



**KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 05.

DOM

2013-10-15

Meddelad i Stockholm

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2013-10-17 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

KLAGANDE

Advokatfirman Gärde & Partners AB, 556675-6127

Ombud: Advokaterna David Hertzman och Lasse Höjjer
Advokatfirman Gärde & Partners AB
Erik Dahlbergsallén 15
115 20 Stockholm

MOTPART

Värmdö kommun
134 81 Gustavsberg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 12 mars 2013
i mål nr 22418-12, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten bifaller överklagandet delvis och förklarar att avtalet mellan Värmdö kommun och Advokatfirman Ann-Christine Johnsson AB avseende uppdrag den 14 augusti–27 november 2012 (uppdrag 6) är ogiltigt.
2. Kammarrätten avslår överklagandet i övrigt.

YRKANDEN M.M.

Advokatfirman Gärde & Partners AB

Advokatfirman Gärde & Partners AB (bolaget) yrkar att kammarrätten beslutar att av Värmdö kommun ingångna avtal avseende följande uppdrag är ogiltiga:

- Uppdrag 1; den 7–29 juni 2012, Advokatfirman Steinman AB
- Uppdrag 2; den 24–28 maj 2012, Gärde Wesslau Advokatbyrå i Göteborg AB
- Uppdrag 3; den 4–7 juni 2012, Gärde Wesslau Advokatbyrå i Göteborg AB
- Uppdrag 4; den 3 juli–31 augusti 2012, Advokatfirman Steinman AB
- Uppdrag 5; den 21 juni–12 juli 2012, Advokatfirman Ann-Christine Johnsson AB
- Uppdrag 6; den 14 augusti–27 november 2012, Advokatfirman Ann-Christine Johnsson AB.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Förvaltningsrätten har inte beaktat att uppdrag 1 innefattar två avtal, ett som påbörjades den 30 mars 2012 och det andra som inleddes den 7 juni 2012. Förvaltningsrätten har därför felaktigt avvisat bolagets talan avseende det senare uppdraget trots att det slöts inom sex månader från bolagets ansökan.

Kommunen har genom att avtala om uppdrag 1–6 genomfört otillåtna direktupphandlingar och därmed åsidosatt sin skyldighet att annonsera enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. I vart fall utgör Uppdrag 3 och 6 otillåtna direktupphandlingar eftersom uppdragen faller utanför ramavtalets tillämpningsområde då de har avsett avtalsrätt och kommunen har åsidosatt sin skyldighet att annonsera enligt LOU.

Kommunen har direktupphandlat juridiska tjänster, utanför ramavtalets tillämpningsområde, under räkenskapsåret 2012 för mer än 15 procent av

det tröskelvärde som gäller för kommuner vid inköp av varor och tjänster eller cirka 284 631 kr.

Uppdrag 1–2 och 4–5

En förändrad avropsordning utgör en väsentlig förändring av villkoren i den ursprungliga upphandlingen. Eftersom tilldelningsbeslutet inte har följts av den upphandlande enheten åsidosätts en stor del av det som LOU och gemenskapsrättsliga principer reglerar. Den reella betydelsen av att avropsordningen inte respekteras är att varje avsteg från ramavtalet blir att se som en direktupphandling. I detta fall är det fråga om otillåtna direktupphandlingar eftersom direktupphandlingar av samma slag överstiger 15 procent av tröskelvärdet under räkenskapsåret. En leverantör som upptäcker att upphandlande enhet bryter mot ramavtal på detta sätt kan även göra gällande avtalsbrott som får prövas som ett dispositivt tvistemål i allmän domstol. Emellertid kan en leverantör inte nekas möjligheten att angripa återkommande brott mot ramavtal inom ramen för upphandlingsrättslig förvaltningsprocess. I aktuellt fall har kommunen åsidosatt sina skyldigheter som följer av LOU. Såväl leverantörer som kommunen lider skada av denna typ av agerande. Inte minst går ett av LOU:s främsta syften förlorat, nämligen att främja sund konkurrens och motverka att subjektiva och/eller godtyckliga motiv får orsaka det allmänna kostnader. En följd av detta är att upphandlande myndigheter inte behöver efterleva LOU:s bestämmelser så länge inköp görs från leverantör med gällande ramavtal. Därmed kan upphandlande enheter anta en obegränsad mängd leverantörer som den träffar ramavtal med och därefter fritt välja vilken leverantör som ska få uppdrag. Med detta synsätt framgår inte villkoren för en upphandling av vare sig förfrågningsunderlag, tilldelningsbeslut eller ramavtal. Leverantörerna kan alltså inte räkna med att den upphandlande enheten anser sig skyldig att följa de villkor som har ställts upp. Detta innebär ett åsidosättande av principen om transparens. Tillämpningen av ramavtal är således en

upphandlingsrättslig angelägenhet. LOU:s systematik med annonsering, förfrågningsunderlag, kvalificering, anbudsprövning och ramavtal kräver att den upphandlande enheten ska ha en skyldighet att följa villkoren i ett ramavtal och att dessa inte väsentligen får förändras. Brott mot avropsordningen enligt ett ramavtal utgör därmed ett åsidosättande av LOU:s regler om annonsering och innebär därutöver även brott mot kravet på affärsmässighet, principen om transparens samt likabehandlingsprincipen.

Uppdrag 3 och 6

Uppdrag 3 och 6 avser uppdrag som berör avtalsrätt och omfattas därmed inte av ramavtalet. Kommunen har direktupphandlat dessa uppdrag utan föregående annonsering. Avseende uppdrag 6 har under 2012 betalningar gjorts uppgående till 149 132 kr exklusive mervärdesskatt. Emellertid förefaller uppdraget ännu inte vara avslutat, varför inte erlagd betalning kan anses motsvara kontraktets totala värde. Kommunen har direktupphandlat juridiska tjänster, utanför ramavtalets tillämpningsområde, under räkenskapsåret 2012 för 890 090 kr exklusive mervärdesskatt, vilket är mer än 15 procent av tröskelvärdet. Det står härvid klart att uppdrag 3 och 6 är otillåtna direktupphandlingar som ska ogiltigförklaras då kommunen inte har beaktat reglerna om annonsering.

Juridiska tjänster är tjänster av samma slag, oaktat vilket rättsområde tjänsten berör. Önskemål om kvalitet på levererad tjänst tillgodoses enligt LOU genom att upphandlande myndighet har möjlighet att ställa krav på leverantörerna inom ramen för en upphandling. Däremot ska inte denna typ av kvalitetspecifikation få styra utrymmet för tillåtna direktupphandlingar såsom kommunen gör gällande. Kommunens mark- och miljökontor, samhällsbyggnadskontor, socialkontor och kommunledningskontor utgör inte självständiga upphandlande myndigheter. Den aktuella upphandlande myndigheten måste vara

kommunen. Ovan nämnda nämnder/kontor utgör inte egna rättssubjekt utan är en del av den juridiska person som är kommunen. Även för det fall att de olika kontoren anses utgöra självständiga upphandlande myndigheter har gränsen för tillåten direktupphandling överskridits med avseende på de uppdrag som aktuell ansökan avser. Det framstår vidare som oklart hur kommunledningskontoret finansierar direktupphandlingar när fakturor avseende uppdragen bokförs i kommunens allmänna reskontra för övriga konsulter. Samtliga fakturor avseende kommunens inköp av juridiska tjänster har belastat detta konto.

Värmdö kommun

Kommunen bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Vad kommunen i förvaltningsrätten benämnt uppdrag 4 benämner bolaget i kammarrätten som två olika uppdrag; uppdrag 1 respektive uppdrag 4. Kommunen vidhåller i denna del att dessa uppdrag utgör ett och samma uppdrag/tilldelning i upphandlingsrättslig mening. Huruvida fråga är om ett eller flera uppdrag/kontrakt torde i och för sig i princip vara utan betydelse för utgången i detta mål, eftersom kommunen inte bestrider att ansökan om överprövning inkommit i rätt tid avseende detta uppdrag. Kommunen uppfattar inte att förvaltningsrätten har avvisat bolagets talan avseende det avtal som kan anses slutet den 7 juni 2012 med leverantören Advokatfirman Steinman AB.

Uppdrag 1-5

Kommunen vidhåller i första hand att uppdragen har omfattats av ramavtalet och att kommunen har haft rätt att inte erbjuda bolaget att få utföra dessa. Vid tidpunkten för respektive tilldelning förelåg hävningsgrund för kommunens del gentemot bolaget med avseende på ramavtalet. Kommunen har således inte brutit mot LOU eller mot ramavtalet genom att tilldela uppdragen/kontrakten till annan leverantör

än bolaget. I andra hand vidhåller kommunen att var och en av uppdragstilldelningarna, under alla förhållanden, endast kan ha utgjort en överträdelse av rangordningsbestämmelserna i ramavtalet. Bestämmelsen i 16 kap. 13 § LOU ger inte förutsättningar för att ogiltigförklara avrop som sker enligt ett ramavtal med samtliga villkor fastställda på den grunden att en överträdelse av ramavtalets rangordningsbestämmelser skulle vara för handen. Uppdrag 3 är att hänföra till rättsområdet fastighetsrätt och tilldelningen utgör därför ett avrop från ramavtalet. Ingångna ramavtal mellan kommunen och annan ramavtalsleverantör än bolaget har inte blivit föremål för sådana väsentliga förändringar som skulle kunna ge möjlighet till ogiltighetstalan. Enbart det förhållande att en ramavtalsleverantör som inte är rangordnad som nr 1 erhåller ett avrop innebär givetvis inte att kommunen och denna ramavtalsleverantör härigenom enats om en civilrättsligt bindande ändring av det underliggande ramavtal som gäller mellan parterna. Bolagets argumentation rörande väsentlig förändring av ramavtalen synes leda till att varje ramavtalsleverantör – som trots att den inte är rangordnad som nr 1 har erhållit avrop – som en direkt följd av avropet har lyckats binda kommunen vid ett civilrättsligt förändrat ramavtal vad avser rangordningen.

Uppdrag 6

Uppdraget tilldelades med stöd av bestämmelsen om lågt avtalsvärde i 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Uppdrag 6 bör inte räknas samman med juridiska tjänsteuppdrag som avser andra rättsområden än allmän avtalsrätt. Kommunen har köpt juridiska tjänster under räkenskapsåret 2012 för 879 548 kr exklusive mervärdesskatt fördelat på rättsområdena mark- och miljö rätt (444 821 kr), fastighetsrätt (160 223 kr), socialrätt (94 822 kr), upphandlingsjuridik (30 550 kr) och allmän avtalsrätt (149 132 kr). Till denna förteckning ska också adderas offentlighet/sekretess (10 548 kr). Tjänster inom dessa olika områden är

inte tjänster ”av samma slag”. Det är tydligt att marknaden för juridiska tjänster har kommit att gå mot en allt ökad grad av specialisering. Denna utveckling kan observeras såväl på individnivå, i form av att enskilda jurister specialiserar sig i allt större utsträckning, som på leverantörsnivå, i form av specialiserade advokat- och juristfirmor. Även om marknaden innehåller s.k. fullservicebyråer som erbjuder tjänster inom samtliga juridikens fält, måste den stora majoriteten av aktörer på marknaden numera klassificeras som mer eller mindre specialiserade inom ett antal juridiska rättsområden. Den typiska advokat- eller juristfirman är således inte en fullservicebyrå, utan en aktör inriktad på att bistå med rådgivning inom endast några rättsområden. Detta förhållande manifesteras även i offentliga upphandlingar av juridiska tjänster, bl.a. i förevarande upphandling, där vissa advokatbyråer lämnat anbud inom några rättsområden men inte inom andra. Det bör endast vara fråga om samma slags direktupphandlingar om leverantörerna på marknaden typiskt sett tillhandahåller de kombinationer av juridiska tjänster som här är fråga om. Den typiske, genomsnittlige aktören på tjänstemarknaden kan inte anses vara förmögen att tillgodose kommunens behov av kvalificerade juristtjänster inom de aktuella kombinationerna av tjänstekategorier. Härmed föreligger grund för att vid de bedömningar som ska göras enligt 15 kap. 3 § andra stycket och 3 a § tredje stycket LOU anse att den tjänst som anskaffats genom uppdrag 6 inte är av samma slag som någon av de andra aktuella tjänstekategorierna.

Ytterligare ett skäl för att vid en bedömning enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU separera nu olika typer av uppdrag från varandra, är förhållandet att olika självständiga förvaltningskontor inom kommunen har varit beställare av de olika tjänsterna. De förvaltningskontor som har beställt nu aktuella tjänster är bygg- och miljökontoret (primärt uppdrag inom fastighets- och miljö rätt), samhällsbyggnadskontoret (fastighetsrätt), socialkontoret (LVU-ärenden) samt kommunledningskontoret (allmän avtalsrätt, upphandlingsstöd och

fastighetsrätt). Dessa förvaltningskontor har samtliga en självständig budget och ett eget ansvar för kostnaderna i sin verksamhet, inbegripet för inköp av tjänster. Med hänsyn till förvaltningskontorens relativa självständighet i förhållande till varandra bör kommunledningskontoret vara att betrakta som en egen upphandlande myndighet. Uppdrag 6 har beställts av kommunledningskontoret, som under 2012 även har beställt juridiska tjänster inom området fastighetsrätt (70 048 kr) och upphandlingsstöd (30 550 kr). Eftersom kommunledningskontoret är en egen upphandlande myndighet ska övriga förvaltningskontors inköp inte räknas samman med kommunledningskontorets nu aktuella tilldelningar av bl.a. uppdrag 6.

Advokatfirman Ann-Christine Johnsson AB, som har har förelagts att yttra sig i målet, anser att överklagandet ska avslås och ansluter sig till de skäl som anförts av Värmdö kommun.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Prövningsramen

I kammarrätten omfattar bolagets talan inte den av förvaltningsrätten avvisade delen av ansökan (uppdrag 1 i förvaltningsrätten avseende delgivning av uppsägning av hyresgäst den 30 mars 2012). I målet är ostridigt att ansökan om överprövning kommit in i rätt tid avseende övriga uppdrag. De avtal som bolaget i kammarrätten benämner uppdrag 1 och 4 har kommunen i förvaltningsrätten ansett vara ett uppdrag, nämligen uppdrag 4. Avtalet med Advokatfirman Steinman AB avseende uppdrag den 7–29 juni 2012 får därmed anses ha varit föremål för förvaltningsrättens prövning. Mot denna bakgrund finner kammarrätten att en prövning av bolagets nu uppställda yrkanden avseende av dem benämnda uppdrag 1–6 kan göras av kammarrätten.

Uppdrag 1-5

Kammarrätten finner inledningsvis att uppdrag 3 har sådan koppling till rättsområdet fastighetsrätt att det får anses falla inom det aktuella ramavtalets tillämpningsområde. I målet är ostridigt att även uppdrag 1, 2, 4 och 5 faller inom ramavtalets tillämpningsområde. Vad gäller frågan om en avvikelse från avropsordningen i ett ramavtal med samtliga villkor fastställda kan angripas genom en ogiltighetstalan enligt 16 kap. 13 § LOU gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten. Överklagandet ska därför avslås i denna del.

Uppdrag 6

I målet är ostridigt att uppdrag 6 har genomförts genom en direktupphandling. Kommunen har anfört att direktupphandling varit tillåtet på grund av lågt avtalsvärde, att juridiska tjänster inte kan anses vara tjänster av samma slag och att de olika förvaltningskontoren utgör självständiga upphandlande myndigheter.

Samma slags tjänst

Enligt 1 kap. 2 § andra stycket LOU tillämpas endast 15 kap. i fråga om offentlig upphandling som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster). Kategori 21 i bilaga 3 är juridiska tjänster.

Direktupphandling får enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU användas bl.a. om kontraktets värde understiger 15 procent av tröskelvärdet, eller 284 631 kr. Av 15 kap. 3 a § LOU framgår att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten

beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

I förarbetena till den sistnämnda bestämmelsen framgår bl.a. att den inte innebär något förbud mot att dela upp en upphandling i delkontrakt. Upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll bör dock inte upphandlas separat. Den upphandlande myndigheten ansvarar således för att se till att de upphandlingar som görs inom myndigheten inte överskrider direktupphandlingsbeloppen. Det innebär vidare att en upphandlande myndighet måste ha kontroll över vilka upphandlingar som görs inom myndighetens samtliga avdelningar. Samtliga upphandlingar av samma slag inom samma upphandlande myndighet bör läggas till grund för beräkningen av kontraktets värde (prop. 2009/10:180 s. 293).

Upphandlingar av sådana varor, tjänster och byggtreprenader som typiskt sett tillhandahålls av en leverantör bör räknas samman vid beräkning av tröskelvärdet. I litteraturen ges som exempel att kulspetspennor, radergummin och pennvässare utgör upphandlingar av samma slag, eftersom de vanligtvis tillhandahålls av leverantörer som säljer kontorsmaterial (Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2:a upplagan, 2005, s. 383). Enligt kammarrättens mening saknas skäl att dela upp olika juridiska rättsområden i olika slags tjänster vid beräkningen av direktupphandlingar. De juridiska tjänsterna som kommunen köpt in får således anses vara köp av samma slags tjänster och ska ligga till grund för beräkning av kontraktets värde enligt 15 kap. 3 a § LOU (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 22 maj 2013 i mål nr 2504-13).

Upphandlande myndighet

Med upphandlande myndighet avses enligt 2 kap. 19 § LOU statliga och kommunala myndigheter. Med myndighet jämställs även beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ samt sammanslutningar av en eller flera myndigheter eller församlingar eller sammanslutningar av ett eller flera organ.

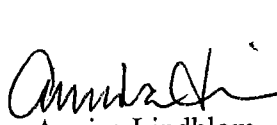
Kommunen som sådan är en upphandlande myndighet. Kommunens olika nämnder kan dock självständigt ansvara för upphandlingar och därmed utgöra en upphandlande myndighet i upphandlingsrättsligt hänseende (jfr Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, 2013, s. 175 f). Enligt kammarrättens mening har kommunen emellertid inte visat att det är kommunala nämnder eller andra upphandlande myndigheter än kommunen som självständigt upphandlat vissa av de direktupphandlade juridiska tjänsterna under 2012. Kommunen som sådan ska därmed anses ha varit upphandlande myndighet.


Ogiltighet

Kammarrätten har bedömt att uppdrag 6 utgör en direktupphandling. I målet är vidare ostridigt att kommunen har köpt juridiska tjänster utanför ramavtalet som överskrider det tillåtna tröskelvärdet för direktupphandlingar i 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Mot bakgrund av att kammarrätten även bedömt att juridiska tjänster ska anses utgöra tjänster av samma slag och att kommunen har varit upphandlande myndighet utgör detta uppdrag en otillåten direktupphandling. Eftersom avtalet har slutits utan föregående annonsering finns förutsättningar för att förklara det ogiltigt enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Kommunen har inte visat att något undantag från skyldigheten att annonsera har varit tillämpligt. Inte heller har några tvingande hänsyn till


ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 § LOU framkommit. Avtalet mellan kommunen och Advokatfirman Ann-Christine Johnsson AB benämnt uppdrag 6 ska därmed förklaras ogiltigt. Eftersom bolagets yrkande är begränsat i tiden till den 14 augusti–27 november 2012 prövar inte kammarrätten avtalets giltighet för tiden därefter. Med anledning av det anförda ska överklagandet bifallas i den del det avser uppdrag den 14 augusti–27 november 2012 (uppdrag 6).

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


Annica Lindblom
kammarrättsråd
ordförande


Eva Hammar
kammarrättsråd
referent


Gunilla Berendt
kammarrättsråd


Karl Rahm
kammarrättsfiskal
föredragande