



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ

Enhet 1

DOM
2015-12-08
Meddelad i
Luleå

Mål nr
1928-15

KONKURRENSVERKET	
2015-12-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Byggmästarna Lundgren Entreprenad Aktiebolag, 556533-3779
Persgatan 14
941 31 Piteå

MOTPARTER

1. Piteå kommun
941 85 Piteå

2. BDX Företagen AB
Box 854
971 26 Luleå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Byggmästarna Lundgren Entreprenad Aktiebolags ansökan avseende överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten bifaller Byggmästarna Lundgren Entreprenad Aktiebolags ansökan och förklarar att avtalet mellan Piteå kommun och BDX Företagen AB från den 1 april 2015 är ogiltigt.

Dok.Id 68422

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 43

Telefon
0920-29 54 90

E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Piteå kommun har genomfört upphandling (förenklat förfarande) av totalentreprenad av grundläggnings-, va- och elarbeten för skid- och däcktestanläggningstunnel samt parkering- och campingplatser på Lindbäcksstadion. Enligt tilldelningsbesked den 26 februari 2015 antog kommunen BDX Företagen AB:s (BDX) anbud. Kommunen har den 1 april 2015 tecknat ett avtal med BDX.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Byggmästarna Lundgren Entreprenad Aktiebolag

Byggmästarna Lundgren Entreprenad Aktiebolag (Byggmästarna Lundgren) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att avtalet mellan kommunen och BDX ska ogiltigförklaras. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan framför Byggmästarna Lundgren följande. Avtalet mellan kommunen och BDX är en otillåten direktupphandling. Kommunen har frångått sitt förfrågningsunderlag när avtalet med BDX tecknades. I avtalet har kommunen avsevärt minskat entreprenadens omfattning samt tillåtit BDX att precisera villkoren för avtalet. På kommunens begäran har BDX även fått tillfälle att förklara innehåll i sitt anbud och redovisa entreprenadsgränserna.

Det är meningslöst och bortkastat för Byggmästarna Lundgren att utarbeta och avge ett anbud om kommunen, efter att ha meddelat tilldelningsbeslut, kan direktförhandla med BDX. Kommunen har efterfrågat BDX ett nytt anbud på helt nya avvikande premisser.

Byggmästarna Lundgren riskerar att lida skada på grund av kommunens agerande då bolaget utestängs från möjligheten att lämna anbud på samma villkor som i avtalet mellan kommunen och BDX.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det är kommunen som är upphandlande myndighet och beställare. Likväl har kommunen infordrat anbud för entreprenadarbeten åt en annan byggherre än sig själv. Av kommunstyrelsens arbets- och personalutskotts sammanträdesprotokoll den 23 februari 2015 framgår följande. *Resultatet av förhandlingen innebär att omfattningen av entreprenaden är densamma men det blir två beställare. Entreprenören tecknar avtal med bolaget Darkathlon för anläggningsarbeten avseende däcktestanläggningstunneln och för anläggningsarbeten avseende camping, parkeringsytor, infartsvägar och planer tecknar entreprenören avtal med Piteå kommun.*

Byggmästarna Lundgren riskerar att lida skada genom att kommunen först efter att ha antagit ett anbud informerar att delar av entreprenaden är åt en annan byggherre än kommunen själv. Anbudsgivaren förväntas att godta den nya beställaren, som för övrigt är ett privat bolag. Om anbudsgivaren inte skulle godta det privata bolaget om beställare riskerar denne att mista kontraktet i den delen.

Kommunen

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och framför följande.

Byggmästarna Lundgrens ansökan om överprövning av upphandlingen har kommit in för sent. Tilldelningsbeskedet skickades den 26 februari 2015 och avtalsspärren löpte ut den 9 mars 2015.

Bolagets ansökan om överprövning av avtals giltighet ska inte prövas i sak. Avtalet mellan kommunen och BDX var giltig från den 1 april 2015 till den 30 september 2015. Entreprenadarbetena är utförda.

Byggmästarna Lundgren har inte begärt överprövning av upphandlingen för att begränsa sin skada. Bolaget har inte visat att det har lidit skada.

BDX

BDX, som förelagts att yttra sig över Byggmästarna Lundgrens ansökan, har inte hörts av.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ska Byggmästarna Lundgrens ansökan om överprövning av upphandlingen prövas i sak?

Byggmästarna Lundgren har i sin ansökan bl.a. åberopat brister i upphandlingens förfrågningsunderlag.

Enligt 16 kap. 11 § LOU ska en ansökan om överprövning av en upphandling ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 § i samma kapitel.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten i ett fall som det nu aktuella inte får ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelse om tilldelningsbeslut har skickats med ett elektroniskt medel.

Av handlingarna i målet framgår att kommunen har underrättat anbuds-
givarna om tilldelningen den 26 februari 2015. I tilldelningsbeskedet anges
att avtalet kommer att tecknas tidigast den 10 mars 2015.

Eftersom tilldelningsbeskedet skickades den 26 februari 2015 skulle
bolagets ansökan om överprövning av upphandlingen, för att kunna prövas i
sak, ha inkommit senast den 9 mars 2015. Byggmästarna Lundgrens
ansökan inkom till domstolen först den 30 september 2015. Förvaltnings-
rätten är därför förhindrad att pröva vad bolaget anfört om brister i
upphandlingens förfrågningsunderlag.

**Ska Byggmästarna Lundgrens ansökan om överprövning av avtals
giltighet prövas i sak?**

Kommunen anser att domstolen är förhindrad att pröva det aktuella avtalets
giltighet eftersom entreprenadarbetena är utförda. Enligt kommunen har
Byggmästarna Lundgren inte heller lidit någon skada eller gjort vad bolaget
kunnat för att begränsa sin skada.

Av 16 kap. 4 § LOU följer att allmän förvaltningsdomstol får, efter ansökan
av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada,
överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande
myndighet och en leverantör.

Enligt 16 kap. 17 § första stycket LOU ska en ansökan om överprövning av
ett avtals giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader
från det att avtalet slöts.

Det är ostridigt att Byggmästarna Lundgren är en leverantör i lagens
mening. Byggmästarna Lundgren anser att bolaget riskerar att lida skada.
Eftersom det är sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada

som är relevant (se HFD 2013 ref. 53) finns inte skäl för domstolen att avvisa ansökan med stöd av 16 kap. 4 § LOU.

Förvaltningsrätten noterar vidare att den omständigheten att det aktuella avtalet numera är fullgjort inte heller utgör något hinder mot att pröva Byggmästarna Lundgrens talan om att avtalet ska ogiltighetsförklaras (se prop. 2009/10:180 s. 361 samt Kammarrätten i Göteborgs domar den 1 juni 2015 i mål nr 5930-14 och den 27 oktober 2011 i mål nr 3759-11 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 23 oktober 2014 i mål nr 1164-14).

Byggmästarna Lundgrens ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 30 september 2015. Avtalet mellan kommunen och BDX slöts den 1 april 2015. Förvaltningsrätten anser därför att bolagets ansökan om överprövning av avtals giltighet har kommit in i rätt tid och ska prövas i sak.

Är avtalet mellan kommunen och BDX otillåtet direktupphandlat?

Byggmästarna Lundgren har gjort gällande att avtalet mellan kommunen och BDX har tillkommit genom en otillåten direktupphandling då kommunen i avtalet ändrat villkoren jämfört med upphandlingens förfrågningsunderlag. Byggmästarna Lundgren anför vidare att dessa ändringar har medfört att kommunen utestängt bolaget från möjligheten att lämna anbud på samma villkor som BDX. Kommunen har valt att inte kommentera Byggmästarna Lundgrens ansökan i sak.

Av 15 kap. 4 § första stycket LOU framgår att vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

EU-domstolen har i mål C-278/01 Kommissionen mot Spanien uttalat att anbuds- eller kontraktshandlingarna vid en offentlig upphandling ska vara upprättade på ett uttömmande sätt innan det offentliga upphandlingsförfarandet inleds, och de får inte ändras därefter (se punkt 53).

Om en upphandlande myndighet gör en väsentlig ändring i ett utannonserat förfrågningsunderlag och ingår kontrakt utan att göra om upphandlingen och utannonsera det väsentligen ändrade förfrågningsunderlaget kan kontraktet vid en domstolsprövning komma att betraktas som otillåtet direktupphandlat. Om en leverantör som har avstått från att lämna anbud enligt utannonserat förfrågningsunderlag hade valt att i stället lämna anbud om det förändrade förfrågningsunderlaget hade utannonserats kan ändringen vara väsentlig och därmed otillåten.¹

Av förfrågningsunderlagets avsnitt AFD.1 framgår bl.a. följande.

Entreprenaden omfattar mark- och byggarbeten vilket består av schaktning och grundläggning av skid- och däcktestanläggningstunnel och därtill även markarbeten för etablering av campingplatser och korttidsparkeringar samt anslutningsväg/ar.

...

Av handlingarna i målet framgår att kommunen efter anbudstidens utgång, den 9 mars 2015 infortrat BDX en justering av anbudspriset med anledning av att infartsvägen till tunnelområdet på stadionet fallit bort. BDX har därefter justerat ned sitt anbud med ett belopp om 120 000 kronor.

Av BDX anbud, som inkom till kommunen den 12 februari 2015, framgår att bolaget erbjuder sig att utföra totalentreprenaden såsom föreskrivs i förfrågningsunderlaget mot en ersättning om 13 940 000 kronor. I det aktuella avtalet mellan kommunen och BDX anges däremot att totalentreprenaden utförs mot en ersättning om 6 542 000 kronor.

Förvaltningsrätten anser att den justering av entreprenadsomfattning som gjorts med anledning av att en infartsväg till tunnelområdet på stadion fallit bort ensamt inte kan utgöra en väsentlig ändring av förfrågningsunderlaget. Däremot har totalentreprenadens värde minskat avsevärt i avtalet jämfört med det anbud BDX har lämnat i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens bedömning tyder detta på att väsentliga ändringar i entreprenadens omfattning måste ha skett jämfört med det utannonserade förfrågningsunderlaget. Något undantag från annonseringsskyldigheten har inte framkommit i målet.

Eftersom avtalet mellan kommunen och BDX väsentligen avviker från förfrågningsunderlaget och för att det har tecknats utan någon föregående annonsering, är avtalet att betrakta som otillåtet direktupphandlat. Det finns därför förutsättningar för att förklara avtalet ogiltigt enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU.

Ska avtalet ogiltigförklaras?

Enligt 16 kap. 13 § första stycket 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 15 kap. 4 §. Något skaderekvisit finns inte knutet till denna punkt.

Om ett det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten enligt 16 kap. 14 § LOU besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

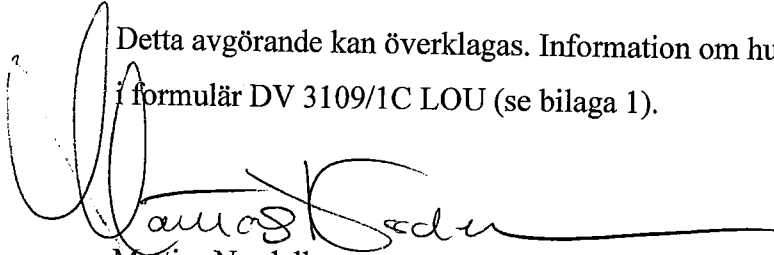
I målet har det inte påståtts att det föreligger något tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Avtalet ”Beställningsskrivelse avseende Parkerings- och campingplatser, infartsvägar samt övriga anläggningsytor på

¹ Jfr Lag om offentlig upphandling – en kommentar, andra upplagan, Jan Erik Falk s. 85-86.

Lindbäcksstadion” mellan Piteå kommun och BDX ska därför förklaras ogiltigt. Byggmästarna Lundgrens ansökan ska således bifallas i denna del.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1C LOU (se bilaga 1).



Mattias Nordell

Raili Funck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.
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 rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 rättsens 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.