

Bollebygds kommun
517 83 Bollebygd

Bollebygds kommuns avtal om bostadsmoduler

Konkurrensverkets beslut

Bollebygds kommun har brutit mot reglerna om annonsering i 15 kap. 4 § i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÅLOU).

Skäl för beslutet

Ni har gjort en otillåten direktupphandling genom att ingå avtal med Smart Bo AB den 8 juni 2016 utan annonsering trots att detta krävdes. Avtalet rör köp av bostadsmoduler för HVB-boende¹. Undantag för annonseringsplikten till följd av synnerlig brådska finns inte. Något annat undantag har inte framkommit i utredningen.

Detta säger regelverket

Kommuner ansvarar enligt socialtjänstlagen (2001:453) för att ta hand om de barn som Migrationsverket anvisar till dem.

Från och med den 1 januari 2017 gäller den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Enligt övergångsbestämmelserna ska ÅLOU tillämpas på alla upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2017. Det granskade avtalet ingicks 2016. Därför gäller ÅLOU. En bedömning enligt de nya reglerna skulle dock leda till samma resultat.

Byggtreprenadkontrakt kan avse en situation där ett byggnadsverk realiseras utifrån de krav som den upphandlande myndigheten ställt upp². Hur kontraktet utformas spelar ingen roll. Med byggnadsverk avses resultatet av bygg- och anläggningsarbeten om detta självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion. Detta följer av 2 kap. 3 § ÅLOU.

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor och tjänster på bästa sätt, genom

¹ Hem för vård och boende, 6 kap. 1 § socialtjänstlagen (2001:453).

² Se mål C-451/08 *Helmut Muller*, punkt 67.

att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

Vid offentlig upphandling ska därför som huvudregel annonsering ske, detta följer av 7 kap. 1 § ÄLOU samt 15 kap. 4 § ÄLOU.

Vilka bestämmelser som blir tillämpliga beror på värdet av kontraktet. Av 3 kap. 3 § ÄLOU framgår att värdet ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.

Då värdet av ett kontrakt understiger aktuellt tröskelvärde³ blir 15 kap. i ÄLOU tillämpligt. Det följer av 1 kap. 2 § 2. ÄLOU.

Tjänster som omfattas av 15 kap. ÄLOU får dock direktupphandlas bland annat då undantaget för synnerlig brådska är tillämpligt. Det anges i 15 kap. 3 § ÄLOU.

För att kunna tillämpa undantaget för synnerlig brådska måste följande fyra villkor vara uppfyllda.⁴ Det framgår av 4 kap. 5 § ÄLOU.

1. Det ska vara händelser som ni inte har kunnat förutse

Den händelse som ligger till grund för det brådskande anskaffningsbehovet ska inte ha kunnat vara möjlig att förutse av er. Brådskan får inte heller på något sätt bero på ert eget agerande. Till exempel får brådskan inte ha uppstått på grund av bristande planering eller framförhållning.⁵

Kommissionen har tagit fram ett tolkningsmeddelande med anledning av asylkrisen. Där står det att "[m]an kan utgå från att en upphandlande myndighet inte i tillräckligt god tid i förväg visste eller kunde veta hur många asylsökande den skulle behöva ta hand om".⁶ Ökningen av antalet asylsökande i EUs medlemsstater utgör därmed, enligt kommissionen, en omständighet som inte har kunnat förutses av upphandlande myndigheter. Grunden för kommissionens ställningstagande var situationen som den såg ut vid tiden för tolkningsmeddelandet den 9 september 2015.

Det finns flera rättsfall som avser frågan om förutsättningarna för synnerlig brådska är uppfyllda då upphandlingen har avsett boende till asylsökande. Domstolens bedömningar utgår från särskilda omständigheter som föreligger vid

³ Tröskelvärdet för byggtreprenader uppgick 2016 till 47 758 068 kronor.

⁴ Se Konkurrensverkets beslut med dnr 499/2016.

⁵ Se bland annat mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien* p 26-28, C-318/94 *Kommissionen mot Tyskland* p 10-14.

⁶ Meddelande från Europeiska kommissionen till Europaparlamentet och rådet om reglerna för offentlig upphandling i samband med den aktuella asylkrisen, COM (2015) 454 final, s. 8.

ett specifikt tillfälle, det vill säga den tidpunkt då direktupphandlingen genomförs. Kammarrätten i Jönköping meddelade i en dom⁷ att den kraftiga ökningen av asylsökande romer i början av hösten 2010 utgjorde en sådan omständighet som var oförutsebar för den upphandlande myndigheten. Samma domstol gjorde en motsatt bedömning för läget såsom det såg ut i april 2011, det vill säga att det inte förelåg en omständighet som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten eftersom förhållandet med det ökande behovet av boendeplatser, jämfört med ordinarie antal platser, hade varit känt under en längre tid⁸.

2. Ni hamnar i synnerlig brådska som gör att de allmänna tidsfristerna inte kan hållas

Det är uppenbart att de mest omedelbara behoven (bostäder, mat, vård) hos personer som söker asyl måste tillgodoses så snabbt som möjligt. Man måste bedöma från fall till fall om situationen, kopplad till det aktuella behovet, är sådan att det inte ens går att respektera tidsfristerna i upphandlingslagstiftningen.

I svensk praxis har flera ledtider tagits med i bedömningen av om det är möjligt att hålla tidsfristerna. Den upphandlande myndigheten bör mot bakgrund av upphandlingens karaktär uppskatta tiden som krävs för att ta fram ett förfrågningsunderlag, anbudstid, prövning och utvärdering av inkomna anbud, tid för eventuell överprövning och slutligen skälig förberedelse för vinnande anbudsgivare.⁹

3. Det ska finnas ett orsakssamband mellan den oförutsedda händelsen och den synnerligen brådska situationen

Det måste finnas ett orsakssamband mellan brådskan och den omständighet som åberopas som grund för att ett undantagsförfarande ska vara tillämpligt.

Kommissionens skriver i sitt tolkningsmeddelande att "[n]är man måste tillgodosse de mest omedelbara behoven hos asylsökande inom en mycket kort tidsram kan det inte rimligen finnas något tvivel om orsakssambandet mellan ökningen av asylsökande och kravet på att tillgodose deras behov".¹⁰

4. Det ska vara nödvändigt

För att kunna bedöma om det är nödvändigt att tilldela kontraktet kan den upphandlande myndigheten resonera kring vilka konsekvenser som sannolikt kommer att uppstå om de tilltänkta leveranserna inte kan ske.

När det till exempel gäller sådana omedelbara behov som kan täckas genom HVB-platser, dvs. boende och måltider för människor som annars skulle stå utan tak över huvudet och som inte har några möjligheter att själva köpa livsmedel, är

⁷ Se dom den 13 februari 2012 med målnr. 2972-11.

⁸ Se dom den 28 september 2012 med målnr. 1181-12.

⁹ Kammarrätten i Göteborg, målnr. 1446-1452-12.

¹⁰ Meddelande från Europeiska kommissionen till Europaparlamentet och rådet om reglerna för offentlig upphandling i samband med den aktuella asylkrisen, COM (2015) 454 final, s. 9.

det rimligt att anta att det skulle få allvarliga konsekvenser för dessa människors liv och hälsa. Även ordningen och säkerheten i samhället i allmänhet skulle kunna påverkas i det fall leveranserna skulle utebli.

Vid bedömningen ska även ett resonemang föras om avtalets omfattning och utformande varit nödvändigt för att täcka det omedelbara behovet. Kunde exempelvis avtalet ha kortats ned och inte inkluderat så många platser?¹¹

Om samtliga fyra villkor är uppfyllda så är undantaget för synnerlig brådska tillämpligt. Då går det att tilldela ett kontrakt utan annonsering. Undantag från skyldigheten att annonsera ska alltid tillämpas restriktivt.¹²

Konkurrensverkets utredning

Ni har sammanfattningsvis inkommit med följande uppgifter under ärendets utredning.

Avtalet avser hyra av moduler under perioden 15 december 2016 till och med 14 december 2017 samt friköp av den uppförda byggnaden därefter. Enligt er ingicks avtalet den 8 juni 2016 genom accept via e-post. Kontrakt undertecknades den 16 november 2016. Köpet genomfördes dock i februari 2017, genom att ett tilläggsavtal tecknades. Orsaken till detta var ett överklagande av tillfälligt bygglov för byggnaden.

Värdet på avtalet uppgår enligt er till cirka 9 400 000 kronor. I detta belopp ingår 760 000 kronor för leverans och montage. Hyreskostnaden uppgår till 160 000 kronor per månad. Priset vid friköp utgår från byggnadens restvärde som fastställs genom avräkning för erlagd kostnad för leverans, montage samt hyra. Efter avräkning uppgick priset i februari 2017 till ca 8 200 000 kronor.

Ni bedömde då att det inte förelåg någon annonseringsskyldighet enligt upphandlingslagstiftningen. Undantaget för synnerlig brådska ansågs vara tillämpligt. Bedömningen utgick ifrån att ni har ett lagstiftat ansvar att ordna boende för ensamkommande barn. Behovet var akut och ökade till följd av den omfattande asylinvandringen under 2015. Ni hade inte möjlighet att förutse samt planera för det plötsligt ökade behovet och saknade helt förutsättningar att ta hand om det anvisade antalet barn.

Under 2015 anvisades 52 barn till er kommun. Under 2016 minskar efterfrågan på boendeplatser från Sveriges kommuner och som följd lades vissa boenden ned i andra kommuner. Under 2016 tog ni emot 5 ensamkommande barn.

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

¹² Se bl.a. mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46.

Boende för barnen har anordnats genom att i huvudsak köpa boendeplatser utanför kommunen samt genom familjehemsplacering i er kommun.

Arbetsbelastningen var dock hög för kommunens personal och ni önskade därför ta hem barnen till ett eget HVB-hem i er kommun. Arbetet med att ordna boendeplatser samt ingå nödvändiga avtal påbörjas därför skyndsamt.

Förutom Smart Bo tillfrågade ni två andra leverantörer men dessa kunde inte leverera bostadsmoduler inom önskad tidsram. Enligt anbudet från Smart Bo skulle modulerna kunna vara i bruk 3–4 månader efter avtalets tecknande. Uppförandet av byggnaden krävde dock tillfälligt bygglov.

De krav ni ställde upp gentemot leverantörerna var att bostadsmodulerna skulle vara anpassade för HVB-boende och rymma ett visst antal rum/platser. De moduler som beställdes var speciellt anpassade för användning inom HVB-verksamhet gentemot ensamkommande barn. Boverket har lämnat stöd till leverantören för att ta fram just funktionsanpassade boendelösningar för ensamkommande flyktingbarn. Några justeringar utifrån kommunens önskemål gjordes därför inte, enbart de standardlösningar som fanns tillgängliga hos leverantören användes.

Byggnadens utförande anpassades efter förutsättningarna på er tomt, genom att moduler av olika storlek sätts samman till en byggnad. Höjd, bredd och djup på slutlig byggnad är ett resultat av dessa förutsättningar.

Arbetet med att sätta samman modulerna till en byggnad är ännu inte avslutat.

Ni har tagit del av vårt utkast till beslut och valt att inte yttra er.

Konkurrensverkets bedömning

I ert avtal framgår att ni ska ta över ägandet av den byggnad som ska uppföras på er tomt. Som ni framfört till oss sker beställningen utifrån krav ni ställer upp om att byggnaden ska vara anpassad för att möta behoven i ett HVB-boende för barn, antal rum/platser samt de förutsättningar som er tomt ställer upp genom dess form och storlek. Det får, utifrån de uppgifter ni inkommit med till oss, antas att byggnaden vid färdigställande kommer att uppfylla funktionen som HVB-hem för barn.

Byggnaden får därför anses ha utformats utifrån de krav som ni ställt upp. Därmed anser vi att byggnaden utgör ett byggnadsverk och att ert avtal därför klassas som ett byggtreprenadskontrakt.

Värdet på avtalet uppgår till ca 9 400 000 kronor vilket understiger tröskelvärdet för byggtreprenadskontrakt 2016.

Ert avtal ska därför som huvudregel annonseras utifrån bestämmelserna i 15 kap. Det har inte skett i detta fall då ni anfört att det förelåg ett undantag till följd av synnerlig brådska.

Genom tillämpning av undantaget för synnerlig brådska har ni möjlighet att akut tillfredsställa behov ni ställs inför i er verksamhet. Detta förutsätter dock att ni i övrigt agerar på ett sätt som kan anses vara förenligt med de krav som lagstiftaren ställer upp rörande normal planering och förutseende.

Uppfylls inte dessa krav kan ni inte falla tillbaka på undantagen då det beror på ert agerande att ni inte kan tillfredsställa behoven.

Den stora mängd ensamkommande barn som skulle komma att anvisas till er under senhösten 2015 kunde inte förutses. Orsaken till den stora ökningen av antalet anvisade ensamkommande barn var det oroliga världsläget. Den omständigheten att ni fått ett oförutsett stort antal ensamkommande barn anvisade till er innebar att ni med stor skyndsamhet behövde ordna boendeplatser. Ni lyckades ändå tillgodose detta behov.

Det dröjde till den 8 juni 2016 innan ni ingick det avtal som är aktuellt för bedömning i detta beslut. Vi anser att ni då borde ha insett situationen samt haft tid att planera för och genomföra ett upphandlingsförfarande i enlighet med upphandlingslagstiftningen.

Då ni vid tidpunkten för avtalets ingående borde ha kunnat förutse behovet samt planerat utifrån detta har ni inte uppfyllt förutsättningarna för att kunna tillämpa undantaget för synnerlig brådska. Eftersom samtliga kriterier ska vara uppfyllda finns det utifrån lagstiftningen inte anledning att gå vidare med prövning mot resterande kriterier.

Det kan ändå finnas anledning att påpeka att under 2016 avstannade tillströmningen av ensamkommande barn. Vid tidpunkten för avtalets tecknande fanns tillgängliga platser att placera de barn som ni blev anvisade. Ni har såväl innan som efter denna tidpunkt kunnat uppfylla de krav som ställts på er rörande boende för ensamkommande barn.

Detta trots att några platser inte kunnat nyttjas i den byggnad som avtalet avser.

Konkurrensverkets tillsyn

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regelefterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § ÄLOU.

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska göras inom ett år från det att det aktuella avtalet eller avtalen ingicks. Eftersom denna tid har passerat för det aktuella avtalet har vi i stället valt att fatta detta tillsynsbeslut och därmed rikta kritik mot Bollebygds kommun.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Carl-Henrik Bergh.



Rikard Jernsten



Carl-Henrik Bergh

Hur man överklagar, bilaga 1

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats