



**SÖKANDE**

Aura Communities Limited, 10345822  
71-75 Shelton Street, Covent Garden  
London WC2H 9JQ  
Storbritannien

**MOTPART**

Nacka kommun  
131 81 Nacka

Ombud:

Jonas Finnsson

**SAKEN**

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-01-16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om att förvaltningsrätten ska fastställa att Nacka kommun har ett skadeståndsansvar och yrkandet om att förvaltningsrätten ska fastställa att kommunen skulle ha svarat på e-post som Aura Communities Limited skickat till kommunen.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av Nacka kommuns beslut att avbryta upphandlingarna.

## BAKGRUND

Nacka kommun annonserade den 3 juli 2017 tre upphandlingar med benämningen ”Flerbostadshus med hyresbostäder”, KFKS 2017/625-627. Upphandlingarna avsåg fastigheterna Eknäs, Igelboda och Björknäs. Syftet med upphandlingarna var att lösa behovet av bostäder för sociala ändamål och i första hand till kommunens nyanlända invånare. Upphandlingarna genomfördes genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. För varje upphandling var avsikten att ingå ett avtal om totalentreprenad med en anbudsgivare. Sista dag att inkomma med anbud var den 24 augusti 2017. För fastigheten Björknäs inkom fyra anbud och för de andra två inkom tre anbud på vardera fastighet. Kommunen meddelade den 5 november 2018 anbudsgivarna att kommunen beslutat att avbryta upphandlingarna med motiveringen att endast ett anbud motsvarade kommunens budget men att detta anbud inte uppfyllde ställda krav samt att en försenad utvärdering medfört att anbudens giltighetstid löpt ut.

## YRKANDEN M.M.

**Aura Communities Limited** ansöker om överprövning av kommunens beslut att avbryta upphandlingarna och yrkar att förvaltningsrätten ska fastställa att kommunen inte har agerat affärsmässigt genom att kommunen haft en orimlig budget och att kommunen i och med det har ett skadeståndsansvar. Bolaget yrkar även att förvaltningsrätten ska fastställa att kommunen skulle ha svarat på e-post som rör upphandlingarna istället för att vid fyra tillfällen ignorera den e-post som bolaget skickade samt att kommunen överlag hanterat upphandlingarna på ett icke affärsmässigt sätt.

Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Kommunen har avbrutit upphandlingarna på ogiltiga grunder och har dessutom begått ett flertal allvarliga upphandlingsfel. Kommunen har inte agerat affärsmässigt

eftersom den haft en orealistisk budget för upphandlingarna. Kommunen har heller inte angett budgeten i upphandlingsdokumentet. Om kommunen hade gjort det hade bolaget avstått från att lämna anbud och använt sina resurser på annat sätt. Om kommunen hade haft en realistisk budget hade bolaget sannolikt vunnit två av upphandlingarna eftersom bolaget hade de enda kvalificerade anbuden.

Bolaget har efter en del sökande hittat en tjänsteskrivelse på kommunens hemsida som visar att budgeten innebär att kostnaden inte får överstiga 2 000 kr per kvadratmeter för upphandlingarna. De verkliga marknadspriserna är flera gånger högre än detta belopp. Enligt SCB låg produktionskostnaderna i storstadsområden under 2016 på 52 159 kr per kvadratmeter. Det kan antas att dessa kostnader ökat 2017 och 2018. Det kan också antas att de totala produktionskostnaderna för modulbostäderna i upphandlingen är likvärdiga eftersom modulbostäderna ska forslas bort efter tio år och tas om hand på korrekt sätt och marken återställas. Vidare ska anslutningsavgifter för bl.a. el och vatten liksom kostnader för bygglov och andra tillstånd skrivas av under 10 år jämfört med vanliga permanenta hyresbostäder där dessa kostnader skrivs av över normalt 50 år. Kostnaderna för försäkringar är också betydligt högre eftersom det rör sig om flyktingboenden. Den utrustning som ska installeras behöver vara extra slitstark, vilket sammantaget fördyrar dessa typer av bostäder ytterligare jämfört med vanliga hyreslägenheter. Det finns en utredning av konsultföretaget Evidens som på uppdrag av bland andra Sveriges Byggindustrier undersökt kostnaderna för modulbostäder. Utredningen gjordes 2015 för vanliga men modulbaserade hyresbostäder och priserna och förutsättningarna är idag helt annorlunda. Utvärderingen gjordes vidare för myndigheter med ett avkastningskrav om endast 3,5 %. Även om kostnaderna inte justeras för detta, är kommunens uppskattade budget omkring hälften av kostnaderna i undersökningen. Tas full hänsyn till det som nämnts är de verkliga kostnaderna många gånger högre än kommunens

budget. Kommunen har således gravt underskattat de verkliga kostnaderna och bolaget har därför helt i onödan använt sina resurser till att delta i denna upphandling. Anbudsgivare måste kunna förutsätta att upphandlande myndigheter har gjort en tillräckligt god marknadsundersökning gällande det rådande prisläget när de går ut med en upphandling. Detta särskilt när de inte uppger budgeten i upphandlingsdokumentet. Upphandlingsdokumentet ska vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav som ställs. I och med att den orealistiska budgeten inte var förutsebar och trots detta ändå ett krav vid utvärderingen har kommunen brutit mot principen om öppenhet.

När det gäller att anbudens giltighet har gått ut ska en upphandlande myndighet enligt 12 kap. 12 § andra stycket LOU snarast möjligt underrätta anbudsgivarna om att upphandlingen avbryts. Att vänta över ett år med att besluta om att avbryta en upphandling kan inte ses som snarast möjligt och är inte heller affärsmässigt. Om kommunen hade följt den aktuella regeln hade samtliga anbud varit giltiga avseende tidsaspekten. Det är sannolikt att kommunen överhuvudtaget inte hade skrivit avbrytandebeslut om inte bolaget kontaktat kommunen. Vid fyra olika tillfällen (september, oktober, november 2017 och februari 2018) svarade kommunen inte ens på bolagets brev. Det är under all kritik att efter anbudsöppning vänta över ett år med att ge något som helst besked.

**Kommunen** motsätter sig bifall till bolagets begäran om överprövning och bolagets begäran om skadestånd. Kommunen anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Det fanns sakliga skäl för att avbryta upphandlingarna och avbrytandet har skett i enlighet med de grundläggande principerna. Vid utvärderingen av anbuderna framkom att det för varje upphandling endast fanns ett anbud som var acceptabelt i förhållande till budget men att detta inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav. Resterande anbud inom varje upphandling var inte acceptabla i förhållande till budget. Upphandlingarna föregicks av en utredning som hade syftet att utreda kommunens behov

inom bostadsförsörjningen. Av denna utredning framgår kommunens budget för upphandlingarna. Budgeten är baserad på kommunens erfarenheter från bostäder som kommunen byggt inom ramen för en samverkansentreprenad med NCC, som kommunen nu förvaltar. Budgeterade kostnader uppgår till 2 450 kr per kvadratmeter och år (2 750 kr om kommunen gör det i egenregi).

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 20 kap. 21 § LOU framgår att talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol. Förvaltningsrätten har således ingen möjlighet att fastställa att kommunen har ett skadeståndsansvar och yrkandet om detta ska därför avvisas. Förvaltningsrätten utövar inte tillsyn över kommunerna och kan därför inte pröva om kommunen borde ha svarat på e-post som bolaget skickat till kommunen. Även detta yrkande ska således avvisas. Vid bifall till en talan mot ett avbrytandebeslut kan förvaltningsrätten inte besluta om annat än att beslutet ska upphävas oavsett hur sökanden har formulerat sina yrkanden.

Ett beslut att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. Ett avbrytandebeslut måste också följa de gemenskapsrättsliga principerna som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU (jfr RÅ 2009 ref. 43 och EU-domstolens dom i mål nr C 92/00 p. 47 m.fl.)

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Kommunen har som skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen bl.a. uppgett att endast ett anbud motsvarade kommunens budget och att detta anbud inte uppfyllde ställda krav. Att en budget kommer överskridas om anbud antas utgör enligt Högsta förvaltningsdomstolen (RÅ 2009 ref. 43) ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen fann i det aktuella målet att det var tillfredsställande utrett att samtliga återstående anbud som den upphandlande enheten hade att ta ställning till var högre än vad dess budget tillät. Domstolen uttalade också att tjänsten visade sig vara dyrare än vad den upphandlade enheten haft anledning att räkna med.

Kommunen har uppgett att budgeterade kostnader uppgick till cirka 2 450 kr per kvadratmeter och år. Att det är den budget kommunen har utgått från får stöd av en av kommunen ingiven tjänsteskrivelse från maj 2017 med rubriken ”genomförandeplanering för bostadsförsörjning 2017–2020”. Av utvärderingsprotokollet framgår att samtliga anbudspriser överstiger 2 450 kr per kvadratmeter och år, varav två av anbuden med betydande belopp. Förvaltningsrätten anser att det härigenom får anses tillfredsställande utrett att de giltiga anbud som kommunen hade att ta ställning till var högre än vad kommunens budget tillät.

Bolaget gör gällande att kommunens budget varit orealistisk. Bolaget hänvisar dels till SCB:s statistik över produktionskostnaden för lägenheter, dels till en utredning gjord av konsultföretaget Evidens. Uppgifterna från SCB gäller vanliga bostäder, och inte modulbostäder som det nu är fråga om. Dessa uppgifter kan därför inte, även med beaktande av vad bolaget anfört, användas för att dra några säkra slutsatser om vad kostnaden för modulbostäder uppgår till. När det gäller utredningen från företaget Evidens visar den visserligen på högre kostnader än kommunens budgeterade kostnader. Förvaltningsrätten anser dock att utredningen inte har ett sådant bevisvärde att det utifrån den går att konstatera vad kostnaden för de

aktuella modulbostäderna skulle komma att uppgå till och att kommunens budget varit orealistisk. Kommunen har uppgett att budgeten är baserad på kommunens erfarenheter från bostäder som kommunen byggt inom ramen för en samverkansentreprenad med NCC. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att det inte framkommit att kommunen haft anledning att räkna med att anbudspriserna skulle bli så höga som de blev. Kommunen har därför haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

Att kräva att en upphandlande myndighet anger budgetramen för upphandlingen i upphandlingsdokumenten kan inte anses förenligt med syftet med upphandlingsförfarandet. Upphandlande myndigheter skulle inte i samma utsträckning kunna ta tillvara de konkurrensmöjligheter som finns på marknaden om högsta möjliga prisram var känd för anbudsgivarna. Kommunen har därför inte brutit mot principen om öppenhet genom att, trots att budgeten inte uppgetts i upphandlingsdokumentet, avbryta upphandlingen med hänvisning till att giltiga anbud överskrider budgeten. Det har heller inte framkommit att avbrytandebeslutet står i strid med någon av de andra grundläggande principerna i LOU. Med hänsyn till att kommunen haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen redan på den grunden att kvarvarande giltiga anbud överskridit kommunens budget prövar förvaltningsrätten inte frågan om kommunen även haft rätt att avbryta upphandlingen på den grunden att anbudens giltighetstid löpt ut. Ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Anna Karin Andersson

Rådman

Anna-Karin Saxvold har föredragit målet.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.



Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

