



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2014-01-22
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 12109-13

SÖKANDE

[REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]

MOTPART

AB SvalövsBostäder, 556081-2892
 Box 4
 268 21 Svalöv

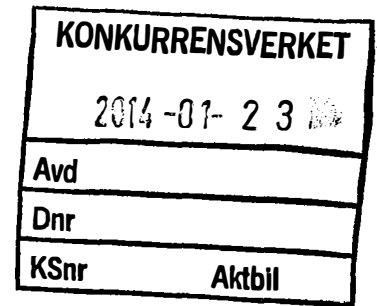
Ombud: Advokat Lars Nerbrand och biträdande jurist Annika Andersson
 Advokatfirman Lindahl KB
 Studentgatan 6
 211 38 Malmö

SAKEN

Ansökan om överprövning av avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förklarar avtalet av den 10 oktober 2013 avseende köp och installation av solcellspaket mellan AB SvalövsBostäder och E.ON Försäljning Sverige AB ogiltigt.



BAKGRUND, YRKANDE OCH INSTÄLLNING

AB SvalövsBostäder (Svalövsbostäder) har tecknat avtal den 10 oktober 2013 med E.ON Försäljning Sverige AB (E.ON) avseende inköp och installation av solcellspaket.

ansöker om överprövning av avtalets giltighet och yrkar att avtalet hävs omedelbart samt att Svalövsbostäder ska genomföra en upphandling enligt LOU för solcellsanläggning. Till grund för talan anförs i huvudsak följande. Under oktober 2013 upphandlade Svalövsbostäder en komplett solcellsanläggning av E.ON. Arbetet med monteringen av anläggningen fullföljdes under november. Upphandlingen föregicks inte av vare sig annonsering eller upphandlingsförfarande trots att summan överskrider gränsen för direktupphandling. Svalövsbostäder har således inte följt LOU utan medvetet utfört en otillåten direktupphandling. Det finns åtminstone 15 konkurrerande företag i landet som kan tillhandahålla dessa varor, vilket gör att det inte råder något undantag från förfarandereglerna.

Svalövsbostäder bestrider bifall till överklagandet och anför följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med gällande lagstiftning. Sökanden har inte lidit och kan inte komma att lida någon skada. En eventuell brist i upphandlingen är under alla förhållanden inte av sådan art och dignitet att en åtgärd enligt 16 kap. lagen om upphandling försörjningssektorerna, LUF, är motiverad.

Svalövsbostäder har under året, som ett led i att uppfylla kommunens och regionens energi- och miljömål, undersökt olika miljöförbättrande åtgärder för bolagets byggnader. Det är korrekt att Svalövsbostäder mot denna bakgrund har tecknat kontrakt med E.ON avseende köp och installation av solcellspaket. Mot bakgrund av att den överskottselsomställning som produceras i den anläggning som omfattas av avtalet bedöms komma att säljas i stor omfatt-

ning till publikt nät har Svalövsbostäder gjort bedömningen att LUF är tillämplig. Enligt bestämmelserna i LUF får direktupphandling ske om kontraktets värde uppgår till högst 569 262 kr (15 procent av tröskelvärdet i LUF). Eftersom avtalets värde uppgår till 536 500 kr har Svalövsbostäder haft rätt att direktupphandla solcellspaketet.

Om förvaltningsrätten trots ovanstående finner att Svalövsbostäder har genomfört en otillåten direktupphandling bör det noteras att avtalet redan har genomförts. Solcellsanläggningen är alltså redan fullt och avtalsenligt monterad och tagen i drift. Vidare har särskilda installationer utförts i den byggnad där anläggningen har monterats och solcellsanläggningen har anslutits till elnätet. En demontering av anläggningen och därtill hörande installationer låter sig i princip inte göras. Det är inte möjligt att överblicka konsekvenserna av en sådan nedmontering med tanke på de skador som kan uppstå på byggnader och installationer. Även mot bakgrund av nu angivna omständigheter och den olägenhet och oförutsägbarhet som en ogiltigförklaring av avtalet skulle medföra ska förvaltningsrätten lämna sökandens ansökan om överprövning utan bifall.

För att en leverantör ska kunna vinna framgång med en ansökan om överprövning av avtals giltighet krävs att leverantören visat att denne lidit eller kan komma att lida skada på grund av den upphandlande myndighetens förfarande. Sökanden har inte visat på vilket sätt denne lidit eller riskerat lida skada på grund av att svalövsbostäder har ingått avtalet.

██████████ invänder följande. Svalövsbostäders syfte med upphandlingen är inte att solcellsanläggningen i huvudsak ska leverera energi till elnät. Detta strider i så fall mot bolagets egen bolagsordning. Svalövsbostäders upphandling har som enda syfte varit att energieffektivisera existerande byggnad. Enbart detta skäl innebär inte att LUF är tillämplig. Den monterade anläggningen kommer att producera 30 000 kWh per år. Bygg-

naden som anläggningen har monterats på förbrukar mer än dubbelt så mycket energi per år. Det kommer därmed inte ske någon försäljning av elenergi. Även denna omständighet visar på att LUF inte är tillämplig. Beloppsgränsen för direktupphandling enligt LOU uppgår till cirka 280 000 kr, vilket nu aktuell upphandling vida överskrider. Att montera ned anläggningen är ingen omfattande åtgärd. Alla solcellsanläggningar är i hög grad lika. De elektriska installationer samt monteringar som redan gjorts kan återanvändas av den som vinner upphandlingen. En vinst för den nu aktuella upphandlingen skulle uppgå till cirka 160 000 – 185 000 kr. Hans företag, Billesol, har därmed lidit skada.

Svalövsbostäder anför bl a följande. Det är i och för sig korrekt att byggnaden förbrukar uppemot 60 000 kWh/år. Förbrukningen skiftar från månad till månad vilket medför det att vissa månader finns överkottsel till försäljning, andra inte. Mot bakgrund av att solcellsanläggningen har varit i bruk endast en mycket kort tid har Svalövsbostäder ingen närmare information om hur fördelningen mellan egen förbrukning och försäljning kommer att se ut. Sökandens påstående att någon försäljning inte kommer att ske är således felaktigt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser om tillämplig lag, LOU eller LUF

När det gäller frågan om en upphandling ska följa bestämmelserna i LOU eller LUF framgår av 1 kap. 2 § LOU att LOU gäller för offentlig upphandling av bl.a. byggentreprenad, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller enligt 3 § inte för upphandling som omfattas av LUF.

Av 1 kap. 4 § LUF framgår att en verksamhet omfattas av lagen om den består av (1) tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport av gas, värme, el eller dricksvatten eller (2) leverans av gas, värme, el eller dricksvatten till sådana nät som avses i 1.

I 1 kap. 25 § LUF slås fast att om ett kontrakt rör mer än en verksamhet, skall de bestämmelser tillämpas som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen avser.

Vidare gäller enligt 1 kap. 26 § LUF att om ett kontrakt är avsett för både en verksamhet som omfattas av denna lag och en verksamhet som omfattas LOU skall den sistnämnda lagen tillämpas på kontraktet om det inte är möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen avser.

Förutsättningar för direktupphandling

Beträffande förutsättningar för direktupphandling anges i 15 kap. 3 § LOU att en offentlig upphandling ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock enligt samma lagrum användas i tre alternativa situationer; när kontraktsvärdet understiger 15 procent av tröskelvärdet, när det finns grund för direktupphandling i enlighet med vad som föreskriv i 4 kap. 5-9 §§ eller om det finns synnerliga skäl. Ingående av avtal som sker utan ett formellt upphandlingsförfarande och utan stöd i 15 kap. 3 § kan alltså utgöra otillåten direktupphandling. Gränsen för direktupphandling enligt LOU uppgick för år 2013 till ett värde om cirka 284 600 kr.

Ogiltigt avtal vid otillåten direktupphandling

Följden av en otillåten direktupphandling regleras i 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU som stadgar att 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 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §. Något krav på att den som begär överprövning ska ha lidit skada uppställs inte.

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

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

Svalövsbostäder har genomfört en direktupphandling avseende installation av solcellspaket. Syftet med installationen var, enligt Svalövsbostäder, att uppfylla kommunens och regionens energi- och miljömål. Svalövsbostäder har även angett att man har för avsikt att sälja den överskottsel som produceras i anläggningen till publikt nät. I målet gör [REDACTED] gällande att LOU ska tillämpas för i målet aktuell upphandling. Svalövsbostäder hävdar att försäljning av överskottsel medför att LUF är tillämplig. Svalövsbostäder har, enligt förvaltningsrättens bedömning, dock inte förmått visa att kontraktet till övervägande del avser verksamhet som upp-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

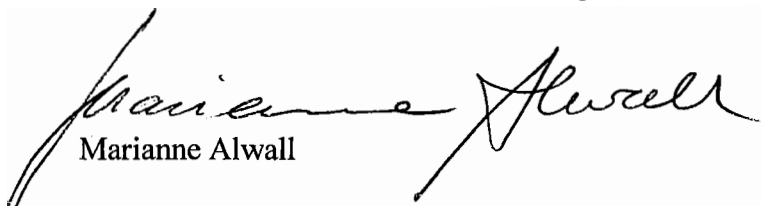
DOM

handlas inom ramen för LUF. Ord står mot ord vad gäller verksamhetens art och ingen av parterna har presenterat övertygande bevisning för sin ståndpunkt. Mot bakgrund av vad som framkommit i målet föreligger enligt rätten vissa svårigheter att avgöra vad vilken verksamhet kontraktet huvudsakligen avser. Dock framstår det som tillräckligt klart att det huvudsakliga syftet med installation avser att energieffektivera bostäder medan avsikten med försäljning av överskottsel är av underordnad betydelse. Av det sagda följer att det är LOU som ska tillämpas.

I målet gör [REDACTED] också gällande att Svalövsbostäder gjort en otillåten direktupphandling och yrkar att avtalet ska förklaras ogiltigt. I målet är ostridigt att Svalövsbostäder har tecknat avtal med E.ON den 10 oktober 2013 gällande inköp och installation av solcellspaket. I avtalet anges att kontraktets värde uppgår till 536 500 kr. Det innebär att det aktuella kontraktets värde överstiger den gräns som uppställs för direktupphandling i LOU. Förvaltningsrätten finner därmed att den aktuella upphandlingen skulle ha annonserats i enlighet med LOU. Så har dock inte skett. Svalövsbostäder har inte visat att det har funnits förutsättningar för att direkttilldela kontraktet enligt något av LOU:s undantagsförfarande som inte kräver föregående annonsering. Avtalet får därmed anses utgöra en otillåten direktupphandling. Enligt Svalövsbostäders uppfattning har sökanden inte lidit skada till följd av det valda förfarandet. För att ett avtal ska kunna ogiltigförklaras på grund av att det tillkommit efter en otillåten upphandling enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU krävs emellertid inte att den leverantör som ansökt om överprövning har lidit eller kan komma att lida någon skada på grund av överträdelsen. Vid nu angivna förhållanden ska förvaltningsrätten förklara avtalet avseende köp och installation av solcellspaket mellan Svalövsbostäder och E.ON ogiltigt. Något allmänintresse eller annat skäl för att avstå från att ogiltigförklara avtalet har inte framkommit. Avslutningsvis kan tilläggas att förvaltningsrättens

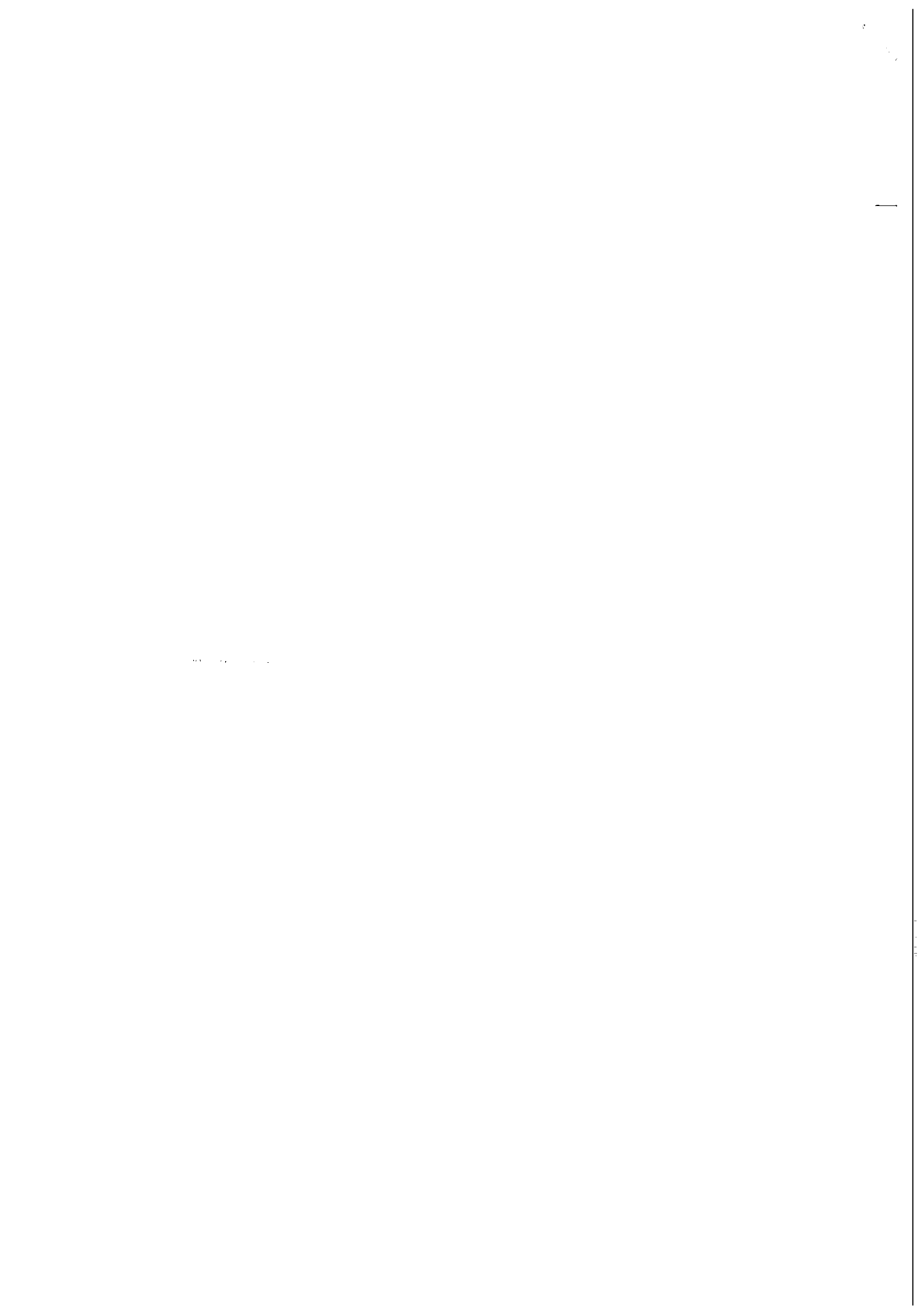
prövning avser överprövning av avtalets giltighet. Därvid ankommer det inte på rätten att, såsom [REDACTED] yrkat, förordna om ny upphandling.

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



Marianne Alwall

Målet har föredragits av Marita Ekdahl.





SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 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.

