



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-03-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2073-12
Enhet 15

SÖKANDE

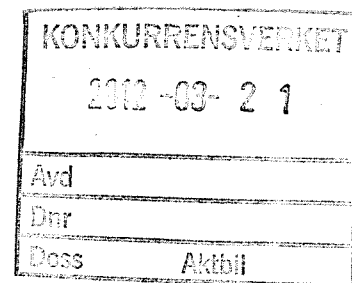
Bevaknings AB Prevendo, 556267-1569
Box 453
184 26 Åkersberga

MOTPART

Österåkers kommun, 212000-2890
184 86 Åkersberga

SAKEN

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avvisar Bevaknings AB Prevendos ansökan om överprövning av avtals ogiltighet vad avser avtal med ref. nr 2010-03.

Förvaltningsrätten avslår Bevaknings AB Prevendos ansökan i övrigt.

Dok.Id 216335

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

BAKGRUND

Österåker kommun (kommunen) slöt den 1 september 2010, efter upphandling genom förenklat förfarande, ramavtal med ref.nr 2010-03 med Commuter Security Group (CSG) om larmutryckning, bevakning och rondering. Förfrågningsunderlaget är daterat den 14 april 2010 och sista anbudsdag var den 11 maj 2010.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Bevaknings AB Prevendo (bolaget) yrkar att det avtal som har slutits mellan Österåkers kommun och leverantören Commuter Security Group AB ska förklaras ogiltigt. Till stöd för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget angavs ett skallkrav att leverantören ska uppfylla en inställelsetid vid larm på max tio minuter, från att larmet mottagits av leverantören för utryckning, för samtliga objekt där Österåkers kommun bedriver verksamhet, dygnet runt, året runt. I upphandlingen har kommunen lagt stor vikt vid korta inställelsetider vid larm och uppställt ett skallkrav på att leverantören inte får ta betalt för larmåtgärder där angiven maxtid har överskridits. Ett ytterligare skallkrav har varit att leverantören ska betala vite om 1500 kr för varje tillfälle som inställelsetiden inte uppfylls. Detta ska dras av på nästkommande faktura. Vinnande leverantör har betydande svårigheter att uppfylla kraven om inställelsetid och har vid ett mycket stort antal larmåtgärder överskridit avtalad inställelsetid.

Kammarrätten i Jönköping har i dom den 10 juli 2009 i mål nr 953-09 ansett att en myndighets avrop från ett ramavtal inte tillämpade en bestämmelse om leveranssäkerhet, som varit avgörande för utgången i upphandlingen. Kammarrätten fann att väsentliga förändringar av villkoren hade vidtagits och myndighetens beställningar utifrån dessa väsentliga

förändringar av avtalsvillkoren utgjorde otillåtna direktupphandlingar. Med hänvisning till Kammarrättens dom utgör varje tillfälle då avtalsvillkoren om inställetider och vite inte har tillämpats en otillåten direktupphandling. Varje otillåten direktupphandling kan överprövas inom sex månader, vilket innebär att det inte föreligger hinder att överpröva avtalets giltighet.

I en revisionsrapport från december 2010 anger kommunens revisorer att efter diskussioner mellan CSG och kommunen har inställetiden på tio minuter ansetts orimlig, vilket lett till en diskussion om att förlänga inställetiden till 30 minuter genom ett tillägg i avtalet. Dessa uppgifter samt kommunens praktiska tillämpning av avtalet visar att det finns en väsentlig förändring av avtalet. En förlängning av inställetiden till 30 minuter kan inte bedömas som annat än en väsentlig förändring av avtalsvillkoren mot bakgrund av den avgörande betydelse som skallkravet om inställetid haft för utgången av upphandlingen. Varje beställning som tillämpat dessa förändrade avtalsvillkor innebär att kommunen har gjort en otillåten upphandling.

Vidare har CSG fakturerat kommunen för larmåtgärder där inställetiden har överskridits. Kommunen har också vid ett stort antal fall betalat sådana felaktiga fakturor. Varje sådan betalning ska anses vara en väsentlig förändring av avtalsvillkoren och varje sådan transaktion har inneburit en beställning som frångått avtalsvillkoren och är därigenom en otillåten direktupphandling. Kommunen har även underlåtit att tillämpa avtalets bestämmelser om vite. Kommunen har vid ett fåtal tillfällen begärt att CSG ska betala vite. Varje tillfälle då kommunen har underlåtit att tillämpa avtalets bestämmelser om vite ska också anses utgöra en väsentlig ändring av avtalet och därigenom en otillåten direktupphandling. Varje sådant tillfälle utgör därmed också ett nytt avtalsslut, vars giltighet kan begäras överprövat inom sex månader enligt 16 kap. 16 § LÖU.

Avtalets och förfrågningsunderlagets bestämmelser om inställetider har varit av väsentlig betydelse för avgörandet av den aktuella upphandlingen. Kommunens hårt uppsatta krav rörande inställetider har inneburit att leverantörer valt att avstå från att lämna anbud. Bolaget har med anledning av de hårt ställda kraven lämnat ett anbud som matematiskt sett varit mindre ekonomisk fördelaktigt för kommunen än det vinnande anbudet. I det fall kraven på inställetider samt viten varit lägre ställda skulle bolaget haft väsentligt förändrade möjligheter till framgång i upphandlingen. Bolaget har lidit skada genom att dess anbud har missgynnats. Genom väsentliga förändringar i avtalsvillkoren har leverantörer erbjudits olika villkor och kommunen har handlat i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Det har också lidit skada genom att ha uteslutits från möjlighet att lämna anbud till de upprepade direkta upphandlingar som kommunen i strid med 15 kap. 4 § LOU inte har annonserat.

Till stöd för att kommunen systematiskt har frångått avtalsbestämmelserna har bolaget inkommit med sammanlagt 25 stycken larmrapporter från juli–oktober 2011, där inställetiden har överskridits.

Kommunen yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Avtalet har inte föregåtts av otillåten direktupphandling och har inte heller tillkommit efter att förnyad konkurrensutsättning genomförts felaktigt. Det har inte tecknats i strid med avtalsspärr, interimistiskt beslut eller ingåtts innan tilldelningsbeslut meddelats. Avtalet har inte förändrats genom tilläggsavtal. Att avtalsparterna har fört diskussioner om förändrade avtalsvillkor är inte att likställa med ett upprättande av tilläggsavtal. En ansökan om överprövning av avtals giltighet ska som huvudregel komma in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Kommunens säkerhetssamordnare har löpande under kontraktstiden

genomfört månadsuppföljning med avtalad leverantör. Vite har utgått vid sex tillfällen och har i samtliga fall krediterats i samband med nästkommande faktura. De gånger kommunen har begärt det har CSG betalat vite i enlighet med avtalsvillkoren.

DOMSKÄL

Ogiltigförklaring av avtal ref. nr 2010-03

Österåkers kommuns upphandling påbörjades före den 15 juli 2010. Därför regleras möjligheterna till överprövning enligt 16 kap. 1 § LOU i dess ursprungliga lydelse. Enligt paragrafen får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § LOU i tillämplig lydelse framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Bolaget har ansökt om att avtalet mellan Österåkers kommun och CSG ska förklaras ogiltigt. Ogiltigförklaring av avtal är inte en åtgärd som rätten kan besluta om enligt tillämplig lydelse av 16 kap. 2 § LOU. Bolagets ansökan om ogiltigförklaring av avtal med ref. nr 2010-03, som slöts den 1 september 2010, ska därför avvisas.

Ogiltigförklaring till följd av otillåten direktupphandling

Såsom bolagets ansökan är utformad omfattar den även ett yrkande om ogiltigförklaring av avtal som senare ingåtts mellan Österåkers kommun och CSG genom otillåtna direktupphandlingar. Det underlag som bolaget presenterat till stöd för detta utgörs av att kommunens revisorer angett att diskussioner har förts om ändring av avtalsvillkoren samt larmrapporter/fakturor som sträcker sig mellan juli och oktober 2011 och anger att de ska debiteras enligt avtal. Enligt avtalet är betalningsvillkoren 30 dagar netto efter av kommunen ankomststämplad faktura.

För upphandlingar som påbörjats från den 15 juli 2010 finns möjlighet att överpröva ett slutet avtals giltighet, t.ex. vid otillåtna direktupphandlingar. En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, som senast, ha inkommit till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts (se 16 kap. 15 och 18 §§ LOU i dess lydelse från den 15 juli 2010 till den 11 november 2011).

Eftersom giltigheten av slutna avtal kan prövas om de uppkommit genom otillåten direktupphandling inom sex månader från att avtalet slöts, kan förvaltningsrätten pröva bolagets ansökan i de delar den kan anse gälla ogiltighet av direktupphandlade avtal som slöts sex månader före bolagets ansökan kom in till förvaltningsrätten den 1 februari 2012.

Bolaget har anfört att kommunen har ingått ett tilläggsavtal med CSG och därmed genomfört en otillåten direktupphandling. Förvaltningsrätten finner dock att bolaget inte har visat att ett sådant tilläggsavtal har ingåtts och vad bolaget har anfört i denna del utgör därmed inte skäl för ingripande enligt LOU.

Bolaget kan, genom inlämnade larmrapporter, inte heller anses ha visat att kommunen har omförhandlat villkoren på sådant sätt att någon otillåten direktupphandling kan anses ha genomförts. De omständigheter som bolaget har anfört, gällande tillämpning av avtalsvillkoren, rör snarare efterlevnaden av avtalet vilket inte omfattas av prövningen enligt LOU. Vad bolaget har anfört i denna del utgör därför inte heller skäl för ingripande enligt LOU.

Med beaktande av ovanstående finner förvaltningsrätten att bolagets ansökan i övrigt ska avslås.

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


Susanne Bagge

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Mikael Lindberg.



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 uppge 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