



**KLAGANDE**

Kramfors kommun

**MOTPARTER**

1. Berendsen Textil Service AB, 556022–4171
2. Kåpi Tvätt AB, 556471–9002
3. R-Tvätt AB, 556198–7339

Ombud för 1–3: Chefsjurist Pär Cronhult och  
biträdande jurist Filip Odell  
Box 5625  
114 86 Stockholm

4. Samhall AB, 556448–1397  
Box 27 705  
115 91 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 2 februari 2018  
i mål nr 2797–17, se bilaga A

**SAKEN**

Ogiltighet av avtal vid offentlig upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår ansökan om  
överprövning av avtalets giltighet.

---

**YRKANDEN M.M.**

**Kramfors kommun** yrkar att att ansökan om ogiltighetsförklaring av avtalet ska avslås.

**Berendsen Textil Service AB, Kåpi Tvätt AB och R-Tvätt AB** anser att överklagandet ska avslås.

**Kramfors kommun** anför följande till stöd för sin talan. Upphandlingen har annonserats enligt 15 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU). Upphandlingen avser till övervägande del B-tjänster enligt bilaga 3 till ÄLOU, vilket enligt 1 kap. 2 § fjärde stycket ÄLOU medför att 15 kap. samma lag är tillämpligt och att upphandlingen därmed har annonserats på ett korrekt sätt. Detta följer av att städning enligt biståndsbeslut inom hemtjänsten är att anse som antingen tillhandahållande av hemtjänstpersonal (CPV-kod 79622000-0), äldreomsorg (85311100-3) eller socialvård och tillhörande tjänster (85300000-2) som tillhör bilaga 3 till ÄLOU samt av att även tvättjänster hör till bilaga 3.

Förvaltningsrätten har gjort en korrekt bedömning av tidpunkten för när upphandlingen påbörjades, dvs. den 18 december 2015. Upphandlingen har annonserats enligt reglerna för förenklat förfarande. Förutsättningar för ogiltighetsförklaring enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 ÄLOU föreligger därmed inte. Institutet ogiltigförklaring av avtal tar sikte på otillåtna direktupphandlingar, dvs. avtal som inte varit föremål för något formellt upphandlingsförfarande. I nu aktuellt mål har det inte varit fråga om en otillåten direktupphandling eftersom upphandlingen har annonserats. Detta gäller oavsett om kommunen haft rätt att använda förenklat förfarande eller inte. Frågan om kommunen har haft rätt att använda förenklat förfarande kunde ha prövats genom överprövning av upphandlingen, men sökanden har inte ansökt om någon sådan överprövning. Prövningen enligt 16 kap. 13 §

första stycket 1 ÄLOU omfattar inte frågan om den upphandlande myndigheten har haft rätt att använda förenklat förfarande, utan endast om kommunen annonserat enligt lagens krav, bl.a. 15 kap. 4 § ÄLOU.

Om kammarrätten skulle finna att det är av betydelse om kommunen haft rätt att använda ett förenklat förfarande anføres följande. Vid annonseringen bedömdes upphandlingen till övervägande del avse B-tjänster. En upphandling som både avser A- och B-tjänster anses vara upphandling av A-tjänster om värdet av sådana tjänster överstiger värdet av B-tjänsterna. I annat fall ska upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av B-tjänster. Kommunen har angivit fel CPV-koder i annonsen. Det avgörande är dock inte vilka koder som anges utan vad upphandlingen faktiskt avser. Kommunen kan visa att upphandlingen bedömdes avse till övervägande del B-tjänster. I vart fall har inte sökandena, som har bevisbördan i överprövningsmålet, visat att upphandlingen inte avser B-tjänster. Städning i enskilda hem utförs endast hos personer som har fått ett beslut om bistånd i form av hemtjänst. Hemtjänst är i sin tur en del av äldreomsorgen. Särskilda CPV-koder finns för ”Tillhandahållande av hemtjänstpersonal” ”Äldreomsorg” och ”Socialvård med tillhörande tjänster”. Dessa koder hör till bilaga 3 kategori 25 ”Hälsovård och socialtjänster”. När det gäller nuvarande lydelse av bilagan anförde lagrådet att förteckningen ”är påfallande osystematisk” och att den inte ens motsvarar ”lågta ställda krav på fullständighet, enhetlighet eller överlappningsfri kategoriindelning” (prop. 2015/16:195 s. 467). Kommunens misstag i denna del bör inte ges den orimliga konsekvensen att avtalet ska ogiltigförklaras.

**Berendsen Textil Service AB, Kåpi Tvätt AB och R-Tvätt AB** anför följande till stöd för sin inställning. Det sakförhållande som numera anges av kommunen – att upphandlingen huvudsakligen skulle hänföra sig till tvätteritjänster i stället för städtjänster som annonserats – framstår som märkligt i belysning av vad som framförts i förvaltningsrätten. Detta bekräftar dock att upphandlingen avser en oannonserad tvätteritjänst-

upphandling. Sökandena utför huvudsakligen tvätteritjänster men kan tillhandahålla även städtjänster. Sökandena bevakar därför alla annonserade upphandlingar som avser tvätteritjänster med eller utan kombination med andra tjänster både i nationella databaser och i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Städtjänster kan endast annonseras nationellt om värdet understiger tröskelvärdet, vilket uppgick till 1 910 323 kr år 2016. I förevarande fall avser dock upphandlingen till övervägande del tvätteritjänster med ett samlat kontraktsvärde om cirka 5,6 miljoner kr per år, totalt 22,4 miljoner kr under avtalets maximalt fyraåriga löptid. Sökandena har förvägrats kännedom om upphandlingens relevanta omfattning i och med att det i annonsen över huvud taget inte angivits att upphandlingen även avsett tvätteritjänster.

Upphandlingen har påbörjats i september 2016 och därmed ska de nya direktiven på upphandlingsområdet beaktas. En direktivkonform tolkning ska ske. Internt i kommunen återförvisades det första upphandlingsbeslutet till servicenämnd inom kommunen och först i november 2016 skedde annonsering i anskaffningssyfte. Om de nya upphandlingsdirektiven beaktas kan konstateras att upphandlingen inte skedde korrekt. Enligt det nya direktivet ska såväl tjänster för "tvättinsamling" och "tvätthantering" som "städning av bostäder" och "städning och renhållning" upphandlas efter en europeisk annonsering om värdet överstiger tröskelvärdet. Sökandena åberopar alternativt en direkt tillämpning av artikel 2d. 1 a rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) enligt vilken ett kontrakt som i strid med gällande direktiv har tilldelats utan föregående annonsering i EUT (och TED) ska förklaras ogiltigt.

Någon hänvisning lämnas över huvud taget inte till att upphandlingen även innefattar tvätteritjänster, varken med eller utan relevanta CPV-koder. Att en upphandlande myndighet inte på ett tydligt sätt genom hela förfarandet lyckas förmedla vad den avser att upphandla utgör ett allvarligt brott mot transparensprincipen.

Upphandlingen avser inte sociala eller andra särskilda tjänster. Bedömningen ska göras utifrån tjänsternas art, dvs. vilken tjänst som faktiskt ska utföras (jfr EU-domstolens dom Tögel C-76/97, EU:C:1998:432 p.39) Enligt vad kommunen numera uppgivit avser upphandlingen huvudsakligen ”tvätt och lagning av personalkläder ”och ”rekonditionering av hjälpmedel”. Sådana tjänster innefattar inte hälsovård eller sociala tjänster. Inte heller städtjänsterna, som utgör en mindre del av upphandlingen, hänför sig till hälsovård eller sociala tjänster.

Kommunens underlåtelse att annonsera upphandlingen till att även omfatta tvätteritjänster medför att det inte varit möjligt för sökandena att identifiera kontraktsföremålet. Bristerna i annonser är sådana att upphandlingen inte kan anses annonserad, varken enligt 7 kap. eller 15 kap. ÄLOU.

Sökandena åberopar en direkt och direktivkonform tillämpning av LOU-direktivet. Eftersom kommunen slutit avtal med Samhall AB utan annonsering i EUT och TED ska avtalet förklaras ogiltigt oavsett tidpunkten för när förfarandet kan anses påbörjat. Det finns inte skäl som kan medföra att avtalet ändå ska bestå.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten delar förvaltningsrättens bedömning att upphandlingen får anses påbörjad den 18 december 2015 då kommunen i E-avrop angett att upphandling skapats. Eftersom upphandlingen påbörjats före tidpunkten då det nya direktivet om offentlig upphandling trätt i kraft ska endast ÄLOU tillämpas i målet.

Oberoende av vilka CPV-koder kommunen har angett anser kammarrätten att upphandlingen avsett så kallade B-tjänster, dvs. ”Hälsovård och socialtjänster” kategori 25 samt ”Övriga tjänster ” kategori 27. Tjänsterna utgör således B-tjänster enligt bilaga 3 ÄLOU, vilket medför att endast

15 kap. ÄLOU ska tillämpas. Upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i 15 kap. ÄLOU.

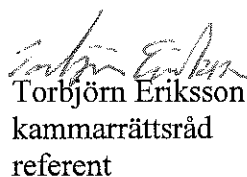
Enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 ÄLOU ska ett avtal förklaras ogiltigt om det inte föregåtts av att upphandlingen annonserats i enlighet med vad som föreskrivs i lagen. Ett avtal kan förklaras ogiltigt enligt denna bestämmelse om det inte varit föremål för något formellt upphandlingsförfarande. Bestämmelsen avser enbart kravet på att annonsera en upphandling. Om annonsering har skett blir det känt att ett upphandlingsförfarande inletts. Ett felaktigt förfarande kan därefter angripas av leverantör bl.a. genom ansökan om överprövning av upphandlingen enligt 16 kap. 6 § ÄLOU (prop. 2009/10:180 s. 360). Vad motparterna anfört om artikel 2d. 1 a rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) föranleder inte någon annan bedömning. Eftersom ett upphandlingsförfarande med annonsering har skett finns inte förutsättningar att förklara avtalet ogiltigt med stöd av de bestämmelser som åberopats. Överklagandet ska därför bifallas.

---

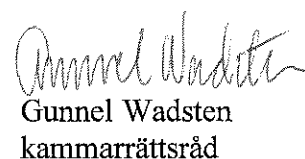
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Jessica Lovén  
kammarrättsråd  
ordförande



Torbjörn Eriksson  
kammarrättsråd  
referent



Gunnel Wadsten  
kammarrättsråd

Jeanette Sundqvist  
föredragande jurist



**SÖKANDE**

1. Berendsen Textil Service AB, 556022-4171  
Box 17143  
200 10 Malmö

2. Käpi Tvätt AB, 556471-9002  
Industrigatan 2  
666 31 Bengtsfors

3. R-Tvätt AB, 556198-7339  
Hinderstigen 5  
831 32 Östersund

Ombud för 1-3: chefsjuristen Pär Cronhult och bitr. juristen Filip Odell  
Box 5625  
114 86 Stockholm

**MOTPART**

Kramfors kommun  
872 80 Kramfors

**SAKEN**

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÅLOU

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten förklarar att avtalet mellan Kramfors kommun och Samhall AB om Servicetjänster inom BAS-förvaltningens verksamhetsområde stöd, vård och omsorg i upphandlingen KS 2016/636 är ogiltigt.

---

### BAKGRUND

Kramfors kommun (kommunen) har genomfört upphandlingen Servicetjänster inom verksamhetsområde stöd, vård och omsorg, dnr KS 2016/636. Vid genomförande av upphandlingen har lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) tillämpats. Upphandlingen annonserades den 22 november 2016 och annonsen har funnits på e-Avrop och Visma Opic. Av annonsen framgår att upphandlingen skulle genomföras med förenklat förfarande. Vidare anges att ”Upphandlingen avser vissa servicebetonade insatser inom hemtjänst och särskilt boende för äldre. Leverantören ska för kommunens räkning åta sig att utföra servicetjänster avseende städ, tvätt av personalkläder och rekonditionering av hjälpmedel.” Vidare anges att anbud kan lämnas på en, flera eller samtliga delar av kommunens geografiska områden: Städ och tvätt Kramfors, Städ och tvätt Bollsta/Nyland, Städ och tvätt Höga Kusten samt Rekonditionering av tekniska hjälpmedel för hela kommunen. I annonsen har CPV-koderna för Städning av bostäder 90911100-7 (08) samt för Städning och renhållning 90900000-6 (08) angetts.

Efter genomförd upphandling har kommunen i februari 2017 tecknat avtal avseende Servicetjänster inom BAS-förvaltningens verksamhetsområde stöd, vård och omsorg med entreprenören Samhall AB. Avtalstiden löper under två år med möjlighet till förlängning under ytterligare två år.

### YRKANDEN M.M.

**Berendsen Textil Sverige AB, Kåpi Tvätt AB och R-Tvätt AB** (sökandena) ansöker om ogiltigförklaring av avtalet och anför bl.a. följande. Upphandlingen avser tvätt- och städtjänster till ett uppskattat kontraktsvärde om cirka 19 miljoner kronor under kontraktets fulla löptid. Då värdet av upphandlingen därmed överstiger tröskelvärdet 1 910 323 kronor för upphandling inom den klassiska sektorn ska de på EU-direktiv grundade bestämmelserna om offentlig upphandling tillämpas på förfarandet. Eftersom upphandlingen har påbörjats efter den 18 april 2016 är det de direktivbestämmelser



som följer av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 som ska tillämpas. Upphandlingen ska således prövas med tillämpning av ÄLOU tolkad direktivkonformt i enlighet med LOU-direktivet.

I enlighet med dessa bestämmelser ska upphandling av tjänster över tröskelvärdet som huvudregel genomföras i öppet eller selektivt förfarande genom annonsering i Europeiska unionens officiella tidning EUT och i databasen TED. Endast i fråga om sådana sociala tjänster och andra särskilda tjänster som finns förtecknade i bilagan XIV till LOU-direktivet kan sådan annonsering ersättas med annonsering i nationell databas. Varken städ- eller tvätteri-tjänster utgör tjänster som kan undantas från unionsrättslig annonsering i EUT/TED. Kommunen har därmed varit skyldig att infordra anbud genom att sända en annons om upphandlingen till Europeiska kommissionen för publicering i EUT/TED. Någon sådan annonsering har inte skett. Kommunens avtal med Samhall AB har till följd härav kommit att slutas utan iakttagande av det unionsrättsliga annonseringskravet i 7 kap. 1 § ÄLOU och artikel 26.1 LOU-direktivet. Redan på denna grund ska förvaltningsrätten förklara avtalet ogiltigt.

Vidare ska den upphandlande myndigheten i annonsen om upphandlingen ange en hänvisning till tillämpliga CPV-koder som kan komma ifråga enligt Europaparlamentets och rådets förordning (2195/2002/EG) om gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV-förordningen). Om ett kontrakt är uppdelat i flera delar ska CPV-hänvisning lämnas för varje del. I den annons som publicerats genom Visma Opic har kommunen hänvisat till CPV-koder som avser tjänster för "Städning av bostäder" och "Städning och renhållning". Någon hänvisning till någon CPV-kod avseende tvätttjänster finns dock inte, trots att upphandlingen i väsentligt hänseende omfattar även sådana tjänster. CPV-förordningen syftar till att på ett lätthanterligt sätt kunna identifiera föremålet för upphandlingen. Saknas hänvisning till relevanta

CPV-koder har upphandlingen brustit i fråga om annonsering, eftersom på marknaden verksamma leverantörer inte ges tillräcklig möjlighet att identifiera det aktuella behov som ska täckas av upphandlingen. Även av detta skäl ska förvaltningsrätten förklara avtalet ogiltigt. Kommunens val att annonsera upphandlingen med angivande av CPV-koder som enbart hänför sig till städtjänster har medfört att leverantörer av tvättjänster, däribland sökandena, har missgynnats genom att inte lämnas tillräcklig information om att upphandlingen har utlysts.

**Kommunen** bestrider bifall till ansökan, yrkar i första hand att ansökan ska avslås, i andra hand att avtalet ska bestå av tvingande skäl av allmänintresse och anför bl.a. följande. Upphandlingen avser i huvudsak biståndsbedömda servicebetonade insatser inom hemtjänst och särskilt boende för äldre. Leverantören ska för kommunens räkning åta sig att utföra städning i enskildas hem i ordinärt boende och särskilt boende, städning av vissa allmänna ytor, tvätt av personalkläder och rekonditionering av hjälpmedel - uppgifter som vård- och omsorgspersonal ansvarat för.

Upphandlingen påbörjades den 18 december 2015 och ÄLOU har tillämpats. Då upphandlingen avser tjänstekontrakt (B-tjänster) enligt bilaga 3, kategori 25, beskrivning Hälsovård och socialtjänster, har endast 15 kap. tillämpats.

I andra hand yrkas att avtalet ska bestå av tvingande skäl av allmänintresse, då upphandlingen avser biståndsbedömda servicetjänster inom vård- och omsorg som tidigare utförts av hemtjänstpersonal. Om det finns tvingande skäl av allmänintresse ska ett avtal bestå även om det i övrigt finns grund att ogiltigförklara det. I direktivens beaktandesatser och i de svenska förarbetena anges att dessa tvingande intressen ska avse "exceptionella omständigheter". Uttrycket är inte klart definierat men förekommer inom andra områ-

den i unionsrätten och innebär att hänsyn exempelvis kan tas till allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa och dylikt.

Sökandena anför härefter bl.a. följande. Enligt vägledande praxis från HFD ska en upphandling anses påbörjad först när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda förfarandet och beslutet kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit extern kontakt i anskaffningssyfte. Såvitt framgår av anbudsinbjudan beslutade kommunens bistånds-, arbetsmarknads- och sociala servicenämnd att genomföra upphandlingen den 29 september 2016 (dnr BAS 2016/608). Det tidigare upphandlingsbeslut av den 26 november 2015 som kommunen åberopat (dnr BAS 2015/592) verkställdes aldrig genom någon extern kontakt i anskaffningssyfte. I stället återförvisades ärendet till nämnden. Upphandlingen påbörjades således genom nämndens beslut den 29 september 2016 att inleda det aktuella förfarandet och annonserades utåt, i anskaffningssyfte, den 22 november 2016. Mot denna bakgrund bestrids påståendet att upphandlingen skulle ha påbörjats redan 2015. Det kan även noteras att de upphandlingsdokument som gjorts tillgängliga i upphandlingen är upprättade i november/december 2016.

Då upphandlingen sålunda påbörjats efter den 18 april 2016 ska ÄLOU tillämpas och tolkas direktivkonformt med iakttagande av LOU-direktivets (2014/24/EU) bestämmelser. Det föreligger då en obligatorisk skyldighet att annonsera upphandlingen i Europeiska unionens officiella tidning EUT och i databasen TED. Eftersom så inte skett har förfarandet brutit mot annonseringskravet i 7 kap. 1 § ÄLOU jämfört med artikel 26.1 i LOU-direktivet. Det avtal som slutits ska därför ogiltigförklaras. Vidare har förfarandet utlysts med CPV-koderna för "Städning av bostäder" och "Städning och renhållning". Dessa och dylika tjänster utgör inte hälso- och socialvårdstjänster (kategori 25) av samma skäl som exempelvis skolstädning inte utgör utbildningstjänster. Upphandlingen avser således inte några sociala tjänster som kommunen synes göra gällande, utan A-tjänster, kategori 14, enligt bilaga 2

till LOU. Då upphandlingen utlysts till att avse A-tjänster till ett kontraktsvärde överstigande tröskelvärdet blir bestämmelserna i 1-14 kap. LOU tillämpliga på förfarandet. Alldeles oavsett om upphandlingen påbörjats 2015 eller 2016 har det därmed förelegat en annonseringsplikt enligt 7 kap. 1 § ÄLOU jämförd med 2 kap. 2 § upphandlingsförordningen, som kommunen inte iakttagit. Avtalet ska även av detta skäl ogiltigförklaras.

Samtliga sökande är verksamma på marknaden som leverantörer av sådana tjänster som upphandlingen avser. Det är dock inte kopplat något skaderekvisit till ett ingripande enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 ÄLOU. Möjligheten att låta avtalet bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska tolkas restriktivt och tillämpas endast vid exceptionella omständigheter. Kommunen har även att visa tillräckliga skäl för undantag, vilket inte gjorts. Det föreligger inte heller några exceptionella omständigheter. Aktuella tjänster kan även tillfälligt lösas genom egen personal fram till dess att en ny upphandling hinner genomföras.

Den notering i E-avrop som kommunen hänvisar till innefattar ingen inbjudan till leverantörer att lämna anbud. Av noteringen kan varken utläsas karaktären eller omfattningen av kommunens aktuella behov, eller vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas. När upphandlingen sedermera annonserades i november 2016 skedde det inte som en fortsättning hos E-avrop utan hos Visma Opic, som är en annan, konkurrerande databas. Noteringen i E-avrop kan således inte anses medföra kontakt i syfte att anskaffa det som senare beslutades enligt upphandlingsdokumenten 2016. Nämnden har sammanfattningsvis fattat två separata beslut, varav endast det senare beslutet från september 2016 (BAS 2017/608) utgör grund för denna upphandling. Eftersom städtjänster utgör s.k. A-tjänster, kategori 14, enligt bilaga 2 till ÄLOU skulle upphandlingen ha annonserats i enlighet med 7 kap. 1 § ÄLOU, alldeles oavsett tidpunkten för när förfarandet påbörjats. Av art. 51.2 LOU-direktivet (2014/24/EU) framgår uttryckligen skyldighet för upp-

handlande myndigheter att skicka annons till Europeiska unionens publiceringsbyrå. Motsvarande bestämmelse återfinns i art. 35.2 och 36 i det äldre upphandlingsdirektivet (/2004/18/EG). Eftersom annonsen endast publicerats i Visma Opics nationella databas har förfarandet inte annonserats i föreskrivna ordning. Avtalet ska därför förklaras ogiltigt. Kommunen avtal med Samhall avser städning av bostadslägenheter och gruppboenden m.m., Avtalet avser inte socialvårdande verksamhet. Förfarandet hänför sig därmed inte till kategori 25 (Hälsovård och socialtjänster). De i upphandlingen aktuella städtjänsterna avser kommunens personalkläder. Det är svårt att se att på vilket sätt dessa tjänster skulle kunna hänföra sig till hälsovård- och socialtjänster, så att upphandlingen av detta skäl undantas från annonseringsskyldighet enligt ÄLOU eller LOU-direktivet. Saknas hänvisning till relevanta CPV-koder har en upphandling brutit i fråga om öppenhet och annonsering, eftersom på marknaden verksamma leverantörer inte ges tillräcklig information om och möjlighet att identifiera den aktuella upphandlingen. Det är ostridigt att upphandlingen inte annonserats med CPV-koder för tvättjänster. Bevisbördan för valet av rätt tjänstekategori och upphandlingsförfarande åvilar enligt unionsrätten den upphandlande myndigheten.

**Kommunen** anför härefter bl.a. följande. Den 18 september 2015 beslutade kommunen om vilket upphandlingsförfarande som skulle användas för upphandlingen (förenklat förfarande). Samma datum bockade kommunen i rutan ”visa planering publik”, vilket innebar att kommunens beslut kom till kännedom utåt genom att annonsens namn, CPV-koder och planerat annonseringskvartal/-år visades publikt under organisationens planerade upphandlingar på E-avrop. Denna sida är helt öppen för leverantörer. Vidare har kommunens protokoll av den 26 november 2015, innehållandes beslut om att uppdra till förvaltningen att genomföra upphandlingen, publicerats externt på kommunens hemsida. Sådan publicering sker normalt cirka två veckor efter att protokollet undertecknats. Upphandlingen ska därför anses vara påbörjad den 18 december 2015 eller tidigare. Direktiv 2014/24/EU har

därför inte direkt effekt gällande upphandlingen och någon direktivkonform tolkning ska inte ske. Enbart ÄLOU är tillämplig. Det beslut nämnden fattade om samma sak den 29 september 2016 bör ses som en bekräftelse och förtydligande av det första beslutet. Beslutet av den 26 november 2015 publicerades på hemsidan. Ärendet har inte återförvisats till nämnden utan enbart bekräftats och förtydligats. Det första beslutet från 2015 gäller fortfarande.

Oaktat när upphandlingen ska anses ha påbörjats avser den biståndsbedömda serviceinsatser, vilka faller in under B-tjänster enligt bilaga 2 i ÄLOU, kategori 25 och 27. Därför har det varit tillräckligt att annonsera i en allmänt tillgänglig databas enligt bestämmelserna för förenklat förfarande. Att städa hemma hos brukare, tvätta hemtjänstpersonalens kläder samt utföra rekonditionering av hjälpmedel inom ramen för hemtjänst, särskilt boende och hemsjukvård är knappast att betrakta som fastighetsförvaltning. Även om upphandlingen skulle anses ha påbörjats senare än den 18 april 2016 innebär inte direktiv 2014/24/EU att sådana upphandlingar måste annonseras i TED. Det är ostridigt att upphandlingen har annonserats. Att annonseringen inte har skett i TED/EUT saknar över huvud taget betydelse för frågan om upphandlingen annonserats enligt dessa bestämmelser. Att det i 2 § upphandlingsförordningen anges att annonsen ska skickas till Europeiska kommissionen innebär inte att upphandlingen inte har annonserats enligt 16 kap. 13 §, 7 kap. 1 § eller 15 kap. 4 § ÄLOU. Institutet ogiltigförklaring av avtal tar sikte på otillåtna direktupphandlingar, vilket det inte är fråga om i nu aktuellt mål.

Vidare har annonsering av upphandlingen skett med korrekt information om vad som ingår i upphandlingen. Kommunen har i anbudsinbjudan tydligt beskrivit vad för slags tjänster som upphandlingen avser, däribland tvätt. Vilka CPV-koder som angetts saknar betydelse för frågan om upphandlingen annonserats. CPV-koderna är vidare standardiserade referenser som an-

vänds av upphandlande myndigheter för att beskriva föremålet för upphandlingen och göra upphandlingar mer transparenta. Det betyder inte att CPV-koderna har företräde när det gäller det materiella innehållet i exempelvis en tjänst. Att CPV-kod inte angetts specifikt för tvättning innebär inte att annonseringen brustit på ett sådant sätt att förutsättningar för ogiltigförklaring av avtalet föreligger.

Kommunen har endast annonserat genom E-avrop. Beslutet i punkt 5 i protokollet från den 26 november 2015 har inte ändrats eller upphävts. Det är det första beslutet som har betydelse för frågan om när upphandlingen anses påbörjad. Detta beslut har kommit till kännedom utåt genom publicering i E-avrop och detta har skett för att informera leverantörer om upphandlingen, alltså i anskaffningssyfte. Den 18 december 2015 valdes upphandlingsförfarandet förenklat förfarande. Enligt HFD 2013 ref. 31 ansågs ”konkreta avtalsförhandlingar med extern part” utgöra en sådan extern kontakt i anskaffningssyfte som har betydelse för när en upphandling anses påbörjad. Försöksverksamheten med Samhall AB bör anses vara en extern kontakt i anskaffningssyfte. De tjänster som har upphandlats är biståndsbedömda serviceinsatser och därmed sammanhängande tvättjänster och utgör B-tjänster enligt de regler som är tillämpliga. För att tjänsterna ska anses vara ”Hälsovård och socialtjänster” enligt bilaga 3 till ÄLOU talar vidare det faktum att kommunen är skyldig att tillhandahålla tjänsterna enligt socialtjänstlagen. Även ”Tillhandahållande av hemtjänstpersonal” är en B-tjänst enligt ÄLOU. I hemtjänstpersonalens uppgifter ingår städning hos bl.a. brukare. Det faktum att CPV-koder inte angetts specifikt för tvätt innebär inte att upphandlingen utförts i strid med kraven på öppenhet och transparens – detta särskilt mot bakgrund av det utförliga förfrågningsunderlag som publicerats samt att CPV-koder för städning och renhållning har angetts.

Tjänster inom hälso- och sjukvård och socialtjänster utgjorde enligt 2004 års upphandlingsdirektiv s.k. B-tjänster. Dessa tjänster omfattades i princip inte

av direktivets bestämmelser eftersom de typiskt sett inte ansetts ha ett gränsoverskridande intresse. I Sverige regleras dock upphandlingar av dessa tjänster oavsett värde, liksom upphandlingar som avser andra kontrakt under vissa tröskelvärden. Oavsett vad sökandena har anfört i målet, oavsett tidpunkt när den aktuella upphandlingen anses påbörjad är det förenklat förfarande som är tillämpligt. Kommunen har inte brutit i sin annonseringsskyldighet.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### *Tillämplig lag - när påbörjades upphandlingen?*

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är när den aktuella upphandlingen påbörjades.

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2013 ref 31 prövat frågan om när en upphandling ska anses påbörjad. Domstolen har därvid utgått från EU-domstolens mål C-26/03, Stadt Halle, angående när ett upphandlingsförfarande ska anses ha nått det stadium då den upphandlande myndighetens beslut kan bli föremål för överprövning. EU-domstolen konstaterade att en ansökan om överprövning inte kan riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling. När det är fråga om en viljeyttring från den upphandlande myndighetens sida som har passerat detta förberedande stadium och kan få rättsverkningar är det dock möjligt för intresserade personer som på något sätt får kännedom om viljeyttringen att rikta en ansökan om överprövning mot viljeyttringen.

Utifrån detta uttalande av EU-domstolen angav Högsta förvaltningsdomstolen att den tidpunkt när en upphandling har påbörjats bör sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Denna tidpunkt inträffar när det stadium har passerats då rent



interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling. Ett upphandlingsförfarande får därmed anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser.

I förevarande fall har kommunens bistånds- arbetsmarknads- och sociala servicenämnd vid sammanträde den 26 november 2015, § 94, bl.a. beslutat att "Uppdra till förvaltningen att genomföra upphandling, med social hänsyn, av vissa servicebetonade insatser inom hemtjänst och särskilt boende för äldre". Kommunen har härefter den 18 december 2015 i E-avrop i tidplan avseende Servicetjänster inom verksamhetsområde städ, vård och omsorg angett att upphandling skapats. Detta datum valdes också upphandlingsförfarande. Vidare har annonsens namn, CPV-koder och planerat anonskvartal/år i och med detta visats publikt under organisationens planerade upphandlingar. Det är ostridigt att upphandlingen annonserades den 22 november 2016. I anbudsinbjudan anges att Bistånds-, arbetsmarknads- och sociala servicenämnden i Kramfors kommun den 29 september 2016, dnr BAS 2016/608, beslutat att genomföra en upphandling, med social hänsyn, av vissa servicebetonade insatser inom hemtjänst och särskilt boende för äldre.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunens förberedelser inför upphandlingen har pågått under en längre tid. Beslutet att inleda upphandlingsförfarandet samt extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser får enligt förvaltningsrättens mening anses ha inträffat när kommunen den 18 december 2015 valde att visa planering gällande upphandlingen Servicetjänster inom verksamhetsområde städ, och vård och omsorg publikt. Upphandlingen har därmed vid denna tidpunkt passerat det stadium då det enbart varit fråga om rent interna överväganden och förberedelser inom kommu-

nen. Förvaltningsrätten anser att kommunen i och med detta tagit extern kontakt i syfte att anskaffa den tjänst som upphandlats. Vad sökandena anfört om att bistånds-, arbetsmarknads- och sociala servicenämnden först den 29 september 2016 beslutade att utföra upphandlingen och att det beslut nämnden fattade den 26 november 2015 upphört att gälla utan att ha resulterat i en upphandling medför inte annan bedömning, då det inte kommit fram att det skulle vara fråga om en annan upphandling än den som tillkännagavs på kommunens hemsida den 18 december 2015.

Då upphandlingsförfarandet således får anses ha påbörjats den 18 december 2015 ska endast ÄLOU tillämpas i målet.

*Vilken slags tjänst har upphandlats?*

Sökandena har anfört att det kommunen upphandlat är så kallade A-tjänster, och att – då kontraktsvärdet överstiger tröskelvärdet om 1 910 323 kronor – kap. 1-14 i ÄLOU därför ska tillämpas, varvid annonseringsplikt enligt 7 kap. 1 § ÄLOU finns. Kommunen har mot detta anfört att de tjänster som upphandlats är sådana som anges i bilaga B till ÄLOU, och att endast 15 kap. ÄLOU ska tillämpas på upphandlingen. Kommunen anför att reglerna om annonsering i 7 kap. ÄLOU därmed inte är tillämpliga.

I den annons som publicerades på Visma Opic har CPV-koderna Städning av bostäder 90911100-7 (08) samt Städning och renhållning 90900000-6 (08) angetts. I annonsen anges bl.a. följande. Upphandlingen avser vissa servicebetonade insatser inom hemtjänst och särskilt boende för äldre. Leverantören ska för kommunens räkning åta sig att utföra servicetjänster avseende städ, tvätt av personalkläder och rekonditionering av hjälpmedel. Leverantören ska utföra städinsatser i enskilda hem i ordinärt boende, i brukarnas lägenheter i särskilt boende, i gemensamhetslokaler i särskilt boende och i hemtjänstlokaler. Tvättinsatserna utgörs av tvätt och lagning av personal-

kläder inom hemtjänst, särskilt boende och hemsjukvård. Rekonditionering innefattar rengöring och funktionskontroll av hjälpmedel.

I bilaga 2 till ÄLOU anges en förteckning över tjänstekontrakt avseende så kallade A-tjänster i kategorierna 1-16. I bilaga 3 till ÄLOU anges en förteckning över tjänstekontrakt avseende så kallade B-tjänster i kategorierna 17-27.

Av 1 kap. 2 § fjärde stycket ÄLOU framgår att en upphandling som avser både A-tjänster och B-tjänster ska anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. I annat fall ska upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av B-tjänster

I kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 anges den gemensamma terminologin vid offentlig upphandling (CPV). Förvaltningsrätten konstaterar att de CPV-koder kommunen angett enligt denna förordning tillhör kategori 14 (90911100-7 Städning av bostäder) respektive kategori 16 (90900000-6 Städning och renhållning). Båda dessa CPV-koder avser således tjänster som är upptagna i bilaga 2 till ÄLOU, som så kallade A-tjänster. Det har inte kommit fram att de CPV-koder kommunen har valt att annonsera inte stämmer överens med beskrivningen av upphandlingsföremålet i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten konstaterar därmed att de tjänster kommunen upphandlat är A-tjänster enligt bilaga 2 till ÄLOU. Det är ostridigt att kontraktets värde under löptiden överstiger gällande tröskelvärde. Det har därmed inte varit möjligt att upphandla ifrågavarande tjänster enligt bestämmelserna i 15 kap. ÄLOU.

*Föreligger grund för ogiltigförklaring?*

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 (16 kap. 4 § p 2 ÄLOU).

Enligt 16 kap. 13 § första stycket p 1 ÄLOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §.

Av 16 kap. 14 § ÄLOU följer att om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Enligt 7 kap. 1 § ÄLOU ska en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal annonsera upphandlingen.

Närmare regler om hur annonsering ska gå till finns i den i målet tillämpliga upphandlingsförordningen (2011:1040). Enligt 2 § i denna förordning ska en annons om upphandling enligt bl.a. 7 kap. ÄLOU skickas elektroniskt eller på annat sätt till Europeiska kommissionen för publicering. En upphandlande myndighet eller enhet får även offentliggöra upphandlingen på något annat sätt under förutsättning att 7–9 §§ följs. Vidare anges i 7 § första stycket att en upphandlande myndighet inte får på egen hand publicera eller på något annat sätt offentliggöra innehållet i en annons innan den har skickats till Europeiska kommissionen.

Förvaltningsrätten konstaterar att då det som upphandlats är A-tjänster är det inte möjligt att upphandla ifrågavarande tjänster enligt bestämmelserna i 15 kap. ÄLOU. I förevarande upphandling har kommunen således felaktigt tillämpat 15 kap. ÄLOU och har därför inte följt reglerna i t.ex. 7 kap. ÄLOU om annonsering. Det är ostridigt att någon annons inte har skickats till Europeiska kommissionen för publicering. Upphandlingen har således

inte annonserats i enlighet med 7 kap. ÄLOU och grund för ogiltigförklaring föreligger därför.

*Tvingande hänsyn till allmänintresse*

Den frågan som förvaltningsrätten här efter har att pröva är om det ändå finns anledning att låta avtalet bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänt intresse.

Enligt förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 137 f.) ska bestämmelsen i 16 kap. 14 § ÄLOU tolkas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal ändå får bestå. EU-domstolen har bedömt allmänintresset som tvingande angående t.ex. allmän ordning och säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, samt folk och djurhälsan. Det ligger vidare enligt regeringens mening i sakens natur att den som åberopar en sådan omständighet också har bevisbördan för detta. Det sägs vidare att det ankommer på de allmänna förvaltningsdomstolarna att utifrån de särskilda omständigheterna i ett enskilt mål om överprövning av ett avtals giltighet, att tolka begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

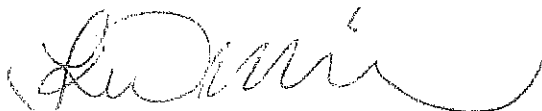
Av handlingarna i målet framgår att upphandlingen avser servicetjänster inom hemtjänst och särskilt boende för äldre avseende städning, samt tvätt av personalkläder och rekonditionering av hjälpmedel. Kommunen har anfört att det föreligger tvingande hänsyn till allmänintresse för att låta avtalet bestå, och har därvid påtalat att det är fråga om biståndsbedömda servicetjänster inom vård- och omsorg som tidigare utförts av kommunens hemtjänstpersonal. Förvaltningsrätten finner dock inte att det kommit fram att det föreligger sådana exceptionella omständigheter som motiverar att avtalet ska bestå trots den konstaterade grunden för ogiltigförklaring.

*Utgången i målet*

Mot bakgrund av vad som kommit fram i målet ska avtalet mellan Kramfors kommun och Samhall AB om Servicetjänster inom BAS-förvaltningens verksamhetsområde stöd, vård och omsorg KS 2016/636 som undertecknats i februari 2017 förklaras ogiltigt. Ansökan härom ska därmed bifallas.

---

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



Kerstin Widmark  
rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Gunilla Lavås.