

HFD 2017 ref. 74

Fråga 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.

15 kap. 3 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 21 december 2017 följande dom (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: R.H., S.L., M.O. och C.W. Avtalen ingicks utan föregående annonsering.

Edsjö Arkitektkontor Bostadslaget AB, L.K. och R.M. 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 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 avsåg 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.

Yrkanden m.m.

Edsjö Arkitektkontor, L.K. och R.M. 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 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.

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 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.

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.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens dom och fastställer förvaltningsrättens domslut.

I avgörandet deltog justitieråden *Jermsten, Nord, Ståhl, Baran* och *Andersson*. Föredragande var justitiesekreterarna *Sofia Lönnberg* och *Lena Forsmark*.

Förvaltningsrätten i Stockholm (2015-06-30, Benndorf):

Det är i målet ostridigt att Stockholms stad har direktupphandlat fyra experter att ingå i en granskningsgrupp.

[text här utelämnad]

Den avgörande frågan när det gäller att bedöma kontraktets värde är i detta fall om de fyra separata kontrakten kan anses avse direktupphandlingar av samma slag, i lagens mening.

Av förarbetena till 15 kap. 3 a § framgår bl.a. att bestämmelsen inte innebär något 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 (prop. 2009/10:180 s. 293).

Staden har tecknat fyra separata kontrakt med utvalda personer för att dessa som experter ska ingå i en granskningsgrupp. Av kontrakten framgår inte dessa personers utbildning eller erfarenhetsområden. Staden har dock i målet 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 Rapport från expertgruppen. 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. Detta innebär i sin tur att upphandlingarna får betraktas som **ett** kontrakt. Vid bestämmande av dess totala värde ska de fyra direktupphandlingarnas värde således räknas samman. Upphandlingen kommer då att avse både A-tjänster och B-tjänster och den ska anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. Bestämmelsen i 15 kap 3 § lagen om offentlig upphandling är då tillämplig och kontraktets värde överstiger därmed, som sökandena påstår, direktupphandlingsgränsen. Stadens beslut att utan föregående annonsering upphandla experttjänsterna strider därför mot lagen om offentlig upphandling. Förvaltningsrätten finner mot den bakgrunden att avtalen med respektive expert är ogiltiga.

Frågan är därefter om avtalen trots detta ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (16 kap. 14 § lagen om offentlig upphandling). Denna bestämmelse ska tillämpas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att en undantagssituation föreligger (se prop. 2009/10:180 s. 139). Staden har i målen varken argumenterat i den frågan eller påstått att avtalen ska bestå med hänsyn till sådana tvingande hänsyn som här avses.

Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att stadens avtal med konsulterna M.O., C.W., R.H. respektive S.L. om köp av tjänster ska förklaras ogiltiga. – Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förklarar att de avtal, rubricerade ”Uppdragsbeskrivning Granskning av Nya Slussen” som den 5 december 2014 slutits mellan Stockholms stad och endera M.O., C.W., R.H. respektive S.L. är ogiltiga.

Kammarrätten i Stockholm (2016-03-22, Norling, Jansson och Brandell):

Kammarrätten bedömer inledningsvis att utredningen i målen inte ger stöd för att kommunen har delat upp upphandlingen i syfte att kringgå bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Uppdelningen kan motiveras av att kommunen ville att expertgruppen skulle bestå av flera olika personer, vilket är ett objektivi 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 lagen om offentlig upphandling.

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 lagen om offentlig upphandling 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.

C.W. 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 C.W. 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 S.L. har till skillnad från de två arkitekterna en akademisk examen med inriktning mot kulturgeografi. Arkitekten R.H. 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 M.O. 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 S.L. och M.O. har haft gemensamma ansvarsområden. Det anförda leder till slutsatsen att de tre experternas granskningar har haft delvis olika inriktningar. Gransknings-tjänsterna 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. – Kammarrätten beslutar, med ändring av förvaltningsrättens dom, att avslå ansökan om överprövning.