



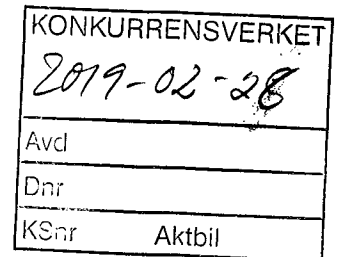
SÖKANDE

Improd AB, 556924-1200

Ombud: Advokat Björn Lind och Bitr. jurist Evelina Stein
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå HB
Box 684
551 19 Jönköping

MOTPART

Akademiplatsen AB, 556565-1493
Box 8000
501 18 Borås



SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förklarar avtalet mellan Akademiplatsen AB och Ledgruppen AB samt Nordic Finance Business Partner AB/Ikano Bank AB daterat den 27 augusti 2018 avseende LED-vägg till Borås Kongresshus ogiltigt.

BAKGRUND

Akademiplatsen AB, som tidigare hette Borås Stad Textile Fashion Center AB, har genomfört en upphandling avseende LED-vägg till Borås Kongresshus. Tilldelningsbeslut fattades den 8 maj 2018 och kontraktet tilldelades Improd AB. Sedan överprövning begärts av ett annat bolag beslutade Akademiplatsen att avbryta upphandlingen p.g.a. att förfrågningsunderlaget var otydligt. Även beslutet om att avbryta upphandlingen hamnade under förvaltningsrättens prövning. Under överprövningsprocessen har Akademiplatsen den 27 augusti 2018 ingått ett hyresavtal om 12 månader med Led-

gruppen AB och Nordic Finance Business Partner AB/Ikano Bank AB avseende hyra av en motsvarande LED-vägg till Borås Kongresshus.

YRKANDEN M.M.

Improd ansöker om överprövning av avtals giltighet och yrkar att hyresavtalet avseende om LED-vägg till Borås Kongresshus den 27 augusti 2018 mellan Akademiplatsen och Ledgruppen AB och Nordic Finance Business Partner AB/Ikano Bank AB ska ogiltigförklaras.

Akademiplatsen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Improd

Akademiplatsen har genomfört en direktupphandling av hyra av LED-vägg utan att det finns godtagbara skäl för detta. Akademiplatsen har inte visat att undantaget i 6 kap. 15 § LOU är tillämpligt.

Akademiplatsen har angett tidsnöd som skäl för att ingå hyresavtal med Ledgruppen AB. Den tidsnöd som uppstått kan tillskrivas Akademiplatsens bristande planering och genomförande av den ursprungliga upphandlingen. Att tidsmässigt planera byggnationen för att inte hamna i tidsnöd ligger inom Akademiplatsens ansvarsområde som upphandlande myndighet. Ritningarna för lokalerna och dess funktion måste sedan länge ha varit kända för Akademiplatsen. I vart fall har Akademiplatsen haft möjlighet att påverka tidsplanen. Akademiplatsen har också haft möjlighet att påverka tidpunkten för invigningen av kongresshuset. Akademiplatsen kan därför inte åberopa byggnationen av kongresshuset som en objektiv ursäkt för att tidsbrist uppstått.

Akademiplatsen har heller inte beaktat tidsåtgången för en överprövningsprocess, varken när bolaget inledde upphandlingen under våren 2018 eller när upphandlingen avbröts i juni 2018. En upphandlande myndighet är skyldig att påbörja en upphandling i så god tid att planering också tar höjd för en överprövningsprocess. Påståendet att det från den 4 juni 2018 hade funnit tid att genomföra en ny upphandling med leverans till den 1 november 2018 är därför inte korrekt. Den tidsperioden innefattar inte en marginal för en överprövningsprocess, i synnerhet inte när LED-väggen också kräver en viss leveranstid. Att den avbrutna upphandlingen påbörjades under våren 2018 förändrar inte detta. Akademiplatsen motiverade sitt avbrytandebeslut med att man själv förorsakat otydligheter i förfrågningsunderlaget, vilket naturligtvis är en omständighet som Akademiplatsen ansvarar för.

Den otillåtna direktupphandlingen avser vidare en period om 12 månader. Detta är betydligt längre än den tid som Akademiplatsen planerade för den nu avbrutna upphandlingen. Akademiplatsens påstående om att bolaget har genomfört den avbrutna upphandlingen med den omsorg och planering som krävs är felaktig även på denna grund.

Att Akademiplatsen anser att verksamheten vid Borås Kongress skulle vara beroende av en LED-vägg för att kunna fullgöra sina åtaganden utgör heller inte ett sådant objektivet nödvändigt behov som krävs för att direktupphandling ska vara tillåten utifrån kriterierna i LOU. Akademiplatsen kunde i vart fall ha valt en betydligt mindre ingripande tillfällig lösning genom att istället kortsiktigt hyra in projektorer som hade löst samma behov men för en avsevärt mindre kostnad och utan att gynna någon leverantör av LED-väggar i en kommande upphandling. Akademiplatsen har medvetet valt bort Improd AB och Noxab AB då man gick ut med förfrågan om att leverera den tillfälliga lösningen. Att Akademiplatsen anger att man avser att upphandla på nytt inom något år är irrelevant.

Det krävs inte att leverantören ska ha lidit skada för att ett anbud som felaktigt har slutits utan föregående annonsering ska kunna ogiltigförklaras. Improd har dock lidit skada. Akademiplatsen har genom mejl den 13 november 2018 bekräftat att den ”tillfälligt” inhyrda LED-väggen motsvarar de krav som uppställdes i den avbrutna upphandlingen. Den ersättning Ledgruppen AB erhåller för 12 månaders hyra motsvarar i princip det belopp som Improd offererade för 2,5 års hyra. Ledgruppen AB kan också bortse från kostnader avseende transport och montage av LED-väggen. Att Ledgruppen AB redan har en LED-vägg på plats medför därför att företaget har stora fördelar vid en ny upphandling, till avsevärd nackdel för Improd och övriga leverantörer. Även Improd hade kunnat hyra ut LED-väggen i enlighet med den tillfälliga lösning som nu är på plats.

Den upphandling som nu genomförts är därmed sammanfattningsvis en otillåten direktupphandling som inte är förenlig med LOU. Det finns därmed grund för att ogiltigförklara det ingångna hyresavtalet.

Akademiplatsen

Akademiplatsens agerande har inte inneburit något brott mot LOU. Akademiplatsen var, för att bedriva verksamhet vid Borås Kongresshus, beroende av att ha en LED-vägg på plats vid invigningen i november 2018. Akademiplatsen har inte kunnat genomföra någon ny upphandling på grund av att beslutet att avbryta upphandlingen om LED-vägg var under överprövning. För att kunna bedriva verksamhet fullt ut under tiden för överprövning samt under den tid det tar att genomföra en ny upphandling beslutades att teckna ett avtal gällande hyra av en LED-vägg under 12 månader. Valet att hyra in en skärm under 12 månader gjordes för att Borås Kongresshus behöver ha en skärm i den aktuella storleken för att kunna fullfölja sina åtaganden utifrån gjorda bokningar.

Akademiplatsen kan inte anses ha bidragit till den tidsbrist som uppstod. Upphandlingsförfarandet påbörjades under våren 2018. Utifrån byggnationen av Borås Kongresshus och den tid vid vilken det var möjligt att med tillräcklig säkerhet i detalj planera kraven för den aktuella LED-väggen kunde upphandlingen inte påbörjas tidigare. Vid tidpunkten för avbrytandebeslutet i juni 2018 fanns det fortfarande tillräckligt med tid för att genomföra en ny upphandling med leverans i tid till att Borås Kongress öppnade. Då beslutet att avbryta upphandlingen överprövades var detta dock inte längre möjligt.

Det aktuella avtalet har inte inneburit att Improd lidit eller riskerat att lida skada. Hyresavtalet är att se som en nödvändig och kortsiktig lösning på problemet och behovet kunde inte säkras på ett mindre ingripande sätt. Avsikten från Akademiplatsen har alltid varit och är fortfarande att upphandla en LED-vägg i enlighet med LOU. När överprövningen av avbrytandebeslutet är avslutad kommer Akademiplatsen att agera i enlighet med utfallet i förvaltningsrättens dom.

Gällande regler m.m.

Av 20 kap. 13 § LOU framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bl.a. om det har slutits utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap.

Enligt 10 kap. 1 § ska en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 6 kap. 12-19 §.

Av 6 kap. 15 § LOU, vilken är den undantagsbestämmelse som är aktuell i förevarande mål, framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det på grund av synner-

lig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.

Reglerna i LOU om möjlighet till tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering vid fall av synnerlig brådska har sin motsvarighet i artikel 32.2 (c) i direktivet om offentlig upphandling (2014/24/EU). I beaktandesats 41 till detta direktiv anges att ingenting i detta direktiv bör hindra vidtagande eller genomförande av sådana åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, hälsa, att skydda människors och djurs liv eller att bevara växter eller andra miljöåtgärder, i synnerhet med sikte på en hållbar utveckling, under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med fördraget.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som medger direktupphandling. Det är även den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att ett avtal ska få bestå trots att förutsättningarna för att förklara avtalet ogiltigt i och för sig är uppfyllda (jfr prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2009/10:180 s. 139).

Förvaltningsrättens bedömning

Kontraktsvärdet på upphandlad LED-vägg överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tillämpligt tröskelvärde. Direktupphandling var därför inte tillåtet på grund av kontraktets värde. En upphandlande myndighet får dock vid upphandling över tröskelvärdet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska som orsakats av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och inte heller beror på den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående an-

nonsering. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att samtliga dessa förutsättningar är uppfyllda.

Frågan i målet är om Akademiplatsen har gjort sannolikt att förutsättningarna i 6 kap. 15 § LOU varit uppfyllda, dvs. att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet avseende hyra av LED-vägg genom att ingå hyresavtal om 12 månader med Ledgruppen AB utan föregående annonsering, att synnerlig brådska gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande (med föregående annonsering), och att brådskan inte orsakats av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten eller berott på den upphandlande myndigheten.

Förvaltningsrätten anser i likhet med Akademiplatsen att det på grund av den pågående överprövningsprocessen av avbrytandebeslutet inte funnits tid att genomföra en ny upphandling med öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering om avtalsstart i november 2018 skulle kunna säkerställas. Synnerlig brådska har således förelegat för Akademiplatsen.

Förvaltningsrätten anser också i likhet med Akademiplatsen och på de grunder som Akademiplatsen anfört att upphandlingsförfarandet av LED-vägg påbörjades i tid och att höjd hade tagits för en överprövningsprocess. Akademiplatsen kan emellertid inte anses ha haft anledning att även planera tidsåtgång för en överprövningsprocess avseende ett beslut att avbryta upphandlingen. Den synnerliga brådska som Akademiplatsen hamnat i kan således inte anses ha orsakats av omständigheter som kunnat förutses av Akademiplatsen och inte heller bero på Akademiplatsen.

Upphandlingen avser Akademiplatsens behov av att ha en LED-vägg på plats i Borås Kongresshus vid invigningen av detsamma i november 2018 för att kunna fullfölja sina åtaganden utifrån gjorda bokningar. Improd har

anfört att en LED-vägg till Borås Kongresshus inte är ett absolut nödvändigt behov, då nämnda LED-vägg inte behövs för allmän ordning, moral eller säkerhet eller för att skydda människor, djur eller växter. Mot detta har Akademiplatsen inte invänt något.

Såsom framgår av ovan angivet EU-direktiv kan det anses absolut nödvändigt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering om det som upphandlas behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, hälsa, eller för att skydda människors och djurs liv eller att bevara växter. I rättspraxis har livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts absolut nödvändigt då ett upphörande av leveranserna inom en snar framtid skulle få mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa (Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 februari 2012 i mål nr 1446—1452-12). Likaså har boenden till asylsökande bedömts som absolut nödvändigt (Kammarrätten i Jönköpings dom den 13 februari 2012 i mål nr 2972-11). Av praxis framgår också att det kan vara absolut nödvändigt att tilldela kontrakt om det rör sig om upphandling av varor eller tjänster av stor samhälls-ekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art (Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 februari 2012 i mål nr 7469—7472-11).

Förvaltningsrätten anser att Akademiplatsen inte visat att LED-väggen till Borås Kongresshus skulle fylla något sådant behov som kan jämföras med de i nämnda EU-direktiv eller rättspraxis angivna situationerna. Därmed kan det inte anses ha varit absolut nödvändigt enligt 6 kap. 15 § LOU att tilldela aktuellt kontrakt. Då Akademiplatsen inte visat att sådana särskilda omständigheter föreligger som gör att undantaget i 6 kap. 15 § LOU är tillämpligt är den upphandling utan föregående annonsering som skett otillåten och därmed inte förenligt med LOU. Improds ansökan ska därför bifallas och avtalet mellan Akademiplatsen och Ledgruppen AB och Nordic Finance Partner AB/Ikano Bank AB förklaras ogiltigt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-03).

Sofia Blomkvist

Rådmannen Sofia Blomkvist har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.



Hur man överklagar

FR-03

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Så här gör du

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att kammarrätten ska

ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).

3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

