



KLAGANDE

Tönnersjö Plantskola AB, 556242-5883

Ombud: Jur. dr. Catrin Karlsson
Amber Advokater
Box 363
301 09 Halmstad

MOTPART

Halmstads kommun

Ombud: Kai Sällström
Halmstads kommun
Box 153
301 05 Halmstad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs beslut den 18 november 2014 i mål nr 11778-14, se bilaga A

SAKEN

Interimistiskt beslut i mål om överprövning av offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

Det interimistiska beslutet som fattades den 19 november 2014 med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) upphör därmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2014 -12- 0 8	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Tönnersjö Plantskola AB (Tönnersjö) yrkar att kammarrätten beslutar att Halmstads kommun inte får ingå avtal i upphandling av växtmaterial innan något annat har bestämts och anför i huvudsak följande. Bestämmelsen om förlängd avtalsspärr i 16 kap. 8 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, ska vara tillämplig i de fall den upphandlande myndigheten valt att tillämpa en sådan avtalsspärr som avses i 16 kap. 1 § LOU. I aktuell upphandling har Halmstads kommun valt att tillämpa frivillig avtalsspärr. Detta framgår exempelvis av tidigare tilldelningsbeslut. Det skulle vara i strid med transparensprincipen om Halmstads kommun skulle tillämpa olika ordningar vid varje förnyad konkurrensutsättning. Även om förlängd avtalsspärr inte skulle vara tillämplig i detta fall ska i vart fall ett interimistiskt beslut fattas enligt 16 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrättens beslut att inte meddela interimistiskt beslut medför att Tönnersjö inte kan få den förnyade konkurrensutsättningen effektivt överprövad och det finns inte några motstridiga intressen som talar mot ett sådant beslut. Det vidhålls att den förnyade konkurrensutsättningen är i strid med upphandlingsunderlaget, ramavtalet, rättsmedelsdirektivet, LOU, likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd.

Av 16 kap. 9 § LOU framgår att i fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts. Rätten får avstå från att fatta beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Vid en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal kan den upphandlande myndigheten välja mellan att tillämpa en s.k. frivillig avtalsspärr eller att teckna kontrakt direkt. I sistnämnda fall gäller enligt 16 kap. 2 § 2. LOU inte någon avtalsspärr. I förarbetena till bestämmelsen (prop. 2009/10:180 s. 118) motiveras detta enligt följande. Underrättelseskyldighet om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket LOU gäller även vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal. Med hänsyn till vikten av ett effektivt förfarande vid denna typ av upphandlingar, bör emellertid avtalsspärr inte gälla här. En upphandlande myndighets behov av att vid förnyad konkurrensutsättning snabbt kunna få tillgång till det som upphandlats kan finnas såväl vid större värden som vid mindre värden. Om undantaget från avtalsspärr genomförs föreskriver ändringsdirektivets artikel 2d. 1c att överträdelser av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning ska kunna medföra ogiltighet av ett ingånget avtal eller alternativa sanktioner. Den föreslagna möjligheten att överpröva avtal innebär att det, även med ett undantag från avtalsspärren, kommer att vara möjligt för leverantörer att få till stånd en överprövning.

Tönnersjö har invänt att det skulle vara i strid med transparensprincipen om Halmstads kommun skulle tillämpa olika ordningar vid varje förnyad konkurrensutsättning och har hänvisat till att s.k. frivillig avtalsspärr använts i samtliga tilldelningsbeslut i upphandlingen.

När bestämmelserna om avtalsspärr infördes i LOU angavs i förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 108) bl.a. följande. Avtalsspärren ska beräknas med utgångspunkt i den underrättelse om tilldelningsbeslut som den upphandlande myndigheten enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § LOU ska skicka. Det finns alltså en koppling mellan underrättelsen om tilldelningsbeslut och avtalsspärren på så sätt att skyldigheten att skicka en sådan underrättelse utlöser avtalsspärren.

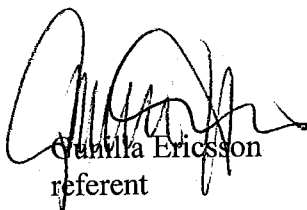
Tönnersjö har ansökt om överprövning under pågående upphandling och något tilldelningsbeslut som kan utlösa en avtalsspärr har ännu inte fattats. Det förhållandet att kommunen i tidigare tilldelningsbeslut i upphandlingen frivilligt valt att iaktta en avtalsspärr saknar betydelse i sammanhanget. Kammarrätten anser därmed att förvaltningsrätten haft fog för att tillämpa bestämmelsen i 16 kap. 9 § LOU.

Högsta förvaltningsdomstolens praxis innebär att en domstol med stöd av 16 kap. 9 § LOU får meddela ett interimistiskt beslut under pågående upphandling enbart i syfte att förhindra att möjligheten till överprövning upphör till följd av att avtal sluts, dvs. för att garantera en effektiv överprövningsprocess (jfr RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17). I förevarande situation finns emellertid, även för det fall ett tilldelningsbeslut fattas utan frivillig avtalsspärr, en möjlighet att angripa förfarandet genom att ansöka om överprövning av avtalets giltighet och även att begära ett interimistiskt förordnande med avseende på den prövningen. Ogiltighetsprövningen ska därvid ske enligt de särskilda reglerna i 16 kap. 13 § första stycket 2. LOU, som är föranledda av just det förhållandet att det inte finns något krav på att iaktta en avtalsspärr vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Enligt kammarrättens bedömning finns därför skäl att vid prövning av ett interimistiskt yrkande i den nu uppkomna situationen göra en bedömning av sannolikheten för bifall till talan vid ett slutligt ställningstagande och en skadeavvägning på motsvarande sätt som vid en prövning enligt 28 § förvaltningsprocesslagen (jfr HFD 2014 ref. 13).

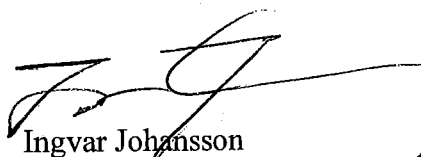
Vid en sådan prövning finner kammarrätten att de av Tönnersjö åberopade omständigheterna som redovisats i förvaltningsrättens beslut inte utgör tillräckliga skäl för att med stöd av 16 kap. 9 § LOU interimistiskt förordna om att avtal inte får ingås innan något annat bestämts. Överklagandet ska därför avslås.

Kammarrättens beslut att meddela prövningstillstånd får inte överklagas.

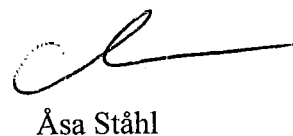
HUR MAN ÖVERKLAGAR AVGÖRANDET I ÖVRIGT, se bilaga B
(formulär 1).



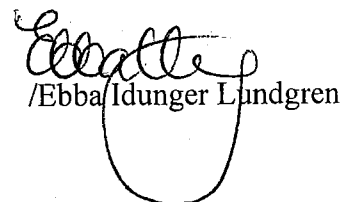
Gunilla Ericsson
referent



Ingvar Johansson



Åsa Ståhl



Ebba Idunger Lundgren



SÖKANDE

Tönnersjö Plantskola, 556242-5883

Ombud: Jur. dr Catrin Karlsson
Amber Advokater
Box 363
301 09 Halmstad

MOTPART

Halmstads kommun, 212000-1215
Box 153
301 05 Halmstad

Ombud: Kommunjuristen Kai Sällström
adress som ovan

SAKEN

Interimistiskt beslut i mål om en ansökan om överprövning av en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Tönnersjö Plantskolas yrkande om att rätten ska besluta att upphandlingen i den förnyade konkurrensutsättningen omedelbart ska avbrytas till dess något annat är bestämt.

Förvaltningsrätten avslår Tönnersjö Plantskolas yrkande om att kommunen inte får ingå avtal om upphandlingen innan något annat har beslutats.

Förvaltningsrätten kommer efter fortsatt handläggning att avgöra målet slutligt.

BAKGRUND

Halmstads kommun (kommunen) genomför en förnyad konkurrensutsättning (dnr TE 2014/0367) från ramavtalet Växtmaterial, dnr TE 2013/0318. I upphandlingen ska lämnas anbud på växter per stadsdelsområde. Tilldelningsbeslut har ännu inte fattats i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Tönnersjö Plantskola (bolaget) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska avbrytas då någon förnyad konkurrensutsättning inte ska göras och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Därutöver yrkar bolaget att förvaltningsrätten *i första hand* ska besluta att upphandlingen i den förnyade konkurrensutsättningen omedelbart ska avbrytas till dess något annat är bestämt och *i andra hand* att kommunen inte får ingå avtal om upphandlingen innan något annat har beslutats.

Bolaget anför i huvudsak bl.a. följande. Någon förnya konkurrensutsättning ska överhuvudtaget inte göras då bolaget är antagen som leverantör för avrop understigande 20 000 kr, alternativt ett prisbasbelopp, per enhet. Inga enheter i den förnyade konkurrensutsättningen uppgår till sådana belopp. Ändringen av utvärderingsmodellen till lägsta totalpris innebär därtill att bolaget inte kan utnyttja sina konkurrensfördelar avseende egen produktion och storskalighet avseende flera produkter och riskerar därmed att inte tilldelas något kontrakt alls. Bolaget har ingått avtal som grundas på förfrågningsunderlaget med förutsättningen att det avser lägsta pris per artikel/enhet – något som också tillämpades så sent som vid upphandlingen våren 2014. En upphandlande myndighet kan inte vid varje förnyad konkurrensutsättning godtyckligt välja en utvärderingsmodell utan måste följa den som anges i förfrågningsunderlaget. Bolaget har lidit eller kan komma

att lida skada till följd av att den förnyade konkurrensutsättningen genomförs i strid med förfrågningsunderlaget, ramavtalet och LOU.

Halmstads kommun (kommunen) bestrider bolagets samtliga yrkanden och anför bl.a. följande. Den förnyade konkurrensutsättningen genomförs i enlighet med den bakomliggande upphandlingen från 2013, LOU och övrig relevant lagstiftning på området. Ett interimistiskt beslut innebär att kommunen inte får tilldela vinnarna i de olika delarna av den förnyade konkurrensutsättningen kontrakt. Detta innebär skada för kommunen i form av kostnader samt risk för försämrat planteringsresultat. Avropsordningen har justerats i ramavtalet med bolaget på så sätt att förnyad konkurrensutsättning ska ske för avrop överstigande 20 000 kr. Bolaget saknar helt stöd för påståendet om att förnyad konkurrensutsättning ska ske endast om kostnaden "per enhet" överstiger 20 000 kr. Detta faller dessutom på sin egen orimlighet eftersom de växter som kommunen i den genomförda upphandlingen avser att köpa generellt sett inte uppnår sådana priser. En förnyad konkurrensutsättning skulle således inte bli någon realitet då övriga avtalsparter inte skulle få leverera något alls. Det bestrids att kommunen tillämpar olika utvärderingskriterier. Det är hela tiden lägsta pris som gäller. Vidare bestrids att kommunen även i övrigt har avvikit från de uppställda villkoren i den genomförda upphandlingen.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämplig bestämmelse

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts. Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören (16 kap. 9 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Vid sin bedömning av förutsättningarna för ett interimistiskt beslut har förvaltningsrätten att göra en preliminär bedömning av om den upphandlande enheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan regel i nämnda lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

En domstols möjlighet att överpröva en upphandling upphör när ett avtal sluts. Ett interimistiskt beslut under en pågående upphandling har ansetts vara ett sätt för domstolen att skaffa sig tid för att kunna genomföra en överprövning. Ett sådant beslut skiljer sig därigenom från ett beslut om inhibition eller motsvarande beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), se RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17 samt SOU 2006:28 s. 296.

Det finns ett särskilt lagrum att tillämpa i förevarande situation, nämligen 16 kap. 9 § LOU. Skäl saknas därför att tillämpa 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), vilket innebär att bolagets förstahandsyrkande ska avslås.

Det som bolaget hittills har fört fram är inte tillräckligt för antagandet att förfarandet i upphandlingen kan ha inneburit att Halmstads kommun har brutit mot LOU på ett för bolaget skadande sätt. Med hänsyn härtill saknas det förutsättningar för att meddela ett interimistiskt beslut om att Halmstads kommun inte får ingå avtal innan något annat har bestämts. Även bolagets andrahandsyrkande ska därför avslås.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.