

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

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

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 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

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.

Mål nr
5766-12

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.