

Fråga i ett mål om upphandlingsskadeavgift om när upphandlingen ska anses ha påbörjats.

Lagrum:

17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; Ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2010:571) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG

Konkurrensverket ansökte i en handling som kom in förvaltningsrätten den 20 juni 2011 om att Migrationsverket enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, skulle förpliktas att till staten betala 5 500 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket anförde bl.a. följande. Migrationsverket har brutit mot LOU genom att myndigheten den 6 oktober 2010 utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU slutit ett byggentreprenadavtal med Brinova Åstorp AB (Brinova) om utförande av ombyggnation av hyreslokal enligt krav som ställts upp av Migrationsverket. Den aktuella affären avser en förvarsanläggning i Åstorps kommun för inhysning av personer som är frihetsberövade enligt utlänningslagen. 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.

Migrationsverket bestred ansökan och yrkade i första hand att förvaltningsrätten skulle avvisa ansökan och i andra hand att rätten skulle besluta om en lägre upphandlingsskadeavgift.

Förvaltningsrätten i Linköping (2012-02-14, ordförande Edsgården)
yttrade: Förvaltningsrättens bedömning – Omfattas avtalet den 6 oktober 2010 av LOU? – Konkurrensverket har anförts att det avtal som slutits mellan Migrationsverket och Brinova den 6 oktober 2010 är att betrakta som ett byggentreprenadkontrakt enligt 2 kap. 3 § LOU och att det omfattas av förfaranderegler i LOU. Migrationsverket har inte ifrågasatt den uppfattningen. – LOU gäller för bl.a. offentlig upphandling av byggentreprenader, 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 byggentreprenad 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 hyresgästpassning. 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 byggtreprenadkontrakt 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 underlåtas 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 påbörjades 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 hyresgästpassning – 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 upphandlingsavgiftens 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 direktupphandling. Det i sig bör ses som en omständighet som påverkar sanktionsvärdet i höjande riktning. Det kan vidare noteras att Migrationsverket inte hävdat 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 kontraktsvärde. 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. – Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förpliktar Migrationsverket att betala 5 500 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Migrationsverket överklagade förvaltningsrättens dom och yrkade att kammarrätten, med ändring av domen, i första hand skulle avvisa Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift och i andra hand besluta om en lägre upphandlingsskadeavgift. Migrationsverket anförde bl.a. följande. Reglerna om upphandlingsskadeavgift är inte tillämpliga på Migrationsverkets upphandling av ombyggnation av förvarsenheten Åstorp, eftersom denna påbörjades före ikraftträdandet av reglerna om upphandlingsskadeavgift. Det har inte ifrågasatts att Migrationsverket påbörjade förhandlingarna med Brinova 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 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.

Konkurrensverket motsatte sig bifall till överklagandet och anförde bl.a. följande. 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 slöts den 6 oktober 2010.

Kammarrätten i Jönköping (2012-09-26, Forkman, Grip, referent, Almqvist) yttrade: Parterna är överens om att det avtal som slöts mellan Migrationsverket och Brinova den 6 oktober 2010 utgör ett byggentreprenadkontrakt 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 avtalsspärr (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 lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster 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 – – (Kammarrättens redogörelse för EU-domstolens domar i målen C-26/03, Stadt Halle, C-337/08, Kommissionen mot Frankrike och C-138/08, Hochtief AG, här uteslutna) – – – 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. – Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket överklagade kammarrättens dom och yrkade att Högsta förvaltningsdomstolen skulle upphäva domen och återförvisa målet till kammarrätten för prövning av Migrationsverkets andrahandsyrkande. Konkurrensverket anförde bl.a. följande. 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 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 bestred bifall till överklagandet och anförde 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.

Högsta förvaltningsdomstolen (2013-05-17, Jermsten, Ståhl, Saldén Enérus, Silfverberg, Bull) yttrade:

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. 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 avslog 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 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 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.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

Mål nr 5766-12, föredragande Berglund Creutz

Rättsfall: EU-domstolens dom i mål C-337/98, Kommissionen mot Frankrike; EU-domstolens dom i mål C-26/03, Stadt Halle; EU-domstolens dom i mål C-28/95 Leur-Bloem.

Litteratur: prop. 2006/07:128 del 1, s. 447; prop. 2009/10:180 del 1, s. 187 f., 310 och 374.