

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

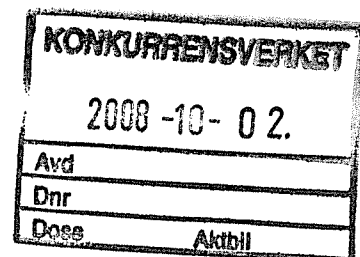
DOM
2008-09-30
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
13744-08
Rotel 555

SÖKANDE

El & Industriteknik Svenska AB, 556288-1978
Elektravägen 14, 2 tr
126 30 Hägersten

Ombud: Advokat Torbjörn Borg
Advokat Jan Lindskog
Öberg & Heijne Advokatbyrå
Fristadstorget 4
632 20 Eskilstuna



MOTPART

Vattenfall Eldistribution AB, 556417-0800
162 87 Stockholm

Ombud: Advokat Ulf Djurberg
Jur.kand. Caroline Näslund
Setterwalls Advokatbyrå
Box 1050
101 39 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

Länsrätten avskriver målet från vidare handläggning.

Dok.Id 364267

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: lansrattenistockholm@dom.se

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Vattenfall Eldistribution AB (Vattenfall) genomförde under 2006 en upphandling kallad Transformatorstationer Råtsi och Luossavaara. Upphandlingen genomfördes som en förhandlad upphandling. I tilldelningsbeslut den 7 november 2006 meddelade Vattenfall att man avsåg teckna avtal avseende den aktuella upphandlingen med ABB Power Technologies AB (ABB). El- och industrideknik Svenska AB (EIAB) begärde överprövning av beslutet enligt LOU. På yrkande från EIAB beslutade länsrätten den 16 november 2006 i mål nummer 24582-06 att förordna att upphandlingen tills vidare inte fick avslutas. Efter att Vattenfall här efter inkommit med uppgift om att upphandlingen avbrutits beslutade länsrätten den 29 november 2006 att avskriva målet från vidare handläggning.

YRKANDE M.M.

EIAB yrkar att länsrätten beslutar att den otillåtna direktupphandlingen av Transformatorstationer Råtsi och Luossavaara ska göras om. Till stöd här för anför EIAB bland annat följande. Den grundläggande frågan som länsrätten har att ta ställning till är om bestämmelserna om offentlig upphandling är tillämpliga på det avtal som tecknats mellan Vattenfall och ABB avseende samma kontrakt föremål som avsågs i den avbrutna upphandlingen "Transformatorstationer Råtsi och Luossavaara". En anslutande fråga som länsrätten även har att pröva är om det av 7 kap. 1 § LOU ska anses följa att det förhållandet att avtal redan ingåtts utgör hinder för överprövning enligt LOU. EIAB menar, trots att avtal redan föreligger mellan Vattenfall och ABB, att denna omständighet inte utgör hinder för överprövning enligt LOU (jfr prop. 2001/02:142 s. 78 och 102). EIAB anser så vara fallet och att det därför ska prövas om upphandlingen skett på ett korrekt sätt och om en överprövning enligt LOU fortfarande är möjlig. Frågan är också om Vattenfall alls haft rätt att använda upphandlingsformen förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 4 kap. 16 § andra stycket p. 4 LOU och att det förelagat sådan brådska att undantaget skulle ha varit till-

lämpligt. Av förfrågningsunderlaget, punkten AFB. 11, framgår att upphandlingen är en "förhandlad upphandling" och förmodligen, eftersom detta inte framgår av förfrågningsunderlaget, med tillämpning av bestämmelserna i 4 kap. LOU. Som huvudregel gäller enligt 4 kap. 16 § LOU att öppen, selektiv eller förhandlad upphandling ska användas. Värdet på kontraktets föremålet, dvs. transformatorstationerna Råtsi och Luossavaara, översteg vid tidpunkten vida de gällande tröskelvärdena. Vattenfall har gjort gällande att "Upphandlingen är oerhört tidskritisk" och att elförsörjningen i området, bland annat Kiruna tätort, Kirunagruvan och Malmbanan Kiruna-Narvik riskerades om inte de båda transformatorstationerna PT96 Råtsi och PT97 Luossavaara i Kiruna kan kopplas in i oktober/november 2007 och därför skulle en rätt att genomföra en direktupphandling föreligga. Skyldighet att genomföra upphandlingen förelåg och EIAB menar att den omständigheten att avtalet är av speciell karaktär inte föranleder annan bedömning. Vattenfalls grund för att avbryta upphandlingen uppstår först i och med att länsrätten meddelar beslut om inhibition. För EIAB framstår det som obegripligt varför Vattenfall själv inledningsvis valde att genomföra upphandlingen som en förhandlad upphandling om "Upphandlingen är oerhört tidskritisk". EIAB gör gällande att det inte förelåg någon grund för Vattenfall att byta upphandlingsform sedan inhibitionsbeslutet meddelats av länsrätten. EIAB menar att det är uppenbart att transformatorstationerna PT96 Råtsi och PT97 Luossavaara har ett värde som vida överstiger tillämpligt tröskelvärde och att de ska upphandlas enligt bestämmelserna i sannolikt 4 kap. LOU. Av 4 kap. 1, 8-13 §§ och 6 kap. 1 § följer att bestämmelserna i 6 kap. över huvud taget inte är tillämpliga i en situation som den Vattenfall i förevarande fall hänvisar till. Vattenfall har alltså inte haft möjlighet att använda direktupphandling eller något annat upphandlingsförfarande enligt 6 kap. LOU. Ytterligare en fråga som länsrätten har att pröva är om Vattenfall haft rätt att använda förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt någon av punkterna i 4 kap. 16 § LOU. EIAB menar att ingen av punkterna är tillämplig utan upphandlingen måste betraktas som en otillåten direkt-

upphandling. För övrigt kan tilläggas att om upphandlingsförfarandet avslutats enligt 4 kap. Vattenfall skulle ha varit skyldig att inom viss tid sända en annons därom till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (6kap. 16 § LOU). Det har inte framkommit att detta har gjorts. EIAB menar att Vattenfall avtalat om anskaffning av transformatorstationerna utan att ha tillämpat bestämmelserna i LOU trots att så borde ha skett. EIAB vill anföra att EG-domstolen har i domen den 11 januari 2005 i mål C-26/03 Stadt Halle m.fl., uttalat bland annat att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till en effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattats *utanför* ett formellt upphandlingsförfarande och *före* en formell anbudsinfordran. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan (punkt 41). Avtalet mellan Vattenfall och ABB innefattar ett ställningstagande från Vattenfalls sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande under pågående inhibitionsbeslut av länsrätten avbryta upphandlingen och anlita ABB som leverantör av transformatorstationerna. EIAB vill med anledning av Vattenfalls hänvisning till Kammarrätten i Göteborgs dom den 25 juni 2008 i mål nr 6690-07 understryka att någon upphandling på sätt som föreskrivs i då gällande lag om offentlig upphandling aldrig genomförts. Domstolen konstaterade att Helsingborgs stad genomförde anskaffningen med en serie av åtgärder, vilka samtliga bröt mot bestämmelserna i LOU. Kammarrättens slut, nämligen att entreprenaden slutförts utgjorde grund för att bifalla klagandens talan, saknar stöd i den nationella rätten, EG-rätten och i svensk praxis. Det torde inte vara en uppgift för domstolen att pröva följsamheten mot LOU genom kontroll av huruvida kontraktsföremålet är fullgjort eller inte. EIAB vill med anledning av Vattenfalls invändning åberopa vad Regeringsrätten uttalat i mål RÅ 2005 ref. 10, det s.k. Ryanair-målet. EIAB konstaterar,

trots att kontraktsföremålen uppförts och tagits i drift, så utgör, på sätt som Regeringsrätten funnit i RÅ 2005 ref. 10, ”färdigställandegraden” inget hinder för överprövning enligt LOU i detta mål. Någon rättslig grund för att avvisa målet föreligger därför inte. Kraven i 4 kap. 16 § andra stycket p. 4 LOU är desamma som gäller vid befrielse på grund av force majeure och samma tolkning ska göras här. Eftersom det är fråga om ett exceptionellt undantag i LOU ska kraven dessutom tolkas restriktivt. Vattenfall angav i de Administrativa Föreskrifterna, AMA 98, till den ursprungliga upphandlingen, att Kiruna ”under en lång tid av år kommer att genomgå en stor infrastrukturförändring” samt att ”bebyggelse, vägar, järnväg och elkraftstrukturen” måste flyttas på grund av ”markförändringar som uppstår då marken deformeras och spricker”. Därför genomfördes upphandlingen ”Transformatorstationer Råtsi och Luousavaara”. Deformationen av marken i Kiruna förelåg långt innan förfrågningsunderlaget upprättades av Vattenfall den 16 augusti 2006 och några nya omständigheter hade inte tillkommit beträffande markens beständighet när länsrätten meddelade inhibition i mål nr 24582-06 eller ens när Vattenfall den 27 november 2006 beslutar avbryta den inhiberade upphandlingen. Som bilaga 4 till sitt yttrande har Vattenfall fogat meddelandet ”GPS-mätningar av Kiirunavaaras hängvägg oktober 2006” som sägs visa mätningar av deformationsförlopp i området. Av meddelandets sammanfattning framgår att ”Mätningarna påvisar en mindre utvidgning av deformationsområdet” och ”Mätresultatet från oktobermätningen påvisar mindre rörelser än tidigare”. I punkten 1.2 ”Några kommentarer till graferna” sägs bland annat att ”I graferna till vissa punkter som redovisas är utvärderingen att dessa punkter inte är i rörelse” och ”Det gamla kriteriet kvarstår ändå eftersom det tycks finnas en årstidsvariation som är större än GPS-noggrannheten. Tvärtemot vad Vattenfall gör gällande visar meddelandet inga sådana dramatiska förändringar i markrörelserna som motiverar en tillämpning av bestämmelserna i 4 kap. 16 § andra stycket p. 4 LOU. Dokumentet visar snarare att deformationsområdet då Vattenfall beslutar att genomföra upphandlingen inte uppfyller kriterierna i angiv-

na bestämmelse. Inte heller ägde Vattenfall rätt att åberopa bestämmelserna i LOU om direktupphandling. EIAB bestrider att detta meddelande visar på ett ”avsevärt snabbare och ett accelererat deformationsförlopp”. Tvärtom visar meddelandet på motsatsen, dvs. inga eller ringa förändringar har förekommit. EIAB menar att meddelandet snarare visar en återgång av rörelserna inom deformationsområdet och en stabilisering av förhållandena. EIAB menar att Vattenfalls åberopade handling inte visar på att ”synnerlig och oväntad brådska” skulle ha förelegat då upphandlingen, i strid med länsrättens inhibitionsbeslut, avbröts eller då den nya anskaffningen därefter genomfördes. Några nya och alarmerande markförändringar hade alltså inte inträffat när länsrätten den 29 november 2006 avskrev målet eller när Vattenfall valde att direktupphandla en av anbudsgivarna i den ursprungliga upphandlingen att uppföra transformatorstationerna. Något faktiskt stöd i utredningar och mätningar för att Vattenfall skulle äga rätt att tillämpa undantagsbestämmelsen i 4 kap. 16 § andra stycket p. 4 LOU har heller inte framkommit i målet. EIAB bestrider att det förekommit någon ”snabb utbredning av sprickzonen kring Kiruna” och att rekvisiten enligt 4 kap. 16 § andra stycket p. 4 LOU därmed skulle vara uppfyllda. Förändringarna i markrörelserna hade inte förvärrats utan tvärt om hade dessa avtagit och var inte längre mätbara. EIAB noterar att om Vattenfall iakttagit vad bolaget självt angivit i sitt förfrågningsunderlag och följt bestämmelserna i LOU så skulle någon begäran om överprövning aldrig gjorts beträffande den första upphandlingen och någon fördröjning heller aldrig behövt inträffa. Den tidsnöd som Vattenfall anger som grund för sin direktanskaffning förelåg således inte. Vattenfall uppfyllde i vart fall inte två av rekvisiten för att få rätt att tillämpa bestämmelsen i 4 kap. 16 § andra stycket p. 4 LOU; synnerlig brådska (extreme urgency) gör det omöjligt att hålla de tidsgränser som gäller för öppet eller selektivt förfarande och omständigheterna ska heller inte ha orsakats av enheten själv. EIAB menar att även rekvisitet att brådskan ska vara förorsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten sannolikt inte heller var uppfyllt. Vattenfall anger att

”Den andra upphandlingen ledde till att upphandlingskontrakt tecknades med ABB, den anbudsgivare som skulle ha erhållit kontraktet i den första upphandlingen”. Vattenfalls påstående bestrids av EIAB. Ett upphandlingskontrakt kan endast tecknas efter en korrekt genomförd upphandling, i vilken bestämmelserna i LOU iakttagits. Någon sådan upphandling har Vattenfall aldrig genomfört. Vidare bestrids att ABB skulle ha utsetts som den första upphandlingens vinnare. Den frågan kommer aldrig att kunna besvaras i och med att Vattenfall, oaktat att inhibition hade meddelats, valde att avbryta upphandlingen under den pågående överprovningen i länsrätten. Vattenfall tycks här blanda samman civilrättsligt bindande avtal och upphandlingskontrakt.

Vattenfall bestrider bifall till ansökan om överprovning och yrkar i första hand att målet avskrivs från vidare handläggning och i andra hand att EIAB:s talan avvisas. Till stöd härför anför Vattenfall bland annat följande. Transformatorstationerna Råtsi och Luossavaara är nu uppförda och tagna i drift. Det är således inte möjligt att göra om upphandlingen. Vattenfall yrkar därför, med hänvisning till Kammarrätten i Göteborgs beslut den 25 juni 2008, att länsrätten avskriver målet. Vattenfall har genomfört en upphandling utan föregående annonsering enligt 4 kap. 16 § andra stycket p. 4 LOU. Eftersom upphandlingskontrakt föreligger sedan mer än ett år kan EIAB:s ansökan om överprovning inte prövas. Kiruna genomgår en stor infrastrukturförändring på grund av LKAB:s gruvverksamhet. Markförändringar har uppstått när marken har deformerats. Bland annat måste bebyggelse, vägar, järnväg och anläggningar för elkraftdistribution flyttas på grund av dessa markförändringar. Den befintliga transformatorstationen i Kiruna var därför tvungen att ersättas. Vattenfall genomförde en upphandling av två transformatorstationer i Kiruna, Råtsi transformatorstation och Luossavaara transformatorstation. På grund av den snabba utbredningen av sprickzonen kring Kiruna var det en absolut förutsättning för upphandlingen att den nya transformatorstationerna kunde tas i bruk innan den befintli-

ga var tvungen att stängas av och uppenbarligen även av största vikt att uppförandet av transformatorstationerna inte fördröjdes, vilket även framgick av Administrativa föreskrifter AMA 98. Den första upphandlingen avsåg uppförandet av transformatorstationerna Råtsi och Luossavaara, komplett monterade och provade i full driftfärdigt skick i enlighet med den tekniska beskrivning som framgår av förfrågningsunderlaget. Anbudet i den första upphandlingen skulle vara Vattenfall till handa senast den 4 september 2006, tidplan för uppförandet av transformatorstationerna skulle upprättas senast 14 dagar efter att kontrakt hade tecknats och transformatorstationerna skulle vara klara att tas i bruk senast den 15 december 2007. Totalt inkom tre anbud. Bland anbudsgivarna fanns ELAB och ABB. Vattenfall fattade tilldelningsbeslut den 7 november 2006. Av beslutet framgick bland annat att Vattenfall beslutat teckna avtal med ABB. På grund av synnerlig och oväntad brådska med uppförandet av transformatorstationerna avbröt emellertid Vattenfall den första upphandlingen den 27 november 2006. Sakliga skäl för avbrytandet förelåg. LKAB genomförde nya mätningar av markförändringarna kring den dåvarande transformatorstationen under anbudstiden för den första upphandlingen, GPS-mätningar på Kiirunavaaras hängvägg oktober 2006. Dessa mätningar visade på ett *avsevärt snabbare och accelererande deformationsförlopp* i området. Mätningarnas resultat var mycket oväntat. Mätningarna innebar att sista möjliga dag för att ta transformatorstationerna i bruk tidigarelades med flera månader. För att hinna uppföra de två transformatorstationerna krävdes i praktiken att arbetet med dem påbörjades så snart som möjligt. Synnerlig brådska förelåg således för uppförandet av transformatorstationerna. Den geologiska informationen från april 2006 som den första upphandlingen baserades på hade i och med rapporter i oktober och november 2006 drastiskt förändrats. Under början av oktober 2006 genomfördes nya mätningar av sprickzonen. Vattenfall erhöll den nya informationen i mitten av oktober 2006 när anbudet i den första upphandlingen var under utvärdering genom LKAB:s rapport Scenariobeskrivning Ställverk[Transformatorstation] PT92 och därefter, i

mitten av november 2006, genom LKAB:s rapport GPS-mätningar på Kirunavaaras hängvägg oktober 2006. Scenariobeskrivningen innebar en genomgång av markförändringens inverkan på den dåvarande transformatorstationen, PT 92. Av scenariobeskrivningen framgick att området under PT92 var annorlunda mot angränsande områden, vilket inte var till fullo känt för Vattenfall före oktober 2006. Det hade gått brott i den grund som PT92 stod på. Därutöver var de naturliga jordarna under transformatorstationen ersatta med morän i vilken det inte fanns någon humus eller växtlighet med rötter som band ihop jorden. Området svarade därför väldigt fort på förändringar i underliggande bergmassor som sprack och sättningar kunde ske i momentana hopp, mycket svåra att förutse. Efter att ha gått igenom tre rimliga scenarier, det normala, det gynnsamma och det sämsta, gavs i scenariobeskrivningen följande rekommendation: ”I normalfallet är det på gränsen att T5:s konstruktion skulle hålla. Då ska man även ta i beaktande att St3:s mätvärden inte är helt kompatibla med de punkter som ligger till grund för diagrammet utan mest troligt underskattar rörelsens storlek något. Rekommendationen är att på lämpligt sätt säkerställa driften på den enheten. T6 bedöms klara alla tre scenarier.” Det framgår att det fanns en risk att den ena ställningen, T5, inte skulle hålla i två av fallen, det normala och det sämsta. Detta var en nyhet för Vattenfall eftersom den tidigare information Vattenfall hade var att ”Grundkonstruktionen bedöms tåla horisontella markrörelser på 0,1 m, även i de mest ogynnsamma lägena, t.ex. mitt under fundamentet, utan att skadas allvarligt. [...] Anläggningens mest sårbara delar synes finnas invid transformatorställning T6 i den nordöstra delen av området.” Ytterligare en anledning till brådskan med att uppföra transformatorstationerna var att mätningen var osäker, vilket framgår av scenariobeskrivningen: ”Däremot så vet vi att denna rörelse inte sker jämnt över tiden utan att det kan ske större hopp under enskilda år för att därefter stå still under en period. [...] Troligtvis har området rört sig något mer än det uppnådda värdet”. Vattenfall bedömde således att risken för att det sämsta fallet förverkligades var realistisk. I mitten av november 2006 erhöll Vat-

tenfall rapporten GPS-mätningar på Kiirunavaaras hängvägg oktober 2006. Det är, på sätt som EIAB gjort gällande, inte möjligt att endast se till de förändringar som sker i de tre mätpunkterna inom PT92:s område. Mät-punkterna måste ses i sitt sammanhang. Att genomföra upphandlingen var en absolut nödvändighet. Den synnerliga brådskan med den andra upphandlingen var orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av Vattenfall och som inte heller kunde hänföras till Vattenfall. Brådskan gjorde det omöjligt att hålla tidsfristerna vid en öppen eller selektiv upphandling. Grund för att genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering förelåg således. Av denna anledning avbröt Vattenfall den första upphandlingen den 27 november 2006 och genomförde kort därefter den andra upphandlingen, utan föregående annonsering, avseende uppförandet av transformatorstationerna Råtsi och Luossavaara i enlighet med 4 kap. 16 § andra stycket p. 4 LOU. Den andra upphandlingen ledde till att upphandlingskontrakt tecknades med ABB, den anbudsgivare som skulle ha erhållit kontraktet i den första upphandlingen. ABB inledde uppförandet av transformatorstationerna i december 2006. Transformatorstation Råtsi var klar för spänningssättning den 1 november 2007 och transformatorstation Luossavaara kopplades in den 28 september 2007. Transformatorstationerna är i dagsläget i full drift och är även till stora delar slutbesiktigade. Det är således inte möjligt att göra om upphandlingen. Eftersom ansökan om överprövning enligt 7 kap. 1 § LOU inte får prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger ska EIAB:s ansökan om överprövning avvisas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster trädde i kraft den 1 januari 2008. Enligt övergångsbestämmelserna till lagen ska bestämmelserna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före

ikraftträdandet. Det upphandlingsförfarande som målet gäller har påbörjats före den 1 januari 2008 varför 1992 års lag ska tillämpas.

Av 4 kap. 1 § LOU framgår, såvitt nu är aktuellt att bestämmelserna i detta kapitel ska tillämpas vid upphandling som görs av en upphandlande enhet för sådan av enheten bedriven verksamhet som består av drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med elektricitet eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät.

Av 4 kap. 16 § första stycket LOU framgår att öppen, selektiv eller förhandlad upphandling med föregående annonsering ska användas.

Vidare framgår av 4 kap. 16 § andra stycket p. 4 LOU att en upphandlande enhet får avstå från annonsering om det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppen eller selektiv upphandling.

Av 6 kap. 1 § LOU framgår att bestämmelserna i kapitlet tillämpas på upphandling som avses i 2, 3 och 4 kap. och understiger de tröskelvärden som anges där.

Enligt 7 kap. 1 § LOU får vid direktupphandling en ansökan om överprövning enligt LOU inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. Vid annan upphandling får, enligt tredje stycket, överprövning ske även sedan avtal slutits under förutsättning att det vid prövningstillfället inte förflutit tio dagar från det att den upphandlande enheten enligt 1 kap. 28 § lämnat upplysningar till anbudssökande eller anbudsgivare om beslut om leverantör och anbud och skälen för det.

Länsrätten gör följande bedömning

Länsrätten har inledningsvis att ta ställning till frågan om den omständigheten att den ifrågavarande entreprenaden har avslutats innebär att någon överprövning enligt LOU inte kan ske och målet därför ska avvisas.

Av stycke 41 i EG-domstolens dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03 Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Therimsche Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna framgår bland annat följande. Artikel 1.1 i direktiv 89/665 ska tolkas så, att

medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsam rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, särskilt det beslut som syftar till att klargöra huruvida ett visst kontrakt ska hänföras till det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 eller till den personkrets som direktivet är tillämpligt på. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Medlemsstaterna har följaktligen inte rätt låta möjligheten att ansöka om överprövning bero på om det aktuella upphandlingsförfarandet formellt nått ett bestämt stadium.

Kammarrätten i Göteborg har i ett avgörande den 25 juni 2008 i mål nr 6690-07 utan hinder av att entreprenaden som upphandlingen avsåg avslutats prövat om Helsingborgs stad kunnat åberopa synnerliga skäl för att företa en direktupphandling.

Regeringsrätten uttalade i RÅ 2005 ref. 10 med hänvisning till EG-domstolens ovan nämnda avgörande följande avseende ett avtal mellan Nyköpings kommun och Ryanair avseende marknadsföring m.m. Avtalet mellan Nyköpings kommun och Ryanair innefattar ett ställningstagande från kommunens sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita Ryanair som leverantör. Vid sådant förhållande utgör den omständigheten att avtal redan föreligger inte hinder för prövning enligt LOU (jfr. prop. 2001/02:142 s. 78 och 102).

Med anledning av vad som redovisats ovan finner länsrätten att det inte föreligger hinder för att ta upp målet till prövning.

Länsrätten har nu att ta ställning till om omständigheterna då den andra upphandlingen genomfördes var sådana att Vattenfall haft fog för beslutet att genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Vattenfall har anfört att upphandlingen genomförts med stöd av 4 kap. 16 § andra stycket p.4 LOU och har för att styrka att rätt härtill förelegat åberopat en omfattande skriftlig bevisning. EIAB har inte bestritt att 4 kap. LOU i och för sig är tillämpligt avseende entreprenaden men ansett att kraven i 4 kap. 16 § andra stycket p.4 inte är uppfyllda.


Då förhandlad upphandling utan föregående annonsering utgör ett undantag från huvudregeln om hur upphandling ska ske ska bestämmelsen tolkas restriktivt och höga krav uppställas för att tillämpning ska kunna ske. Det åligger den upphandlande enheten att visa att en sådan undantagssituation förelegat som medfört rätt att inte låta upphandlingen föregås av annonsering.

Länsrätten finner mot bakgrund av vad som framkommit i målet inte skäl att ifrågasätta att det varit absolut nödvändigt att genomföra den ifrågasatta upphandlingen. Frågan är emellertid om det förelegat sådan synnerlig brådska som krävs enligt paragrafen och som dessutom har varit orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten.

Vattenfall anser att resultatet av de nya mätningar som gjorts och som presenterades i oktober och november 2006 utgjorde grund för att avbryta den påbörjade förhandlade upphandlingen och istället vända sig till ABB och förhandla utan föregående annonsering. Vattenfall har tolkat resultaten som att synnerlig brådska förelåg för att få entreprenaderna utförda. EIAB delar inte denna bedömning. Med hänsyn till de höga krav som uppställs för att 4 kap. 16 § andra stycket p. 4 LOU ska få tillämpas kan Vattenfall enligt länsrättens mening inte anses ha visat att sådan synnerlig brådska för att få

genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering som anges i paragrafen förelegat. Annan grund som möjliggjort den upphandling som skedde har inte åberopats. Länsrätten finner därför att den upphandling avseende transformatorstationerna PT96 Råtsi och PT97 Loussavaara som Vattenfall genomförde efter att den första förhandlade upphandlingen avbrutits, inte var i överensstämmelse med LOU. Då transformatorstationerna numera är uppförda och entreprenaden avslutats finns det emellertid inte förutsättningar för att förordna om att upphandlingen ska göras om. Länsrätten kan därför endast avskriva målet från vidare handläggning.

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



Rolf Jonsson
rådman

Föredragande har varit länsrättsnotarien Dick Moberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppges sitt namn, adress och telefonnummer.

