



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2010-08-25
Meddelad i Uppsala

Mål nr
4847-10
Enhet 1

2010-08-26	
Avt	
Dnr	
Doas	ArtbR

SÖKANDE

[REDACTED]
(Pettersson, Bröderna, enkelt bolag, 917001-8296)

Ombud:
Advokat Anna Ulfsdotter Forssell
Jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Uppsala kommun
Upphandlingsenheten
Kommunledningskontoret
753 75 Uppsala

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avskriver målet i den del som avser upphandling av grönyteskötsel, dnr 06-125/044.945, för tid till den 24 juni 2010 (direktupphandling 1).

Förvaltningsrätten förordnar att Uppsala kommuns pågående direktupphandling av Gräsklippning – Nordöstra kommundelarna Uppsala kommun (direktupphandling 2) ska göras om i enlighet med reglerna i LOU.

YRKANDEN M.M.

██████████ begär överprövning av Uppsala kommuns (kommunen) upphandling avseende grönyteskötsel, dnr 06-125/044.945, och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att kommunen omedelbart ska inleda ett upphandlingsförfarande i enlighet med LOU avseende grönyteskötsel för de nordöstra delarna av Uppsala.

Till stöd för sin talan anför ██████████ bl.a. följande. Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling i strid med LOU genom att tilldela en leverantör kontrakt utan att följa de regler om annonsering etc. som följer av LOU. Till följd av överträdelsen har han lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada eftersom han har gått miste om en möjlighet att tävla om ett upphandlingskontrakt. Kommunen har i förfrågningsunderlag den 27 mars 2007 bjudit in leverantörer att lämna anbud i anledning av upphandling av grönyteskötsel för de nordöstra delarna av Uppsala. Enligt förfrågningsunderlaget skulle avtalstiden löpa från kontraktets tecknande till den 30 april 2009 med option för köparen att förlänga kontraktet på samma villkor med ytterligare ett år, dvs. som längst till och med den 30 april 2010. Kommunen tecknade kontrakt med Svensk Markservice. Han har efter kontakter med kommunen erhållit information att förlängning skedde. Kontraktet löpte således ut den 30 april 2010. Trots detta är det fortfarande Svensk Markservice som hanterar grönyteskötsel för de nordöstra delarna av Uppsala. Denna tjänst omfattas dock inte av den genomförda upphandlingen, inte heller kan den avropas i enlighet med det avtal som löpt ut. Kommunen genomför således för närvarande en otillåten direktupphandling när den köper direkt utan upphandlingsförfarande av Svensk Markservice. Någon ny upphandling av grönyteskötsel har alltså inte skett. Enligt muntlig uppgift från kommunen kommer upphandling avseende grönyteskötsel av nordöstra Uppsala tidigast att ske under hösten med avsikt att ett upphandlingskontrakt kan tecknas vid årsskiftet 2010/2011. Det är således uppenbart att kommunen har träffat någon typ

av överenskommelse med Svensk Markservice om att detta bolag även fortsättningsvis ska tillhandahålla grönyteskötsel för de nordöstra delarna i Uppsala.

Upphandling under tröskelvärdena ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Endast om kontraktets värde är lågt, eller om det finns synnerliga skäl, får direktupphandling användas. Vid beräkning av ett kontrakts värde ska enligt praxis samtliga köp av en och samma tjänst eller vara under ett budgetår läggas samman. Enligt kommunens upphandlingspolicy uppgår kommunens beloppsgräns för lågt värde till fem prisbasbelopp för tjänster. Med nuvarande basbelopp motsvarar det 212 000 kr.

Av faktura från Svensk Markservice till kommunen för maj 2010 framgår att beloppet för utförda tjänster endast för denna månad uppgår till 158 992 kr. Detta belopp utgör ensamt 75 procent av beloppsgränsen för tillåtna direktupphandlingar. Det framstår således som uppenbart att direktupphandlingens värde redan nu har överstigit kommunen tillåtna beloppsgräns för budgetåret 2010. Det kan även konstateras att det inte föreligger synnerliga skäl för direktupphandling. Kommunen har hela tiden vetat att det upphandlade kontraktet skulle löpa ut den 30 april 2010 och har haft gott om tid att påbörja en ny upphandling till dess ett nytt kontrakt skulle behövas. Förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 eller 8 §§ LOU är således inte uppfyllda. Inte heller förutsättningarna för ett förenklat förfarande utan föregående annonsering enligt 15 kap. 5 § LOU. Det står därmed klart att förutsättningarna för direktupphandling enligt LOU inte är uppfyllda. Kommunen har tilldelat Svensk Markservice uppdrag utan att följa de regler om annonsering etc. vilka gäller enligt LOU. Direktupphandlingen är således genomförd såsom en otillåten direktupphandling. Bekämpandet av otillåtna direktupphandlingar tillhör de högst prioriterade målen med den gemenskrätsliga regleringen på upphandlingsområdet. I EU-domstolens

praxis beskrivs otillåtna direktupphandlingar som den mest allvarliga överträdelsen av gemenskapsrätten inom upphandlingsområdet. Det är uppenbart att han har lidit skada till följd av kommunens brott mot LOU eftersom han har gått miste om möjligheten att kunna tävla om, och tilldelas, kontrakt.

Kommunen yrkar att förvaltningsrätten ska avskriva målet från vidare handläggning. Till stöd för sin talan anför de i huvudsak följande. Med anledning av ansökan om överprövning har kommunen avbrutit den beställda tjänsten avseende grönyteskötsel från Svensk Markservice som gällt de nordöstra delarna av Uppsala. Den aktuella entreprenaden är sålunda genomförd och avslutad.

██████████ vidhåller sina yrkanden och grunder samt yrkar att förvaltningsrätten ska avslå kommunens yrkande att målet ska avskrivas. Han utvecklar sin talan enligt bl.a. följande. Han, som är leverantör av tjänster avseende grönyteskötsel, har uppdrag över hela Uppsala kommun. I utförande av sina egna uppdrag har han noterat och iakttagit att Maskinringen, som är det bolag som Svensk Markservice alltid använt som underleverantör vid utförande av grönyteskötsel, även utfört grönyteskötsel i de nordöstra delarna av kommunen så sent som den 5 och 7 juli 2010. Detta betyder att det kommunen anför om att den har avbrutit den beställda tjänsten inte stämmer. Skötsel av grönytor är inte en engångsinsats, det är ett arbete som inte avslutas förrän säsongen är slut, vilket inte är i mitten av juli. Bevisligen pågår fortfarande grönyteskötsel. Till dess säsongen är slut, vilket är under hösten, behöver kommunen tillgång till tjänst avseende grönyteskötsel. Det är inte sannolikt att kommunen låter grönytorerna sköta sig själva. På något sätt sköts grönytorerna och så länge inte kommunen har egen personal som sköter det utan köper tjänsten pågår den otillåtna direktupphandlingen. Kommunen har inte, tvärt emot vad den anför,

avbrutit beställningen. Skäl saknas således för förvaltningsrätten att avskryva målet från vidare handläggning.

Kommunen utvecklar sin talan enligt bl.a. följande. Avtalet med Svensk Markservice sades upp muntligen torsdagen den 24 juni 2010. Detta ägde rum vid ett telefonsamtal mellan den tillförordnade upphandlingschefen och Svensk Markservice:s platschef. Det finns därför inga handlingar som visar att kommunen avbrutit den beställda tjänsten. En direktupphandling genomfördes därefter varvid tre anbudsgivare tillfrågades, Svensk Markservice, Vallgård och Triennium. Upphandlingen avsåg gräsklippning i de nordöstra kommundelarna. Svensk Markservice vann. Avtalet gäller för tiden från den 1 juli till den 11 november 2010.

██████████ vidhåller sina yrkanden och yrkar dessutom att kommunens nya direktupphandling ska prövas inom ramen för det pågående målet. Han yrkar att båda de otillåtna direktupphandlingarna ska göras om. Den nya upphandlingen ska genomföras i enlighet med bestämmelserna i LOU. Till stöd för sin talan anför han bl.a. följande. Av kommunens yttrande till förvaltningsrätten framgår att kommunen den 24 juni 2010 muntligen har sagt upp det avtal med Svensk Markservice som kommunen tidigare hade avseende grönyteskötsel. Detta avtal tillkom genom en otillåten direktupphandling och sades upp i omedelbar anslutning till att han ansökte om överprövning av denna otillåtna direktupphandling (direktupphandling 1). Efter att han hade ansökt om överprövning och tagit del av kommunens förra yttrande noterade han att företaget Svensk Markservice alltjämt utförde den aktuella tjänsten, dvs. grönyteskötsel i de nordöstra kommundelarna. Mot bakgrund av det och av att kommunen påstått att den sagt upp det otillåtna direktupphandlingsavtalet har han bett om att få ta del av den uppsägning kommunen säger sig ha gjort. Denna begäran bemöter kommunen genom att ange att uppsägningen skedde muntligen, vilket må vara fallet. Vad värre är att kommunen i sitt svar till

förvaltningsrätten samtidigt avslöjar att kommunen den första vardagen efter uppsägningen påbörjar en ny otillåten direktupphandling av samma tjänst. Detta är högst anmärkningsvärt. Kommunen har den 28 juni 2010 skickat ett förfrågningsunderlag till tre entreprenörer. [REDACTED] har inte kontaktats, och bjudit in dessa att senast den 30 juni kl 15.00 lämna anbud avseende gräsklippning i de nordöstra kommundelarna för perioden 1 juli till den 1 november 2010. Trots att namnet skiljer sig åt från den förra direktupphandlingen är innehållet i tjänsten densamma. Denna upphandling har inget diarienummer utan kallas kort och gott "Direkt upphandling". Två av de inbjudna leverantörerna har inkommit med anbud och den leverantör som lämnat det lägsta priset, Svensk Markservice, antogs i beslut av kommunen den 30 juni 2010. Kommunen har således under förvaltningsrättens handläggning genomfört ytterligare en otillåten direktupphandling (Direktupphandling 2). De priser som lämnades inom ramen för Direktupphandling 2 var 573 337 kr (Svensk Markservice) och 1 146 673 kr (Valgårdas Entreprenad). [REDACTED] iakttagelser att Svensk Markservice i början av juli fortfarande genomförde tjänsten i fråga är således korrekta. Det saknas skäl för (tillåten) direktupphandling. Direktupphandling får användas om värdet är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Värdet av direktupphandling 2 är inte lågt. Värdet överstiger gränsen för vad som enligt kommunens egna riktlinjer är lågt värde. Det föreligger inte heller några synnerliga skäl. Kommunen har själv försatt sig i den uppkomna situationen. Kommunen visste när dess tidigare, korrekt upphandlade, avtal skulle löpa ut och istället för att i god tid påbörja en ny upphandling i syfte att ersätta detta avtal har kommunen genomfört två på varandra otillåtna direktupphandlingar, varav den ena har avbrutits efter inledd överprövning och ersatts av en lika olaglig ny direktupphandling. Kommunen förefaller endast för syns skull ha genomfört en ny direktupphandling. Dock är resultatet detsamma som tidigare. Framförallt har kommunen inte heller nu iakttagit de upphandlingsförfaranden som LOU föreskriver, dvs. underlåtit att öppna upp för sådan konkurrens som

lagen kräver. Han och andra leverantörer som inte blivit inbjudna att lämna anbud har bevisligen inte getts tillfälle att vara med och tävla om kontraktet för perioden från och med den 1 juli 2010 till den 1 november 2010. Han har därmed lidit skada av kommunens överträdelse av LOU.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 2 § första – andra styckena LOU anges att denna lag gäller för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter anordna projekttävlingar. Vad som avses med offentlig upphandling och upphandlande myndighet anges i 2 kap. 13 § respektive 19 §.

Endast 15 och 16 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster),
2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen,
3. görs på försvarsområdet och som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget, eller
4. omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 15 kap. 3 § LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, anges att en offentlig upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande myndigheten ska vid behov besluta riktlinjer för användning av sådant förfarande.

I 16 kap. 1 § första och andra styckena LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, 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.

Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU, i dess lydelse före den 15 juli, anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande prin-

ciperna 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.

I förarbetena till den tidigare lagen om offentlig upphandling anges bl.a. följande angående motsvarande bestämmelse till 15 kap. 3 § LOU. Regeln är avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådskas beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Extra förmånliga köp vid t. ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlande enheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Det är således den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. (prop. 2001/02:142 s 99).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlag till kommunens upphandling avseende grönyteskötsel, dnr 06-125/044.945, anges bl.a. följande avseende avtalstid. Från avtals tecknande – 2009-04-30 med option för köparen att förlänga avtalet på samma villkor med ytterligare ett år.

I Upphandlingspolicy för Uppsala kommun, punkt 5, anges följande. Upphandlingsformen direktupphandling får endast användas om ramavtal saknas och värdet av det upphandlade understiger tre basbelopp för varor samt fem basbelopp för byggentreprenader resp. tjänster.

I tilldelningsbeslut gällande Gräsklippning – Nordöstra kommundelarna Uppsala kommun av den 30 juni 2010 anges bl.a. följande. Tre entreprenörer tillfrågades; Triennium AB, Valgårdas Entreprenad AB och Svensk Markservice AB. Anbud inkom från två. Triennium tackade nej. Valgårdas Entreprenad AB lämnade anbud på 1 146 673 kr, Svensk Markservice AB lämnade anbud på 573 337 kr. Uppsala kommun kommer att teckna avtal med Svensk Markservice AB.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten anser det klarlagt att det har genomförts två avskiljda upphandlingsförfaranden. Den första upphandlingen genomfördes när kommunen efter att ett tidigare upphandlingskontrakt löpte ut den 30 april 2010 fortsatte att låta Svensk Markservice AB utföra grönyteskötseln i de norra delarna av Uppsala (direktupphandling 1). Denna upphandling avbröts av kommunen den 24 juni 2010 efter att [REDACTED] hade ansökt om överprövning. Därefter, och under målets pågående handläggning i förvaltningsrätten, inbjöds tre leverantörer att lämna anbud på tjänsten och kontrakt tilldelades därefter Svensk Markservice för perioden 1 juli 2010 – 11 november 2010 (direktupphandling 2).

Förvaltningsrätten, som i likhet med [REDACTED] anser att båda upphandlingsförfarandena ska prövas i nu aktuellt mål gör följande bedömning.

Direktupphandling 1

[REDACTED] har yrkat att förvaltningsrätten ska förordna att kommunen ska inleda ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Av praxis (se bl.a. Kammarrätten i Göteborg mål nr 3475-07 och 6690-07) framgår att då den överprövade entreprenaden är genomförd kan målet inte prövas i sak utan ska avskrivas.

I målet är klarlagt att den i direktupphandling 1 avsedda entreprenaden är avslutad och genomförd. [REDACTED] talan har således förfallit avseende direktupphandling 1. Förvaltningsrätten kan därför endast avskriva målet i denna del.

Direktupphandling 2

Det är ostridigt att kommunen har använt sig av ett direktupphandlingsförfarande. Den omständigheten att avtal redan föreligger utgör inte något hinder för överprövning enligt LOU (jfr RÅ 2005 ref.10).

Direktupphandling får användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Regeln är främst tänkt för sådana oförutsedda händelser som myndigheten inte själv kunnat råda över. Brådska på grund av egen bristande planering ger exempelvis inte rätt till direktupphandling. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter som medger direktupphandling föreligger.

Kommunen har inte angett några synnerliga skäl för att använda sig av direktupphandling. Vid sådant förhållande har förvaltningsrätten endast att pröva om upphandlingens värde kan anses vara lågt.

Av kommunens upphandlingspolicy framgår att direktupphandling endast får användas då värdet av det upphandlade understiger fem basbelopp vid upphandling av tjänster. Prisbasbeloppet för år 2010 är 42 400 kr. Högsta tillåtna värde på det upphandlade, enligt kommunens egen policy, är således 212 000 kr. Av tilldelningsbeslutet för direktupphandlingen framgår att vinnande anbud uppgick till 573 337 kr. Värdet på aktuell upphandling överstiger således kommunens direktupphandlingsgräns.

Det kan nämnas att efter lagändring den 15 juli 2010 får direktupphandling bl.a. användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Detta innebär, med 2010 års tröskelvärde, att direktupphandling får användas om kontraktets värde uppgår till högst 287 966 kr. Den nya lagstiftningen omfattar emellertid inte den i målet aktuella upphandlingen.

Vid prövningen av om upphandlingens värde är lågt bör även beaktas omständigheterna i det enskilda fallet, såsom karaktären av den tjänst som upphandlas, hur marknaden ser ut, vilken typ av företag som är verksamma och vad den upphandlande enheten vidtagit för åtgärder för att garantera att EU:s grundläggande principer om bl.a. transparens och förutsägbarhet följs.

Kommunen har upphandlat tjänsten gräsklippning. Tjänsten kan utföras av ett flertal företag och utförs typiskt sett även av småföretag. Värdet på upphandlingen överstiger, som ovan nämnts, kommunens egen direktupphandlingsgräns. Mot bakgrund av detta och samlad bedömning av omständigheterna i målet anser förvaltningsrätten att värdet av den i målet aktuella upphandlingen inte kan anses vara lågt. Följaktligen är förutsättningarna för direktupphandling inte uppfyllda. Kommunen har därför brutit mot 15 kap. 3 § LOU. [REDACTED] får till följd av detta i vart fall anses ha kunnat komma att lida skada. Ansökan ska därför bifallas i denna del.

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



Kristian Zeman

förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Anna Lönnberg.

