



SÖKANDE

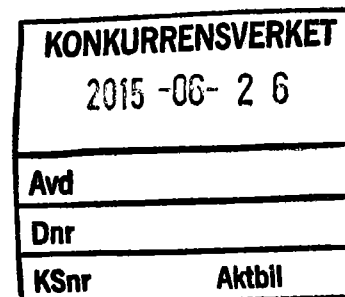
1. Digital Print Center Europe AB, 556803-9852
2. Nordisk Annonsbyrå, 430207-3095

Ombud: Chefsjuristen Pär Cronhult och bitr. juristen Viktor Robertson
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Varbergs kommun
432 80 Varberg

Ombud: Kommunjuristen Anders Eriksson
Varbergs kommun
432 80 Varberg



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökningarna och beslutar att Varbergs kommuns upphandling av de tjänster som kommunen hade för avsikt att köpa av Marknad Varberg AB ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 25 maj 2015 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 19 december 2014 (mål nr 3564-3565-14) förklarat ett avtal mellan Varbergs kommun (kommunen) och Marknad Varberg AB (Marknad Varberg) om köp av tjänster inom näringslivs och destinationsområdet som ogiltigt. Kammarrätten ansåg att avtalet mellan kommunen och Marknad Varberg inte omfattades av undantaget i 2 kap. 10 a § LOU. I domen uttalade kammarrätten att det s.k. kontrollkriteriet inte var uppfyllt. När kommunen därefter på nytt försökte köpa tjänster direkt från Marknad Varberg gjorde förvaltningsrätten i Göteborg bedömningen att kontrollkriteriet inte var uppfyllt och beslutade, att upphandlingen skulle göras om, se dom den 7 april 2015 (mål nr 1728-15 och 1735-15).

På yrkande av Digital Print Center Europe AB och Nordisk Annonsbyrå fattade förvaltningsrätten den 25 maj 2015 interimistiskt beslut om att kommunen inte får ingå avtal om köp av tjänster från Marknad Varberg innan något annat har bestämts.

YRKANDEN M.M.

Digital Print Center Europe AB och Nordisk Annonsbyrå (sökandena) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Sökandena anför bl.a. följande. Kommunens köp av aktuella tjänster direkt från Marknad Varberg har tidigare prövats i allmän förvaltningsdomstol. Kommunen har på nytt tillkännagivit sin avsikt att direkttilldela ett liknande avtal med ekonomiska villkor till Marknad Varberg på ett sätt som kan ha rättslig verkan.

Av det underlag som skickats till kommunstyrelsen inför kommunstyrelsens sammanträde den 26 maj 2015 framgår att kommunen omgående av-

ser ingå avtal direkt med Marknad Varberg om att hantera turism- och näringslivsfrågor. Vidare framgår av tjänsteutlåtandet att direkttilldelningen ska beslutas av kommunstyrelsen vid sammanträdet den 26 maj 2015 och att beslutet kan förväntas verkställas omedelbart bl.a. genom betalning av betydande belopp till Marknad Varberg.

Med ledning av kommunens tidigare betalningar till Marknad Varberg på mellan 8 – 11 miljoner kronor per år kan upphandlingens samlade kontraktsvärde beräknas överstiga gällande tröskelvärde för kommunal upphandling inom den klassiska sektorn. I vart fall överstiger värdet beloppsgränsen för direktupphandling i 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Som förvaltningsrätten tidigare konstaterat finns det inte några lagliga förutsättningar för in-house-undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU. Något annat i lagen förekommande undantag för kommunen att upphandla aktuella tjänster direkt från Marknad Varberg föreligger inte heller. Kommunens nu aktuella behov av tjänster för turism och näringslivsfrågor har inte en sådan stor samhällsekonomisk betydelse att det framstår som absolut nödvändigt för kommunen att köpa dessa tjänster direkt från Marknad Varberg utan ett föregående annonserat förfarande. I det aktuella fallet kan det inte heller anses omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett annonserat förfarande. Den eventuella brådska som nu kan ha uppstått är orsakad av omständigheter som kunnat förutses av kommunen och kan därmed inte läggas till grund för direkttilldelning.

Sammantaget, genom att inte annonsera den aktuella upphandlingen bryter kommunen återigen mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens samt bestämmelserna om annonsering i LOU. Sökandena har inte givits möjlighet att delta med anbud i upphandlingen och har därigenom lidit skada eller riskerar att lida skada.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Det saknas grund för ingripande enligt LOU eftersom något upphandlingsförfarande inte har inletts. Kommunstyrelsens arbetsutskotts inriktningsbeslut för Marknad Varberg den 19 maj 2015 har följande innehåll:

"Arbetsutskottet föreslår kommunstyrelsen föreslå kommunfullmäktige besluta att

- destinations- och näringslivsfrågor överförs från Marknad Varberg AB till kommunstyrelsen
- ge kommunstyrelsen i uppdrag att skyndsamt genomföra överföringen av verksamheten med beaktande av det regelverk som aktualiseras"

Beslutet innebär inte att kommunen har för avsikt att ingå avtal med Marknad Varberg, utan att kommunen har för avsikt att överföra verksamheten till förvaltning. Till kommunstyrelsens hantering av ärendet den 26 maj 2015 har bilagts en promemoria upprättad av en tjänsteman. Denna promemoria har utgjort diskussionsunderlag inför den politiska hanteringen i arbetsutskottet. Diskussionsunderlaget har enbart haft ställning som arbetsmaterial inför arbetsutskottets hantering av ärendet, men blev en allmän handling vid utskicket inför behandlingen i kommunstyrelsen. Diskussionsunderlaget har inte varit en del av kommunstyrelsens beslutsunderlag.

Det interimistiska beslutet har inte varit behövligt eftersom något avtal aldrig har varit föremål för kommunstyrelsens ärendehantering den 26 maj 2015, vilket tydligt framgår av kallelsen till sammanträdet. Kommunen har inte heller tillkännagivit någon avsikt att direkttilldela. I beslutsunderlaget finns ingenting nämnt om avtal med Marknad Varberg. Däremot finns en sådan uppgift i den promemoria som utgjorde diskussionsunderlag inför

arbetsutskottets beslut och som upplysningsvis bifogades arbetsutskottets beslut inför behandlingen i kommunstyrelsen. Det kan förtydligas att ett beslutsunderlag framtaget av en kommunal tjänsteman inte utgör ett kommunalt beslut. Av detta följer att ett diskussionsunderlag framtaget av en kommunal tjänsteman inte heller är ett kommunalt beslut. Det saknas således grund för ett ingripande enligt LOU eftersom något upphandlingsförfarande inte har inletts i och med arbetsutskottets beslut.

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

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Enligt förarbetena till LOU ska en direktupphandling anses påbörjad när avtal slutits om det inte kan visas att ett upphandlingsförfarande enligt la-

gen faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt (prop. 2009/10:180 s. 310).

I mål C-337/98, Kommissionen mot Frankrike, konstaterade EU-domstolen att en upphandlande myndighets beslut beträffande den typ av förfarande som ska användas utgör en särskild fas i förfarandet. I denna fas definieras huvuddragen i förfarandet och den kan normalt endast inträffa i samband med att förfarandet inleds. EU-domstolen fann att det genom en protokollsanteckning från ett möte framgick att ett avtal skulle slutas med ett visst bolag och att detta innebar att ett beslut om att använda ett förhandlat förfarande utan föregående uppmaning till anbudsgivning hade fattats senast vid detta möte.

EU-domstolen har i mål C-26/03, Stadt Halle, uttalat i huvudsak följande om vad som krävs för att ett upphandlingsförfarande ska ha nått det stadium då den upphandlande myndighetens beslut kan bli föremål för överprövning. En ansökan om överprövning kan inte riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling. När det däremot är fråga om en viljeytring från den upphandlande myndighetens sida som har passerat detta förberedande stadium och kan få rättsverkningar, är det möjligt för intresserade personer som på något sätt fått kännedom om viljeytringen att rikta en ansökan om överprövning mot viljeytringen. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med extern part får anses vara en sådan viljeytring som innebär att upphandlingsförfarandet har påbörjats (se även HFD 2013 ref. 31).

Utredningen

Av tjänsteutlåtandet/promemorian daterad den 11 maj 2015 kan bl.a. utläsas följande.

Med anledning av att förvaltningsrätten har underkänt nuvarande konstruktion behöver arbetsformen ses över och ändras.

Alternativa inriktningar

Upphandling, Förvaltning eller stanna kvar i Teckal-spåret

1. Upphandling

Beslut i kommunstyrelsen alt. kommunfullmäktige att näringslivsfrågor, turistinformation m.m. skall upphandlas. Förfrågningsunderlag framme till augusti/september. I tiden fram till upphandlingen avslutas direktupphandlar kommunen dessa tjänster av Marknad Varberg AB.

Risk:

Direktupphandlingen kan komma att angripas. Troligt att domstol förklarar avtalet ogiltigt eftersom kommunen inte har bra skäl till att direktupphandla. Om kommunen omedelbart tecknar avtal med Marknad Varberg kommer kommunen i en bättre situation enligt SKL och det är inte säkert att avtalet blir ogiltigt.

...

2. Egen förvaltning

Möjligen den enklaste vägen att hantera situationen. Bolaget töms och hela verksamheten läggs in under kommunstyrelsens verksamhet genom fullmäktigebeslut.

...

Fullmäktigebeslut och omarbetning av kommunstyrelsens reglemente, tillägg i budgetprocessen. Under tiden direktupphandling med samma problematik som redovisats ovan.

Förslag

1. Förvaltning

...

Nästa steg i processen

- Inriktningsbeslut, val av alternativ KS 26 maj och KF 16 juni
- Teckna avtal med Marknad Varberg AB att hantera turism och näringslivsfrågor i avvaktan på den nya driftformen. KS 26 maj
- Med avtalet som grund kan den ekonomiska regleringen ske
- Förankring med näringslivet innan 26 maj, extra styrelsemöte
- Förankring personalgrupp innan 26 maj

...

Förvaltningsrättens bedömning

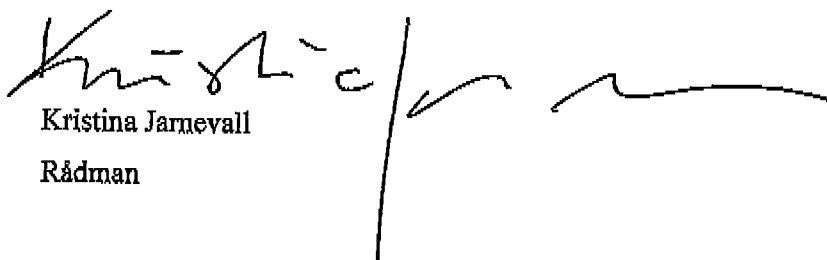
Förvaltningsrätten har inledningsvis att ta ställning till om ett upphandlingsförfarande har inletts. Frågan är därmed om kommunen kan anses ha lämnat en sådan viljeyttring som har passerat det rent förberedande stadiet då det är fråga om den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling.

Sökandena har bl.a. anfört att kommunen genom inriktningsbeslutet och promemorian tillkännagivit sin avsikt att direkttilldela ett avtal till Marknad Varberg på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Kommunen har uppgett att inriktningsbeslutet tvärtom innebär att kommunen inte har för avsikt att ingå avtal med Marknad Varberg och att promemorian inte har varit en del av kommunstyrelsens beslutsunderlag. Förvaltningsrätten kan konstatera att det av promemorian framgår att det valda alternativet innebär att Marknad Varberg ska tömmas och läggas in under kommunstyrelsens verksamhet samt att detta alternativ medför att direktupphandling av de aktuella tjänsterna ska genomföras i avvaktan på att verksamheten överförs. I promemorian anges också att direktupphandlingen kan komma att angripas och att det är troligt att domstol förklarar avtalet ogiltigt eftersom kommunen inte har bra skäl för att direktupphandla. Dessutom innehåller promemorian en beskrivning av nästa steg i processen där det anges att avtal ska tecknas med Marknad Varberg den 26 maj 2015 och att förankring i näringslivet ska ske innan dess. Förvaltningsrätten finner det därmed klarlagt att kommunen har för avsikt att teckna avtal med direkt med Marknad Varberg avseende tjänster för turism och näringslivsfrågor. Kommunen får också anses ha tagit externa kontakter med Marknad Varberg med anledning av den aktuella anskaffningen. Förvaltningsrätten anser därmed att kommunen har uttryckt sin vilja avseende anskaffningen på ett sådant sätt att kommunens åtgärder har passerat det rent förberedande stadiet då det är fråga om den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling (jfr HFD 2013 ref. 31). Därmed får ett upphandlingsförfarande anses ha inletts.

Sökandena har anfört att kommunen, genom att inte annonsera den aktuella upphandlingen, bryter mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens samt bestämmelserna om annonsering i LOU. Det har inte kommit fram i målet att föreligger något undantag som gör det tillåtet för kommunen upphandla de aktuella tjänsterna direkt från Marknad Var-

berg utan föregående annonsering. Den upphandling kommunen har inlett är därmed att betrakta som en otillåten direktupphandling. Kommunen skulle således ha genomfört upphandlingen genom ett annonserat förfarande, vilket kommunen inte har gjort. Sökandena riskerar att lida skada genom att de inte har fått möjlighet att delta i upphandlingen och lämna anbud. Förvaltningsrätten finner därmed att ansökningarna ska bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

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



Kristina Jarnevall
Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Ingeli Petersson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarätten 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 kammarätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarätten 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 kammarätten 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 kammarätten.

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.