

Förvaltningsrätten i Härnösand
Box 314
871 27 Härnösand

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Östersundshem 2 AB (org. nr. 559042-3660), Rådhusgatan 29, 831 35 Östersund

Ombud: advokaterna PB och CL,
Foyen Advokatfirma KB, Södergatan 28, 211 34 Malmö

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Östersundshem 2 AB ska betala 5 000 000 (fem miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Östersundshem 2 AB har brutit mot 7 kap. 1 § LOU¹ genom att den 24 februari 2016 ingå ett byggentreprenadkontrakt avseende uppförande av så kallade Attefallshus med Pilgrimsta Hus Bygg AB (Pilgrimsta) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Sammanfattning

2. Under det andra halvåret 2015 översteg antalet asylsökande som kom till Sverige väsentligt de tidigare beräkningarna. Situationen var sådan att det under vissa omständigheter var tillåtet att göra direktupphandlingar med hänvisning till undantaget för synnerlig brådska i 4 kap. 5 § 3 LOU.
3. Det kommunala fastighetsbolaget Östersundshem 2 AB ingick den 24 februari 2016 avtal med Pilgrimsta om uppförande av 100 Attefallshus med en option på ytterligare 50 hus. Optionen kunde utnyttjas till och med den 30 juni 2017. Priset uppgick till 536 900 kronor per hus, vilket gör att avtalets totala värde uppgår till 80 535 000 kronor. Avtalet ingicks utan föregående annonsering eftersom undantaget för synnerlig brådska ansågs tillämpligt.
4. Även mot bakgrund av situationen under andra halvåret 2015 bedömer Konkurrensverket att Östersundshem 2 AB inte har haft synnerlig brådska att ingå det aktuella avtalet med Pilgrimsta utan annonsering.
5. Avsikten med avtalet framstår inte ha varit endast – eller ens övervägande – att bistå Migrationsverket med boenden till asylsökanden. Avsikten med avtalet synes huvudsakligen ha varit att lösa kommunens behov av bostäder för nyanlända, dvs. personer med uppehållstillstånd, och studenter. Detta behov var dock känt sedan tidigare. Avtalets omfattning respektive optionens längd kan inte heller anses ha varit absolut nödvändiga. Östersundshem 2 AB har således inte begränsat sig till att enbart köpa för det omedelbara behovet. Detta innebär att Östersundshem 2 AB inte kunde använda undantaget för synnerlig brådska när bolaget ingick avtalet. Avtalet är enligt Konkurrensverkets bedömning en otillåten direktupphandling.

¹ Sedan den 1 januari 2017 upphävd och ersatt av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Den upphävda lagen gäller dock för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet, se punkt 4 i övergångsbestämmelsen till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Bakgrund och omständigheter

6. Östersunds kommun äger samtliga aktier i Östersunds Rådhus AB som i sin tur äger ett antal kommunala aktiebolag, däribland det allmännyttiga bostadsbolaget Östersundshem AB. Östersundshem AB äger i sin tur samtliga aktier i Östersundshem 2 AB.
7. Östersundshem 2 AB:s verksamhet består av att förvärva, äga, förvalta och avyttra fastigheter och tomträtter samt att bygga bostäder, affärslokaler och därtill hörande kollektiva anordningar. Bolagets verksamhet får också omfatta uppförande av småhus, kooperativa hyresrätter, bostadsrätter eller ägarlägenheter för försäljning och deltagande i studentbostadsverksamhet.²
8. Den 24 februari 2016 ingick Östersundshem 2 AB ett avtal med Pilgrimsta om uppförande av 100 så kallade Attefallshus, bilaga 1. Avtalet innehåller även en option för Östersundshem 2 AB att beställa uppförandet av ytterligare 50 Attefallshus. Enligt avtalet åtar sig Pilgrimsta att uppföra Attefallshusen, vilket bland annat innefattar installation av el, värme, sanitet, ventilation och värmepumpar, målning av fasader samt utförande av sådana övriga byggnadsarbeten som krävs för husen ska bli färdiga för inflyttning. Attefallshusen inrymmer upp till fem personer. Östersundshem 2 AB ansvarar för att anvisa platser för uppförande av husen samt att marken på platsen är förberedd för byggnation. För uppförande av respektive Attefallshus ska Östersundshem 2 AB erlagga betalning med ett fast pris på 536 900 kronor per hus (exklusive mervärdesskatt).³ Entreprenaden omfattas av standardavtalet ABT 06.
9. Byggentreprenadkontraktet mellan Östersundshem 2 AB och Pilgrimsta har inte föregåtts av annonsering enligt LOU.

Östersundshem 2 AB utgör ett offentligt styrt organ

10. Som påtalats ovan (punkt 6) ägs samtliga aktier i Östersundshem 2 AB av det allmännyttiga bostadsbolaget Östersundshem AB. Östersundshem 2 AB står därmed under kontroll av en upphandlande myndighet⁴ som dessutom utser mer än hälften av ledamöterna i bolagets styrelse. Vidare tillgodoser Östersundshem 2 AB ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Bolaget utgör därmed ett offentligt styrt organ

² § 3 i bolagsordningen för Östersundshem 2 AB, antagen på extra bolagsstämma den 28 december 2015.

³ Se under rubriken "Ekonomi".

⁴ Östersundshem AB utgör ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LOU, jfr. Kammarrätten i Stockholms dom den 12 januari 2012 i mål nr 5419-11. Bolaget ska därför jämföras med upphandlande myndighet, se 2 kap. 19 § 2 LOU.

enligt 2 kap. 12 § LOU och har bland annat att iaktta den annonserings-skyldighet som följer av lagen.

Avtalet mellan Östersundshem 2 AB och Pilgrimsta utgör en o tillåten direktupphandling

11. Avtalet mellan Östersundshem 2 AB och Pilgrimsta har benämnts "entreprenadkontrakt" och omfattar uppförande av inflyttningsklara Attefallshus. Avtalet utgör därför ett byggentreprenadkontrakt enligt 2 kap. 3 § LOU.⁵
12. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av aktuellt tröskelvärde (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁶
13. För att avgöra om upphandlingen ska annonseras eller inte måste avtalets kontraktsvärde beräknas. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjas.⁷
14. Det aktuella byggentreprenadkontraktet omfattar köp av uppförandet av 100 Attefallshus med en option som omfattar uppförande av ytterligare 50 hus. Priset för uppförande uppgår till 536 900 kronor per hus (exklusive mervärdesskatt). Avtalets totala värde uppgår således till $([100 + 50] \times 536\,900)$ 80 535 000 kronor. Avtalsvärdet överstiger därmed tillämpligt tröskelvärde, varför avtalet enligt huvudregeln skulle ha annonserats enligt 7 kap. 1 § LOU. Någon sådan annonsering har inte skett.

Avtalet omfattas inte av undantaget för synnerlig brådska

15. Under den utredning som föregått Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift har Östersundshem 2 AB anfört att bolaget hade rätt att ingå avtalet med Pilgrimsta genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av undantaget för synnerlig brådska i

⁵ Se bilaga 1 till LOU.

⁶ Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *kommissionen mot Italien*, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02 *kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

⁷ 3 kap. 3 § LOU.

4 kap. 5 § 3 LOU. Bolaget har uppgett att Attefallshusen har köpts i syfte att tillhandahålla boende åt flyktingar samt att den kraftiga ökningen av antalet flyktingar som anlände till Sverige under vintern 2015-2016 innebar att det fanns synnerlig brådska att direktupphandla avtalet. Även Östersundshem AB har gjort samma bedömning i fråga om synnerlig brådska, se protokoll från styrelsemöte i Östersundshem AB den 9 februari 2016, bilaga 2. Av protokollet framgår avsikten att Attefallshusen som kom att köpas från Pilgrimsta skulle hyras ut samt att Migrationsverket var tilltänkt som huvudsaklig hyresgäst. Attefallshusen skulle även hyras ut till andra, däribland studenter.

16. Undantaget för synnerlig brådska i 4 kap. 5 § 3 LOU genomför artikel 31.1 c) i direktiv 2004/18/EG i svensk rätt. En tillämpning av undantaget förutsätter att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet i fråga, men att synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna för ett annonserat upphandlingsförfarande. Den uppkomna brådskan får inte i någon del bero på den upphandlande myndigheten.⁸
17. Migrationsverket har ansvar för att bereda asylsökande över 18 år uppehåll i väntan på beslut om uppehållstillstånd.⁹ Vid tidpunkten för ingåendet av det aktuella avtalet (den 24 februari 2016) var kommunernas ansvar begränsat till att tillhandahålla boende åt personer som beviljats uppehållstillstånd samt att säkerställa omhändertagande av ensamkommande barn.¹⁰ Detta uteslöt emellertid inte att kommuner kunde åta sig att tillhandahålla boende även för asylsökande över 18 år för vilka beslut om uppehållstillstånd ännu inte fattats genom att ingå frivilliga överenskommelser med Migrationsverket om sådant åtagande.
18. Under vintern 2015-2016 pågick diskussioner mellan företrädare för Östersunds kommun respektive Östersundshem AB och Migrationsverket avseende ingående av en (frivillig) överenskommelse om uthyrning av bostäder. Någon överenskommelse kom emellertid aldrig att träffas. Vid tidpunkten för ingåendet av det aktuella avtalet med Pilgrimsta fanns det därför ingen skyldighet för Östersunds kommun, Östersundshem AB eller Östersundshem 2 AB att tillhandahålla boende för asylsökande över 18 år. I

⁸ Jfr. Kammarrätten i Sundsvalls domar den 26 augusti 2015 i mål nr 3208-14 och 3209-14.

⁹ Åtagandet omfattar även medföljande barn, se 1 och 2 §§ första stycket lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl.

¹⁰ Fr.o.m. den 1 mars 2016 är samtliga kommuner skyldiga att ta emot ett antal personer som har beviljats uppehållstillstånd, se lagen (2016:38) om mottagande av vissa nyanlända invandrare för bosättning jämte prop. 2015/16:54 s. 7 f. Personer över 18 år som söker asyl i Sverige omfattas inte av kommunernas generella ansvar för enskildas omsorg och uppehälle enligt socialtjänstlagen, se 2 kap. 1 § tredje stycket socialtjänstlagen (2001:453) och 1 § andra stycket lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl.

avsaknad av en sådan skyldighet var det inte *absolut nödvändigt* att ingå avtal för att säkerställa tillgång till sådant boende. Avtalet omfattas därför inte av undantaget för synnerlig brådska.

19. Östersunds kommun har årligen tagit emot 80-100 nyanlända, dvs. personer som beviljats bosättningsgrundande uppehållstillstånd. Den 14 oktober 2014 beslutade kommunen att utöka antal platser för nyanlända personer till 275 för år 2015. De aktuella Attefallshusen har använts för att bereda boende för nyanlända. Det ökade behovet av bostäder för nyanlända har därmed varit möjligt att förutse sedan i vart fall oktober 2014. Eftersom detta behov var förutsebart kunde bolaget inte heller av den anledningen tillämpa undantaget för synnerlig brådska.
20. Vid prövningen av rekvisitet absolut nödvändigt i 4 kap. 5 § 3 LOU ska det inte bara prövas om det var absolut nödvändigt att ingå det aktuella avtalet, utan också om avtalets omfattning samt avtalsvillkor såsom avtalstid och eventuella förlängningsoptioner var absolut nödvändiga i sig.¹¹ Detta innebär bland annat att ett avtal måste begränsas till att endast täcka det omedelbara behovet för att rekvisitet absolut nödvändigt ska vara uppfyllt.
21. Som påtalats ovan (punkterna 5 och 15) var avsikten med entreprenadkontraktet att Attefallshusen, utöver att hyras ut till Migrationsverket, även skulle hyras ut till studenter.¹² Studenter vid Mittuniversitetet och yrkeshögskolor i Östersund omfattas nämligen av en bostadsgaranti enligt vilken Östersundshem AB garanterar bostadstillgång. Tillgången till bostäder att hyra ut för att uppfylla ett sådant (frivilligt) åtagande var under alla omständigheter möjligt att förutse, varpå avtalet syftar till att tillgodose ett förutsebart behov
22. Den 1 mars 2016 infördes en skyldighet för alla landets kommuner att ta emot nyanlända, dvs. personer som beviljats bosättningsgrundande uppehållstillstånd.¹³ För Östersunds kommuns vidkommande föreskrevs en skyldighet att ta emot 107 nyanlända personer under perioden 1 mars – 31 december 2016.¹⁴
23. Av detta följer att, även för det fall behovet av Attefallshus skulle ha varit så pass brådskande att det inte funnits tid att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande, det inte krävdes att totalt 150 sådana hus (vilka inrymmer upp till fem personer vardera) för att tillgodose behovet av bostäder för nyanlända. Avtalet omfattar därför mer än vad som krävts för

¹¹ Se Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2016 i mål nr 6421-15.

¹² Se s. 3 i protokoll styrelsemöte i Östersundshem AB den 9 februari 2016 (bilaga 2).

¹³ Se förordning (2016:40) om fördelning av anvisningar till kommuner.

¹⁴ Se bilaga 2 till förordning (2016:40) om fördelning av anvisningar till kommuner. Bilagan är numera upphävd, se förordning (2016:874) om ändring i förordning (2016:40) om fördelning av anvisningar till kommuner.

att tillgodose ett eventuellt omedelbart behov. Likaså var det inte absolut nödvändigt att optionen skulle gälla i 16 månader. Avtalets omfattning respektive optionens utformning har därmed inte varit absolut nödvändiga. Även av dessa skäl har det saknats möjlighet att direktupp-handla det aktuella byggentreprenadkontraktet med stöd av undantaget för synnerlig brådska.

Konkurrensverkets slutsats i fråga om otillåten direktupphandling

24. Det aktuella byggentreprenadkontraktet mellan Östersundshem 2 AB och Pilgrimsta omfattas *inte* av undantaget för synnerlig brådska i 4 kap. 5 § 3 LOU. Det har inte framkommit några andra skäl som kan motivera att bolaget ingick det aktuella avtalet utan föregående annonsering, varför ett ingående rätteligen skulle ha föregåtts av annonsering enligt bestämmelserna i 7 kap. LOU. Eftersom någon sådan annonsering inte har skett utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

25. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.¹⁵ Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.¹⁶
26. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹⁷

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

27. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU.¹⁸ Vid beräkningen ska optioner beaktas som om de utnyttjas fullt ut.¹⁹ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.²⁰ Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan avtalsvärdet beräknas till 80 535 000 kronor (150 hus á 536 900 kronor). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 8 053 000 kronor (80 535 000 x 0,1).

¹⁵ 17 kap. 1 § 3 LOU.

¹⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

¹⁷ A prop. s. 196–197.

¹⁸ 17 kap. 4 § LOU.

¹⁹ 3 kap. 3 § LOU.

²⁰ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

28. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.²¹
29. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.²²
30. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om rättsläget är oklart kan det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan värdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Om den upphandlande myndigheten upprepat har gjort otillåtna direktupphandlingar kan detta ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.²³ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²⁴
31. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska redan mot denna bakgrund anses vara högt. Det rör sig om en klar överträdelse. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 5 000 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.²⁵

Per Karlsson

Kristoffer Sällfors

²¹ 17 kap. 5 § LOU.

²² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

²³ A. s. 197–198 och s. 369–370.

²⁴ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

²⁵ Jfr. HFD 2016 ref. 67.

Bilagor

1. Entreprenadkontrakt av den 24 februari 2016 mellan Östersundshem 2 AB och Pilgrimsta Hus Bygg AB avseende uppförande av Attefallshus
2. Protokoll från styrelsemöte den 9 februari 2016 i Östersundshem AB