

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 1 Enhet 12

DOM

2015-04-24

Meddelad i
GöteborgMål nr
3552-15**SÖKANDE**

Lindwalls Bygg AB, 556442-0684

Ombud:

Advokaten Susanne Wiklund
Rosengrens Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 174
451 16 Uddevalla**MOTPART**

Lysekils kommun

Ombud:

1. Advokaten Peter Näsström
2. Marie Wikström
Advokatfirman Stangdell & Wennerqvist AB
Norra Hamngatan 18
411 06 Göteborg**SAKEN**

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

KONKURRENSVERKET	
2015 -04- 2 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 332474

Postadress

Box 53197

400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax

031 - 711 78 59

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 2
3552-15**BAKGRUND**

Lysekils kommun (kommunen) genomförde år 2013 en upphandling av hantverkstjänster (bygg) varefter ramavtal för perioden 1 januari 2014-31 december 2015 tecknades. Ramavtalet tecknades med tre leverantörer enligt följande rangordning:

1. Byggtjänst i Lysekil AB, 556139-2753
2. Lindwalls Bygg AB, 556442-0684
3. Erlandssons Bygg AB, 556351-9163

ANSÖKAN M.M.

Lindwalls Bygg AB (Lindwalls) ansöker om överprövning och yrkar att:

1. Förvaltningsrätten ska besluta att kommunen omedelbart ska upphöra att avropa och genom direktupphandling köpa sådana byggtjänster som omfattas av ramavtalet av andra leverantörer än ramavtalsleverantörerna.
2. Förvaltningsrätten ska förklara att samtliga avtal som ingåtts mellan kommunen och Byggtjänst i Lysekil AB, 556963-8702, inom de senaste sex månaderna före ansökan ogiltiga.
3. Förvaltningsrätten interimistiskt ska besluta att kommunen inte får fullgöra några pågående arbeten eller avtal i strid med gällande ramavtal till dess att något annat har bestämts.

Lindwalls anför i huvudsak följande. Lindwalls har efter det att ramavtalet tecknades inte fått några förfrågningar om arbeten enligt ramavtalet.

Kommunen har sedan avtalsstarten direktupphandlat byggtjänster av leverantör utanför ramavtalet, Byggtjänst i Lysekil AB med organisationsnummer 556963-8702, med belopp som i vart fall uppgår till ca 5,5 Mkr. Det bolag som utfört och fakturerat tjänsterna är inte ramavtalsleverantör. Trots samma namn har bolagen olika organisationsnummer. Det bolaget

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 3
3552-15

som utfört tjänsterna bildades den 21 januari 2014 och existerade således inte vid tiden för upphandlingen och avtalstecknandet. Det bolag som är avtalspart bildades 1970 och bytte firma till Lysekils Bygg AB den 4 mars 2014. Detta bolag har enligt registeruppgifter för närvarande inga anställda. De köp kommunen gjort av Byggtjänst i Lysekil AB, 556963-8702, utgör i sin helhet otillåtna direktupphandlingar varför avtalen de senaste sex månaderna ska ogiltigförklaras. Ett byte av ramavtalsleverantör under pågående kontraktperiod utgör en sådan väsentlig förändring av kontraktsvillkoren att ny upphandling skulle ha krävts. När ramavtalsleverantören inte hade kunnat utföra uppdragen skulle uppdragen istället rätteligen ha tilldelats nästa rangordnade ramavtalsleverantör, Lindwalls. Så har inte skett. Kommunen ska omedelbart upphöra att avropa byggarbeten från Byggtjänst i Lysekil AB 556963-8702 och istället tillämpa gällande ramavtal. Därtill ska kommunen inte avropa några arbeten från ramavtalsleverantör nummer ett då detta bolag under i princip hela ramavtalstiden inte själv kunnat leverera enligt avtal utan tvingats anvisa annat bolag att utföra uppdragen. Denna anvisning har inte heller skett i enlighet med ramavtalets reglering om underentreprenörer. Härigenom har Byggtjänst i Lysekil AB, 556139-2753, visat att man saknar möjlighet och vilja att följa ramavtalet. Kommunen har genom sina direktupphandlingar visat en vilja att åsidosätta ramavtalet. Därtill är det inte visat att det nya bolaget uppfyller de kvalificeringskrav som gällde för ramavtalet, vilket är ett krav för att ett leverantörsbyte ska få ske. Det finns inte heller några uppgifter om att det föreligger någon överlåtelse mellan det gamla och det nya bolaget som innebär att det nya bolaget iklätt sig alla förpliktelser gentemot det gamla bolaget. Lindwalls har genom agerandet lidit skada då man stått på tur för att få de uppdrag som ramavtalsleverantör nummer ett inte haft förmåga eller vilja att klara av. Enligt ramavtalet ska vidare uppdrag mellan 650 000 kr och 2 000 000 kr tilldelas genom förnyad konkurrensutsättning. Såvitt framgår av underlaget har kommunen även tilldelat kontrakt som

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 4
3552-15

kunnat överstiga gränsen för förnyad konkurrensutsättning utan att tillämpa denna regel.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Lindwalls första yrkande ska avvisas då detta inte är möjligt för förvaltningsrätten att fatta beslut om och det andra och tredje yrkandet ska avslås. Kommunen har hela tiden avsett att följa gällande ramavtal. Eftersom det råder olika uppfattning om huruvida så har skett är det först när förvaltningsrätten har fattat sitt beslut som det går att konstatera om avtalet följts eller inte. Den 26 februari 2014 antogs det nya upphandlingsdirektivet, direktiv 2014/24/EU, som ska implementeras i svensk rätt senast i april 2016 och därmed ersätta det tidigare upphandlingsdirektivet. En nyhet är ett nytt kapitel; fullgörande av kontrakt. I kapitlet definieras bl.a. vad som utgör en väsentlig förändring. Eftersom bestämmelserna om väsentlig förändring avser att kodifiera EU-domstolens praxis är bestämmelserna relevanta redan i nuläget. Av artikel 72.1 d (i) och (ii) i nya direktivet framgår att kontrakt och ramavtal får ändras utan krav på nytt upphandlingsförfarande i de fall den entreprenör som ursprungligen tilldelats kontraktet byts ut mot en ny entreprenör till följd av antingen:

- (i) en entydig ändringsklausul eller option, eller
- (ii) att en annan ekonomisk aktör som uppfyller ursprungliga urvalskriterierna helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga förändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå upphandlingsreglerna.

Byggtjänst i Lysekil AB, 556139-2753, har den 6 februari 2014 meddelat kommunen att man avser att sammangå med annat bolag från och med den 1 mars 2014 och att bolaget kommer att ha kvar samma namn. Det nya bolaget Byggtjänst i Lysekil AB 556963-8702, har bekräftat överlåtelsen

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 5
3552-15

av ansvar för arbetsmiljö. De avtal förvaltningsrätten kan pröva är avtal som ingåtts från och med den 8 oktober 2014 till och med den 8 april 2015. Av aktuellt ramavtal framgår att överlåtelse får ske. Genom att det nya bolaget bekräftat arbetsmiljöansvaret har överlåtelsen skett i enlighet med överlåtandeklausulen i ramavtalet. Ändringen innebär inte heller att ramavtalets övergripande karaktär har ändrats och några väsentliga förändringar av ramavtalets villkor är det inte fråga om. De aktuella avtalen som ingåtts mellan Byggtjänst i Lysekil AB 556963-8702 och kommunen ska därmed inte ogiltigförklaras. Utöver att det finns en överlåtelseklausul i ramavtalet rör det sig om en företagsomstrukturering med anledning av sammanslagning av två bolag. Ägaren till det ursprungliga bolaget är delägare i det nya, han är/var ordinarie styrelseledamot i båda företagen och är styrelseordförande i det nya bolaget. Det är således endast den legala identiteten som har ändrats men i övrigt råder i huvudsak samma identitet mellan de två juridiska personerna. Byggtjänst i Lysekil AB 556963-8702 uppfyller de ursprungliga urvalskriterierna och några andra väsentliga förändringar av ramavtalet har inte skett. De aktuella avtalen utgör därmed inte otillåtna direktupphandlingar och någon grund för att ogiltigförklara de aktuella avtalen finns inte. Lindwalls har inte heller lidit eller riskerat att lida skada. Om Byggtjänst i Lysekil AB 556963-8702, inte skulle ha tilldelats uppdraget skulle Byggtjänst i Lysekil AB, 556139-2753 ha tilldelats uppdraget så som ramavtalsleverantör nummer ett. Byggtjänst i Lysekil AB, 556139-2753 är fortfarande verksamt och hade fjorton anställda under år 2014. Det finns inget som talar för att detta bolag inte skulle ha kunnat utföra aktuella arbeten och detta bolag har inte heller tackat nej till uppdraget.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 6
3552-15

Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §. Ett sådant kontrakt får slutas endast mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet. Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet (5 kap. 2 § LOU).

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 § (16 kap. 13 § första stycket p 1 LOU).

Förvaltningsrätten, som tar upp målet till omedelbart avgörande, gör följande bedömning

Lindwalls har anfört att kommunen genomfört otillåtna direktupphandlingar genom att avropa från annan part än ramavtalsparterna i det aktuella ramavtalet om hantverkstjänster. För att kunna bedöma om det är fråga om otillåtna direktupphandlingar måste först frågan om bolaget Byggtjänst i Lysekil AB 556963-8702 ska ses som part i det aktuella ramavtalet besvaras.

Kommunen har å sin sida hävdad att man avsett att följa gällande ramavtal och att det enligt det nya upphandlingsdirektivet (2014/24/EU) och gällande EU-praxis är tillåtet med vissa förändringar under avtalstiden så länge förändringarna inte är väsentliga.

Precis som kommunen anger så avser artikel 72 i det nya upphandlingsdirektivet att kodifiera tidigare praxis (se t.ex. SOU 2014:51 s. 315,

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 7
3552-15

C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur och C-91/08 Wall). Även om direktivet ännu inte implementerats i svensk rätt är domstolen således skyldig att beakta de bakomliggande principerna. Av dessa principer framgår generellt att vissa förändringar av avtal under pågående avtalstid är tillåtna så länge de inte innebär väsentliga förändringar av kontraktsinnehållet eller villkoren i det ursprungliga kontraktet eller syftar till att kringgå upphandlingsreglerna. Att vissa förändringar är tillåtna är vidare en nödvändighet för att avtal ska kunna fungera även över en längre tid. Vissa förändringar är inte förutsägbara och parterna har inte heller alltid möjlighet att råda över de förändringar som sker under avtalsperioden. Om varje mindre förändring skulle innebära att en ny upphandling behövde genomföras skulle detta innebära en ohållbar situation för de flesta verksamheter och upphandlande myndigheter.

Såvitt framgår av uppgifterna i målet är det fråga om en omstrukturering som Byggtjänst i Lysekil AB, 556139-2753 har genomgått. Det ursprungliga bolaget har slagits ihop med ett annat bolag och därefter har Byggtjänst i Lysekil AB 556963-8702 bildats. Bolaget har också i enlighet med förfrågningsunderlaget skriftligen kommit överens om avtalsändringen med kommunen. Förvaltningsrätten instämmer i kommunens bedömning om att identiteten på de två bolagen är i princip densamma med undantag av det nya organisationsnumret. Varför bolaget valt att byta organisationsnummer kan i och för sig ifrågasättas men är inte något som ensamt kan ligga till grund för en annan bedömning. Den omstrukturering som skett kan inte heller anses utgöra en väsentlig förändring, och de grundläggande förutsättningarna för ramavtalet har inte heller påverkats. Parterna har inte heller visat någon avsikt eller vilja att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet eller på annat sätt väsentligen förändra innehållet i ramavtalet. Det finns inte heller några uppgifter som tyder på att ändringen är gjord i syfte att kringgå gällande upphandlingsregler.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 8
3552-15

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att den förändring i bolaget Byggtjänst i Lysekil AB som skett inte kan anses vara sådan karaktär att förutsättningarna för ramavtalet väsentligen ändrats. Bolagen får anses utgöra i princip samma bolag som tidigare, trots det ändrade organisationsnumret. Därtill kommer att den ändringsklausul som finns i gällande avtal har följts. Sammantaget medför detta enligt förvaltningsrättens bedömning att Byggtjänst i Lysekil AB 556963-8702 får anses vara part i ramavtalet. Eftersom bolaget är rangordnat som nummer ett och kommunen tilldelat kontrakten till detta bolag i enlighet med ramavtalet är det således inte fråga om några direktupphandlingar. Vad Lindwalls har anfört i denna del förändrar inte bedömningen.

Lindwalls har vidare uppgett att vissa av uppdragen rätteligen skulle tilldelats efter förnyad konkurrensutsättning enligt reglerna i ramavtalet. Lindwalls har dock inte lämnat in något underlag som visar att de aktuella uppdragen är av sådan omfattning att de skulle ha tilldelats efter förnyad konkurrensutsättning. Denna invändning innebär därmed inte att det finns skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot aktuella avtal.

Sammanfattningsvis gör förvaltningsrätten således bedömningen att ansökan om överprövning ska avslås. Det saknas därmed anledning för förvaltningsrätten att ta ställning till Lindwalls interimistiska yrkanden.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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 rättsutövningen att överklagandet prövas av högste rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.