

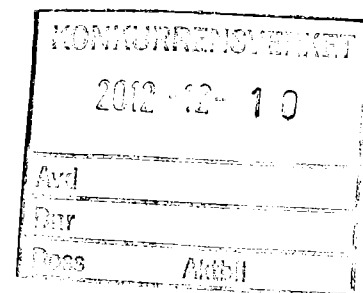


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2012-12-06
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
24247-12

VIA FAX SÖK
E-POST MOTPART

**SÖKANDE**

Entreprenad Leo Söderberg AB, 556812-9307
Grana 51
186 92 Vallentuna

Ombud: Dan-Louis Schneider
Företagsjuristerna-Juristfirman
Dan-Louis Schneider AB, Sankt Eriksgatan 117
113 43 Stockholm

MOTPART

Sundbybergs stad, 212000-0175
Upphandlingsenheten
172 92 Sundbyberg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Det interimistiska beslutet upphör härmed att gälla.

Dok.Id 302576

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag
09:00-15:00

DEN I MÅLET AKTUELLA DIREKTUPPHANDLINGEN

Sundbybergs stad, Stadsbyggnads- och miljöförvaltningen, har i skrivelse daterad den 15 november 2012 bett leverantörer lämna anbud, bästa pris senast den 26 november kl. 15.00, avseende tidsbegränsat avtal om vinterväghållning i Sundbyberg. Uppdraget avser perioden fram till och med den 15 januari 2013 och motiveras av att Staden i den uppkomna situationen tvingas att göra en direktupphandling. Uppdraget utgår från det underlag som legat till grund för den överprövade upphandlingen (förvaltningsrättens mål nr 20868-12) och för det fall pågående process slutförs av förvaltningsrätt eller kammarrätt innan avtal för nu aktuell period tecknas faller Stadens förfrågan.

TIDIGARE UPPHANDLING

Sundbybergs stad, Stadsbyggnads- och miljöförvaltningen, genomför en öppen upphandling av Insatser för vintervägsunderhåll. Upphandlingen avser avropsavtal och leverantören ska utföra snöröjning, halkbekämpning och sandupptagning av gator, gcm-vägar, parkeringsplatser, övergångsställen, busshållplatser på ytor tillhöriga Sundbybergs stad enligt kartunderlag. Beredskapstjänstgöring ingår. En leverantör ska antas och kontraktstiden är tre år med början 2012-10-15.

Tilldelningsbeslut 1

I tilldelningsbeslut den 2 oktober 2012 antogs SBE Trädgårdsservice AB:s (SBE) anbud. Entreprenad Leo Söderberg AB (Leo Söderberg AB eller bolaget) begärde överprövning och förvaltningsrätten biföll ansökan innebärande att SBE:s anbud inte skulle beaktas i utvärderingen. SBE överklagade domen och i beslut den 30 november 2012 upphävde Kammarrätten i Stockholm domen och återförvisade målet till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning (mål nr 7861-12).

Tilldelningsbeslut 2

Sundbybergs stad fattade den 2 november 2012, i enlighet med förvaltningsrättens dom, ett nytt tilldelningsbeslut där Leo Söderberg AB:s antogs som leverantör. SBE Trädgårdsservice AB har ansökt om överprövning av beslutet. Förvaltningsrätten har ännu inte avgjort det målet (mål nr 23211-12).

YRKANDEN M.M.

Leo Söderberg AB begär överprövning av Stadens beslut att direktupphandla och yrkar i första hand rättelse på så vis att stadens planerade direktupphandling inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att direktupphandling endast får genomföras med bolaget. I andra hand yrkas att direktupphandlingen skall göras om eftersom direktupphandlingen måste anses utgöra en otillåten direktupphandling i strid mot LOU:s bestämmelser.

Sundbybergs stad bestrider ansökan.

Leo Söderberg anför huvudsakligen följande till stöd för sin ansökan. Stadens agerande att inbjuda olika entreprenörer att lämna anbud för den tillfälliga övergångsperioden är inte lagenligt utan strider mot LOU och är till skada för bolaget. Det är endast bolaget som ostridigt är kvalificerad för utvärdering och som uppfyller de formella kraven i den tidigare upphandlingen. I den uppkomna situationen ska direktupphandling genomföras genom förhandling med bolaget. Några andra leverantörer ska därför inte få delta i direktupphandlingen. Genom att begära in nya anbud från andra leverantörer som nu dessutom känner till varandras prisnivåer, och på så sätt kan spelas ut mot varandra, och tvingas buda under varandra är inte lagenligt och till skada för bolaget. Det föreligger inte heller grund för att få tillämpa direktupphandling av synnerlig brådska på grund av pågående överprövning i detta fall. Bristfällig planering från Stadens sida ger inte staden rätt att direktupphandla. I rättspraxis har fyra månader från tilldelningsbeslut till planerad avtalsstart ansetts utgöra en bristfällig planering.

Staden har knappast planerat för möjligheten att upphandlingen skulle komma att överklagas då Staden avsett att ingå avtal den 15 oktober 2012 vid den ursprungliga upphandlingen. Det rör sig i detta fall om ett felaktigt åberopande av synnerliga skäl. Direktupphandling på grund av synnerliga skäl kan tillämpas endast i undantagsfall. Slarv och bristande planering är i sammanhanget inte ursäktligt. Synnerlig brådska kan utgöra synnerliga skäl men det förutsätter att omständigheterna som åberopas inte i något fall kan tillskrivas upphandlande myndighet. En månad enligt det tidsbegränsade avtalet skulle kunna beräknas ha ett kontraktsvärde om drygt 457 000 kronor. Det är troligt att värdet av det tidsbegränsade avtalet i vart fall kommer att överstiga 2012 års gällande tröskelvärde med marginal. Direktupphandlingen strider mot 15 kap. 3 § LOU då det saknas skäl att direktupphandla de aktuella tjänsterna avseende vinterväghållning från annan än den leverantör som kvalificerat sig för utvärdering och som tilldelats avropsavtalet efter tidigare överprövning och rättelse avseende samma tjänster.

Sundbybergs stad anför bl.a. följande. Stadens bestridande motiveras av att "tvingande säkerhetsskäl" och "tvingande hänsyn till allmänintresse" utgör synnerliga skäl för att direktupphandla vinterväghållning under ett par veckor. Avtalet ska ses som en ren nödlösning i avvaktan på en slutlig lösning av den överprövade fyraåriga upphandlingen rörande tjänsten. Rättsligt stöd för direktupphandling återfinns i 15 kap. 3 § LOU där det överlämnas till praxis att bedöma vad som kan anses utgöra synnerliga skäl utöver lågt värde och fall där ett förhandlat förfarande är tillåtet. Kammarrätten i Stockholm har interimistiskt förbjudits staden att ingå avtal rörande den fyraåriga upphandlingen och Staden har därför påbörjat en direktupphandling av tjänsten till "väsentligt ändrade villkor". Ytterst handlar det om hänsyn till säkerhet och allmänintresse. Förutsättningarna för förhandling är därför inte uppfyllda, jfr 4 kap. 5 § LOU första stycket punkterna 1 och 3 till vilka bestämmelsen 15 kap. 3 § hänvisar. Vidare strider det mot grundläggande upphandlingsprinciper att i den uppkomna situationen utesluta kända intressenter från att få delta. Entreprenad Leo Söderberg AB saknar stöd för sitt förstahandsyrkande om rättelse på så sätt att direktupp-

handlingen endast får ske med bolaget. När det gäller andrahandsyrkandet kan stadens framförhållning möjligen kritiseras av tillsynsmyndigheter. Staden måste emellertid hålla vägnätet framkomligt för utrycknings fordon och andra allmänintressen. Den uppkomna situationen kan i dag inte lösas på något bättre sätt än genom att direktupphandla beredskap över de personalmässigt kritiska julhelgerna. Entreprenad Leo Söderberg AB:s yrkande om att direktupphandlingen ska göras om saknar därför mening och bör inte bifallas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En direktupphandling är en upphandling utan krav på anbud i viss form. I 15 kap. 3 § LOU anges under vilka förutsättningar direktupphandling får ske, bl.a. i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Förvaltningsrätten uppfattar det så att Leo Söderberg AB till stöd för att bolaget lidit skada i första hand åberopar att Staden inte korrekt tillämpat 4 kap. 5-6 §§ LOU. De åberopade paragraferna talar om i vilka fall en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande och en förutsättning är att det - som i aktuell upphandling - vid ett öppet förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar, anbud eller inte några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt. I dessa fall får upphandlande myndighet bjuda in endast anbudsgivare som uppfyller vissa angivna krav och som i ett föregående, i detta fall, öppet förfarande har uppfyllt de formella kraven och endast sådana anbudsgivare får delta. En annan förutsättning är att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet men, synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunde förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid - som i huvudupphandlingen - öppet förfarande.

Det är som framgår av lagtexten en möjlighet, inte en skyldighet, för upphandlande myndighet att vid direktupphandling använda bestämmelserna avseende förhandlat förfarande. Som Staden anfört är inte förutsättningarna enligt 4 kap. 5 § uppfyllda eftersom upphandlingen resulterat i att ett anbud antagits och Staden har inte påstått att skälet till att initiera en direktupphandling har varit synnerlig brådska. Vad Leo Söderberg AB anfört som skäl för sitt förstahandsyrkande utgör därför inte skäl för ingripande enligt LOU.

Det återstår därefter för förvaltningsrätten att ta ställning till om Staden felaktigt initierat en direktupphandling utan stöd av LOU. Staden har i sitt yttrande hänvisat till att direktupphandlingen skett eftersom det fanns synnerliga skäl, enligt skrivelsen på grund av den uppkomna situationen och i yttrandet till förvaltningsrätten utvecklat till hänsynen till säkerhet och allmänintresset.

Direktupphandling ska alltid ske med hänsyn till de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling, dvs. principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet (förutsebarhet och transparens) och ömsesidigt erkännande.

Sundbybergs stad har valt att initiera en direktupphandling den 15 november 2012. Skrivelsen, som åberopas av sökanden, saknar adressat och det saknas uppgift om hur och till vilka den har distribuerats eller på vilket sätt Entreprenad Leo Söderberg AB har fått tillgång till den. Av ordlydelsen kan förstås att skrivelsen vänder sig till ett antal leverantörer som har möjlighet att lämna pris avseende det tidsbegränsade avtalet. Att på sådant sätt ge ett antal leverantörer möjlighet att lämna pris innebär att Staden har säkerställt ett visst mått av konkurrens och öppenhet kring direktupphandlingen.

Förvaltningsrätten kan konstatera att anbudstiden för upphandlingen avseende Sundbybergs stads vintervägsunderhåll gick ut den 24 september 2012 och tilldelningsbeslut fattades den 2 oktober. Avtalet skulle gälla från och med den 15 oktober 2012. Begäran om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 9 oktober och målet avgjordes den 29 oktober. Målet överklagades den 7 november till kammarrätten och samma dag fattade kammarrätten interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Samma dag, den 7 november kom också ansökan om överprövning av Stadens nya tilldelningsbeslut den 2 november in till förvaltningsrätten.

Synnerliga skäl är ett vidare begrepp än synnerlig brådska. Det kan vid bedömningen av om synnerliga skäl föreligger inte bortses från att det liksom i de fall synnerlig brådska åberopas, får förutsättas ha varit absolut nödvändigt för Sundbybergs Stad att så långt fram som i slutet av november kunna tilldela kontrakt för vinterväghållning. Det kan inte heller bortses från att upphandlingen avslutades först den 2 oktober och att en eventuell överprövning därefter skulle kunna dra ut på tiden och äventyra ett säkerställande av ett giltigt kontakt när behovet av vinterväghållning skulle göra sig gällande. Direktupphandling ska användas i undantagssituationer men det är inte rimligt att i den nu aktuella situationen lägga avgörande vikt vid enbart krav på framförhållning i tid för olika tänkta scenarier som upphandlande myndigheten skulle kunna ställas inför. Sundbybergs stad påbörjade upphandlingen i slutet av augusti. Efter förvaltningsrättens dom fattade Staden ett nytt tilldelningsbeslut i syfte att säkerställa kontrakt för kommande vinter. När också det beslutet begärdes överprövat i början av november hade Staden tre alternativ; att invänta överprövningar i kammarrätt och förvaltningsrätt, att påbörja en ny upphandling eller att göra en direktupphandling. Att inte företa någon aktiv åtgärd kan inte ha varit ett alternativ.

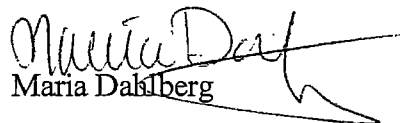
Staden har genom att skriftligen gå ut till ett antal leverantörer och erbjuda möjlighet att lämna pris för en angiven kortare period säkerställt en viss konkurrens och öppenhet i förfarandet. Att Sundbybergs stad inte påbörjade upphandlingen i så god tid att överprövning i samtliga instanser skulle kunna beräknas vara slutförda när behovet av vinterväghållning infann sig utgör inte ensamt ett tillräckligt starkt skäl för att bedöma att Stadens behov av att göra en direktupphandling i mitten av november 2012 inte var oundgängligen nödvändigt för att kunna teckna kontrakt för en kortare tids vinterväghållning. De skäl som staden anfört får, i det uppkomna läget, anses utgöra synnerliga skäl för att initiera en direktupphandling avseende en avgränsad tids vinterväghållning. Skäl för att göra om direktupphandlingen finns därför inte.

Leo Söderberg AB har påstått att upphandlingen kostnadsmissigt kommer att överstiga det tillåtna beloppet för att en direktupphandling ska vara möjlig. Någon tillförlitlig uppgift om vad prisnivån avseende vinterväghållning t.o.m. den 15 januari 2013 skulle kunna vara finns inte i materialet. Bolaget har inte visat att deras antaganden om kostnaden för direktupphandlingen innebär en avvikelse från LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Entreprenör Leo Söderberg AB anfört inte visar att Sundbybergs stads direktupphandling inte skett i enlighet med LOU och därför inte ska rättas eller göras om. Ansökan ska avslås. Förvaltningsrättens interimistiska beslut förfaller genom denna dom.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).


Maria Dahlberg

Rådman

Kerstin Sandin har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 offentligpart 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU