

# HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr  
5766-12

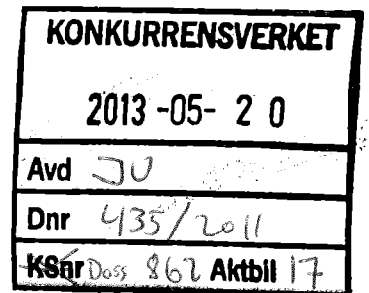
meddelad i Stockholm den 17 maj 2013

## KLAGANDE

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

## MOTPART

Migrationsverket  
601 70 Norrköping



## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Jönköpings dom den 26 september 2012 i mål nr 748-12, se bilaga

## SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

## HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

## YRKANDEN M.M.

*Konkurrensverket* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska upphäva kammarrättens dom och återförvisa målet till kammarrätten för prövning av Migrationsverkets andrahandsyrkande. Konkurrensverket anför bl.a. följande.

Dok.Id 132244

**Postadress**  
Box 2293  
103 17 Stockholm

**Besöksadress**  
Birger Jarls torg 13

**Telefon**  
08-561 676 00

**E-post:**  
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

**Telefax**  
08-561 678 20

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

1927  
1928  
1929  
1930  
1931  
1932  
1933  
1934  
1935  
1936  
1937  
1938  
1939  
1940  
1941  
1942  
1943  
1944  
1945  
1946  
1947  
1948  
1949  
1950  
1951  
1952  
1953  
1954  
1955  
1956  
1957  
1958  
1959  
1960  
1961  
1962  
1963  
1964  
1965  
1966  
1967  
1968  
1969  
1970  
1971  
1972  
1973  
1974  
1975  
1976  
1977  
1978  
1979  
1980  
1981  
1982  
1983  
1984  
1985  
1986  
1987  
1988  
1989  
1990  
1991  
1992  
1993  
1994  
1995  
1996  
1997  
1998  
1999  
2000  
2001  
2002  
2003  
2004  
2005  
2006  
2007  
2008  
2009  
2010  
2011  
2012  
2013  
2014  
2015  
2016  
2017  
2018  
2019  
2020  
2021  
2022  
2023  
2024  
2025  
2026  
2027  
2028  
2029  
2030  
2031  
2032  
2033  
2034  
2035  
2036  
2037  
2038  
2039  
2040  
2041  
2042  
2043  
2044  
2045  
2046  
2047  
2048  
2049  
2050  
2051  
2052  
2053  
2054  
2055  
2056  
2057  
2058  
2059  
2060  
2061  
2062  
2063  
2064  
2065  
2066  
2067  
2068  
2069  
2070  
2071  
2072  
2073  
2074  
2075  
2076  
2077  
2078  
2079  
2080  
2081  
2082  
2083  
2084  
2085  
2086  
2087  
2088  
2089  
2090  
2091  
2092  
2093  
2094  
2095  
2096  
2097  
2098  
2099  
2100

Frågan om när en upphandling ska anses påbörjad är inte unionsrättsligt reglerad och det finns därmed inte någon rättspraxis från EU-domstolen som behandlar denna fråga. EU-domstolens avgöranden i mål C-337/98, Kommissionen mot Frankrike, och mål C-26/03, Stadt Halle, utgör således inga prejudikat vid tolkningen av begreppet ”upphandlingar som påbörjats” i den aktuella övergångsbestämmelsen till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Det finns inte heller något stöd i rättskällorna för att den svenska lagstiftaren, trots detta, skulle ha valt att utforma övergångsbestämmelsen med ledning från dessa avgöranden.

En talan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 LOU riktar sig mot ett ingånget avtal och inte mot beslut som fattats eller åtgärder som vidtagits dessförinnan. Det strider därför inte mot rättssäkerhetsprincipen att besluta om upphandlingsskadeavgift på grund av ett avtal som ingåtts efter det att de nya reglerna trätt i kraft.

Enligt EU-domstolens avgörande i mål C-63/97, BMW, gäller principen om direktivkonform tolkning för nationella övergångsbestämmelser till lagstiftning som bygger på direktiv. Av detta följer att nationella domstolar är skyldiga att tolka övergångsbestämmelserna på det sätt som ger direktivet bäst tidsmässigt genomslag. Att låta avtalstidpunkten utgöra påbörjandetidpunkten för otillåtna direktupphandlingar ligger inom övergångsbestämmelsens ordalydelse och är den tolkning som ger bäst tidsmässigt genomslag. Det skulle därför strida mot unionsrätten att låta någon annan tidpunkt än avtalets ingående avgöra när en otillåten direktupphandling anses påbörjad i den mening som avses i övergångsbestämmelsen till LOU. Vidare kan det inte ha varit den svenska lagstiftarens syfte vid utformningen av övergångsbestämmelsen att ytterligare fördröja genomförandet av ändringarna i rättsmedelsdirektivet, utan avsikten måste ha varit att effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar skulle införas med en så liten försening som möjligt.

Det vore dessutom olämpligt om det allmänna tillerkänns ett starkare skydd mot retroaktiva verkningar av reglerna i 16 och 17 kap. LOU än vad som gäller för enskilda rättssubjekt generellt i svensk rätt, inbegripet straffbestämmelser.

*Migrationsverket* bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande.

Reglerna om upphandlingsskadeavgift är inte tillämpliga på Migrationsverkets upphandling eftersom denna påbörjades före ikraftträdandet.

När det i förarbetena talas om ”ett upphandlingsförfarande enligt lagen” måste det syfta på det anskaffningsförfarande som lett fram till den otillåtna direktupphandlingen. Om det konstateras att en otillåten direktupphandling föreligger innebär detta att anskaffningen rätteligen borde ha skett enligt lagen, dvs. anskaffningen som sådan faller inom det materiella tillämpningsområdet för lagen.

Konkurrensverkets tolkning av övergångsbestämmelsen är oförenlig med såväl EU-rätten som svensk rätt. En upphandling måste anses påbörjad vid den tidpunkt en ansökan om överprövning kan riktas mot densamma. En och samma upphandling kan inte anses påbörjad vid flera olika tidpunkter. EU-domstolens uttalanden i mål C-337/98, Kommissionen mot Frankrike, talar för att det i en situation som den förevarande måste vara möjligt för en upphandlande myndighet att föra bevisning om när en direktupphandling har påbörjats, oavsett om upphandlingen enligt upphandlingsregelverket är otillåten eller inte. Likaså talar uttalandena för att en tillämpning av övergångsbestämmelsen i enlighet med Konkurrensverkets tolkning skulle strida mot allmänna rättssäkerhetsprinciper. Detta gäller särskilt eftersom det är fråga om att döma ut en upphandlingsskadeavgift, dvs. en form av straffavgift.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET***Bakgrund*

I en skrivelse, daterad den 8 juni 2009, hemställde Migrationsverket om regeringens medgivande att få underteckna ett förslag till avsiktsförklaring och efterföljande hyreskontrakt avseende nya lokaler på en fastighet som ägdes av Brinova Åstorp AB (Brinova). Lokalerna skulle efter fastighetsägarens ombyggnad användas som förvarslokaler. Regeringen biföll framställan den 24 september 2009. Migrationsverket och Brinova undertecknade den 21 juli 2010 en avsiktsförklaring om att påbörja projektering för ombyggnad av lokalerna för att anpassa dem till förvarsanläggning. Den 6 oktober 2010 träffade parterna ett såsom hyreskontrakt rubricerat avtal avseende lokalerna. I målet är ostridigt att avtalet utgör ett byggtreprenadkontrakt som omfattas av reglerna för offentlig upphandling i LOU och att avtalet inte föregåtts av föreskriven annonsering.

Konkurrensverket ansökte hos Förvaltningsrätten i Linköping om att Migrationsverket enligt 17 kap. 1 § 3 LOU skulle förpliktigas att betala upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten biföll ansökan. Migrationsverket överklagade domen hos Kammarrätten i Jönköping som i det nu överklagade avgörandet upphävde förvaltningsrättens dom och avlog Konkurrensverkets ansökan.

*Ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till reglerna om upphandlingsskadeavgift*

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010. Enligt övergångsbestämmelsen gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Bestämmelsen har utformats på motsvarande sätt som övergångsbestämmelsen vid införandet av LOU. Vid den reformen anförde regeringen i förarbetena (prop. 2006/07:128 del 1, s. 447) att en

Mål nr  
5766-12

upphandling får 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. Detta uttalande upprepas i förarbetena till den nu aktuella ändringen i lagstiftningen samtidigt som det läggs till att en otillåten direktupphandling får 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 (prop. 2009/10:180 del 1, s. 310 och 374).

#### *Frågan i målet*

Frågan i målet är om övergångsbestämmelsen ska tolkas så att upphandlingen ska anses ha påbörjats den 6 oktober 2010 när avtalet med Brinova ingicks eller redan genom de faktiska åtgärder för att möjliggöra avtalet som Migrationsverket vidtog innan bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft.

#### *Ändringsdirektivet och bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift*

Enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet) är medlemsstaterna skyldiga att införa bestämmelser som innebär att avtal om upphandling under vissa förutsättningar ska kunna förklaras ogiltiga. Medlemsstaterna är också skyldiga att införa bestämmelser om alternativa sanktioner i vissa fall när ett avtal får bestå trots att grund för ogiltighet föreligger. Ändringsdirektivet skulle ha varit genomfört senast den 20 december 2009, men som tidigare nämnts genomfördes det i svensk rätt först genom lagstiftning som trädde i kraft den 15 juli 2010. Ändringsdirektivet innehåller inga övergångsbestämmelser och inte heller några bestämmelser om när en upphandling ska anses ha påbörjats.

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift i 17 kap. 1 § 1 och 2 LOU infördes för att tillgodose ändringsdirektivets krav på alternativa sanktioner när ett avtal får bestå trots att grund för ogiltighet föreligger. Bestämmelsen i 17 kap. 1 § 3 är däremot inte en alternativ sanktion till ogiltighet enligt ändringsdirektivet utan en nationell reglering som infördes eftersom möjligheten att föra talan om ogiltighet inte ansågs tillräcklig när det gäller otillåtna direktupphandlingar (prop. 2009/10:180 del 1, s. 187 f.). Den aktuella övergångsbestämmelsen gäller såväl för upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling som för de samtidigt införda direktivstyrda ändringarna i LOU, däribland bestämmelserna om ogiltighet av avtal och om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 1 och 2.

#### *Högsta förvaltningsdomstolens bedömning*

För att uppnå en enhetlig rättstillämpning måste den nu aktuella övergångsbestämmelsen tolkas på samma sätt oavsett om de bestämmelser som den omfattar har införts för att tillgodose ändringsdirektivet eller för att reglera situationer av nationellt intresse som har samband med de direktivstyrda bestämmelserna. En sådan bedömning ligger också i linje med EU-domstolens uttalanden i mål C-28/95, Leur-Bloem (punkt 32).

Mot denna bakgrund och då LOU i stor utsträckning grundas på EU-direktiv finns starka skäl för att tolka övergångsbestämmelsen med utgångspunkt i EU-rätten. I avsaknad av en särskild reglering i ändringsdirektivet om när en upphandling ska anses ha påbörjats får frågan bedömas med ledning av praxis från EU-domstolen.

I mål C-337/98, Kommissionen mot Frankrike, konstaterade EU-domstolen att en upphandlande myndighets beslut beträffande den typ av förfarande som ska användas utgör en särskild fas i förfarandet. I denna fas definieras huvuddragen i förfarandet och den kan normalt endast inträffa i samband med att förfarandet inleds (punkt 36). EU-domstolen fann att det genom en protokollsanteckning från

ett möte framgick att ett avtal skulle slutas med ett visst bolag och att detta innebar att ett beslut om att använda ett förhandlat förfarande utan föregående uppmaning till anbudsgivning hade fattats senast vid detta möte (punkt 41).

I mål C-26/03, Stadt Halle, tog EU-domstolen ställning till vad som fordras för att ett upphandlingsförfarande ska ha nått det stadium då den upphandlande myndighetens beslut kan bli föremål för överprövning. Domstolen konstaterade att en ansökan om överprövning inte kan riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling (punkt 35). Men när det är fråga om en viljeyttring från den upphandlande myndighetens sida som har passerat detta förberedande stadium och kan få rättsverkningar är det möjligt för intresserade personer som på något sätt får kännedom om viljeyttringen att rikta en ansökan om överprövning mot viljeyttringen. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med en person är enligt domstolen en sådan viljeyttring (punkt 39).

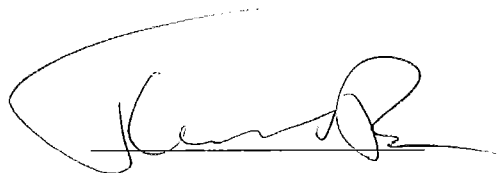
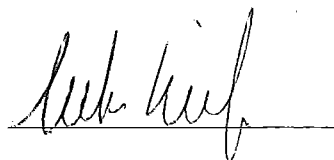
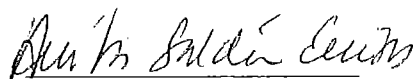
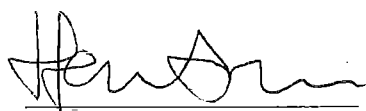
Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening bör den tidpunkt när en upphandling har påbörjats sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Av EU-domstolens avgörande i målet Stadt Halle framgår att denna tidpunkt inträffar när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling. Ett upphandlingsförfarande får därmed anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med extern part får anses vara en sådan utåtriktad åtgärd som innebär att upphandlingsförfarandet har påbörjats.

När det gäller den nu aktuella upphandlingen framgår det av Migrationsverkets skrivelse till regeringen den 8 juni 2009 att verket redan vid den tidpunkten hade tagit externa kontakter i fråga om den aktuella anskaffningen bl.a. i form av förhandlingar med den tilltänkta avtalsparten. Migrationsverket får härigenom



Mål nr  
5766-12

anses ha uttryckt sin vilja avseende anskaffningen på ett sådant sätt att beslutet har passerat stadiet då det är fråga om den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling. Detta innebär att Migrationsverkets upphandling har påbörjats före regleringens ikraftträdande. Även om det avtal som utgör grunden för ansökan har ingåtts därefter kan upphandlingsskadeavgift således inte påföras. Överklagandet ska därför avslås.



I avgörandet har deltagit justitieråden Henrik Jermsten, Kristina Ståhl, Anita Saldén Enérus, Christer Silfverberg och Thomas Bull.

Målet har föredragits av justitiesekreteraren Anneli Berglund Creutz.



**KAMMARRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Avdelning 2

**DOM**

2012-09-26

Meddelad i Jönköping

**KLAGANDE**

Migrationsverket  
601 70 Norrköping

**MOTPART**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 14 februari 2012 i  
mål nr 3834-11, se bilaga A

**SAKEN**

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

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Konkurrensver-  
kets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Klaganden/ombudet  
 Motparten/ombudet  
 Försäkringskassan  
 Förvaltningsrätten  
 Socialstyrelsen

För kännedom  
 För åtgärd  
 För delgivning

Dok.Id 126346

Postadress  
Box 2203  
550 02 Jönköping

Besöksadress  
Slottsgatan 5

Telefon  
036-15 68 00 (vx)  
E-post: [kammarrattenijonkoping@dom.se](mailto:kammarrattenijonkoping@dom.se)  
[www.kammarrattenijonkoping.domstol.se](http://www.kammarrattenijonkoping.domstol.se)

Telefax  
036-16 19 68

Expeditionstid  
måndag – fredag  
08:00-16:00

### YRKANDEN M.M.

Migrationsverket yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, i första hand avvisar Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift och i andra hand beslutar om en lägre upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket motsätter sig bifall till överklagandet.

### VAD PARTERNA ANFÖRT

#### *Migrationsverket*

Reglerna om upphandlingsskadeavgift är inte tillämpliga på Migrationsverkets upphandling av ombyggnation av försvarsenheten Åstorp, eftersom denna påbörjades före ikraftträdandet av reglerna om upphandlingsskadeavgift. Det har inte ifrågasatts att Migrationsverket påbörjade förhandlingarna med Brinova AB före de aktuella reglernas ikraftträdande den 15 juli 2010. Av det regeringsbeslut den 24 september 2009 och det beslut av Länsstyrelsen i Skåne län den 11 mars 2010 som åberopades i förvaltningsrätten framgår att förhandlingarna med Brinova AB avseende förvaret i Åstorp redan då var långt framskridna. För att ytterligare tydliggöra detta åberopas den hemställan, daterad den 8 juni 2009, om regeringens medgivande till att underteckna förslag till avsiktsförklaring med efterföljande hyresavtal, som utmynnade i ovan nämnda regeringsbeslut.

Förarbetsuttalandena till den aktuella övergångsbestämmelsen har tolkats felaktigt av Konkurrensverket och förvaltningsrätten. Uttalandena kan rimligen inte tolkas på annat sätt än att med *ett upphandlingsförfarande enligt lagen* avses "det anskaffningsförfarande som lett fram till den otil-låtna direktupphandlingen". I annat fall skulle uttalandet sakna betydelse, vilket inte kan ha varit meningen. Det måste således vara möjligt för en

upphandlande myndighet att föra bevisning om när en direktupphandling har påbörjats även om densamma är otillåten enligt LOU.

Enligt definitionen i 2 kap. 13 § LOU avses med offentlig upphandling de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster, eller byggentreprenader. Enligt ordalydelsen omfattar begreppet offentlig upphandling således alla upphandlingar som genomförs av en upphandlande myndighet, dvs. även sådana som senare bedöms ha genomförts på ett otillåtet sätt.

I detta fall har Migrationsverket under flera år före avtalstecknandet vidtagit åtgärder i syfte att teckna kontrakt med Brinova AB avseende ombyggnation och förhyrning av förvaret i Åstorp. Dessa åtgärder har inneburit en sådan viljeyttring från Migrationsverkets sida som en leverantör hade kunnat rikta en ansökan om överprövning mot (se EU-domstolens dom i mål C-26/03 [Stadt Halle] punkt 39). Det är uppenbart att en upphandling måste anses ha påbörjats om en ansökan om överprövning kan riktas mot densamma. Det är även av denna anledning orimligt att anse att upphandlingen påbörjats först när avtalet med Brinova AB slöts.

Vad gäller upphandlingsskadeavgiftens storlek kan Konkurrensverkets beräkningsmodell inte anses utgöra en relevant rättskälla eller läggas till grund för beräkningen. En sådan beräkningsmodell kan inte anses vara proportionell och likabehandlande. Det utdömda beloppet är orimligt högt.

*Konkurrensverket*

Förvaltningsrätten har tillämpat övergångsbestämmelsen till reglerna om upphandlingsskadeavgift på ett korrekt sätt. Begreppet ”otillåten direktupphandling” förekommer endast i förarbetena och saknar – till skillnad från begreppet ”direktupphandling” – en legaldefinition. För att det ska vara fråga om ett upphandlingsförfarande enligt lagen måste den upphandlande myndigheten innan avtalet ingås ha påbörjat något av de i lagen angivna upphandlingsförfarandena. Migrationsverket har inte påbörjat något av dessa förfaranden innan avtalet med Brinova AB slöts den 6 oktober 2010.

Det är ytterst tveksamt om en otillåten direktupphandling någonsin skulle kunna anses påbörjad enligt lagen vid en tidigare tidpunkt än avtalets ingående. Ett påbörjat ”förfarande” som leder till att en otillåten direktupphandling i strid med LOU genomförs, kan inte vara ett upphandlingsförfarande enligt lagen. Det ligger i sakens natur att ett visst handlande inte samtidigt kan vara i strid med och i enlighet med lagen. Det senare ledet i de aktuella förarbetsuttalandena kan därför inte rimligen tjäna som ledning för rättstillämpningen i fråga om den aktuella övergångsbestämmelsen.

Migrationsverkets anskaffning skedde helt vid sidan av LOU, eftersom verket ansåg att avtalet var ett hyreskontrakt som överhuvudtaget inte omfattas av tillämpningsområdet för LOU. Därför kan inte något upphandlingsförfarande som omfattas av LOU anses ha påbörjats innan avtalet ingicks i oktober 2010.

Nationella domstolars skyldighet att tolka nationell rätt som genomför EU-direktiv på ett direktivkonformt sätt gäller alla nationella bestämmelser, även sådana som inte tillkommit specifikt för att genomföra EU-direktiv och vare sig de har antagits före eller efter det aktuella direktivet. Denna skyldighet gäller även nationella övergångsbestämmelser, vilket innebär att den nationella domstolen i den utsträckning det är möjligt ska tolka över-

gångsbestämmelser så att det aktuella EU-direktivet ges full effekt. Ändringarna i rättsmedelsdirektiven genom direktiv 2007/66/EG, som låg till grund för 2010 års ändringar i LOU och i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) skulle ha genomförts i medlemsstaterna senast den 20 december 2009. Ett av de absolut viktigaste ändamålen med dessa ändringar var att tillskapa effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar. 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 och LUF (överprövning av avtals giltighet och upphandlingsskadeavgift) skulle det innebära en avsevärd fördröjning av genomförandet av ändringarna i rättsmedelsdirektiven, i strid med Sveriges förpliktelser gentemot unionen. Skyldigheten att tolka övergångsbestämmelsen i LOU och LUF så att syftet med ändringarna i rättsmedelsdirektiven inte förfelas eller försenas, föreligger således trots att det saknas bestämmelser i dessa direktiv som anger hur övergångsbestämmelser till nationella regler som genomför direktiven ska tillämpas och tolkas.

Övergångsbestämmelsen måste tillämpas på samma sätt avseende samtliga otillåtna direktupphandlingar. Det finns inte utrymme i gällande rätt för att tillämpa övergångsbestämmelsen på så sätt att en och samma otillåtna direktupphandling anses påbörjad vid olika tidpunkter beroende på om frågan uppkommer i ett mål om överprövning av avtals giltighet enligt 16 kap. LOU eller i ett mål om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. LOU. EU-rättens krav på tolkning av nationella övergångsbestämmelser som genomför direktiv får således avgörande betydelse för tolkningen av övergångsbestämmelsen även i detta mål, trots att upphandlingsskadeavgift enligt i målet aktuell bestämmelse inte är en följd av skyldigheten enligt rättsmedelsdirektiven. I annat fall skulle reglerna om ogiltighet vid otillåtna direktupphandlingar – ett rättsmedel som är obligatoriskt att införa enligt EU-direktiven – inte få det tidsmässiga genomslag som krävs enligt EU-domstolens rättspraxis.

Domstolarna är således – i mål om överprövning av avtals giltighet och i mål om upphandlingsskadeavgift – skyldiga enligt unionsrätten att tillämpa övergångsbestämmelsen på så sätt att avtalstidpunkten avgör när en otillåten direktupphandling anses påbörjad.

EU-domstolens dom i Stadt Halle behandlar inte den fråga som är aktuell i detta mål, utan rör frågan om vilka beslut i samband med en upphandling som måste kunna bli föremål för överprövning. De motiv och skyddsändamål som föranledde EU-domstolens uttalanden i det målet står dessutom i direkt motsats till det intresse som Migrationsverket gör gällande, nämligen att upphandlande myndigheter som genomfört otillåtna direktupphandlingar ändå ska kunna undgå ansvar.

I stället följer det av EU-domstolens domar i målen C-337/98, Kommissionen mot Frankrike, och C-138/08, Hochtief, att ingripande med stöd av nya regler får ske mot åtgärder som utförts av en upphandlande myndighet efter att de nya reglerna har trätt i kraft. I båda fallen hade det beslut av den upphandlande myndigheten som var föremål för talan fattats före utgången av fristen för att genomföra det aktuella direktivet. Direktivets bestämmelser var därför av rättssäkerhetsskäl inte tillämpliga.

Konkurrensverket saknar möjlighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift gentemot beslut eller åtgärder som upphandlande myndighet vidtar innan avtal har slutits. Det är avtalets ingående som är den ”straffbara gärningen”.

Den avgörande tidpunkten enligt svensk rätt 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 inträffar 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).

Om kammarrätten trots detta skulle komma fram till att Migrationsverket har påbörjat ett upphandlingsförfarande enligt LOU innan avtalet ingicks, är det av vikt för ledning av rättstillämpningen att kammarrätten anger vid vilken tidpunkt detta påbörjades, liksom skälen till valet av just den tidpunkten.

När det gäller upphandlingsskadeavgiftens storlek har det betydelse att Konkurrensverkets avgiftsmodell innehåller ett mätbart moment. Därutöver beaktas i modellen samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet. Avtalets ekonomiska värde är det enskilt viktigaste måttet på hur allvarlig en otillåten direktupphandling typiskt sett är. Det finns inga omständigheter i detta fall som kan leda till ett lägre sanktionsvärde.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

#### *Bakgrund*

Parterna är överens om att det avtal som slöts mellan Migrationsverket och Brinova AB den 6 oktober 2010 utgör ett byggtreprenadkontrakt som omfattas av reglerna för offentlig upphandling enligt LOU. Det är inte heller ifrågasatt att Migrationsverket har ingått avtalet utan en enligt LOU föreskriven föregående annonsering.

En första fråga som kammarrätten har att ta ställning till, är huruvida reglerna om upphandlingsskadeavgift ska tillämpas i målet.



*Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och förarbetsuttalanden i anslutning till dessa*

Möjligheten att påföra upphandlande myndigheter en upphandlingsskadeavgift i vissa fall infördes – tillsammans med möjligheten att i vissa fall ogiltigförklara avtal – genom regler som trädde i kraft den 15 juli 2010 (SFS 2010:571).

Reglerna innebar bl.a. ett genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet) i svensk rätt. Ändringsdirektivet skulle enligt dess artikel 3 genomföras i medlemsstaterna senast den 20 december 2009.

Upphandlingsskadeavgiften infördes, i enlighet med ändringsdirektivet, i bl.a. LOU som en alternativ sanktion till ogiltigförklaring av avtal som genom beslut av domstol får bestå trots bristande iakttagelse av en avtalspär (17 kap. 1 § 1 LOU) eller på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (17 kap. 1 § 2 LOU).

Därutöver infördes i svensk lagstiftning en möjlighet att påföra upphandlande myndigheter upphandlingsskadeavgift även vid så kallad otillåten direktupphandling (17 kap. 1 § 3 LOU). Skälet härtill uppges i förarbetena vara att möjligheten att föra talan om ogiltighet i dessa fall inte är tillräckligt och därför behöver kompletteras med en möjlighet att påföra sanktion i form av upphandlingsskadeavgift. Det kan vidare antas att leverantörer i viss utsträckning har mindre incitament att föra talan om ogiltighet i dessa fall än i de fall när en upphandling faktiskt har genomförts (prop. 2009/10:180 s. 188).

Avgörande för om otillåten direktupphandling ska anses föreligga är enligt förarbetena om tilldelning av kontrakt i strid med bestämmelserna i LOU och LUF skett utan föregående offentliggörande av upphandlingen i fråga. Det innebär exempelvis att i de fall förhandlat förfarande utan föregående annonsering genomförts, trots att det inte varit tillåtet, utgör det en form av otillåten direktupphandling varvid bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift kan aktualiseras (a. prop. s. 188).

Förutsättningarna för att besluta om upphandlingsskadeavgift i de avsedda fallen överensstämmer enligt förarbetena med förutsättningarna för ogiltigförklaring av avtal vid utebliven annonsering. Bestämmelsen tar sikte på att annonsering inte skett och inte på brister i utformningen av annonseringen. För bestämmelsens tillämpning fordras också att den upphandlande myndigheten har slutit ett civilrättsligt bindande avtal med en leverantör (a. prop. s. 366 f.).

Enligt övergångsbestämmelserna till reglerna om upphandlingsskadeavgift (SFS 2010:571) gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Beträffande övergångsbestämmelserna uttalas i förarbetena följande (a. prop. s. 310). En upphandling får 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.

*EU-domstolens domar angående frågan om när en upphandling ska anses påbörjad*

I EU-domstolens dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle, uttalas bl.a. att varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling av tjänster som faller inom det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning oberoende av om denna åtgärd vidtas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande eller inte (punkt 34). Domstolen hänvisar till gällande rättspraxis enligt vilken bl.a. den upphandlande myndighetens beslut att inte inleda ett upphandlingsförfarande av den anledningen att kontraktet i fråga enligt dess mening inte faller inom tillämpningsområdet för de relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelserna, är det allra första beslutet som kan underkastas rättslig prövning (punkt 33). Domstolen konstaterar vidare att en ansökan om överprövning inte kan riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna övervägandena med sikte på en offentlig upphandling (punkt 35), men att en sådan ansökan kan riktas mot en viljeyttring från den upphandlande myndighetens sida angående ett kontrakt, så snart som denna yttring har passerat det stadium som avses i punkt 35 och kan ha rättslig verkan. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med en person utgör enligt domstolen en sådan viljeyttring (punkt 39).

I EU-domstolens dom den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, Kommissionen mot Frankrike, uttalar domstolen vidare att en upphandlande myndighets beslut beträffande den typ av förfarande som ska användas, och det eventuella behovet av att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för den offentliga upphandlingen i fråga, utgör en särskild fas i förfarandet (punkt 36). Den allmänna princip som fastställts genom tidigare rättspraxis – att gemenskapsrätten inte medför någon

skyldighet för en upphandlande myndighet att på begäran av en enskild ingripa i bestående rättsförhållanden som kommit till stånd före utgången av fristen för att införliva det direktiv som åberopats till stöd för begäran – ska enligt domstolen tillämpas på samtliga faser i ett upphandlingsförfarande, vilka avslutats före utgången av införlivandefristen men som utgör del av ett förfarande som avslutats efter nämnda datum. Det skulle strida mot rättssäkerhetsprincipen om de regler som ska tillämpas bestämdes med hänsyn till dagen för tilldelning av kontraktet, eftersom den tidpunkten betecknar slutet på förfarandet, medan den upphandlande myndighetens beslut om huruvida föregående uppmaning till anbudsgivning ska ske normalt fattas i det inledande skedet av förfarandet (punkterna 39 och 40). Även om det i det aktuella fallet inte klart framgick att den upphandlande myndigheten formellt hade beslutat att använda ett förhandlat förfarande utan föregående uppmaning till anbudsgivning, framgick det dock av ett mötesbeslut i ett hos den upphandlande myndigheten fört protokoll att avtal skulle slutas med en viss leverantör. Domstolen ansåg att den upphandlande myndighetens beslut att använda ett förhandlat förfarande utan föregående uppmaning till anbudsgivning hade fattats senast vid tidpunkten för mötesbeslutet i fråga, och långt före utgången av fristen för att införliva det i målet aktuella direktivet. Direktivet i fråga ansågs följaktligen inte tillämpligt (punkterna 41 och 42).

I EU-domstolens dom den 15 oktober 2009 i mål C-138/08, Hochtief AG, som gäller frågan om ett i det målet aktuellt direktiv är tillämpligt på ett beslut av den upphandlande myndigheten att utesluta en av anbudsgivarna, hänvisar EU-domstolen till sitt uttalande i nyssnämnda mål (C-337/98, Kommissionen mot Frankrike).

*Kammarrättens bedömning*

Avgörande för frågan om bestämmelsen om upphandlingsskadeavgift i 17 kap. 1 § 3 LOU är tillämplig i målet är alltså vid vilken tidpunkt den i målet aktuella upphandlingen påbörjats. Enligt Konkurrensverket ska upphandlingen anses ha påbörjats först vid tidpunkten för avtalets ingående – och således efter bestämmelsens ikraftträdande – medan Migrationsverket har gett in handlingar – bl.a. en begäran om medgivande till förhyrning av de i målet aktuella fastighetslokalerna ställd till regeringen den 8 juni 2009 – som enligt dess mening visar att upphandlingen påbörjats långt tidigare.

Bestämmelser som anpassats till unionsrätten ska enligt effektivitetsprincipen tolkas och tillämpas på ett sätt som inte äventyrar unionsrättens fulla genomslag i nationell rätt (se bl.a. EU-domstolens dom den 17 juli 1997 i mål C-28/95, Leur-Bloem).

Bestämmelsen om upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling har inte tillkommit för att genomföra ändringsdirektivet, men den har införts i anslutning till de direktivstyrda bestämmelserna i samma paragraf. Förutsättningarna för att besluta om upphandlingsskadeavgift i ett sådant fall överensstämmer vidare med förutsättningarna för att i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet ogiltigförklara avtalet under motsvarande situation (se bl.a. prop. 2009/10:180 s. 367 f.). Ett sådant ogiltigförklarande regleras av bestämmelser som har införts i enlighet med ändringsdirektivet, vilket skulle ha införlivats i svensk lagstiftning senast den 20 december 2009.

Den i målet aktuella bestämmelsen om upphandlingsskadeavgift ska således tolkas i överensstämmelse med unionsrätten. Det saknas anledning att se annorlunda på övergångsbestämmelsen till densamma.

EU-domstolen har i mål C-26/03, Stadt Halle, slagit fast när en offentlig upphandling ska anses som påbörjad och därmed kan bli föremål för en ansökan om överprövning. Enligt kammarrättens mening bör frågan om när en offentlig upphandling ska anses som påbörjad inte bedömas på något annat sätt när det rör sig om en ansökan om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift.

Den allmänna unionsrättsliga principen att verkningar av ett direktiv på upphandlingsområdet inte kan göras gällande mot ett beslut av upphandlande myndighet som fattats före utgången av fristen för att införliva direktivet i fråga, gäller i förhållande till samtliga faser i ett upphandlingsförfarande, även om själva upphandlingsförfarandet avslutas efter den tidpunkten. Ett beslut att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering utgör en särskild fas i upphandlingsförfarandet. Det skulle strida mot rättssäkerhetsprincipen om de regler som skulle tillämpas för ett ingripande mot ett sådant beslut bestämdes med hänsyn till dagen för tilldelning av kontraktet. Det krävs inte att det i det aktuella fallet klart framgår vid vilken tidpunkt den upphandlande myndigheten beslutat att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det av omständigheterna framgår att så i vart fall har skett före den tidpunkt som är avgörande för vilka upphandlingsbestämmelser som ska tillämpas (Kommissionen./Frankrike).

Frågan blir om Migrationsverket gjort sannolikt att den aktuella upphandlingen påbörjats så långt före den 6 oktober 2010, att LOU:s regler om upphandlingsskadeavgift inte är tillämpliga.

I den av Migrationsverket åberopade begäran om medgivande enligt förordningen (1993:528) om statliga myndigheters lokalförsörjning, ställd till regeringen den 8 juni 2009, uppges bl.a. att Migrationsverket har för avsikt att förhyra nya lokaler i en fastighet i Åstorps kommun efter fastighetsägarens ombyggnation av densamma, att den aktuella fastigheten ägs av

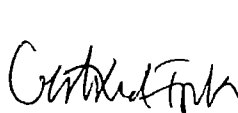
Brinova Åstorp AB, att samtal pågår om att statliga Specialfastigheter Sverige AB ska överta fastigheten, att den beräknade kostnaden för ombyggnationen av lokalen är 48 miljoner kronor samt att fastighetsägaren under förhandlingarna ställt krav på motprestation i form av att verket och fastighetsägaren tillsammans skriver en avsiktsförklaring som syftar till att parterna träffar avtal om att Migrationsverket ska hyra lokalerna i fastigheten i tio år. Till begäran har bifogats bl.a. förslag till avsiktsförklaring samt kopia på utkast till hyresavtal.

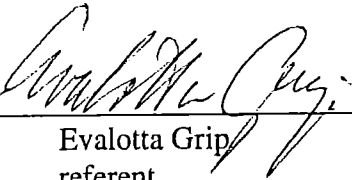
Kammarrätten finner mot denna bakgrund att Migrationsverket har gjort sannolikt att verket åtminstone den 8 juni 2009 hade vidtagit sådana åtgärder, i form av förhandlingar med den blivande avtalsparten, som innebar att ett upphandlingsförfarande hade påbörjats. Den aktuella upphandlingen ska således anses ha påbörjats såväl före den 15 juli 2010, då bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde ikraft, som före utgången av tidsfristen för genomförandet av det direktiv som ligger till grund för de aktuella bestämmelserna.

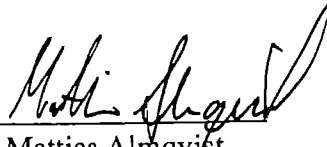
Med hänsyn härtill saknas det förutsättningar för att tillämpa bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverkets ansökan ska därför avslås.

---

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

  
Gertrud Forkman

  
Evalotta Grip  
referent

  
Mattias Almqvist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2012-02-14  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
3834-11  
Enhet 2

**SÖKANDE**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

Aktbilaga 10

**MOTPART**

Migrationsverket  
601 70 Norrköping

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förpliktar Migrationsverket att betala 5 500 000 kr i upphandlingsskadeavgift.



**YRKANDEN M.M.**

Konkurrensverket ansöker i en handling som kom in den 20 juni 2011 om att Migrationsverket enligt 17 kap. 1 § 3. LOU ska förpliktas att till staten betala 5 500 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Migrationsverket bestrider ansökan och yrkar i första hand att förvaltningsrätten avvisar ansökan och i andra hand att rätten beslutar om en lägre upphandlingsskadeavgift.

**PARTERNAS GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN**

**Konkurrensverket**

Migrationsverket har brutit mot LOU genom att myndigheten den 6 oktober 2010 utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU slutit ett byggtreprenadavtal med Brinova Åstorp AB (nedan Brinova) om utförande av ombyggnation av hyreslokal enligt krav som ställts upp av Migrationsverket. Det ingångna avtalet uppgår till ett värde om åtminstone 68 850 000 kr och skulle rätteligen ha föregåtts av ett annonserat upphandlingsförfarande enligt reglerna i LOU. Eftersom så inte har skett, utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

*Bakgrund*

Den i målet aktuella affären mellan Migrationsverket och Brinova avser ombyggnationsarbeten i och uthyrning av en förvarsanläggning i Åstorps kommun. Ett förvar är en anläggning för inhysning av personer som är frihetsberövade enligt utlänningslagen (2005:716).

Den 21 juli 2010 undertecknades ett dokument benämnt "Överenskommelse" av Migrationsverket och Brinova. Av överenskommelsen framgår bl.a. följande. Parterna ska inleda ett projekt som innebär att de förhandlar och når överenskommelse om ett hyreskontrakt avseende Migrationsverkets

förhyrning av hyresobjekt inom fastigheten Åstorp Bulten. Den slutliga utformningen av hyresobjektet är föremål för arbete inom en projektgrupp som parterna jämte tilltänkt entreprenör deltar i. Parterna ska bilda en projektgrupp som ska garantera att Migrationsverket ges god insyn i projekteringen och upphandlingen av rivningsarbetena. Migrationsverket svarar gentemot Brinova för utlägg och kostnader hänförliga till projekteringen av hyresobjektet och för överenskomna och erforderliga rivningsarbeten inom fastigheten. Om projektet upphör, ska Migrationsverket mot faktura ersätta nedlagda och upparbetade kostnader och utlägg hänförliga till projektet samt svara för utlägg och kostnader hänförliga till återställande av hyresobjektet till ursprungligt skick före rivningsarbetena. Aktierna i Brinova ska överlåtas till Specialfastigheter AB samtidigt som Migrationsverket tillträder hyresobjektet.

Den 6 oktober 2010 undertecknades ett avtal benämnt "Hyreskontrakt för lokal" av Migrationsverket och Brinova. Av avtalet framgår bl.a. följande. Migrationsverket ska fr.o.m. den 1 april 2011 och tio år framåt hyra lokaler på fastigheten Bulten 2 i Åstorp med gatuadress Malmövägen 7. Hyreskontraktet förlängs därefter med fem år i taget om det inte sägs upp minst 24 månader innan utgången av respektive hyrestid. I avsnittet "Lokalens användning", anges att lokalen med tillhörande utrymmen hyrs ut för att användas till förvarsanläggning. Migrationsverket hyr ensamt hela lokalen. Migrationsverket ska betala en grundhyra om 2 016 000 kr per år exklusive mervärdesskatt till Brinova. Därutöver ska Migrationsverket betala en tilläggshyra till Brinova som är baserad på angivna krav på hyresgäst Anpassning om 6 885 000 kr per år exklusive mervärdesskatt.

*Det ingångna avtalet är ett byggentreprenadkontrakt*

Det framgår av avtalet den 6 oktober 2010 med tillhörande bilagor och den överenskommelse som föregick avtalet, att Migrationsverket har deltagit aktivt i projekteringen av arbetena med hyresgäst Anpassningen och att an-

passningen utförs enligt långtgående krav och anvisningar från Migrationsverket. Det är tydligt att arbetena ska täcka behov som Migrationsverket specificerat och att dessa arbeten genomförts efter myndighetens krav och anvisningar på ett sådant sätt som avses i 2 kap. 3 § LOU. Migrationsverkets krav och anvisningar går längre än en hyresgästs vanliga krav på anpassning av lokaler. Det är myndigheten som står kostnaden för ombyggnadsarbetena genom ett tillägg på hyran under tio år. Av kontraktet framgår vidare att den del av hyran som avser ersättning för hyresgästpassningen (6 885 000 kr per år) är betydligt högre än den del som rör grundhyran (2 016 000 kr per år). Den aktuella ersättningsmodellen visar att det huvudsakliga syftet med avtalet är ombyggnadsarbetena, och inte hyran. Avtalet den 6 oktober 2010 är vid dessa förhållanden att betrakta som ett byggentreprenadkontrakt. Hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU är inte tillämpligt i detta fall. Det har inte heller åberopats någon omständighet som medför att annonsering fick underlåtas med stöd av 4 kap. 5-8 §§ LOU. Avtalet skulle därmed enligt 1 kap. 2 § och 7 kap. 1 § LOU ha föregåtts av en annonserad upphandling. Värdet för kontraktet uppgår till 68 850 000 kr och överstiger således tröskelvärdet för byggentreprenader som år 2010 uppgick till cirka 48 miljoner kr. Upphandlingen skulle därför rätteligen ha handlagts enligt de direktivstyrda delarna i LOU och annonserats i Europeiska unionens tidning och i elektronisk form i databasen Tenders Electronic Daily. Något sådan annonsering har inte skett. Avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

*Övergångsbestämmelserna till 17 kap. LOU*

En otillåten direktupphandling får, enligt förarbetsuttalanden (prop. 2009/10:180 s 310 och 374), 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. Det ligger i sakens natur att ett förfarande inte samtidigt kan vara i strid med och i enlighet med lagen. Det senare ledet i förarbetsuttalandet att "... om inte myndigheten kan visa

att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt...“ får därför närmast betraktas som en anomali som inte rimligen kan tjäna som ledning för rättstillämpningen ifråga om den aktuella övergångsbestämmelsen. Det aktuella avtalet slöts den 6 oktober 2010. Vid denna tidpunkt uppstod avtalsparternas inomkontraktuella rättigheter och förpliktelser avseende byggentreprenaden. Eftersom avtalet således har ingåtts efter den 15 juli 2010, gäller LOU i dess nuvarande lydelse.

De åtgärder som Migrationsverket och andra instanser har vidtagit dessförrinnan i syfte att möjliggöra att avtalet ingicks är inte ett upphandlingsförfarande enligt lagen. Avtalet ingicks tvärtom under den felaktiga förutsättningen att det var ett "hyreskontrakt" som var undantaget från LOU:s tillämpningsområde. Avtalet har inte heller ingåtts genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, som Migrationsverket felaktigt har påstått. Det förfarandet får endast användas i de situationer som anges i 4 kap. 5-9 §§ LOU, vilket det inte är fråga om i detta fall. Det kan också framhållas att det materiella rättsläget i fråga om vad som utgör en otillåten direktupphandling inte har förändrats i och med 2010 års lagändringar. Migrationsverkets handlande har således varit förbjudet enligt LOU i lydelsen både före och efter den 15 juli 2010.

#### *Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiften. Denna metod bidrar till en enhetlighet och förutsebarhet vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Avtalets värde är också ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelse en otillåten direktupphandling typiskt sett är - ju högre avtalsbelopp är desto allvarligare bedöms överträdelsen vara. Att ha avtalets värde som utgångs-

punkt vid beräkningen av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för system med offentligrättsliga sanktionsavgifter i svensk rätt, där lagstiftaren har framhållit att avgiftsbelopp så långt som möjligt bör kunna utgå ifrån ett mätbart moment i överträdelsen som gör det möjligt att förutse och fastställa hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet.

Vad gäller beräkningen av avtalets värde ska beaktas att det totala belopp som ska betalas årligen under avtalets bundna tid om tio år uppgår, exklusive indexreglering, till totalt 8 901 000 kr (2 016 000 + 6 885 000) för hyra och hyresgästanpassning. Därtill ska enligt 3 kap. 3 § LOU läggas vad som ska betalas under förlängningsklausulens löptid. Till kontraktsvärdet ska således läggas en årlig grundhyra om åtminstone samma belopp som under den bundna kontraktstiden. Kontraktet reglerar emellertid inte hur tilläggshyran avseende kostnaden för hyresgästanpassningen ska behandlas vid en eventuell förlängning. Kontraktsvärdet skulle kunna anses uppgå till 8 901 000 kr per år under en obestämd tid. Konkurrensverket anser emellertid att det, vid bedömningen av avtalets värde i ett mål om upphandlingsskadeavgift, bör tas hänsyn till avtalets konstruktion, hur modellen för ersättning har utformats samt parternas förmodade avsikt i fråga om de ersättningar som ska betalas enligt avtalet. Det bör också vara av betydelse huruvida fullgörandet av avtalets olika delar kan separeras från varandra. I detta fall får avtalets förlängningsklausul anses åsyfta en förlängning av hyresdelen av avtalet och inte ytterligare ersättning för kostnaderna för byggentreprenaden. Kostnaderna för utförandet av hyresgästanpassningen torde rimligtvis ha allokerats på de tio år som Migrationsverket är bundet av avtalet. Den del av avtalet som avser hyra går också i detta fall att avskilja från byggentreprenaden på ett sådant sätt att avtalets värde bör begränsas till den del som är hänförlig till entreprenaden. Konkurrensverket anser därför att avtalets värde ska beräknas till Migrationsverkets kostnad för hyresgästanpassningen. Avtalets värde uppgår då till 68 850 000 kr (6 885 000 kr per år i tio år).

Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och av den svenska lagstiftaren vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den högre delen av skalan. Avgiften bör enligt Konkurrensverkets mening i allmänhet kunna bestämmas till mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar där vare sig några förmildrande eller försvårande omständigheter därutöver är för handen, bör avgiften kunna ligga i mitten av den högre delen av skalan, det vill säga sju-åtta procent av avtalets värde. Även om den exakta gränsen mellan vad som utgör normala kund Anpassningar av en hyreslokal (och därmed är undantaget upphandlingsplikt enligt LOU) och en upphandlingspliktig byggtreprenad i vissa fall kan vara svår att dra, kan den aktuella ombyggnationen av lokalerna inte sägas ligga i någon gråzon. Någon oklarhet vad gäller reglernas tillämplighet - som Migrationsverket påstått att det finns i detta fall - föreligger inte. Avtalet är ett klart fall av en otillåten direktupphandling. Det har inte framkommit några omständigheter kring den aktuella överträdelserna av vare sig förmildrande eller försvårande karaktär. En upphandlingsskadeavgift om 5 500 000 kr utgör knappt åtta procent av avtalets värde. Den yrkade avgiften är enligt Konkurrensverkets mening en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelserna.

#### **Migrationsverket**

Reglerna om upphandlingsskadeavgift är inte tillämpliga på Migrationsverkets upphandling av ombyggnation av förvarsenheten i Åstorp, eftersom denna påbörjades före de aktuella reglernas ikraftträdande. För det fall förvaltningsrätten anser att reglerna om upphandlingsskadeavgift är tillämpliga i förevarande fall, är det yrkade beloppet om 5 500 000 kr orimligt högt.

Med beaktande av att en otillåten direktupphandling anges vara för handen "när ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU", får det anses stå klart att en myndighet kan visa att "ett upphandlingsförfarande enligt lagen" rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt, även om upphandlingen inte har annonserats. Migrationsverket kan i detta sammanhang konstatera att förhandlat förfarande utan föregående annonsering - eller direktupphandling - är "ett upphandlingsförfarande enligt lagen".

Migrationsverket fick i september 2009 regeringens medgivande till att underteckna förslag till avsiktsförklaring med efterföljande hyresavtal avseende ett förvar i Åstorps kommun. Upphandlingen påbörjades betydligt tidigare än så. Av beslut från Länsstyrelsen i Skåne län framgår bl.a. att kommunfullmäktige i Åstorps kommun den 28 september 2009 beslutade att anta detaljplan avseende fastigheten Bulten 2 i syfte att Migrationsverket ska kunna inrätta en förvarsanläggning. Dessa handlingar visar att verket redan vid den tidpunkten hade kommit långt i förhandlingarna med Brinova avseende förvaret i Åstorp. Ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering - eller med andra ord "ett upphandlingsförfarande enligt lagen" - har rent faktiskt påbörjats före den 15 juli 2010. Att det inte har funnits förutsättningar för att tillämpa detta förfarande och att det bedöms varit otillåtet, kan med beaktande av förarbetsuttalanden rimligen inte påverka bedömningen av när upphandlingen ska anses påbörjad. Reglerna om upphandlingsskadeavgift är därmed inte tillämpliga, varför ansökan om upphandlingsskadeavgift ska avvisas.

För det fall förvaltningsrätten ändå anser att reglerna om upphandlingsskadeavgift är tillämpliga, anser Migrationsverket att den yrkade avgiften är orimligt hög. Den oklarhet vad gäller reglernas tillämplighet som ändå måste anses föreligga i förevarande fall, ska rimligen anses vara en för mildrande omständighet som inverkar sänkande på avgiften.

### SKÄLEN FÖR RÄTTENS AVGÖRANDE

Av 17 kap. 1 § punkten 3 LOU framgår att förvaltningsrätten 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 bland annat 7 kap. 1 § LOU.

Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får emellertid inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Enligt 17 kap. 5 § första stycket LOU ska vid fastställande av upphandlings-skadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Av lagens förarbeten framgår beträffande överträdelsens sanktionsvärde bl.a. följande. Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Det bör dock erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Syftet med förslaget är att ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Som framgått tidigare anses otillåtna direktupphandlingar exempelvis vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Om det däremot i visst fall är oklart i rättspraxis huruvida en viss vara eller tjänst ska upphandlas och någon upphandling inte har skett, bör sanktionsvärdet anses relativt lågt just i det fallet, trots att det konstateras att upphandlingsbestämmelserna skulle ha iakttagits. [...] Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde (prop. 2009/10:180 s 197). – I specialmotiveringen till 17 kap. 5 § LOU uttalas bl.a. följande. Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlings-skadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvärande som förmildrande omständigheter. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. (a.a. s 369 – 370).



**Förvaltningsrättens bedömning**

*Omfattas avtalet den 6 oktober 2010 av LOU?*

Konkurrensverket har anfört att det avtal som slutits mellan Migrationsverket och Brinova den 6 oktober 2010 är att betrakta som ett byggtreprenadkontrakt enligt 2 kap. 3 § LOU och att det omfattas av förfarandereglerna i LOU. Migrationsverket har inte ifrågasatt den uppfattningen.

LOU gäller för bl.a. offentlig upphandling av byggtreprenader, men däremot inte för kontrakt som avser hyresrätt, se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU. Av förarbetena till 1 kap. 6 § (prop. 2006/07:128 s 290 f) framgår bl.a. att som byggtreprenad avses fall där en myndighet som behöver lokaler i stället för att låta uppföra en byggnad på egen mark låter ett byggföretag uppföra en byggnad efter myndighetens anvisningar på mark som inte ägs av myndigheten för att sedan förvärva fastigheten med den uppförda byggnaden. Samma sak gäller när en myndighet som avser att hyra lokaler och som i stället för att först göra det och sedan låta bygga om dem uppdrar åt fastighetsägaren att låta utföra ombyggnaden efter myndighetens anvisningar och sedan hyra lokalerna. Dessa fall omfattas av lagens bestämmelser om offentlig upphandling.

Avtalet mellan Migrationsverket och Brinova har visserligen betecknats som hyreskontrakt. Den årliga grundhyran uppgår dock endast till 2 016 000 kr vilket ska jämföras med att 6 885 000 kr årligen avser vad som betecknas som hyresgäst Anpassning. Det sistnämnda innefattar relativt omfattande bygg- och markarbeten och som ska göras efter Migrationsverkets krav. Mot bakgrund av detta och det som i övrigt framkommit om avtalets utformning och innehåll bedömer förvaltningsrätten att avtalet är att betrakta som ett byggtreprenadskontrakt enligt 2 kap. 3 § LOU. Reglerna i LOU är därför tillämpliga på tilldelningen av kontraktet.

Enligt 7 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5–8 §§. I dessa bestämmelser regleras när en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det gäller bl.a. vid tilldelning av byggtreprenadkontrakt vid synnerlig brådska och vid komplettering eller upprepning av sådana kontrakt.

Migrationsverket har inte åberopat någon omständighet som medför att annonsering fick underlätas med stöd av 4 kap. 5-8 §§ LOU. Förvaltningsrätten kan inte heller se att det skulle ha förelegat någon sådan undantagssituation. Tilldelningen av kontraktet borde därför ha föregåtts av en annonserad upphandling i enlighet med 7 kap. 1 § LOU. Eftersom det inte skett, utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

*Är bestämmelserna i 17 kap. LOU tillämpliga?*

Nästa fråga att pröva gäller om den otillåtna upphandlingen påbörjades före eller efter den 15 juli 2010. Reglerna om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. LOU trädde i kraft den 15 juli 2010 och gäller för upphandlingar som påbörjats efter ikraftträdandet. Huvudregeln när det gäller otillåten direktupphandling är enligt lagens förarbeten (prop. 2009/10:180 s 310) att upphandlingen får 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.

Inledningsvis bedömer förvaltningsrätten att de åtgärder som Migrationsverket och andra myndigheter har vidtagit i syfte att möjliggöra att avtalet ingicks inte kan anses utgöra ett led i ett upphandlingsförfarande enligt LOU. Det framgår vidare att berörda myndigheter och Migrationsverket uteslutande handlagt ärendet som om det gällde ett hyreskontrakt. Det finns inget i de handlingar som lämnats in i målet som visar att verket ens

övervägt annonsering eller övrigt upphandlingsförfarande enligt reglerna i LOU. Migrationsverket kan därmed inte anses ha påbörjat ett upphandlingsförfarande enligt LOU i syfte att ingå avtalet i enlighet med reglerna i LOU. Upphandlingen får därmed anses ha påbörjats först när avtalet mellan Migrationsverket och Brinova slöts, dvs. den 6 oktober 2010. Reglerna om upphandlingsskadeavgift i LOU är därför tillämpliga på den aktuella direktupphandlingen.

#### *Upphandlingsskadeavgiftens storlek*

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU.

Konkurrensverkets beräkning av det aktuella kontraktets värde har inte ifrågasatts av Migrationsverket. Enligt förvaltningsrättens mening kan Konkurrensverkets beräkning - som innebär en begränsning i tid till att endast omfatta den grundläggande tioåriga hyrestiden och som avgränsas till att innefatta Migrationsverkets kostnader för hyresgästanpassning - i vart fall inte anses leda till för högt värde. Beräkningen får också anses stå i överensstämmelse med reglerna om beräkning av kontraktsvärdet i 3 kap. 3 och 4 §§ LOU. Kontraktsvärdet ska således beräknas uppgå till 68 850 000 kr. Upphandlingsskadeavgiften ska därmed bestämmas inom intervallet 10 000 – 6 885 000 kr.

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Hänsyn kan bl.a. tas till hur klar överträdelsen kan anses vara, avtalstidens längd och värdet av kontraktet.

Förvaltningsrätten har tidigare konstaterat att Migrationsverkets hantering av byggtreprenadkontraktet är att betrakta som en otillåten direktupp-

handling. Det i sig bör ses om en omständighet som påverkar sanktionsvärdet i höjande riktning. Det kan vidare noteras att Migrationsverket inte hävdar att rättsläget i nu aktuellt avseende skulle ha varit oklart och enligt förvaltningsrättens mening finns inte heller stöd för att hävda annat än att det är fråga om en klar överträdelse. Det är dessutom både fråga om en relativt lång avtalstid och även högt kontraktvärde. Det har inte framkommit några förmildrande omständigheter som bör göra överträdelsen mindre allvarlig. Sanktionsvärdet får därför anses vara högt och avgiften bör bestämmas inom den övre delen av det tidigare angivna intervallet.

Med hänsyn till alla relevanta omständigheter bedömer förvaltningsrätten att det inte framkommit skäl att bestämma en lägre upphandlingsskadeavgift än den Konkurrensverket ansökt om, vilken motsvarar cirka åtta procent av kontraktsvärdet. Det saknas skäl att efterge avgiften. Migrationsverket ska således förpliktigas att till staten betala 5 500 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

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

  
Mats Edsgården

Föredragande har varit Stefka Bokmark.

## 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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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.