



SÖKANDE

Städfaktor AB, 556828-2346

Ombud: advokaten Pontus Bergman och biträdande jurist Emelie Tammelin
Bergman & Eek Advokat AB
Kyrkogatan 13
222 22 Lund

MOTPART

MKB Fastighets AB, 556049-1432
Box 50405
202 14 Malmö

Ombud: advokaten Annika Andersson och jur.kand. Hanna Wackå
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (2016:1145), LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ogiltigförklaring.

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2019-01-31 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

Dok.Id 483547

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

MKB Fastighets AB (MKB) genomför en upphandling av ramavtal för städtjänster avseende åtta olika anbudsområden i Malmö (ref nr 2018MKB-3333). Med hänvisning till att anbudsprövning och anbudsutvärdering dragit ut på tiden för de aktuella områdena och att MKB haft ett akut behov av de aktuella tjänsterna för att inte stå utan städning av sina hyresfastigheter har MKB genom direktupphandling ingått följande avtal avseende städtjänster som gäller från och med den 1 januari 2019 till och med den 31 januari 2019.

- Atlantis Städ & Sanering AB avseende område Möllevången
- Fridhems Städ & Stöd AB avseende område Västra hamnen
- Villa & Fastighetsassistans i Skåne AB avseende område Gullviksborg och
- LEDEB AB avseende område City

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Städfaktor AB (Städfaktor) ansöker om överprövning och yrkar i det här målet att förvaltningsrätten ogiltigförklarar de avtal som MKB slutit via direktupphandling för januari månad 2019. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Avtalen har slutits i strid med den avtalsspärr som gäller sedan den 27 december 2018. I den mån avtalen inte anses slutna i strid med avtalsspärren måste i vart fall beaktas att ingåendet av avtalen har inneburit en överträdelse av flera allmänna principer som gäller enligt LOU samt såväl svensk som unionsrättslig praxis. Hanteringen har i praktiken inneburit att man kringgått avtalsspärren. Syftet med avtalsspärren är att förhindra att upp-

handlande myndighet ingår avtal innan tidsfristen för att begära överprövning har löpt ut och därigenom inskränker övriga anbudsgivares rätt till överprövning.

Redan vid avtalens ingående får det anses i princip klarlagt att det för vart och ett av avtalen förelegat mycket stor sannolikhet för förlängning. Redan för det fall avtalen förlängs med en månad kommer, baserat på MKB:s egna beräkningar, värdet på avtalen att överstiga gränsen för direktupphandling. I sammanhanget kan särskilt noteras området Möllevången, för vilket upphandlingen avbrutits och det i brist på annan information från MKB får antas att det tecknade avtalet kommer att förlängas under avsevärd framtid.

Med hänsyn till det anförda får det anses visat att den av MKB framlagda beräkningen av värdet på nu aktuella avtalen är alldeles för lågt och att det verkliga värdet har överstigit gränsen för direktupphandling. Rätt att genomföra direktupphandling avseende nu aktuella avtal har därmed inte förelegat.

Att Städfaktor, trots att man tidigare tillhandahållit samma tjänster, inte getts möjlighet att fortsätta tillhandahålla tjänster i samband med att det förelegat ett behov av en tillfällig lösning utgör ett kraftigt avsteg från vad som annars får anses vara normen.

Genom MKB:s felaktiga agerande har Städfaktor förnekats möjlighet att förlänga sina avtal, vilket har inneburit att bolaget lidit skada.

Den av MKB förda argumentationen om att avtalen ska få bestå, även om det föreligger grund för att förklara avtalen ogiltiga jämlikt 20 kap. 13 § LOU, innebär att Städfaktor, för det fall argumentationen vinner framgång, lider skada till följd av att bolaget felaktigt utestängts från avtal som det rätteligen skulle ha tilldelats.

MKB bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Aktuella avtal har inte tecknats i strid med avtalsspärr för upphandlingen avseende ramavtal för städtjänster. MKB har inte heller tecknat avtal med ”vinnande” leverantörer utan med leverantörer som varit villiga att utföra de aktuella tjänsterna under en mycket kort period och som haft kännedom om lokalerna. Avtalen avser endast perioden januari månad och är således inte på något sätt avtal med motsvarande omfattning som upphandlingen avseende ramavtal för städtjänster.

MKB har vid beräkningen uppskattat de aktuella avtalens värde till cirka 300 000 kr. MBK har inte heller tidigare under räkenskapsåret gjort andra direktupphandlingar av samma slag. MKB har därför haft rätt att genomföra direktupphandling av nu aktuella avtal mot bakgrund av att avtalens värde inte överstiger direktupphandlingsgränsen enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.

Om förvaltningsrätten kommer fram till att det finns förutsättning för ogiltighet avseende nu aktuella avtal, ska förvaltningsrätten besluta att avtalen får bestå enligt 20 kap. 14 § LOU mot bakgrund av att det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det framgår vidare att principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan

bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Enligt 20 kap. 4 § punkt 2 LOU får dock giltigheten av ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör överprövas efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Rätten ska enligt 13 § första stycket besluta att ett sådant avtal är ogiltigt, bl.a. om det har slutits utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 § eller 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap. Enligt andra stycket ska ett avtal också förklaras ogiltigt, om det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU får direktupphandling användas om upphandlingens värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och som gäller för en upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet vid upphandling av varor och tjänster.

Direktupphandling innebär att upphandlingen görs utan krav på anbud i viss form. När det gäller direktupphandlingar finns det inga särskilda förfaranderegler utan det står den upphandlande myndigheten fritt att organisera förfarandet på det sätt som är lämpligt för myndigheten, men med iakttagande av de allmänna principerna. Det ankommer emellertid på den upphandlande

myndigheten att kunna visa, vid en eventuell domstolsprocess eller på begäran av tillsynsmyndigheten, att direktupphandlingen vilar på godtagbara skäl (se HFD 2018 ref. 60).

Förvaltningsrättens bedömning

Städfaktor har ansökt om överprövning av MKB:s upphandling av ramavtal för städtjänster. Ansökan handläggs i mål nr 139-19. I den upphandlingen gäller förlängd avtalsspärr under handläggningen i förvaltningsrätten.

Det aktuella målet gäller giltigheten av de avtal MKB har ingått efter direktupphandling av motsvarande städtjänster för perioden januari 2019. MKB anger uppskattat värde av de direktupphandlade tjänsterna till 300 000 kr. Städfaktor ifrågasätter inte den beräkningen i sig, men gör gällande att beräkningen även ska omfatta värdet av avtal för kommande perioder.

Vid beräkningen av värdet av en upphandling under tröskelvärdena ska värdet uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen (19 kap. 8 § första stycket LOU). Vid beräkningen ska även options- och förlängningsklausuler beaktas, liksom direktupphandlingar av samma slag som gjorts av upphandlande myndighet under räkenskapsåret. MKB:s avtal för januari 2019 innehåller inte några options- eller förlängningsklausuler. Enligt MKB har bolaget inte gjort några direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret. Det av MKB angivna värdet av direktupphandlingen läggs därför till grund för den fortsatta bedömningen.

Upphandlingens värde understiger 28 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § LOU. MKB har därmed enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU haft rätt att genomföra upphandlingen som en direktupphandling. Det framgår vidare att bakgrunden till direktupphandlingen var att MKB annars inte

hade haft städning av sina hyresfastigheter under januari. Då någon avtals-spärr inte gällt för den upphandlingen har det saknats hinder för MKB att sluta avtal direkt (20 kap. 2 § 4 LOU).

Mot denna bakgrund, och då det inte heller i övrigt framkommit att MKB har handlat i stred med den allmänna principerna för upphandling, föreligger inte skäl att förklara avtalen för januari månad 2019 ogiltiga enligt 20 kap. 13 § LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Kerstin Hardgren

Ulrika Skogler har föredragit målet



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

