

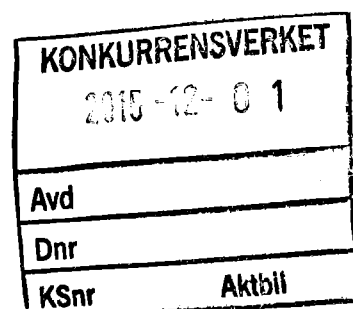


FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2
Ann-Louice Jonsson

DOM
2015-12-01
Meddelad i
Falun

Mål nr
4540-15

1



SÖKANDE

NCC Roads AB, 556302-3307

Ombud: Advokat Henrik Seeliger och jur.kand. Hermina Grozdanic Kelly
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPARTER

1. Falu kommun
791 83 Falun

Ombud: Leif Nilsson
c/o Falu kommun
791 83 Falun

2. Peab Asfalt AB, 556098-8122

Ombud: Fredrik Andersson
c/o Peab AB
Juridik
Box 808
169 28 Solna

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och ogiltigförklarar de avtal, benämnda "Återställning schakt" och "Potthål Norr", som Falu kommun slutit med Peab Asfalt AB den 2 oktober 2015.

Dok.Id 152409

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

YRKANDEN M.M.

Falu kommun (Kommunen) hävde den 9 september 2015 ett avtal med NCC Roads AB som slutits efter en tidigare genomförd upphandling avseende beläggningsarbeten inom Falu kommun. Kommunen beslutade därefter, den 2 oktober 2015, att efter direktupphandling teckna två avtal med Peab Roads AB benämnda "Återställning schakt" och "Potthål Norr".

NCC Roads AB (NCC) ansöker om överprövning av giltigheten av de två avtalen och yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara avtalen samt att förvaltningsrätten fattar ett interimistiskt beslut innebärande att avtalen inte får fullgöras till dess något annat har bestämts. NCC anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Kommunen har tilldelat kontrakten utan föregående annonsering enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Det har inte varit absolut nödvändigt för Kommunen att tilldela kontrakten och det förelåg inte heller synnerlig brådska vid kontraktstilldelningen. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att det var absolut nödvändigt att tilldela kontrakten och att det förelåg synnerlig brådska, så har den synnerliga brådskan orsakats av Kommunen. Kontrakten avser vidare arbeten av samma slag och värdet av dessa ska därför räknas samman vid bedömningen av om direktupphandling får ske enligt 15 kap. 3 § LOU. Då det sammanlagda värdet av kontrakten överstiger 28 % av tröskelvärdet saknas det grund för direktupphandling. Kontrakten ska därför ogiltigförklaras enligt 16 kap. 13 § LOU. Det saknas vidare skäl att låta kontrakten bestå enligt 16 kap. 14 § LOU.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och framför bl.a. följande. För att undvika allvarliga personskador förelåg det synnerlig brådska att upphandla återställning av schakt. Kommunen tillfrågade fyra leverantörer vid direktupphandlingen om att lämna anbud, men NCC lämnade inte något anbud och har inte lidit någon skada.

Peab Asphalt AB (Peab) bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § eller 15 kap. 4 § (16 kap. 13 § första stycket LOU). I ett sådant fall uppställs inte något skaderekvisit.

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda (16 kap. 14 § LOU).

Direktupphandling får användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av tröskelvärdet, för närvarande 505 800 kr. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl (16 kap. 3 § LOU och däri gjorda hänvisningar). 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 den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret (15 kap. 3 a § LOU).

Kontraktsvärdet

Kommunen har i förvaltningsrätten anfört att direktupphandlingen med Peab har gjorts inom ramen för 505 000 kr, vilket förvaltningsrätten tolkar som att Kommunen i första hand åberopar att ersättningen för avtalen understiger den beloppsgräns som gäller för direktupphandling av den aktuella tjänsten.

Av den utredning som NCC gett in i målet framgår att Kommunen har tecknat två avtal med Peab den 2 oktober 2015, benämnda "Återställning schakt" och "Pothål Norr". Kontraktssummorna anges uppgå till 503 000 kr respektive 505 500 kr och kontraktstiden börjar enligt båda kontrakten gälla den 2 oktober 2015 och löper till den 15 december 2015.

NCC har gjort gällande att de arbeten som omfattas av respektive kontrakt avser samma slag och att värdet därför ska räknas samman enligt 15 kap. 3 a § LOU. NCC menar att uppdelningen i två kontrakt är ett uppenbart försök att kringgå LOU och pekar bl.a. på följande. De två kontrakten avser identiska arbeten, nämligen gräv- och belägningsarbeten på väg för att åtgärda olika typer av hål. Arbetena utförs av samma leverantör med samma material och samma maskiner. Den enda skillnaden är att det ena kontraktet avser ett specifikt bostadsområde. Även av mängdförteckningarna kan utläsas att pris efterfrågas avseende exakt samma arbeten. Samtliga arbeten som omfattas av kontrakten tillhör samma huvudgrupp, grupp, undergrupp och kategori av arbete enligt CPV-kodsnomenklaturen. Samtliga arbeten som omfattas av kontrakten ingick också i det nu uppsagda avtalet med NCC. Därtill kommer att Kommunen vid beräkningen av kontraktens värde inte har räknat med värdet av tillkommande ÄTA-arbeten.

Kommunen har inte närmare bemött NCC:s påståenden om att de två kontrakten omfattar arbeten av samma slag. Däremot har man från Kommunens sida anfört att direktupphandlingarna inte innefattat lagning av pothål, utan att arbetena avsett återställningar av schakt. Direktupphandlingen benämnd "Pothål Norr" är, enligt vad Kommunen uppgett, felaktig. Peab har för sin del uppgett att de utförda arbetena främst avsett återställning av schakt, men att vissa pothål också åtgärdats med hänsyn till trafiksäkerheten.

Bestämmelsen i 15 kap. 3 a § LOU innebär inte något 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. Det är den upphandlande myndigheten som således ansvarar för att se till att de upphandlingar som görs inom myndigheten inte överskrider direktupphandlingsbeloppen. Samtliga upphandlingar av samma slag inom samma upphandlande myndighet bör läggas till grund för beräkningen av kontraktets värde (se prop. 2009/10:180 s. 293). Förvaltningsrätten konstaterar att de aktuella kontrakten uppvisar stora likheter med varandra avseende såväl tid som innehåll. Kommunen har inte heller närmare redogjort för de bakomliggande skälen till att upphandlingen ändå kommit att delas upp i två kontrakt. Vid dessa förhållanden framstår det enligt förvaltningsrättens mening som troligt att upphandlingen har delats upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU. Enligt förvaltningsrätten bör det samlade värdet av kontrakten beaktas, vilket innebär att det sammanlagda värdet av kontraktens arbetena överstiger den gräns som ställs upp för direktupphandling i LOU. Förvaltningsrätten finner således att Kommunen inte har haft rätt att använda direktupphandling på grund av kontraktets värde.

Synnerlig brådska m.m.

Enligt 15 kap. 3 § LOU får direktupphandling användas i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i bl.a. 4 kap. 5 § LOU är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl (15 kap. 3 § LOU).

Av 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla

tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Enligt praxis från EU-domstolen (t.ex. C-318/04, Kommissionen mot Tyskland) får omständigheterna inte heller vara hänförliga till eller på annat sätt bero på den upphandlande myndighetens handlande. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och det är den myndigheten som har bevisbördan för att samtliga förutsättningar är uppfyllda (prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2009/10:180 sid. 344 f.).

Kommunen har uppgett att det förelåg synnerlig brådska att upphandla återställning av schakt för att undvika allvarliga personskador. Kommunen har därutöver framfört i huvudsak följande. Under hösten 2015 uppstod en akut situation då Kommunen insåg att kontraktet med NCC vilade på felaktiga grunder eftersom NCC plötsligt menade att vissa poster inte ingick i anbudet, vilket skulle innebära att kontraktssumman kunde öka med 30 – 40 %. Kommunen hävde avtalet med NCC varvid det uppstod en akut situation. Kommunen har ett strängt ansvar för sina vägar och vidtog därför en akut åtgärd för att undvika skador på väg samt att skador skulle åsamkas tredje man. En ny upphandling påbörjades och en direktupphandling avseende utförandeentreprenad för potthål samt återställning av schakt gjordes och kontrakt tecknades med Peab. Kontrakten löper ut den 15 december 2015 och Kommunen räknar då med att den nya upphandlingen är klar. Det befintliga kontrakt som Kommunen har med NCC avseende drift och underhåll omfattas inte av arbeten för återställning av schakt.

NCC har mot detta framfört bl.a. följande. Huvuddelen av de arbeten som Kommunens kontrakt med Peab avser, omfattas av befintligt driftskontrakt med NCC. Det förelåg således ingen risk för att arbetena inte skulle komma att utföras för det fall direktupphandlingen inte genomfördes. Vid kontraktstillfället den 2 oktober förelåg inte heller något akut behov av att utföra de kontrakterade arbetena, vilka avser åtgärder inom det lågtrafikerade väg-

nätet, där mindre skador i vägarna generellt sett är mindre allvarligt. Huvuddelen av de arbeten som Peab hittills har utfört inom ramen för kontrakten avser asfaltering efter grävningar, där NCC inom ramen för sitt funktionsansvar enligt befintligt driftskontrakt tidigare fyllt hål med krossad asfalt, grus och oljegrus. Många av dessa ifyllda hål som nu asfalteras av Peab har stått oasfalterade under många år och avser således inte några akuta åtgärder. NCC har inte motsatt sig att utföra några av de arbeten som Kommunen ville ha utförda enligt det nu hävda entreprenadkontraktet. NCC:s tolkning av entreprenadkontraktet innebär endast att NCC ansåg sig ha rätt till tillkommande ersättning för vissa arbetsmoment. NCC redogjorde dessutom redan innan kontraktstecknandet för sin syn på hur kontraktet skulle tolkas. NCC har således kunnat utföra arbetena och parterna har därefter kunnat tvista om ersättningen. Kommunen har således orsakat de omständigheter som kan åberopas till stöd för synnerlig brådska.

En första förutsättning för att tilldelning med stöd av 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU ska kunna ske, är att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Vad som utgör en absolut nödvändig kontraktstilldelning får bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. I kammarrättspraxis har det ansetts att kontraktstilldelning varit absolut nödvändig då kommuner behövt täcka sitt behov av livsmedel till skolor, förskolor och servicehus eftersom ett leveransstopp inom en mycket snar framtid skulle få mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa (Kammarrätten i Göteborgs mål nr 1446-1452-12). Kontraktavdelning avseende en snöröjningstjänst genom fyra fyrhjulsdrivna motorcyklar har däremot inte ansetts vara absolut nödvändig då kommunen inte visat att tjänsten skulle ha den betydelse för att säkra vinterväghållningen att det skulle vara absolut nödvändigt för kommunen att tilldela kontraktet utan föregående annonsering (Kammarrätten i Göteborgs mål nr 3759-11).

Förvaltningsrätten finner inte att Kommunen har visat att de aktuella beläggningsarbetena har haft sådan betydelse för trafiksäkerheten och för människors liv och hälsa att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten beaktar härvid bl.a. vad NCC oemotsagt har uppgett om att arbetena avser åtgärder inom det lågtrafikerade vägnätet och att de kontrakterade arbetena inte avser genomförandet av några akuta åtgärder, utan att många av de nu asfalterade områdena har stått oasfalterade i flera år. Kommunen har anfört att synnerlig brådska har uppstått till följd av att man hävt det tidigare upphandlade kontrakt med NCC den 9 september 2015. Såvitt framkommit i målet föranleddes Kommunens hävning av avtalet med NCC av meningsskiljaktigheter parterna emellan rörande ersättning för vissa arbeten. Det har inte framkommit att NCC inte kunde uppfylla sitt åtagande enligt det sedermera upphävda kontraktet. Enligt förvaltningsrättens mening får de omständigheter som gett upphov till brådskan anses ha kunnat förutses av Kommunen.

Förvaltningsrätten finner inte att Kommunen har visat att samtliga förutsättningar för att tillämpa undantagsregeln i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU är uppfyllda. Det som Kommunen har anfört utgör enligt förvaltningsrättens mening inte heller synnerliga skäl för direktupphandling och det finns därför grund för att ogiltigförklara de ingångna avtalen enligt 16 kap. 13 § första stycket LOU.

Tvingande hänsyn till ett allmänintresse?

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda. Bestämmelsen ska tolkas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Med tvingande hänsyn till ett allmänintresse avses bl.a. allmän säkerhet och skydd för människors liv och hälsa (prop. 2009/10:180 sid. 138 och 362). Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en undantagssituation föreligger.

Kommunen har som kommunal väghållare ett ansvar att åtgärda fel och brister på det kommunala vägnätet. Utifrån vad som anförts från Kommunens sida i målet, kan förvaltningsrätten emellertid inte finna att ett avbrott av de nu direktupphandlade beläggningsarbetena skulle äventyra trafiksäkerheten i sådan omfattning att skyddet för människors liv och hälsa allvarligt skulle riskeras. Förvaltningsrätten anser därför inte att det har kommit fram sådana omständigheter som omfattas av begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Det saknas således skäl att låta avtalen bestå enligt 16 kap. 14 § LOU. Avtalen ska därmed förklaras ogiltiga.

Då förvaltningsrätten prövat målet slutligt, föranleder det interimistiska yrkandet ingen vidare åtgärd.

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

Lennart Andersson
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 eventuell 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.