



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

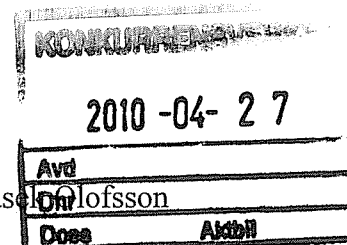
DOM
 2010-04-26
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 20336-10
 Enhet 15

SÖKANDE

Skarings Rutinstäd AB, 556325-8465

Ombud: Advokat Ulf Djurberg och advokat Lynda Ondras
 Setterwalls Advokatbyrå Stockholm AB
 Box 1050
 101 39 Stockholm



MOTPART

Enskede-Årsta-Vantör stadsdelsnämnd i Stockholms stad
 Box 81
 121 22 Johanneshov

Ombud: Stadsadvokat Oscar Jacobsson
 Stockholms stad Juridiska avdelningen
 Allmänjuridiska enheten
 105 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet att de avtal Enskede-Årsta-Vantör stadsdelsnämnd i Stockholms stad ingått med PMI Clean AB, MIAB Städ AB, Adlerssons Fönsterputs AB samt Miljöteamet i Stockholm AB den 11 januari 2010 ska förklaras ogiltiga.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Enskede-Årsta-Vantör stadsdelsnämnds i Stockholms stad upphandling av städtjänster, dnr 2.2.1-006/2009, ska göras om.

Dok.Id 11287

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Enskede-Årsta-Vantör stadsdelsnämnd i Stockholms stad (staden) har genomfört en upphandling av städtjänster för stadsdelarna Enskede-Årsta-Vantör, Skarpnäck, Farsta och Älvsjö, dnr 2.2.1-006/2009, och i denna den 11 januari 2010 tecknat avtal med bolagen PMI Clean AB, MIAB Städ AB, Adlerssons Fönsterputs AB samt Miljöteamet i Stockholm AB. I stadens upphandlingsrapport daterad den 11 januari 2010 anges att upphandlingen har genomförts som en direktupphandling.

Skarings Rutinstäd AB (Skarings) ansöker om överprövning och yrkar, såvitt nu är ifråga, att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar Skarings att förvaltningsrätten, med stöd av artikel 2d.1a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (rättsmedelsdirektivet), ska förklara de avtal som staden ingått med PMI Clean AB, MIAB Städ AB, Adlerssons Fönsterputs AB samt Miljöteamet i Stockholm AB ogiltiga.

Till stöd för sin talan anger Skarings i huvudsak följande. Under 2004 genomförde staden samt Farsta, Skarpnäck, Liljeholmen och Älvsjö stadsdelsnämnder en upphandling avseende ramavtal för städtjänster. Skarings var en av de leverantörer som tilldelades avtal i upphandlingen. Avtal träffades för perioden den 1 juli 2004 till den 30 juni 2007 med möjlighet till två års förlängning. Förlängningsmöjligheten utnyttjades och avtalen löpte ut den 30 juni 2009. Under 2009 genomförde staden samt Farsta, Skarpnäck och Älvsjö stadsdelsnämnder en ny upphandling avseende ramavtal för städtjänster. Upphandlingen genomfördes genom ett öppet förfarande enligt LOU och administrerades av staden. Tilldelningsbeslut fattades den 16 april 2009 enligt vilket Skarings inte tilldelades avtal. Skarings ansökte om överprövning av upphandlingen. Länsrätten i

Stockholms län avslog emellertid ansökan. Skarings överklagade domen till Kammarrätten i Stockholm som i beslut den 30 november 2009 uttalade att den aktuella upphandlingen inte fick avslutas genom tecknande av upphandlingskontrakt och att den därmed hade förfallit. Staden överklagade kammarrättens beslut till Regeringsrätten som ännu inte har tagit ställning i frågan om prövningstillstånd. Med anledning av att upphandlingen överprövades, och för att säkerställa att behovet av städning kunnat tillgodogöras, har staden i avvaktan på överprövningens slutliga avgörande i fyra omgångar, perioderna den 1 juli - 31 augusti 2009, den 1 september - 31 oktober 2009, den 1 november - 20 december 2009 respektive den 21 december 2009 - 17 januari 2010, förlängt de ursprungliga avtalen på samma villkor och med samma leverantörer som antogs enligt upphandlingen år 2004.

Den 11 januari 2010 ingick staden emellertid, utan föregående annonsering, avtal avseende städtjänster med PMI Clean AB, MIAB Städ AB, Adlerssons Fönsterputs AB samt Miljöteamet i Stockholm AB. Av upphandlingsrapport avseende direktupphandling av städtjänster daterad samma dag framgår att staden bedömer att överprövningsprocessen kommer att fortgå under 2010 och därför ser ett behov av att direktupphandla städtjänster och teckna avtal, inledningsvis, för tiden den 18 januari 2010 till den 14 januari 2011. Av upphandlingsrapporten framgår att staden genomfört en direktupphandling enligt LOU med hänvisning till att synnerliga skäl föreligger. Staden har dock inte angett mot vilken bestämmelse i LOU som direktupphandlingen har genomförts men mot bakgrund av vad staden anger i upphandlingsrapporten synes staden ha tillämpat 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Enligt Skarings bedömning, vilken grundar sig på erfarenheterna som befintlig leverantör enligt upphandlingen från år 2004, överstiger de kontrakt direktupphandlingen avser med råge tröskelvärdet om 1 919 771 kr. Vid sådant förhållande är 15 kap. LOU överhuvudtaget inte tillämpligt och det är således fråga om en otillåten direktupphandling.

Enligt artikel 2d.1a i rättsmedelsdirektivet ska EU:s medlemsstater se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltigheten beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan om den upphandlande myndigheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i EU:s officiella tidning och utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv 2004/18/EG. Artikel 2d. i rättsmedelsdirektivet föreskriver således en ovillkorlig skyldighet för medlemsstaterna att införa bestämmelser som innebär att avtal om upphandling under vissa förutsättningar ska kunna förklaras ogiltiga. I artikel 2d.1a-c anges de överträdelser som ska kunna medföra ogiltighet. Ogiltighet ska kunna följa om den upphandlande myndigheten har tilldelat ett kontrakt genom en otillåten direktupphandling och vid vissa andra allvarligare överträdelser av direktivens bestämmelser.

Rättsmedelsdirektivet har ännu inte genomförts i svensk rätt trots att den i direktivet angivna tidsfristen för genomförande löpte ut den 20 december 2009. Artikel 2d.1a i rättsmedelsdirektivet är klar, precis, fullständig och ovillkorlig. Artikeln är obligatorisk och det är följaktligen inte möjligt för medlemsstaterna att välja att inte införa den i nationell lagstiftning. Artikeln ger enskilda en rättighet som dessa kan åberopa gentemot en upphandlande myndighet. Artikeln har därför direkt effekt och måste således tillämpas av nationell domstol, se t.ex. EG-domstolens avgörande i mål C-26/62, van Gend en Loos, mål C-6/64, Costa mot ENEL, och mål C-15/04, Koppensteiner GmbH mot Bundesimmobiliengesellschaft GmbH. Genom artikeln erhåller Skarings rätt att begära att avtal som en upphandlande myndighet har direktupphandlat i strid med LOU ska ogiltigförklaras.

Skarings tillhandahåller idag de städtjänster som efterfrågats i direktupphandlingen. Skarings har således kunnat offerera dessa städtjänster till konkurrenskraftiga priser om Skarings hade beretts möjlighet att delta i en

upphandling av dessa. Mot denna bakgrund kan det konstateras att Skarings skulle ha lämnat anbud om staden hade annonserat en upphandling av aktuella städtjänster, samt att det därvid hade varit sannolikt att Skarings hade lämnat ett konkurrenskraftigt anbud och därmed antagits. Redan det faktum att Skarings har förvägrats att delta i direktupphandlingen innebär att Skarings ska anses ha lidit skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU, se RÅ 2005 ref. 10.

Staden yrkar i första hand att förvaltningsrätten avskriver målet från vidare handläggning och i andra hand bestrids sökandens yrkanden. Till stöd för sin talan anför staden i huvudsak följande. Upphandlingen av träffade avtal är avslutad och därför kan inte sökandens ansökan om överprövning prövas. Staden har inte genomfört en otillåten direktupphandling. Träffade avtal har upphandlats i enlighet med bestämmelserna i 4 kap. 5 § LOU om förhandlat förfarande utan föregående annonsering och undantagsbestämmelsen i punkt 3. Därmed föreligger inte förutsättningar för bifall av sökandens yrkande om ogiltighetsförklaring av upphandlade och träffade avtal. Artikel 2d.1a i rättsmedelsdirektivet har inte direkt effekt och är därför inte tillämplig i förevarande fall.

Eftersom det sista avtalet löpte ut den 17 januari 2010 och staden beslutat sig för att överklaga kammarrättens dom var det i den uppkomna situationen nödvändigt att skyndsamt upphandla städtjänster. Efter ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering tilldelades och tecknades kontrakt med det antal leverantörer som behövdes för att säkerställa och tillgodose behovet av städning under den tid staden bedömde att överprövningsprocessen skulle fortgå. Synnerliga skäl i form av synnerlig brådska förelåg eftersom städtjänsterna inom en kommunal förvaltning är en tjänst som kärnverksamheterna, bl.a. vård- och omsorgsboenden för äldre, förskolor och verksamheter till funktionshindrade personer, är helt beroende av för att kunna erbjuda och upprätthålla verksamhet till kommunens medlemmar. Att tilldela kontrakten för

städtjänster till de fyra olika leverantörerna var således absolut nödvändigt för att verksamheterna skulle kunna fortgå även efter den 17 januari 2010. Att stänga verksamheterna, vilket annars skulle bli följderna, var och är under inga omständigheter en möjlighet eftersom staden enligt lag är skyldig att tillhandahålla nämnda verksamheter. Det är överhuvudtaget inte möjligt att vara utan städtjänster under någon tid.

Brådskan har orsakats av omständigheter som staden inte har kunnat förutse. Staden har i god tid, hösten 2008, påbörjat och genomfört en annonserad öppen upphandling i syfte att teckna ramavtal som skulle gälla från den 1 juli 2009. Staden tog härvid hänsyn till att upphandlingen skulle kunna komma att överprövas och god tid fanns därför från den tidpunkt tilldelningsbeslutet meddelades, den 17 april 2009, och avtalets ikraftträdande, den 1 juli 2009. Trots den tidsmässiga planeringen hade staden inte på något sätt kunnat förutse och än mindre påverka den långa tiden för överprövningsprocessen i kammarrätten. För det fall staden inte valt att överklaga kammarrättens dom hade staden varit tvungen att göra om upphandlingen genom t.ex. öppet eller selektivt förfarande, varpå en viss tid, uppskattningsvis ett år, inkluderat eventuell ny överprövning, skulle ha avsatts. Under denna tid hade staden, liksom nu, behövt genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering och tilldela kontrakt för städtjänster för att det omedelbara behovet av städtjänster skulle tillgodoses. I den uppkomna situationen har det varit absolut nödvändigt att tilldela ifrågavarande kontrakt.

Med anledning av det anförda föreligger inte heller grund för att förklara träffade och upphandlade avtal ogiltiga. För det fall förvaltningsrätten ändå skulle finna att det är fråga om en otillåten direktupphandling bestrider staden att åberopa artikel i rättsmedelsdirektivet har direkt effekt och är tillämplig i förevarande fall. Ändringsdirektivet av den 11 december 2007 skulle ha genomförts den 20 december 2009. Något genomförande genom implementering har ännu inte skett. Upphandlingsförfarandet påbörjades

rent faktiskt före den tidpunkt när rättsmedelsdirektivet skulle vara infört. Redan den 16 december 2009 påbörjades upphandlingen genom formulering av kvalificeringskrav och krav avseende tjänsten. Eftersom staten har haft tid på sig till den 20 december 2009 att implementera direktivet och ifrågavarande upphandling påbörjades redan den 16 december 2009 är bestämmelsen om ogiltigförklaring av avtal inte tillämplig. I vart fall följer av lagrådsremissen ”Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet”, s. 293, att bestämmelserna om ogiltighetsförklaring inte är tillämpliga i förevarande fall. Under skälen för regeringens förslag anges att bestämmelserna om ogiltighet av avtal ska tillämpas endast på upphandlingar som har påbörjats efter lagens ikraftträdande.

Skarings anför härefter bl.a. följande. Av det av staden åberopade undantaget framgår att det under vissa förutsättningar är möjligt att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering, vilket innebär att den upphandlande myndigheten genomför en ”tillåten direktupphandling” av den aktuella varan eller tjänsten. Undantaget gör ett avsteg från de i LOU normalt föreskrivna upphandlingsförfarandena och ska följaktligen enligt fast praxis tillämpas restriktivt, se RÅ 2005 ref. 10 samt EG-domstolens avgörande i mål C-385/02, Kommissionen mot Italien, punkt 19, och mål C-126/03, Kommissionen mot Tyskland, punkt 23. Förutom den generellt restriktiva tillämpningen måste tre specifika rekvisit vara uppfyllda.

För det första ska det vara absolut nödvändigt. Staden gör i detta avseende gällande att städtjänster är en absolut nödvändig tjänst för att den samhällsnyttiga verksamheten som staden bedriver ska kunna fortgå. Det är dock uppenbart att ingångna avtal inte är avsedda att tillgodose intressen av sådan dignitet som enligt praxis och doktrin kan rättfärdiga en tillämpning av åberopat undantag. Det ska särskilt uppmärksammas att ingångna avtal har ingåtts för en period om cirka ett år. Staden hade likaväl, vilket hade varit mer förenligt med LOU:s syfte, kunnat tillämpa

det tidigare tillvägagångssättet, dvs. att i kortare perioder förlänga de korrekt upphandlade avtalen med samma leverantörer och på samma villkor för den tid som staden hade behövt för att antingen avvakta Regeringsrättens beslut eller för att genomföra en ny upphandling i enlighet med LOU och kammarrättens beslut. Ett sådant förfarande hade varit upphandlingsrättsligt korrekt och en mindre ingripande åtgärd än den som staden nu har företagit.

För att kunna tillämpa åberopat undantag måste det vidare föreligga synnerlig brådska som gör det omöjligt att hålla LOU:s tidsfrister för öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Det är uppenbart att det i aktuell upphandling inte har förelegat sådan synnerlig brådska att staden omöjligen hade kunnat genomföra en upphandling i enlighet med LOU:s tidsfrister. Till detta kommer att staden, i avvaktan på att en ny upphandling i enlighet med LOU genomförts, periodvis har kunnat förlänga de tidigare upphandlade avtalen på samma sätt som staden har gjort sedan den 1 juli 2009.

Slutligen krävs för tillämpning av åberopat undantag att den synnerliga brådska som gett upphov till behovet av att genomföra upphandlingen inte kunnat förutses av en upphandlande myndigheten. De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får inte på något sätt vara hänförliga till den upphandlande myndigheten, se EG-domstolens avgörande i mål C-385/02, Kommissionen mot Italien, punkt 26, samt Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 234-07 och Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 6690-07. Det ska vara fråga om oförutsedda, extraordinära, händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över och inte heller kunnat förutse. Staden har alltsedan upphandlingen år 2004 haft kännedom om att avtalen med befintliga leverantörer skulle komma att löpa ut den 30 juni 2009. Att staden har behov av aktuella städtjänster kan inte heller komma som någon överraskning. Staden är en erfaren upphandlare och är väl medveten om

hur lång tid det tar att genomföra upphandlingar. Staden måste vidare vara medveten om att upphandlingar ofta blir föremål för överprövning samt att tid måste avsättas för eventuella överprövningsprocesser. Det kan följaktligen konstateras att den eventuella brådska som staden påstått sig hamna i är hänförlig till stadens eget agerande i samband med upphandlingen år 2009. Det är staden som, vid äventyr av att upphandlingen annars ska anses strida mot LOU, har att visa att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs, se EG-domstolens avgörande i mål C-385/02, Kommissionen mot Italien, punkt 26. Mot bakgrund av vad som anförts är det uppenbart att staden inte har förmått visa att förutsättningarna för att tillämpa åberopat undantag är uppfyllda, se Länsrättens i Göteborg dom i mål nr 5657-09.

Staden gör felaktigt gällande att artikel 2d.1a i rättsmedelsdirektivet inte är tillämplig eftersom det aktuella upphandlingsförfarandet påbörjades den 16 december 2009, alltså före den tidpunkt när rättsmedelsdirektivet skulle vara implementerat i Sverige. När det gäller otillåten direktupphandling anses en sådan påbörjad när avtalet har slutits, om inte den upphandlande myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt LOU rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt. En upphandling är följaktligen inte påbörjad så snart en myndighet för interna diskussioner eller upprättar en intern skrivelse angående en eventuell upphandling vari kvalificeringskrav eller liknande formulerats. Det är ostridigt att avtalen ingicks den 11 januari 2010. Den aktuella upphandlingen måste följaktligen anses påbörjad först denna dag. För det fall förvaltningsrätten finner att staden påbörjat upphandlingsförfarandet vid en tidigare tidpunkt, kan det konstateras att det av stadens upphandlingsrapport framgår att staden de facto beslutade att genomföra den aktuella upphandlingen den 7 januari 2010. Vidare framgår det att detta beslut var en förutsättning för att avtalen skulle bli gällande. Upphandlingen ska därför i andra hand anses påbörjad den 7 januari 2010. Den absolut tidigaste tidpunkt ett upphandlingsförfarande enligt LOU skulle kunna anses ha påbörjats är den

28 december 2009, dvs. den tidpunkt när offertförfrågan sändes till leverantörerna. Staden har hänvisat till lagrådsremissen ”Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet”. Ikraftträdande och övergångsbestämmelser i lagrådsremissen avser de svenska lagändringar som lagrådsremissen behandlar. Dessa har emellertid ingen betydelse vid bedömningen av om direktivbestämmelserna har direkt effekt.

Staden anför här efter bl.a. följande. Staden åberopar Länsrättens i Stockholms län dom i mål nr 2297-08 där länsrätten ansåg att det i den i målet uppkomna situationen förelåg synnerliga skäl för att genomföra en direktupphandling av busstrafik i vissa kommuner norr om Stockholm med hänsyn till den stora betydelse för allmänheten som en fungerande kollektivtrafik har. I förevarande fall har de i olika städade och ändamålsenliga lokaler bedrivna verksamheter minst lika stor betydelse för allmänheten som en fungerande kollektivtrafik. Det har således varit absolut nödvändigt att tilldela kontrakten och detta gäller även den aktuella tilldelningen. Kammarrättens beslut att avskryva målen från vidare handläggning och uttalandet att upphandlingen inte får avslutas genom tecknande av upphandlingskontrakt meddelades drygt en månad före det att de förlängda avtalen gick ut i januari 2010. Efter den 17 januari 2010 skulle det inte finnas några leverantörer av städtjänster för verksamheterna inom stadens ansvarsområden och det hade varit omöjligt att då genomföra en upphandling i enlighet med LOU:s tidsfrister. Att fortsätta att förlänga de tidigare upphandlade kontrakten ansågs inte lämpligt eller ens upphandlingsrättsligt möjligt. Nämnda förhållanden berodde inte på bristande planering, utan på den långdragna överprövningsprocessen. Stöd för att en långdragen överprövningsprocess är en omständighet som innebär att det föreligger synnerlig brådskasom upphandlande myndighet inte kunnat förutse finns i den åberopade länsrättsdomen. Det är inte rimligt att ställa krav på upphandlande myndighet att vid planering av offentliga upphandlingar avsätta tid för eventuellt längre överprövningsprocesser. Ett sådant krav skulle i praktiken på ett allvarligt och ingripande

sätt hämma det offentligas förutsättningar att göra affärer och strida mot syftet med LOU. För övrigt finns det inte i LOU bestämmelser om skyldighet att iaktta tidsfrister för långdragna överprövningsprocesser.

Skarings anför slutligen bl.a. följande. Avgörandet från Länsrätten i Stockholms län som staden åberopar är inte relevant. För det första prövades den i det åberopade målet aktuella direktupphandlingen mot 15 kap. 3 § lagen (2007:1091) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, som visserligen har sin motsvarighet i 15 kap. 3 § LOU. Detta är dock den bestämmelse som staden påstår sig inte ha tillämpat. Förutsättningarna för direktupphandling i 15 kap. 3 § LOU och 4 kap. 5 § första stycket 3 är inte desamma. För det andra var det i målet fråga om ett avtal som skulle komma att gälla först drygt ett halvår efter det att direktupphandlingen genomfördes. Skälet till detta var att en eventuell ny leverantör stod inför en omfattande och långdragen övertagandeprocess på cirka sex månader. För det tredje villkorades det i målet direktupphandlade avtalet av att domstol slutligt beslutat att upphandlingarna skulle göras om. I förevarande mål har staden ingått avtalen för en tid om ett år utan något som helst villkor som tar hänsyn till domstols slutliga avgörande av den pågående överprövningsprocessen. Det ska slutligen noteras att länsrätten i det av staden åberopade avgörandet, förutom att konstatera att den aktuella undantagsbestämmelsen ska tolkas restriktivt samt att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att förutsättningarna för en tillämpning föreligger, konstaterade att brådskan berodde på att den upphandlande myndigheten inlett upphandlingsförfarandet alltför sent.

Stadens påstående om att det förelegat synnerlig brådska som inte har kunnat förutses är förvånande. Enligt staden påbörjades upphandlingen år 2009 under hösten 2008. Tilldelningsbeslutet kom emellertid att meddelas först den 16 april 2009, dvs. knappt två och en halv månad före det att befintliga avtal löpte ut. Med beaktande av stadens erfarenhet som

upphandlande myndighet är det förvånande att staden räknat med att en eventuell överprövningsprocess skulle vara avslutad i samtliga instanser under en så kort tidsrymd som stadens planering tillät. Staden har inte lämnat någon som helst motivering till varför staden inte ansåg det vara lämpligt eller möjligt att förlänga de korrekt upphandlade avtalen från upphandlingen år 2004 på samma sätt som gjorts under återstoden av år 2009 och början av år 2010. Mot bakgrund av det anförda är det stadens eget agerande som orsakat ett eventuellt avtalslöst tillstånd efter den 17 januari 2010. Skarings bestrider att en långdragen överprövningsprocess skulle utgöra en omständighet som innebär att det föreligger synnerlig brådska som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU föreskrivs att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. I andra stycket anges att vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

I 16 kap. 2 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

I förevarande mål har staden genomfört en upphandling i avsikt att tilldela kontrakt för städtjänster som ska utföras vid stadens olika verksamheter under ett års tid. Staden har uppgett att upphandlingen har genomförts som en förhandlad upphandling utan föregående annonsering i enlighet med 4 kap. 5 § 3 LOU. Det första förvaltningsrätten har att ta ställning till är därmed om förutsättningarna för att genomföra en sådan upphandling var uppfyllda eller om staden genom avtalen ingångna den 11 januari 2010 har genomfört en otillåten direktupphandling.

Bestämmelserna om förhandlad upphandling utan föregående annonsering är undantagsbestämmelser och ska enligt EG-domstolens praxis tolkas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att sådana omständigheter som anges i 4 kap. 5 § 3 LOU föreligger (se prop. 2001/02:142 s. 99 och EG-domstolens avgörande i mål C-385/02, Kommissionen mot Italien, punkt 19, och mål C-340/02, Kommissionen mot Frankrike, punkt 38).

Skarings har anfört att staden inte har haft grund för att tillämpa undantaget i 4 kap. 5 § 3 LOU eftersom de städtjänster som omfattas av upphandlingen inte kan anses vara av sådan dignitet att de per definition omfattas av undantaget. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan dock städtjänster i den form som aktualiserats i förevarande upphandling inte som sådana anses vara undantagna en upphandling enligt 4 kap. 5 § 3 LOU. De städtjänster som staden har upphandlat är enligt förvaltningsrättens mening av sådan beskaffenhet att staden svårligen kan vara utan dem under en längre tidsperiod utan att detta menligt inverkar på stadens förmåga att utföra väsentliga delar av sin verksamhet. Det har således varit absolut nödvändigt för staden att säkerställa utförandet av dessa städtjänster.

För att staden ska ha möjlighet att tillämpa 4 kap. 5 § 3 LOU krävs vidare att synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Staden har som grund för att det föreligger synnerlig brådska hänvisat till den överprövningsprocess av 2009 års upphandling som numera är anhängiggjord vid Regeringsrätten. Av handlingarna i målet framgår att staden påbörjade 2009 års upphandling under hösten 2008, att tilldelningsbeslut meddelades den 17 april 2009 och avtalet skulle träda ikraft den 1 juli 2009. De omständigheter som föranledde att tilldelningsbeslutet inte meddelades vid ett tidigare tillfälle är inte kända men oavsett dessa borde staden, som får anses vara en erfaren upphandlare med tillgång till adekvat erfarenhet av överprövningsprocesser, ha kunnat förutse att en upphandling från dess början till avslut inklusive eventuell överprövningsprocess inte kan låta sig göras på den av staden beaktade tiden. Den brådska som staden hamnade i när de periodvis förlängda avtalen löpte ut den 17 januari 2010 får därför anses vara hänförlig till den upphandlande myndigheten och kan inte anses bero på en omständighet som staden inte har kunnat förutse. Staden har således inte visat att sådana omständigheter som motiverar en tillämpning av 4 kap. 5 § 3 LOU har förelegat.

Staden har därmed brutit mot LOU vid genomförandet av upphandlingen på så sätt att ett felaktigt upphandlingsförfarande använts. Staden har således genomfört en otillåten direktupphandling. Att det redan föreligger avtal mellan staden och bolagen PMI Clean AB, MIAB Städ AB, Adlerssons Fönsterputs AB samt Miljöteamet i Stockholm AB utgör enligt praxis inte hinder för förvaltningsrätten att pröva ansökan (RÅ 2005 ref. 10). Genom upphandlingen har Skarings lidit skada. Det föreligger således grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU.

Nästa fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till är vilken åtgärd domstolen ska förordna om med anledning av att staden genomfört en

otillåten direktupphandling. Skarings har anfört att artikel 2d.1a i rättsmedelsdirektivet har direkt effekt och yrkar att förvaltningsrätten med stöd av denna bestämmelse ska ogiltigförklara de av staden den 11 januari 2010 ingångna avtalen. Staden har anfört att rättsmedelsdirektivet inte kan tillämpas på den nu aktuella upphandlingen eftersom upphandlingsförfarandet rent faktiskt påbörjades genom formulering av kvalificeringskrav och krav avseende tjänsten redan den 16 december 2009, dvs. före den 20 december 2009 när rättsmedelsdirektivet senast skulle vara implementerat. I andra hand har staden anfört att den av Skarings åberopade bestämmelsen inte har direkt effekt.

Förvaltningsrätten gör härvid följande bedömning.

I artikel 2d. i rättsmedelsdirektivet föreskrivs följande.

1. Medlemsstaten ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande enheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltighet beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan.

a) om den upphandlande enheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv 2004/18/EG
[...]

2. Följderna av att ett avtal har ansetts vara ogiltigt ska föreskrivas i nationell rätt.

I nationell rätt får det därför föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. I det senare fallet ska medlemsstaterna föreskriva tillämpning av andra påföljder enligt artikel 2e.2.

3. Medlemsstaterna får föreskriva att det prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten inte behöver anse att ett avtal är ogiltigt, även om det har tilldelats på ett olagligt sätt av de skäl som anges i punkt 1, om prövningsorganet finner, efter att ha undersökt alla relevanta omständigheter, att tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas. I detta fall ska medlemsstaterna föreskriva alternativa påföljder enligt artikel 2e.2 som ska tillämpas istället.
[...]

I artikel 2e.2 anges att alternativa sanktioner ska vara effektiva, proportionella och avskräckande. De alternativa sanktionerna ska utgöras av

- att den upphandlande myndigheten åläggs avgifter, eller
- att avtalstidens längd kortas.

[...]

Med direkt effekt avses att en EU-rättslig bestämmelse kan ge upphov till individuella rättigheter och skyldigheter som kan göras gällande av enskilda inför nationella domstolar och myndigheter. För att en bestämmelse ska ha direkt effekt krävs i princip att den är ovillkorlig, dvs. att den kan tillämpas utan att några kompletterande åtgärder behöver vidtas eller kompletterande regler utfärdas av vare sig EU eller en medlemsstat, att eventuella övergångsperioder gått till ända samt att regelns innebörd är klar och precis, dvs. regelns tillämpning får inte vara beroende av en lämplighetsbedömning. Även delar av en bestämmelse kan ha direkt effekt. Av EG-domstolens avgörande i mål 148/78, *Publico Ministero mot Ratti*, följer att en medlemsstat som underlåtit att i rätt tid implementera ett direktiv inte kan hänvisa till sin egen försummelse som skäl för att en enskild inte ska kunna åberopa gällande rättigheter i direktivet. Tidsfristen för genomförandet av ett direktiv är därför i princip avgörande för om en bestämmelse i direktivet kan anses ha direkt effekt.

Rättsmedelsdirektivet innehåller bestämmelser om rättsföljden av att en upphandlande enhet har genomfört en otillåten direktupphandling. Enligt förvaltningsrättens bedömning är det därför tidpunkten för domstolens prövning som är avgörande för frågan om bestämmelser i direktivet kan anses ha direkt effekt, inte tidpunkten för upphandlingens genomförande. Tidsfristen för genomförandet av rättsmedelsdirektivet gick ut den 20 december 2009. Skarings kan därför åberopa bestämmelser i direktivet inför svensk domstol, under förutsättning att de i övrigt uppfyller förutsättningarna för att ha direkt effekt, dvs. att de är tillräckligt klara och precisa samt ovillkorliga.

Förvaltningsrätten finner i och för sig att artikel 2d.1a får anses vara tillräckligt klar och precis för att kunna ha direkt effekt. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan emellertid inte artikel 2d.1a ses isolerad från artiklarna 2d.2, 2d.3 och 2e.2 eftersom dessa artiklar reglerar rättsföljderna av att ett avtal förklaras ogiltigt. Artiklarna 2d.2, 2d.3 och 2e.2 överlämnar i relativt stor utsträckning till medlemsstaterna att i nationell lagstiftning föreskriva följderna av att ett avtal förklaras ogiltigt och ger även möjlighet att i fall det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse föreskriva att ett avtal inte behöver förklaras ogiltigt. Artikel 2d.1a är således inte ovillkorlig eftersom dess tillämpning förutsätter att medlemsstaterna inför kompletterande regler i nationell rätt. Med hänsyn till detta kan inte den av Skarings åberopade artikeln ens i enskilda delar anses ha direkt effekt. Förvaltningsrätten saknar därför laglig möjlighet att förklara de avtal som staden ingått med PMI Clean AB, MIAB Städ AB, Adlerssons Fönsterputs AB samt Miljöteamet i Stockholm AB den 11 januari 2010 ogiltiga. Yrkandet härom ska därför avvisas.

Eftersom staden i strid med LOU har genomfört en otillåten direktupphandling finner emellertid förvaltningsrätten med stöd av 16 kap. 2 § LOU att ansökan ska bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1a).


Zandra Milton

Förvaltningsrättsfiskal

Handläggare har varit Mattias Berger.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet provas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

