



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2019-10-22

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (10)

Mål nr

13518-19

SÖKANDE

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

Ombud: Max Segerström

KONKURRENSVERKET	
20191022	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Huddinge Samhällsfastigheter AB, 556536-9666
Box 1143
141 22 Huddinge

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Aura Communities Limiteds ansökan om överprövning.

Dok.Id 1143813

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd33.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag-fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Huddinge Samhällsfastigheter AB (HUSF) genomförde den 14 januari 2019 ett avrop mot ett ramavtal. Avropet gällde Fas 3 i projektet Bony Kästa och innefattade projektering och leverans av 58 lägenheter bestående av 80 moduler och sophus samt tillhörande markarbeten. Riktpriset för ersättningen var enligt avropet 51 312 719 kronor exklusive mervärdesskatt.

Aura Communities Limited (Aura) yrkar att förvaltningsrätten ogiltigförklarar avropet och att det ska upphävas. Till stöd för sin talan anför de bl.a. följande. "Ramavtal Nyproduktion av bostäder", diarienummer HF 2014–180, som HUSF hänvisar till var ogiltigt vid avropet. Skanska Sverige AB (Skanska) skrev den 1 mars 2015 under ramavtalet. Det framgår ingen giltighetstid i avtalet och inte när Huga Fastigheter skrev under. Oavsett detta var avtalet daterat den 15 januari 2015. Avtalstiden är två år med möjlighet till ett plus ett års förlängning enligt de administrativa föreskrifterna. Det första avtalet var således giltigt till den 14 januari 2017 alternativt den 28 februari 2017. Först den 3 juli 2017 skrev Huga Fastigheter AB under förlängningen av ramavtalet. Skanska skrev under förlängningsavtalet den 20 juni 2017. Den 14 september 2017 skrev Huga Fastigheter AB, HUSF och Skanska under överlåtelseavtalet daterat den 4 september 2017. Det första avtalet upphörde således att gälla den 15 januari 2017 alternativt den 1 mars 2017. Detta för att avtalsförlängningen och överlåtelseavtalet alltid har varit ogiltiga och således är avropet från Skanska om 58 modulbostäder från den 14 januari 2019 också ogiltigt. Det skulle således ha upphandlats. Som leverantör av modulboenden har därför Aura Communities riskerat att lida skada. Påståendet från HUSF att Aura har bristande talerätt är ogiltigt och irrelevant då HUSF i detta fall har ingått ett otillåtet direktavtal med en leverantör och aktivt kringgått LOU utan att göra inköpet genom en offentlig upphandling. HUSF försöker tydligen försvara sitt mycket allvarliga brott mot lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) genom att enbart hävda att avropet eller möjligen till och med avropen var baserade på en muntlig överenskommelse om förlängning. Om

HUSF själva på riktigt ansåg att detta var korrekt enligt LOU undrar vi varför de ändå, flera månader efter ramavtalet löpte ut, bestämde sig för att skriva under förlängningen. Detta utgör i sådana fall antingen gravt tjänstefel av tjänstemän på HUSF eller ett avsiktligt försök att kringgå LOU. Dessutom står det i avropet angivet ett riktpis på 51 312 719 kronor medans det i den nyare bifogade offerten från Skanska som Huddinge kommun godkänt uppges 60 124 345 kronor, dvs. ytterligare 20 procent högre kontraktvärde. HUSF har även inom detta avrop inkluderat markarbeten från Skanska sannolikt värt mellan 25–40 miljoner kronor. Aura kan inte heller finna att Huga fastigheter AB skickat någon annons om upphandlingsresultatet till Europeiska Kommissionen gällande det första ramavtalet. Då ramavtalet ursprungligen skrevs med två bolag, NCC Construction Sverige AB och Skanska och stipulerar en fördelning av projekten ”i största möjliga mån” med 62,5 procent respektive 37, 5 procent och kontraktet överlåtits av Huga Fastigheter till HUSF anser Aura att avropet är ogiltigt av den anledningen. Då NCC har den största andelen och HUSF inte gjort något avrop från dem borde HUSF i så fall ha gjort avropet från NCC. Aura vill också framhäva att de synnerligen har talerätt då de genom ett tilldelningsbeslut från Huddinge kommun den 23 februari 2018 blev tilldelade ett liknande projekt om hyra av 22 modullägenheter och de således har en bevisad relation till Huddinge kommun som går tillbaka till december 2017. Aura vill framhäva att det pga. deras existerande relation med Huddinge kommun inte är osannolikt att förutsätta att de skulle ha deltagit i en upphandling om LOU hade följts och dessa 58 modulbostäder hade upphandlats.

HUSF anser att ansökan i första hand ska avvisas pga. bristande talerätt och i andra hand att ansökan ska avslås pga. att skaderekvisitet inte uppfylls. De anser även att avtalet under alla omständigheter ska bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Till stöd för sin talan anför de bl.a. följande. HUSF bestrider att samtliga förlängningar av ramavtalet skulle vara ogiltiga pga. att den första förlängningen tillkommit efter ramavtalets giltighetstid och att Aura riskerat att lida skada till följd av avropet. Aura

har aldrig haft ett intresse att lämna anbud för det fall avropet hade annonserats som en vanlig upphandling. HUSF ställer sig frågande till om Aura ens hade kunnat kvalificera sig och än mindre lämna ett anbud på en sådan upphandling. Aura har att visa att de har ett berättigat intresse av att få sin sak prövad. I avsaknaden av sådan bevisning ska ansökan avvisas. Av ramavtalet framgår inget skriftlighetskrav på förlängning av ramavtalet. Enligt HUSFs uppfattning utgör den skriftliga förlängningen endast en bekräftelse på ett av parterna redan muntligt ingånget avtal om förlängning. Det fortsatta samverkansuppdraget visar på samstämmig partsvilja i detta avseende. Bundenhet till förlängningen har därmed också stadfästs genom parternas konkludenta handlande. Något annat har Aura att motbevisa. Enligt HUSFs uppfattning har således den första och därmed även den andra avtalsförlängningen kommit till stånd. Avropet är därmed behörigen avropat. Även om domstolen trots HUSFs bestridande skulle anse att avropet inte är gjort från ett giltigt ramavtal har Aura inte riskerat att lida någon skada till följd av avropet. HUSF ställer sig mycket frågande till Auras ansökan och så här i efterhand uttryckta vilja att ha lämnat anbud på avropet för det fall det hade annonserats som en vanlig upphandling. HUSF ifrågasätter även Auras faktiska möjligheter att genomföra dylika uppdrag som förutsätter ett nära samarbete i ett samverkansprojekt som huvudentreprenör för uppförande av modulhus. Framförallt som Aura har sitt huvudkontor i London. Om domstolen, trots HUSFs bestridande, skulle anse att det föreligger grund för att ogiltigförklara avropet ska det bestå till följd av ett allmänintresse. Kommunen har ett statligt åtagande via Migrationsverket. Enligt lag ska kommunen tillhandahålla ett boende för personer som fått uppehållstillstånd och genomgått en asylprocess. Personerna blir därefter tilldelade en kommun och Migrationsverket styr bl.a. mot Stockholmsområdet där det finns möjlighet till förvärvsarbete. Huddinge är en stor kommun vilket gör att antalet tilldelade är många. Nu aktuellt projekt (Fas tre) är långt framskridet och har gått in i en produktionsfas med uppförande av byggnaderna. En ogiltigförklaring av detta avrop skulle medföra långt större

och allvarligare konsekvenser för dessa personer jämfört med Auras uteblivna möjlighet att lämna anbud för det fall avropet hade annonserats. Det är närmast stötande att Aura valt att först nu i detta sena skede ansöka om ogiltighet av avropet. Aura skulle rätteligen ha invänt redan mot Fas ett eller den första förlängningen. Genom detta har Aura inte begränsat sin skada vilket bör tillmätas betydelse vid prövningen mellan skyddsintresse och vilken skada respektive part kan anses ha riskerat jämfört med vad respektive part kommer att lida om avtalet skulle förklaras ogiltigt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) har genom LOU, som trädde i kraft den 1 januari 2017, upphävts. Av övergångsbestämmelser framgår dock att ÄLOU gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Upphandlingen av det ramavtal som HUSF ingick med Skanska påbörjades innan den 1 januari 2017, vilket innebär att ÄLOU är tillämplig.

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudregel att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan (se Högsta förvaltningsdomstolens refererade avgörande RÅ 2009 ref. 69). LOU är en procedurlagstiftning och överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anför, av om den upphandlande myndigheten har följt LOU. Det ankommer inte på rätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut. Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder Aura anför.

Allmän förvaltningsdomstol får enligt 16 kap. 4 § ÄLOU efter ansökan av leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva giltigheten av ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 p. ÄLOU ska ett avtal bl.a. förklaras ogiltigt om det har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör utan föregående annonsering i en situation då det enligt lagen funnits en skyldighet att annonsera.

Enligt 5 kap. 3 § ÄLOU får ett ramavtal löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna enligt 5 kap. 2 § ÄLOU inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet.

Om ett ramavtal ingåtts med en enda leverantör, ska villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ramavtalet överensstämma med villkoren i ramavtalet. Detta framgår av 5 kap. 4 § ÄLOU.

EU-domstolen har i mål C-454/06 (Pressetext Nachrichtenagentur) uttalat bl.a. följande. Ändringar som görs i bestämmelsen i ett offentligt kontrakt under dess löptid anses utgöra en ny upphandling respektive ett nytt ingående av kontrakt om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontrakten. En ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs. En ändring kan även anses betydande om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs. Den kan också anses betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om det aktuella avtalet mellan HUSF och Skanska daterat den 14 januari 2019 ska förklaras ogiltigt.

Talerätt

HUSF har inledningsvis anfört att Aura saknar talerätt eftersom Aura aldrig haft ett intresse att lämna anbud för det fall avropet hade annonserats som en vanlig upphandling. Aura har bl.a. anfört att det är mycket sannolikt att de skulle deltagit i en upphandling om HUSF hade annonserat ut den. Aura har även anfört att de blivit tilldelade ett projekt av HUSFs moderbolag, Huddinge kommun, för att tillhandahålla och uppföra modulbostäder.

En leverantör har rätt att få en upphandling överprövad endast om denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i en upphandling (jfr HFD 2017 ref. 62). Med leverantör avses bl.a. den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader (2 kap. 11 § ÄLOU).

Förvaltningsrätten ser inga skäl att ifrågasätta Auras uppgifter om att de sannolikt skulle deltagit i en eventuell upphandling. Aura får således anses ha haft ett intresse av att tilldelas ett kontrakt motsvarande det aktuella avtalet i en sådan upphandling och får därför anses vara taleberättigat i egenskap av potentiell leverantör.

Ramavtalets giltighet

Aura har anfört att avtalet daterat den 14 januari 2019 är ogiltigt eftersom ramavtalet vid tidpunkten för avtalets tecknande upphört att gälla. Anledningen till att ramavtalet upphört att gälla är enligt Aura att det inte förlängts under ramavtalets giltighetstid. HUSF har anfört att förlängning skett muntligen och genom konkludent handlande.

I den skriftliga avtalsförlängningen som undertecknades av Skanska den 20 juni 2017 anges att ramavtalet tidigare var giltigt t.o.m. den 14 januari 2017. I de administrativa föreskrifterna anges under rubriken ”förutsättningar för

upphandlingens genomförande” (AFB.17) att avtalstiden är två år med möjlighet till ett plus ett års förlängning. I föreskrifterna saknas uppgifter om villkor för hur eller när förlängning av avtalet får ske.

Eftersom det saknas villkor för hur eller när förlängning får ske så kan förlängningen av ramavtalet inte anses strida mot ramavtalets villkor. Av informationen i det skriftliga förlängningsavtalet tillsammans med de administrativa föreskrifterna framgår att avtalet i varje fall kunde förlängas tom. den 14 januari 2019. HUSF har anfört att en sådan förlängning kommit till stånd. Förvaltningsrätten ser inga skäl att ifrågasätta HUSFs uppgifter angående detta. Det finns därför inte skäl att förklara det aktuella avtalet ogiltigt på den grunden att ramavtalet hade upphört att gälla vid tidpunkten för avropet.

Aura har vidare anfört att avropet mot ramavtalet inte skett enligt den fördelning som angetts i ramavtalet.

Av ramavtalet framgår att beställaren i största möjligaste mån kommer att fördela projekten på följande sätt:

- Entreprenör 1: 62,5 procent
- Entreprenör 2: 37,5 procent

Det aktuella ramavtalet gäller entreprenör 2.

Förvaltningsrätten bedömer att skrivningen ”i största möjligaste mån” indikerar att den utgör en målsättning för fördelningen mellan entreprenörerna. Att denna målsättning eventuellt inte kommit att uppfyllas under avtalstiden kan inte medföra att en väsentlig ändring av villkoren i ramavtalet kommit till stånd eller att ett kontrakt som grundar sig på avtalet inte kan anses överensstämma med de villkor som angetts. Avropet den 14 januari 2019 bedöms därför inte strida mot reglerna om tilldelning av kontrakt som återfinns i ÄLOU. Det finns således inte skäl att ogiltigförklara det aktuella avtalet med anledning av vad Aura anfört angående detta.

Aura har även anfört att riktpriiset som angivits i avropet inte stämmer överens med uppgifter som angivits i en nyare offert samt att avropet även inkluderat markarbeten vilka sannolikt är värda mellan 25–40 miljoner kronor.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att den omständigheten att uppgifterna om riktpriis i avtalet mellan HUSF och Skanska skiljer sig från ett annat riktpriis som lämnats i en offert från HUSF till Huddinge kommun inte gör sannolikt att det aktuella avtalet ska upphävas med stöd av ÄLOU. Ramavtalets ordalydelse bedöms inte utgöra hinder mot att markarbeten inkluderas i avtalet. Det finns därför inte skäl att ogiltigförklara avtalet med anledning av Auras uppgifter angående detta.

Aura har slutligen anfört att de inte kan finna att någon annons om upphandlingsresultatet angående ramavtalet skickats till Europeiska kommissionen.

Det konstateras i denna del att en överprövning av en upphandling inte får ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Detta framgår av 16 kap. 6 § andra stycket ÄLOU. Vidare framgår av 16 kap. 17 § ÄLOU att en överprövning av ett avtals giltighet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Ramavtalet mellan HUSF och Skanska ingicks den 15 januari 2015 och Auras ansökan kom in till förvaltningsrätten den 12 juni 2019. Auras ansökan kom således in till förvaltningsrätten mer än sex månader efter det att avtalet slöts. Förvaltningsrätten kan därför inte ta upp frågan om huruvida ramavtalet ska förklaras ogiltigt pga. eventuella brister i upphandlingen till prövning. Auras anförande om att det inte skickats någon annons till Europeiska kommissionen gällande ramavtalet lämnas därför utan åtgärd från förvaltningsrättens sida.

Sammanfattningsvis görs bedömningen att ramavtalet var giltigt vid tidpunkten för avropet och att avtalet därför inte kan förklaras ogiltigt med hänvisning till att det inte funnits något giltigt ramavtal vid den tidpunkten.

De omständigheter som Aura åberopat gör inte sannolikt att avtalet daterat den 14 januari 2019 tilldelats i strid med villkoren i det aktuella ramavtalet. Det fanns således inte någon skyldighet för HUSF att genomföra en ny upphandling angående avtalet daterat den 14 januari 2019. Eftersom det inte fanns någon skyldighet att genomföra en ny upphandling så fanns det inte heller någon skyldighet att annonsera en sådan upphandling. Det finns därför inte skäl att ogiltigförklara avtalet daterat den 14 januari 2019 pga. att någon upphandling inte annonserats. Det har inte heller i övrigt framkommit några omständigheter som gör sannolikt att avtalet ska förklaras ogiltigt med stöd av 16 kap 13 § ÄLOU. Auras ansökan om överprövning av avtalets giltighet avslås därmed.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Johan Gefvert

Rådman

Föredragande juristen David Torenfält 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.

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.