



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2024-10-11
Meddelad i Göteborg

Mål nr
3497-24

SÖKANDE

Vardaga Äldreomsorg AB, 556573-6450

Ombud: Advokat Catharina Piper och biträdande jurist Marie Nilsson

MOTPART

Göteborgs kommun

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

SAMMANFATTNING

Göteborgs kommun (kommunen) och Tre Stiftelser ingick den 22 december 2023 ett avtal med innebörden att Tre Stiftelser ska fortsätta att tillhandahålla äldreomsorgsplatser åt kommunen under en övergångsperiod. Vardaga Äldreomsorg AB (Vardaga) ansöker om överprövning av avtalets giltighet och anför att det är fråga om en otillåten direktupphandling eftersom avtalet har slutits utan föregående annonsering i strid med bestämmelserna i LOU.

Kommunen anför att det är Äldre samt vård- och omsorgsnämnden som är upphandlande myndighet i detta fall. Förvaltningsrätten bedömer dock att kommunen ska anses vara upphandlande myndighet.

Förvaltningsrätten bedömer också att upphandlingen inte är undantagen från LOU:s tillämpningsområde. Undantaget för intern upphandling bedöms inte kunna tillämpas eftersom kommunen inte har visat att den utövar tillräcklig kontroll över Tre Stiftelser.

Vidare bedömer förvaltningsrätten att det har varit fråga om en otillåten direktupphandling. Skälet till det är för det första att värdet av upphandlingen ostridigt överstiger det belopp där direktupphandling regelmässigt är tillåten. För det andra bedömer förvaltningsrätten att bestämmelserna om direktupphandling vid synnerlig brådska inte har kunnat användas eftersom den brådska som har uppkommit kan tillskrivas, och kunde förutses av, kommunen. För det tredje bedömer förvaltningsrätten att kommunen inte har visat att det har funnits sådana synnerliga skäl att direktupphandling ändå fick användas.

Därmed är förutsättningarna för att förklara avtalet ogiltigt uppfyllda. Förvaltningsrätten avslår trots detta Vardagas ansökan eftersom det är motiverat av tvingande hänsyn till ett allmänintresse att avtalet ska få bestå.

BAKGRUND

Tre Stiftelser är ett samlingsnamn för tre separata stiftelser: Stiftelsen Göteborgs sjukhem (Göteborgs sjukhem), Stiftelsen Ålderdomshemmet i Göteborg (Ålderdomshemmet) och Stiftelsen Otium (Otium). Tre Stiftelser har sedan mer än 20 år tillbaka tillhandahållit äldreomsorg åt kommun.

Göteborgs kommunfullmäktige (kommunfullmäktige) beslutade den 7 september 2023 att ett nytt avtal med Tre Stiftelser skulle ingås. Ett sådant avtal, benämnt Tillfälligt vårdavtal mellan Tre Stiftelser och Göteborgs stad (nedan avtalet), ingicks den 22 december 2023 utan föregående annonsering. Såsom avtalet är formulerat har det ingåtts mellan kommunen genom Äldre samt vård- och omsorgsnämnden (nämnden) och Tre Stiftelser. Enligt avtalet ska Tre Stiftelser tillhandahålla vård- och omsorgsplatser för äldre i Göteborg under en övergångsperiod. Avtalet omfattar även hälso- och sjukvård i vård- och omsorgsboende. I avtalet anges att kommunen i egenskap av uppdragsgivare är huvudman för köp av de tjänster som omfattas av avtalet, men nämnden svarar för all handläggning som rör insatserna.

YRKANDEN M.M.**Sökandens talan**

Vardaga ansöker om överprövning av avtalets giltighet och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att avtalet är ogiltigt. *Vardaga* anför bl.a. följande.

Det är rätteligen kommunen som utgör den upphandlande myndigheten i fråga om avtalet, inte nämnden. Avtalet har ingåtts baserat på ett beslut från kommunfullmäktige och inte på något självständigt beslut från nämnden.

Nämnden har således inte genomfört den otillåtna direktupphandlingen självständigt, utan på uppdrag av kommunen.

Kommunen gör gällande att det har varit fråga om en intern upphandling som enligt 3 kap. 11 § LOU är undantaget från LOU. Det är kommunen som har bevisbördan för detta. Eftersom kontrollkriteriet i 3 kap. 12 § första stycket 1 inte är uppfyllt kan det inte anses vara fråga om en intern upphandling. I förarbetena till LOU anges att kontrollkriteriet sannolikt inte kan uppfyllas beträffande stiftelser. Kommunen har inte ett avgörande inflytande över Tre Stiftelsers strategiska mål och viktiga beslut i enlighet med 3 kap. 12 § andra stycket LOU. Det kan också konstateras att kommunens stadsledningskontor vid ett flertal tillfällen har utrett kommunens förhållande till Tre Stiftelser och vid samtliga tillfällen kommit fram till att aktuella tjänster omfattas av upphandlingsplikt. Nyligen har även en extern utredning genomförts som har kommit till samma slutsats. Därmed är upphandlingen inte undantagen från LOU. De vård- och omsorgstjänster som omfattas av avtalet utgör tjänster enligt bilaga 2 till LOU. Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling eftersom avtalet har ingåtts utan föregående annonsering och det inte har varit fråga om en sådan undantagssituation där direktupphandling är tillåten. Avtalets värde överskrider med råge tröskelvärdet varför kommunen inte har haft rätt att direktupphandla med stöd av undantagsbestämmelsen i 19 a kap. 2 § LOU.

Det har inte heller varit tillåtet att direktupphandla med stöd av 19 a kap. 5 § 1 LOU, eftersom det inte förelegat någon sådan synnerlig brådska som berott på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av kommunen. Kommunen har under mycket lång tid – mer än 20 år – haft vårdavtal med Tre Stiftelser som inte har annonserats och således inte konkurrensutsatts, och kommunen har under ett års tid varit medveten om att tidigare vårdavtal skulle löpa ut. Det har således funnits god tid att genomföra

en ny annonserad upphandling. Kommunen har varit väl medveten om att tjänsterna har behövt upphandlas genom annonserad upphandling.

Det har inte funnits synnerliga skäl för kommunen att använda direktupphandling. Undantagsbestämmelsen i 19 a kap. 5 § 3 LOU ska tillämpas ytterst restriktivt. Vård- och omsorgstagarna på Tre Stiftelsers boenden skulle få minst lika bra vård och omsorg om tjänsterna utfördes av en annan leverantör. Vid en verksamhetsövergång skulle inte heller vård- och omsorgskedjan behöva brytas. Därtill kan det under inga omständigheter föreligga synnerliga skäl att låta placera nya vård- och omsorgstagare på Tre Stiftelsers boenden, vilket avtalet medger. Det är kommunen själv som, genom otillbörligt gynnande av Tre Stiftelser under flera decennier, är ansvarig för den s.k. komplexa situation som har uppkommit. Det bör i sammanhanget även beaktas att avtalets värde är mycket högt, vilket ytterligare försvårar kommunens kringgående av LOU.

Det saknas skäl att låta avtalet bestå enligt 20 kap. 14 § LOU. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Behov av vård- och omsorgsplatser kan i vart fall delvis tillgodoses genom befintligt ramavtal. För det fall att befintligt ramavtal inte fullt ut kan tillgodose samtliga vård- och omsorgstagares behov innebär detta inte att kommunen har haft rätt att genomföra en otillåten direktupphandling och att avtalet ska bestå. Behovet kan i allra högsta grad tillgodoses av andra privata aktörer, såväl inom som utanför befintligt ramavtal. Vård- och omsorgstagarnas behov kan även tillgodoses genom en sedvanlig verksamhetsövergång, något som regelmässigt sker t.ex. efter nya upphandlingar, och som såväl idéburna som privata aktörer har stor erfarenhet av. Att Tre Stiftelsers stadgar eventuellt inte medger en verksamhetsövergång är inte ett giltigt skäl för att låta avtalet bestå. Att ingå avtalet har inte varit nödvändigt för kommunen, varför åtgärden har varit i strid med proportionalitetsprincipen (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2019 ref. 18).

Motpartens talan

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Av kommunens riktlinjer för inköp och upphandling, beslutad av kommunfullmäktige, framkommer att varje nämnd och styrelse i kommunen är en egen upphandlande myndighet och ansvarar för sin egen interna kontroll i frågor som rör inköp och upphandling. Nämnden har en egen förvaltning och budget. Nämnden är därför en självständig upphandlande myndighet. Det är vidare nämnden som är upphandlande myndighet när det gäller platser på vård- och omsorgsboende inom kommunen, och det är nämnden som har genomfört den aktuella upphandlingen.

Det har varit fråga om en intern upphandling som är undantagen från LOU:s tillämpning. Kommunen och Tre Stiftelser har en nära relation. Styrelsen till Göteborgs sjukhem utses enligt stiftelsens stadgar av kommunfullmäktige i samband med allmänna val. Göteborgs sjukhem är förvaltare för Ålderdomshemmet och Otium. Det är vidare kommunfullmäktige som ensamt äger rätt att göra ändringar i respektive stiftelses stadgar. Frågan om beslut av styrelseledamöter till Tre Stiftelser styrelse hanteras dessutom som ett eget ärende vid kommunfullmäktige. Detta visar att kommunen har ett inflytande över stiftelsernas strategiska mål och viktiga beslut. Kommunen utser dessutom revisorerna för samtliga stiftelser, som ska utföra granskningen i enlighet med bestämmelserna i kommunallagen (2017:725) och föreskrifter som utfärdas av staden, dvs. enligt samma regler och anvisningar som gäller för kommunala bolag. Tre Stiftelser har enligt stadgarna leveransplikt i förhållande till kommunen. Genom ett vårdavtal från 2005, upprättat av kommunen, har kommunen övergripande bestämt leveransvillkoren, som gäller även med det nu aktuella avtalet. Tre Stiftelser tillhandahåller inte heller tjänster till någon annan beställare.

Det har därtill förelegat synnerlig brådska. Nämnden hemställde i november 2022 till kommunfullmäktige att förändringar av Tre Stiftelsers uppdrag och överenskommer med kommunen skulle utredas. Kommunfullmäktige beslutade först den 7 september 2023 att nämnden skulle ingå ett nytt vårdavtal med Tre Stiftelser. Under perioden november 2022–september 2023 kunde nämnden inte ingå ett nytt vårdavtal med Tre Stiftelser eftersom ärendet låg hos kommunfullmäktige. Det tidigare vårdavtalet upphörde den 31 december 2023 vilket innebär att nämnden endast hade knappt fyra månader för att genomföra en annonserad upphandling. Det har därför funnits synnerlig brådska. Relationerna mellan kommunen och Tre Stiftelser är komplexa och har därför tagit tid att reda ut.

Det har i vart fall funnits synnerliga skäl för kommunen att direktupphandla avtalet. Synnerliga skäl för direktupphandling kan enligt förarbetena finnas för tjänster av detta slag där relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare annars skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämras. Kommunens och Tre Stiftelsers komplexa mellanhavanden har krävt omfattande juridisk utredning, och det har funnits synnerliga skäl för direktupphandling för att inte bryta vård- och omsorgskedjan för de boende hos Tre Stiftelser. Avtalet har relativt kort avtalstid med möjligheter för nämnden att säga upp det, med kort uppsägningstid.

Det finns också skäl att låta avtalet bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Nämnden har, som huvudman, ett yttersta ansvar för att individers beslut om särskilt boende verkställs. Det befintliga ramavtalet har ett tak för antalet platser och behovet för de boende hos Tre Stiftelser hade inte kunnat tillgodoses genom ramavtalet. Att låta en annan aktör överta verksamheten är inte heller ett alternativ eftersom Tre Stiftelsers stadgar inte medger det. Det finns stiftelserättsliga hinder mot en överlåtelse av verksamheten eftersom det skulle kunna uppfattas som att Tre Stiftelser upphör att agera i enlighet med sina ändamål. Frågan om verksamhetsövergång involverar också

arbetsrättsliga frågor eftersom det innefattar en övergång av personal i boendena.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter vid prövningen

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 19 kap. 6 § när direktupphandling enligt 19 a kap. LOU inte har fått användas (20 kap. 13 a § 1 LOU).

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter som denne grundar sin talan på (se RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2023 ref. 44 p. 14–15).

Det är kommunen som är upphandlande myndighet

Parterna är inte ense om vilken upphandlande myndighet som har upphandlat det aktuella avtalet. Kommunen anser att nämnden utgör en egen upphandlande myndighet, och anser vidare att det är nämnden som har genomfört upphandlingen. Vardaga förefaller i och för sig inte bestrida att nämnden generellt kan vara en egen upphandlande myndighet, men bestrider att så är fallet i förhållande till det nu aktuella avtalet och upphandlingen av detta. Vardaga anser i stället att det är kommunen som är upphandlande myndighet i detta fall, och att nämnden har genomfört upphandlingen på uppdrag av kommunen.

Högsta förvaltningsdomstolen har i ett avgörande uttalat att det bör kunna accepteras att en kommun betraktar varje kommunal nämnd som en egen upphandlande myndighet, så länge detta inte sker på ett sätt som kommer i konflikt med upphandlingsdirektivets¹ syften. För att inte undergräva direktivets effektiva verkan ansåg domstolen dock att ett krav för att en kommunal nämnd ska godtas som egen upphandlande myndighet bör vara att nämnden genomför sina upphandlingar självständigt. I sin bedömning i det aktuella fallet fäste domstolen vikt vid huruvida just den aktuella upphandlingen hade genomförts självständigt (HFD 2018 ref. 67).

Det finns inte skäl att ifrågasätta att nämnden generellt kan vara en egen upphandlande myndighet och genomföra upphandlingar självständigt. I detta specifika fall anser förvaltningsrätten dock att nämnden inte förefaller ha genomfört upphandlingen självständigt. Av utredningen i målet framgår att avtalet ingicks efter beslut från kommunfullmäktige om att ett nytt avtal skulle ingås med Tre Stiftelser. Det är således kommunfullmäktige och inte nämnden som har beslutat om några av de viktigaste frågorna vid en upphandling, nämligen vad som ska köpas in, när det ska ske, och vilken leverantör som ska tilldelas kontrakt. När det gäller den aktuella upphandlingen kan nämnden således inte ha agerat självständigt.

Frågan är då om det i stället finns någon annan självständig enhet inom kommunen som ska anses vara upphandlande myndighet. Den enhet som närmast kunde komma i fråga är kommunfullmäktige som har fattat beslut om att avtalet skulle ingås. Avtalet är dock utformat som att det är kommunen som är Tre Stiftelsers motpart. Kommunfullmäktige har ingen roll alls i avtalet, medan nämnden i vart fall har rollen som handläggande myndighet och som den del inom kommunen som avtalet har ingåtts genom.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Här bör framhållas att kommunfullmäktige och kommunala nämnder inte utgör egna juridiska personer, utan den juridiska personen är kommunen. Begreppet upphandlande myndighet i LOU måste inte sammanfalla med begreppet juridisk person, utan funktionellt skilda enheter inom en kommun kan utgöra separata upphandlande myndigheter (jfr HFD 2018 ref. 67). I den mån det inte går att etablera att någon enhet har agerat på ett sätt sådant självständigt sätt framstår det dock som naturligt att betrakta den juridiska personen som upphandlande myndighet vid tillämpning av bestämmelserna i LOU. I detta fall är den juridiska personen alltså kommunen i sig.

Förvaltningsrätten bedömer därför att det vid tillämpningen av de regler som här blir aktuella finns skäl att betrakta kommunen som upphandlande myndighet.

Såvitt avser partsställningen i målet bör kommunen i sig, i enlighet med ovanstående, anses vara sökandens motpart. Nämnden, som är en del av kommunen, får dock anses kunna företräda kommunen i målet på samma sätt som nämnden också i praktiska hänseenden har genomfört upphandlingen.

Undantaget för intern upphandling är inte tillämpligt

Tillämpliga bestämmelser

LOU gäller inte när den upphandlande myndighetens motpart är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (2017:725), om upphandlingen är en intern upphandling enligt 3 kap. 12–16 §§ (3 kap. 11 § LOU).

En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet),

2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 3 kap. 16 §, för myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 3 kap. 11 § och som myndigheten utövar kontroll över (verksamhetskriteriet), och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten (3 kap. 12 § första stycket LOU).

En upphandlande myndighet ska anses utöva kontroll enligt 3 kap. 12 § första stycket 1 LOU om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten (3 kap. 12 § andra stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen gör i första hand gällande att upphandlingen ska anses vara en intern upphandling, och att den därför är undantagen från LOU (det s.k. in house-undantaget). För att det ska vara fråga om en intern upphandling krävs enligt ovanstående bestämmelser både att kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet är uppfyllt, samt att det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten. Det som framför allt är stridigt i målet är om kontrollkriteriet är uppfyllt.

Vad kommunen anför i fråga om kommunens kontroll över Tre Stiftelser har redovisats ovan. Den bestämmelse i 3 kap. LOU som kommunen har hänvisat till är 3 kap. 12 § LOU. Den bestämmelsen rör s.k. vertikala köp, när leverantören står under kontroll av den upphandlande myndigheten. Detta kan jämföras med när ett moderbolag köper av ett dotterbolag. Om det är nämnden som är upphandlande myndighet i förhållande till det aktuella avtalet – vilket kommunen anför – är det dock uppenbart att 3 kap. 12 § LOU inte kan tillämpas eftersom det inte har kommit fram att nämnden utövar någon särskild

kontroll över Tre Stiftelser. Den kontroll det är fråga om utövas i stället av kommunen i stort, eller specifikt av kommunfullmäktige som alltså, utifrån kommunens synsätt, inte är den relevanta upphandlande myndigheten i detta fall. Med hänsyn till vad som angetts ovan bör dock kommunen betraktas som upphandlande myndighet i detta fall, varför ovanstående inte i sig utgör hinder mot att tillämpa 3 kap. 12 § LOU. I annat fall finns möjlighet att i stället undanta interna köp från LOU:s tillämpning med stöd av 3 kap. 15 § LOU, som rör s.k. horisontella köp. Frågan är då om Tre Stiftelser ska anses stå under sådan kontroll av kommunen att kontrollkriteriet är uppfyllt.

In house-undantaget har utvecklats i EU-domstolens praxis (se EU-domstolens dom av den 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562 m.fl. efterföljande domar). När undantaget kodifierades i svensk upphandlingslagstiftning uttalades i förarbetena att EU-domstolens praxis visserligen inte synes utesluta att erforderlig kontroll kan utövas av en upphandlande myndighet över en fristående enhet även om myndigheten inte äger eller på annat sätt innehar den. Dock angavs att möjligheterna i svensk rätt för stiftaren att utöva ett bestämmande inflytande över en stiftelses strategiska mål och viktiga beslut generellt sett framstod som små. Regeringens bedömning var därför att kontrollkriteriet med största sannolikhet inte kan uppfyllas för stiftelser (se prop. 2011/12:106 s. 33, 40 och 44).

Det är kommunen som har bevisbördan för att in house-undantaget är tillämpligt (se t.ex. EU-domstolens dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 46). Även om det, enligt ovan nämnda förarbetsuttalanden, kan finnas en viss öppning för att kontrollkriteriet skulle kunna vara uppfyllt för stiftelser får det anses vara fråga om en undantagssituation. Därmed får det, enligt förvaltningsrättens mening, ställas ganska höga krav på bevisningen i aktuellt fall, för att kommunen ska anses utöva sådan kontroll över Tre Stiftelser att kontrollkriteriet är uppfyllt.

Kommunen har visserligen fört fram vissa argument som talar i riktning mot att kontrollkriteriet skulle vara uppfyllt. Mot detta har Vardaga dock åberopat kommunens egna externa och interna utredningar, genomförda av och på uppdrag av Stadsledningskontoret, som har funnit att in house-undantaget inte är tillämpligt. Här framhålls bl.a. att kommunen har begränsade möjligheter att ändra stiftelsernas ändamål, återta egendom som tillförts dem, eller att förbehålla sig rätt att bestämma över någon del av förvaltningen, fränsett genom val av styrelse.

Förvaltningsrätten bedömer mot den bakgrunden att kommunen inte har visat att kontrollkriteriet är uppfyllt. Det innebär att det inte kan anses vara fråga om en intern upphandling. Det har inte kommit fram något annat skäl till att upphandlingen skulle vara undantagen från LOU.

Det har inte varit tillåtet att direktupphandla på grund av synnerlig brådska

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Direktupphandling får användas om det på grund av synnerlig brådska, som beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, inte är möjligt att genomföra upphandlingen enligt 19 kap. LOU och anskaffningen är absolut nödvändig (19 a kap. 5 § första stycket 1 LOU).

Direktupphandling enligt ovanstående bestämmelse får endast användas om värdet av upphandlingen beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 eller 2 § LOU eller om upphandlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 till LOU (19 a kap. 5 § andra stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Det är ostridigt att upphandlingens värde är för högt för att direktupphandling skulle ha varit tillåten med stöd av med stöd av 19 a kap. 2 § LOU, som tillåter direktupphandling under vissa belopp. Eftersom det som har upphandlats ostridigt är en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 till LOU kan direktupphandling emellertid ändå ha varit tillåten om någon av situationerna i 19 a kap. 5 § första stycket LOU är uppfyllda.

För att direktupphandling ska vara tillåten vid synnerlig brådska krävs att denna brådska beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Kommunen anför här att nämnden inte kunde ingå ett nytt vårdavtal med Tre Stiftelser förrän den 7 september 2024 eftersom ärendet då låg hos kommunfullmäktige, och att det tidigare vårdavtalet löpte ut den 31 december 2023. Detta innebar enligt kommunen att det fanns för lite tid för att genomföra en annonserad upphandling.

De omständigheter som kommunen anför kan visserligen inte direkt tillskrivas nämnden, men det är däremot uppenbart att de kan tillskrivas och kunnat förutses av andra enheter inom kommunen. Detta får i sig anses vara skäl att betrakta kommunen som upphandlande myndighet vid tillämpning av reglerna om direktupphandling vid synnerlig brådska. Ett annat synsätt hade i detta fall hade i princip inneburit att kommunen kunde kringgå reglerna genom att en enhet inom kommunen, så att säga, skapar brådska åt en annan.

Eftersom brådskan i detta fall beror på omständigheter kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten har det inte varit tillåtet att direktupphandla avtalet med hänvisning till synnerlig brådska enligt 19 a kap. 5 § första stycket 1 LOU.

Det har inte funnits synnerliga skäl för direktupphandling

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Direktupphandling får användas om det finns synnerliga skäl (19 a kap. 5 § första stycket 3 LOU).

Direktupphandling enligt ovanstående bestämmelse får endast användas om värdet av upphandlingen beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 eller 2 § eller om upphandlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 till LOU (19 a kap. 5 § andra stycket LOU).

I äldre förarbeten, som fortfarande är aktuella, anges följande. Uttrycket synnerliga skäl innebär att direktupphandling endast får utnyttjas i undantagsfall. Vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster bör dock kunna direktupphandlas. Det är främst sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämrats eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendialternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Vidare bör sådana fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling grunda rätt till direktupphandling (se prop. 2021/22:5 s. 211–212, prop. 2009/10:180 del 1 s. 344–345 och prop. 2001/02:142 s. 99).

Förvaltningsrättens bedömning

Det är kommunen som har bevisbördan även för att det har funnits synnerliga skäl som har tillåtit direktupphandling. Kommunen har här framför allt hänvisat till att mellanhavandena mellan kommunen och Tre Stiftelser har behövt utredas, vilket har tagit tid, och att det har varit angeläget att inte bryta vård- och omsorgskedjan för boende hos Tre Stiftelser under tiden. Vardaga invänder

bl.a. att det direktupphandlade avtalet inte endast omfattar befintliga vård- och omsorgsplatser, utan även nya placeringar, att avtalets värde är mycket högt, samt att kommunen själv till stor del har orsakat den uppkomna situationen. Vidare anför Vardaga att andra leverantörer hade kunnat tillgodose vård- och omsorgstagarnas behov, antingen genom att de flyttar till andra boenden eller genom en sedvanlig verksamhetsövergång.

Av ovan angivna förarbetsuttalanden framgår att hänsyn till relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare kan tas vid bedömningen av om det finns synnerliga skäl för direktupphandling. Förvaltningsrätten noterar här att det finns ganska goda skäl för att så långt som möjligt undvika att vård- och omsorgstagarna, som i detta fall är äldre, behöver flytta till ett annat boende. Det aktuella avtalet förefaller dock gå utöver vad som krävs för att inte störa relationen mellan befintliga vårdgivare och vård- och omsorgstagare. Förvaltningsrätten anser sammantaget att kommunen inte har visat att det har funnits sådana synnerliga skäl att direktupphandling fick användas med stöd av 19 a kap. 5 § första stycket 3 LOU.

Det har inte kommit fram några andra skäl till att direktupphandling av avtalet skulle ha varit tillåtet. Det innebär att det har varit fråga om en otillåten direktupphandling. Förutsättningarna för ogiltighet enligt 20 kap. 13 a § LOU är därmed uppfyllda.

Avtalet ska ändå bestå

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 20 kap. 13 a § LOU är uppfyllda (20 kap. 14 § LOU).

Bestämmelsen i 20 kap. 14 § LOU genomför artikel 2d.3 i det första rättsmedelsdirektivet². Artikel 2d.3 infördes i direktivet genom direktiv 2007/66/EG³. Av beaktandesats 22 i det direktivet framgår att undantaget är avsett att tillämpas om exceptionella omständigheter i det aktuella fallet gör det nödvändigt att respektera vissa tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Att undantagsbestämmelsen ska tillämpas restriktivt och att det endast är under exceptionella omständigheter som ett avtal, trots att det finns förutsättningar för att ogiltigförklara det, ska få bestå framgår även av förarbetena. I förarbetena sägs också att stor vikt bör läggas vid myndigheternas tillhandahållande av allmän service till samhället. Det anges vidare att det ankommer på domstolarna att göra en skälighetsavvägning mellan detta allmänna intresse och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt i syfte att en ny upphandling ska företas (se prop. 2009/10:180 s. 138–139 och 362 samt HFD 2019 ref. 18 punkt 12, 14 och 15).

Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer även inom andra områden av unionsrätten och har utvecklats i EU-domstolens praxis. I artikel 36 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finns en uppräkningslista av skäl som kan utgöra grund för att inskränka den fria rörligheten för varor i vissa fall. Där anges bl.a. att hänsyn kan tas till intresset att skydda människors hälsa. I praxis och förarbeten har detta ansetts vägledande vid tillämpningen av 20 kap. 14 § LOU (se prop. 2009/10:180 s. 362 och HFD 2019 ref. 18 punkt 16).

Högsta förvaltningsdomstolen har i ett avgörande prövat frågan om ett avtal skulle bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Målet rörde ett

² Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, EGT L 395, 30.12.1989, s. 33–35

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, EUT L 335, 20.12.2007, s. 31–46

landstings upphandling av serviceresor. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade att det att de aktuella tjänsterna ska kunna utföras med rimligt hög kvalitet är något som bör beaktas när det ska avgöras om avtalet ska få bestå.⁴ En minskning av fordonskapaciteten kunde alltså innebära att avtalet inte skulle ogiltigförklaras om detta skulle leda till en oacceptabel kvalitetsförsämring. Högsta förvaltningsdomstolen bedömde dock att landstinget inte hade visat att det förelåg sådana exceptionella omständigheter som motiverade att avtalet skulle få bestå. Domstolen fäste vikt vid att avtalet motsvarade cirka 14 procent av den tillgängliga fordonskapaciteten, och att landstinget inte hade konkretiserat på vilket sätt och i vilken omfattning som utförandet av transporterna försämrades och ineffektiviserades om fordonskapaciteten minskade med de aktuella fordonen. Utredningen bedömdes snarare ge stöd för att det fanns en viss överkapacitet under delar av dygnet även om avtalet ogiltigförklarades (HFD 2019. ref 18).

Högsta förvaltningsdomstolen uttalade också att det, för att ett avtal ska få bestå trots att det finns förutsättningar för att ogiltigförklara, inte räcker att det som upphandlas genom avtalet kan anses vara av allmänintresse. De åtgärder som i det enskilda fallet har vidtagits av den upphandlande myndigheten måste också vara förenliga med proportionalitetsprincipen (se HFD 2019. ref 18 punkt 18 med hänvisning till EU-domstolens dom av den 14 juni 2007, Medipac, C-6/05, EU:C:2007:337, punkt 60 och där anmärkta rättsfall).

Förvaltningsrättens bedömning

Äldreomsorg på boende är på många sätt en speciell typ av tjänst. Här finns ett starkt allmänintresse av att vård- och omsorgstagarna så långt som möjligt har möjlighet att bo kvar på samma boende. Hänsyn måste här tas till att boendet i

⁴ Högsta förvaltningsdomstolen hänvisar här till EU-domstolens dom av den 11 december 2014, Spezzino, C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 57.

många fall utgör vårdtagarnas hem, och för det fall att en flytt är nödvändig bör det så långt som möjligt ske med viss framförhållning och planering, och utifrån respekt för de boende. Äldreomsorg skiljer sig på det sättet markant från de transporttjänster som var aktuella i HFD 2019 ref. 18, och hänsyn kan här inte tas enbart till kommunens totala kapacitet när det gäller vård- och omsorgsplatser.

Såvitt det har kommit fram kan verksamheten i Tre Stiftelsers boenden inte övergå till någon annan aktör om avtalet förklaras ogiltigt. Även om kommunen skulle ha möjlighet att tillgodose vårdtagarnas behov genom att de får flytta till andra boenden – och det är inte ostridigt att denna möjlighet finns – anser förvaltningsrätten att ogiltighet av avtalet skulle få oacceptabla konsekvenser för äldreomsorgen i kommunen.

Som framgår ovan avser avtalet även nya vårdplatser, vilket möjligen går utöver vad som är nödvändigt för att tillgodose allmänintresset (jfr Högsta förvaltningsdomstolens uttalande om tillämpning av proportionalitetsprincipen i HFD 2019. ref 18 punkt 18). Dock har det inte kommit fram att det skulle vara möjligt att partiellt förklara avtalet ogiltigt, och vid en skälig avvägning mellan det allmänna intresset och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt bedömer förvaltningsrätten att det allmänna intresset i detta fall väger tyngre. Förvaltningsrätten anser därför att det är motiverat med hänsyn till ett allmänintresse att avtalet får bestå. Vardagas ansökan ska därmed avslås.

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

Karin Hansson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Andreas de Waal.



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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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 rätts-tillämpningen.
- 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.