



**KLAGANDE**  
Haninge Bostäder AB, 556556-5073

Ombud:  
Advokaterna Johan Carle och Daniel Björklund  
Box 1711  
111 87 Stockholm

**MOTPART**  
Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**  
Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 3 april 2014  
i mål nr 20749-13, se bilaga A

**SAKEN**  
Upphandlingsskadeavgift

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

1. Kammarrätten avslår yrkandet om att förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen.
2. Kammarrätten bifaller överklagandet delvis och bestämmer upphandlingsskadeavgiften till 9 miljoner kr.

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015-06-30	
Avd	JU
Dnr	461/2013
KSnr	3.5.3 Aktbil

**YRKANDEN M.M.**

**Haninge Bostäder AB** yrkar att kammarrätten avslår Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift och i andra hand att upphandlingsskadeavgiften efterges alternativt sätts ner till ett belopp som kammarrätten anser är skäligt. Haninge Bostäder yrkar också att kammarrätten inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen.

**Konkurrensverket** anser att överklagandet ska avslås.

**PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN**

**Haninge Bostäder**

Haninge Bostäder åberopar vad bolaget tidigare fört fram och tillägger bl.a. följande.

*Kontrakt enligt LOU*

Haninge Bostäder ska behandlas som vilken annan potentiell markförvärvare som helst när det gäller tillgången till detaljplanelagd mark som ägs av Haninge kommun.

Haninge Bostäder fick först i efterhand kännedom om att Haninge kommun ingått ett optionsavtal med HMB Construction AB (HMB).

Det aktuella området var det enda alternativ som fanns tillgängligt för uppförande av sådana flerbostadshus som Haninge Bostäder var i behov av. Haninge Bostäder hade vid tiden för att byggentreprenadkontraktet ingicks inte någon kontroll över vare sig Vega Norra Parken AB (Vega) eller HMB.

Det kan konstateras att i det enda kända fall där det kronologiska förloppet inte följdes av EU-domstolen har det varit fråga om ett förlopp där samtliga affärshändelser planerats av den upphandlande myndigheten (Mödlings kommun). Att så inte skett i nu aktuellt mål bör vara ostridigt.

Det kronologiska händelseförloppet kan endast frångås i de fall när den upphandlande myndigheten avsett att kringgå upphandlingsbestämmelserna inom ramen för ett konstlat upplägg. Frågan blir om Konkurrensverket har visat att Haninge Bostäder haft för avsikt att kringgå upphandlingsbestämmelserna inom ramen för ett konstlat upplägg.

Vega var civilrättslig ägare till området innan ett bindande aktieöverlåtelseavtal förelåg och påståendet att tillgångar utöver aktiekapitalet och byggentreprenadkontraktet inte fanns i Vega är således missvisande. Haninge Bostäders primära syfte var att få tillgång till området. Förvaltningsrätten har inte beaktat tillgången till området vid sin bedömning av aktieöverlåtelseavtalets huvudsakliga syfte.

#### *Otillåten direktupphandling*

Förvaltningsrätten har inte prövat om HMB faktiskt varit ensamt berättigat att utföra arbetena, dvs. om Haninge Bostäder hade möjlighet att anlita annan entreprenör för att uppföra önskade flerbostadshus.

Haninge Bostäder saknade möjlighet att anlita en annan entreprenör. Något alternativt område för de bostadshus som Haninge Bostäder var i behov av fanns inte. När endast en leverantör kan kontrakteras under sådana omständigheter förefaller det inte rimligt att kräva att en upphandlande myndighet undantagslöst ska annonsera sin avsikt att ingå kontraktet enligt 7 kap. 1 § LOU. Situationen kan närmast jämföras med den då en upphandlande myndighet har för avsikt att köpa eller hyra en viss fastighet och följaktligen är undantagen från skyldigheten att tillämpa LOU.

*Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

Det är uppenbart att det är felaktigt att döma ut maxbeloppet under de omständigheter som har kommit fram.

En otillåten direktupphandling innebär inte per automatik att sanktionsvärdet ska anses vara högt. Konkurrensverket har genomgående framställt yrkanden om upphandlingsskadeavgift baserat på en beräkningsgrund som genom HFD:s avgörande i HFD 2014 ref. 69 visat sig vara felaktig. Det förhållandet att Konkurrensverket inte gjort en helhetsbedömning av sanktionsvärdet utan i stället grundat sina yrkanden på Konkurrensverkets egenkonstruerade beräkningsmetod har inneburit att alltför stor vikt har lagts vid kontraktets värde. De närmare omständigheterna kring upphandlingen bör beaktas, exempelvis vad skälet var till att upphandlingen inte annonserades och i vilken utsträckning andra leverantörer riskerat att lida upphandlingsrättslig skada till följd av detta.

Som försvårande omständighet hänförlig till den upphandlande myndigheten kan beaktas att det rört sig om upprepade förseelser eller om myndigheten agerat särskilt klandervärt. I begreppet särskilt klandervärt får det antas ligga att den upphandlande myndigheten agerat på ett sätt som är mer förkastligt än vad som annars är normalfallet vid en otillåten direktupphandling. Om rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig.

Det finns ingenting som tyder på att affären strukturerats eller planerats på initiativ av Haninge Bostäder. De olika affärshändelserna har redovisats öppet av Haninge Bostäder i såväl meddelandet om förhandsinsyn som i korrespondens med Konkurrensverket och domstolen.

## Konkurrensverket

### *Kontrakt enligt LOU*

Det krävs inte något uttryckligt stöd i LOU för att köp av ett visst kontraktsföremål ska omfattas av lagen. Tvärtom följer det av EU-domstolens praxis att samtliga undantag från direktivets tillämpningsområde är uttryckligen och uttömmande angivna i direktivet. Av EU-domstolens praxis följer att det upphandlingsrättsliga begreppet offentligt kontrakt ska ges en mycket vidsträckt tolkning. EU-domstolen har gjort klart att definitionen av kontrakt ska tolkas på ett sådant sätt att direktivets ändamålsenliga verkan säkerställs. Den rättsliga beteckningen av en viss transaktion är alltså inte avgörande i sig utan i stället innebörden av denna tolkad i funktionella termer.

De genomförda transaktionerna utgör ett konstlat upplägg och formar just sådana särskilda omständigheter som enligt EU-domstolens praxis kräver att kontraktstilldelningen ska bedömas med beaktande av samtliga moment tillsammans med deras syfte och inte utifrån deras strikta kronologiska förlopp.

Det syfte som ska tillmätas betydelse är Haninge Bostäders syfte att träda in som beställare av en byggtreprenad avseende uppförandet av bostadshus som ska användas för bolagets uthyrning till hyresgäster.

Den otillåtna upphandlingen ägde rum genom att Haninge Bostäder slöt det avtal, aktieöverlåtelseavtalet, som är det sista och helt avgörande ledet i upplägget. Att den aktuella lagöverträdelsen inte varit möjlig utan medverkan av andra rättssubjekt innebär inte att Haninge Bostäder kan fritas från ansvar för sitt eget handlande.

*Otillåten direktupphandling*

Den avsaknad av möjlighet för Haninge Bostäder att välja avtalspart som följer av HMB:s option avseende det aktuella området och det tidigare ingångna entreprenadkontraktet, omfattas inte av den uttömmande uppräkningsav undantag från annonseringsskyldigheten.

Bedömningen av om det förelåg en ensamrätt enligt 4 kap. 5 § andra stycket 2 LOU är begränsad till att avse de omständigheter som förelåg när aktieöverlåtelseavtalet ingicks den 3 september 2012. Marköverlåtelseavtalet mellan Haninge kommun och Vega ingicks den 17 september 2012, dvs. efter tidpunkten för Haninge Bostäders köp av Vega. Bolagets påstående om ensamrätt till området är felaktigt eftersom Vega inte hade någon ensamrätt vid tidpunkten för aktieöverlåtelseavtalet.

*Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

Konkurrensverket vidhåller sin framförda uppfattning i frågan om upphandlingsskadeavgiftens storlek och hänvisar till vad verket tidigare framfört och tillägger bl.a. följande.

Genom HFD 2014 ref. 69 har det klargjorts att överträdelsens allvarlighetsgrad i mål om upphandlingsskadeavgift ska fastställas utifrån en helhetsbedömning och med beaktande av samtliga relevanta omständigheter. Vid en sådan bedömning är kontraktsvärdet en av flera avgörande faktorer och det högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall. Haninge Bostäders otillåtna direktupphandling är ett sådant särskilt graverande fall som motiverar att högsta avgift utgår. Några förmildrande omständigheter föreligger inte.

## SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

### **Inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen**

Kammarrätten anser på samma grunder som förvaltningsrätten att det inte finns skäl att begära att EU-domstolen meddelar förhandsavgörande. Yrkandet om detta ska därför avslås.

### **Kontrakt enligt LOU och otillåten direktupphandling**

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens ställningstagande att köp av aktier inte är undantaget från tillämpningen av LOU.

Det finns som förvaltningsrätten angett stöd i praxis från EU-domstolen för att frångå den strikta kronologiska ordningen av händelseförloppet när ställning ska tas till om aktieöverlåtelseavtalet omfattas av LOU. EU-domstolen har också i ett förhandsavgörande (C-451/08 *Helmut Müller*) uttalat att det klassiska direktivet (2004/18/EG) kan omfatta upphandlingsförfaranden som sker i två steg. I avgörandet skedde transaktionerna vid olika tidpunkter, försäljning av mark för vilken entreprenadkontrakt senare skulle tilldelas. Domstolen ansåg att de kunde ses som en helhet.

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att Haninge Bostäder genom aktieförvärvet ska anses ha tilldelat HMB ett entreprenadkontrakt som avses i 2 kap. 10 § LOU utan sådan föregående annonsering som föreskrivs i 7 kap. 1 § LOU, dvs. det har varit fråga om en direktupphandling.

Frågan är sen om undantag från annonseringsskyldigheten kan anses föreligga enligt 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU. Kammarrätten instämmer också här i förvaltningsrättens bedömning och anser att några undantag till annonseringsskyldigheten inte har kommit fram. Haninge

Bostäder har därmed genomfört en otillåten direktupphandling och det föreligger förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

### **Upphandlingsskadeavgiftens storlek**

Avgiftens storlek ska bestämmas utifrån en helhetsbedömning av samtliga kända omständigheter i varje enskilt fall. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Ju allvarligare överträdelsen anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften bestämmas till. Hänsyn ska tas till både försvårande och förmildrande omständigheter (se HFD 2014 ref. 69).

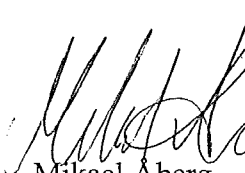
Den otillåtna upphandlingen avser ett högt värde. Som förvaltningsrätten angett finns det i detta fall skäl att se särskilt allvarligt på den omständigheten att det rör sig om en otillåten direktupphandling som har skett som en del i ett genomtänkt och planerat affärsupplägg. Avgiften ska bestämmas till ett belopp som är en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Eftersom det inte har kommit fram att det är fråga om ett upprepat beteende anser kammarrätten efter en helhetsbedömning att en avgift på nio miljoner kronor får anses vara en sådan avskräckande sanktion.

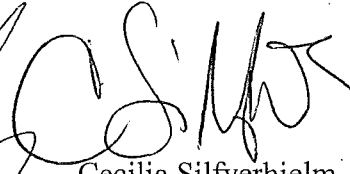
Några omständigheter som skulle kunna medföra att det vore orimligt eller stötande att ta ut avgiften har inte kommit fram. Det finns därför inte förutsättningar för eftergift av avgiften. Haninge Bostäders överklagande ska alltså delvis bifallas.

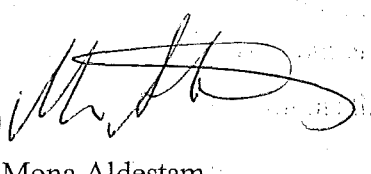
---

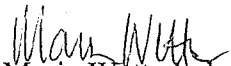


HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

  
Mikael Åberg  
kammarrättsråd  
ordförande

  
Cecilia Silfverhjelm  
kammarrättsråd  
referent

  
Mona Aldestam  
kammarrättsråd

  
Maria Wetterholm  
föredragande



**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.

**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 Berghällen 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 Berghällen 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, härafter "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 godkände 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 styrt 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 byggentreprenad, 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 Berghäll 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.

Upphandlingskadeavgiften 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 upphandlingskadeavgiftens 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 upphandlingskadeavgift 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 allvarigaste 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 byggtreprenad 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 kontraktetsbeloppet 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.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.