



SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Östersundshem 2 AB, 559042-3660

Ombud: advokaterna Per-Ola Bergqvist och Christoffer Löfquist
Foyen Advokatfirma KB,
Södergatan 28
211 34 Malmö

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Östersundshem 2 AB ska betala
2 000 000 kronor i upphandlingsskadeavgift.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU ska besluta att Östersundshem 2 AB (Östersundshem) ska betala 5 000 000 kronor i upphandlingsskadeavgift.

Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket bl.a. följande. Östersundshem har brutit mot 7 kap. 1 § LOU genom att den 24 februari 2016 ingå ett byggtreprenadkontrakt 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.

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. Det kommunala fastighetsbolaget Östersundshem ingick den 24 februari 2016 avtal med Pilgrimsta om uppförande av 100 Attefallshus med en option på ytterligare 50 hus. Optionen kunde nyttjas 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. Även mot bakgrund av situationen under andra halvåret 2015 bedömer Konkurrensverket att Östersundshem inte har haft synnerlig brådska att ingå det aktuella avtalet med Pilgrimsta utan annonsering. Avsikten med avtalet framstår inte ha varit endast, eller ens övervägande, att bistå Migrationsverket med boenden till asylsökande. Avsikten med avtalet synes huvudsakligen ha varit att lösa kommunens behov av bostäder för nyanlända, det vill säga 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 har således inte begränsat sig

till att enbart köpa för det omedelbara behovet. Detta innebär att Östersundshem inte kunde använda undantaget för synnerlig brådska när bolaget ingick avtalet. Avtalet är enligt Konkurrensverkets bedömning en otillåten direktupphandling.

Under Konkurrensverkets utredning inför ansökan har Östersundshem uppgett att man hade rätt att ingå avtalet utan föregående annonsering med stöd av undantaget vid synnerlig brådska. En tillämpning av det 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 till någon del bero på den upphandlande myndigheten.

Migrationsverket har ansvar för att bereda asylsökande över 18 år uppehåll i väntan på beslut om uppehållstillstånd. Vid tidpunkten för ingåendet av det aktuella avtalet var kommunernas ansvar begränsat till att tillhandahålla boende åt personer som beviljats uppehållstillstånd samt att säkerställa omhändertagande av ensamkommande barn. 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. Under vintern 2015-2016 pågick diskussioner med Migrationsverket angående ingående av en frivillig överenskommelse om uthyrning av bostäder. Någon överenskommelse kom dock aldrig att träffas. Vid tidpunkten för ingåendet av avtalet med Pilgrimsta fanns det därför ingen skyldighet för Östersunds kommun, det kommunala bolaget Östersundshem AB eller Östersundshem att tillhandahålla boende för asylsökande över 18 år. I avsaknad av en sådan skyldighet var det inte *absolut nödvändigt* att ingå avtal för att säkerställa tillgång till ett sådant boende. Avtalet omfattas därför inte av undantaget för synnerlig brådska.

Det ökade behovet av bostäder för nyanlända har varit möjligt att förutse från i vart fall oktober 2014, då kommunen beslutade att utöka antalet platser för nyanlända personer från 80-100 årligen till 275 personer för 2015. Eftersom behovet var förutsebart kunde bolaget inte heller av den anledningen tillämpa undantaget för synnerlig brådska.

Avsikten med entreprenadkontraktet var att Attefallshusen, utöver att hyras ut till Migrationsverket, även skulle hyras ut till studenter. Studenter vid Mittuniversitetet och yrkeshögskolor i Östersund omfattas av 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. Den 1 mars 2016 infördes en skyldighet för alla landets kommuner att ta emot nyanlända, det vill säga personer som beviljats bosättningsgrundande uppehållstillstånd. För Östersunds kommuns vidkommande föreskrevs en skyldighet att ta emot 107 nyanlända personer under perioden den 1 mars – 31 december 2016. 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 totalt 150 sådana hus (vilka rymmer upp till fem personer vardera) för att tillgodose behovet av bostäder för nyanlända. Avtalet omfattar därför mer än vad som krävts för att tillgodose 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 direktupphandla det aktuella byggentreprenadkontraktet med stöd av undantaget för synnerlig brådska.

Östersundshem bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Avtalet mellan Östersundshem och Pilgrimsta om köp av så kallade Attefallshus har

korrekt och i enlighet med gällande lagstiftning upphandlats av Östersundshem som ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, det vill säga en tillåten direktupphandling jämlikt 4 kap. 5 § p 3 LOU. För det fall att förvaltningsrätten skulle anse att upphandlingen inte är en tillåten direktupphandling görs gällande att upphandlingsskadeavgiften i första hand ska efterges i sin helhet och i andra hand sättas ned till en nivå som inte överstiger en procent av avtalets värde. Detta eftersom det bl.a. föreligger ett flertal förmildrande omständigheter.

Hösten 2015 stod Europa och Sverige inför en internationell krissituation när den största flyktingvågen som drabbat Europa sedan andra världskriget var ett faktum. Det stora antalet asylsökande som Sverige tog emot medförde att asylprocesserna drog ut på tiden. Effekten av detta var att asylsökande behövde bo kvar på asylboenden fram till dess de fick ett beslut om uppehållstillstånd. Under 2016 fick 111 979 personer beslut i sitt asylärende. Det ska här särskilt noteras att boendesituationen givetvis måste lösas för de personer som efter positivt beslut gick från att vara asylsökande till personer med uppehållstillstånd. Kommunernas ansvar för att dels hjälpa Migrationsverket, dels se till att kommunernas i lag stadgade skyldigheter uppfylldes, medförde att kommunerna under denna period befann sig i en akut situation för att få fram boenden. Även om antalet asylsökande minskade i början av 2016 fanns det fortfarande ett stort behov av bostäder hos både Migrationsverket och kommunerna. Detta gällde framför allt lägenhetsbostäder som Attefallshusen klassas som. Utifrån Migrationsverkets prognos som presenterades för Östersundshem på ett möte den 18 december 2015 skulle behovet av boenden nå sin kulmen under slutet av 2016/början av 2017 för att sedan komma ner till nivån för år 2015 först i slutet av 2019. Det var först under slutet av oktober 2015 som Östersundshems ägare framförde direktiv till Östersundshem med innebörd att Östersundshem hade ett tydligt, explicit och tvingande uppdrag att tillse att samtliga flyktingar, inbegripande så-

väl asylsökande som personer med uppehållstillstånd, skulle garanteras tak över huvudet.

Berörda kommunala förvaltningar och bolag i Östersunds kommun konstaterade således under senhösten 2015 det prekära läge som uppstått i kommunen avseende bostadsbristen för flyktingar. Östersunds kommun skulle välkomna ett stort antal ensamkommande barn, kommunanvisade samt övriga personer som beviljats uppehållstillstånd som ville bosätta sig i kommunen. Utöver detta hade kommunen ett solidariskt ansvar att hjälpa Migrationsverket med boenden under denna krissituation. De asylboenden som redan fanns i kommunen var inte i närheten att uppfylla behovet av boendeplatser.

Under 2014 fick kommunen ett fördelningstal på 24 asylsökande barn. För 2016 uppgick fördelningstalet till 215 asylsökande barn. Enligt kommunens egna prognoser förväntades mottagande av cirka 400 barn under 2016. Östersundshems möjligheter att omgående se till att flyktingar skulle få tak över huvudet genom befintligt fastighetsbestånd, förvärv av fastigheter eller nyproduktion var i det närmaste obefintlig. Under senhösten framkom även att kommunen beräknades ta emot 130-140 vuxna flyktingar under 2016. Därutöver skulle ytterligare flyktingar tillkomma genom så kallade egenbosatta flyktingar för vilka det är svårt att prognosticera antalet. I pressrelease från Migrationsverket den 19 november 2015 angavs att Migrationsverket inte längre kunde erbjuda alla asylsökande tak över huvudet.

Östersundshem som allmännyttigt kommunalt bostadsbolag har ett stort och övergripande ansvar för att tillgodose boenden till alla kommunens invånare genom bostadskön. I början av december 2015 hade Östersundshem fått ett tydligt uppdrag och direktiv att bidra till att lösa kommunens existerande bostadskris med anledning av flyktingkrisen. Ansvaret för att tillse att ensamkommande flyktingbarn, asylsökande samt personer som beviljats asyl

skulle ha tak över huvudet åvilade därmed Östersundshem, som därför var tvingat att agera mycket snabbt för att skapa nya bostäder. Östersunds kommun och Migrationsverket var vid årsskiftet 2015/2016 av uppfattningen att ett stort antal flyktingar skulle komma till kommunen i den absoluta närtiden, vilket fick till följd att Östersundshems uppdrag att se till att samtliga skulle få tak över huvudet blev mycket brådskande. Omfattningen av detta uppdrag bestämdes ytterst av Östersunds kommun och Migrationsverket, och inte av Östersundshem.

Utifrån dessa förutsättningar, samt de riktlinjer och prognoser som under hösten och vintern meddelats av EU-kommissionen, Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket och givetvis Migrationsverket beslutade Östersundshems styrelse att gå vidare med Attefallskonceptet och köpa in dessa hus. Syftet med uthyrning till studenter var endast att de asylsökande skulle integreras bättre i det svenska samhället. Migrationsverket, kommunen och Östersundshem skulle också kunna omfördela stugorna utifrån parternas behov vid olika tidpunkter. Då antalet asylsökande eventuellt minskade skulle fler personer efter behandlade ansökningar få uppehållstillstånd. Utifrån vad som var känt i februari 2016 skulle behovet av bostäder vara stort de närmaste åren, och ansvaret för att flyktingarna hade ett boende skulle endast förskjutas från Migrationsverket till kommunen, och därigenom Östersundshem, i takt med att de asylsökande beviljades uppehållstillstånd. Östersundshem skulle även kunna erbjuda ett nybyggt studentboende till kommunen eftersom Östersundshem redan hade uppfyllt den av kommunen utfärdade bostadsgarantin för studenter. Att studenter skulle få ytterligare bostäder genom Östersundshems försorg var således inte alls avhängigt av att Attefallshusen skulle införskaffas. Attefallshusen var endast nödvändiga att införskaffa för att se till att flyktingarna skulle få tak över huvudet – detta var den enda grunden till att Östersundshem den 24 februari 2016 ingick avtal med Pilgrimsta avseende Attefallshusen.

Östersundshem hade kontakt med tre olika leverantörer för att undersöka deras möjligheter att leverera Attefallshus. Av dessa var det bara Pilgrimsta som hade möjlighet att leverera 100 stycken Attefallshus i början av april 2016.

Både EU-kommissionen, Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket meddelade riktlinjer för hur en upphandlande myndighet skulle kunna tillhandahålla de allra nödvändigaste infrastrukturerna i form av bl.a. bostäder med anledning av flyktingkrisen. Den 9 september 2015 utfärdade EU-kommissionen ett meddelande till Europaparlamentet och Rådet om reglerna för offentlig upphandling i samband med den aktuella flyktingkrisen. Kommissionen konstaterade att genom ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling erbjuder unionsrätten ett verktyg som gör det möjligt att tilldela kontrakt för de asylsökandes behov även i de mest brådskande fallen, se artikel 31.1 c i det klassiska direktivet. Kommissionen konstaterade att i många medlemsstater har antalet asylsökande ökat markant under en relativt kort period. Kommissionen anförde också att man kan utgå ifrån att en upphandlande myndighet inte i tillräckligt god tid visste eller kunde veta hur många asylsökande den skulle behöva ta hand om. Genom Kommissionens uttalanden står det klart att det första villkoret enligt en stark presumtion skulle vara uppfyllt. Gällande villkoret synnerlig brådska understryker Kommissionen att det är uppenbart att de mest omedelbara behoven hos personer som söker asyl i de olika medlemsstaterna måste tillgodoses så snabbt som möjligt. Det råder vidare enligt Kommissionen inget tvivel om att det fanns ett orsakssamband mellan den oförutsedda händelsen och den synnerligen brådska situationen. Angående villkoret att det är absolut nödvändigt att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering står det klart att Kommissionen är av uppfattningen att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska kunna nyttjas för att täcka det brådska behov som uppstår när flyktingarna som strömmar till medlemsländerna ska få tak över huvudet. Samman-

fattningsvis framför Kommissionen att en upphandlande myndighet måste bedöma från fall till fall vilket förfarande som den ska välja för att tilldela kontrakt för att täcka de omedelbara behov som uppstår i spåren efter flyktingkrisen, vilket främst inbegriper behovet av bostäder.

Konkurrensverket har på sin hemsida den 15 september 2015 publicerat riktlinjer och kommenterat EU-kommissionens meddelanden. Konkurrensverket hade till synes förstått att det trängande behovet av bostäder som uppstått på grund av denna situation medförde att de upphandlande myndigheterna måste kunna upphandla bostäder direkt utan att först annonsera. I mitten av september 2015 bedömde Konkurrensverket således situationen som exceptionell. Konkurrensverket anförde uttryckligen att för det fall bostäder och förnödenheter inte kan förses tillräckligt snabbt kan direktupphandling användas i stället för traditionell annonserad upphandling.

Även Upphandlingsmyndigheten har agerat genom att den 22 oktober 2015 publicera vägledningen "Tillämpning av LOU med anledning av flyktingsituationen". Upphandlingsmyndigheten noterade att de upphandlande myndigheterna i landet ställdes inför akuta situationer och att det fanns ett mycket stort behov av att upphandla främst boenden. Syftet med Upphandlingsmyndighetens publikation var således att stötta de upphandlande myndigheterna och beskriva hur dessa skulle tillämpa upphandlingslagstiftningen i den uppkomna situationen. Den myndighet som har till uppgift att stödja upphandlande myndigheter och enheter underströk möjligheterna att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering samt direktupphandling för att lösa den akuta flyktingkrisen och dess följder. Även av Upphandlingsmyndighetens vägledning framgår klart och tydligt att den akuta flyktingsituationen medförde att de upphandlande myndigheterna hade mycket stora möjligheter att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering för att tillgodose det akuta behovet av främst bostäder.

Konkurrensverket har även framfört kritik till Finansdepartementet angående Migrationsverkets agerande vid upphandling av bostäder till flyktingar då Migrationsverket trots avsaknad av avtalsspärr inte ingått avtal direkt vid tilldelning, och därigenom möjliggjort att annan anbudsgivare ansökt om överprövning med yrkande om interimistiskt beslut. Det råder inget tvivel om att Konkurrensverket i slutet av november 2015 gav stöd för att behovet av bostäder skulle täckas genom att de upphandlande myndigheterna nyttjade förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Den 9 februari 2016 fattade Östersundshems styrelse beslut om att upphandla Attefallshus genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Att Östersundshem genom ägardirektiv från Östersunds kommun hade ett tungt kommunalt ansvar att se till att boende finns för såväl asylsökande som personer med uppehållstillstånd rådde det inget tvivel om i februari 2016. Med beaktande av Migrationsverkets egna bedömningar att det även i februari 2016 var mycket som talade för att flyktingvågen skulle fortsätta under såväl 2016 som 2017, samt vad Riksrevisionen senare konstaterade i sin rapport "Lärdomar av flyktingsituationen hösten 2015 – beredskap och hantering" (RIR 2017:4), framstår Östersundshems agerande i den synnerliga brådska som var för handen i februari 2016 som det enda realistiska handlingsalternativet för att boendesituationen skulle lösas för flyktingarna.

Det måste poängteras att Östersundshem har att följa vad dess ägare, dvs. Rådhuset, bestämmer genom bolagsordning och direktiv. Rådhuset kontrolleras i sin tur till 100 procent av Östersunds kommun. Eventuella brister i tidsplaneringen för att tillmötesgå ett ökat behov av bostäder kan aldrig läggas Östersundshem till last. Först i slutet av 2015 fick Östersundshem direktiv från Rådhuset och Östersunds kommun att se till att antalet bostäder skulle ökas.

Konkurrensverket anför härnäst i huvudsak följande. Det har inte varit absolut nödvändigt för Östersundshem att över huvud taget köpa uppförandet av aktuella Attefallshus. Avtalets villkor är också i fråga om omfattning, dvs. antalet hus som skulle beställas, respektive utformningen av optionen inte absolut nödvändiga. Östersundshem påstår att den enda avsikten var att flyktingar skulle få tak över huvudet. Detta motsägs av uppgifter som föregått avtalsingåendet och uttalanden som företrädare för bolaget gjort efter den aktuella ansökan om upphandlingsskadeavgift, då Östersundshems VD i media i februari 2017 uppgett att upp till 20 procent av bostäderna ska gå till studenter och andra. Behovet av bostäder för studenter, ungdomar och arbetslösa har varit känt sedan tidigare. Avtalet med Pilgrimsta är inte begränsat till att tillmötesgå ett brådskande behov. Avtalet har alltså i vart fall delvis syftat till att tillgodose behov som inte var brådskande. Om upphandlande myndigheter tilläts direktupphandla offentliga kontrakt med hänvisning till synnerlig brådskande under sådana omständigheter skulle det innebära att tidigare kända behov av ett visst avtalsföremål kan undandras konkurrensutsättning genom att upphandlas med andra i och för sig brådskande avtalsföremål. En sådan tolkning av undantaget för synnerlig brådskande är inte restriktiv.

Det är Migrationsverket som bär ansvaret för att tillhandahålla boende åt asylsökande. Östersunds kommun har inte ingått någon frivillig överenskommelse med Migrationsverket om att tillhandahålla boende åt asylsökande och har därmed inte iklätt sig en sådan skyldighet. En sådan skyldighet kan då inte ha överförts på Östersundshem. Rätt att direktupphandla avtalet med stöd av undantaget för synnerlig brådskande för att skapa boende åt asylsökande har därmed inte förelegat. Fram till den 1 mars 2016 var Sveriges kommuner inte skyldiga att ta emot nyanlända personer. Sådant mottagande var i stället frivilligt. Den 1 mars 2016 infördes en skyldighet för Sveriges samtliga kommuner att ta emot nyanlända personer, vilket för Östersunds kommuns vidkommande innebar en skyldighet att ta emot 107 ny-

anlända personer under perioden 1 mars – 31 december 2016. Varje Attefallshus kan rymma upp till fem personer. Avtalets omfattning överstiger alltså vida det antal nyanlända som Östersunds kommun var skyldig att ta emot under 2016. Avtalets utformning i fråga om omfattning har därför inte varit absolut nödvändigt. Vidare har det inte varit absolut nödvändigt med en option för Östersundshem att avropa kompletterande Attefallshus till och med den 30 juni 2017. Det har inte krävts en så lång optionstid för att tillmötesgå behovet att skapa boende åt 107 nyanlända under 2016. För mottagande av nyanlända under 2017 har det funnits tid att upphandla boende genom annonserat förfarande.

Östersundshem anför härefter i huvudsak följande. Den synnerliga brådska Östersundshem befann sig i vid avtalstecknandet ska bedömas utifrån den ögonblicksbild som återspeglar hur situationen såg ut i februari 2016 och vilken information som då fanns tillgänglig, främst från Migrationsverket, men även från andra berörda myndigheter. Det kan konstateras att utifrån de prognoser som fanns att tillgå i februari 2016 om det ökande antalet flyktingar – såväl personer med uppehållstillstånd som nyanlända – det uppdrag som Östersunds kommun gett Östersundshem och det faktiska antalet boendeplatser som Östersundshem förfogade över, fanns inga boendeplatser inom kommunen att tillgå. För att täcka och tillgodose det akuta behovet av boendeplatser var Östersundshem således tvingade att upphandla Attefallshusen genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

I målet är den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig.

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har

slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering (17 kap. 1 § 3 LOU).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 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 § (17 kap. 4 § LOU).

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5–8 §§ (7 kap. 1 § LOU).

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering (4 kap. 5 § 3 LOU).

Reglerna i LOU om möjlighet till tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering vid fall av synnerlig brådska har sin motsvarighet i artikel 31.1 (c) i det numera upphävda direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG). I artikeln anges även att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte i något fall får tillskrivas den upphandlande myndigheten.

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).

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anges bland annat följande i förarbetena till LOU. Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Det bör dock erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Syftet med förslaget är att ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det förhållandet att upphandlande myndighet eller enhet på annat sätt drabbas negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet. I sällsynta fall, när överträdelsen får anses ringa, bör det kunna aktualiseras om någon avgift över huvud taget ska påföras. Om det i det enskilda fallet föreligger synnerliga skäl ska avgiften också kunna efterges. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det får således ses som en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Vidare anges att domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. (prop. 2009/10:180 s. 197 f., 370)

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har i målet att kontrollera om förutsättningarna för att besluta om upphandlingsskadeavgift är uppfyllda och, om så är fallet, att ta ställning till upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Östersundshem har den 24 februari 2016 tecknat avtal med Pilgrimsta om köp och uppförande av så kallade Attefallshus. I avtalet anges att avrop kommer att ske fortlöpande med uppgift om antal och plats. Beställaren planerar att i steg ett avropa 100 hus. Vidare anges i avtalet att beställaren därutöver har en ensidig rätt att avropa ytterligare 50 hus. Nyttjandet av optionen ska ske senast den 30 juni 2017.

Det är ostridigt att kontraktsvärdet överstiger tillämpligt tröskelvärde och att direktupphandling därför inte var tillåten på grund av kontraktets värde. En upphandlande myndighet får dock använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska som orsakats av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering (se 4 kap. 5 § 3 LOU). Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att samtliga dessa förutsättningar är uppfyllda.

Förelåg synnerlig brådska som gjorde det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande?

Både Östersundshem och Konkurrensverket har utförligt redogjort för den situation som förelåg under hösten 2015 och vid tiden för det ifrågavarande avtalets ingående, med avseende på mottagandet av asylsökande.

Bedömningen av om synnerlig brådska ska anses ha förelegat måste göras utifrån en ögonblicksbedömning av de omständigheter som förelåg vid den tidpunkt då direktupphandlingen gjordes (se t.ex. Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2972-11 och mål nr 1182-12). Förvaltningsrätten fäster därvid särskild vikt vid följande omständigheter.

Under 2015, särskilt under senare delen av året, ökade antalet asylsökande i Sverige väsentligt. För vuxna asylsökande ansvarar Migrationsverket medan kommunerna ansvarar för ensamkommande barn som söker asyl utan medföljande vårdnadshavare. Migrationsverket gick vid flera tillfällen under oktober och november 2015 ut med information om antalet asylsökande och med vädjan till kommunerna att bereda plats för personer som beviljats uppehållstillstånd men fortfarande bodde kvar på asylboenden då de inte kunnat flytta till egen bostad. Migrationsverket har också i sin verksamhets- och utgiftsprognos i oktober 2015 beskrivit att "flyktingsituationen i Sverige blivit så allvarlig att det krävs gemensamma lösningar på samhällsnivå för att möta de akuta behoven" och att det "(F)ör att lösa den akuta bristen på boendeplatser krävs omedelbar samverkan mellan statliga myndigheter, kommuner och andra aktörer. Avgörande i detta skede är att med mycket kort varsel få fram alternativa boendelösningar, bokstavligen tak över huvudet".

Vidare har den Europeiska Kommissionen den 9 september 2015 i meddelande till Europaparlamentet och Rådet uppmärksammat situationen med avseende på reglerna för offentlig upphandling i samband med den aktuella flyktingsituationen. Angående frågan om synnerlig brådska angav Kommissionen därvid att "(D)et är uppenbart att de mest omedelbara behoven (bostäder, varor och tjänster) hos personer som söker asyl i de olika medlemsstaterna måste tillgodoses så snabbt som möjligt".

Den 26 november 2015 föreslog vidare regeringen en ny lag som innebar att en kommun är skyldig att efter anvisning ta emot en nyanländ för bosättning i kommunen (se prop. 2015/16:54 Ett gemensamt ansvar för nyanlända). Detta resulterade i lagen (2016:38) om mottagande av vissa nyanlända invandrare för bosättning (anvisningslagen), som trädde i kraft den 1 mars 2016. Lagen innebär att varje kommun blir skyldig att efter anvisning ta emot nyanlända för bosättning i kommunen. Med nyanländ avses härvid nyanländ invandrare som beviljats uppehållstillstånd som flykting eller annan skyddsbehövande enligt vissa bestämmelser i utlänningslagen.

Såsom Konkurrensverket påtalat fanns det ingen frivillig överenskommelse mellan Östersunds kommun och Migrationsverket om mottagande av nyanlända, dvs. personer som beviljats uppehållstillstånd och därför inte längre kunde bo kvar på asylboende. Emellertid var det vid tidpunkten för beslutet att direktupphandla bostäder och vid ingående av avtalet allmänt känt att anvisningslagen skulle träda i kraft, innebärande en skyldighet för kommunerna att ta emot nyanlända för bosättning. Detta ansvar kom utöver de ensamkommande asylsökande barn som kommunerna sedan tidigare haft ansvar för vad gäller boende.

Det finns inte anledning att ifrågasätta Östersundshems beskrivning av antalet tillgängliga bostäder i Östersunds kommun. Det antal personer som de första 100 husen kan antas rymma uppgår i vart fall till 400 personer. Det antal som anvisas enligt lagen uppgår till 107 personer och ensamkommande till 215, totalt 322 personer. Även om det i detta fall främst är fråga om personer som beviljats uppehållstillstånd så får beaktas att det totala antalet flyktingar som kom till Sverige under kort tid medförde att trycket på alla led i bostadskedjan var stort. Därför medför det förhållandet att det i strikt mening inte var fråga om bostäder för asylsökande enligt förvaltningsrättens mening ingen annan bedömning.

Mot denna bakgrund och med beaktande av den tidsåtgång som krävs för utarbetande av förfrågningsunderlag vid upphandling av denna karaktär (annonsering, utvärdering, avtalsspärr samt utrymme för överprövning), anser förvaltningsrätten att det är klarlagt att det, vid tidpunkten då Östersundshem genom förhandlad direktupphandling ingick det ifrågavarande avtalet, förelåg sådan synnerlig brådska som gjorde det omöjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande.

Var brådskan orsakad av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten?

Mot den ovan återgivna bakgrunden, och särskilt utifrån vad den Europeiska Kommissionen i sitt meddelande den 9 september 2015 anført i fråga om att man kan utgå från att en upphandlande myndighet inte i tillräckligt god tid i förväg kunde veta hur många asylsökande den skulle behöva ta hand om, anser förvaltningsrätten att det också är klarlagt att de omständigheter som orsakat brådskan inte kunnat förutses av Östersundshem. Brådskan kan inte heller till någon del tillskrivas Östersundshem som upphandlande myndighet.

Var det absolut nödvändigt att tilldela kontrakt?

Frågan uppkommer om det var absolut nödvändigt att tilldela kontraktet på det sätt och i den omfattning som skedde den 24 februari 2016.

Inledningsvis kan konstateras att det behov som Östersundshem avsåg uppfylla genom den ifrågavarande direktupphandlingen var bostäder. Det ligger i sakens natur att behovet av boende måste tillgodoses så snart som möjligt, särskilt när det gäller bostäder till nyanlända vilka inte tidigare har någon förankring på bostadsmarknaden. Detta talar således för att det var absolut nödvändigt att tilldela kontraktet.

Vad Östersundshem anfört om att man var bunden av bolagsordning och ägardirektiv medför enligt förvaltningsrättens bedömning inte att Östersundshem kan undandra sig ansvar för upphandlingen.

Var det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet i den omfattning som gjordes och ska optionen medräknas vid bedömningen av nödvändigheten av att tilldela kontraktet?

Vid bedömningen av om det var absolut nödvändigt att tilldela kontraktet måste det också avgöras om de avtalade villkoren såsom avtalstid och eventuella optioner, varit absolut nödvändiga (jfr Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6421-15).

Frågan i nu aktuellt mål är således om prövningen ska avse endast de första 100 husen eller ska även optionen om 50 hus beaktas vid bedömningen av nödvändigheten av kontraktet.

Frågan om ett icke acceptabelt optionsvillkor ska medföra att hela kontraktet blir otillåtet synes inte ha varit föremål för prövning i domstolspraxis förutom i ovan nämnda kammarrättsavgörande. Kammarrätten kom därvid fram till att en förlängningsoption som innebar att avtalet kan löpa i oändlighet inte kan ha varit absolut nödvändigt.

Enligt Östersundshem kan två vuxna och två barn alternativt tre vuxna bo i varje hus. Konkurrensverket uppger att fem vuxna kan bo i varje hus. Det är i vilket fall fråga om ett stort antal personer. Förvaltningsrätten konstaterar att avtalet medförde en möjlighet för Östersundshem att köpa totalt 150 Attefallshus fram till och med den 30 juni 2017. Tiden som avtalet omfattar, inklusive optionen, uppgår till nästan ett och ett halvt år.

Det i huvudavtalet avropade antalet hus om 100 stycken kan i och för sig anses rimligt i den uppkomna situationen. Avtalet omfattar dock utöver fort-löpande avrop av 100 hus även en option om rätt att avropa ytterligare 50 hus. Optionen omfattar således femtio procent av huvudavtalet vilket får anses vara mer omfattande än vad som varit nödvändigt. Optionen får såväl till antal hus som avtalets längd anses alltför omfattande.

Förvaltningsrätten anser därför, mot bakgrund av det antal personer som skulle kunna få bostad i dessa hus, och då uppförande av ytterligare hus inom ramen för avtalet skulle kunna beställas ända fram till den 30 juni 2017, att avtalet såsom det utformades med avseende på dessa villkor inte kan anses ha varit absolut nödvändigt.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att det inte kan anses ha varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet i den omfattning som skett. Östersundshem har därmed inte haft rätt att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering i detta fall. Östersundshem har därigenom genomfört en otillåten direktupphandling.

Det föreligger därmed grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift.

Föreligger skäl att sätta ned eller efterge upphandlingsskadeavgiften?

Av bestämmelsen framgår att upphandlingsskadeavgiften i detta fall kan fastställas till minst 10 000 kronor och högst 8 053 500 kronor, utifrån kontraktets totala värde. Om det finns synnerliga skäl får avgiften efterges. Konkurrensverket har ansökt om att förvaltningsrätten i detta fall ska fastställa upphandlingsskadeavgiften till 5 000 000 kronor.

Avgiftens storlek bör bestämmas utifrån en helhetsbedömning av samtliga kända omständigheter i varje enskilt fall. Den nu aktuella överträdelsen består i otillåten direktupphandling, vilket är en försvårande omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde. Förvaltningsrätten anser också att kontraktet har ett förhållandevis högt värde vilket talar för en hög avgift.

Den ovan beskrivna situationen där ett stort antal människor befarades stå utan tak över huvudet om bostäder inte snabbt kunde ordnas anser förvaltningsrätten utgör en förmildrande omständighet. Det är inte heller fråga om ett upprepat förfarande från Östersundshems sida, och Östersundshem har ostridigt uppgett att man gjort en viss undersökning av marknaden genom att vända sig till tre leverantörer med förfrågan om leverans. Den integrationsstanke som Östersundshem gett uttryck för och som medför att inte alla bostäder går till personer som omfattas av den aktuella migrationskrisen ska inte anses försvårande. Det är ostridigt att Östersundshems bostadspolicy redan innan avtalets ingående innebar att motverka segregation genom att en viss del av bostadsbeståndet fördelades till bl.a. studenter. Östersundshem har vidare framhållit att man redan på annat sätt under aktuell period uppfyllt sina åtaganden vad gäller bostäder till studenter. Det hade inte varit rationellt att frångå denna väl inarbetade bostadspolicy även om det nu är fråga om en direktupphandling. Vid aktuellt tillfälle fanns heller inte något behov av studentbostäder varför den enda rimliga anledningen till att ta med detta villkor i avtalet var att avtalet skulle vara förenligt med den långsiktiga bostadsplaneringen. Vid tillämpningen av överviktsprincipen kan konstateras att större delen av avtalet kan bedömas vara en tillåten direktupphandling varför detta ska inverka mildrande vid bedömningen av avgiftens storlek.

Förvaltningsrätten anser sammantaget att det belopp som Konkurrensverket yrkat ska utdömas framstår som väl högt. De förmildrande omständigheter som kommit fram utgör skäl att sätta ned beloppet. Förvaltningsrätten bedömer att en avgift motsvarande ca en fjärdedel av maximal avgift kan anses vara tillräckligt effektiv, proportionerlig och avskräckande. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas endast på så sätt att Östersundshem ska betala en upphandlingsskadeavgift om 2 000 000 kronor, vilket motsvarar ca en fjärdedel av det maximala beloppet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C).



Kerstin Widmark
rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.