



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 2

DOM

2011-11-30

Meddelad i Jönköping

KONKURRENSVERKET	
2011-12-05	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Leif Karlsson Grävmaskiner AB
Norrby
640 50 Björnlunda

MOTPART

Trosa kommun
619 80 Trosa

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 1 augusti 2011
i mål nr 4656-11, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet
- Konkurrens-
verket

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

Dok.Id 114369

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 65 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Leif Karlssons Grävmaskiner AB (bolaget) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och bifaller bolagets ansökan om överprövning på så sätt att avtalet som ingåtts mellan Trosa kommun och Trosabygdens Teknik AB (TROTAB) den 5 maj 2011 förklaras ogiltigt. Bolaget anför i huvudsak följande. Trosa kommun har handlat i strid med LOU då de har direktupphandlat mark- och anläggningsarbeten för uppförande av konstgräsplan Häradsvallen. Dessa arbeten är investeringsarbeten som inte omfattas av den ursprungliga upphandlingen om drift och underhåll av kommunteknisk verksamhet i Trosa kommun. I förfrågningsunderlaget, som ligger till grund för det ursprungliga upphandlingskontraktet mellan Trosa kommun och TROTAB, framgår under punkten AFC.1 att TROTAB inte har ensamrätt på eventuella investeringsarbeten i Trosa kommuns regi. Trosa kommun har således medgett att eventuella kommande arbeten av anläggningskaraktär ska konkurrensutsättas i ett senare skede. I avtalet om Häradsvallen anges inte någon kontraktssumma eller några à-priser. Den slutliga kostnaden för denna anläggningsentreprenad är därmed helt okänd vilket också är i strid med LOU. Det är anmärkningsvärt att Trosa kommun har direktupphandlat ett arbete av ett så stort värde som dessa mark- och anläggningsarbeten kan uppskattas uppgå till.

Trosa kommun motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom och anför i huvudsak följande. I början av år 2011 beslutades att Häradsvallen skulle anläggas med konstgräs. Innan konstgräset kunde anläggas behövde marken förberedas och bearbetas genom omflyttning av jordmassor och dräneringsarbeten. Detta förberedelsearbete gavs till TROTAB inom ramen för befintligt upphandlingskontrakt "Driftentreprenad Gatumark & Anläggningar i Trosa kommun". Enligt upphandlingskontraktets § 2 omfattar avtalet väg- och markunderhåll, vinterväghållning, gång- och cykelvägar, körbanor, broar m.m. Inom ramen för avtalet ansvarar TROTAB för den tekniska driften på Häradsvallen innefattande markunderhåll, väghållning samt

snöröjning. Enligt förfrågningsunderlaget till upphandlingen i fråga framgår det av de administrativa föreskrifterna punkten AFC.1 att tekniska enheten även kan göra tilläggsbeställningar innebärande ombyggnadsarbeten av investeringskaraktär. Att det även har angetts att TROTAB inte har ensamrätt på eventuella investeringsarbeten i kommunens regi betyder inte att varje sådant arbete ska konkurrensutsättas utan skrivningen ger kommunen rätt att konkurrensutsätta visst investeringsarbete om den så önskar. TROTAB har slutfört förberedelsearbetena för konstgräs på Häradsvallen och dessa arbeten har slutbesiktigats. Debitering har skett på löpande räkning i enlighet med timpris enligt gällande upphandlingskontrakt. Arbete med anläggande av konstgräs har upphandlats separat och utförs av annan entreprenör. Sammanfattningsvis har det av TROTAB utförda mark- och anläggningsarbetet haft stöd i befintligt upphandlingskontrakt och det har således inte varit fråga om någon direktupphandling.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Den fråga som ska prövas i målet är giltigheten av det avtal Trosa kommun och TROTAB ingått den 5 maj 2011 avseende mark- och anläggningsarbete för uppförande av konstgräsplan Häradsvallen. Enligt 16 kap. 15 § första stycket 1 LOU (i dess lydelse före den 1 november 2011) ska ett avtal förklaras ogiltigt om det har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör utan föregående annonsering när en sådan annonseringsskyldighet förelegat enligt samma lag.

Bolaget har anfört att mark- och anläggningsarbetena faller utanför ramen för det upphandlingskontrakt ”Driftentreprenad Gatumark & Anläggningar i Trosa kommun” som tecknats mellan Trosa kommun och TROTAB den 14 februari 2007 och att det därmed har skett en direktupphandling avseende mark- och anläggningsarbeten av stort värde (otillåten direktupphandling). I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska

ange vilka omständigheter som utgör grunden för talan (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69). Detta innebär i detta mål att bolaget ska visa att sådana omständigheter föreligger som utgör grund för ogiltigförklaring av avtal i enlighet med LOU.

Enligt upphandlingskontraktet 2 § omfattar entreprenaden drift- och underhåll av kommunalteknisk verksamhet och kommunala anläggningar.

I upphandlingens förfrågningsunderlag, de administrativa föreskrifterna AFA.4, ges bl.a. följande begreppsförklaringar

Drift:

Samlingsbegrepp för åtgärder som utförs i syfte att vidmakthålla driftobjektets avsedda funktion och som är av sådan karaktär att de saknar restvärde efter utförandet.

Löpande underhåll:

Underhållsåtgärder som utförs fortlöpande, vartefter behov konstateras, och som har visst restvärde efter utförandet.

Planerat underhåll:

Underhållsåtgärder som erfordras för en anläggnings bevarande eller återställande och som leder till att avsedda egenskaper med avseende på funktion upprätthålls. Åtgärderna är av sådan karaktär att de har ett restvärde vid entreprenadtidens slut.

Av de administrativa föreskrifterna AFC.1 framgår bl.a. att kommunens tekniska enhet kan göra tilläggsbeställningar utöver den fasta och rörliga ersättningen och att dessa arbeten består av mindre ombyggnadsarbeten av investeringskaraktär.

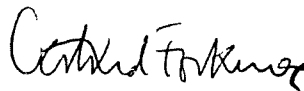
Kammarrätten gör följande bedömning.

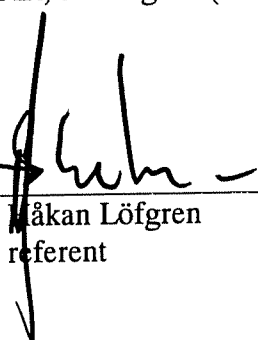
Det kan konstateras att det befintliga upphandlingskontraktet mellan Trosa kommun och TROTAB omfattar framförallt drift- och underhåll av kommunalteknisk verksamhet och kommunala anläggningar. Utifrån vad som framkommit i målet är de mark- och anläggningsarbeten som TROTAB fick

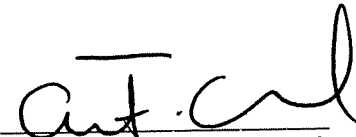
i uppdrag att utföra för uppförande av konstgräsplan Häradsvallen varken att hänföra till drift eller underhåll. Det framgår emellertid av upphandlingens förfrågningsunderlag att tilläggsbeställningar kan komma att göras ifråga om mindre ombyggnadsarbeten av investeringskaraktär.


Vid en sammantagen bedömning av vad som framkommit av det underlag som ingetts i målet finner kammarrätten att bolaget inte har visat att mark- och anläggningsarbeten för uppförande av konstgräsplan Häradsvallen inte skulle kunna omfattas av det befintliga upphandlingskontraktet mellan Trosa kommun och TROTAB. Vad bolaget anfört om att varken kontraktsumma eller à-priser framgår av avtalet om Häradsvallen utgör inte i sig grund för ogiltigförklaring. Det saknas därmed förutsättningar för att ogiltigförklara det avtal Trosa kommun och TROTAB ingått den 5 maj 2011. Bolagets överklagande ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Gertrud Forkman


Måkan Löfgren
referent


Anna Flyme Ahlstrand

Föredragande: Maria Uddenfeldt 



SÖKANDE

Leif Karlsson Grävmaskiner AB
Norrby
640 50 Björnlunda

MOTPART

Trosa kommun
619 80 Trosa

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten, som inte upptar yrkandet om interimistiskt ingripande till prövning, avslår ansökan om överprövning

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Trosa kommun tecknade den 14 februari 2007 avtal med Trosabygdens Teknik AB (TROTAB) om drift och underhåll av kommunteknisk verksamhet i Trosa kommun. Upphandlingskontraktet, som gäller fram till och med utgången av 2011 med möjlighet till två års förlängning, baseras på upphandlingsunderlag av den 31 december 2005 rörande drift och underhållsentreprenad för gatumark och anläggningar. Den 5 maj 2011 undertecknades en beställningskrivelse mellan Trosa kommun och TROTAB i vilken framgår att TROTAB, inom ramen för avtalet den 14 februari 2007, ska utföra mark och anläggningsarbeten för uppförande av konstgräsplan Häradsvallen. Anläggning av konstgräs ingår ej i beställningen.

I ansökan om överprövning yrkar Leif Karlsson Grävmaskiner AB (bolaget) att förvaltningsrätten ogiltigförklarar det avtal som ingåtts mellan Trosa kommun och TROTAB den 5 maj 2011. Bolaget yrkar vidare att förvaltningsrätten fattar ett interimistiskt beslut om avbrytande av pågående arbeten till dess att saken slutligen avgjorts. Bolaget anför bl.a. följande. Enligt avtalet den 14 februari 2007 skulle kontraktssumman totalt uppgå till 2 064 526 kronor. Utöver detta har Trosa kommun direktupphandlat mark- och anläggningsarbetena för uppförande av konstgräsplan Häradsvallen. Dessa arbeten är investeringsarbeten och omfattas därför inte av den ursprungliga upphandlingen, vilken endast omfattar driftsarbeten. Detta faktum framgår även i upphandlingsunderlaget från 2005. Trosa kommun har i upphandlingsunderlaget medgett att eventuella kommande arbeten av anläggningskaraktär ska konkurrensutsättas i ett senare skede. Det kan också tilläggas att det i beställningskrivelsen inte anges någon kontraktssumma eller å priser. Den slutliga kostnaden för anläggningssentreprenaden är därmed helt okänd. Även detta är i strid med LOU.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 15 § första stycken p. 1 LOU framgår bl.a. följande. 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.

Av 16 kap. 18 § LOU första stycket framgår följande. En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

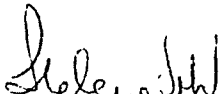
Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av beställningsskrivelsen den 5 maj 2011 framgår att beställningen gäller mark och anläggningsarbeten, att anläggning av konstgräs inte ingår i beställningen, att arbetena påbörjas snarast möjligt efter beställning och ska vara färdigställda under sommaren 2011 samt att arbetet utföres på löpande räkning enligt gällande driftentreprenad. Av § 2 i driftentreprenaden framgår bl.a. följande. Entreprenaden omfattar drift- och underhåll av kommunal teknisk verksamhet och kommunala anläggningar såsom väg- och markunderhåll.

Vid en ansökan om överprövning ska domstolen besluta att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet/enhet och en leverantör är ogiltigt om avtalet slutits utan föregående annonsering i de fall annonseringskyldighet föreligger. I dessa fall krävs det inte att leverantören lidit eller riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens/enhetens överträdelse av LOU. Förvaltningsrätten finner vid en samlad bedömning att företagna åtgärder faller inom upphandlingskontraktet. Bolagets ansökan ska därför avslås.

Eftersom förvaltningsrätten nu avgör målet i sak, föranleder bolagets yrkande om interimistiskt beslut ingen vidare åtgärd från förvaltningsrättens sida.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1D-LOU)


Helena Sohl

Föredragande har varit Erik Jacobsen

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.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.