



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-12-14
Meddelad i Linköping

Mål nr
6756-17

SÖKANDE

Rensa Entreprenad Sverige AB, 556686-1216
Box 7100
187 12 Täby

Ombud: Chefsjuristen Pär Cronhult och biträdande juristen Filip Odell
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPARTER

1. Bioteria Technologies AB, 556713-0264
Box 7111
187 12 Täby

2. Eskilstuna Kommunfastigheter AB, 556499-5909
Box 5035
630 05 Eskilstuna

Ombud: Stadsjuristen Anders Skåål
c/o Eskilstuna kommun
631 86 Eskilstuna

| | |
|------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2018-05-28 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förklarar att de avtal avseende drift- och underhåll av fettavskiljare samt tillhörande inköp av produkter som under perioden 15 mars–15 september 2017 slutits mellan Eskilstuna Kommunfastigheter AB och Bioteria Technologies AB är ogiltiga.

Dok.Id 308245

| | | | | |
|--|--------------------------------------|---|--------------------------------|---|
| Postadress Box 406 581 04 Linköping | Besöksadress Brigadgatan 3 | Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se | Telefax 013-25 11 40 | Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00 |
|--|--------------------------------------|---|--------------------------------|---|

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Eskilstuna Kommunfastigheter AB (Kommunfastigheter) har under perioden 15 mars–15 september 2017 ingått ett antal avtal avseende drift- och underhåll av fettavskiljare samt tillhörande inköp av produkter med Bioterapia Technologies AB (Bioterapia).

Rensa Entreprenad Sverige AB (Rensa) yrkar, som det får förstås, att förvaltningsrätten ogiltigförklarar dessa avtal.

Kommunfastigheter bestrider bifall till ansökan.

Bioterapia, som fått möjlighet att yttra sig i målet, har angett att bolaget inte önskar lämna några kommentarer.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Rensa

Kommunfastigheter har slutit avtal avseende drift och underhåll av 60 fettavskiljare i Kommunfastigheters fastighetsbestånd med Bioterapia utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Avtalen har slutits successivt i samband med att tidigare motsvarande avtal mellan parterna har löpt ut, med början den 17 mars 2017. Kommunfastigheter har i målet vidgått att värdet på de avtal som slutits sedan den 15 mars 2017 uppgår till 1 017 636 kr.

De ursprungliga huvudavtal som 2014 ingicks mellan Kommunfastigheter och Bioterapia omfattar löpande service av särskilt installerade s.k. fettavskiljare, en maskinell utrustning som rimligen installerades redan i samband med huvudavtalens påbörjande och vars slutliga betalning regleras genom dessa avtal. De i målet aktuella avtalen innefattar huvudsakligen drift och

underhåll, dvs. löpande service på dessa, således redan betalda, fettavskiljare, och avser avlopps- och avfallshantering, sanering och miljötjänster (CPV 90000000), särskilt rening av avloppsvatten (CPV 90420000) och skötsel av avloppsnät (CPV 90480000), som utgör tjänster, kategori 16 enligt Europaparlamentets och rådets förordning (2195/2002/EG) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV). Avtalen ska därmed tröskelvärdeberäknas som tjänstekontrakt enligt 5 kap. 13 § andra stycket LOU. Även om avtalen istället skulle bedömas utgöra varukontrakt följer det en motsvarande beräkningsbestämmelse av 5 kap. 10 § tredje stycket LOU. Även om detta skulle avse blandat kontrakt av varor och tjänster ska enligt 2 kap. 2 § LOU upphandling genomföras i enlighet med de bestämmelser som hänför sig till det högst uppskattade värdet (huvudföremålet) för kontraktet; antingen som ett varukontrakt eller som ett tjänstekontrakt.

Eftersom avtalen löper på obestämd tid ska enligt 5 kap. 13 § LOU kontraktsvärdet beräknas som 48-månaderskontrakt. Härvid ska enligt 5 kap. 8 § LOU det sammanlagda värdet av avtalen beaktas vid beräkningen av kontraktsvärdet. Detta medför ett sammanlagt kontraktsvärde uppgående till 6 978 096 kr. Med beaktande av att det samlade kontraktsvärdet av dessa och dylika tjänster som Kommunfastigheter har direkttilldelat Bioteria överstiger gällande tröskelvärde, 1 910 323 kr, är tjänsterna annonseringspliktiga enligt LOU-direktivet (2014/24/EU) och den direktivstyrda regleringen i 1-18 kap. LOU.

Den aktuella upphandlingen gäller tjänstekontrakt för löpande drift och underhåll av s.k. fettavskiljare. Bioteria och dess uppgivet patentskyddade lösning är på inget sätt ensamverkande eller ens dominerande aktör på den aktuella marknaden. Såväl Bolaget som andra på marknaden verksamma leverantörer skulle ha kunnat komma i fråga för anbudsgivning genom att erbjuda en likvärdig lösning.

Såsom Kommunfastigheter verkar inse följer det av 9 kap. 6 § jämförd med 19 kap. 2 § 7 LOU ett generellt förbud mot att i den tekniska specifikationen hänvisa till visst varumärke, patent eller typ. En sådan hänvisning tillåts endast förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt och ska i sådant fall följas av orden ”eller likvärdigt”. Det har därför inte varit lagligt möjligt för Kommunfastigheter att inskränka föremålet för upphandlingen på ett sådant sätt att endast Bioteria och deras lösning skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning. Vid detta förhållande föreligger det inte heller några tekniska skäl enligt 6 kap. 14 § LOU som ger grund för direktupphandling enligt 19 kap. 7 § 3 st. samma lag.

Med beaktande av att kontraktsvärdet överstiger värdegränsen för direktupphandling (534 890 kr) och att det inte heller i övrigt föreligger grund för direktupphandling enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU, skulle annonserad upphandling genomförts med tillämpning av antingen 10 kap. 1 § eller 19 kap. 9 § LOU. Eftersom så inte har skett ska avtalen förklaras ogiltiga med stöd av 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU.

För ingripande enligt denna bestämmelse fordras inte att sökanden visar någon skada. Rensa åberopar ändå den skada eller risk för skada som ligger i att ha uteslutits från att lämna anbud, och därmed även från möjligheten att komma ifråga för att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Kommunfastigheter

Kommunfastigheter har som Bolaget redogör för tidigare konkurrensutsatt det behov ifrågasatta avtal omfattar. Vid tillfället fanns ingen konkurrens och dessvärre har denna uppfattning gjorts till en sanning som fått bestå. Det enda sättet att svara på frågan om det finns en konkurrens att tillvarata är givetvis att annonsera upphandlingsbehovet.

Kommunfastigheter har inte "förlängt" några avtal som löpt ut utan har direktupphandlat dessa, dvs. det har skett återkommande direktupphandlingar vilka Kommunfastigheter när som helst kan avstå ifrån att vidta på nytt.

Av 20 kap. 17 § LOU följer att en överprövning av ett avtals giltighet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Ansökan om överprövning inkom den 15 september 2017 varför endast avtal som slutits efter den 15 mars 2017 kan bli föremål för prövning. Kommunfastigheter vitsordat att direktupphandlingar vidtagits utan föregående annonsering efter den 14 mars 2017 till och med datumet för Bolagets överprövning, den 15 september 2017. Det kan svårligen hävdas med säkerhet då behovet inte konkurrensutsatts att det saknas konkurrens och att undantagsbestämmelser i LOU skulle ge rätt att direktupphandla.

Inköpen har skett till ett totalt belopp uppgående till 1 017 636 kr exkl. moms. Av beloppet avser 379 848 kr inköp som avser produkter (t.ex. anläggningsföremål, pumphus, fettavskiljare m.m.) och 637 788 kr tillhörande tjänster. Mot bakgrund av det ovanstående - att det dels är fråga köp av tjänster, dels köp av varor - ska inte det belopp och den beräkningsgrund som avses i 5 kap. 13 § LOU äga tillämpning på så vis Rensa gör gällande. Bestämmelsen tar uttryckligen sikte på tjänstekontrakt och inte blandade kontrakt eller varukontrakt som delvis är ifråga här. Det vitsordas sammanfattningsvis att direktupphandlingar under perioden 15 mars–15 september 2017 ägt rum uppgående till ett belopp om 1 017 636 kr.

Det har nyligen kommit Kommunfastigheter till kännedom att Bioteria har ensamrätt i form av patent för sin lösning (GOR BioSystem). Kommunfastigheter är införstådd att enbart den omständigheten att en leverantör har patent på en viss lösning inte medför rätt att direktupphandla om andra leverantörer kan leverera en likvärdig lösning. Det senare kan Kommunfastigheter inte svara för om t.ex. Rensa kan men mot bättre vetande är Kommun-

fastigheters uppfattning att Rensa inte kan leverera en likvärdig lösning. Den lösning som Rensa redovisat i målet kan enligt Kommunfastigheter inte visa att det föreligger en konkurrensutsatt marknad för den upphandlade patenterade lösningen såsom tidigare anförts.

Kommunfastigheter vitsordar således beloppet 1 017 636 kr som i och för sig skäligt för den händelse det får anses föreligga otillåtna direktupphandlingar men gör gällande att ensamrätt – som ursäktar och medger rätt att direktupphandla via ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering – inte kan uteslutas helt.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 20 kap. 13 § 1 LOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap. samma lag.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Kommunfastigheter har vitsordat att bolaget under perioden 15 mars–15 september 2017 utan föregående annonsering har slutit ett antal avtal som huvudsakligen gällt drift och underhåll av fettavskiljare med Bioteria till ett sammanlagt värde om 1 017 636 kr. Kommunfastigheter har gjort gällande att ett antal av dessa avtal helt eller delvis har avsett inköp av varor till ett sammanlagt värde om 379 848 kr, medan resten har avsett tjänster avseende drift och underhåll av fettavskiljare.

Enligt förvaltningsrätten visar befintlig utredning att berörda varor och tjänster enligt ovan är sammankopplade på ett sådant sätt att deras sammanlagda värde ska beaktas vid beräkning av kontraktsvärdet. Med hänsyn till

att varje enskild beställning avser samma typ av löpande tjänster med tillhörande varor bör vidare värdet av vart och ett av avtalen läggas samman.

Av 19 kap. 7 § LOU framgår att direktupphandling får användas om upphandlingens värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 och som gäller för en upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet vid upphandling av varor och tjänster. Det aktuella tröskelvärdet uppgår för närvarande till 534 890 kr och gäller, som det framgår av aktuell bestämmelse, för upphandling av både varu- och tjänstekontrakt.

Det är i målet otvistigt att de aktuella avtalen avser tjänster och varor som utifrån sitt totala värde, alldeles oavsett om direktivstyrda eller rent nationella beräkningsregler tillämpas, med marginal överstiger ovan nämnd direktupphandlingsgräns. Kommunfastigheter har därför saknat rätt att medelst direktupphandling enligt 19 kap. 7 § 3 st. första meningen LOU ingå avtalen ifråga.

Kommunfastigheter har i målet gjort gällande att de direktköp som Kommunfastigheter genomfört, även med beaktande av deras sammanlagda värde, inte krävt någon föregående annonsering med hänvisning till den ensamrätt som Bioteria har för sin lösning och som enligt legalundantaget i 6 kap. 14 § 3 p. LOU medger rätt till upphandling av de aktuella kontrakten utan konkurrensutsättning.

Det får i första hand anses åvila den upphandlande myndigheten att visa att det föreligger laglig grund att köpa in varor och tjänster, vars värde överstiger direktupphandlingsgränsen, utan föregående annonsering. I målet har Kommunfastigheter enligt förvaltningsrätten inte förmått visa att föremålet för de i målet aktuella beställningarna endast kan tillhandahållas av Bioteria utan endast att den lösning som Bioteria använder sig av skyddas av ett pa-

tent och att lösningen till följd av detta kontrolleras av Bioteria. Inte heller har Bioteria i målet framfört något till stöd för att bolaget skulle inneha påstådd ensamrätt att leverera de löpande tjänster och varor som avtalen omfattar. Med beaktande av det angivna finner förvaltningsrätten att utredningen i målet inte heller stödjer att Kommunfastigheter haft utrymme att genomföra ifrågavarande köp utan annonsering med stöd av legalundantaget rörande ensamrätt.

Kommunfastigheter har således genom att utan föregående annonsering sluta aktuella avtal med Bioteria brutit mot regeln i 19 kap. 7 § LOU. Avtalen ska därför i enlighet med 20 kap. 13 § 1 LOU och med bifall av ansökan om överprövning förklaras ogiltiga på sätt framgår av domslutet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Tomas Kjellgren
Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.