

KLAGANDE

Karlstads kommun
Upphandlingsenheten
651 84 Karlstad

MOTPART

Elplanering & Kontroll i Karlstad AB, 556734-3560
Köpmannagatan 2
652 26 Karlstad

Ombud: Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 30 augusti 2011 i mål nr 2638-11,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och visar målet åter till förvaltningsrätten för prövning av ELKAB:s andrahandsgrund för ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Karlstads kommun yrkar att förvaltningsrättens dom upphävs och att Elplanering & Kontroll i Karlstad AB:s ansökan om överprövning avslås. Kommunen anför följande.

Det finns ingen bestämmelse i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, som medför att en upphandlande myndighet är skyldig att teckna ett avtal som löper på så lång tid att värdet av det tilldelade kontraktet överstiger gränsen för direktupphandling. Enligt bestämmelsen i 15 kap. 3 a § LOU är det endast uppdelningar som görs för att understiga en viss beloppsgräns som är otillåtna och bara direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret. Inget avtal med så lågt värde har tidigare ogiltigförklarats av domstol.

Värdet i den ursprungliga upphandlingen saknar betydelse vid bedömningen av värdet på det kontrakt som direktupphandlats, eftersom det är fråga om olika avtalstider. Det har inte funnits någon skyldighet för kommunen att motivera sitt val av avtalstid i direktupphandlingen. Att kommunen i den tidigare upphandlingen tänkt sig en längre avtalsperiod kan inte medföra att det skulle vara fråga om ett kringgående.

Kommunen har i det här fallet tecknat ett avtal som löper på två år och värdet är 260 570 kr. För att överstiga gränsen för direktupphandling skulle alltså krävas ett avtal för en längre tid än två år.

En domstols förordnande att göra om eller rätta en upphandling innefattar endast ett förbud mot att fortsätta upphandlingen i befintligt skick (jfr RÅ 2005 ref. 17). Någon skyldighet att faktiskt göra om en upphandling finns inte oavsett förordnandet. Det står en upphandlande myndighet fritt att välja hur ett eventuellt behov ska tillgodoses efter en dom. Härvid måste det vara möjligt att ändra avtalstidens längd. Kommunen gjorde efter den ursprungliga överprövningen bedömningen att det inte förelåg något behov av att samma leverantör genomför minst två besiktningar per objekt.

Genom domstolens förordnande att en upphandling ska göras om är upphandlingen avbruten. Det är inte möjligt att i detta läge besluta att avbryta

upphandlingen, eftersom det då inte finns någon pågående upphandling att avbryta.

Det finns heller inga bestämmelser som anger hur en upphandlande myndighet ska förfara eller vilka leverantörer som ska tillfrågas i samband med en direktupphandling. Detta är upp till myndigheten att avgöra. Genom att kommunen i det här fallet har tillfrågat fler än en leverantör har konkurrens uppstått.

Elplanering & Kontroll i Karlstad AB (ELKAB) anser att kammarrätten ska avslå överklagandet. ELKAB anför följande.

Kommunen har tidigare ansett att tre år är en skälig avtalstid, vilket också är det naturliga när elbesiktningar ska upphandlas. Det innebär att samma leverantör genomför minst två besiktningar per objekt. Att enbart lägga ett räkenskapsår till grund blir inte rättvisande.

Det egentliga värdet på kontraktet överstiger den fastslagna gränsen för direktupphandling 15 procent av tröskelvärdet och förfarandet ska annonseras. Uppdelningen har gjorts för att undvika skyldigheten att upphandla.

Även tidssambandet mellan domen efter den första upphandlingen och undertecknandet av avtal i direktupphandlingen talar för detta. Att kommunens syfte var att åsidosätta annonseringsskyldigheten genom att komma under gränsen framgår tydligt genom skrivningen i direktupphandlingsförfrågan. Där anges att kommunen avsåg att teckna avtal för två år, men endast ett år om totalsumman översteg värdet för direktupphandling 287 000 kr.

Kommunen har inte meddelat att den tidigare upphandlingen avbrutits och inte heller angett några sakliga skäl för detta. Kommunen valde i

stället att inleda ett nytt förfarande med endast två av anbudsgivarna, trots att ELKAB:s priser var lägre. Urvalet av anbudsgivare har skett på annat än objektiva grunder. Därmed tillvaratogs inte befintliga konkurrensmöjligheter.

Kommunen har genom sitt agerande åsidosatt grundläggande upphandlingsrättsliga principer. Kommunen har vid byte av förfarande inte meddelat de leverantörer som deltog i det annonserade förfarandet, vilket utgör ett brott mot transparensprincipen. Endast två av tre potentiella anbudsgivare som i den första upphandlingen visat intresse av att teckna kontrakt har tillfrågats inför direktupphandlingen, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

I vart fall överstiger kontraktets värde gränsen för direktupphandling. I avtalet angavs att beräknat behov kan komma att justeras (tillkomma/utgå) under avtalstiden. Med hänsyn till kommunens agerande i direktupphandlingen för att komma så nära gränsen för direktupphandling som möjligt är det sannolikt att värdet av den upphandlade tjänsten kan komma att överstiga gränsen, eftersom skillnaden mellan 260 570 kr och 287 000 kr endast är marginell. Dessutom ska eventuella förlängningsklausuler och avtalsvillkor bedömas som att de utnyttjas fullt ut.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

En upphandlande myndighet väljer själv om en upphandling ska genomföras och då också för vilken tid (avtalsperiod) och till vilket värde detta ska göras. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet, medräknat options- och förlängningsklausuler samt de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala, 3 kap. 3 § LOU. Om värdet understiger tröskelvärdet får direktupphandling ske. Bestämmelserna i 15 kap. LOU ska då tillämpas.

Även enligt detta kapitel (3 a §) ska vid bedömningen av kontraktets värde beaktas options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats.

En domstols dom med förordnande att en upphandling ska göras om innebär att upphandlingen inte får slutföras (jfr RÅ 2005 ref. 17). Något särskilt beslut om avbrytande krävs inte av den upphandlande myndigheten. Det är då också rimligt att den upphandlande myndigheten på nytt överväger behovet av en ny upphandling och formerna för denna, utifrån avtalsperiod, upphandlingsvärde och övriga omständigheter.

Kommunen har i det här fallet främst försvarat valet av direktupphandling med att behovet förändrats och att bedömningen numera är att det inte krävs att flera besiktningar görs av samma leverantör.

ELKAB har å sin sida vidhållit att direktupphandlingsavtalet ska anses ogiltigt och hänvisat till en av kommunen upprättad handling benämnd Direktupphandling – förfrågan, där kommunen specificerar att en direktupphandling görs för åren 2011 och 2012, under förutsättning att totalsumman understiger 287 000 kr och att i annat fall avtal kommer att tecknas enbart för år 2011.

Enligt kammarrättens mening måste utgångspunkten för bedömningen vara att kommunen efter förvaltningsrättens dom med förordnande att den första upphandlingen skulle göras om, inte är bunden av sitt tidigare val av upphandlingsform. Det måste stå kommunen fritt att återigen se över sitt behov av de aktuella tjänsterna och på vilket sätt de i så fall ska anskaffas. Mot den bakgrunden kan direktupphandlingen inte anses som ett kringgående av LOU:s bestämmelser och kommunens avtal med Elektrotekniska Byrån AB den 10 februari 2011 ska följaktligen inte förklaras ogiltigt.

ELKAB har i ansökan om överprövning i andra hand åberopat att kontraktets värde under alla omständigheter överstiger gränsen för direktupphand-

ling. Förvaltningsrätten har bifallit ELKAB:s ansökan på den grund som bolagaet åberopat i första hand och därmed inte prövat den åberopade andrahandsgrunden. Denna prövning bör med hänsyn till instansordningsprincipen inte ske av kammarrätten i första instans. Målet ska därför visas åter till förvaltningsrätten för sådan prövning.

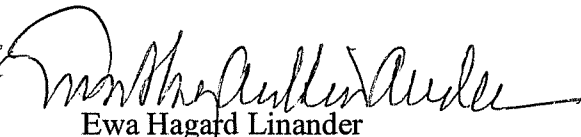
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Per Ove Svensson



Ann-Marie Holmstedt



Ewa Hagard Linander

referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2011-08-30
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
2638-11 E

SÖKANDE

Elplanering & Kontroll i Karlstad AB, 556734-3560
Köpmannagatan 2
652 26 Karlstad

Ombud: Jur.kand. David Lindberg
Hamilton Advokatbyrå Karlstad
Box 606
651 13 Karlstad

MOTPART

Karlstads kommun
651 84 Karlstad

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Elplanering & Kontroll i Karlstad AB:s ansökan. Förvaltningsrätten förklarar att avtalet om elrevision mellan Karlstads kommun och Elektrotekniska Byrån AB (EBAB) är ogiltigt.

BAKGRUND. PARTERNAS INSTÄLLNING

I dom den 25 januari 2011, mål nr 7614-10, förordnade förvaltningsrätten i Karlstad, efter ansökan om överprövning av Elplanering & Kontroll i Karlstad AB (ELKAB), att Karlstads kommuns upphandling avseende "Elrevision" (dnr 9517-10) skulle göras om. Domen, som inte överklagats, grundades på vissa angivna brister i förfrågningsunderlag och utvärdering.

Karlstads kommun (kommunen) har härefter gjort en direktupphandling av elrevisionstjänster. Kontrakt tecknades i februari 2011 med Elektrotekniska Byrån AB (EBAB) - (avtalet, som i huvudet är daterat den 4 februari, undertecknades av EBAB den 7 och av kommunen den 10 februari).

ELKAB yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att det mellan kommunen och EBAB tecknade avtalet är ogiltigt. Som skäl för begäran om överprövning anför ELKAB bl.a. följande.

Kommunen har i strid med domstols dom delat upp och direktupphandlat del av den upphandling som domstolen beslutat skulle göras om. Värdet på den av domstolen prövade upphandlingen överstiger gränsen för direktupphandling som anges i 15 kap. 3 § LOU. Upphandlingen skulle därmed ha annonserats i enlighet med 15 kap. 4 § LOU. Då någon sådan annonsering inte har skett ska avtalet förklaras ogiltigt i enlighet med 16 kap. 15 § LOU. - Alternativt överstiger det sammanlagda värdet av det avtal som kommunen ingått med EBAB den gräns för direktupphandling som anges i 15 kap. 3 § LOU.

Avtalstiden i den upphandling som enligt dom skulle göras om uppgick till tre år med möjlighet till förlängning med 2+1 år. Anbudet från den anbudsgivare som kommunen valde att tilldela kontraktet (ÅF-Industry AB) uppgick till 469 000 kr för den första treårsperioden. Kommunen har istället för att göra om upphandlingen gått ut med en direktupphandling i syfte att själv kunna välja leverantör. Enbart ÅF-Industry AB och EBAB tillfrågades.

Kommunen har i förfrågan för direktupphandlingen uttryckligen angett att upphandlingen, som omfattade åren 2011 och 2012, sker under förutsättning att totalsumman understiger 287 000 kr och att avtal i annat fall kommer att tecknas enbart för år 2011. Kommunens skrivning ger enligt ELKAB:s mening klart stöd för att direktupp-

handlingen skett enbart i syfte att undkomma ett efterföljande av förvaltningsrättens dom. Till detta kommer att EBAB tillfrågats, trots att EBAB inte ens hade det näst bästa anbudet i den tidigare upphandlingen. Kommunens direktupphandling kan inte ses som något annat än ett sätt att kringgå lagens regler om annonsering och i syfte att utestänga viss leverantör.

Kommunens behov av tjänsten under den kommande treårsperioden uppgår de facto till den omfattning som angetts i den av förvaltningsrätten prövade upphandlingen. Elrevision är ett krav från försäkringsbolagen för att bevilja brandskyddsförsäkringar, som i sin tur medför avisering om revisionsbesiktning med tre års intervall.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande.

Direktupphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de grundläggande principerna. Värdet på kontraktet understiger 15 procent av tröskelvärdet. Någon grund för att ogiltigförklara avtalet föreligger inte.

Efter förvaltningsrättens dom gällande den tidigare upphandlingen av elrevisionstjänster gjorde kommunen en ny genomgång av behovet av de aktuella tjänsterna. Det var av stor vikt för kommunen att så snart som möjligt få till stånd ett nytt avtal. Efter genomgången kunde konstateras att kommunens behov av sådana tjänster inte var särskilt stort. Det kan härvid noteras att kommunen under 2010 endast köpte de aktuella tjänsterna till ett värde om 66 356 kr.

ELKAB:s påståenden om kommunens behov av den aktuella tjänsten är grundlösa och kan inte läggas till grund för förvaltningsrättens bedömning. Det enda skälet till att kommunen tidigare önskade teckna ett så pass långt avtal var att man ville att samma leverantör skulle genomföra åtminstone två besiktningar per objekt. Efter nytt övervägande fann emellertid kommunen att det inte fanns något behov av att ha samma leverantör för återkommande besiktningar. Att kommunen tidigare valt ett annat förfarande saknar betydelse vid bedömningen av direktupphandlingen.

Genom att kommunen tillfrågade fler än en leverantör har konkurrens uppstått. Kommunen har inte haft för avsikt att stänga ute en viss leverantör. Kommunen har inte försökt kringgå bestämmelserna i LOU.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 15 § första stycket lagen om offentlig upphandling (2007:1091; LOU) ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, bl.a. om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 §.

Målet rör en direktupphandling av elrevisionstjänster. Om värdet av tjänsterna understiger 15% av ett visst tröskelvärde (motsvarande ca 287 000 kr) kan direktupphandling ske enligt 15 kap. 3 § LOU. Om kontraktets värde däremot överstiger detta belopp skulle upphandlingen ha annonserats enligt 15 kap. 4 § LOU och avtalet ska därmed förklaras ogiltigt enligt 16 kap. 15 § samma lag. Värdet av ett kontrakt ska, enligt 15 kap. 3 a § LOU, uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. I nämnda bestämmelse anges vidare att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU.

Kommunen har ursprungligen avsett att upphandla elrevisionstjänster för en avtalstid om tre år med möjlighet till förlängning ytterligare tre år. Sedan förvaltningsrätten funnit att upphandlingen skulle göras om har kommunen valt att istället direktupphandla tjänsterna för två (alternativt ett) år.

Av 15 kap. 3 a § LOU får anses följa att det inte är tillåtet att dela upp en upphandling i kortare avtalsperioder för att undgå skyldighet att göra en annonserad upphandling enligt LOU. I detta fall har kommunen angett i förfrågan till anbudsgivarna att man önskar en avtalsperiod om två år, men om värdet överstiger 287 000 kr kommer man bara att teckna avtal för ett år. Denna formulering, samt att avtalstiden ursprungligen var tänkt att vara tre plus tre år talar för att upphandlingen har delats upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU. Det urval av leverantörer som kommunen gjort när den sänt ut förfrågan om direktupphandling förefaller också anmärknings-

värd, och styrker i viss mån misstanken att direktupphandlingen haft ett kringgående syfte.

Sammantaget anser förvaltningsrätten, trots de argument som framförts från kommunen, att det finns tillräckligt stöd för ett sådant kringgående som anges i 15 kap. 3 a § LOU. Utan sådant kringgående skulle upphandlingen ha överstigit beloppsgränsen för när direktupphandling får ske. Därmed finner förvaltningsrätten att upphandlingen borde ha annonserats. Avtalet ska därför förklaras ogiltigt.

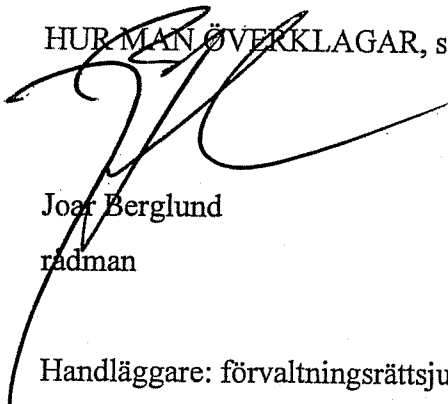
Med denna utgångspunkt går förvaltningsrätten inte in på den av ELKAB åberopade andrahandsgrunden, dvs att direktupphandlingen i sig överstiger det aktuella tröskelvärdet för annonsering.

Partställning

Förvaltningsrätten har övervägt om EBAB bör ges partsställning och tillfälle att yttra sig i målet. En ogiltigförklaring av ingånget avtal, där EBAB är en av avtalsparterna, påverkar givetvis EBAB:s intressen. Regelverket tillåter dock ingen egentlig hänsyn till dessa intressen, utan ogiltigförklaring ska ske till följd av att den offentliga parten (här kommunen) överträtt vissa bestämmelser. Det kan noteras att det finns en regel som hindrar ogiltigförklaring om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse (16 kap 16 §; ej åberopad av kommunen i detta fall), men ingen motsvarande regel till skydd för den andre avtalspartens privata intresse av att avtalet består.

Vad förvaltningsrätten har att göra är alltså en offentlighetsrättslig prövning där den offentliga aktören (kommunen) framstår som den naturliga motparten till sökanden, eftersom det är kommunens åtgärder som ska granskas. Mot denna bakgrund har förvaltningsrätten avgjort målet utan att låta EBAB yttra sig.

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



Joar Berglund
rådman

Handläggare: förvaltningsrättsjuristen Josefin Andersson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.