



KLAGANDE

Stockholms kommun, 212000-0142

Ombud: Stadsadvokat Malin Lindvall
Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

MOTPARTER

1. AA
2. BB
3. CC

Ombud: Chefsjurist Pär Cronhult och jurist Viktor Robertsson
Box 5625
114 86 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 juni 2015 i
mål nr 7728–7730-15, se bilaga A (här borttagen)

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten beslutar, med ändring av förvaltningsrättens dom, att avslå
ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Kommunstyrelsen i Stockholms kommun beslutade den 12 november 2014 att tillsätta en oberoende expertgrupp med uppdraget att utreda vissa delar av projektet Nya Slussen. Sedan fyra personer valts ut att ingå i gruppen ingick kommunen den 5 december 2014 avtal med var och en av DD, EE, FF och GG. Avtalen slöts efter direktupphandling och utan föregående annonsering.

AA, BB och CC ansökte hos förvaltningsrätten om överprövning av giltigheten av avtalen och anförde bl.a. följande. Kommunen har slutit avtal med var och en av konsulterna i ett samordnat förfarande vid ett och samma tillfälle och med i allt väsentligt likalydande innebörd.

Direktupphandlingarna måste således anses vara av samma slag, varför de vid en värdebedömning ska läggas samman. Det sammanlagda värdet av avtalen överskrider värdegränsen för direktupphandling.

Kommunen bestred bifall till ansökan och anförde bl.a. följande. Det är inte fråga om upphandlingar av samma slag. Upphandlingar är av samma slag när leverantörsmarknaden är sådan att det är normalt att en leverantör skulle lämna anbud i alla upphandlingarna. I detta fall skiljer sig personernas kompetens och erfarenhet åt och de har också ansvarat för olika frågeställningar. Det är inte fråga om kompetenser som typiskt sett tillhandahålls av en och samma leverantör.

Förvaltningsrätten biföll ansökan och förklarade att de aktuella avtalen är ogiltiga. Som skäl för avgörandet anförde förvaltningsrätten bl.a. följande. Den avgörande frågan när det gäller att bedöma kontraktets värde är om de fyra separata kontrakten kan anses avse direktupphandlingar av samma slag. Av kontrakten framgår inte personernas utbildning eller erfarenhetsområden. Kommunen har dock i målen redogjort för detta och angett att experterna ska bidra med granskning av materialet utifrån sina

respektive specialkunskaper. Enligt förvaltningsrättens mening avser varje kontrakt samma typ av tjänst, nämligen uppdraget att granska material. De fyra experterna har haft samma tidsram att ta hänsyn till och har inte kunnat slutföra sina uppdrag utan samarbete med övriga och resultatet av granskningarna har utmynnat i en gemensam rapport.

Direktupphandlingarna får därmed anses ha ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll och det mest rimliga ställningstagandet är att upphandlingarna är av samma slag. Kontraktets värde överstiger därmed direktupphandlingsgränsen. Kommunens avtal med konsulterna ska därför förklaras ogiltiga.

YRKANDEN M.M.

Stockholms kommun yrkar att kammarrätten ska lämna ansökan om överprövning utan bifall och anför bl.a. följande.

Kommunen har direktupphandlat fyra kontrakt. Genom att det inte är fråga om upphandlingar av samma slag ska värdet av kontrakten inte läggas samman. Uppdraget har varit att oberoende granska vissa delar av projektet Slussen. Förvaltningsrättens synsätt att granskningen i sig är en tjänst är felaktigt. Även CPV-koderna är en felaktig utgångspunkt vid bedömningen av om det är fråga om tjänster av samma slag. Avgörande är i stället om kontrakten avser tjänster som typiskt sett tillhandahålls av en och samma leverantör. Det är således en bedömning av hur leverantörsmarknaden ser ut som ska göras. I förevarande fall har experterna olika kompetensprofiler som typiskt sett inte tillhandahålls av en och samma leverantör.

Det är oklart varför förvaltningsrätten för ett resonemang om värdet av A-tjänster i förhållande till B-tjänster. Det är inte relevant vid beräkningen av kontraktsvärdet enligt 15 kap. 3 a § tredje stycket lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Vad som ska beaktas är direktupphandlingar av samma slag och A- och B-tjänster kan aldrig utgöra tjänster av samma

slag. Förvaltningsrätten kategoriserar ett av kontrakten som köp av B-tjänst. Vid en korrekt tillämpning av 15 kap. 3 a § tredje stycket LOU saknas därmed i vart fall grund för att ogiltigförklara det kontraktet.

Kommunen har i målet anfört att för det fall värdet av kontrakten ska läggas samman har synnerliga skäl för direktupphandling förelegat.

Förvaltningsrätten har inte prövat denna fråga. Av kammarrättspraxis framgår att en myndighet i sin planering måste ta höjd för att en upphandling blir föremål för överprövning. Handläggningstiden för ett annonserat förfarande inklusive överprövning har inte rymts inom projektets tids- och kostnadsramar.

AA, BB och CC motsätter sig att förvaltningsrättens dom ändras och anför bl.a. följande.

De aktuella avtalen är nästintill likalydande. De upphandlade tjänsterna innefattar ett uppdrag att granska ett visst material som har utgjort underlag för beslut med koppling till Slussenprojektet. Samtliga kontrakterade leverantörer har haft att granska samma material utifrån identiskt givna utgångspunkter och granskningarna har resulterat i en gemensam rapport. Det måste mot denna bakgrund anses röra sig om tjänster inom ramarna för ett och samma uppdrag som har upphandlats av kommunen. En uppdelning av detta uppdrag i flera upphandlingar för att möjliggöra direktupphandlingar strider mot uppdelningsförbudet i 15 kap. 3 a § första stycket LOU.

Kommunens påstående att det skulle röra sig om olika typer av tjänster är felaktigt. I vart fall är det fråga om tjänster som typiskt sett tillhandahålls av samma slags leverantörer på marknaden för tekniska och därmed sammanhängande konsulttjänster. Värdet av avtalen ska även av detta skäl räknas samman vid bedömningen av om värdegränsen för direktupphandling kommit att överskridas.

Undantaget att direktupphandling får användas om det finns synnerliga skäl avser extraordinära situationer som den upphandlande myndigheten inte har kunnat råda över. Sådana förhållanden är inte för handen i detta mål. Kommunen har haft goda förutsättningar för att med bättre framförhållning genomföra ett annonserat förfarande.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad målen gäller

Stockholms kommun har efter direktupphandling ingått avtal om granskning av projektet Nya Slussen med fyra olika leverantörer. Huvudfrågan i målen är om upphandlingarna ska anses vara av samma slag. Detta skulle i så fall innebära att kontraktsvärdet överskrider beloppsgränsen och att direktupphandling enligt huvudregeln inte är tillåten.

Rättslig reglering m.m.

Endast 15 kap. LOU är tillämpligt i målen. Detta följer av 1 kap. 2 § LOU och gäller oavsett om värdet av de fyra kontrakten ska räknas samman eller inte.

Enligt 16 kap. 13 § första stycket LOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, bl.a. om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU.

Enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU får direktupphandling användas bl.a. om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 samma lag, dvs. högst 505 800 kr.

I 15 kap. 3 a § första stycket LOU anges följande. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag.

I tredje stycket samma paragraf anges följande. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

I förarbetena till bestämmelserna i 15 kap. 3 a § LOU anges bl.a. följande. Bestämmelsen bör förbjuda uppdelningar av upphandlingar som görs i avsikt att underskrida tillämpliga beloppsgränser. Den innebär naturligtvis inget förbud mot att dela upp en upphandling i delkontrakt. Upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll bör dock inte upphandlas separat. De bestämmelser med beräkningsprinciper som föreslås har sin förebild i reglerna om beräkning av värdet av ett kontrakt och om förbud i vissa fall mot att dela upp en upphandling som gäller för upphandlingar som omfattas av direktivet (3 kap. 3 och 5 §§ LOU). Vid behov av vägledning för tolkningen av bestämmelsen får stöd sökas i motiven för och praxis avseende motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena. Regeringen anser att upphandlingar som görs under en viss period ska omfattas av beräkningen av direktupphandlingsgränsen. (Prop. 2009/10:180 s. 293.)

I litteraturen angående tröskelvärden har följande uttalats. Varor och tjänster ska troligen anses vara av samma slag om de typiskt sett är tillgängliga från samma leverantör. Pennor, radergummin och korrigeringsvätska är t.ex. troligen varor av samma slag eftersom de vanligtvis tillhandahålls av enskilda försäljare av kontormateriel. Vissa olika typer av fordon – såsom fordon avsedda för gatusopning respektive brandbilar – är troligen varor av olika slag eftersom sådana fordon i normalfallet endast är tillgängliga från olika specialistbolag. Ett sådant test avspeglar syftet med reglerna, vilket är

att tillförsäkra att upphandlingar annonseras när det är kommersiellt motiverat att upphandlingarna slås samman i ett enda kontrakt.

(Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, volym 1, tredje upplagan, 2014, s. 468 f.)

Kammarkollegiet har i en vägledning anfört följande angående Arrowsmiths uttalanden. Resonemanget är rimligt. En direktupphandling tillåts för att transaktionskostnaderna vid ett annonserat förfarande skulle vara större än vinsterna med ett sådant förfarande. Om leverantörer typiskt sett tillhandahåller alla de efterfrågade varorna (exempelvis kontorsmateriel) finns inget skäl för att beräkna direktupphandlingsbeloppet för respektive vara (exempelvis pennor och radergummin) för sig. Om leverantörer å andra sidan typiskt sett inte tillhandahåller alla de varor eller tjänster som ska upphandlas, utan enbart någon eller några av dem, är det inte lämpligt att anse att de utgör upphandlingar av samma slag. En sammanräkning skulle då innebära att den upphandlande myndigheten tvingas annonsera och upphandla flera olika avtal med olika leverantörer, vilka vart och ett skulle ligga under beloppsgränsen för direktupphandling. (Direktupphandling – Vägledning 2011:6, s. 8 f.)

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG har ännu inte införlivats i svensk rätt, men är ändå av intresse i detta sammanhang. I skäl 19 i direktivet anges följande. Det bör klargöras att begreppet likartade varor vid beräkningen av tröskelvärdena bör förstås som varor som är avsedda för identisk eller likartad användning, till exempel varor som utgörs av ett antal livsmedel eller av olika kontorsmöbler. En ekonomisk aktör som är verksam på det berörda området skulle i typfallet troligtvis ha sådana varor i sitt normala varuutbud.

Kammarrättens bedömning

Kammarrätten bedömer inledningsvis att utredningen i målen inte ger stöd för att kommunen har delat upp upphandlingen i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU. Uppdelningen kan motiveras av att kommunen ville att expertgruppen skulle bestå av flera olika personer, vilket är ett objektivt godtagbart skäl. Den omständigheten att upphandlingarna har ett mycket nära samband i tid och beträffande innehåll förändrar inte bedömningen. Kommunen har alltså inte agerat i strid med uppdelningsförbudet i 15 kap. 3 a § första stycket andra meningen LOU.

Kammarrätten prövar härefter frågan om de fyra upphandlingarna ska anses vara av samma slag.

Högsta förvaltningsdomstolen har inte uttalat sig om hur begreppet ”direktupphandling av samma slag” i 15 kap. 3 a § tredje stycket LOU ska tolkas. Enligt kammarrättens mening bör bedömningen göras utifrån det marknadsanpassade synsätt som kommer till uttryck i Kammarkollegiets vägledning och det nya upphandlingsdirektivet. Direktupphandling av tjänster ska enligt detta synsätt anses vara av samma slag om de olika tjänsterna typiskt sett tillhandahålls av en enskild leverantör på den aktuella marknaden.

Det är kommunen som har bevisbördan för att de aktuella upphandlingarna inte är av samma slag och att förutsättningarna för direktupphandling därför är uppfyllda (jfr RÅ 2008 ref. 79). Vid bevisvärderingen bör emellertid beaktas att det kan vara förenat med svårigheter att lägga fram utredning om ett negativt bevisfaktum, dvs. att olika typer av tjänster inte finns tillgängliga hos enskilda marknadsaktörer.

I de aktuella avtalen anges att granskningsgruppen ska granska relevant material och underlag ”genom expertis inom respektive sakområde”. Det

står därmed klart att kommunen efterfrågade olika typer av sakkunskap. I detta får anses ligga att experterna skulle arbeta självständigt och vara oberoende i förhållande till varandra. Av experterna är två arkitekter, en konsult i stadsutvecklingsfrågor och en jurist.

EE är jurist och det har inte framkommit annat än att avtalet med henne avser juridiska konsulttjänster. Kammarrätten bedömer att denna upphandling inte kan anses vara av samma slag som de tre övriga. Skälet till detta är att tjänster inom juridik respektive arkitektur och stadsutveckling normalt inte tillhandahålls av enskilda leverantörer på marknaden. Eftersom värdet av kontraktet med EE underskrider beloppsgränsen var det tillåtet för kommunen att använda direktupphandling avseende det kontraktet. Överklagandet ska därför bifallas i denna del.

Vad gäller de tre övriga upphandlingarna gör kammarrätten följande överväganden. De tre konsulterna har alla erfarenhet av stadsutveckling och avtalen med dem är i princip likalydande. Detta talar för att upphandlingarna ska anses vara av samma slag. Av kommunens redogörelse framgår emellertid att experternas kompetensprofiler skiljer sig åt i väsentliga avseenden. Stadsutvecklingskonsulten GG har till skillnad från de två arkitekterna en akademisk examen med inriktning mot kulturgeografi. Arkitekten FF har varit utredare på Sveriges Kommuner och Landsting, expert i PBL-kommittén och särskild ledamot i mark- och miljödomstolen. Det kan därför förutsättas att hon har relevanta kunskaper som arkitekter i allmänhet inte besitter. Arkitekten DD har varit både verkställande direktör för ett arkitektkontor och stadsbyggnadsdirektör i en stor svensk kommun. Hans yrkeserfarenhet är således ovanligt bred. Av utredningen framgår också att experterna har ansvarat för olika delar av granskningen, låt vara att GG och DD har haft gemensamma ansvarsområden. Det anförda leder till slutsatsen att de tre experternas granskningar har haft delvis olika inriktningar. Granskningstjänsterna kan därför inte betraktas som identiska eller utbytbara. Vid en samlad

bedömning ger omständigheterna stöd för att tjänsterna som de tre konsulterna har tillhandahållit typiskt sett inte erbjuds av enskilda leverantörer på marknaden, oavsett om en sådan leverantör skulle vara en fysisk person eller ett bolag. Kammarrätten anser därför att kommunen har gjort sannolikt att de tre direktupphandlingarna inte är av samma slag. Eftersom värdet av respektive kontrakt underskrider beloppsgränsen fick kommunen använda direktupphandling av tjänsterna. Överklagandet ska därför bifallas även i denna del.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9) (här borttagen).

Thomas Norling
lagman
ordförande

Henrik Jansson
kammarrättsråd

David Brandell
tf. assessor
referent