handläggning och att leverantören skulle vara hänvisad till att ge in en ny ansökan till förvaltningsrätten och istället yrka att avtalets giltighet ska överprövas. För att undvika att målet skrivs av om en upphandlande myndighet ingår avtal när domstolsprövning har inletts, föreslås att leverantören ska kunna ändra sin talan. Leverantören ska alltså medges möjlighet att justera yrkandet om överprövning av en upphandling till att yrka överprövning av avtalets giltighet. En leverantör som får kännedom om att ett avtal har slutits i strid med någon av de aktuella bestämmelserna kan i ett mål av överprövning av en upphandling på eget initiativ framställa ett yrkande om att överprövningen istället ska avse avtalets giltighet (se prop. 2009/10:180 s. 174). Regleringen i 16 kap. 7 § LOU innebär att en leverantör i en situat-

ion när den upphandlande myndigheten felaktigt ingår ett avtal inte tvingas att på nytt ansöka om överprövning (se prop. 2010/11:150 s. 456).

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen i detta fall ingick ett avtal före och inte under pågående överprövning. Huruvida detta avtal ingicks i strid med avtalsspärr enligt 16 kap. 1 § LOU eller inte kan i detta fall inte bedömas utan en prövning i sak av om förutsättningarna för direktupphandling varit uppfyllda. Med hänsyn därtill och till vad som framgår av förarbetena om syftet med regleringen i 16 kap. 7 § LOU anser förvaltningsrätten att Svedborg inom ramen för förevarande mål måste kunna justera sitt yrkande till att avse en överprövning av avtalets giltighet trots att kommunen i det aktuella fallet har ingått avtal innan överprövningen av upphandlingen anhängiggjordes vid förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten prövar därför ansökan om överprövning av avtalets giltighet i sak.

Överprövning av avtalets giltighet

En överprövning av avtalets giltighet rör endast frågan om avtalet är ogiltigt på de grunder som anges i 16 kap. 13 § LOU. Av dessa grunder har Svedborg åberopat att avtalet slutits utan föregående annonsering och att sådan annonsering varit nödvändig då kontraktsvärdet överskridit gränsen för direktupphandling i 15 kap. 3 § andra stycket. Svedborg gör även, såsom förvaltningsrätten uppfattar det, gällande att avtalet ska förklarats ogiltigt då det slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 15 kap. 19 §.

Frågan är därmed om Svedborgs gjort sannolikt att kontraktets värde överstiger gränsen för direktupphandling vilket är 28 procent av det tröskelvärde som anges i 3 kap. 1 § första stycket 2 LOU och regeringens tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, d.v.s. 505 800 kr.

Kommunen har gjort gällande att det totala kontraktsvärdet skulle komma att uppgå till 448 000 kr vid värsta utfall vad gäller antalet dagar det skulle ta för slipning och borttagande av den tidigare mattan. Bedömningen är gjord både utifrån uppgift från säljaren om att slipning skulle omfatta 0 till 3 dagar beroende på hur många dagar det skulle ta att ta bort mattan och kommunens egna tester enligt vilka mattan skulle kunna tas bort på en dag. Förvaltningsrätten anser inte att vad Svedborg anfört medför skäl att ifrågasätta denna uppgift. Kommunen har vidare gjort gällande att kommunen tidigare inte upphandlat något tennisgolv och att kontraktsvärdet av den anledningen inte ska beräknas högre. Svedborg har hänvisat till att det är sannolikt att även andra typer av sport och golvbeläggningar som ska räknas inom samma CPV kod har upphandlats av kommunen. Förvaltningsrätten anser inte att detta påstående, utan ytterligare stöd i utredningen att kommunen har upphandlat sådana sport och golvbeläggningar, medför att det är sannolikt att kontraktsvärdet därmed överstiger gränsen.

Vad gäller frågan om avtalet ska förklaras ogiltigt på den grunden att kommunen ingått avtalet före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 15 kap. 19 § skickats ut konstaterar förvaltningsrätten att det faktum att kontraktsvärdet inte överstiger gränsen för direktupphandling medför att någon avtalsspärr inte började löpa med anledning av den av kommunen senare meddelade underrättelsen om tilldelningsbeslut (jfr 16 kap. 2 § 3 LOU).

Bestämmelsen i 16 kap. 13 § andra stycket får visserligen enligt sin ordalydelse anses omfatta situationen då en upphandlande myndighet ingår ett avtal före en meddelad underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 15 kap. 19 § oavsett om själva underrättelsen medför att avtalsspärr börjar löpa eller inte. Denna tolkning vinner stöd av att hänvisningen till 15 kap. 19 § avser hela paragrafen och således även underrättelser enligt andra stycket vid direktupphandling där någon avtalsspärr inte gäller enligt 16 kap. 2 § 3.

Av lagförarbetena (prop. 2009/10:180 s. 134 och 361) framgår emellertid att den aktuella bestämmelsen i 16 kap. 13 § andra stycket (tidigare 16 kap. 15 § andra stycket) syftar på situationen när kommunens underlåtenhet att meddela underrättelse om tilldelningsbeslut före ingåendet av avtal medfört att någon avtalsspärr inte börjat löpa. Detta kan enligt förvaltningsrättens mening tolkas som att den situation som avses är den när en avtalsspärr skulle ha förelegat om underrättelsen om tilldelningsbeslut meddelats före avtalets ingående.

Då kommunen har haft fog för att använda sig av direktupphandling har det detta fall framkommit att någon avtalsspärr inte skulle börjat löpa om underrättelsen meddelats före avtalets ingående. Förvaltningsrätten anser därför att den nu aktuella situationen inte kan anses omfattas av bestämmelsen i 16 kap. 13 § andra stycket. Några skäl att förklara det ingångna avtalet ogiltigt har därmed enligt förvaltningsrättens mening inte framkommit. Svedborgs ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Maria Dahlqvist

Föredragande: Victor Ericsson



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 nå 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.