



SÖKANDE

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

Ombud: Max Gustaf Segerström
adress som ovan

KONKURRENSVERKET	
2019 11 27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

1. Haninge kommun
Kommunstyrelseförvaltningen
136 81 Haninge

Ombud: Kommunjurist Jennifer Ralph
adress som ovan

2. Bäverdammen Fastighet och Förvaltning AB, 559132-2234
c/o Tommy Hielm
Box 4069
169 04 Solna

Ombud: Anders Fintling Kellman
Edsviksvägen 82
191 43 Sollentuna

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Aura Communities Limiteds ansökan och förklarar att det hyresavtal (7824-0002) som ingåtts mellan Haninge kommun och Bäverdammen Fastighet och Förvaltning AB den 29 januari 2019 är ogiltigt.

BAKGRUND

Den 15 juni 2017 undertecknade Haninge kommun Hyreskontrakt för lokal (7824-0001) med Bo Cash AB, med organisationsnummer 559019-0210, om hyra av totalt sex stycken bostadshus, med beräknat tillträde den 1 oktober 2017. Avtalet godkändes av kommunstyrelsen den 29 maj 2017. Bo Cash AB ansökte senare hos kommunen om överlåtelse av hyresavtalet till Bäverdammen Fastighet och Förvaltning AB (Bäverdammen), med organisationsnummer 559132-2234. Vid sammanträde den 28 januari 2019, § 13, godkände kommunstyrelsen överlåtelse av hyresavtalet. Kommunen har därefter den 29 januari 2019 genom undertecknat Hyreskontrakt för lokal (7824-0002) ingått avtal med Bäverdammen om hyra av totalt fem stycken bostadshus, med beräknat tillträde den 30 juni 2019, dock senast den 30 november 2019. Till avtalet hör bl.a. Bilaga 1, Särskilda bestämmelser. Den 29 januari 2019 ingick kommunen även ett arrendeavtal med Bäverdammen.

YRKANDEN M.M.

Aura Communities Limited (Aura) begär överprövning av giltigheten av hyresavtalet som ingicks den 29 januari 2019 och yrkar att det ska ogiltigförklaras, om förvaltningsrätten inte beslutar att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Som grund för yrkandet anförs bl.a. följande. Avtalet har ingåtts utan föregående annonsering och utan upphandling och kommunen har genom avtalstecknandet brutit mot likabehandlings- och transparensprinciperna enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Aura har lidit, eller riskerat att lida, skada eftersom bolaget sannolikt skulle ha vunnit avtalet, om kommunen hade följt LOU och upphandlat. Avtalet avser långtidshyra av bostadshus som Bäverdammen ska uppföra på del av fastigheten Kalvsvik 16:1 i Haninge kommun. Hyresavtalet, inklusive indexreglering under avtalstiden och inkluderat möjlig förlängning t.o.m. år 2032, motsvarar ett kontraktsvärde på över 52 620 561 kr och

skulle därför ha upphandlats. Kommunen har betalat 3 709 200 kr i förskott i slutet av 2017 men det finns inte en enda modul på fastigheten. Oavsett om det handlar om ett varukontrakt eller en byggentreprenad skulle upphandling ha skett på grund av det totala värdet. Undantagsreglerna i LOU är inte tillämpliga eftersom kommunen har haft lång tid på sig att ordna fram bostäderna och själv har försatt sig i den aktuella situationen genom dålig planering och det inte är fråga om brådskaande anskaffning av stor samhällsekonomisk betydelse eller allvarliga konsekvenser för människors hälsa. Det tidigare hyresavtalet från 2017 var villkorat av att bygglov erhöles ett visst senaste datum. Eftersom bygglovet vann laga kraft först senare är detta avtal förfallet.

Haninge kommuns inställning var inledningsvis att ansökan ska avskrivas eftersom avtalet som tecknades den 29 januari 2019 inte är ett nytt avtal utan en överlåtelse av ett befintligt avtal enligt beslut i kommunstyrelsen den 28 januari 2019. Det innebär att tiden för att begära överprövning av avtalets giltighet ska beräknas från den tidpunkt då det ursprungliga hyresavtalet tecknades, dvs. den 15 juni 2017. Det har således gått mer än sex månader sedan hyresavtalet tecknades. Avtalet var inte villkorat av att bygglovet skulle ha vunnit laga kraft utan enbart att det beviljats. En överprövning av avtalets giltighet kan inte ske när ansökan om överprövning inte har inkommit i rätt tid. Om förvaltningsrätten gör en annan bedömning föreligger det skäl att tillämpa undantagsreglerna i LOU. Vid tidpunkten för det aktuella tecknandet av hyresavtalet för bostadshus förelåg synnerlig brådska eftersom kommunen enligt lag från och med den 10 mars 2016 blev skyldig att ordna bostäder till nyanlända som anvisas av Migrationsverket. För det fall förvaltningsrätten inte anser att undantagsreglerna är tillämpliga är det kommunens uppfattning att avtalet är av sådan karaktär att avtalet ska få kvarstå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse eftersom kommunen fortfarande har ett stort behov av bostäder för nyanlända och andra utsatta grupper.

Förvaltningsrätten beslutade den 9 augusti 2019 att hyresavtalet den 29 januari 2019 är ett avtal vars giltighet kan överprövas enligt LOU och att Auras ansökan om överprövning, som kom in till domstolen den 7 juni 2019, har kommit in i rätt tid och ska prövas. Förvaltningsrätten beslutade samma dag att det aktuella hyresavtalet mellan Haninge kommun och Bäverdammen inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Haninge kommun har därefter ändrat inställning och gör numera gällande att ansökan om överprövning ska avvisas på den grunden att hyresavtalet från den 29 januari 2019 inte är giltigt och kommunen kommer att se till att det undanröjs. Kommunen anför bl.a. följande. Av bilaga 1 till hyresavtalet, Särskilda bestämmelser, framgår att avtalet ”för sin giltighet är villkorat av att kommunstyrelsen godkänner avtalet 2019-01-28..... ” Av kommunstyrelsens beslut den 28 januari 2019, § 13, framgår att kommunstyrelsen inte har godkänt det aktuella hyresavtalet utan har godkänt att hyresavtalet (7824-0001), tecknat med Bo Cash AB den 15 juni 2017, får överlåtas till Bäverdammen. Hyresavtalet (7824-0002) har inte företetts för kommunstyrelsen och inte godkänts vilket innebär att avtalet inte är giltigt. Kommunstyrelsen, som är den upphandlande myndigheten, har inte godkänt något nytt avtal som kan uppfattas som en direktupphandling. Konsekvensen av detta är att det inte finns något bindande avtal som förvaltningsrätten kan ogiltigförklara på grund av att upphandlingslagstiftningen inte har följts. Kommunen har direkt efter att det uppmärksammats att avtalet var ogiltigt muntligen, och därefter skriftligen den 3 oktober 2019, informerat Bäverdammen om detta.

Aura lämnar därefter bl.a. följande synpunkter. Hyresavtalet 7824-0002 skrevs under av kommunstyrelsens ordförande, som representerar hela kommunstyrelsen, dagen efter att kommunstyrelsen godkänt överlåtelsen. Avtalet är giltigt, men inte nödvändigtvis enligt LOU. Alla inblandade parter har under närmare två år agerat som om avtalen är giltiga. Om inte Aura

begärt överprövning av det nu aktuella avtalet hade Haninge kommun knappast bestämt sig för att hyresavtalet plötsligt skulle vara ogiltigt. Oavsett om kommunen skulle annullera avtalet eller inte har kommunen brutit mot LOU och Aura lidit, eller riskerat att lida, skada.

Bäverdammen har fått tillfälle att yttra sig i målet. Bolaget anser att det aktuella avtalet aldrig kommit till stånd på grund av formella fel och därför är ogiltigt, vilket bolaget och kommunen sinsemellan har bekräftat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU ska rätten besluta att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bl.a. om avtalet slutits utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. För ogiltighet krävs i detta fall inte att den leverantör som ansökt om överprövning har lidit eller riskerat att lida skada.

Av 20 kap. 14 § samma lag framgår att om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

I 10 kap. 1 § tredje stycket LOU anges att särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 12-19 §§.

Av 6 kap. 15 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som

gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om Haninge kommun använt sig av direktupphandling för anskaffandet av de aktuella bostadshusen, dvs. ingått ett avtal utan föregående annonsering, i en situation där det inte varit tillåtet. Prövningen sker enligt LOU och utifrån ett strikt upphandlingsrättsligt perspektiv.

En direktupphandling är ett undantagsförfarande enligt LOU och undantagsbestämmelser ska tolkas restriktivt. Det är den som åberopar undantaget från upphandlingsplikten, här alltså Haninge kommun, som har bevisbördan för att förutsättningar för detta finns.

Auras ansökan baserar sig på uppfattningen att det i målet aktuella hyresavtalet är resultatet av en otillåten direktupphandling och därför ska förklaras vara ogiltigt enligt LOU. Haninge kommun anser numera att hyresavtalet är ogiltigt, dock på annan grund än att det är fråga om en otillåten direktupphandling. Kommunen har inte heller uttalat att Auras ansökan medges utan vidhåller att den ska avvisas. Kammarrätten i Jönköping har konstaterat att om motparten anser att en ansökan om överprövning enligt 16 kap. LOU (numera 20 kap. LOU) ska bifallas, bör rätten i princip kunna utgå från att den ska bifalla ansökan och besluta om lämplig åtgärd (se dom den 5 juni 2012 i mål nr 1693-12). Aura och Haninge kommun kan nu förefalla vara överens om att hyresavtalet är ogiltigt men utan att kommunen medger ansökan är den situation som föreligger i målet inte jämförbar med den i kammarrättens mål. Förvaltningsrätten prövar därför Auras ansökan om överprövning av hyresavtalets giltighet. Förvaltningsrätten bortser vid denna prövning från om avtalet är ogiltigt av andra skäl än att det är fråga om en

otillåten direktupphandling och utgår vid prövningen av ansökan från de förhållanden som gällde vid hyresavtalets ingående den 29 januari 2019. Kommunens uppfattning att något giltigt avtal aldrig ingåtts utgör således inte hinder för en prövning enligt LOU och medför inte heller att ansökan om överprövning ska avvisas.

Haninge kommun har gjort gällande att hyresavtalet den 29 januari 2019 ingåtts utan en annonserad upphandling enligt LOU eftersom det förelåg synnerlig brådska med hänvisning till kommunens skyldighet att ordna bostäder till nyanlända som anvisas av Migrationsverket. Kommunens skyldigheter i detta avseende regleras i lagen (2016:38) om mottagande av vissa nyanlända invandrare för bosättning (bosättningslagen) som trädde i kraft den 1 mars 2016. Kommunen har således sedan dess känt till det krav på bostäder för nyanlända som regleras där. Haninge kommun har också den 15 juni 2017 undertecknat det hyresavtal som kommunen uppgett inledningsvis tecknades med anledning av kommunens skyldighet enligt denna lag. Auras påstående att det ännu saknas bostadshus på avsedd plats har inte emotsagts av kommunen. Förvaltningsrätten utgår från att Haninge kommun före ingående av hyresavtalet i juni 2017 funnit att bostadshus var det lämpligaste sättet för kommunen att tillmötesgå kravet på anvisning av bostäder. Annat framgår inte än att Haninge kommun alltsedan bosättningslagen trätt i kraft kunnat tillgodose bosättning utan att de tänkta bostadsmodulerna varit på plats. Kommunen har uppenbarligen inte heller agerat för att verkligen få modulerna på plats. Mot den bakgrunden finns det ingenting som motsäger att en upphandling med kortast möjliga anbudstid vid ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering hade kunnat genomföras för att tillgodose behovet av bostadsmoduler och förvaltningsrätten finner därför att sådan synnerlig brådska som avses i LOU inte förelåg i januari 2019 när det i målet aktuella hyresavtalet tecknades.

Haninge kommuns beslut att utan föregående annonsering upphandla bostadshus strider därmed mot LOU. Förvaltningsrätten finner mot den bakgrunden att det hyresavtal som ingåtts med Bäverdammen den 29 januari 2019 är ogiltigt.

Frågan är då om hyresavtalet ändå ska bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå (se prop. 2015/16:195 s. 1155-1156 och prop. 2009/10:180 s. 137 ff.). I artikel 4.8 i direktiv 2006/123/EG exemplifieras sådan hänsyn som bl.a. allmän ordning, allmän säkerhet och skydd för människors liv och hälsa samt folkhälsa.

Haninge kommun motiverar sin ståndpunkt att det föreligger ett tvingande allmänintresse med att kommunen fortsatt har ett stort behov av bostäder för nyanlända och andra utsatta grupper. Förvaltningsrätten finner att kommunens behov i det avseendet inte utgör en sådan exceptionell omständighet som bestämmelsen är tänkt att reglera. Tvingande hänsyn till ett allmänintresse motiverar därför inte att avtalet som ingicks mellan Haninge kommun och Bäverdammen den 29 januari 2019 ska få bestå. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad Aura anfört i målet utgör skäl för att ogiltigförklara avtalet enligt 20 kap. 13 § LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Anna Björklund

Rådman

Kerstin Sandin har handlagt målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

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

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.

