



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 S. Hemström
 Föredragande

DOM
 2012-10-03
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 285-12
 Enhet 2

KONKURRENSVERKET	
2012-10-04	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

[REDACTED], [REDACTED], med firma Hugo Buss
 [REDACTED]

MOTPART

Borlänge kommun
 781 81 Borlänge

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Med bifall till ansökan ogiltigförklarar förvaltningsrätten de avtal mellan Borlänge kommun och Lennes buss AB som från och med augusti 2011 ingåtts i avvaktan på att avtal träffas i upphandling av busstjänster, dnr 2011/21.

Dok.Id 54951

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-12:00
 13:00-16:00

BAKGRUND

Borlänge kommun (Kommunen) och Lennes buss AB (Lennes buss) ingick avtal avseende busstjänster för perioden v. 32 år 2010 v. 25 år 2011. Enligt ingiven avtalskopia undertecknades avtalet den 10 maj 2010. Efter att [REDACTED] ansökt om överprövning beslutade Förvaltningsrätten i Falun i dom den 29 april 2011, mål nr 1585-11, att upphandlingen skulle göras om detta då Kommunen direkttilldelat kontraktet i strid med upphandlingslagstiftningen.

Kommunen annonserade i april 2011 en upphandling av busstjänster för nästkommande period, benämnd "Chaufförstjänst till mobil förskolebuss i Borlänge kommun" med diarienummer 2011/21. Överprövning begärdes innan tilldelningsbeslut meddelats. Förvaltningsrätten i Falun avlog i dom den 7 juli 2011, mål nr 2044-11, ansökan om överprövning. Efter att tilldelningsbeslut meddelats begärdes återigen överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten i Falun beslutade i dom den 16 december 2011, mål nr 3880-11, om rättelse på så sätt att en ny utvärdering skulle genomföras. I målet har framkommit att upphandlingen avbröts den 26 januari 2012, varvid Lennes buss sades upp som leverantör.

YRKANDEN M.M.

[REDACTED] begär överprövning av giltigheten av de avtal som träffats för busstjänster som utförts från och med augusti 2011 och begär att de avtal som ligger till grund för dessa tjänster ska ogiltigförklaras. Han uppger att Lennes buss för Kommunens räkning utfört sådana busstjänster som avtalet avser, trots att avtalet är ett resultat av en otillåten direktupphandling och att avtalsperioden för avtalet från den 10 maj 2010 löpt ut. Han har lidit skada eller riskerat att lida skada till följd av Kommunens agerande.

Kommunen motsätter sig [REDACTED] yrkande. Kommunen uppger att det i avtalet från den 10 maj 2010 finns en förlängningsklausul. Skälet

till att avtalet förlängdes var att överprövning begärts av den upphandling som genomförts för perioden efter den period avtalet avser och ett nytt avtal inte fick ingås under den period som överprövningsprocessen pågick.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av i målet föreliggande avtalskopia framgår att Kommunen och Lennes buss den 10 maj 2010 ingick avtal avseende busstjänster för perioden v. 32 år 2010 v. 25 år 2011. I avtalet anges att det kan förlängas med ytterligare perioder om parterna så önskar.

Regler som möjliggör överprövning av avtals giltighet infördes i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU genom SFS 2010:571. Av övergångsbestämmelserna framgår att de ifrågavarande bestämmelserna trädde i kraft den 15 juli 2010 och att äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Förvaltningsrätten har därför först att ta ställning till när upphandlingen påbörjades eller, som i förevarande fall, om det är det ursprungliga avtalet som tillämpats eller om Kommunen därefter får anses ha ingått nytt/nya avtal efter att de nya reglerna trätt i kraft. [REDACTED] har i målet uppgett att Kommunen har fakturerats för tjänsterna månadsvis från den 20 augusti 2011 med ett belopp om 82 841 kr exklusive moms och faktiska bränslekostnader. Kopior på fakturor har getts in i målet. Kommunen har inte invänt mot detta men anfört att det är fråga om en förlängning av avtalet från den 10 maj 2010. Förvaltningsrätten noterar att det är oklart om förlängningen gjorts inom avtalets löptid eller om avtalets villkor har tillämpats på beställningar som gjorts efter att avtalet upphört att gälla. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att Kommunen inte har styrkt sitt påstående genom att ge in någon skriftlig avtalsförlängning. Vid dessa förhållanden finner förvaltningsrätten att nya avtal får anses ha ingåtts i samband med att fakturor betalats, även om villkoren i det gamla avtalet tillämpats. Upphandlingen får därför anses ha påbörjats efter att den nya lag-

stiftningen trätt i kraft och förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till om fråga är om en otillåten direktupphandling och, om så är fallet, det föreligger förutsättningar att ogiltigförklara avtal.

Det förhållandet att upphandlingen avbröts den 26 januari 2012 medför inte att det föreligger hinder för förvaltningsrätten att pröva yrkandet om ogiltigförklaring då ogiltighetsförklaring inte endast avser framtida förpliktelser (jfr prop 2009/10 s 136-137).

Kommunen får anses ha invänt att skäl för direktupphandling funnits med hänsyn till att pågående överprövningsprocesser omöjliggjort för kommunen att tilldela kontrakt efter sedvanlig upphandling.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling (prop. 2009/2010:180 del 1 s. 344). Direktupphandling får bl.a. 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 (15 kap. 3 § andra stycket LOU). Enligt 4 kap. 5 § 3 får en upphandlande myndighet 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 möjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Kammarrätten i Jönköping har i dom den 18 november 2011 i mål nr 1587-1589-11 prövat frågan huruvida en försening av upphandlingens genomförande till följd av överprövningsprocesser utgjort skäl för direktupphandling. Kammarrätten uttalar därvid bl.a. följande. ”Alla tilldelningsbeslut /.../ har emellertid föranlett åtgärder av domstolarna på grund av brister i upphandlingarna. Dessa brister måste rimligen anses vara hänförliga till de


upphandlande myndigheterna. Den tidsnöd som uppstått måste då anses ha kunnat förutses av myndigheterna.”

Avtalet från den 10 maj 2010 löpte ut v. 25, dvs. i slutet av juni 2011. Kommunen annonserade upphandlingen av busstjänster för nästkommande period i april 2011. Dom meddelades den 7 juli 2011 respektive den 16 december 2011 efter begärd överprövning och processer i domstol avseende upphandlingen.

Regeln i 15 kap. 3 § andra stycket LOU är främst avsedd för sådana oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. (Jfr prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2009/2010:180 del 1 s. 344).

Det faktum att den upphandlande myndigheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering kan normalt sett inte grunda rätt till direktupphandling. Förvaltningsrätten anser att annat inte har framkommit än att de aktuella tjänsterna varit möjliga att planera på så sätt att behövlig tid för genomförande av upphandlingen funnits. Enligt förvaltningsrättens mening har Kommunen inte heller visat att sådana synnerliga skäl som avses i 15 kap. 3 § andra stycket LOU förelegat, varför en otillåten direktupphandling genomförts i strid med LOU. Förutsättningarna att ogiltigförklara de avtal mellan Borlänge kommun och Lennes buss AB, som från och med augusti 2011 ingåtts i avvaktan på att avtal träffas i upphandling av busstjänster, dnr 2011/21, föreligger därmed (jfr 16 kap. 13 § LOU).

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU).


Karin Forslund Johansson
rådman