

**SÖKANDE**

Förenade Service AB, 556555-5272
Höjdrodergatan 19
212 39 Malmö

Ombud: Chefsjurist Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPARTER

Mjölby kommun, 212000-0480
595 80 Mjölby

Samhall AB, 556448-1397
Box 27705
115 91 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förklarar avtalen ”Utvecklingsprojekt inom hemtjänsten” avtals nr 175560-16-107 samt ”Utvecklingsprojekt inom Serviceboende Boken” avtals nr 175560-16-109 som ingåtts den 13 december 2016 mellan Mjölby kommun och Samhall AB beträffande tvätt- och städtjänster ogiltiga.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Den 13 december 2016 slöt Mjölby kommun (Kommunen) två ”innovationsavtal”, avseende städtjänster respektive tvätt- och städtjänster med Samhall AB (Samhall) utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § eller 15 kap. 4 § LOU.

Förenade Service i Sverige AB (Bolaget) yrkar att ovan angivna innovationsavtal ingångna mellan Kommunen och Samhall avseende ”Utvecklingsprojekt inom hemtjänsten” avtals nr 175560-16-107 samt ”Utvecklingsprojekt inom Serviceboende Boken” avtals nr 175560-16-109 ska ogiltigförklaras i enlighet med 16 kap. 13 § 1 st. 1 LOU (Avtalen).

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

Samhall har givits tillfälle att yttra sig i målet, men har valt att avstå.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT*Bolaget*

Inledningsvis ska påpekas att det inte är fråga om någon innovationsupphandling. Den omständigheten att Avtalen rubricerats som ”Innovationsavtal” är således närmast ägnad att missleda i fråga om upphandlingens innebörd och betydelse.

Avtalen löper från och med den 1 februari 2017 till och med den 31 januari 2018. Vidare slöts Avtalen ursprungligen med möjlighet till obegränsad förlängning i tiden. Den omständigheten att parterna numera, efter att förevarande ansökan om överprövning kommunicerats i målet, har beslutat att

”häva” möjligheten till avtalsförlängning kan inte medföra betydelse för målets prövning i sak.

Skulle emellertid rätten finna att det genom Avtalstillägg nr *175560-17-066* av den 15 juni 2017 istället uppkommit nya avtal mellan parterna yrkas det att rätten även förklarar dessa avtal ogiltiga med stöd av 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU.

Inget av dessa (nya) avtal har nämligen annonserats enligt 7 kap. 1 § eller 15 kap. 4 § LOU och kontraktsvärdet överstiger vid en beräkning enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU värdegränsen för direktupphandling.

Som leverantör hade Bolaget, ensam eller tillsammans med annan leverantör, kunnat lämna anbud avseende de i Avtalen förekommande tjänsterna.

Enligt avtalet ”Utvecklingsprojekt inom hemtjänsten” med avtalsnummer *175560-16-107* ska ersättning betalas av Kommunen med uppskattningsvis i vart fall 563 385 kr per år. Vid en beräkning enligt 3 kap. 12 § LOU uppgår det samlade s.k. kontraktsvärdet av detta avtal till minst 2 253 000 kr, totalt under en 48-månadersperiod.

Enligt avtalet ”Utvecklingsprojekt inom Serviceboende Boken”, med avtalsnummer *175560-16-109* ska ersättning betalas av Kommunen med i vart fall 43 860 kr per månad för städtjänster och med 54 180 kr per månad för tvättjänster, dvs. med 98 040 kr per månad eller 1 176 480 kr per år. Vid en beräkning enligt 3 kap. 12 § LOU uppgår det s.k. kontraktsvärdet av detta avtal till minst 4 705 000 kr, totalt under en 48-månadersperiod. Ett kontrakt som avser tjänster för städning (CPV 90910000) innefattande städning av bostäder (CPV 90911100) ska enligt det unionsrättsliga s.k. CPV-systemet hänföras till A-tjänster, kategori 14 (fastighetsstädning och fastighetsförvaltning) enligt bilagan 2 till LOU. Tvätt- och kemtvättstjänster (CPV

98310000), innefattande tvättinsamling (CPV 98311000) och tvätthantering (CPV 98311100) ska enligt samma system däremot hänföras till B-tjänster, kategori 27 (övriga tjänster) enligt bilagan 3 till LOU.

Oaktat klassificeringen av tjänsterna är Kommunen skyldig att enligt 7 kap. 1 § eller 15 kap. 4 § LOU inhämta konkurrerande anbud genom annons i Europeiska unionens officiella tidning och i databasen TED (A-tjänster), alternativt i en nationell databas eller i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens (B-tjänster), såvitt Kommunen inte kan visa grund för undantag från denna skyldighet.

Kommunen utövar inte, varken genom ägande eller på annat sätt, någon kontroll över Samhall. Bolaget har heller inte någon ensamrätt att med stöd av lag eller annan författning utföra aktuella tjänster. Tillämpning av LOU är därmed inte undantagen.

Grund för undantag enligt 4 kap. 5-9 §§ eller 15 kap. 3 § LOU för att frånga kravet på annonsering föreligger inte heller.

Med beaktande av att upphandlingens kontraktswärde överstiger beloppsgränsen för direktupphandling i 15 kap. 3 § andra stycket LOU (534 890 kr) samt att det inte heller i övrigt föreligger några synnerliga skäl eller skäl till undantag enligt 4 kap. 5-9 §§, skulle annonsering enligt 7 kap. 1 § respektive 15 kap. 4 § LOU ha skett.

Det har inte förelegat – och föreligger inte - några hinder för Kommunen att upphandla sitt behov av de aktuella Avtalen, eller för den del andra motsvarande välfärdstjänster, i ett annonserat förfarande enligt vid varje tidpunkt gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Även i fråga om en ren innovationsupphandling, vilket det dock inte är fråga om nu i målet, måste förfarandet annonseras enligt gällande bestämmelser.

Så har emellertid inte skett, utan Kommunen har slutit nu aktuella Avtal direkt med Samhall utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § och 15 kap. 4 § LOU.

Vid detta förhållande ska, jml. 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU, rätten förklara Avtalen ogiltiga. Bestämmelsen om ogiltighet av avtal i 16 kap. 13 § LOU är retroaktivt syftande, ex tunc. Eftersom de nu för prövning aktuella Avtalen tillämpas mellan parterna sedan den 1 februari 2017 ska dessa således förklaras retroaktivt ogiltiga.

För ingripande enligt denna bestämmelse fordras inte att sökanden visar någon skada. Bolaget åberopar till stöd för talan ändå den skada eller risk för skada som ligger i att ha uteslutits från att lämna anbud, och därmed även från möjligheten att komma ifråga för tilldelning av kontrakt i upphandlingen.

Kommunen

Det framgår tydligt av respektive innovationsavtal att omfattningen är begränsad till projekttiden den 1 februari 2017 – den 31 januari 2018. Avtalen består av två separata utvecklingsprojekt och avsikten har aldrig varit att förlänga dem som alternativ till den ordinarie verksamheten. Klausulen ger endast en möjlighet att säkra utvärderingen och beslutsunderlagen om så skulle behövas. Med anledning av förevarande överprövning bilägger Kommunen avtalstillägg nr 175560-17-066 där möjligheten till förlängning hävs. Projekten avslutas således den 31 januari 2018.

Projekten är avgränsade till två delar av organisationen, ett vårdboende av sex stycken och en enhet inom hemtjänsten som definierades vid mättilfället i antalet servicemottagare. Utvärderingen av projekten genomförs efter

den 31 november 2017 och ska ligga till grund för en kommande upphandling enligt LOU av servicetjänsterna i hela organisationen eller för det fall att utvärderingen visar att detta inte är möjligt så återgår Kommunen till den grundorganisering som fanns innan projektet.

Arbetsuppgifter som serviceinsatser, städ och tvätt, kan utföras av andra yrkeskategorier än undersköterskor vilket innebär att de i större utsträckning kan ägna tiden åt vård och omsorg. Förvaltningen bedriver en dygnetrunt verksamhet som omfattar samhällets mest sköra äldre och det är inte möjligt att experimentera med personalresurserna kring dem i någon större omfattning. Avsikten är och har varit att prova i mindre skala för att sedan kunna utvärdera vilka värden det skapar för Kommunens medborgare och för personalen samt för att skapa ett beslutsunderlag som möjliggör en upphandling enligt LOU. Kommunen har idag inga externa utförare inom städ- och hushållsnära tjänster utan dessa utförs i egen regi, dvs. de utförs i regel av undersköterskor på särskilda boenden och inom hemtjänsten.

Huvudsakliga syften med projektsamarbetet/innovationsavtalen är följande.

- För att i framtiden kunna bibehålla kvaliteten i omvårdnadsarbetet behöver arbetsuppgifter som kräver särskild kompetens avdelas till fast stationerad och utbildad personal och därmed ge de boende en bättre omsorg med ökat inslag av såväl individuella som kollektiva aktiviteter.
- Andra arbetsuppgifter av servicekaraktär, vilka idag ingår i det dagliga arbetet, kan då överlåtas till andra att utföra.
- Projektet bidrar till Kommunens hållbarhetsmål och strävan att skapa en integrerande arbetsmarknad där alla ska ses som en tillgång på arbetsmarknaden och därmed bidra till möjligheten för människor med olika funktionsnedsättningar att få en meningsfull sysselsättning.

- Parterna är därför överens om att starta ett projektsamarbete under ett år för att se om uppsatta mål kan infrias. I god tid före projektens utgång ska en utvärdering genomföras av båda parter för att de beslutande politikerna ska kunna ta ställning till projektets framtid och ta beslut om eventuell upphandling av tjänsterna.

Det föreligger inga hinder för Kommunen att upphandla nämnda service-tjänster när utvärderingen är genomförd och kunskaperna finns om hur en sådan upphandling bör utformas med tanke på ovan nämnda syfte och mål.

Att överpröva Avtalen och konstatera att de omfattas av reglerna i LOU skulle innebära att kommunala organisationer inte kan arbeta med utveckling och innovation. Det vore ytterst kontraproduktivt med tanke på de utmaningar som kommunerna har och kommer att ha inom välfärdstjänsterna. I förlängningen hindrar det en utveckling av servicetjänsterna och även marknaden för privata aktörer att leverera servicetjänster till kommunernas medborgare.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig utgångspunkt

Enligt punkterna 1 och 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling gäller den tidigare – numera upphävda – LOU (2007:1091) för sådan upphandling som har påbörjats före den 1 januari 2017. Annat har inte framkommit än att den äldre lagen, i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget, är tillämplig på den nu aktuella upphandlingen.

Av 16 kap. 13 § LOU framgår bl.a. att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §, eller
2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av utredningen i målet framgår att Kommunen ingått de i målet aktuella avtalen med vald leverantör utan att tillämpa ett annonserat förfarande enligt LOU. Fråga i målet är om Avtalen till följd härav bör förklaras ogiltiga i enlighet med 16 kap. 13 § första stycket 1.

Det är Kommunen som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som medger direktupphandling (se prop. 2009/10:180 s. 344 med hänvisning till prop. 2001/02:142 s. 99).

Direktupphandling är ett formlöst förfarande som endast får användas i vissa angivna situationer. Av 15 kap. 3 § framgår att direktupphandling får göras om det totala kontraktvärdet uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare medges direktupphandling om det finns synnerliga skäl eller i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda.

Bolaget har i målet anfört att kontraktsvärdet av avtalen ”Utvecklingsprojekt inom hemtjänsten” med avtalsnummer *175560-16-107* och ”Utvecklingsprojekt inom Serviceboende Boken” med avtalsnummer *175560-16-109* i

vart fall uppgår till 563 385 kr per år respektive 1 176 480 kr per år. Detta har inte bestridits av Kommunen och dessa kontraktsvärden kommer således att läggas till grund för rättens vidare prövning. Med beaktande härav kan fastställas att värdet på avtalen ifråga överstiger beloppsgränsen för direktupphandling i 15 kap. 3 § andra stycket (534 890 kr) och att det därmed inte föreligger skäl för att frånga kravet på annonsering på denna grund.

Kommunen har gjort gällande att Avtalen ska undantas från LOU:s tillämpningsområde till följd av att det varit fråga om ett projektsamarbete/en innovationsupphandling i syfte att utröna om arbetsuppgifter som serviceinsatser, städ och tvätt, kan utföras av andra yrkeskategorier än undersköterskor vilket skulle innebära att sjukvårdspersonalen i större utsträckning kan ägna tiden åt vård och omsorg.

Rätten konstaterar att vad Kommunen anfört varken utgör synnerliga skäl i LOU:s mening eller grund för undantag enligt 4 kap. 5-9 §§ samma lag.

Med anledning av vad Kommunen anfört om att Avtalen är en innovationsupphandling så vill rätten framhålla följande. Begreppet innovationsupphandling förekommer inte i LOU som ska tillämpas i detta mål utan introduceras först i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Vidare utgör inte innovationsupphandling ett särskilt förfarande, utan är ett formaliserat sätt att främja utveckling i och genom en offentlig upphandling. Därmed följer innovationsupphandling samma process som all annan offentlig upphandling och måste annonseras ut.

Sammanfattningsvis finner rätten att Avtalen utgör en otillåten direktupphandling. Avtalen ska i enlighet härmed ogiltigförklaras.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU)

Tomas Kjellgren

Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.