



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2014-04-03
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
20749-13

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Haninge Bostäder AB, 556556-5073

Ombud: Advokat Johan Carle
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Haninge Bostäder AB:s yrkande om att förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten beslutar att Haninge Bostäder AB ska betala 10 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Dok.Id 452484

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten ska besluta att Haninge Bostäder AB (härefter Haninge Bostäder) ska betala 10 miljoner kr i upphandlingsskadeavgift. Som grund för ansökan anför Konkurrensverket sammanfattningsvis följande. Haninge Bostäder har brutit mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, genom att den 3 september 2012 sluta avtal med Berghäll i Stockholm AB utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling. Den otillåtna direktupphandlingen innebär att Haninge Bostäder genom avtalet med Berghäll i Stockholm AB har tillgodogjort sig ett uppförande av nio byggnader med sammanlagt ca 90 lägenheter utan sådan annonsering som föreskrivs i LOU. Så har skett genom att Haninge Bostäder i och med avtalet har förvärvat ett aktiebolag – Vega Norra Parken AB (härefter Vega) – som kort tid före förvärvstidpunkten hade ingått ett entreprenadavtal om uppförande av dessa bostäder.

Haninge Bostäder bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan samt yrkar att förvaltningsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Som grund för sitt bestridande av ansökan anför Haninge Bostäder sammanfattningsvis följande. För det första utgör köp av aktier inte något upphandlingspliktigt inköp enligt LOU och någon skyldighet för Haninge Bostäder att annonsera ingåendet av aktieöverlåtelseavtalet har därför inte förelegat. För det andra har det under alla förhållanden funnits grund för tilldelning av entreprenadkontraktet utan föregående annonsering enligt ensamrättsundantaget i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU. För det tredje kan inte Haninge Bostäder tillskrivas ansvar i form av upphandlingsskadeavgift för självständigt handlande som annat rättssubjekt utanför Haninge Bostäders kontroll utför. – Avseende bolagets

yrkande om att förvaltningsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen, anför Haninge Bostäder bl.a. följande. Det är inte förenligt med EU-direktiven på upphandlingsområdet att en upphandlande myndighet åläggs att betala upphandlingsskadeavgift på grund av andra rättssubjekts självständiga handlande. Förvaltningsrätten bör därför fråga EU-domstolen om det är möjligt att, mot bakgrund av tidigare affärshändelser vidtagna av från den upphandlande myndigheten självständiga rättssubjekt, frånga det kronologiska händelseförloppet på så sätt en upphandlande myndighet, i samband med köpet av aktier i ett bolag, kan åläggas upphandlingsskadeavgift för ett mellan säljaren av bolaget och målbolaget tidigare ingånget byggentreprenadkontrakt. Om Konkurrensverket vidhåller att ensamrättsundantaget inte är tillämpligt i den aktuella situationen anser Haninge Bostäder att man även bör ställa en fråga om detta till EU-domstolen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förhandsavgörande från EU-domstolen

Förvaltningsrätten finner att det finns vägledande avgöranden från EU-domstolen rörande de frågor som Haninge Bostäder anser att förvaltningsrätten borde ställa till EU-domstolen. Förhandsavgörande från EU-domstolen behöver därför inte inhämtas. Haninge Bostäders yrkande om förhandsavgörande ska därför avslås.

Bakgrund och händelseförlopp

Haninge Bostäder är ett helägt dotterbolag till Haninge kommun Holding AB, som i sin tur är ett helägt dotterbolag till Haninge kommun.

Vega bildades som ett helägt dotterbolag till Berghällen i Stockholm AB, som i sin tur var ett helägt dotterbolag till HMB Construction AB.

Följande händelseförlopp utgör sammanfattningsvis bakgrunden till Konkurrensverkets ansökan.

Den 14 december 2011 gavs HMB Construction AB genom optionsavtal med Haninge kommun förköpsrätt till viss mark på den kommunägda fastigheten Haninge Hermanstorp 2:1 (senare avstyckad och benämnd Haninge Täckeråker 1:199, härefter "Området"). Genom optionsavtalet förband sig HMB Construction AB att under optionstiden projektera för ca 80 hyresbostäder och söka erforderliga tillstånd, som exempelvis bygglov.

Den 6 februari 2012 beslutade Haninge Bostäders styrelse att ge bolagets VD i uppdrag att gå vidare med "Vegaprojektet". Av styrelsens mötesprotokoll, som har bifogats Konkurrensverkets ansökan, framgår att VD vid mötet har redogjort för affärsförslag som HMB Construction AB har kommit in med till Haninge Bostäder, enligt vilket Haninge Bostäder "har möjlighet att få förvärva ett helhetsprojekt med 10 hus i området Vegastaden."

Den 23 mars 2012 bildades aktiebolaget Vega. Bolaget registrerades hos Bolagsverket den 11 april 2012.

Den 1 juni 2012 publicerade Haninge Bostäder ett meddelande om frivillig förhandsinsyn avseende köp av samtliga aktier i Vega från Berghällen i Stockholm AB.

Den 11 juni 2012 lämnade HMB Construction AB ett anbud till Vega med erbjudande om att på totalentreprenad uppföra bostadshus på Området.

Den 30 augusti 2012 ingick HMB Construction AB ett entreprenadkontrakt med Vega, enligt vilket HMB Construction AB åtog sig att utreda, projektera och uppföra bostäder på Området. I kontraktet angavs att entreprenaden skulle anses avbeställd om Haninge kommunfullmäktige inte senast den 15 oktober 2012 godkänt dels marköverlåtelseavtal mellan Vega och Haninge kommun, dels aktieöverlåtelseavtal mellan Berghällen i Stockholm AB och Haninge Bostäder.

Den 3 september 2012 ingick Haninge Bostäder avtal med Berghällen i Stockholm AB om köp av samtliga aktier i Vega. Köpeskillingen för aktierna i Vega uppgick till 50 000 kr, vilket motsvarade aktiernas nominella värde. Samma dag sammanträdde Haninge kommunfullmäktige och gav sitt godkännande till kommunens ingående av avtal med Vega avseende försäljning av Området. Vid sammanträde den 15 oktober 2012 godkände kommunfullmäktige Haninge Bostäders ingående av aktieöverlåtelseavtalet.

Vega fusionerades senare upp i Haninge Bostäder. Haninge Bostäder blev lagfaren ägare till Området den 17 juli 2013.

Har en upphandling genomförts på vilken bestämmelserna i LOU är tillämpliga?

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om Haninge Bostäder ska anses ha genomfört en upphandling på vilken bestämmelserna om offentlig upphandling är tillämpliga.

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

Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter (2 kap. 19 § LOU). Vid tillämpning av LOU ska med myndighet jämföras offentligt styrda organ som avses i 2 kap. 12 § LOU. Parterna är ense om att Haninge Bostäder är ett sådant offentligt styrkt organ.

Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som (i) sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, (ii) avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster och (iii) undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur (2 kap. 10 § LOU).

Den transaktion som Konkurrensverket menar utgör grund för att ålägga Haninge Bostäder upphandlingsskadeavgift är Haninge Bostäders avtal med Berghällen i Stockholm AB om köp av samtliga aktier i Vega. Enligt Konkurrensverket ska aktieöverlåtelseavtalet genomlysas. Samtliga moment, dvs. Vegas ingående av entreprenadkontraktet med HMB Construction AB, Haninge Bostäders köp av Vega samt Haninge kommuns försäljning av marken till Vega, har varit planerade från början och syftet med transaktionerna var att Haninge Bostäder skulle tillgodogöra sig uppförande av bostadshusen.

Haninge Bostäder har anfört att köp av aktier inte utgör ett sådant avtal som en upphandlande myndighet är skyldig att annonsera samt att köp av aktier överhuvudtaget inte omfattas av LOU.

Såsom Konkurrensverket har anfört är köp av aktier inte explicit undantagna från lagens tillämpningsområde. Frågan är om Haninge Bostäders förvärv av de aktuella aktierna kan anses utgöra ett kontrakt enligt definitionen i 2 kap. 10 § LOU. Enligt praxis från EU-domstolen kan det vara nödvändigt, vid bedömningen av om en kontraktstilldelning har varit förenlig med bestämmelserna om offentlig upphandling, att beakta

samtliga moment som har föregått en kontraktstilldelning jämte deras syfte och i andra fall händelser som inträffar efter att det berörda kontraktet tilldelats. Om det vore tillåtet för de upphandlande myndigheterna att tillgripa kringgående åtgärder för att dölja tilldelningen av offentliga kontrakt till privata bolag, skulle detta äventyra förverkligandet av upphandlingsdirektivens syfte (se bl.a. EU-domstolens avgörande i mål C-29/04 *Mödling*, mål C-480/06 *Kommissionen mot Tyskland* och mål C-573/07 *Sea*). Av praxis från EU-domstolen framgår även att bedömningen av om det föreligger ett offentligt upphandlingskontrakt bör göras på så sätt att direktivens ändamålsenliga verkan säkerställs (se t.ex. mål C-399/98 *Ordine degli Architetti*, punkt 52, 55 och 85).

Förvaltningsrätten konstaterar att Vega den 30 augusti 2012 har ingått kontrakt med HMB Construction AB enligt vilket det senare bolaget ska uppföra bostadshus på Området mot en ersättning på 136 398 000 kr. Haninge Bostäder har den 3 september 2012, endast fyra dagar senare, förvärvat samtliga aktier i Vega till en kostnad motsvarande Vegas nominella värde, 50 000 kr. Vid aktieförvärvet fanns förutom kapitalet på 50 000 kr inga andra tillgångar i Vega utöver kontraktet med HMB Construction AB. Såsom framgår ovan i återgivandet av händelseförloppet beslutade Haninge Bostäders styrelse redan den 6 februari 2012 att gå vidare med det s.k. Vegaprojektet. Haninge Bostäder hade således redan då för avsikt att få till stånd ett entreprenadkontrakt med HMB Construction AB. Vidare angavs i entreprenadkontraktet att entreprenaden skulle anses avbeställd för det fall att Haninge kommunfullmäktige inte senast den 15 oktober 2012 godkänt dels Haninge Bostäders köp av Vega, dels marköverlåtelseavtalet. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av detta att syftet med aktieöverlåtelseavtalet måste anses ha varit att skapa en avtalsrelation mellan Haninge Bostäder och HMB Construction AB där det senare bolaget gavs i uppdrag att uppföra bostadshus på Området mot en ersättning från Haninge Bostäder på 136 398 000 kr. Detta syfte har också

uppnåtts. Med hänsyn till detta och till nämnda avgöranden från EU-domstolen finner förvaltningsrätten att Haninge Bostäder genom aktieförvärvet ska anses ha tilldelat HMB Construction AB ett entreprenadkontrakt som avses i 2 kap. 10 § LOU utan sådan föregående annonsering som föreskrivs i 7 kap. 1 § LOU.

Utgör direktupphandlingen en otillåten sådan?

Eftersom förvaltningsrätten har funnit att Haninge Bostäder har genomfört en direktupphandling genom att tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering har förvaltningsrätten nu att ta ställning till om denna direktupphandling ska anses strida mot bestämmelserna om offentlig upphandling.

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör (4 kap. 5 § första stycket 2 LOU).

Haninge Bostäder har anfört att, för det fall förvaltningsrätten bedömer att det är fråga om kontraktstilldelning på vilken LOU är tillämplig, ska undantaget från annonseringsskyldigheten i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU anses tillämpligt. Som grund för detta har Haninge Bostäder angett i huvudsak följande. Området har varit under HMB Construction AB:s kontroll, genom att bolaget har haft förköpsrätt till fastigheten. Bolaget har vägrat att ge Haninge Bostäder tillgång till Området på villkor som skulle innebära att annan än HMB Construction AB tillåts utföra byggentreprenadarbeten på Området. HMB Construction AB har därmed förbehållit sig själv rätten att utföra byggentreprenadarbeten på den egenkontrollerade fastigheten. Endast HMB Construction AB kan därför

fullgöra byggentreprenadkontraktet och ensamrättsundantaget i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU ska anses tillämpligt.

Enligt praxis från EU-domstolen ska bestämmelser om undantag tolkas restriktivt (se bl.a. de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, mål C-26/03 *Stadt Halle* samt prop. 2006/07:128 s. 291). Att ensamrättsundantaget ska tillämpas restriktivt framgår även av praxis från Högsta förvaltningsdomstolen (RÅ 2005 ref. 10).

I mål C-399/98 *Ordine degli Architetti* hade EU-domstolen att ta ställning till en situation där de kommunala myndigheterna inte kunde välja vilken leverantör som skulle ges i uppdrag att utföra ett anläggningsarbete eftersom uppdragstagaren enligt nationell lag skulle vara ägaren av marken som skulle exploateras. EU-domstolen slog fast att det förhållandet att de upphandlande myndigheterna inte själva har möjlighet att välja avtalspart inte i sig kan rättfärdiga att direktivet inte skulle vara tillämpligt eftersom det skulle resultera i att genomförandet av ett anläggningsarbete, på vilket direktivet i annat fall skulle ha varit tillämpligt, inte skulle utsättas för konkurrens inom gemenskapen (punkt 75 och 99-100).

Förvaltningsrätten anser att denna situation, där HMB Construction AB har haft förköpsrätt till Området, i detta avseende är jämförbar med situationen som EU-domstolen behandlade i mål C-399/98 *Ordine degli Architetti*. Den omständigheten att ett visst bolag har haft förköpsrätt till Området kan alltså inte innebära att Haninge Bostäder har haft rätt att tilldela det aktuella kontraktet utan att iaktta bestämmelserna om konkurrensutsättning i LOU.

EU-domstolen kom i mål C-399/98 fram till nämnda slutsats vid bedömningen av om ett direkt utförande av ett anläggningsarbete enligt de villkor som föreskrevs i den aktuella italienska lagstiftningen utgjorde ett

offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten i den mening som avsågs i direktivet. EU-domstolens resonemang handlade således inte om tillämpligheten av ensamrättsundantaget. Haninge Bostäder har anfört att EU-domstolen i avgörandet har funnit att avtalet var ett offentligt upphandlingskontrakt men däremot inte uteslutit att undantagen, däribland undantagen för ensamrätt, där förhandlat förfarande utan annonsering får användas, kan vara tillämpliga. Förvaltningsrätten noterar att EU-domstolen i avgörandet, sedan den konstaterat att det rör sig om ett offentligt upphandlingskontrakt på vilket direktivet är tillämpligt, har angett att annonsering ska ske om det inte är fråga om något av de fall som uttömmande uppräknas i artikel 7.3 i det då gällande direktivet, enligt vilken de upphandlande myndigheterna får använda ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling. EU-domstolen uttrycker därefter helt kort att det av handlingarna i målet inte framkommit någon omständighet som tyder på att ett direkt utförande av de aktuella anläggningsarbetena kan omfattas av något av de fall som omnämns i artikel 7.3 (punkt 101-102 i avgörandet). Enligt förvaltningsrättens mening uppbär situationen i mål C-399/98, där en upphandlande myndighet inte hade möjlighet att välja utförare av ett anläggningsarbete på grund av att detta enligt nationell lag skulle utföras av markägare, sådana likheter med den situation som förvaltningsrätten har att bedöma i detta mål, att det får anses att om ensamrättsundantaget hade varit tillämpligt i förevarande situation, så borde det också ha varit tillämpligt i mål C-399/98. Att EU-domstolen har funnit att det inte framkommit att något av undantagen skulle vara tillämpligt i det fallet får således enligt förvaltningsrättens mening snarast ses som ett argument för att ensamrättsundantaget enligt 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU inte heller ska anses tillämpligt i förevarande mål.

Förvaltningsrätten noterar även att ensamrättsundantaget i direktiv 2004/18/EG, såsom Konkurrensverket har påpekat, har lydelsen "Om

kontraktet (...) med hänsyn till skydd av ensamrätt, endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör" (art. 31 1. b.). Uttrycket "skydd av ensamrätt", vilket även återkommer i EU-domstolens praxis (se de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 59), tycks närmast syfta till situationer där en viss leverantör är den enda som kan utföra uppdraget på grund av att det föreligger skydd för dennes immateriella rättigheter, såsom t.ex. patent. Förvaltningsrätten finner således att upphandlingen inte omfattas av undantaget från annonseringsskyldigheten i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU.

Eftersom det därmed inte har framkommit något som kan anses innebära att den aktuella situationen omfattas av något undantag från annonseringsskyldigheten har Haninge Bostäder, genom att i praktiken tilldela entreprenadkontraktet utan sådan föregående annonsering som föreskrivs i 7 kap. 1 § LOU, genomfört en otillåten direktupphandling. Vad Haninge Bostäder i övrigt har anfört ger inte anledning till någon annan bedömning.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Om en upphandlande myndighet har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU får förvaltningsrätten besluta att myndigheten ska betala en särskild avgift, s.k. upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU).

När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom gällande tidsfrister ska Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (17 kap. 7 § LOU). Förvaltningsrätten finner att Konkurrensverkets ansökan har kommit in inom rätt tid. Förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift föreligger därför.

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet (17 kap. 4 § första stycket LOU). Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 § § när det gäller kontrakt vilkas värde beräknas uppgå till minst det aktuella tröskelvärdet (17 kap. 4 § andra stycket LOU). Värdet ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet (3 kap. 3 § LOU). Det aktuella entreprenadkontraktets värde är 136 398 000 kr.

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). Enligt lagens förarbeten åsyftas med synnerliga skäl 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 (prop. 2009/10:180 s. 198 och s. 370).

Haninge Bostäder har avseende avgiftens storlek anfört bl.a. följande. Mot bakgrund av att Konkurrensverket grundar sin ansökan på att man har gjort en s.k. genomlysning, varvid andra rättssubjekts icke-klandervärda handlande tillskrivs Haninge Bostäder såsom klandervärt, måste rättsläget anses vara oklart. Utgångspunkten för bedömningen av en eventuell överträdelses sanktionsvärde i målet bör således vara att överträdelsen är mindre allvarlig. Härtill kommer förmildrande omständigheter såsom att Haninge Bostäder har agerat transparent i alla skeden i förvärvet av aktierna i Vega, t.ex. genom förhandsinsynsannonsering. För det fall att förvaltningsrätten skulle finna att Haninge Bostäder ska åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift på grund av andra rättssubjekts handlande, är detta en följd av Haninge Bostäders förvärv av Vega som aldrig hade

kunnat förutses. Förutsättningar finns således för att en eventuell avgift ska kunna efterges helt.

Förvaltningsrätten har, såsom framgår ovan, bedömt att Haninge Bostäders överträdelse utgörs av bolagets förvärv av samtliga aktier i Vega, vilket enligt förvaltningsrättens mening i praktiken innebär en tilldelning av ett entreprenadkontrakt utan föregående annonsering. Det är således inte fråga om att tillskriva bolaget andra rättssubjekts handlande. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av detta att den aktuella överträdelsen inte är att betrakta som ringa.

Avseende beräkningen av avgiftens storlek framgår bl.a. följande av förarbetena till 17 kap. LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f.). Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarigare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör 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 kan anses vara högt. Som ytterligare exempel på försvårande omständigheter nämns fall när det upphandlade avtalet sträcker sig över lång tid eller avser ett högt värde samt när det är fråga om ett upprepat beteende hos myndigheten. Förmildrande omständigheter kan vara att den upphandlande myndigheten fortsätter köpa varor eller tjänster från ett avtal som har löpt ut, men där ett nytt avtal inte kan ingås på grund av en pågående överprövningsprocess eller när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Frågan är om det föreligger några försvårande eller förmildrande omständigheter i den aktuella situationen.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är fråga om en otillåten direktupphandling vilket enligt förarbetena innebär att sanktionsvärdet ska anses vara högt.

Förvaltningsrätten bedömer vidare att det även får anses som försvårande att upphandlingen har skett som en del i ett genomtänkt och planerat affärsupplägg. Enligt förvaltningsrättens mening får syftet med upplägget, åtminstone från och med det steg då bolaget Vega tillskapas, anses ha varit att tilldela HMB Construction AB ett entreprenadkontrakt utan att behöva tillämpa det förfarande som föreskrivs i LOU. Annorlunda uttryckt får affärsuppläggets syfte anses ha varit att kringgå LOU. Härvid kan även noteras att det i lagens förarbeten anges i fråga om vissa överträdelser vars sanktionsvärde får anses vara lägre att "[ö]verträdelser i en del av dessa fall snarare [kan] antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen" (prop. 2009/10:180 s. 370). Detta i förening med ovan återgivna förarbetsuttalanden måste enligt förvaltningsrättens mening innebära att otillåtna direktupphandlingar som utgör medvetna försök att kringgå lagstiftningen ska betraktas som överträdelser av särskilt allvarlig art.

Innan de aktuella transaktionerna ägde rum skickade Haninge Bostäder ett meddelande om frivillig förhandsinsyn till Europeiska kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning i enlighet med 7 kap. 4 § LOU. Haninge Bostäder anför att denna genomförda förhandsinsyn bör ses som en förmildrande omständighet vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde. Av förarbetena till LOU framgår att institutet förhandsinsyn inte hindrar att upphandlingsskadeavgift påförs (prop. 2009/10:180 s. 143). Den omständigheten att förhandsinsyn har

genomförts finns inte bland de exempel på förmildrande omständigheter som anges i förarbetena. Viss vägledning gällande otillåten direktupphandling som föregåtts av förhandsinsyn och överträdelsens sanktionsvärde vid fastställande av upphandlingsskadeavgift ges i Kammarrätten i Stockholms mål nr 5426-12, 5427-12 och 5452-12. Såsom Konkurrensverket har påpekat argumenterade upphandlande myndighet i dessa mål utförligt för att den omständigheten att myndighetens otillåtna direktupphandlingar föregåtts av förhandsinsyn borde påverka sanktionsvärdet i förmildrande riktning. Kammarrätten fäste dock inte något avseende vid denna invändning utan konstaterade att det inte förelåg några förmildrande omständigheter i målet som kunde påverka sanktionsvärdet. Upphandlande myndighet överklagade domarna till Högsta förvaltningsdomstolen som inte meddelade prövningstillstånd. Mot bakgrund av detta finner förvaltningsrätten att det inte finns stöd för att anse att Haninge Bostäders genomförda förhandsinsyn ska ses som en förmildrande omständighet som ska påverka överträdelsens sanktionsvärde.

Haninge Bostäder har vidare anfört att den omständigheten att rättsläget är oklart är att anse som en förmildrande omständighet. Förvaltningsrätten konstaterar att det i grunden rör sig om ett kontrakt enligt vilket en byggentreprenad ska uppföras för en upphandlande myndighets räkning. Utgångspunkten är att detta kontrakt ska upphandlas i enlighet med LOU. Såsom framgår ovan har EU-domstolen i mål C-399/98 *Ordine degli Architetti* slagit fast att det förhållandet att en upphandlande myndighet inte själv har möjlighet att välja avtalspart inte i sig kan rättfärdiga att direktivet inte skulle vara tillämpligt. Även om det saknas motsvarande svensk rättspraxis i frågan anser förvaltningsrätten att rättsläget i fråga om tillämpligheten av ensamrättsundantaget i denna typ av situation inte kan anses vara oklar i sådan utsträckning att det ska anses utgöra en förmildrande omständighet vid bedömningen av

upphandlingsskadeavgiftens storlek. Vidare följer av EU-domstolens avgörande bl.a. i mål C-29/04 *Mödling* att en "genomlysning" av komplicerade upplägg ska ske när det föreligger särskilda omständigheter som skulle kunna äventyra förverkligandet av direktivens syfte. Därmed kan det inte heller anses vara en förmildrande omständighet att det i någon mån kan ha varit osäkert om Haninge Bostäder och övriga inblandade genom att välja ett komplicerat upplägg skulle lyckas kringgå bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrätten anser således sammanfattningsvis att det rör sig om en överträdelse av allvarlig art där det finns försvårande men inte förmildrande omständigheter. Frågan är vilket avgiftsbelopp denna bedömning ska medföra.

Det av Konkurrensverket yrkade beloppet, 10 miljoner kr, motsvarar ca 7,3 % av kontraktets värde. Konkurrensverket anför att en otillåten direktupphandling av normalgraden bör föranleda en upphandlingsskadeavgift motsvarande ca 7-8 procent av det direktupphandlade avtalets värde. Verket anför att fastställandet av avgiftens storlek i den övre delen av intervallet 0-10 procent är i linje med lagstiftarens uppfattning att överträdelsen har ett högt sanktionsvärde.

Förvaltningsrätten anser i likhet med vad som framhålls av Kammarrätten i Göteborg i mål nr 8363–8367-12 att Konkurrensverkets modell med avtalets värde som utgångspunkt vid beräkningen av avgiftens storlek innebär en fördel på så sätt att utrymmet för skönsmässiga bedömningar begränsas samtidigt som omständigheter i det enskilda fallet som bör öka eller minska avgiften beaktas. Såsom Konkurrensverket vidare har anført innebär detta också ett visst mått av förutsebarhet vad gäller avgiftens storlek, vilket kan vara önskvärt. Förvaltningsrätten anser dock även att det i rådande rättsläge inte finns ett tydligt stöd för att det är korrekt att

tillämpa en modell där högsta avgiftsbeloppet på 10 miljoner kr kan utdömas vid en överträdelse av normalgraden enbart baserat på det faktum att detta motsvarar 7-8 procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska särskild hänsyn tas till överträdelsens allvarlighetsgrad vid fastställande av avgiftens storlek. Enbart det aktuella kontraktsbeloppet kan inte enligt förvaltningsrättens mening innebära att överträdelsen är att anse som så allvarlig att avgiften ska bestämmas till det högsta möjliga avgiftsbeloppet. I likhet med Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 672-13 anser förvaltningsrätten att överträdelsens allvarlighetsgrad lämpligen bör fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktsvärdet endast är en av flera avgörande faktorer.

I detta fall anser förvaltningsrätten att den omständigheten att det rör sig om en otillåten direktupphandling som har skett som en del i ett genomtänkt och planerat affärsupplägg innebär att överträdelsen är att betrakta som så allvarlig att det får anses finnas grund att besluta om det högsta avgiftsbeloppet på 10 miljoner kr, även med antagande av det synsätt som förespråkats av Kammarrätten i Sundsvall. Förvaltningsrätten finner att en avgift på 10 miljoner kr får anses vara en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion.

Det har inte kommit fram något i målet som kan anses utgöra omständigheter som innebär att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det finns därför inte förutsättningar för eftergift av avgiften.

Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas och Haninge Bostäder ska betala en upphandlingsskadeavgift på 10 miljoner kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Susanne Bagge

Rådman

Elisabeth Kornfeldt har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av 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. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.