



KONKURRENSVERKET	
2018 -02- 01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Dalby Takmontage AB, 556649-2541

Ombud: Advokaten Viktoria Edelman och biträdande juristen
Anna Englund
AG Advokat KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Svedala Exploaterings AB, 556191-3715

Ombud: Advokaten Ulf Yxklinten
MAQS Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 10 maj 2017 i mål nr 13194-16,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom.

Kammarrätten förklarar att det ingångna avtalet den 8 september 2016
mellan Svedala Exploaterings AB och Täta Tak entreprenad AB avseende
takarbete är ogiltigt.

YRKANDEN M.M.

Dalby Takmontage AB (bolaget) yrkar att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens dom bifaller ansökan om överprövning av avtals giltighet och anför bl.a. följande.

Det har saknats förutsättningar att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5 § första stycket 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Svedala Exploaterings AB (SVEDAB) har därför inte haft rätt att genomföra en direktupphandling med stöd av bestämmelsen.

Vid bedömningen av vad som är en absolut nödvändig kontraktstilldelning bör de tvingande hänsyn till allmänintresset som anges i beaktandesats 6 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader och varor vara vägledande. Där nämns bl.a. åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet och åtgärder till skydd för människors och djurs liv och hälsa.

Att förebygga vatteninträngning i en skolbyggnad genom att byta takets tätskikt är inte en sådan omständighet som kan jämföras med de exceptionella omständigheter som anges i beaktandesats 6.

SVEDAB har vidtagit åtgärder som bestått i omläggning av en takytas tätskikt om ca 4 300 kvm och kostnaden för arbetena har uppskattats till 1,5–2 miljoner kronor. Det är tveksamt om arbetena med takomläggning varit akut och om ett så omfattande arbete som utförts varit nödvändigt. Läckage är inte något som uppstår över en natt och den vatteninträngning som uppstått borde kunnat förebyggas med en mycket mindre ingripande och billigare åtgärd. T.ex. hade provisoriska lagningar kunnat göras vid de

ställen taket läckte. Det har därför inte varit absolut nödvändigt att byta takets tätskikt för att avhjälpa de problem som uppstått.

Att ett nytt ramavtal inte upphandlats i tid beror på bristande planering och ineffektiv handläggning hos SVEDAB. Upphandlingen av det nya ramavtalet har varken varit särskilt omfattande eller komplicerad och påbörjades för sent. Att en upphandling kan bli föremål för överprövning är generellt sett en omständighet som kan förutses. När det första upphandlingsförsöket avbröts hade det gått över ett år sedan det föregående ramavtalet löpt ut. SVEDAB måste ha insett att ett brådskande behov av takarbeten kunde uppstå under den tiden. Om SVEDAB inte överklagat förvaltningsrättens dom från den 29 augusti 2016 hade det varit möjligt att i enlighet med förvaltningsrättens förordnande genomföra en ny utvärdering och teckna ramavtal med bolaget.

SVEDAB anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande.

Det direktupphandlade avtalet har begränsats till brådskande och oförutsedda arbeten på Kyrkskolans tak.

SVEDAB har inte lagligen kunnat teckna avtal med bolaget utan det har varit nödvändigt att avbryta upphandlingen. Myndigheten har gjort vad man kunnat för att få till stånd ett ramavtal. Att ramavtal inte kunnat tecknas för att SVEDAB tvingats avbryta de två upphandlingarna som föregick direktupphandlingen beror på andra omständigheter än försumlighet och utgör inte ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. En ny upphandling har genomförts under vintern/våren 2017 och numera finns ett tecknat ramavtal.

Det förhållandet att SVEDAB tvingats avbryta två upphandlingar visar tydligt svårigheterna att få ett ramavtal på plats. Det beror inte på någon försumlighet eller annan brist i planering eller organisation att vattengenom-

trängning plötsligt uppstod under hösten 2016 och föranledde det akuta behovet av att direktupphandla. Det var nödvändigt att byta tätskiktet för att stoppa pågående vatteninträning.

Nya omständigheter

De nya omständigheter som bolaget fört in i målet i kammarrätten, angående nödvändigheten av byte av takets tätskikt, innebär att saken ändras och ska därför inte tillåtas. Det är inte lagstiftarens avsikt att den som misslyckats med en processtaktik i förvaltningsrätten ska tillåtas pröva en annan processtaktik i kammarrätten. Om nödvändigheten och brådskan avseende takarbeten på Kyrkskolans tak har i målet inte varit tvistigt. Om kammarrätten anser att de nya argumenten kan läggas till grund för ett avgörande yrkas att målet återförvisas till förvaltningsrätten.

Bolaget anser att SVEDAB:s yrkande om att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten ska avslås.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Nya omständigheter får anföras först hos kammarrätten om det inte leder till att saken blir en annan än den som prövats av förvaltningsrätten (jfr HFD 2013 ref. 5). Frågan i målet är om SVEDAB haft rätt att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Avgörande för den bedömningen är enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU bl.a. om det varit absolut nödvändigt att upphandla takpappsarbetet. Det som bolaget anfört om nödvändigheten och brådskan av det upphandlade takpappsarbetet innebär således inte att saken ändras och ska därför – utan återförvisning till förvaltningsrätten – beaktas av kammarrätten i den mån kammarrättens fortsatta prövning gör det nödvändigt.

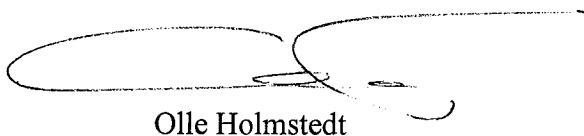
Det upphandlade takpappsarbetet är till sin art och omfattning sådant att det enligt huvudregeln i 4 kap. 1 § första stycket LOU inte borde ha direktupphandlats. SVEDAB har invänt att förutsättningarna i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU för att upphandla takpappsarbetet utan föregående annonsering varit uppfyllda. Det är SVEDAB som har bevisbördan för sitt påstående innebärande att det p.g.a. synnerlig brådska har varit absolut nödvändigt att upphandla arbetet utan föregående annonsering och att denna brådska orsakats av omständigheter som inte kunnat förutses.

När det gäller att behovet av det upphandlade arbetet inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten ställs det enligt praxis höga krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation. SVEDAB:s tidigare ramavtal för takarbeten löpte ut den 31 december 2014. SVEDAB har därefter påbörjat två nya ramavtalsupphandlingar som båda fått avbrytas under 2016. Att upphandlingar av nu aktuellt slag och omfattning kan komma att överklagas är enligt kammarrättens mening en omständighet som bör kunna förutses. Det kan därför begäras att den upphandlande myndigheten vid sin planering beaktar den extra tid som en överprövning av upphandlingen kan innebära. Mot den bakgrunden framstår det som anmärkningsvärt att något ramavtal gällande underhållsarbete för takpappläggning ännu inte under hösten 2016 kommit till stånd och att arbetet med att upphandla ett nytt ramavtal påbörjades först efter att det tidigare ramavtalet löpt ut.

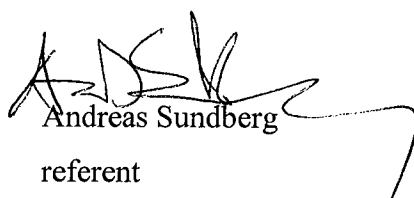
Sammantaget är det därför kammarrättens bedömning att den brådska som uppstod när taket på kyrkskolan började läcka hösten 2016 får tillskrivas SVEDAB:s bristande planering och genomförande av en, som kammarrätten bedömer det, tämligen enkel upphandling. SVEDAB har i och med detta inte visat att undantaget i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU är tillämpligt. Den upphandling som genomförts är därmed en otillåten direktupphandling som inte är förenlig med LOU.

Vid denna utgång uppkommer fråga om avtalsparten Täta Tak entreprenad AB berörs på sådant sätt att de borde ha fått möjlighet att yttra sig i målet. Om ett avtal förklaras ogiltigt är situationen ofta den att avtalsparten berörs på sådant sätt att denne ska få träda in i processen. I målet har framkommit att det arbete som det aktuella avtalet avsett slutförts under december 2016 och att SVEDAB under vintern/våren 2017 genomfört en ny upphandling och att det numera finns ett tecknat ramavtal. Förhållandena är enligt kammarrätten sådana att det numera inte finns anledning att låta Täta Tak entreprenad AB träda in i processen.

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



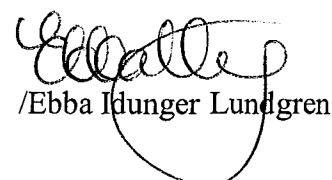
Olle Holmstedt



Andreas Sundberg
referent
(skiljaktig mening)



Niklas Karlsson



Ebba Idunger Lundgren

Andreas Sundbergs skiljaktiga mening:

Jag delar majoritetens uppfattning att kammarrätten i målet är oförhindrad att pröva samtliga omständigheter som bolaget åberopat till grund för sitt överklagande.

Vad sedan gäller om SVEDAB har haft rätt att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontraktet gör jag följande bedömning.

Under hösten 2016 direktupphandlades byte av tätskiktet på delar av taket på en skolbyggnad eftersom taket läckte in vatten. Det är enligt min mening visat i målet att åtgärden var absolut nödvändig för att omgående förhindra skador på skolbyggnaden samt undvika större skador och stora kostnader. Utredningen talar inte för att SVEDAB exempelvis varit medvetet om att taket varit i så dåligt skick och borde kunnat förutse att taket skulle börja ta in vatten. Det var alltså fråga om en oförutsedd händelse. Den omständigheten att den upphandlande myndigheten vid en oförutsedd och akut situation inte slutfört en påbörjad upphandling avseende ramavtal om löpande takunderhållsarbete, kan enligt min mening inte läggas myndigheten till last som bristande planering.

Sammanfattningsvis har SVEDAB fått använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontraktet och det saknas därför skäl att besluta om ogiltighet av det ingångna avtalet. Överklagandet ska därför avslås.



SÖKANDE

Dalby Takmontage AB, 556649-2541

Ombud: advokaterna Viktoria Edelman och Maja Rothpfeffer
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Svedala Exploaterings AB, 556191-3715

Ombud: advokaten Ulf Yxklinten
MAQS Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Dalby Takmontage AB: ansökan.

BAKGRUND

Svedala Exploaterings AB (SVEDAB) har den 8 september 2016 genom direktupphandling tecknat avtal med Täta Tak entreprenad AB gällande takarbeten på Kyrkskolan.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING M.M.

Dalby Takmontage AB

Dalby Takmontage AB ansöker om överprövning av giltigheten av avtalet den 8 september 2016 mellan SVEDAB och Täta Tak och yrkar att avtalet ska förklaras ogiltigt. Som grund för sin ansökan anför Dalby Takmontage AB följande.

Det tidigare ramaavtalet som Svedala kommun har haft med Täta Tak för takarbeten löpte ut för snart två år sedan. Trots detta har inte något nytt ramavtal upphandlats. SVEDAB har dock haft möjlighet att ha ett ramavtal på plats redan i början av hösten men bolaget har istället valt att avbryta upphandlingen och fortsätta att direktupphandla takarbeten från Täta Tak. SVEDAB har den 8 september 2016 ingått avtal utan föregående annonsering.

SVEDAB har sedan 2011 känt till att ramavtal avseende takarbeten löper ut den 31 december 2014. Genom att inte tillse att ett nytt ramavtal funnits på plats från och med den 1 januari 2015 har SVEDAB orsakat behovet av att direktupphandla förevarande arbeten. SVEDAB har vidare haft möjlighet att begära förlängning av anbudens giltighetstid i upphandlingen. För det fallet så skett hade SVEDAB, oavsett om sakliga skäl att avbryta upphandlingen förelegat, kunnat ha ett ramavtal på plats innan arbetena avseende Kyrkskolan avropats. Den omständigheten att förvaltningsrätten funnit att det förele-

gat sakliga skäl för att avbryta upphandlingen innebär inte att det varit nödvändigt för SVEDAB att avbryta den. Även denna omständighet är hänförlig till SVEDAB:s eget bristfälliga agerande. Dalby Takmontage AB ifrågasätter vidare att de arbeten som omfattas av det överprövade avtalet avsett brådslande och oförutsedda arbeten. Vid sådana förhållanden kan inte synnerliga skäl för att direktopphandla anses föreligga och avtalet ska därför ogiltigförklaras.

SVEDAB

SVEDAB anser att Dalby Takmontage AB:s ansökan ska avslås och anför följande.

Det avtal som SVEDAB träffat med Täta Tak den 8 september 2016 är i delar som utförts förenligt med LOU eftersom det förelegat synnerliga skäl för att direktopphandla. SVEDAB har försökt att genom anbudskonkurrens upphandla takarbeten avseende pappläggning men har nödgats att konstatera att upphandlingarna måste avbrytas. Arbete med att utforma förfrågningsunderlag i avsikt att på nytt infordra anbud pågår. Taken på Kyrkskolans byggnader visade sig under hösten vara i så dåligt skick att vatteninträning skett vilket föranledde brådslande åtgärder i avsikt att minimera skador på byggnaderna. Det aktuella avtalet avsåg att fylla ett oförutsett och nödvändigt behov. Avtalet, som utförts under september – december 2016, har upphört att gälla i och med att avtalade arbeten slutfördes.

SVEDAB har påbörjat två olika upphandlingar av takarbeten avseende pappläggning. Båda upphandlingarna har nödgats avbrytas. Den första upphandlingen avbröts den 16 februari 2016 och den andra upphandlingen avbröts den 28 oktober 2016. I den andra upphandlingen löpte anbudens giltighetstid ut under andra halvan av juli 2016. Avbrytandebeslut fattades eftersom det inte längre fanns några giltiga anbud i upphandlingen. SVEDAB

hade därför inte lagligen kunnat fatta ett nytt tilldelningsbeslut innebärande tilldelning till Dalby Takmontage AB.

Bolagets påstående att sakliga skäl att avbryta upphandlingen inte förelegat, att bolagets anbud var giltigt vid tidpunkten för avbrytandebeslutet och att SVEDAB då lagligen kunnat träffa avtal med bolaget är felaktiga. Förvaltningsrätten har funnit att avbrytandebeslutet varit sakligt grundat. På grund av omständigheter som i huvudsak legat utanför vad SVEDAB kunnat förutse och påverka har det inledda upphandlingsförfarandet inte kunnat avslutas som planerat. Att ramavtal inte kunnat tecknas därför att SVEDAB nödgats avbryta de två senaste upphandlingarna beror på andra omständigheter och inte på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen.

SVEDAB menar att man därför inte kan lastas för att det under hösten 2016 inte fanns ett genom annonserat förfarande tecknat avtal. Det beror inte heller på försumlighet eller annan brist på planering eller organisation att vattengenomträngning på Kyrkskolans tak uppstod under hösten 2016 och föranledde den aktuella direktupphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se punkten 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får förvaltningsrätten efter ansökan av en leverantör överpröva giltigheten av ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Enligt 16 kap. 13 § LOU får rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering.

Förvaltningsrättens bedömning

Av utredningen i målet framgår att SVEDAB den 8 september 2016 tecknat avtal med Täta Tak entreprenad AB gällande takarbeten på Kyrkskolan. Dalby Takmontage AB har anfört att synnerliga skäl för att direkupphandla inte kan anses föreligga och att avtalet därför ska ogiltigförklaras. SVEDAB har i målet anfört att det förelegat synnerliga skäl för att direkupphandla.

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering (direktupphandling) vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och 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 (4 kap. 5 § första stycket 3 LOU). Bestämmelsen ska tillämpas med restriktivitet och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger användande av förhandlat förfarande utan föregående annonsering (jfr C-337/05 och C-328/92).

Enligt förvaltningsrättens mening får det anses vara visat att det aktuella avtalet avsett att fylla ett nödvändigt behov på Kyrkskolans tak som inte kunnat avvakta till dess att en ny annonserad upphandling genomförts samt att avtalet har begränsats till att avse brådska och oförutsedda arbeten. Vidare framgår av utredningen i målet att SVEDAB tidigare har haft ett ramavtal avseende takarbeten, med Täta Tak som antagen leverantör, och att detta ramavtal som längst gällde till den 31 december 2014. SVEDAB

har därefter påbörjat två nya ramavtalsupphandlingar avseende takarbeten varav den första avbröts den 16 februari 2016. När det gäller den andra upphandlingen förordnade förvaltningsrätten genom dom den 29 augusti 2016 att rättelse skulle ske genom ny utvärdering. Efter överklagande beslutade Kammarätten i Göteborg den 20 oktober 2016 att inte bevilja prövningstillstånd. Den 28 oktober 2016 avbröt SVEDAB upphandlingen eftersom det inte längre fanns några giltiga anbud. Förvaltningsrätten har genom dom den 16 januari 2017 funnit att det förelegat sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Enligt förvaltningsrättens mening får det anses visat att den synnerliga brådska som uppkommit inte kan anses orsakad av eller borde ha kunnat förutses av SVEDAB och att SVEDAB därför har haft rätt att tilldela kontrakt och teckna avtal utan föregående annonsering. Skäl för att besluta att det nu aktuella avtalet ska ogiltigförklaras föreligger därför inte. Dalby Takmontage AB:s ansökan ska därför avslås.

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


Mattias Steen

Sune Wennerberg har föredragit målet.



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.

I 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 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 avtal inte får ingås, 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 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.