



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-11-25
Meddelad i Uppsala

Mål nr
4503-11 E
Enhet 2

SÖKANDE

STX Sweden AB, 556718-3289
Furuhedsvägen 1
952 31 Kalix

Ombud: Advokat Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-11-28	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Västerås kommun
Kultur- idrotts- och fritidsnämnden
721 87 Västerås

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Västerås kommun upphandling avseende byte av konstgräs på Råby IP i Västerås samt flytt av konstgräsmatta från Råby IP till Viksängsskolans grusplan och Irstaskolans grusplan, dnr 2011-284-KIFN-061

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår STX Sweden AB:s ansökan om överprövning av upphandlingen.

BAKGRUND

Västerås kommun (härefter kommunen) genomförde upphandling av byte av konstgräs på Råby IP i Västerås samt flytt av konstgräsmatta från Råby IP till Viksängsskolans grusplan och Irstaskolans grusplan, dnr 2011/228-KIFN (härefter den första upphandlingen). STX Sweden AB (härefter bolaget) begärde överprövning av den första upphandlingen (se förvaltningsrättens mål nr 3301-11). Kommunen beslutade härefter, den 29 juni 2011, att avbryta den första upphandlingen. Bolaget begärde överprövning av avbrytandebeslutet (se förvaltningsrättens mål nr 3301-11).

Kommunen har härefter genomfört en ny upphandling avseende byte av konstgräs på Råby IP i Västerås samt flytt av konstgräsmatta från Råby IP till Viksängsskolans grusplan och Irstaskolans grusplan, dnr 2011-284-KIFN-061 (härefter upphandlingen). Bolaget lämnade anbud i upphandlingen. Enligt tilldelningsbeslut den 19 augusti 2011 har bolaget inte antagits som leverantör i upphandlingen.

YRKANDEN

Bolaget

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om, dock först sedan lagakraftvunnen dom föreligger i mål nr 3301-11.

Kommunen

Kommunen överlämnar åt förvaltningsrätten att bedöma om bolagets yrkande ryms inom tillämpningsområdet för 16 kap. 5 § LOU.

GRUNDER

Bolaget

Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kommunen bryter mot den förlängda avtalsspärren i mål nr 3301-11. Den situation som föreligger är därför fullt ut jämförbar med den situation som enligt 16 kap. 15 § andra stycket LOU ska medföra att ett avtal ogiltigförklaras, med den enda skill-

naden att kommunen ännu inte tecknat avtal i upphandlingen. Kommunen har genom att genomföra och fatta tilldelningsbeslut i upphandlingen, som har exakt samma föremål som den upphandling som är föremål för prövning i mål nr 3301-11, brutit mot bestämmelserna om förlängd avtalsspärr i 16 kap. 9 § LOU. Vad gäller den aktuella situationen framgår av förarbetena följande (prop. 2009/10:180, s 133). ”Enligt artikel 2d.1b ska en överträdelse av avtalsspärren medföra ogiltighet under vissa angivna förutsättningar. Överträdelsen ska ha berövat klaganden möjligheten att rikta anspråk innan avtalet slöts. Detta rekvisit bör förstås så att klaganden genom överträdelsen förhindrats att få upphandlingen rättsligt prövad innan avtalet slöts. En överträdelse av bestämmelsen om förlängd avtalsspärr i förvaltningsrätt får anses i sig innebära att klaganden berövats möjligheten att få upphandlingen rättsligt prövad innan avtal har slutits, eftersom överträdelserna i dessa fall sker under pågående process.”

Den situation som beskrivs i förarbetena motsvarar den som föreligger i förevarande mål. Om kommunen tillåts slutföra upphandlingen genom att teckna avtal kan detta i praktiken innebära att bolagets talan i mål 3301-11 blir meningslös och att bolaget berövas möjligheten till effektiv rättslig prövning, enligt LOU och de bakomliggande rättsmedelsdirektiven, av såväl den första upphandlingen som kommunens avbrytandebeslut avseende den första upphandlingen. Kommunen borde, i enlighet med den avtalsspärr som råder i den första upphandlingen, avvakta lagakraftvunnen dom i mål nr 3301-11 innan kommunen går ut i en ny upphandling rörande exakt samma upphandlingsföremål. Vidare finns det, för det fall kommunen tillåts teckna avtal i upphandlingen, risk för att det uppkommer en situation där tilldelningsbeslutet i upphandlingen strider mot domen i mål nr 3301-11, vilket skulle innebära två oförenliga tilldelningsbeslut som rör samma upphandlingsföremål. Detta skulle i sin tur ge upphov till en mängd praktiska problem.

Om rätten förordnar om rättelse, vilket bolaget har yrkat i mål nr 3301-11, får den upphandlande myndigheten inte i stället göra om upphandlingen eftersom detta skulle utgöra domstolstrots. I 16 kap. 9 § LOU finns bestämmelser om avtalsspärr vilka ska säkerställa att rätten ges möjlighet att pröva en ansökan innan avtal tecknas. För att inte överprövningsinstitutet ska förlora sin effektivitet är det emellertid viktigt att den upphandlande myndigheten inte tillåts vidta andra åtgärder som kan underminera rättens möjligheter att döma i målet.

I sammanhanget bör nämnas att ett interimistiskt beslut i en upphandling, vilket före den 15 juli 2010 tillgodosåg samma funktion i förvaltningsrätten som den förlängda avtalsspärren idag gör, innebar ett förbud mot att avbryta upphandlingen fram till dess att denna var slutlig prövad av rätten. – Bolaget åberopar Konkurrensverkets yttrande till Kammarrätten i Jönköping i mål nr 942-10. Av dessa uttalanden framgår tydligt att det är förbudet för en upphandlande myndighet att avbryta en upphandling i vilken det föreligger ett interimistiskt beslut. Motsvarande gäller naturligtvis för den förlängda avtalsspärr som, efter de lagändringar som trädde i kraft den 15 juli 2010, fyller samma funktion som ett interimistiskt beslut.

I sammanhanget ska framhållas att det inför införandet av de nya rättsmedelsbestämmelserna diskuterades huruvida bestämmelsen i 16 kap. 5 § LOU skulle ändras på så sätt att det inte längre skulle åligga rätten att avgöra huruvida en upphandling ska rättas eller göras om utan att denna bestämmanderätt fortsättningsvis skulle ligga på den upphandlande myndigheten. Regeringen avfärdade emellertid dessa förslag med hänvisning till att nuvarande ordning där rätten bestämmer huruvida en upphandling ska rättas eller göras om är välfungerande och att det finns risk för att de upphandlande myndigheterna begår fel om de tillåts avgöra huruvida en upphandling ska rättas eller göras om (se prop. 2009/10:180 s. 150).

För att den av lagstiftaren föreskrivna ordningen, där rätten ska avgöra huruvida en upphandling ska rättas eller göras om, inte ska förlora sin ver-

kan krävs emellertid att rätten också har möjlighet att hindra åtgärder från den upphandlande myndighetens sida, vilka utgör ett kringgående av dessa bestämmelser. Om förvaltningsrätten inte hindrar kommunen från att låta upphandlingen fortlöpa kommer kommunen kunna teckna avtal i upphandlingen även om förvaltningsrätten skulle förordna att den upphandling som är föremål för prövning i mål nr 3301-11 ska rättas. Bolaget går då miste om det kontrakt som bolaget rätteligen skulle ha tilldelats i den första upphandlingen, vilket givetvis skulle innebära stor skada för bolaget och underminera förvaltningsrättens avgörande i mål nr 3301-11.

Bolaget lider eller riskerar i vart fall till följd av kommunens agerande att lida skada då bolaget, för det fall kommunen tillåts teckna avtal i upphandlingen, löper stor risk att förlora alla möjligheter att få teckna kontrakt i den första upphandlingen.

Kommunen

Kommunen anför bl.a. följande. Det får antas att de förhållanden i upphandlingen som påstås utgöra brott mot LOU förutsätts vara hänförliga till den upphandling som leverantören begär överprövning av, inte till förhållandena i en annan upphandling. Bolagets argumentation synes bygga på premissen att det föreligger ett slags identitet mellan denna upphandling och den avbrutna upphandlingen. Kommunen vill göra anmärkningen att en sådan premiss enligt kommunens bedömning inte kan anses alldeles självklar; föremålet för de båda upphandlingarna är visserligen detsamma men upphandlingarna bygger inte på samma förfrågningsunderlag, ”grunder”.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 §§ (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU anges att 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har den 13 september 2011 avslagit bolagets yrkande om att målet ska vilandeförklaras i avvaktan på lagakraftvunnen dom i mål nr 3301-11.

Överprövning av upphandlingen

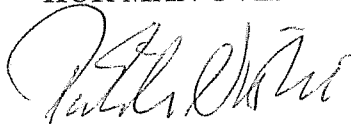
Bolaget har yrkat att upphandlingen ska göras om och som grund för detta anfört att kommunen genom att genomföra upphandlingen under tiden som den första upphandlingen varit föremål för prövning i förvaltningsrätten, har brutit mot den förlängda avtalsspärren i den första upphandlingen. Bolaget menar att situationen kan liknas vid den att kommunen tecknat ett avtal under en förlängd avtalsspärr. Vidare har bolaget anfört att en upphandlande myndighet inte får avbryta en upphandling under tid förlängd avtalsspärr löper samt att kommunens agerande utgör ett kringgående av förvaltningsrättens möjligheter att pröva bolagets ansökan om överprövning av den första upphandlingen och bolagets ansökan om överprövning av beslutet att avbryta den första upphandlingen.

Förvaltningsrätten har i dom denna dag, i mål nr 3301-11, ogiltigförklarat kommunens avbrytandebeslut och avskrivit målet i den del som avser överprövning av den första upphandlingen.

Enligt förvaltningsrättens mening ska endast förhållanden som är hänförliga till den nu överprövade upphandlingen tillmätas betydelse vid prövningen av densamma. Att kommunen genomfört upphandlingen efter att

bolaget ansökt om överprövning av den första upphandlingen och beslutet att avbryta den kan således inte ligga till grund för ett ingripande i upphandlingen. Vidare kan den aktuella situationen - även om upphandlingsföremålen i upphandlingen och den första upphandlingen ostridigt är identiska - inte jämföras med den situation att avtal tecknats under förlängd avtalsspärr då något avtal inte tecknats, varken i upphandlingen eller den första upphandlingen. Upphandlingen kan således inte heller rättas eller göras om på den grunden. Bolaget har inte anfört andra grunder till stöd för ingripande i upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a LOU)



Per-Erik Nistér
rådman

Målet har handlagts av Christina Kans.



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