



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Förvaltningsrättsnotarien
 Mikaela Johansson

DOM
 2015-07-02
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 2029-15

SÖKANDE

SM Rederi AB, 556951-6999

Ombud: Alexander Lindgren
 Bsmart Legal Juristbyrå
 Drottninggatan 9, 4 tr
 803 20 Gävle

MOTPART

Gävle kommun
 801 84 Gävle

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-07-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår SM Rederi AB:s yrkande om editionsföreläggande.

Förvaltningsrätten avslår SM Rederi AB:s yrkande om att avtalet mellan Limöbåten Rederi AB och Gävle kommun ska förklaras ogiltigt.

Dok.Id 140711

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg (Inköp Gävleborg) avbröt en upphandling avseende skärgårdstrafik i början av 2015 då det ansågs att budgeterade medel understeg anbudens pris. Inköp Gävleborg genomförde sedan en ny upphandling avseende samma sak och tilldelade Limöbåten Rederi AB (Limöbåten) kontrakt den 24 april 2015. SM Rederi AB (SM) begärde då överprövning (mål nr 1685-15). Inköp Gävleborg beslutade att avbryta upphandlingen till följd av bristande konkurrens, varvid SM ansökte om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen (mål nr 1891-15). Gävle kommun (kommunen) beslutade sedan, den 18 maj 2015, att efter direktupphandling teckna avtal med Limöbåten avseende skärgårdstrafik säsong 2015. SM begärde då att förvaltningsrätten interimistiskt skulle besluta att avtalet inte fick fullgöras. Förvaltningsrätten avslog denna begäran den 26 maj 2015. Förvaltningsrätten avslog även, den 15 juni 2015, SM:s ansökan om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

SM yrkar att förvaltningsrätten beslutar att det avtal som kommunen träffat med Limöbåten efter direktupphandling förklaras ogiltigt. SM yrkar även att förvaltningsrätten utfärdar editionsföreläggande och ålägger kommunen att inkomma med underlaget som visar hur man har räknat fram totalvärdet för direktupphandlingen.

SM anför bl.a. följande. Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna och genomfört en otillåten direktupphandling samt slutit avtal i strid med avtalsspärr. SM har därigenom lidit eller kan komma att lida skada. Kommunen har sedan flera år tillbaka bedrivit turbåtstrafik enligt turlista och har inom de föregående tolv månaderna utbetalat medel till Limöbåten för tjänst av samma slag. Båttrafiken kommer även att behövas

nästa säsong. En beräkning av värdet av tjänsterna ska göras på objektiva grunder och valet av beräkningsmetod får inte göras för att kringgå upphandling över tröskelvärdena. Omfattningen av uppdraget i direktupphandlingen är nästintill identiskt med omfattningen som anges i anbudsförfrågan från Inköp Gävleborg. I den upphandling som det begärts överprövning av angav Limöbåten att man kunde utföra tjänsten för 1 398 000 kr. Det är inte sannolikt att kommunen dragit ned på turerna så pass mycket att värdet nu plötsligt inte överstiger 505 800 kr. Det är därför tydligt att det verkliga värdet i direktupphandlingen överskrider det tillåtna beloppet. Det får anses ligga på kommunen att bevisa att man gjort en kvalificerad bedömning på objektiva grunder när man räknat fram värdet. Kommunen har inte lämnat någon rimlig förklaring till hur man beräknat beloppet. Det skulle strida mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) att dela upp tjänsten på flera direktupphandlingar inom den närmsta perioden.

Kommunen ingick avtal med Limöbåten samtidigt som överprövning av den tidigare upphandlingen avseende skärgårdstrafik handlades av förvaltningsrätten. Även om Inköp Gävleborg var den upphandlande myndigheten och tecknade avtal för köparen, måste ändå avtalsspärren gälla för kommunen, som är köpare och nyttjare av avtalet, annars är det ett kringgående av LOU. Att konsekvent och systematiskt ge fördel till en leverantör och tilldela den leverantören kontrakt trots brister i obligatoriska krav är tydliga överträdelser av likhetsprincipen. Att endast föra dialog med en leverantör innebär diskriminering mot andra leverantörer. Även om det var Inköp Gävleborg som ansvarade för de tidigare upphandlingarna har kommunen kontinuerligt blivit underrättad och gjort allt för att tillförsäkra Limöbåten kontraktet. Kommunen har en policy att alla upphandlingar över 100 000 kr ska annonseras ut, om inte synnerliga skäl finns. Direktupphandlingen har inte annonserats ut. Kaptenen för Limöbåten saknar intyg som visar på specialbehörighet för krishantering.

Kommunen hemställer att SM:s yrkanden inte i något avseende ska vinna bifall och anför sammanfattningsvis följande. En direktupphandling till lågt värde har skett på grund av pressad tidplan och stor samhällsnytta med båttrafiken. Avtalet innebär att entreprenören enbart trafikerar en linje mellan Gävle (Södra skeppsbron) och Limön. Trafikmängden är således betydligt inskränkt mellan parterna mot vad som ursprungligen hade förutsatts och kommunen har ingen möjlighet att för säsongen 2015 utbetala mer än det belopp som är möjligt att utbetala för direktupphandling enligt LOU. För avtalstiden betalar alltså kommunen inte mer än det maximala värdet som är möjligt att utbetala. I övrigt erhåller entreprenören intäkter från passagerare. Sammantaget är det upp till entreprenören att bedöma hur länge denne kan ombesörja skärgårdstrafiken med hänsyn till inkomna intäkter dels från kommunen, dels från passagerare.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Editionsföreläggande

Av 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) framgår att skriftlig handling, som åberopas som bevis, ska tillsändas rätten utan dröjsmål samt att bestämmelserna om edition i 38 kap. 8 § rättegångsbalken ska tillämpas i fråga om sådant bevis. I den bestämmelsen anges att om en allmän handling kan antas ha betydelse som bevis, får rätten besluta att handlingen ska tillhandahållas.

Om en direktupphandling överskrider det tillåtna värdet kan ett avtal till följd av direktupphandlingen förklaras ogiltigt. SM gör gällande att det verkliga värdet i direktupphandlingen överskrider tröskelvärdet. Det är oklart om det finns ett underlag som visar hur kommunen har beräknat upphandlingsvärdet och om ett sådant underlag i så fall kan anses utgöra en allmän handling. Förvaltningsrätten anser dock att det saknar betydelse i målet hur summan 505 800 kr har räknats fram. Av intresse är istället om

upphandlingsvärdet ska anses uppgå till ett högre belopp. SM har inte närmare redogjort för vad en beräkning av beloppet skulle visa på. Förvaltningsrätten anser därför att den åberopade handlingen inte kan antas ha betydelse som bevis. SM:s yrkande om edition ska därför avslås.

SM:s invändningar i sak

Enligt 16 kap. 13 § första stycket LOU ska rätten besluta att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bl.a. om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § eller 15 kap. 4 §.

Enligt 15 kap. 3 § LOU med hänvisningar får direktupphandling användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av tröskelvärdet, för närvarande 505 800 kr. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret (15 kap. 3 a § LOU).

Av det aktuella avtalet framgår bl.a. följande. Avtalstiden ska gälla från och med 2015-05-18 till och med 2015-09-30. Avtalet kan omedelbart avbrytas när förvaltningsrätten dömt i mål nr 1685-15 eller 1891-15 eller när värdet för fakturerade tjänster uppgår till ovan angivet värde. Leveransavtalet kan således avbrytas när den första av de angivna händelserna inträffar. Priset är SEK 505 800 för hela säsongen. Priset ska gälla fast exklusive moms för hela säsongen.

Förvaltningsrätten konstaterar att direktupphandlingen och den avbrutna upphandlingen uppvisar stora likheter vad avser upphandlingsföremålet

och omfattningen av detta. Så som förvaltningsrätten tolkar avtalet kan det dock avbrytas när värdet för fakturerade tjänster uppgår till 505 800 kr, vilket är det pris som ska gälla för hela säsongen. Det framgår inte av avtalet, eller av vad som i övrigt förevarit i målet, att kommunen skulle kunna komma att betala mer för den aktuella tjänsten än det belopp som är tillåtet att direktupphandla för enligt LOU. Även den promemoria som undertecknades av företrädare för kommunen den 16 maj 2015, där det framgår att beloppet kommer att ligga inom ramen för acceptabla belopp för direktupphandling 505 800 kr, talar för att denna summa är det maxbelopp som kommunen kan komma att betala för skärgårdstrafiken under säsongen 2015. Förvaltningsrätten anser därför att det inte finns omständigheter som tyder på att upphandlingen har delats upp för att kringgå bestämmelserna i LOU eller att det finns options- eller förlängningsklausuler som kan utnyttjas. Det har inte heller framkommit att kommunen har gjort upphandlingar av samma slag under räkenskapsåret. Förvaltningsrätten anser därför att kontraktets värde inte överstiger den gräns för direktupphandling som uppställts i LOU varför det saknas skäl att förklara det ingångna avtalet ogiltigt på denna grund.

Enligt 16 kap. 13 § andra stycket LOU ska ett avtal bl.a. förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1 eller 8 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Eftersom avtalsspärr inte gäller vid bl.a. direktupphandling (se 16 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU) kan kommunens tecknande av avtal med Limöbåten efter direktupphandling inte anses ha skett i strid med någon avtalsspärr även om upphandlingsföremålet i direktupphandlingen i stort sett överensstämmer med den upphandling som Inköp Gävleborg avbröt.

Förvaltningsrätten har alltså konstaterat att avtal slutits efter tillåten direktupphandling och att det inte skett i strid med någon avtalsspärr. Vid sådana förhållanden saknar förvaltningsrätten möjlighet att ingripa mot upphandlingen och avtalet till följd av ev. överträdelser av de grundläggande principerna (jfr 16 kap. 6 § andra stycket och 16 kap. 13 § LOU). Förvaltningsrätten finner därför inte skäl att pröva SM:s övriga invändningar mot upphandlingen och avtalet.

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



Eva Karlsson Helge

rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuellt annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.