



KONKURRENSVECKET	
2011-12-19	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Danfo AB, 556131-4260
Box 103
713 23 Nora

MOTPART

Hörby kommun
242 80 Hörby

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 25 november 2011 i mål nr 8262-11, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår yrkandet om interimistiskt beslut.

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Danfo AB yrkar *i första hand* att kammarrätten beslutar att upphandlingen görs om i sin helhet, alternativt rättas på så sätt att nya anbud inhämtas efter annonsering och nytt förfrågningsunderlag. Bolaget yrkar *i andra hand* att, om avtal mellan kommunen och Toab AB anses ha tecknats, avtalet förklaras ogiltigt.

Danfo AB yrkar vidare att kammarrätten omedelbart beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats, eller om avtal mellan kommunen och Toab AB anses ha tecknats, avtalet inte får fullgöras innan något annat har beslutats.

Danfo AB anför till stöd för sitt *försthandsyrkande* följande. I förfrågningsunderlaget anges att anbudena ska vara giltiga till och med den 31 januari 2011. Till följd av ansökan om överprövning passerades detta datum. Endast Toab AB och inte övriga anbudsgivare erbjöds därefter att förlänga sitt anbud, dock endast till den 30 april 2011. Detta är ett brott mot lika-behandlingsprincipen.

Till följd av förvaltningsrättens beslut om avskrivning den 19 juli 2011 i mål nr 7150-11 har upphandlingen avslutats utan att vare sig kunna göras om eller rättas. I vart fall har den förfallit genom att anbudstiden inte förlängts och leveranstiden passerats.

Kommunen har genom att meddela att den avser teckna avtal med Toab AB fattat ett tilldelningsbeslut utan föregående upphandling, vilket är ett brott mot LOU. Kommunen kan då inte avsluta upphandlingen genom att teckna ett kontrakt med Toab AB utan att göra sig skyldig till en otillåten direkt-upphandling.

Danfo AB anför till stöd för sitt *andrahandsyrkande* följande. Eftersom avtalsspärr respektive interimistiskt beslut förelegat under hela tiden har kommunen inte haft möjlighet att teckna avtal. Om så ändå skett har avtal slutits utan föregående annonsering, vilket innebär en otillåten direkt-tilldelning i strid med LOU.


SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd.

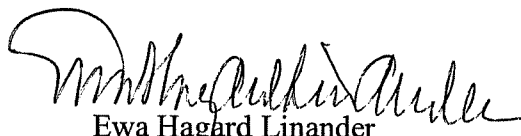
Kammarrätten anser att det inte finns skäl att meddela ett interimistiskt beslut.

Förvaltningsrättens avgörande innebär att upphandlingen inte ska rättas eller göras om, och att avtalet mellan kommunen och Toab AB som tecknats den 23 augusti 2011 ska gälla och inte förklaras ogiltigt. Kammarrätten delar den bedömningen. Danfo AB:s överklagande ska därför avslås och förvaltningsrättens dom därmed stå fast.

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


Stefan Holgersson


Ann-Marie Holmstedt


Ewa Hagard Linander
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Maria Nyström

DOM
2011 -11- 25
Meddelad i
Malmö

Mål nr
8262-11 E

Sida 1 (6)

SÖKANDE

Danfo AB, 556131-4260
Box 103
713 23 Nora

MOTPART

Hörby kommun
242 80 Hörby

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om att Hörby kommuns avtal rörande upphandling av offentlig toalett ska förklaras ogiltigt.

Dok.Id 80034

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522 203 20 Malmö	Kalendegatan 6	040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se	040-97 24 90	måndag -- fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Hörby kommun (kommunen) har genomfört upphandling av offentliga toaletter. Upphandlingen genomfördes med förenklat förfarande enligt LOU. Kommunen beslutade genom tilldelningsbeslut den 10 december 2010 att anta anbud från Danfo AB (Danfo). Efter ansökan om överprövning av Toab AB (Toab) förordnade förvaltningsrätten genom dom den 3 februari 2011 (mål nr 15882-10 E) att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering skulle genomföras varvid Danfos anbud inte fick beaktas. Kommunen har därefter i enlighet med förvaltningsrättens dom genomfört en ny utvärdering och genom tilldelningsbeslut den 7 februari 2011 beslutat att anta anbud från Toab.

Danfo har härefter ansökt om överprövning hos förvaltningsrätten (mål nr 1675-11 E) med anledning av att de ansett att de haft talerätt mot det nya tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrätten avvisade Danfos talan med hänvisning till att anbudsgivare som uteslutits genom lagakraftvunnen dom inte har rätt att ansöka om åtgärder avseende senare beslut i upphandlingsförfarandet. Vid Danfos ansökan om överprövning i kammarrätten (mål nr 2105-11) beslutades, med hänvisning till Högsta förvaltningsdomstolens beslut i mål nr 7311-10, att Danfo haft rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten skulle därmed inte ha avvisat bolagets talan på angiven grund. Målet återförvisades genom beslut den 15 juli 2011 till förvaltningsrätten för ny prövning.

Vid förnyad överprövning i förvaltningsrätten (mål nr 7150-11 E) avskrevs målet med hänvisning till att det inte längre fanns någon möjlighet att rätta eller göra om upphandlingen eftersom leveransen av toaletter skulle ha skett under januari 2011.

YRKANDEN

Danfo har nu ansökt om överprövning och yrkat i första hand att upphandlingen ska göras om alternativt rättas på sätt att anbud inhämtas efter annonsering och nytt förfrågningsunderlag. I andra hand har yrkats att, om avtal redan tecknats med Toab, avtalet om inköp av toalett ska ogiltigförklaras. Till stöd för sin talan har Danfo anfört följande. Innebörden av förvaltningsrättens lagakraftvunna dom är att den gamla upphandlingen anses avslutad. Något avtal kan inte tecknas vid sådana omständigheter. Kommunen har missuppfattat situationen och inte tillfullo tänkt över att det varken finns giltiga anbud eller att förutsättningarna är uppfyllda för att avsluta den gamla upphandlingen. Kommunen har först i mars 2011 frågat Toab, efter utgången av den ursprungliga tiden och efter tilldelningsbeslutet, om dess anbud kunnat förlängas. Skulle förvaltningsrätten finna att den gamla upphandlingen inte avslutats genom avskrivningsbeslutet har i vart fall en väsentlig förändring skett av avtalet eftersom en av de grundläggande förutsättningarna om att leverans skulle ske senast den sista januari 2011 inte längre är möjlig att uppfylla. Danfo och de andra anbudsgivarna har inte fått frågan om förlängning av anbudstiden, endast Toab har fått detta. Det finns heller inte efter den 20 april 2011 någon förlängning av anbud, varför det inte finns några giltiga anbud att anta eller teckna kontrakt med. Alla förlängningar måste ske med iakttagande av de grundläggande principerna, i synnerhet med beaktande av likabehandlingsprincipen. Domstol har fastställt att förutsättningar att ens pröva upphandlingen, än mindre fullfölja den tidigare upphandlingen, inte föreligger eftersom tiden för leverans passerats. Leverans kan inte ske som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Den gamla upphandlingen ska avbrytas och ny upphandling påbörjas med anpassning till de nuvarande förutsättningarna. Ny upphandling måste ske om kontaktsteckning ska kunna ske. Då kommunen har meddelat att de avser att skriva kontrakt med Toab, trots att domstolen fastställt att det inte finns någon upphandling att överpröva, är det fråga om ett nytt

tilldelningsbesked som tillkommit utan förfrågningsunderlag och anbuds-
inhämtning. Detta är ett åsidosättande enligt LOU och den otillåtna direkt-
upphandlingen ska därför stoppas. Utifall kommunen redan tecknat avtal
med Toab ska avtalet ogiltigförklaras. Avtal kan inte tecknas i det gamla
upphandlingsförfarandet. Likabehandling har inte upprätthållits eftersom
Danfo inte givits möjlighet att inkomma med anbud. Danfo lider eller kan
komma att lida skada med anledning av att avtal tecknats utan föregående
annonsering.

Kommunen har bestritt bifall till överklagandet och anfört följande. Någon
ogiltig upphandling har inte genomförts. Upphandlingen av offentlig toa-
lett har pågått sedan hösten 2010 och har på grund av att Danfo sökt över-
prövning kraftigt försenats. Det är riktigt att leveransen var planerad till
januari 2011, men på grund av att överprövningsprocessen pågick så länge
blev datumet överspelat. Med stöd av kammarrättens i Jönköping dom i
mål nr 3521-08 anser kommunen att upphandlingen kan slutföras. När den
upphandlande enheten är klar med utvärderingen av anbuderna och har fattat
ett tilldelningsbeslut bör inte förhållandet att den i förfrågningsunderlaget
angivna giltighetstiden gått ut innebära att upphandlingen inte kan avslutas.
Det är inte en rimlig tolkning att upphandlingen måste göras om redan av
den anledningen att giltighetstiden för anbuderna löpt ut, särskilt inte om det
skett efter att tilldelningsbeslut fattats. När tilldelningsbeslutet har fattats
bör det stå den tilldelade anbudsgivaren fritt att ingå ett upphandlingskon-
trakt trots att giltighetstiden för anbudet gått ut. Att giltighetstiden gått ut
innebär inte att upphandlingen av den anledningen måste göras om. Att
teckna kontrakt med någon annan än vinnande anbudsgivare kan aldrig bli
aktuellt. Det är helt fel att likabehandling inte har gällt alla anbudsgivare.
Danfo lider inte någon skada. Ett kontrakt har tecknats med vinnande an-
bud. Kommunen har beaktat alla ställda krav i enlighet med förfrågnings-
underlaget i sitt beslut om att teckna kontrakt med den vinnande anbudsgi-
varen.

DOMSKÄL

Hörby kommun har i aktuell upphandling slutit avtal med Toab Miljö AB den 23 augusti 2011, med hänvisning till tilldelningsbeslut den 7 februari 2011.

Enligt 16 kap 15 § lagen om offentlig upphandling ska förvaltningsrätten vid ett antal olika situationer besluta att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, bl.a. vid otillåten direktupphandling. Av 15 kap. 3 § LOU framgår att en direktupphandling kan tillämpas då värdet på upphandlingen är lågt eller när det föreligger synnerliga skäl.

Förvaltningsrätten har i beslut i mål nr 7150-11E avskrivit mål där Danfo begärt överprövning med avseende på tilldelningsbeslutet den 7 februari 2011. Förvaltningsrätten har som skäl för sitt beslut uttalat att eftersom anbudstiden gick ut under januari 2011 kunde upphandlingen inte längre rättas eller göras om. Goda skäl skulle i och för sig kunna anföras för en sådan ståndpunkt. Det kan emellertid konstateras att denna leveranstidpunkt var passerad redan vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet den 7 februari 2011 och sedan länge när Kammarrätten i Göteborg den 15 juli 2011 återförvisade målet till förvaltningsrätten för prövning av Danfo AB:s ansökan om överprövning, med dess invändningar mot tilldelningsbeslutet. Det finns inte anledning att anta annat än att Danfo AB vid denna tid fortfarande varit intresserat av att antas som leverantör i upphandlingen. Någon saklig prövning av om förutsättningar förelegat för fortsatt upphandlingsförfarande efter januari 2011 kan inte anses ha skett i samband med förvaltningsrättens beslut i mål nr 7150-11E. Parterna i det målet har inte heller redovisat några ståndpunkter rörande detta. Förvaltningsrätten finner i förevarande prövning att rättens beslut den 19 juli 2011 i mål nr 7150E

inte kan sägas ha haft en sådan rättslig betydelse att tilldelningsbeslutet den 7 februari 2011 inte längre kunnat göras gällande. Det slutna avtalet den 23 augusti 2011 kan således inte sägas ha skett i strid med bestämmelserna i LOU i sådant avseende som utgör grund för ogiltighet. Ansökan om ogiltighetsförklaring ska därför avslås.

Med denna dom upphör förvaltningsrättens interimistiska beslut den 26 augusti 2011 att gälla.

HUR MAN ÖVRKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b LOU)



Jan Bratt

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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.

