



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 1  
Göran Sundberg

**DOM**  
2011-10-03  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
863-11 E  
Domare 1:3

**SÖKANDE**

Preagera AB, 556710-3360  
Jägersrovägen 160  
212 37 Malmö

Ombud: Robert Ågren  
Preagera AB  
Jägersrovägen 160  
212 37 Malmö

**MOTPART**

Mediapoolen Västra Götaland AB, 556601-4741  
Box 305  
541 27 Skövde

Ombud: Advokaten Nicklas Gränsmarker  
Rosengrens Advokatbyrå i Göteborg AB  
Box 2523  
403 17 Göteborg

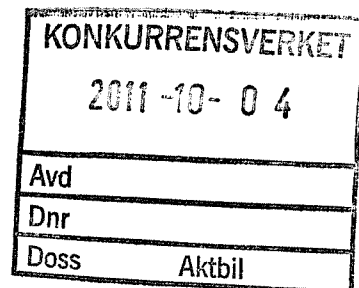
**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att de avtal Mediapoolen Västra Götaland AB ingått, och som är hänförliga till nedan angivna fakturor, förklaras ogiltiga.

Leverantör	Fakturanr
AV-SYD	54127
	54266
	54492
	54501
Norlanders	200493



	200522
	200516
	200514
	200536
	200554
	200568
	200605
	200612
	200664
	200665
Captech	868000290
	868267196
	868267295
	868508698
	868659392
	869057695
	869927293
	870052297
	870823895
	871119392
Scandinavian Photo	2337278
	2337891
	2338608
	2339067
	2339265
	2340568
	2341325
Sennheiser	10804518RI

## BAKGRUND

I dom den 16 juni 2010, mål nr 1224-10, beslutade förvaltningsrätten att en av Mediapoolen Västra Götaland AB (Mediapoolen) genomförd upphandling avseende ramavtal inom AV-utrustning skulle göras om.

Mediapoolen inbjöd den 28 juli 2010 till ny anbudsgivning (öppet förfarande) avseende ramavtal inom AV-utrustning. Genom tilldelningsbeslut den 24 september 2010 tilldelades andra leverantörer än Preagera AB (Preagera) kontrakten inom olika angivna produktområden. Preagera ansökte om överprövning, se förvaltningsrättens mål nr 6775-10. Under handläggningen av det målet yrkade Preagera AB (Preagera) i skrivelse som inkom till förvaltningsrätten den 23 februari 2011 att förvaltningsrätten skulle ogiltigförklara samtliga avtal hänförliga till direktupphandlingar som rätteligen skulle ha omfattats av den genomförda upphandlingen. Ogiltighet yrkades i första hand fr.o.m. den 15 juli 2010, i andra hand fr.o.m. den 23 augusti 2010 och i tredje hand fr.o.m. den 1 oktober 2010, fram till datumet för domstolens avgörande. I dom den 23 mars 2011 avslog förvaltningsrätten Preageras ansökningar om överprövning av upphandlingen samt överprövning av giltigheten av avtal som tecknats fr.o.m. den 1 oktober 2010, d.v.s. under målets handläggning i förvaltningsrätten. Domen överklagades till Kammarrätten i Jönköping som den 1 april 2011 beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Kammarrättens beslut överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen som den 7 april 2011 beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Till de delar Preageras yrkande om ogiltighetsförklaring avsåg tid dessförinnan lade förvaltningsrätten upp detta mål.

Sedan Preagera begärt edition beträffande vissa handlingar beslutade förvaltningsrätten den 16 juni 2011 att förelägga Mediapoolen Västra Götaland AB att till förvaltningsrätten senast den 30 juni 2011 ge in

1. samtliga leverantörsfakturer utställda av AV SYD AB, org. nr. 556273-9358 under perioden fr.o.m. den 23 augusti – den 30 september 2010,
2. samtliga leverantörsfakturer utställda av Netsmart AB, org. nr. 556565-4323 under perioden fr.o.m. den 23 augusti – den 30 september 2010,
3. samtliga leverantörsfakturer avseende andra leverantörer som avser sådan AV-utrustning som omfattas av upphandlingen utställda under perioden fr.o.m. den 23 augusti – den 30 september 2010 samt
4. de avtal som är hänföra till nämnda fakturer.

Till efterkommande av förvaltningsrättens editionsföreläggande inkom  
Mediapoolen med följande fakturer.

Leverantör	Faktu- radag	Fakturanr	Artikeltyp	Pris (exkl. moms)
AV-SYD	100825	54127	Interaktiva skrivtavlor	14 850 kr
	100902	54266	Interaktiva skrivtavlor	14 850 kr
	100916	54492	Interaktiva skrivtavlor	21 700 kr
	100917	54501	Interaktiva skrivtavlor	18 000 kr
Norlanders	100831	200493	TV-artiklar	60 843,20 kr
	100903	200522	TV-artiklar	16 227,20 kr
	100903	200516	TV-artiklar	6 500 kr
	100903	200514	Högtalare	22 140,80 kr
	100907	200536	Digitalkameror	29 870,40 kr
	100909	200554	TV-artiklar	64 784,80 kr
	100913	200568	Digitalkameror	31 221,60 kr
	100920	200605	TV-artiklar	72 608 kr
	100922	200612	TV-artiklar	32 218,40 kr
	100930	200664	Digitalkameror	17 693,60 kr
	100930	200665	Digitalkameror	37 645,60 kr

Captech	100823	868000290	Projektörer	8 410 kr
	100825	868267196	Projektörer	147 815 kr
	100825	868267295	Projektörer	19 770,46 kr
	100827	868508698	Projektörer	53 060,30 kr
	100830	868659392	Projektörer	30 716,05 kr
	100902	869057695	Projektörer	24 952,76 kr
	100913	869927293	Projektörer	32 183,10 kr
	100914	870052297	Projektörer	199 750 kr
	100923	870823895	Projektörer	24 726,76 kr
	100927	871119392	Projektörer	12 671,26 kr
Scandinavian Photo	100826	2337278	Digitalkamera	6 574,40 kr
	100831	2337891	Digitalkamera	9 962,40 kr
	100906	2338608	Videokamera	7 556,80 kr
	100909	2339067	Videokamera	3 744 kr
	100910	2339265	Digitalkamera	3 562,40 kr
	100921	2340568	Videokamera	5 657,60 kr
	100928	2341325	Digitalkamera	10 851,20 kr
Sennheiser	100906	10804518RI	Headset och högtalare	32 907,10 kr

Mediapoolen har uppgivit att den angivna fakturadagen på respektive faktura motsvarar köpdagen för produkterna.

### YRKANDEN

Preagera yrkar, såsom bolaget slutligt bestämt sin inställning, att samtliga avtal som är att hänföra till fakturorna ska ogiltigförklaras. För det fall förvaltningsrätten anser att det finns hinder att ogiltigförklara avtalen yrkar Preagera att förvaltningsrätten ska förelägga Konkurrensverket att föra talan om upphandlingsskadeavgift.

Mediapoolen bestrider dels bifall till ansökan, dels yrkandet om att förvaltningsrätten ska förelägga Konkurrensverket att föra talan om upphandlingsskadeavgift.

### PARTERNAS UTVECKLANDE AV SIN RESPEKTIVE INSTÄLLNING

#### Preagera

Enligt Mediapoolen finns det inte några skriftliga avtal rörande fakturorna. Med andra ord har dessa genomförts i direktupphandlingar. Preagera har påvisat att Mediapoolen innan den 15 juli 2010 har genomfört upphandlingar utan giltiga avtal i en stor omfattning. Summan av samtliga av Mediapoolen redovisade fakturor uppgår till 1 096 025 kr 19 öre. Summan överskrider därmed de gränsvärden som anges i LOU. Mediapoolen har inte framfört något om att det har förelegat några förhållanden som skulle kunna motivera undantag för upphandlingsförfarandet. Det står därmed klart att det är fråga om otillåten direktupphandling. Att upphandling sker i konkurrens under öppna och transparenta former är grundläggande i upphandlingslagstiftningen. Att utan en offentligt publicerad anbudsinsbjudan genomföra upphandlingar av så pass stort värde som det är fråga om i detta mål är att grovt åsidosätta såväl unionens grundläggande principer som LOU. Preagera är ett företag i AV-branschen. Företaget säljer alla typer av

produkter som är att härröra till audio- och videoteknik, samt har tidigare deltagit i upphandlingar som Mediapoolen har genomfört. Samtliga produkter som ingår i fakturorna är exempel på den typ av produkter som Preagera dagligen säljer i sin näringsverksamhet. Preagera har därför ett intresse av att i konkurrens vara med och lämna anbud på sådana produkter i en korrekt upphandling. Det är även i det här sammanhanget värt att notera att värdet av produkterna inte ska räknas var för sig, då en upphandling inte får delas upp i syfte att undvika ett upphandlingsförfarande. Att varorna är av samma typ och kategori framgår av förfrågningsunderlaget i den tidigare upphandlingen, Mediapoolen har i alla fall då agerat i enlighet med den föresatsen. Sammanfattningsvis är det uppenbart att Mediapoolen har genomfört ett stort antal otillåtna direktupphandlingar av stort värde. Mediapoolen har gjort detta i strid med de grundläggande principerna i offentlig upphandling och i strid med LOU. Preagera har lidit skada genom att bolaget har förvägrats möjligheten att delta i en upphandling rörande de produkter som framgår av de fakturor som Mediapoolen inkommit med.

#### Mediapoolen

Samtliga avtal som Mediapoolen ingått utgör tillåtna direktupphandlingar. I första hand på grund av att det finns synnerliga skäl. Mediapoolens annonserade upphandlingar har vid två tillfällen stoppats genom beslut från förvaltningsrätten. Således har Mediapoolen haft för avsikt att genomföra annonserade upphandlingar, men detta har inte kunnat ske på grund av de överprövningar som förevarit. Det är inte rimligt att Mediapoolen tidsmässigt skulle planera genomförandet av upphandlingsprocessen med beaktande av två överprövningar.

Huvudregeln när det gäller synnerliga skäl är att den upphandlande enheten tidsmässigt ska planera för eventuell överprövning. Denna huvudregel om planering kan dock inte gälla utan undantag. En bortre gräns måste iakttas.

I förevarande fall har två på varandra följande upphandlingar överprövats. Sammantaget har överprövningarna medfört en omfattande tidsutdräkt. Det har inte varit möjligt för Mediapoolen att förutse de två överprövningarna som inträffade. Möjligen skulle man kunna ålägga Mediapoolen skyldighet att planera för en överprövning, men inte mer än så. Ett ansvar utöver detta medför absurda konsekvenser. För det fall en upphandling överprövas exempelvis fem gånger och den upphandlande enheten har oturen att förlora samtliga överprövningar så medför det att upphandlande enhet skulle behöva planera för flera år framåt. Det måste alltså finnas en bortre gräns för kraven på den upphandlande enhetens planering i fråga om risk för överprövningar.

Den verksamhet som Mediapoolen bedriver, d.v.s. att försörja de kommuner som äger bolaget med så kallad AV-utrustning, medför att bolagets planering av inköp är direkt relaterad till de behov som uppkommer hos bolagets kunder. Verksamheten är sådan att inköp sker på direkt förfrågan och utifrån kommunernas behov.

I realiteten finns det endast en mycket begränsad möjlighet för Mediapoolen att förutse de behov som skulle komma att uppkomma. Huvudregeln att en upphandlande enhet ska planera för sina upphandlingar kan således inte tillämpas i förhållande till Mediapoolen.

De aktuella avtalen avser inköp av varor inom ramen för Mediapoolens affärsverksamhet. I viss utsträckning har Mediapoolen varit bunden av avtal och har till följd därav inte haft möjlighet att vägra leverans. Således har Mediapoolen inte haft möjlighet att avvakta inköp/avtal. I normalfallet när det gäller prövning av om synnerliga skäl föreligger kan upphandlande enhet åberopa att verksamheten är av sådan art att en direktupphandling är tillåten. I sådana fall brukar vård- och socialtjänster nämnas.



I förevarande fall åberopas inte Mediapoolens verksamhet i sig som grund för att direktupphandling skulle vara tillåten. Vad som dock åberopas är att Mediapoolen i viss utsträckning har varit bunden av löpande civilrättsliga avtal med sina kunder. För det fall direktupphandlingarna inte vidtagits hade således Mediapoolen begått avtalsbrott med risk för påföljd i form av skadestånd. Sådan exponering måste undvikas och det enda sättet för Mediapoolen att agera i sådana fall har varit att vidta direktupphandlingar. Denna problematik uppkommer i normalfallet inte vid offentliga upphandlingar. I normalfallet avser upphandlingen inköp som syftar till att täcka den egna verksamhetens behov och inte någon annans behov, varför dessa upphandlingar inte är förenade med något civilrättsligt ansvar.

I andra hand är direktupphandlingarna tillåtna då vart och ett av inköpen/avtalen har ett sådant lågt värde, understigande 287 000 kr, som medför att de är att anse som tillåtna. Respektive inköp/avtal har skett gentemot ett antal olika leverantörer. Därtill kan respektive inköp från en och samma leverantör inte förutses då inköpen styrs av efterfrågan från Mediapoolens kunder. Det är således inte relevant att räkna samman värdet av inköpen/avtalen vid prövning av om undantaget avseende värde är tillämpligt.

De varor som inköpen avser är inte av sådan art att de ska läggas samman vid prövning av om direktupphandlingarna är tillåtliga under åberopande av lågt värde. Det är inte fråga om upphandlingar av samma slag. Det är korrekt att varorna faller under begreppet AV-utrustning. Det är dock så att varorna skiljer sig åt i väsentligt hänseende. De varor som avses är bland annat tv-apparater, kameror, högtalare och projektorer. Det är alltså fråga om vitt skilda produkter med likaledes vitt skilda användningsområden. Sambandet mellan de varor som ska läggas samman och som alltså anses vara av samma slag är således väsentligt. I förevarande fall finns exempelvis inget som helst samband mellan tv-apparater och kameror. Vidare finns ingen möjlighet för Mediapoolen att vid respektive direktupphandling

överväga om värdet av denna och framtida upphandlingar ska räknas samman. Detta då Mediapoolen inte har möjlighet att förutse omfattningen av framtida inköp och när sådana blir aktuella.

### DOMSKÄL

Det ankommer inte på förvaltningsrätten att förelägga Konkurrensverket att med stöd av 17 kap. LOU vidta åtgärder med stöd av den lagen.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att frågan om ogiltigförklaring av avtal som ingåtts fr.o.m. 1 oktober 2010 har prövats i ett nu lagakraftvunnet avgörande samt att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet enligt 16 kap. 18 § LOU, med vissa nu inte aktuella undantag, ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Förvaltningsrätten kan därför i detta mål inte pröva annat än frågan om ogiltigförklaring av avtal som kan ha slutits under perioden den 23 augusti – den 30 september 2010.

Därnäst kan konstateras att det är ostridigt att Mediapoolen har ingått de avtal som fakturorna avser efter direktupphandlingar, d.v.s. upphandlingar där krav inte ställs på att anbudet ska ha viss form, under perioden den 23 augusti – den 30 september 2010.

Det förvaltningsrätten har att ställning till är om Mediapoolen har fått använda sig av direktupphandling för de olika kontrakten. Det är för det första avhängigt av om kontraktens värde understiger det gränsbelopp som följer av bestämmelsen i 15 kap. 3 § LOU och regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling, för ifrågavarande

upphandlingar 287 966 kr. Förvaltningsrätten har alltså att ta ställning vilket värde de ifrågavarande kontrakten ska anses ha.

Värdet av ett kontrakt ska enligt 15 kap. 3 a § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Det kan konstateras att ingen enskild av de ifrågavarande upphandlingarna uppgår till det ovannämnda gränsvärdet. Dock ska den upphandlande myndigheten vid beräkningen beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. Vid denna beräkning får en upphandling inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU. Frågan är därför om vissa eller samtliga av upphandlingarnas kontraktsvärden ska räknas samman.

I förarbetena till bestämmelsen (prop. 2009/10:180 s. 292 f. och 345 f.) anges bl.a. följande. Värdet ska uppskattas till det totala beloppet som kan komma att betalas enligt avtalet. Uppdelningar av upphandlingar som görs i avsikt att underskrida tillämpliga tröskelvärden eller beloppsgränser förbjuds. Bestämmelsen innebär givetvis inget förbud mot att dela upp en upphandling i delkontrakt. Upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll bör dock inte upphandlas separat. Den upphandlande myndigheten ansvarar för att se till att de upphandlingar som görs inom myndigheten inte överskrider det i lagen angivna direktupphandlingsbeloppet eller tröskelvärdena. Den upphandlande myndigheten ska vid beräkningen beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. Det är den upphandlande myndigheten som uppskattar kontraktsvärdet. Vid behov av vägledning för tolkningen av bestämmelsen får stöd sökas i motiven för och praxis avseende motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena.

Samtliga upphandlande produkter utgörs av olika typer av AV-presentationsutrustning. Dessa har enligt förvaltningsrättens mening till sin art och

sitt användningsområde sådan naturlig anknytning till varandra att det får anses befogat att anse dem vara av samma slag. Därför ska värdet av de olika kontrakten också räknas samman vid bedömningen av kontraktens värde. Vid sådana förhållanden överstiger kontraktsvärdena klart det gränsvärde som angivits för direktupphandlingar.

Nästa fråga som uppkommer är om det finns sådana synnerliga skäl som gör att direktupphandlingarna kan anses tillåtna med stöd av 15 kap. 3 § LOU. Bestämmelsen om synnerliga skäl behövs i oförändrat skick i samband med att de nya bestämmelserna på upphandlingsområdet tillkom (jfr prop. 2009/10:180 s. 295). I äldre förarbeten (prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 429) anges att regeln om synnerliga skäl främst är avsedd för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Extra förmånliga köp vid t.ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlande enheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Det är således den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Vidare anges att vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster bör kunna direktupphandlas.

Som ovan nämnts har Mediapoolen bevisbördan för att den haft rätt att använda direktupphandling. Mediapoolen har i denna del dels gjort gällande att de båda överprövningarna som förevarit har medfört en tidsutdräkt utanför dess kontroll, dels att den varit bunden av avtal med sina kunder, d.v.s. de kommuner som äger Mediapoolen.

Förvaltningsrätten konstaterar till att börja med att, såsom också ovan angetts, de upphandlingar som nu är i fråga har genomförts under perioden

den 23 augusti 2010 – den 30 september 2010, dvs. under den period då Mediapoolen genomförde den annonserade upphandlingen som blev följden av förvaltningsrättens dom den 16 juni 2010 i mål nr 1224-10.

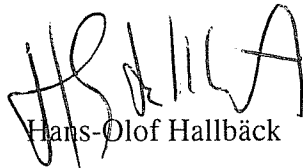
Som huvudregel ankommer det på den upphandlande myndigheten att planera sina upphandlingar på ett sådant sätt att den inte hamnar i brådska, även för de fall en leverantör begär överprövning av upphandlingen. Hur långtgående den upphandlande enhetens planeringsansvar kan anses vara beror framförallt på upphandlingens omfattning, jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 oktober 2010 i mål 5455-09 (som avsåg Skånetrafikens upphandling av busstrafik i Region Skåne). Här är enligt förvaltningsrättens mening inte fråga om en sådan upphandling som till sin omfattning är sådan att överprövningsprocessen legat utanför Mediapoolens kontroll. Mediapoolen kan därför inte anses förmått göra sannolikt att den haft synnerliga skäl för att genomföra direktupphandlingarna. Att Mediapoolen haft avtal med kunder som den haft att fullfölja medför inte heller skäl för annan bedömning i denna del.

Mediapoolen har således inte förmått göra sannolikt att den haft lagliga förutsättningar för att använda direktupphandling för de ifrågavarande kontrakten, utan förfarandet borde ha skett i en annan upphandlingsform och då föregåtts av annonsering. Det finns därför förutsättningar för att i enlighet med 16 kap. 15 § LOU ogiltigförklara de avtal som är hänförliga till fakturorna.

Den fråga som då uppkommer är om det finns något undantag som gör att avtalen ändå ska anses giltiga eller tillåtas bestå. I det sammanhanget kan konstateras att Mediapoolen inte har gjort gällande något förhållande som skulle kunna utgöra ett sådant tvingande hänsyn till allmänintresse eller att det funnits något sådant särskilt förhållande som anges i 16 kap. 17 § LOU som kan medföra att bestämmelserna om ogiltighet inte ska tillämpas. Så-

ledes ska Preageras ansökan bifallas och ifrågavarande avtal ogiltigförklaras.

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

  
Hans-Olof Hallbäck