



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Kansli Nyköping

DOM
2010-03-01
Meddelad i
Nyköping

Mål nr
1886-10
Enhet 5

SÖKANDE

LOTS Security AB, 556726-2224
c/o Gunnar Ranebäck
Box 5069
141 05 Huddinge

MOTPART

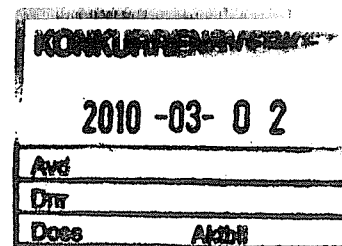
Kommunstyrelseförvaltningen i Eskilstuna kommun

Ombud:

Stadsjurist Owe Brännberg
Kommunstyrelseförvaltningen i Eskilstuna kommun
631 86 Eskilstuna

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Kommunstyrelseförvaltningens i Eskilstuna kommun upphandling "Leveransavtal – nödtelefoner med GPS-funktion" ska göras om.

BAKGRUND OCH ANSÖKAN M.M.

Kommunstyrelseförvaltningen i Eskilstuna kommun (kommunen) har genom beslut den 4 januari 2010 tilldelat annan leverantör än LOTS Security AB (bolaget) avtalet avseende upphandlingen "Leveransavtal – nödtelefoner med GPS-funktion".

Bolaget har i en till Länsrätten i Södermanlands län (numera Förvaltningsrätten i Linköping) den 8 januari 2010 inkommen framställning ansökt om överprövning av kommunens upphandling och yrkat i första hand att för-

Dok.Id 413

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 194 611 25 Nyköping	Folkungavägen 4	0155-200450 E-post: forvaltningsratten@linkoping@dom.se	0155-200490	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

valtningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts samt i andra hand att upphandlingen ska göras om i enlighet med principerna i LOU. Till stöd för ansökan har bolaget anfört bl.a. följande. Anbudet i upphandlingen överskrider fem basbelopp, vilket enligt kommunens egna riktlinjer är gränsen för direktupphandling av varor. Vidare är direktupphandling av löpande behov inte förenligt med LOU. Upphandlingen tilldelades inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller anbudet med lägst pris. Skälen för diskvalificeringen av bolagets anbud är osakliga och felaktiga. Bolagets anbud, som är betydligt bättre ur ett ekonomiskt och affärsmässigt perspektiv, ströks av felaktiga skäl. Offertens giltighetstid omfattar den som kommunen anger då bolaget genom sin skrivelse i offerten har accepterat och uppfyller de krav som angetts i förfrågan. Det finns inte heller några oklarheter vad gäller garantin och bolaget har dessutom svarat på muntlig förfrågan om förtydligande av offerten. Vad gäller påståendet om oklarheter mellan huvudanbud och sidoanbud är det subjektivt och osakligt. Kommunen hävdar att man får göra så med hänvisning till att det är en direktupphandling och gömmer sig således bakom en felaktig upphandlingsform. Kommunen bryter mot huvudregeln om affärsmässighet i LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Till följd av de felaktigheter som har begåtts i upphandlingen riskerar bolaget att lida stor skada.

Kommunen bestrider bolagets ansökan och yrkar att förvaltningsrätten ska avvisa alternativt avslå bolagets ansökan samt anför bl.a. följande. Kommunen har vid direktupphandlingen lagt sig vinn om att följa de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU som gäller för all upphandling. Förfrågningsunderlaget och kravspecifikationen uppfyller kraven på affärsmässighet och konkurrensneutralitet. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att det av anbudet ska framgå dess giltighetstid. Kommunen har vid prövningen kommit fram till att bolaget inte uppfyller kvalificeringsfasen på så sätt att anbudets giltighetstid inte har angetts, varför detta anbud har

förkastats. Vid anbudsprövningen har kommunen funnit att fem anbud uppfyller de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Vid den anbudsutvärdering som därvid gjorts har vinnande anbud fått högsta poäng. Detta anbud bedömdes därtill tydligt och klart med komplettering av specificerad produktuppgift. Detta anbud har antagits och avtal/kontrakt har därmed kommit till stånd. Förvaltningsrätten är således enligt 16 kap. 1 § andra stycket LOU förhindrad att i sak pröva ansökan om överprövning. Därtill uppfyller bolaget inte samtliga skall-krav, vilket innebär att bolaget inte kan anses ha lidit skada eller ens kunna komma att lida skada. Även på denna grund ska ansökan avvisas eller avslås.

Bolaget vidhåller i yttrande i huvudsak vad som tidigare anförts samt tillägger bl.a. följande. Anbudets giltighetstid framgår av anbudets första mening som uttryckligen säger att anbudet avges i enlighet med kommunens kravspecifikation, av vilken framgår krävd giltighetstid som därmed är anbudets giltighetstid. Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandlingen. Den var otillåten både därför att värdet på det upphandlade var för stort och därför att den avser att täcka ett löpande behov. Eftersom upphandlingen och särskilt tilldelningsbeslutet faktiskt inte genomfördes som en direktupphandling enligt definitionerna i LOU har bolaget rätt att inom tio dagar från kommunens tilldelningsbeslut ansöka om överprövning. Om kommunen olagligen tecknat avtal inom denna period eller efter förvaltningsrättens beslut kan detta inte utgöra hinder mot prövning av ansökan.

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig över bolagets yttrande.

Förvaltningsrätten har den 8 januari 2010, på yrkande av bolaget, beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Tillämplig lagtext

Enligt 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 principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 2 kap. 23 § LOU framgår att med *direktupphandling* avses ett förfarande utan krav på anbud.

Enligt 15 kap. 3 § andra stycket får direktupphandling användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande myndigheten ska vid behov besluta riktlinjer för användning av sådant förfarande.

Av 16 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Enligt andra stycket samma bestämmelse får vid direktupphandling en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

I 16 kap. 2 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

I kommunens "Förfrågningsunderlag vid direktupphandling av: Leveransavtal – nödtelefoner med GPS-funktion", daterat den 16 november 2009, anges att anbudsgivarna **skall** uppfylla vissa krav. Vidare anges att kommunen vid utvärdering av anbud kommer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet samt att utvärderingskriterier framgår av bilaga. Avslutningsvis anger kommunen bl.a. att "Anbud skall vara inkommet senast 2009-12-02" samt att "Anbudet skall vara giltigt tom 2010-01-30".

Kommunen har i kravspecifikationen under rubriken Volym angett att behovet av nödtelefoner med GPS-funktion i dagsläget uppskattas till totalt 50 enheter inklusive gradvis utbytande av befintliga enheter, men att kommunen framöver ser ett stigande behov. Under rubriken Pris anges att det offererade priset ska redovisas som "Listpris – rabatt – nettopris till Eskilstuna kommun" samt att det av anbudet ska framgå om det tillkommer extra kostnader eller avgifter som exempelvis frakt. Under rubriken Garanti anges att det av anbudet ska framgå vilken garanti som ingår och vilka servicenivåer som erbjuds samt priset för service. Under rubriken Beställning/avrop anges att avrop är beroende av ersättningstakten för utbyte av befintliga nödtelefoner samt pågående inventering som genomförs för att lokalisera särskilt utsatta personalgrupper som har behov av utökad skydd. Vad gäller utvärderingen anges att värdering baseras på totalpris för 50 enheter. Under rubriken Avtalstid anges att leveransavtal kommer att tecknas för två år.

Av kommunens utvärdering framgår att det till kommunen lämnats åtta anbud, varav fem anbud har utvärderats. Anbudsgivarnas offererade pris per enhet har varierat mellan 2 552 kr och 4 280 kr och kommunen har, såvitt avsåg de fem utvärderade anbudena, beräknat att priset för 50 enheter inklusive service 24 månader uppgår till mellan 269 350 kr och 562 800 kr.

Det är priset för 50 enheter inklusive service 24 månader som har åsatts poäng i enlighet med vad som anges i kravspecifikationen.

I Riktlinjer för upphandling i Eskilstuna kommun, antaget av Kommunfullmäktige den 27 april 2006, anges bl.a. följande (s. 8). Vid beräkning av värdet för en upphandling måste alla upphandlingar av samma kategori av varor, tjänster eller bygg- och anläggningsentreprenader i kommunen räknas samman. Direktupphandlingar får i Eskilstuna kommun uppgå till högst fem prisbasbelopp vid upphandling av varor. Vidare anges på s. 9 bl.a. att varor och tjänster, som har ett mindre värde men som köps frekvent, ska upphandlas genom ramavtalsupphandling.

Förvaltningsrätten har vid telefonsamtal med Owe Brännberg den 22 februari 2010 inhämtat information om att det inte finns något skriftligt avtal mellan kommunen och den leverantör som tilldelades avtalet, men att ett muntligt avtal fanns i samma stund som beslut om tilldelning fattades eftersom parterna var överens. Vidare har Owe Brännberg uppgett att det, såvitt han vet, har levererats cirka 7 – 8 telefoner hittills och att avrop sker vartefter behov uppstår.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I 2 kap. 23 § LOU definieras direktupphandling som upphandling utan krav på anbud. Detta utesluter emellertid inte att det kan vara fråga om en direktupphandling när en upphandlande myndighet, såsom i förevarande fall, begär in anbud. När en upphandlande myndighet köper varor eller tjänster och inte genomför detta enligt någon av de andra i LOU reglerade upphandlingsformerna, är inköpet att betrakta som en direktupphandling (jfr Kammarrättens i Stockholm beslut den 12 juli 2007 i mål nr 234-07). Med hänsyn härtill och med beaktande även av att såväl kommunen som bolaget i vart fall numera synes vara av uppfattningen att det är fråga om

en direktupphandling, varvid kommunen enligt bolagets mening har genomfört en otillåten sådan, utgår förvaltningsrätten från att i målet aktuell upphandling utgör en direktupphandling.

Frågan om kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling måste kunna bli föremål för förvaltningsdomstols prövning oavsett om avtal har slutits (jfr RÅ 2005 ref. 10 och bl.a. ovan nämnda kammarrättsavgörande). Förvaltningsrätten finner därför att bolagets ansökan ska prövas i sak oavsett om avtal har kommit till stånd mellan kommunen och den leverantör som tilldelades upphandlingen eller inte.

Bolaget har gjort gällande dels att gränsvärdet för när kommunen får göra direktupphandling av varor har överskridits, dels att direktupphandling av löpande behov inte förenligt med LOU.

Av LOU framgår att direktupphandling får användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl och att den upphandlande myndigheten vid behov ska besluta riktlinjer för användning av sådant förfarande. I förevarande fall framgår det av kommunens riktlinjer det att direktupphandlingar i kommunen får uppgå till högst fem prisbasbelopp vid upphandling av varor, dvs. 214 000 kr för 2009.

För den i målet aktuella upphandlingen måste värdet utgöra det sammanlagda värdet för 50 enheter inklusive service/garanti då det av utvärderingen framgår att det är detta totalpris som har poängsatts i enlighet med angivna kriterier samt då det av kravspecifikationen klart kan utläsas att möjlighet till service är den huvudsakliga orsaken till att ny upphandling av nödtelefoner måste göras. Kontraktets värde varierar enligt utvärderade anbud mellan 269 350 kr och 562 800 kr. Såsom bolaget gjort gällande har således kommunens upphandling överskridit vad som enligt riktlinjerna anges som högsta värde för att direktupphandling ska få användas. Mot

bakgrund av det anförda, och då kommunen inte har visat att det föreligger andra omständigheter som medger direktupphandling, finner förvaltningsrätten att kommunen har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling och därmed brutit mot bestämmelserna i LOU.

Bolaget har gjort gällande att bolaget till följd av de fel som begåtts i upphandlingen riskerar att lida stor skada. Häremot kan det inte, såsom kommunen gjort gällande, anses visat att bolaget inte lidit eller kan komma att lida skada till följd av kommunens underlåtenhet att tillämpa LOU:s bestämmelser vid upphandlingen på den grunden att bolaget inte uppfyller samtliga skall-krav.

Vidare kan det av de uppgifter som framkommit i målet inte anses framgå annat än att den ifrågavarande upphandlingen, låt vara att några nödtelefoner redan har levererats, inte är slutförd. Förvaltningsrätten kan därför inte av den anledningen anses vara förhindrad att besluta om åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU. Med hänsyn till att bristerna i förfarandet är av sådan art att de kan åtgärdas genom rättelse finner förvaltningsrätten att bolagets ansökan om åtgärder ska bifallas på så sätt att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1d)


Anette Briheim Fällman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.