



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA**

**DOM**  
2012-03-16  
Meddelad i Uppsala

Mål nr  
2298-11  
Enhet 1

KONKURRENSVERKET	
2012-03-19	
Avd	JU
Dnr	348/2011
Doss	802 Aktbil

**SÖKANDE**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

**MOTPART**

Akademiska Hus Uppsala AB, 556467-8745

Ombud: Advokaterna Helena Rosén Andersson och Lars Jonson  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 11911  
404 39 Göteborg

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökningen.

Dok.Id 43659

**Postadress**  
Box 1853  
751 48 Uppsala

**Besöksadress**  
Kungsgatan 49

**Telefon**  
018-16 73 00

**E-post:** forvaltningsratteni uppsala@dom.se

**Telefax**  
018-16 73 43

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:30-12:00  
13:00-16:30

#### YRKANDEN

**Konkurrensverket** yrkar att förvaltningsrätten förpliktar Akademiska Hus Uppsala AB (härefter AHU) att betala 10 000 000 kronor i upphandlings-skadeavgift.

AHU bestrider yrkandet. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att Konkurrensverkets yrkande ska avslås redan på någon av följande grunder kan förvaltningsrätten avgöra målet efter skriftlig handläggning: i) att avtalet om generalentreprenad i samverkan har ingåtts före den 15 juli 2010, ii) att anskaffningen av generalentreprenaden i samverkan har påbörjats före den 15 juli 2010, iii) att Konkurrensverkets ansökan inte avser ett avtal med ekonomiska villkor och därför inte en överträdelse av LOU. Om förvaltningsrätten finner att Konkurrensverkets yrkande inte ska avslås på nämnda grunder begär AHU muntlig förhandling.

#### GRUNDER M.M.

##### **Konkurrensverket**

AHU är en upphandlande myndighet som är skyldig att genomföra upphandlingar i enlighet med bestämmelserna i LOU. AHU har brutit mot LOU genom att myndigheten den 1 september 2010 slutit ett byggentreprenadavtal med Skanska Sverige AB (härefter Skanska) om uppförande av Veterinär- och husdjurscentrum i Uppsala (härefter VHC) till ett värde av minst 1 090 000 000 kronor utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU. AHU har således tilldelat det aktuella kontraktet genom en otillåten direktupphandling.

I mars 2010 genomförde AHU en anbudsinfordran utan annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (härefter EUT) och elektroniskt i Tenders Electronic Daily (härefter TED). Skanska lämnade in anbud genom två olika handlingar ("kuvert 1" och "kuvert 2") under april 2010. Det aktuella projektet mellan AHU och Skanska att projektera och uppföra VHC

regleras i två olika skriftliga avtal: i) Samverkansavtal VHC, daterat den 11 juni 2010 och undertecknat av avtalsparterna den 21 juni 2010 (härefter samverkansavtalet) ii) Protokoll från upphandlingssammanträde, uppgörelseprotokoll enligt AB 04, daterat och undertecknat den 1 september 2010 (härefter entreprenadavtalet). Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift avser entreprenadavtalet. Detta avtal är att betrakta som ett byggentreprenadkontrakt enligt 2 kap. 3 § LOU. För byggentreprenadkontrakt gällde vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen ett tröskelvärde om cirka 48 miljoner kronor. Entreprenadavtalet är värt minst 1 090 000 000 kronor. Den aktuella upphandlingen omfattas således av de direktivstyrda bestämmelserna i LOU. Om upphandlingen hade genomförts i enlighet med dessa bestämmelser, skulle en annons om upphandlingen ha publicerats i EUT och i TED. Någon sådan annons finns inte för den aktuella upphandlingen.

#### *Övergångsbestämmelserna*

Reglerna om upphandlingsskadeavgift i LOU trädde i kraft den 15 juli 2010. Enligt andra punkten i övergångsbestämmelserna gäller bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift för upphandlingar som påbörjats efter ikraftträdandet. En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud. När det gäller otillåten direktupphandling, dvs. när ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får en sådan anses påbörjad först när avtalet har slutits om inte myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt. Eftersom någon annonsering i EUT/TED över huvud taget inte har skett har AHU inte påbörjat något upphandlingsförfarande enligt lagen vid en tidigare tidpunkt än vid avtalets ingående. Det är således tidpunkten för avtalets ingående som styr huruvida reglerna om upphandlingsskadeavgift i LOU kan tillämpas. Eftersom

avtalet har ingåtts efter den 15 juli 2010 gäller LOU i dess nuvarande lydelse. De åtgärder som AHU har vidtagit dessförinnan i syfte att möjliggöra att avtalet ingicks är inte ett upphandlingsförfarande enligt lagen. Konkurrensverket vill särskilt framhålla att det faktum att AHU inte anser sig ha skyldighet att följa LOU i sig utesluter att man kan anses ha påbörjat ett förfarande enligt lagen (dvs. LOU) under våren 2010.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning ter det sig svårt att ange någon typsituation där en otillåten direktupphandling skulle kunna anses vara påbörjad enligt lagen vid en tidigare tidpunkt än avtalets ingående. Om ett avtal har ingåtts genom en otillåten direktupphandling finns ju rätteligen ingen tidigare påbörjad upphandling enligt LOU för den upphandlande myndigheten att stödja sig på. Om det fanns en sådan påbörjad upphandling skulle det aktuella avtalet inte utgöra en otillåten direktupphandling. Ett påbörjat ”förfarande” som leder till att en otillåten direktupphandling genomförs, kan inte vara ett upphandlingsförfarande enligt lagen. Det ligger i sakens natur att ett förfarande inte samtidigt kan vara i strid med och i enlighet med lagen. Det senare ledet i ovan nämnda förarbetsuttalanden att ”om inte myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt” kan därför, på grund av denna motsägelse, svårligen tjäna som ledning för rättstillämpningen i fråga om den aktuella övergångsbestämmelsen. Det går med andra ord inte att visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt än avtalets ingående när det är fråga om en otillåten direktupphandling.

#### *Direktiven*

Det saknas bestämmelser i de bakomliggande upphandlings- och rättsmedelsdirektiven som anger hur övergångsbestämmelser till nationella regler som genomför dessa direktiv ska tillämpas och tolkas. Det är således fråga om en materiell situation som inte omfattas av någon EU-rättslig reglering,

varför det är upp till den nationella lagstiftaren att i sin interna rättsordning reglera innebörden av övergångsbestämmelser i upphandlingslagstiftningen. Medlemsstaterna måste emellertid agera lojalt gentemot unionen, så att inte övergångsbestämmelser i praktiken medför en försening av genomförandet av EU-direktiv. Ändringsdirektivet (2007/66/EG), som låg till grund för de nya rättsmedelsreglerna i LOU, skulle ha genomförts i medlemsstaterna senast den 20 december 2009. Om någon annan – tidigare – tidpunkt än avtalets ingående skulle anses vara avgörande för vilka otillåtna direktupphandlingar som kan bli föremål för talan i domstol enligt de nya reglerna i LOU (dvs. ogiltighetstalan respektive ansökan om upphandlingsskadeavgift), skulle det innebära en avsevärd fördröjning av genomförandet av ändringsdirektivet, i strid mot Sveriges förpliktelser gentemot unionen. En myndighet som gjort en otillåten direktupphandling skulle då kunna hävda att man innan den 15 juli 2010 bestämde sig för att direkttilldela det aktuella kontraktet, varför överträdelsen inte skulle kunna beivras med de nya sanktionsreglerna. Sådana invändningar skulle kunna göras av myndigheter under en lång tid framöver, vilket högst påtagligt skulle motverka de avsedda effekterna med lagstiftningen. Någon sådan ytterligare fördröjning av genomförandet har inte varit den svenska lagstiftarens avsikt med de nya reglerna i LOU. Därför har det uttryckligen angetts i prop. 2009/10:180 s. 310 och 374 att en otillåten direktupphandling anses påbörjad först i och med att avtalet slutits.

*Förarbetsuttalandena ryms inom bestämmelsens ordalydelse*

Om man skulle anlägga ett (felaktigt) normalspråkligt synsätt på hur lagtexten ska tolkas, skulle AHU:s tolkning av övergångsbestämmelsen stå i strid med lagens ordalydelse. I själva verket skulle ingen tolkning av övergångsbestämmelsen som ges i förarbetena överensstämma med lagtexten, om man skulle acceptera AHU:s påstående att avtalstidpunkten inte kan utgöra påbörjandetidpunkten för en otillåten direktupphandling. Samtliga cirka 10 000 upphandlingar som blivit föremål för överprövning de senaste

tre–fyra åren i de svenska domstolarna, inklusive ett 20-tal uppläppta mål i Högsta förvaltningsdomstolen, skulle med det synsättet riskera att ha prövats enligt fel lydelse av LOU, eftersom förarbetena till både 2008 och 2010 års lagändringar då måste anses ha stått i strid med övergångsbestämmelsernas ordalydelse. Annonseringstidpunkten eller tidpunkten för beslutet om förfarande respektive beslutet om att begära in anbud, står då nämligen alltid i strid med den strikta normalspråkliga innebörden av att ”påbörja” en upphandling, eftersom det alltid kommer att ha vidtagits vissa faktiska åtgärder hos den upphandlande myndigheten före annonseringstidpunkten eller beslutet om val av förfarande/att begära in anbud, precis som det i princip alltid får antas ha företagits vissa faktiska åtgärder före ingåendet av ett avtal som utgör en otillåten direktupphandling. En tillämpning av övergångsbestämmelsen till 2010 års ändringar i LOU som innebär att en otillåten direktupphandling anses påbörjad först när avtalet har ingåtts, ligger enligt Konkurrensverkets mening klart inom bestämmelsens ordalydelse, dvs. inom den yttersta gränsen för betydelseområdet i lagstadgandet. Det står också klart att innebörden av bestämmelsen är juridisk-teknisk, och inte normalspråklig.

#### *Legalitetsprincipen*

Legalitetsprincipen innebär att det krävs ett stadgande i lag eller annan författning för att en handling ska kunna utgöra ett brott och leda till en straffrättslig påföljd. Principen anses innefatta bl.a. ett obestämdhetsförbud, dvs. ett krav på viss precision hos straffbud. Med det senare menas att ett förfarande anses straffbart trots att det inte med vedertagna tolkningsmetoder kan inordnas under ett straffbuds ordalydelse. Det finns inte någon klar gräns mellan lagtolkning och analogisk lagtillämpning. Sådan lagtillämpning synes dock vara för handen när det står klart att det aktuella fallet inte kan rymmas under det straffbud som är i fråga. Saken har också uttryckts så att en analogisk tillämpning förekommer när en rättsregel tillämpas på ett fall som inte utan uppenbart våldförande på språket kan pres-

sas in under ens det vagt avgränsade ytterområdet av det aktuella begreppets betydelseområde. Den aktuella tillämpningen av övergångsbestämmelsen ligger inom den yttersta gränsen för betydelseområdet i lagstadgandet. Det är alltså inte fråga om någon analog tillämpning. Inte heller skulle Europakonventionens legalitetsprincip, såsom den har utvecklats av Europadomstolen, utgöra något hinder mot att tillämpa övergångsbestämmelsen på det sätt som avses i den aktuella lagstiftningen, om konventionen hade varit tillämplig på AHU. Sammanfattningsvis framgår det att den aktuella tillämpningen av övergångsbestämmelsen med god marginal klarar ett straffrättsligt legalitetstest och således inte står i strid med denna princip. Av detta följer att bestämmelsen också klarar ett legalitetstest som avser annan offentlig maktutövning än utdömande av en straffrättslig påföljd i strikt mening.

*Övergångsbestämmelsen är ingen straffbestämmelse*

Trots att övergångsbestämmelsen således överensstämmer med straffrättens legalitetsprincip, anser Konkurrensverket att det starkt kan ifrågasättas om samma strikta legalitetskrav som gäller för straffliknande sanktionsbestämmelser, över huvud taget kan och bör tillämpas på den aktuella övergångsbestämmelsen, som ju inte utgör något straffbud eller straffliknande sanktionsbud. De ändringar i LOU som trädde i kraft den 15 juli 2010 rör till övervägande delar andra lagändringar än införandet av en upphandlingsskadeavgift. Det infördes bl.a. regler som förstärker leverantörers rätt att föra talan i domstol mot det allmänna, nya upphandlingsförfaranden, möjligheter för upphandlande myndigheter att frivilligt tillkännage förestående upphandlingar utan föregående annonsering (förhandsinsyn), regel-förenklingar till förmån för både upphandlande myndigheter och leverantörer etc. Övergångsbestämmelsens tillämpning får alltså betydelse i många situationer, såsom vilka processrättsliga bestämmelser som gäller, hur myndigheter kan, får eller ska agera i olika upphandlingssituationer och vilka rättigheter som enskilda leverantörer kan göra gällande gentemot det

allmänna. Alla dessa lagändringar omfattas av samma övergångsbestämmelse. Bestämmelsen måste naturligtvis tillämpas på samma sätt avseende samtliga otillåtna direktupphandlingar. Det finns inte utrymme i gällande rätt att tillämpa övergångsbestämmelsen på så sätt att ett och samma avtal som ingåtts under hösten 2010 genom en otillåten direktupphandling, i ett ogiltighetsmål, den otillåtna direktupphandlingen anses påbörjad efter den 15 juli, men i ett mål om upphandlingsskadeavgift samma upphandling anses påbörjad före den 15 juli 2010. Av ovanstående följer att det inte kan anläggas någon straffrättslig försiktighetsprincip (*in dubio mitius*) eller restriktiv tolkning som skulle medföra att äldre regler i LOU ska ges företräde framför de nya så snart det uppstår tvivel i ett enskilt fall om den nya eller gamla lagen ska tillämpas. Det är i stället av yttersta vikt att övergångsbestämmelsen i varje enskilt fall ges en materiellt korrekt innebörd oavsett vem som ”drabbas” negativt av tillämpningen.

*Handlandet var förbjudet tidigare*

Den handling som Konkurrensverket lägger AHU till last – ingåendet av avtal med Skanska avseende byggentreprenaden (skede 2) – har utförts efter det att reglerna om upphandlingsskadeavgift i LOU trädde i kraft den 15 juli 2010. Det materiella rättsläget i fråga om vad som utgör en otillåten direktupphandling har inte förändrats i och med 2010 års lagändringar. AHU:s handlande har således varit förbjudit enligt LOU i lydelsen både före och efter den 15 juli 2010. AHU har följaktligen – även om överträdelsen i stället hade omfattats av LOU i lydelsen före den 15 juli 2010 – valt att försätta sig i en situation där man riskerade att drabbas av både en överprövning av den otillåtna direktupphandlingen med ett ovillkorligt och bindande åläggande från allmän förvaltningsdomstol att göra om upphandlingen, samt skyldighet att utge skadestånd till leverantörer för det positiva kontraktssintresset, dvs. belopp som kraftigt skulle kunna överstiga den maximala upphandlingsskadeavgiften om tio miljoner kronor. Det faktum att det i och med 2010 års lagändringar inte har införts några regler som



gjort tidigare tillåtna ageranden hos upphandlande myndigheter otillåtna, är enligt Konkurrensverkets mening en ytterligare omständighet som talar för att övergångsbestämmelsen inte kan tolkas på så sätt att de myndigheter som valt att bryta mot lagen och genomfört otillåtna direktupphandlingar även efter att de nya reglerna trätt i kraft, på grund av någon försiktighetsprincip ska kunna gå fria från ansvar för upphandlingsskadeavgift respektive ogiltighet av ingångna avtal.

*Ingen retroaktiv verkan*

Den avgörande tidpunkten för om en ny lag med straffrättsliga eller straffliknande sanktioner ska kunna tillämpas, är när handlingen som grundar överträdelsen avslutas. Om någon del av handlandet inträffat efter att den nya lagen har trätt i kraft, blir den nya lagen tillämplig på överträdelsen (jfr analogt 5 § lagen [1964:163] om införande av brottsbalken). Av avgörandena från EU-domstolen i de upphandlingsrättsliga målen C-337/98 Kommissionen mot Frankrike och C-138/08 Hochtief följer också att ny lagstiftning kan tillämpas på ett ifrågasatt beslut eller handlande hos en upphandlande myndighet, så länge det beslut eller den åtgärd som är föremål för talan har utförts efter att de nya reglerna har trätt i kraft. Avtalet har ingåtts efter det att reglerna om upphandlingsskadeavgift har trätt i kraft. I själva verket är ingående av ett avtal den enda aktiva handlingen hos avgiftssubjektet som enligt 17 kap. 1 § 3 LOU krävs för att en upphandlingsskadeavgift ska kunna dömas ut. Övergångsbestämmelsens utformning strider således vare sig mot retroaktivitetsförbudet i svensk straffrätt eller mot rättssäkerhetsprincipen såsom denna princip har uttryckts i EU-domstolens praxis i upphandlingsmål.

*Rättssäkerhetsskäl*

Det framgår inte av förarbetsuttalandena varför lagstiftaren har valt att bestämma påbörjandetidpunkten för en otillåten direktupphandling till avtalets ingående. Inte heller framgår det varför beslutet om val av förfaran-

de/att begära in anbud respektive annonseringstidpunkten gäller som påbörjandetidpunkt för andra upphandlingar än otillåtna direktupphandlingar. Det kan emellertid konstateras att det normalt sett går att säkra bevisning om och i efterhand fastställa dessa påbörjandetidpunkter, eftersom det finns ett beslut, en annons eller ett avtal. Att fastställa avtalstidpunkten vid en otillåten direktupphandling är särskilt tydligt, bestämbar och förutsebart i detta hänseende. Andra eventuella tidigare inledda faktiska åtgärder som leder till att en otillåten direktupphandling genomförs, råder det däremot i allmänhet osäkerhet kring i bevishänseende, och det är behäftat med stora svårigheter att utreda när och vilka händelser som i så fall skulle vara av relevans vid den prövningen. Behovet av tydliga avgränsningar mellan gamla och nya regler i LOU, och klarhet kring vilket regelverk som gäller, är av rättssäkerhetsskäl uppenbarligen mycket starkt. Om en otillåten direktupphandling inte skulle anses vara påbörjad vid avtalets ingående, skulle det – utöver att en sådan tillämpning står i strid med vad lagstiftaren uttryckligen angett ska gälla – föreligga en avsevärd och oacceptabel osäkerhet i fråga om vilka rättsmedel som står till buds för leverantörer som anser sig ha lidit skada på grund av en otillåten direktupphandling. Även upphandlande myndigheter skulle i sådana fall sakna möjlighet att göra en bedömning av om de riskerar att drabbas av en upphandlingsskadeavgift eller, den ännu mer ingripande åtgärden, ogiltighet av ingångna avtal. Motsvarande rättssäkerhetsintressen finns på både leverantörssidan och myndighetssidan även i fråga om när andra upphandlingar än otillåtna direktupphandlingar ska anses påbörjade, eftersom detta har betydelse bl.a. för vilka överprövningsregler som gäller, hur underrättelsen om tilldelningsbeslutet ska utformas, om en avtalsspärr gäller eller om leverantören i stället behöver framställa ett interimistiskt yrkande etc. Att lagstiftaren har gett de olika påbörjandetidpunkterna den respektive juridisk-tekniska innebörd som gjorts, framstår ur ett rättssäkerhetsperspektiv som oundgängligen nödvändigt. Detta utgör således ytterligare en bekräftelse på att det är just dessa påbörjandetidpunkter – för otillåten direktupphandling avtalstidpunk-

ten – som gäller framför andra normalspråkliga, oklara, in-casu-bestämda och för parterna mycket svårbevisade tidpunkter.

#### AHU

AHU är inte en upphandlande myndighet. AHU har påbörjat anskaffningen av generalentreprenaden i samverkan senast den 12 mars 2010 och AHU och Skanska har ingått samverkansavtalet redan den 11 juni 2010 varför reglerna om upphandlingsskadeavgift inte är tillämpliga. Vidare är protokollet från upphandlingssammanträdet den 1 september 2010 inte ett avtal med ekonomiska villkor och därför inte en överträdelse av LOU.

AHU har påbörjat upphandlingen före den 15 juli 2010. AHU hade före den tidpunkten upprättat förfrågningsunderlag, inhämtat anbud, utvärderat anbuden, utsett Skanska till entreprenör och ingått samverkansavtal med Skanska. Uttalandet i förarbetena är tydligt såtillvida att för otillåten direktupphandling ska äldre bestämmelser gälla om den upphandlande myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagarna rent faktiskt har påbörjats före ikraftträdandet. Uttalandet skulle samtidigt kunna anses vara otydligt eftersom det innehåller begreppet ”enligt lagarna”. Av uttalandet i förarbetena är det klart att även en otillåten direktupphandling, i vissa situationer, ska anses påbörjad innan avtal har slutits och att avgörande för den bedömningen är om den upphandlande myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande har påbörjats före ikraftträdandet. Den åtskillnad mellan otillåtna direktupphandlingar och andra upphandlingar som görs genom uttalandet i förarbetena till övergångsbestämmelsen kan endast förklaras av att upphandlaren vid otillåtna direktupphandlingar oftast ingår avtal utan att dessförinnan ha begärt in flera anbud, tagit emot anbud, kvalificerat anbudsgivare, utvärderat anbud och beslutat om tilldelning. De moment som normalt är avgörande för när en upphandling ska anses påbörjad finns alltså sällan för sådana direktupphandlingar. I de situationerna

är det därför rimligt ur bevissynpunkt att låta tidpunkten för när avtal sluttits vara avgörande för när upphandlingen ska anses ha påbörjats.

För en sådan direktupphandling som AHU har genomfört och av vilken det redan av den till förvaltningsrätten ingivna dokumentationen ostridigt framgår att AHU har begärt in flera anbud, tagit emot anbuden, kvalificerat anbudsgivarna, utvärderat anbuden och beslutat om tilldelning är det emellertid enkelt att klarlägga när upphandlingen påbörjades. En sådan upphandling har påbörjats senast när AHU beslutade att begära in anbud (prop. 2009/10:180 s. 310 och prop. 2006/07:128 del I s. 447 och 568), oavsett om den ska betraktas som en tillåten eller otillåten direktupphandling. Syftet med övergångsbestämmelsen, att ny lagstiftning ska tillämpas endast för upphandlingar som påbörjats efter ikraftträdandet, gör sig lika starkt gällande för otillåtna direktupphandlingar som för andra upphandlingar. Lagstiftaren har dessutom vid införandet av upphandlingslagstiftningen och de följande ändringarna i den konsekvent haft uppfattningen att den nya lagstiftningen ska gälla enbart för upphandlingar som har påbörjats efter lagens ikraftträdande och det oberoende av om upphandlingen är tillåten eller otillåten (prop. 1992/93:88 s. 56, prop. 2001/02:142 s. 86–87, prop. 2006/07:128 del I s. 447 och 568).

Om en upphandlande myndighet kan visa att en direktupphandling har påbörjats före den 15 juli 2010 ska LOU i dess lydelse före detta datum tillämpas på upphandlingen även om den skulle betraktas som en otillåten direktupphandling. Konkurrensverkets tolkning av uttalandet i förarbetena – att alla direktupphandlingar vid vilka avtal har träffats efter den 15 juli 2010 ska omfattas av LOU i dess lydelse efter det datumet oavsett när upphandlingarna har påbörjats – innebär att övergångsbestämmelsen ska tillämpas i strid mot sin ordalydelse och mot det syfte som övergångsbestämmelsen har.

Det strider mot både den svenska och den EU-rättsliga legalitetsprincipen att i strid mot övergångsbestämmelsens ordalydelse döma ut en upphandlings-skadeavgift mot AHU för en anskaffning som AHU påbörjat före den 15 juli 2010. Legalitetsprincipen är en grundläggande rättsstatlig princip som gäller för all förvaltningsrättslig verksamhet. Legalitetsprincipen kommer till uttryck i flera bestämmelser i regeringsformen. Legalitetsprincipen är också en del av EU-rätten och Europakonventionen. Legalitetsprincipen ska ge skydd mot en nyckfull och godtycklig maktutövning från det allmännas sida. Den innebär bland annat att domstolars och myndigheters rättstillämpning alltid ska ha stöd i lagtext och vara förutsebar. Legalitetsprincipen innebär att lagtext måste tolkas och tillämpas enligt sin ordalydelse och innebär ett förbud mot att tolka och tillämpa lagtext mot dess ordalydelse. Legalitetsprincipen har särskild tyngd när det gäller grundläggande fri- och rättigheter och offentligrättsliga sanktioner. När det gäller betungande lagstiftning ska domstolen därför tillämpa lagtexten i enlighet med dess ordalydelse och inte tillämpa en annan uppfattning som kan finnas i lagens förarbeten. Legalitetsprincipen och den lagtolkningsmetod som redogjorts för ovan har ett fast stöd i rättspraxis.

Lagtexten är klar och behöver inte tolkas för att tillämpas. Lagtexten gör inte någon åtskillnad mellan tillåtna och otillåtna direktupphandlingar. Även uttalandet i förarbetena om att äldre bestämmelser ska gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet är klart och behöver inte tolkas för att tillämpas. Det gäller oavsett om det är fråga om en tillåten eller otillåten direktupphandling.

#### **DOMSKÄL**

I 17 kap. 1 § 3 LOU anges att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlings-skadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående

annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller, 15 kap. 4 eller 6 §.

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010. Av övergångsbestämmelserna framgår att äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Förvaltningsrätten har därför i första hand att ta ställning till när den i målet aktuella upphandlingen ska anses påbörjad.

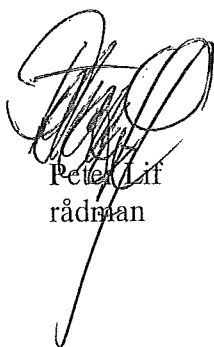
En upphandling anses normalt ha påbörjats när myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (se prop. 2006/07:128 del I s. 447 och 568). När det gäller otillåten direktupphandling anses dock en sådan ha påbörjats först när avtalet har slutits, om inte myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagarna rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt (se prop. 2009/10:180 s. 310). Det är alltså möjligt att föra bevisning om när en direktupphandling har påbörjats. Enligt förvaltningsrättens mening gäller det oavsett om direktupphandlingen är tillåten eller otillåten enligt LOU.

Det är ostridigt i målet att AHU skickade ut anbudsfrågan avseende generalentreprenaden i mars 2010. Av anbudsfrågan, avsnitt 2.1, framgår att samverkansprojektet skulle ske i två skeden, skede 1 (projekteringsskede) och skede 2 (produktionsskede), samt att antagande av entreprenör omfattar båda skedena. Entreprenören har, enligt avsnitt 2.2 i anbudsfrågan, option att teckna entreprenadavtal för skede 2 om ett utarbetat förslag till sådant avtal godkänns av båda parterna. AHU har ingått såväl samverkansavtalet den 21 juni 2010 som entreprenadavtalet den 1 september 2010 med Skanska. Eftersom anbudsfrågan samt antagande av entreprenör omfattar såväl skede 1 som skede 2 anser förvaltningsrätten att båda skedena ingår i samma upphandling. Ett antal åtgärder, bl.a. utskick av an-

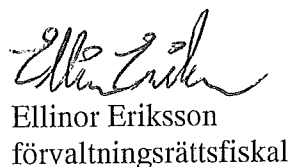
budsförfrågan och undertecknande av samverkansavtalet, avseende upphandlingen har – ostridigt – vidtagits före den 15 juli 2010. Förvaltningsrätten anser därför att den aktuella upphandlingen är påbörjad före detta datum. Att entreprenadavtalet, som Konkurrensverkets ansökning avser, ingicks först i september 2010 föranleder ingen annan bedömning. Förvaltningsrätten saknar med hänsyn härtill anledning att ta ställning till om AHU i och för sig är skyldigt att genomföra sina upphandlingar i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Konkurrensverkets talan avser en upphandling som är påbörjad före den 15 juli 2010. Det saknas därmed förutsättningar för utdömmande av upphandlingsskadeavgift. Ansökningen ska därför avslås. Vid denna utgång saknas anledning att hålla muntlig förhandling i målet.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1A)



Peter Lof  
rådmän



Ellinor Eriksson  
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Christina Kans.



## 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledningen förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.