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 Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

---

- [ ] Klaganden/ombudet
- [ ] Motparten/ombudet
- [ ] Försäkringskassan
- [ ] Förvaltningsrätten
- [ ] Socialstyrelsen
- [ ]

- [ ] För kännedom
- [ ] För åtgärd
- [ ] För delgivning
- [ ]



**Postadress** Box 2203, 550 02 Jönköping
**Besöksadress** Slottsgatan 5
**Telefon** 036-15 68 00 (vx)
**Telefax** 036-16 19 68
**E-post:** kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se
**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 förvarsenheten 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 otillåtna 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 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 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.



**Postadress**
Box 406
581 04 Linköping

**Besöksadress**
Brigadgatan 3

**Telefon**
013-25 10 00

**Telefax**
013-25 11 40

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

**Expeditionstid**
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

## 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 byggentreprenadavtal 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 hyresgästanpassning 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 hyresgästanpassningen 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 hyresgästanpassningen (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 dessförinnan 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 kundanpassningar av en hyreslokal (och därmed är undantaget upphandlingsplikt enligt LOU) och en upphandlingspliktig byggentreprenad 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 överträdelsen 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 överträdelsen.

**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 ändock 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 förmildrande 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 (upphandlingsskadeavgift), 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 upphandlingsskadeavgiftens 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 upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande 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 byggentreprenadkontrakt 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 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 hyresgästanpassning. 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 byggentreprenadskontrakt 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 byggentreprenadkontrakt 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 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 Migrationsverket hantering av byggentreprenadkontraktet 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 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.

**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.