

Förvaltningsrätten i Göteborg
Box 53197
400 15 Göteborg

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Lerums kommun, 443 80 Lerum

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 Lerums kommun ska betala 3 000 000 (tremiljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Lerums kommun har brutit mot 15 kap. 4 § LOU¹ genom att den 8 december 2016 ingå avtal om uppförande av 30 stycken lägenheter med BoKlok Mark och Exploatering AB (BoKlok) utan föregående annonsering, bilaga 1. Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Sammanfattning

2. Lerums kommun ingick den 8 december 2016 ett avtal med BoKlok om uppförande av 30 stycken lägenheter till ett värde om totalt 41 600 000 kronor. Avtalet ingicks utan föregående annonsering eftersom undantaget för synnerlig brådska ansågs tillämpligt.²
3. Avsikten med avtalet framstår ha varit att lösa kommunens behov av bostäder såväl för nyanlända som för personer som redan är bosatta i kommunen. Av de 30 lägenheter som ska uppföras av BoKlok, ska hälften fördelas till nyanlända, medan resterande bostäder fördelas till den ordinarie bostadskön. Avtalet har således inte begränsats till att endast avse det omedelbara behovet av bostäder till nyanlända. Att en lagstadgad skyldighet att ta emot nyanlända skulle införas var dessutom känt för kommunen. Avtalet tecknades nämligen ett helt år efter aviseringen av lagen (2016:28) om mottagande av nyanlända invandrare för bosättning (bosättningslagen) och tio månader efter det att kommuntalen offentliggjordes. Behovet av hyreslägenheter till andra än nyanlända berodde på ett eftersatt byggande från kommunens sida.
4. Konkurrensverket bedömer att det inte har förelegat någon synnerlig brådska som skulle undanta Lerums kommun från annonseringsplikten av den aktuella upphandlingen. Något annat undantag är heller inte tillämpligt. Avtalet är därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

5. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning anfört bland annat följande.

¹ Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes den 1 januari 2017 då lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft. Den upphävda lagen gäller dock för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

² Jfr 4 kap. 5 § 3 LOU.

6. Avtalet, med ett kontraktsvärde på 52 miljoner kronor (inkl. moms), föregicks inte av någon annonsering, då kommunen ansåg att undantaget för synnerlig brådska var tillämpligt vid tecknande av avtalet i fråga.
7. Fram till senhösten 2016 hade inte kommunen något eget kommunalt bostadsbolag, utan var i stället tillsammans med tre andra kommuner i Göteborgsregionen delägare i bostadsbolaget Förbo AB (Förbo). Förbo har enligt kommunens uppgifter inte byggt i den omfattning som varit behövlig. Detta, sammantaget med ett sparsamt privat byggande, medförde en mycket stor brist på bostäder i kommunen.
8. Den 1 mars 2016 trädde bosättningslagen i kraft. Lagen syftar till att främja en effektiv etableringsprocess och innebär att en kommun är skyldig att efter anvisning ta emot en nyanländ³ för bosättning i kommunen.⁴ När bosättningslagen trädde i kraft stod det klart för kommunen att man skulle behöva ta igen flera års eftersatt bostadsbyggande. Med stöd av bosättningslagen har kommunen anvisats ta emot 170 personer under 2016 och 242 personer under 2017.⁵
9. Syftet med upphandlingen av byggtreprenadkontraktet är enligt kommunen att – med anledning av bosättningslagens ikraftträdande – tillgodose nyanländas behov av bostäder. Kommunen har angett att 50 procent av lägenheterna kommer att fördelas till nyanlända, medan 50 procent ska ställas till den ordinarie bostadsköns förfogande. Avsikten med denna fördelning är att uppnå en bättre integration.
10. Kommunen anger dessutom att dess situation under andra halvan av 2015 och hela 2016 har varit extremt ansträngd med anledning av flyktingsituationen. Man har saknat organisatoriska förutsättningar både vad gällde det egna byggandet och mottagningen av nyanlända. Detta har avhjälpes genom ombildandet under senhösten 2016 av ett existerande bolag till ett kommunalt bostadsaktiebolag och genom en nybildad enhet för mottagning och integration. Rekryteringen till den nybildade enheten påbörjades så fort kommunen fick vetskap om remissen avseende bosättningslagen. Kommunen har även angett att inventeringen av byggbara tomter varit tidskrävande.

³ Med nyanländ avses personer med uppehållstillstånd som omfattas av bosättningslagen.

⁴ Prop. 2015/16:54. s. 9 och 11f.

⁵ Enligt kommunens uppgifter offentliggjordes kommuntalen i februari 2016.

Avtalet mellan Lerums kommun och BoKlok utgör en otillåten direktupphandling

Allmänna utgångspunkter

11. Kontraktet avser en byggtreprenad (jfr. 2 kap. 3 § LOU) om uppförande av 30 lägenheter. Lerums kommun utgör en upphandlande myndighet och ska då följa LOU vid tilldelning av byggtreprenadkontrakt, se 2 kap. 19 § LOU.
12. Enligt huvudregeln ska upphandlande myndigheter annonsera sina upphandlingar och ge alla leverantörer möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. För att få ingå ett avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen utan föregående annonsering krävs att något av undantagen som anges i LOU är tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁶
13. Kontraktsvärdet uppgår till ett värde om 41 600 000 kronor (exkl. moms) och då kontraktsvärdet understiger tröskelvärdet för 2016 (47 758 068 kronor) är 15 kap. LOU aktuellt för upphandlingen i fråga. Upphandlingen borde då ha annonserats i enlighet med huvudregeln i 15 kap. 4 § LOU. I och med att annonsering inte skett utgör avtalet en otillåten direktupphandling, om det inte funnits förutsättningar för att underlåta annonsering.

Synnerlig brådska föreligger inte

14. Lerums kommun gör gällande att kommunen har varit i synnerlig brådska då det varit absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen. Kommunen menar att bosättningslagen aviserades mycket kort innan den började gälla den 1 mars 2016, med följderna att kommunen saknade kännedom om det antal personer som skulle komma att placeras i kommunen. Behovet av bostäder var därmed så pass akut att det var omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller för en sedvanlig upphandling.
15. Under vissa förutsättningar kan det vara möjligt att underlåta annonsering vid en upphandling på grund av synnerlig brådska. Det krävs då att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering (15 kap. 3 § andra stycket LOU jfr med 4 kap. 5 § 3 LOU). Av förarbeten och av praxis framgår att omständigheterna som läggs till grund för tillämpningen av undantaget för

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 förarbetsuttalande i prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

synnerlig brådska inte får bero på den upphandlande myndighetens agerande.⁷

16. Som nämnts ovan ska 50 procent av de aktuella lägenheterna ställas till förfogande för nyanlända, medan resterande 50 procent ska allokeras till den ordinarie bostadskön. Enligt kommunen har denna fördelning valts för att uppnå en bättre integration. Avtalet i fråga avser således inte enbart boende åt de nyanlända som anvisats kommunen genom bosättningslagen. Det avhjälpes även den befintliga och redan kända bostadsbristen i kommunen.
17. Enligt kommunen var avsikten med upphandlingen att tillgodose det akuta och brådskande behovet av bostäder för nyanlända som uppkommit på grund av bosättningslagens ikraftträdande. Då avtalet endast till hälften avser lägenheter till nyanlända (och den andra hälften ska fördelas till den ordinarie bostadskön), är det dock enligt Konkurrensverkets uppfattning uppenbart att avtalet inte är begränsat till att tillmötesgå ett av kommunen påstått brådskande behov. Ett inköp som motiveras utifrån synnerlig brådska ska nämligen enbart avse det *omedelbara behovet*, det vill säga den mängd eller antal som behövs mycket snabbt.⁸
18. Även för det fall ett behov av nyanlända hade motiverat direktupphandling med stöd av undantaget för synnerlig brådska – vilket Konkurrensverket bestrider (se nedan) – har avtalet alltså delvis syftat till att tillgodose behov som inte var brådskande. Under sådana omständigheter kan direktupphandling enligt 4 kap. 5 § 3 LOU inte ske. Det skulle kunna innebära att tidigare kända behov av ett visst avtalsföremål kan undandras konkurrensutsättning genom att upphandlas tillsammans med andra i och för sig brådskande avtalsföremål. En sådan tolkning av synnerlig brådska är inte restriktiv.
19. Den 26 november 2015 överlämnade regeringen en proposition om ett gemensamt ansvar för mottagande av nyanlända till riksdagen.⁹ Lagförslaget utmynnade i ett ikraftträdande av bosättningslagen den 1 mars 2016.
20. När Lerums kommun tecknade avtalet med BoKlok hade således mer än ett år gått sedan bosättningslagen aviserades, och tio månader sedan kommuntalen offentliggjordes.¹⁰ Antalet kommunanvisade under 2016 och deras behov av boende var således förutsebart för kommunen.¹¹ Dessutom

⁷ Se prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 del 1 s. 429 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 198 och 344 f samt mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien* och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* punkt 40–43 med hänvisningar.

⁸ Jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2016 i mål nr 6421-15.

⁹ Prop. 2015/16:54.

¹⁰ Se fotnot 5 ovan.

¹¹ Enligt rättspraxis ska bedömningen om det föreligger synnerlig brådska utgå från de särskilda omständigheter som föreligger vid den tidpunkt då direktupphandlingen genomfördes, se Kammarrätten i Jönköpings domar

borde lagutvecklingen avseende mottagande av nyanlända i Sverige knappast ha undgått kommunen – utredningen av denna fråga hade så tidigt som i juni 2015 gått ut på remiss.

21. Behovet av nya bostäder i kommunen hade dessutom varit känt en längre tid. Bostadsbristen och avsaknad av kommunalt bostadsbolag (vilket enligt kommunen medfört en längre handläggningstid) är omständigheter som kommunen haft kontroll över. Det ska i samband med detta påminnas om att den uppkomna brådskan inte i någon del får bero på den upphandlande myndigheten. Höga krav ställs på en myndighets planering och organisation.¹²
22. Detta talar för att det inte har förelegat någon synnerlig brådska att ingå avtalet. Det hade exempelvis varit möjligt för kommunen att i ett tidigare skede annonsera en eller flera upphandlingar för att täcka behovet av bostäder både när det gäller bostäder för nyanlända och andra boenden i kommunen.
23. Det finns enligt Konkurrensverket heller inte något samband mellan den enligt kommunen oförutsedda händelsen (en skyldighet enligt bostättningslagen att ta emot nyanlända) och den synnerligen brådskande situationen (att täcka behovet av bostäder till nyanlända), särskilt mot bakgrund av att Lerums kommun inte endast täckte det omedelbara behovet genom avtalet (se ovan punkt 17–18) och att kommunen haft kännedom om såväl införandet av nyss nämnda lag som bostadssituationen.¹³

Kommunen har inte kunnat underlåta annonsering av avtalet med stöd av något undantag

24. Avtalet i fråga omfattas inte av undantaget för synnerlig brådska. Det har inte heller framkommit några andra skäl till att avstå från att annonsera. Avtalet med BoKlok skulle således ha annonserats i enlighet med 15 kap. 4 § LOU. I och med att så inte gjorts, utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

den 13 februari 2012 (mål nr 2972-11) och den 28 september 2012 (mål nr 1181-12). Notera att kammarrätten i det första avgörandet bedömde att den kraftiga ökningen av asylsökande romer i början av hösten 2010 utgjorde en sådan omständighet som var oförutsebar för myndigheten, medan rätten i det andra avgörandet gjorde en motsatt bedömning för läget som det såg ut i april 2011 (eftersom myndigheten vid den tidpunkten hade känt till det ökade behovet av boendeplatser).

¹² Jfr t.ex. mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 26–28.

¹³ Jfr Kommissionens meddelande till Europaparlamentet och rådet COM(2015) 454 final den 9 september 2015 om reglerna för offentlig upphandling i samband med den aktuella asylkrisen samt Kammarrätten i Sundsvalls domar den 26 augusti 2015 i mål nr 3208-14 och mål nr 3209-14 vari poängteras att en omständighet närmast ska ha karaktären av ett force majeure-liknande tillstånd för att anses inte kunna förutses (de båda domarna överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 5578-15 och 5579-15), men inget prövningstillstånd meddelades).

Upphandlingsskadeavgift

25. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU). 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.¹⁴
26. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹⁵

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

27. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (17 kap. 7 § LOU).
28. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av parterna den 8 december 2016. Ett bindande avtal har därmed uppkommit vid den tidpunkten och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

29. 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 (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁶
30. Enligt kommunens uppgifter uppgår avtalets värde till 52 000 000 kronor. Av avtalet framgår dock att priset om 52 000 000 kronor är inklusive moms. Enligt 3 kap. 1 § LOU ska värdet av kontraktet beräknas utan mervärdesskatt. Konkurrensverket beräknar därmed kontraktsvärdet till 41 600 000 kronor.¹⁷ Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 4 160 000 kronor.¹⁸

¹⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹⁵ A prop. s. 196–197.

¹⁶ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹⁷ För byggentreprenader är momssatsen 25. $52\,000\,000 \times 0,8 = 41\,600\,000$.

¹⁸ $41\,600\,000 \times 0,1$.

31. 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 (17 kap. 5 § LOU).
32. 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.¹⁹
33. 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.²⁰ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²¹
34. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför högt. Rättsläget är inte oklart. Det har inte framkommit att Lerums kommun till följd av överträdelsen har drabbats av några andra negativa ekonomiska konsekvenser. Omständigheterna i övrigt är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande utan överträdelsen kan närmast beskrivas vara av normalgraden.
35. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 3 000 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Anna Görgård

¹⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

²⁰ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

²¹ 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.

Bifogas

Bilaga 1 Avtal mellan Lerums kommun och BoKlok tecknat den 8 december 2016