



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

Lars Överström

DOM

2017-01-04

Meddelad i Karlstad

Mål nr

5260-16

SÖKANDE

Samhall AB, 556448-1397

Box 27705

115 91 Stockholm

Ombud: Advokat Susanne Wiklund

Advokatfirman Kjällgren AB

Box 1

451 15 Uddevalla

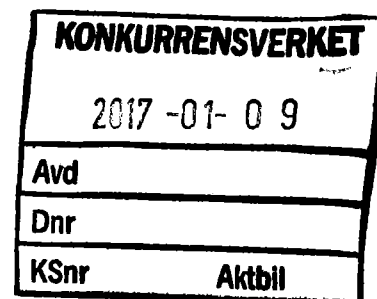
MOTPART

Kristinehamns kommun

681 84 Kristinehamn

SAKEN

Offentlig upphandling



AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Samhall AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 172338

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se
www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Kristinehamns kommun har genomfört en direktupphandling av tillfällig lokalvård, område norr, östra och västra.

PARTERNAS TALAN

Samhall AB (Samhall) ansöker om överprövning och yrkar att ”upphandlingen ska göras om”. Samhall anför bland annat följande. Kommunens tidigare tilldelningsbeslut i upphandling av lokalvård för motsvarande område som nu aktuellt område är föremål för överprövning i förvaltningsrätten (mål nr 4784-16). Uppdraget hade tilldelats Sodexo AB (Sodexo). Under pågående överprövningsprocess har kommunen annonserat ett meddelande om frivillig förhandsinsyn avseende direktupphandling av tillfälligt lokalvårdsavtal. Av meddelandet framgår att kommunen avser att teckna kontrakt med Sodexo avseende de städtjänster och de områden som det pågående överprövningsmålet omfattar. Av meddelandet framgår inte vilken avtalstid det tänkta avtalet omfattar. Förfarandet innebär att kommunen genomför en direktupphandling, utan föregående annonsering och utan att iaktta regler om konkurrensutsättning och annonsering. För att sådant förfarande ska vara tillåtligt ska tre övergripande förutsättningar vara för handen:

Kontraktstilldelningen som sådan ska vara oundgängligen nödvändig, normalt sett på sådant sätt att den är nödvändig med anledning av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Det ska föreligga sådan synnerlig brådska som gör att tidsfristerna i andra upphandlingsförfaranden inte kan hållas.

Den synnerliga brådskan ska ha orsakats av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och dessa omständigheter får inte vara hänförliga till eller på annat sätt bero på den upphandlande myndighetens handlande.

Inget av ovan nämnda kriterier är uppfyllda. Samhall, som är nuvarande leverantör och anbudsgivare i pågående överprövad upphandling, hade kun-

nat utföra uppdraget och hade kunnat erbjuda ett konkurrenskraftigt anbudspris. Samhall har inte erbjudits att lämna offert på tilldelning av korttidsavtal trots att det hade varit fullt möjligt för kommunen att i vart fall inhämta offert från minst tre tänkbara leverantörer för att utföra korttidsuppdraget och härigenom upprätthålla någon form av konkurrens. Kommunens förfarande är ett sätt att kringgå gällande avtalsspärr och därtill, för det fall Samhall vinner framgång med sin talan i det ursprungliga målet, omintetgöra möjligheten att under överskådlig tid få till stånd en rättelse eller ny upphandling, eftersom den nu överprövade tilldelningen och tillämpningen av frivillig förhandsinsyn skulle (utan överprövning) innebära att det direkttilldelade avtalet inte kan ogiltigförklaras oavsett sin löptid.

Kristinehamns kommun motsätter sig bifall till Samhalls ansökan och anför följande. Kommunen påbörjade under våren 2016 en upphandling avseende lokalvård i kommunens lokaler, såsom skolor, barnomsorg, äldreboenden, förvaltningslokaler, bibliotek, idrottsanläggningar m.m. Upphandlingen annonserades den 13 april 2016. Avsikten var att kontrakt skulle tecknas under hösten och att uppdraget skulle påbörjas den 1 februari 2017 då nuvarande avtal upphör. Nuvarande avtal innehas av Samhall såvitt avser områdena norra, södra och östra och Sodexo såvitt avser område västra. Upphandlingen avser således fyra städområden, norra, östra, södra och västra. Varje område har utvärderats för sig. I tilldelningsbeslut den 20 oktober 2016 meddelade kommunen att de norra, östra och västra områdena tilldelats Sodexo och det södra området Samhall. Samhall ansökte den 31 oktober 2016 om överprövning, varvid en automatisk avtalsspärr började löpa. Samhall ansökte och beviljades anstånd med att ytterligare utveckla sin talan till den 10 november 2016. Samhall kom aldrig att komplettera sin ansökan, varvid målet i onödan fördröjdes i minst tio dagar. I en annons om förhandsinsyn som publicerades den 19 november 2016 tillkännagav kommunen sin avsikt att ingå ett tillfälligt avtal med Sodexo såvitt avser de områden som Sodexo tilldelats. Samtidigt har kommunen för avsikt att ingå ett separat avtal med

Sodexo för att täcka Sodexos uppstartsinvesteringar för det fall det tillfälliga avtalet inte kan avslutas och ersättas med ett ordinarie avtal och avtalsstiden för det tillfälliga avtalet inklusive kontraktstiden för det ordinarie avtalet blir kortare än tre år. Skälen för den aviserade direktupphandlingen är således synnerlig brådska enligt 4 kap. 5 § 3 p LOU. Kommunen har inga resurser att utföra städningen i egen regi. Det torde vara uppenbart att kommunen från och med den 1 februari 2017 inte kan stå utan städtjänster. Lokaler för t.ex. äldreboenden och barnomsorg kan inte stå utan städning. Alternativet skulle vara att stänga äldreboenden, barnstugor, idrottsanläggningar och kommunens verksamhet. Kommunen annonserade den aktuella upphandlingen den 13 april 2016, dvs. omkring tio månader före det att uppdraget ska påbörjas. Upphandlingen var selektiv och sista dag för att lämna anbud var den 8 september 2016. Planen var att tilldelningsbeskedet skulle lämnas vecka 40 men beskedet drog ut något i tiden, bland beroende på att kommunen hade en skriftväxling med Samhall i frågan om onormalt lågt pris. Upphandlingar kan i praktiken inte påbörjas hur lång tid i förväg som helst. Förutsättningarna för att lämna ett rättvisande och kalkylerbart anbud minskar ju längre från avtalsstart som anbud måste lämnas. Kommunen har gjort en rimlig bedömning avseende tidsåtgången för upphandlingen när den annonserades i april 2016 och bl.a. tagit höjd för ett normalt överprövningsförande på tre månader (se SOU 2015:12 s. 13-14). Noteras bör även vad Högsta förvaltningsdomstolen antecknat i sin dom den 30 juni 2014 (HFD 2014 ref. 49) "Av utredningen i målen framgår att kommunerna inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med vad som gäller enligt lagen om offentlig upphandling, På grund av omständigheter som i huvudsak legat utanför vad de själva kunnat förutse och påverka har emellertid det inledda upphandlingsförfarandet inte kunnat avslutas som planerat". Att tre månader före avtalsstart, då ansökan om överprövning inkom till rätten, annonsera om en ny tillfällig upphandling genom ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande har inte varit praktiskt möjligt. Varken vid tidpunkten för överprövningen i den ordinarie upphandlingen eller vid tidpunkten för an-

nonsen om förhandsinsyn har det funnits någon reell möjlighet för kommunerna att använda sig av öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Synnerlig brådska föreligger således. Kommunen vill i detta avseende hänvisa till Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 februari 2012 i mål 821 - - 827-12. Som framgår av det tillfälliga avtalet är avtalstiden begränsad till tre månader efter det att aktuell upphandling avseende de östra, västra och norra områdena får avslutas med ett kontrakt, eller om en förnyad upphandling måste göras, till tre månader efter det att den förnyade upphandlingen får avslutas med ett kontrakt. Kommunen har också alltid rätt att säga upp det tillfälliga avtalet med sex månaders varsel. Avtalstiden är således anpassad till överprövningen och förhållandevis kort. Genom att kommunen alltid har rätt att säga upp kontraktet med sex månaders varsel så har kommunen möjlighet att säga upp avtalet och genomföra en ny tillfällig upphandling i konkurrens om det skulle visa sig vara lämpligt. Kommunens bedömning är att förutsättningar för att tillämpa undantagsregeln om direktupphandling vid synnerlig brådska föreligger. Påståendet om vad som är normalt och onormalt vid byte av utförare får stå för Samhall. Klart är dock att om Samhall hade fått det tillfälliga avtalet skulle det utgöra ett incitament för Samhall och andra innehavare av kontrakt att ansöka om överprövning om de "förlorat" en tilldelning av ett "eget" område för att på så sätt dra ut på tiden.

Samhall tillägger bland annat följande. Vid val av upphandlingsförfarande är det av vikt att den myndigheten planerar och genomför sin upphandling i så god tid att man har en reell möjlighet att genomföra och avsluta upphandlingen med ett kontrakt i god tid innan uppdraget avses påbörjas. Vid valet ska myndigheten beakta att det finns utrymme för en överprövningsprocess. Kommunen har valt att tillämpa ett selektivt förfarande vilket innebär att man först författar en inbjudan att ansöka om att få lämna anbud, annonserar den, går igenom och utvärderar ansökningarna, författar ett kompletterande förfrågningsunderlag, väljer ut och bjuder in vissa att lämna anbud på för-

frågningsunderlaget, efter anbudstidens utgång utvärderas anbuderna och eventuella förtydliganden inhämtas och förhandlingar genomförs, varefter utvärdering sker och avslutas med ett tilldelningsbeslut. I den ursprungliga upphandlingen har detta förfarande dragit ut på tiden. Kommunen har sannolikt valt denna form av upphandling för att säkerställa att inte behöva utvärdera anbud från leverantörer med alltför små resurser utan endast anbud från leverantörer med tillräckligt stora resurser för att genomföra uppdraget. Det kan emellertid uppnås på annat sätt, utan att välja det mer tidskrävande selektiva förfarandet. Bland annat kan det uppnås genom att ställa särskilda krav på anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet (erfarenhet av liknande stora uppdrag, referenser) och /eller deras ekonomiska ställning (tidigare omsättning, viss rating etc). Det har också ställts sådana höga krav i upphandlingen och hade också kunnat ställas i upphandlingen genom annat förfarande. På motsvarande sätt kan man tillämpa reglerna om begränsad kontroll för att underlätta bedömningen. Kommunen har själv valt ett förfarande som är särskilt tidskrävande trots att man hade kunnat genomföra upphandlingen på mer tidseffektivt sätt genom att välja annat förfarande. Att tilldelningsbeslut drog ut på tiden något är hänförligt till kommunen själv och dess val av upphandlingsförfarande samt beslut under upphandlingens gång och rör förhållanden som inte på något sätt är onormalt att det inträffar i en upphandling av denna storlek. Den nu ifrågasatta direktupphandlingen har visserligen annonserats den 19 november 2016, men av utkast till avtal framgår att detta var daterat den 9 november 2016. Utkastet måste ha föregåtts av kontakter med och förhandlingar mellan kommunen och Sodexo samt framtagande av avtalsdokument m.m. Detta arbete har sannolikt påbörjats omgående sedan det stått klart för kommunen att ansökan om överprövning hade getts in och kan alltså inte vara föranledd av vad kommunen nu insinuerar "Samhalls" obstruktion och saktfärdighet i processen. Det är uppenbart att kommunen, efter att själv försatt sig i en situation av tidsnöd, omedelbart väljer att direktupphandla i enlighet med sitt tidigare tilldelningsbeslut, som ett sätt att inte behöva iaktta avtalsspärren och att

kringgå den. Det förhållandet att kommunen på grund av förhållanden som den själv kunnat råda över, försatt sig i en situation där den hamnat i brådska att tilldela kontraktet och därför - ytterst - inte har tillräcklig tid att genomföra ett nytt annonserat förfarande befriar inte kommunen från att vid fortsatta beslut om upphandling iaktta den grundläggande principen om att vid all upphandling tillvarata konkurrensen på marknaden. Vid direktupphandlingen anses i praxis en minsta konkurrensutsättning vara att i vart fall tre anbudsgivare tillfrågas och får tillfälle att lämna offert. Det är en uppenbar risk att kommunen genom det avtal man avser att teckna med Sodexo har låst in sig och kommer att låta det bestå under ett flertal år, oavsett utgången i överprövningsmålet. Den direktupphandling som ifrågasätts innebär dels att kommunen betalar ett avsevärt högre pris för de utförda tjänsterna, dels utfäster ekonomiska tilläggförpliktelser för kontraktet som riskerar att innebära ännu högre pris för kommunen. Kommunen har inte ens efterhört hur övriga anbudsgivare ställer sig till att åta sig ett korttidsavtal. Samhall hade t.ex. åtagit sig uppdraget utan extra utfästelser. Om kommunens verkliga omsorg och ambition varit att säkerställa god och effektiv städning med så lite störning som möjligt och till bästa pris så hade man inte valt denna lösning och hade i vart fall undersökt möjligheten att få bättre villkor hos annan leverantör.

Kristinehamns kommun tillägger följande. Kommunen planerade sin upphandling utifrån valet av förfarande, i detta fall ett selektivt förfarande. Tidplanen hade luft på omkring fyra månader bl.a. för överprövning på omkring tre månader. Tidplanen fram till tilldelning försköts endast 14 dagar och rymdes i kommunens planering. Den verkliga fördröjningen kom efter tilldelningen när Samhall begärde anstånd för att utveckla sin talan och därefter inte kom in med någon komplettering. Anbudspresentationerna och de i anslutning därtill ställda frågorna har inte påverkat tidsplaneringen utan har varit en del i tidsplaneringen. I och med Samhalls begäran om anstånd blev kommunen varse att överprövningen kunde komma att dra ut i tiden. På

grund härav påbörjades förberedelserna för en direktupphandling som skulle annonseras enligt LOU genom förhandsinsyn. Kommunen avvaktade så länge som möjligt men den 19 november 2016, då kommunen fått förvaltningsrättens föreläggande, bedömde kommunen att det var nödvändigt att som en säkerhetsåtgärd avisera sin avsikt att ingå ett direktupphandlat avtal. Kommunen får i sammanhanget understryka att den genom att annonsera sin avsikt har tillämpat LOU och inte, vilket Samhall påstår, kringgått LOU. Kommunen bestrider påståendet att det skulle föreligga en praxis att tillfråga minst tre leverantörer vid direktupphandling på grund av synnerlig brådska. Den omständigheten att kommunen enligt de avtal som omfattas av förhandsinsynen avser att ersätta Sodexo för eventuella "förgäveskostnader" har inget med frågan om tillämpning av 4 kap. 5 § första stycket 3 p. LOU att göra. Kommunens avsikt är inte att låta det tillfälliga avtalet bestå under år utan avsikten är att trygga städningen i bl.a. daghem, förskolor, skolor, äldreboenden för det fall den "ordinarie" överprovningen drar ut i tiden. Orsaken till att Samhall inte tillfrågades stället för Sodexo är att kommunen inte varit nöjd med Samhalls sätt att utföra uppdraget. Därtill föreligger enligt LOU inte någon skyldighet att tillfråga just Samhall.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt

samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt 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.

Upphandlingen avser lokalvård i kommunala lokaler, bland annat i skolor, hos barnomsorg och i äldreboenden. Den av kommunen tidigare genomförda upphandlingen av lokalvård är föremål för överprövning i förvaltningsrätten. Enligt nämnda upphandling, som annonserades i april 2016, skulle uppdraget påbörjas den 1 februari 2017, då nuvarande avtal upphör att gälla. Kommunen har uppgett att den inte själv har resurser att utföra lokalvården och uppger sig vidare ha varit tvungen, för att säkerställa att lokalvården utförs, sluta ett avtal för begränsad tid i avvaktan på att den ”ordinarie” upphandlingen överprövas. Vid tidpunkten för kommunens meddelande om frivillig förhandsinsyn har kommunen enligt förvaltningsrättens bedömning inte kunnat använda sig av öppet, selektivt eller förhandlat förfarande (med föregående annonsering) om avtalsstart den 1 februari 2017 skulle kunna säkerställas. Synnerlig brådska har således förelegat.

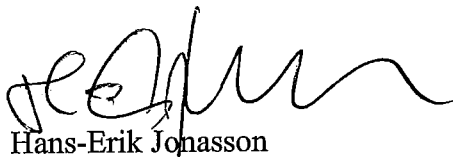
Beträffande förutsättningen, att omständigheterna inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, ställs det enligt praxis höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation. Att upphandlingar av nu aktuellt slag och omfattning kan komma att överprövas, utgör generellt sett något som kan förutses av upphandlande myndighet under upphandlingsförfarandets gång. Den upphandlande myndigheten måste därför ta hänsyn till en eventuell överprövning då upphandlingen planeras. Samtidigt

kan en upphandling inte påbörjas i allt för tidigt skede i förhållande till avtalsstart då förutsättningarna för behovet av det upphandlade m.m. kan komma att ändras under tiden. När det gäller den ursprungliga upphandlingen anser förvaltningsrätten att kommunen har beräknat en rimlig tidsåtgång för upphandlingsförfarandet när den annonserades ut i april 2016. Vikten av att kunna säkerställa ett genomförande av uppdraget för en begränsad tid och de konsekvenser som kan följa om detta inte görs måste också tillmätas betydelse. Av betydelse är också att det är fråga om en tillfällig upphandling i avvaktan på att den ursprungliga upphandlingen kan avslutas. Mot bakgrund av det anförda och vid en samlad bedömning av omständigheterna i målet finner förvaltningsrätten att upphandlingen har skett i överensstämmelse med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas.

Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B, LOU).



Hans-Erik Jonasson
f.d. lagman