



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2019-02-21
Meddelad i Karlstad

Mål nr
3004-18

SÖKANDE

Linfre Education AB, 556746-4440
Anders Carlssons Gata 9
417 55 Göteborg

Ombud: Advokat Linda Dahlström och Jur.kand. Christoffer Erlandsson
Advokatfirman Morris AB
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

MOTPART

Örebro kommun, Upphandlingsenheten
Box 30 000
701 35 Örebro

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-02-22	
A'd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att avtalet mellan Örebro kommun och Caperio AB får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.

BAKGRUND

Örebro kommun (kommunen) har genomfört en direktupphandling av skoldatorer med utbildning och kringtjänster och har den 27 april 2018 tecknat ett direktköpsavtal (Gy 161/2018) med Caperio AB (Caperio) för perioden den 1 maj 2018 – 30 april 2019.

YRKANDEN M.M.

Linfre Education AB (Lin) ansöker om överprövning av avtalets giltighet och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att avtalet ska förklaras ogiltigt. Som stöd för sin talan anför Lin sammanfattningsvis följande.

Kommunen har brutit mot 10 kap. 1 § LOU eller 19 kap. 7 och 9 §§ LOU genom att den 27 april 2018 ingå avtal avseende skoldatorer med utbildning och kringtjänster 2018/2019 motsvarande ett värde om 20 miljoner kronor med Caperio utan föregående annonsering.

Lin bestrider kommunens påstående att direktköpsavtalet är motiverat av tvingande hänsyn till ett allmänintresse och att undantaget från ogiltighet i 20 kap. 14 § LOU skulle vara tillämpligt. Kommunen har anfört att den tidigare sökt upphandla aktuella varor i konkurrens efter annonsering och att elever i kommunens skolor har behov av att ha skoldatorer. Gällande kommunens tidigare försök att upphandla aktuella varor kan konstateras att den upphandlingen var genomförd i strid med LOU. Behov av skoldatorer anges inte som exempel på tvingande hänsyn till ett allmänintresse varken i förarbetena eller i direktivet. Mot bakgrund av att undantaget i 20 kap. 14 § LOU ska tillämpas restriktivt saknas skäl att tillämpa undantaget på direktköpsavtalet.

Kommunen har vidare inte visat på en direkt lagstadgad skyldighet att köpa in datorer eller att det föreligger ett akut behov av den omfattning av datorer som avtalet omfattar. Kommunen har inte visat att det är nödvändigt för kommunen att omgående köpa in cirka 4 300 datorer för att kunna bedriva undervisning i enlighet med läroplanerna. Avtalet är vidare tecknat på ett års tid trots att kommunen skäligen bör kunna genomföra en upphandling i enlighet med LOU inom en kortare tid. Det kan starkt ifrågasättas om kommunen inte har möjlighet att genom mindre ingripande åtgärder ge elever i kommunens skolor tillgång till digitala verktyg för att genomföra undervisning i enlighet med läroplanen under en kortare tidsperiod.

Kommunen anser att Linfres ansökan om ogiltigförklaring ska avslås och anför sammanfattningsvis följande.

Örebro kommuns föregående avtal om skoldatorer löpte ut den 24 april 2017. Kommunen genomförde 2016/2017 en upphandling av ett ersättande avtal som överprövades. Efter förvaltningsrättens dom den 31 augusti 2017 meddelade Örebro kommun ett nytt tilldelningsbeslut som även det blev överprövat. Kommunen valde då att avbryta upphandlingen då behovet hunnit förändras och genomförde en ny upphandling (KS 1480/2017) under 2017/2018. Även denna upphandling överprövades, se förvaltningsrättens mål nr 1703-18. Det kan svårligen krävas att kommunen ska vara ute i så god tid att kommunen ska klara två upphandlingar med en överprövning vardera inom föregående avtalsperiod. Eleverna som börjar skolan under hösten 2018 kan inte stå utan datorer. Utbildning ska enligt Skolverkets läroplan utveckla elevernas förmåga att använda digital teknik och deras digitala kompetens. Lärare ska organisera och genomföra arbetet så att eleven får använda digitala verktyg på ett sätt som främjar kunskapsutvecklingen och rektorer har ett ansvar för att eleverna får tillgång till lärverktyg för en tidsenlig utbildning. Modern undervisning bygger på datorer. Att ställa om

det pedagogiska upplägget till äldre tiders undervisning med bibehållen kvalitet är omöjligt med så kort varsel.

Av dessa tvingande skäl av allmänintresse (20 kap. 14 § LOU) beslutade kommunen att teckna ett tillfälligt avtal rörande datorer för de elever som börjar respektive skolform hösten 2018. Eftersom kommunen konkurrensut-satt sitt behov genom den upphandling Lin överprövat och fått en vinnande anbudsgivare i Caperio beslutade kommunen att teckna avtal med Caperio. En ny konkurrensutsättning genom en annonserad upphandling enligt LOU hade omöjligt hunnits med. Den mängd datorer som krävs har leverantörerna inte på lager. De behöver beställas under våren 2018 för att hinna tillverkas till terminsstart. Kommunen köper inte in fler elevdatorer än vad som krävs för att bedriva en kvalitativ undervisning. Avtalslängden på ett år baserades på beräknad tid för förvaltningsrättens hantering av överprövning i mål nr 1703-18 samt tid för eventuell ny upphandling. Avtalets längd är i detta fall av mindre intresse då ett väldigt begränsat antal datorer beställs under ett läsårs gång. Det gäller endast beställningar åt elev som flyttar till ny skola under läsåret och inte kan få en reservdator eller kvarlämnad dator.

Förvaltningsrätten avslog den 29 juni 2018 Lins yrkande om intermistiskt beslut av innebörden att det aktuella avtalet inte får fullgöras till dess förvaltningsrätten beslutat något annat.

Förvaltningsrätten har vidare i dom den 11 januari 2019 avslagit Lins ansökan om överprövning i mål 1703-18, som kommunen ovan hänvisat till. Lin gjorde i detta mål gällande att vinnande anbud från Caperio inte uppfyllde vissa skall-krav. Förvaltningsrätten fann dock inte visat att Caperios anbud hade sådana brister som Lin gjorde gällande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Av 20 kap. 13 § 1 p. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bl.a. om det 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. LOU.

Enligt 20 kap. 14 § LOU ska rätten besluta att ett avtal får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § samma lag är uppfyllda, om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Av förarbetena till LOU framgår bl.a. följande. Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer inom olika områden i EU-rätten och har även utvecklats i EU-domstolens praxis. Eftersom det utgör ett skäl för undantag från den fria rörligheten tolkar EU-domstolen begreppet restriktivt. Endast exceptionella omständigheter ska medföra att ett avtal får bestå. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som medger direktupphandling. Det är även den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att ett avtal ska få bestå trots att förutsättningarna för att förklara avtalet ogiltigt i och för sig är uppfyllda. Inom ramen för tvingande hänsyn till allmänintresset kan hänsyn exempelvis tas till allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet, konsumentskydd och skydd av såväl tjänstemottagare som arbetstagare, rättvisa handelstransaktioner, kamp mot bedrägerier, skydd av miljö och stadsmiljö, djurhälsa, immateriella rättigheter, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet, socialpolitiska och kulturpolitiska mål. Begränsad vikt får läggas vid ekonomiska intressen.

Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska t.ex. inte anses utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får dock beaktas om ogiltighet skulle leda till orimliga eller oproportionerliga följder. Stor vikt bör här läggas vid myndigheternas tillhandahållande av allmän service till samhället. Det ankommer på domstolarna att göra en skälig avvägning mellan detta allmänna intresse och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt i syfte att en ny upphandling ska företas (prop. 2009/10:180 s. 137-139 och 362-363).

I praxis från kammarrätterna har avtal som funnits ogiltiga tillåtits bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse vid avtal om hjälptjänster till sjuk- och färdtjänstresor bland annat en beställningscentral och planeringsverksamhet och vid avtal om servicersor som innefattade sjuktransporter och färdtjänstresor (se Kammarrätten i Göteborgs avgöranden, mål nr 5819-11 och mål nr 2751-17).

I ett annat mål, som rörde upphandling av skolvikarier, fann Kammarrätten i Sundsvall att det förelåg tvingande hänsyn till ett allmänintresse i form av en fungerande skolverksamhet, men att kommunen hade kunnat tillgodose detta intresse med mindre ingripande åtgärder till exempel genom att ingå ett tillfälligt avtal fram till dess att en ny upphandling hade genomförts. Kammarrätten ansåg därför att det inte förelåg sådana exceptionella omständigheter att avtalet skulle få bestå till följd av tvingande hänsyn till allmänintresse (mål nr 522-14).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att kommunen inte har bestridit Lins uppgifter om att det aktuella avtalets värde överstiger tröskelvärdena

för varor eller tjänster som ska upphandlas i enlighet med LOU. Det förefaller därmed vara ostridigt att avtalet mellan Örebro kommun och Caperio skulle ha annonserats i enlighet med LOU. Kommunen har inte gjort gällande att det skulle ha varit tillåtet för kommunen att ingå avtalet utan föregående annonsering, utan att avtalet ska få bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Förvaltningsrätten bedömer därför utifrån parternas talan i målet att det är ostridigt att grunderna för ogiltighetsförklaring av avtalet i enlighet med 20 kap 13 § LOU är uppfyllda. Frågan i målet är därmed om avtalet trots detta ska få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Kommunen har ett ansvar för en fungerande skola. Detta är i sig ett sådant allmänintresse som kan motivera en tillämpning av 20 kap 14 § LOU. Kommunen har anfört att elevdatorerna är en nödvändig förutsättning för att kommunen ska kunna uppfylla Skolverkets läroplaner och tillgodose elevernas behov av utbildning med hjälp av digitala verktyg. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta dessa uppgifter, som förefaller rimliga. Även ett anskaffande av elevdatorer kan därmed rymmas inom ramen för tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I avvaktan på att upphandlingsmålet 1703-18 skulle avgöras slutligt har kommunen haft fog för att finna någon form av tillfällig lösning på behovet av elevdatorer inför höstterminen 2018.

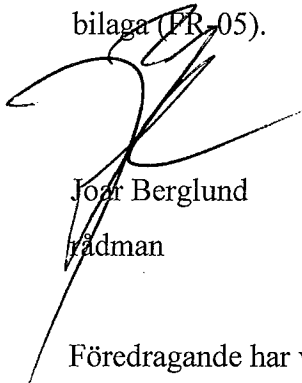
Lin har invänt det inte funnits skäl att teckna det aktuella avtalet för en så lång tidsperiod. Kommunen har anfört att avtalslängden om ett år baserats på beräknad tid för förvaltningsrättens överprövning i mål nr 1703-18 och eventuell ny upphandling, men att avtalets längd är av mindre intresse då ett begränsat antal datorer beställs löpande under ett läsår. Förvaltningsrätten finner inte skäl ifrågasätta kommunens bedömning vad gäller behovet av det antal datorer som behövdes vid inledningen av höstterminen 2018, för att kunna bedriva utbildning på en godtagbar nivå i avvaktan på en slutlig lösning av upphandlingsfrågan. Förvaltningsrätten anser vidare att en avgräns-

ning till kommande läsår för anskaffning av ersättningsdatorer m.m. förefaller naturlig. Förvaltningsrätten anser inte heller i övrigt att det aktuella avtalet varit alltför omfattande för sitt ändamål.

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att det aktuella avtalet i princip kan förklaras ogiltigt enligt 20 kap 13 § LOU men att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap 14 § LOU som medför att avtalet mellan Örebro kommun och Caperio AB trots detta ska få bestå.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. För information om hur man överklagar, se bilaga (PR-05).



Joak Berglund
rådman

Föredragande har varit Sanna Gård.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.