

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
1878-16, 1933-16 och
1934-16

meddelad i Stockholm den 21 december 2017

KLAGANDE

1. Edsjö Arkitektkontor Bostadslaget AB, 556373-5439
2. AA
3. BB

Ombud för samtliga: chefsjurist Pär Cronhult och jurist Viktor Robertson
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Stockholms kommun
105 35 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms dom den 22 mars 2016 i mål nr 6531–6533-15

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens dom och fastställer förvaltningsrättens domslut.

Dok.Id 184246

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:30

Mål nr
1878-16, 1933-16 och
1934-16

BAKGRUND

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt avseende bl.a. varor eller tjänster. I bestämmelserna om offentlig upphandling anges ett antal olika förfaranden för hur sådana upphandlingar ska genomföras. Vilket förfarande som får användas är beroende bl.a. av storleken på upphandlingen. Vid upphandlingar under de s.k. tröskelvärden som föreskrivs i lagstiftningen får i vissa fall direktupphandling användas.

Med direktupphandling avses en upphandling utan krav på anbud i viss form. Vid en direktupphandling kan en upphandlande myndighet således sluta avtal med en leverantör utan föregående annonsering. Direktupphandling är tillåtet bl.a. om värdet av kontraktet understiger ett visst belopp eller om det finns synnerliga skäl. Vid beräkningen av om beloppsgränsen för direktupphandling har överskridits ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag som myndigheten har gjort under räkenskapsåret.

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Kommunstyrelsen i Stockholms kommun beslutade i november 2014 att tillsätta en oberoende expertgrupp med uppdrag att granska vissa delar av projektet ”Nya Slussen”. Den 5 december samma år tecknades fyra avtal rubricerade ”Uppdragsbeskrivning Granskning av Nya Slussen” mellan kommunen och var och en av de konsulter som skulle ingå i gruppen: CC, DD, EE och FF. Avtalen ingicks utan föregående annonsering.

Edsjö Arkitektkontor Bostadslaget AB, AA och BB ansökte hos förvaltningsrätten om överprövning av giltigheten av avtalen.

De anförde att kommunen genom direktupphandlingar hade slutit i stort sett likalydande avtal med var och en av konsulterna i ett samordnat förfarande och att

Mål nr
1878-16, 1933-16 och
1934-16

upphandlingarna därför fick anses vara av samma slag. Värdena av dem skulle därmed läggas ihop, vilket innebar att beloppsgränsen för när direktupphandling är tillåten hade överskridits.

Kommunen menade att det inte var fråga om upphandlingar av samma slag eftersom konsulternas kompetens och erfarenhet skilde sig åt på ett sådant sätt att det inte rörde sig om kompetenser som typiskt sett tillhandahölls av en och samma leverantör. Kommunen anförde vidare att det hade funnits synnerliga skäl för att direktupphandla.

Förvaltningsrätten biföll ansökningsen och förklarade att de aktuella avtalen var ogiltiga. Enligt förvaltningsrätten avsåg varje avtal samma typ av tjänst, nämligen uppdraget att granska material. Domstolen ansåg att direktupphandlingarna hade ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll eftersom konsulterna hade haft samma tidsram att ta hänsyn till, inte hade kunnat slutföra sina uppdrag utan samarbete med varandra samt hade presenterat resultatet i en gemensam rapport. Upphandlingarna ansågs därmed vara av samma slag vilket innebar att direktupphandlingsgränsen hade överskridits.

Kommunen överklagade till kammarrätten som med bifall till överklagandet avslog ansökningsen. Kammarrätten konstaterade att konsulternas kompetensprofiler skilde sig åt i väsentliga avseenden och att de hade ansvarat för olika delar av granskningen. Deras tjänster kunde därmed inte betraktas som identiska eller utbytbara. Kammarrätten anförde vidare att de tjänster som konsulterna hade tillhandahållit typiskt sett inte erbjöds av enskilda leverantörer på marknaden. Enligt kammarrätten hade kommunen därför gjort sannolikt att direktupphandlingarna inte var av samma slag. Eftersom värdet av respektive avtal underskred beloppsgränsen för direktupphandling var upphandlingarna tillåtna.

Mål nr
1878-16, 1933-16 och
1934-16

YRKANDEN M.M.

Edsjö Arkitektkontor, AA och BB yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska ogiltigförklara avtalen.

Stockholms kommun anser att kammarrättens dom inte ska ändras.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målen

Frågan i målen är om flera avtal som har direktupphandlats ska anses vara av samma slag och värdena av dem därför ska räknas samman vid bedömningen av om beloppsgränsen för när direktupphandling är tillåten har överskridits.

Rättslig reglering

I målen är den nu upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig. De flesta bestämmelser i lagen gäller sådana upphandlingar som styrs av EU-direktiv, men lagen innehåller också regler för upphandlingar som inte omfattas av direktiven. Dessa regler är samlade i 15 kap. Det som avgör om en upphandling är direktivstyrd eller inte är främst om den över- eller understiger vissa tröskelvärden.

I 15 kap. 2 § anges vilka bestämmelser i lagen i övrigt som ska tillämpas vid upphandlingar enligt det kapitlet. Bestämmelserna i 2 kap. om definitioner är t.ex. tillämpliga men däremot inte bestämmelserna i 3 kap. om tröskelvärden.

Av 15 kap. 3 § första stycket följer att en offentlig upphandling enligt det kapitlet ska göras genom något av de annonserande förfarandena förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Av andra stycket framgår dock att direktupphandling får användas bl.a. om kontraktets värde understiger ett visst belopp eller om det finns

Mål nr
1878-16, 1933-16 och
1934-16

synnerliga skäl. Med direktupphandling avses enligt 2 kap. 23 § upphandling utan krav på anbud i viss form.

I 15 kap. 3 a § första stycket anges att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i lagen. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten enligt tredje stycket beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

Av 16 kap. 13 § första stycket följer att rätten ska 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 i en situation då bestämmelserna om direktupphandling i 15 kap. inte är tillämpliga.

Motsvarande bestämmelser finns i den nu gällande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

De i målen klandrade direktupphandlingarna avser uppdrag till fyra konsulter att genomföra en granskning av ett stadsbyggnadsprojekt. Kommunen ingick separata avtal med var och en av konsulterna. Det sammanlagda värdet av de fyra kontrakten understiger det tröskelvärde som gäller för att de direktivstyrda upphandlingsbestämmelserna ska vara tillämpliga. Oavsett om man ser till värdet av varje kontrakt för sig eller till det samlade kontraktsvärdet är det således bestämmelserna i 15 kap. som ska tillämpas på upphandlingarna.

Värdet av varje enskilt kontrakt håller sig vidare inom den beloppsgräns som gäller för att en direktupphandling ska vara tillåten enligt 15 kap. 3 § andra stycket. Om värdena på kontrakten ska räknas samman så överskrids emellertid denna gräns.

Mål nr
1878-16, 1933-16 och
1934-16

Bestämmelsen i 15 kap. 3 a § tredje stycket om direktupphandlingar av samma slag syftar till att upphandlingar som görs under en viss period ska omfattas av beräkningen av om direktupphandlingsgränsen har överskridits. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening ligger i detta att bestämmelsen bör tillämpas även när upphandlingarna sker vid en och samma tidpunkt. Avgörande för om värdena på kontrakten ska räknas samman är därmed om upphandlingarna ska anses vara av samma slag i den mening som avses i bestämmelsen.

I förarbetena till 15 kap. 3 a § sägs att paragrafen motsvaras av vissa angivna bestämmelser i 3 kap. rörande beräkning av ett kontrakts värde när detta ska jämföras med tillämpligt tröskelvärde. Det anges också att vid behov av vägledning för tolkningen av bestämmelserna i paragrafen får stöd sökas i motiven för och praxis avseende motsvarande bestämmelser för upphandlingar över tröskelvärdena (prop. 2009/10:180 del 1 s. 293 och 345 f.). Begreppet ”av samma slag” förekommer dock inte vare sig i 3 kap. eller i det bakomliggande direktivet och någon närmare vägledning beträffande vad som avses med detta begrepp ges alltså inte heller i motiven.

Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening bör bedömningen av om två eller flera upphandlingar är av samma slag göras med utgångspunkt i de varor eller tjänster som är föremål för upphandlingarna. För att varor eller tjänster som anskaffas genom olika upphandlingar ska anses vara av samma slag kan inte krävas att de är identiska, men uttrycket indikerar ändå att det måste föreligga påtagliga likheter mellan det som upphandlas för att upphandlingarna ska omfattas av bestämmelsen. När det särskilt gäller upphandling av tjänster bör det snarare vara tjänsternas karaktär än vem som utför dem som är avgörande för om de ska anses vara av samma slag.

När det gäller de nu aktuella upphandlingarna kan följande konstateras.

Avtalen mellan kommunen och de fyra konsulterna ingicks samordnat och är i princip likalydande. Uppdraget enligt avtalen var att ingå i en expertgrupp som skulle genomföra en granskning av utredningar och beslutsunderlag rörande ett

Mål nr
1878-16, 1933-16 och
1934-16

visst stadsbyggnadsprojekt. Granskningen skulle utgå från vissa frågeställningar som specificerades i avtalen men gruppen fick med utgångspunkt i dessa frågeställningar själv avgöra hur granskningsarbetet skulle läggas upp. I avtalen angavs ett datum för när resultatet av granskningen skulle redovisas och det framgick att denna redovisning skulle göras samlat och i enlighet med de i avtalen nämnda frågorna. Så skedde också i den gemensamma rapport från expertgruppen som granskningen utmynnade i.

Kommunen har som grund för att upphandlingarna ändå inte ska anses vara av samma slag anfört att konsulterna hade olika kompetens och erfarenhet och att de skulle bidra till granskningen utifrån sina respektive specialkunskaper och perspektiv. I avtalen anges dock inte att uppdraget för respektive konsult var begränsat till att avse de frågor som låg inom hans eller hennes speciella kompetensområde. Av avtalen och av vad kommunen har anfört framgår snarare att uppdraget var att konsulterna gemensamt skulle granska det aktuella projektet utifrån gruppens samlade sakkunskap.

Högsta förvaltningsdomstolen finner vid en sammantagen bedömning, i likhet med förvaltningsrätten, att samtliga upphandlingar får anses röra samma typ av tjänst, nämligen uppdraget att granska ett visst material. Upphandlingarna får därför anses vara av samma slag i den mening som avses i 15 kap. 3 a § tredje stycket och värdena av kontrakten ska därmed räknas samman vid bedömningen av om direktupphandlingsgränsen har överskridits. Som redan har framgått överstiger det sammanlagda värdet av avtalen denna gräns. Avtalen borde således ha upphandlats med hjälp av annonserat förfarande om inte direktupphandling ändå var tillåten enligt 15 kap. 3 § andra stycket.

I denna del har kommunen i underinstanserna argumenterat för att det med hänsyn till den brådska som rådde i ärendet fanns synnerliga skäl för att använda direktupphandling. Förvaltningsrätten har slagit fast att kommunens beslut att direktupphandla tjänsterna stred mot lagen om offentlig upphandling. I det ställningstagandet får anses ligga att förvaltningsrätten ansett att det som kommunen har anfört inte utgör synnerliga skäl för att använda direktupphandling.

Mål nr
1878-16, 1933-16 och
1934-16

Högsta förvaltningsdomstolen instämmer i förvaltningsrättens bedömning att synnerliga skäl för direktupphandling inte förelåg. Avtalen ska således ogiltigförklaras. Överklagandena ska därför bifallas, kammarrättens dom upphävas och förvaltningsrättens domslut fastställas.

I avgörandet har deltagit justitieråden Henrik Jermsten, Eskil Nord, Kristina Ståhl, Mahmut Baran och Mari Andersson.

Föredragande har varit justitiesekreterarna Sofia Lönnberg och Lena Forsmark.

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 juni 2015 i mål nr 7728–7730-15