



<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013-04-16	
Avd	84
Dnr	833/2011
KSnr	862 Aktbil II

**KLAGANDE**

Försvarets materielverk  
115 88 Stockholm

**MOTPART**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 25 juli 2012  
i mål nr 1281-12, se bilaga A

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

---

TRANSPORTATION	
00-00-0000	
	BYA
	BYA
BYA	BYA

### YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) yrkar i första hand att Konkurrensverkets ansökan avslås och i andra hand att avgiften sätts ned. Till stöd för sin talan åberopar FMV de grunder och omständigheter som har anförts hos förvaltningsrätten, dock frånfaller FMV den tidigare åberopade grunden att kriterierna varit uppfyllda för en korrekt tillämpning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt reglerna för tekniska skäl i 4 kap. 5 § första stycket 2 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Härutöver anføres bl.a. följande.

#### *Synnerlig brådska*

Den omständighet som Konkurrensverket har åberopat för att synnerlig brådska inte skulle ha förelegat är att FMV enligt Konkurrensverkets mening skulle ha haft tre år på sig att upphandla tjänsterna. Som framgår av FMV:s yttranden i förvaltningsrätten är detta påstående felaktigt. Konkurrensverket har därmed inte gjort sannolikt att tidsbristen inte var sådan att en direktupphandling av tjänsterna har varit nödvändig.

#### *Kompletterande tjänster*

Konkurrensverket har i förvaltningsrätten åberopat ett utdrag från Front End AB:s hemsida där bolaget uppger att det årligen utvecklas och levereras en ny version av Tactical Communications Tool, TCT. Vad som har framkommit genom den åberopade bevisningen kan förvisso vara besvärande för det ursprungliga avtalet från år 2002. Konkurrensverket har också åberopat att detta ursprungliga avtal har utgjort en otillåten direktupphandling. Denna åberopade omständighet kan dock inte leda till slutsatsen att avtalet den 26 januari 2011, som nu är föremål för prövning, inte kan ha föranletts av sådan oförutsedd brådska som omöjliggjort en upphandling enligt något av LOU:s annonserade förfaranden. Även om man hypotetiskt utgår från att det skulle ha skett ett antal otillåtna direktupphandlingar före det nu aktuella avtalet, kan detta förhållande i sig

svårligen leda till slutsatsen att det avtal som träffades år 2011 inte skulle ha föranletts av oförutsedda händelser. För att program av nu ifrågavarande slag ska kunna bibehålla sin användbarhet krävs ofta att viss löpande utveckling kontinuerligt sker. Den förändrade försvarsinriktningen år 2010 innebar att det kom att ställas helt nya funktionella krav på TCT och det var därför absolut nödvändigt att TCT med denna nya funktionalitet kunde driftsättas i försvaret under slutet av år 2011.

*Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.*

Enligt förarbetena utgör bestämmelserna i 3 kap. LOU endast utgångspunkt för beräkningen av kontraktsvärdet vid fastställande av upphandlingsskadeavgift. Det föreligger en betydande skillnad mellan det beräknade kontraktsvärdet på 2 927 000 kr och det verkliga kontraktsvärdet på 1 722 900 kr. Det kan ifrågasättas om det är förenligt med principerna om likabehandling och proportionalitet att en myndighet när det gäller den fakultativa upphandlingsskadeavgiften ska kunna påföras en sanktionsavgift som baseras på en affär som de facto inte har genomförts och inte heller kommer att genomföras. Ordningen innebär bl.a. att en myndighet som har använt alla optioner kommer att betala en avgift som är procentuellt mycket lägre i förhållande till köpeskillingen än en myndighet som inte har använt optionerna. En sådan ordning kommer inte heller att ge några incitament för upphandlande myndigheter att begränsa skadan genom att t.ex. inte utnyttja optioner i ett otillåtet direktupphandlat avtal. Härtill kommer att Konkurrensverket i senare ansökningar om upphandlingsskadeavgift inte har beaktat optioner när avgiftens storlek bestämts.

Konkurrensverkets beräkningsmodell, där det vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden regelmässigt yrkas avgift på mellan sju och åtta procent av kontraktsvärdet, innebär vidare att avgiften blir mer kännbar vid mindre och medelstora upphandlingar än vid upphandlingar som överstiger 100 miljoner kr. Om en modell överhuvudtaget ska användas vore det rimligare om utgångspunkten var fem procent och att detta värde

justerades upp eller ned beroende på överträdelsens art och övriga parametrar.

**Konkurrensverket** bestrider bifall till överklagandet och anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

*Bevisbördans placering*

Konkurrensverket ifrågasätter förvaltningsrättens rättsliga ställningstagande rörande bevisbördans placering. I mål om upphandlingsskadeavgift kan normalt två olika slags övergripande bevisteman aktualiseras; dels om något avtal har slutits utan föregående annonsering, dels om det föreligger sådana omständigheter som medfört att avtalet fått ingås utan föregående annonsering. Dessa bevisteman bör skiljas åt och FMV bör ha bevisbördan för det senare. Förvaltningsrätten har i sitt resonemang hänvisat till MD 2008:2 samt MÖD 2003:34. Till skillnad från avgiftssubjekten i dessa rättsfall utgör FMV en part som företräder det allmänna. I ärenden rörande konkurrensskadeavgift och miljöstraffavgift utgör avgiftssubjekten enskilda näringsidkare. Miljöstraffavgift kan därutöver åläggas även fysiska personer. I dessa mål har således hänsyn av rättssäkerhetskaraktär stor betydelse. Sådan hänsyn kan inte göras gällande med samma styrka i mål om upphandlingsskadeavgift där avgiftssubjekten uteslutande utgörs av företrädare för det allmänna. Vidare har Konkurrensverket inga befogenheter att med tvång säkra bevisning i ärenden enligt LOU. Detta är ytterligare en omständighet som talar för att de principer rörande bevisbördans placering som har kommit till uttryck i ovan nämnda rättsfall inte kan göras gällande med samma styrka i mål om upphandlingsskadeavgift enligt LOU.

Enligt såväl rättspraxis som förarbetsuttalanden är det den som gör gällande att direktupphandling får genomföras som har bevisbördan för att så är fallet. Det kan ifrågasättas om det verkligen är förenligt med unionsrätten och Högsta förvaltningsdomstolens praxis att i mål om

upphandlingsskadeavgift frånga rättsläget i denna fråga (jfr även placeringen av bevisbördan i mål om fördragsbrott i EU-domstolen). Ett avsteg från gällande rätt i denna fråga bör inte kunna ske med mindre än att det finns en uttrycklig reglering i lagtexten i 17 kap. LOU, vilket saknas. Under alla förhållanden framstår det som högst tveksamt att lagstiftaren i samband med införandet av reglerna om upphandlingsskadeavgift valt att avstå från att utrusta tillsynsmyndigheten med tvångsbefogenheter för att säkra bevisning och samtidigt förändrat gällande rätt rörande bevisbördans placering. En sådan förändring av rättsläget skulle i grunden försämra effektiviteten och ändamålet med reglerna om upphandlingsskadeavgift.

*Synnerlig brådska och kompletterande tjänster*

Konkurrensverket vidhåller i dessa delar vad som har anförts hos förvaltningsrätten. Konkurrensverket har dock gjort en felskrivning i ett av yttrandena i förvaltningsrätten där det anges att det ”fanns mer än tre år till att genomföra en upphandling enligt LOU av de aktuella tjänsterna (senast från och med senhösten 2010 till och med utgången av 2014)”. Den tid som åsyftas här ska rätteligen vara mer än fyra år.

*Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.*

Att lagstiftaren har föreskrivit tydliga regler för beräkningen av avtalets värde i mål om upphandlingsskadeavgift på så sätt som har skett – en uppskattad bruttoberäkning utifrån vad som är känt vid tidpunkten för kontraktstilldelningen eller avtalets ingående – framstår som naturligt. Om det i varje enskilt mål om upphandlingsskadeavgift skulle behöva utredas hur stort det ingångna värdet faktiskt kommit att bli, skulle domstolarna behöva avvakta med att pröva målen till dess att hela avtalet har löpt ut och en utredning om samtliga utbetalningar m.m. enligt avtalet skulle behöva förebringas domstolen. Detta ska jämföras med att Konkurrensverket har ett år på sig att ansöka om upphandlingsskadeavgift från det att avtal har ingåtts. Att det aktuella avtalet mellan FMV och Front End Strategy AB i

förevarande mål har löpt ut kan inte leda till slutsatsen att bestämmelserna i 17 kap. och 3 kap. LOU inte ska gälla.

Bestämmelserna i 3 kap. LOU om beräkningen av kontraktsvärdet vid offentliga upphandlingar har tillkommit för att det ska vara klart, tydligt och förutsebart och för att undvika att upphandlande myndigheter kringgå reglerna om tröskelvärden och direktupphandlingsgränsen. Upphandlande myndigheter ska på ett motsvarande sätt inte kunna kringgå reglerna om upphandlingsskadeavgift genom att i efterhand, under en pågående domstolsprocess, skriva ner värdet på ingångna avtal för att få ned avgiften. Hur tillsynsmyndigheten för sin talan i andra mål i andra domstolar binder inte kammarrätten vid den rättsliga prövningen i förevarande mål.

I förarbetena uttalas att avsikten inte är att upphandlingar till lägre värden proportionellt ska sanktioneras hårdare än upphandlingar som uppgår till mer betydande värden. Konkurrensverket vidhåller dock, på strikt matematisk grund, att lagstiftarens intentioner inte är möjliga att uppnå när det gäller upphandlingar som mer än marginellt överstiger ett värde av hundra miljoner kr. Eftersom det finns såväl ett maxbelopp som ett minimibelopp går det inte att uppnå proportionalitet mellan alla överträdelser vid bestämmande av avgiftens storlek. Den typ av överträdelse som är aktuell i detta fall torde vara en av de vanligaste formerna av otillåten direktupphandling. Konkurrensverkets erfarenhet är att det ofta förekommer att myndigheter gör slentrianmässiga upprepningsköp från befintliga leverantörer trots att inköpet borde ha föregåtts av en konkurrensutsättning. Konsekvenserna av dessa upprepade köp är att övriga leverantörer på obestämd tid helt och hållet utestängs från möjligheterna att erhålla avtal med myndigheten. Förutom de viktiga individualpreventiva aspekterna talar därför även starka allmänpreventiva hänsyn för att avgiften i detta mål sätts till ett relativt betydande belopp i förhållande till upphandlingens storlek.

FMV gemäler bl.a. följande.

*Bevisbördans placering*

Förvaltningsrättens bedömning att bevisbördan i mål om fakultativ upphandlingsskadeavgift ligger på Konkurrensverket är korrekt. En motsatt ståndpunkt hade varit att det ankommer på den som riskerar att påföras en straffavgift att styrka sin oskuld för att undgå denna avgift. Den praxis rörande omvänd bevisbörda som gäller när en leverantör väcker talan i mål om ogiltigförklaring av avtal är inte tillämplig när det allmänna väcker talan i mål om fakultativ upphandlingsskadeavgift.

*Synnerlig brådska*

Regeringens inriktningsbeslut i januari 2010 innebar en stor förändring av det svenska försvaret. Före omläggningen var försvaret fokuserat på internationella insatser som inte krävde så stora fältförband eller förmåga att genomföra mer omfattande strid mot en kvalificerad motståndare. I och med beslut om insatsorganisation år 2014 går armén mot ett balanserat läge med både nationell försvarsförmåga och internationella insatser. Den nya inriktningen innebär att Försvarsmakten ska återta förmågan att försvara det svenska territoriet och kräver att man åter bygger upp stora fältförband på brigadnivå och återtar förmågan att leda sådana förband. När konsekvenserna av försvarsomläggningen efter hand uppdagades stod det till slut klart att TCT i sin dåvarande utformning och inriktning inte kunde stödja de stora rörliga förband som den nya inriktningen förutsätter. Den förändrade kravbilden visade sig emellertid allteftersom Försvarsmaktens verkställande arbete med att ta fram den nya insatsorganisationen tog form. Under hösten år 2010 kunde det identifieras vilka nya operativa och funktionella krav som ställs på TCT till följd av omläggningen. För att hela insatsorganisationen ska kunna vara på plats vid utgången av år 2014 måste förbandsproduktionen med utbildning av rekryter ske i början av år 2011. Förbanden måste utbildas på TCT och verktyget måste också prövas i förbandsövningar för att det ska kunna få avsedd operativ effekt vid



utgången av år 2014. TCT ingår dessutom i TS 9000, som är ryggraden i förbandens taktiska kommunikation. Detta centrala ledningssystem återinfördes under år 2011 med anledning av den nya insatsorganisationen. En förutsättning för att detta system skulle kunna fungera och få avsedd effekt var att TCT fanns på plats. Det var således absolut nödvändigt att införa TCT under slutet av år 2011. En upphandling av TCT innebär även att säkerhetsklassad information måste lämnas ut till anbudsgivarna vilket i sin tur förutsätter ett selektivt förfarande och att säkerhetsskyddsavtal träffas med utvalda anbudsgivare innan förfrågningsunderlag lämnas ut. En sådan hantering kan likaså innebära en betydande tidsutdräkt.

#### *Avgiftens storlek*

I detta sammanhang kan paralleller dras till praxis rörande beräkning av skadestånd i mål enligt LOU där skadestånd beräknas med ledning i den skada som den skadelidande leverantören de facto har lidit. Syftet med dessa skadeståndsbestämmelser torde även vara allmänpreventivt.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

#### *Bevisbördan*

Bestämmelserna om fakultativ upphandlingsskadeavgift är en svensk företeelse och saknar direkt motsvarighet i EU-rättsliga bestämmelser. I frågan om bevisbördans placering ligger det därför närmast till hands att söka ledning i annan svensk lagstiftning rörande administrativa sanktionsavgifter. När det gäller administrativa sanktionsavgifter, liksom vid brottmålsliknande ärenden i allmänhet inom det förvaltningsrättsliga området, torde en huvudprincip gälla att det är den ansökande myndigheten som har bevisbördan för att förutsättningarna för ett ingripande är uppfyllda (jfr SOU 2010:29 s. 407). Utgångspunkten bör därför vara att detta gäller även i mål om upphandlingsskadeavgift. Den omständigheten att avgiftssubjekten i dessa mål utgörs av företrädare för det allmänna eller att Konkurrensverkets förelägganden inte kan förenas med vite eller liknande

sanktion utgör inte i sig skäl att frångå denna princip. Mot bakgrund av bestämmelserna i 18 kap. LOU om Konkurrensverkets utredningsmöjligheter och den upphandlande myndighetens skyldighet att tillhandahålla upplysningar kan Konkurrensverkets bevisbörda inte begränsas till att endast avse frågan huruvida ett avtal har slutits utan föregående annonsering. I likhet med vad som normalt gäller i liknande mål måste Konkurrensverkets bevisbörda i stället anses omfatta samtliga förutsättningar för att avgiften ska dömas ut. Konkurrensverket måste således presentera sådan utredning att det även framgår att det inte rör sig om en sådan undantagssituation där förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas.

#### *Otillåten direktupphandling*

Prövningsramen i mål av förevarande slag utgörs av Konkurrensverkets ansökan och den grund för att påföra upphandlingsskadeavgift som anges där. Som anförts i föregående avsnitt har Konkurrensverket bevisbördan för att det finns förutsättningar att påföra avgift enligt den grund som åberopas. Konkurrensverket gör i sin ansökan gällande att FMV ska påföras sådan avgift med stöd av 17 kap. 1 § 3 LOU. Grunden är att FMV den 26 januari 2011 slutit avtal med Front End Strategy AB avseende tjänster i samband med uppdatering och utveckling m.m. av verktyg för taktisk sambandsplanering utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU. Konkurrensverket anser att inga undantagsbestämmelser är tillämpliga och att det ingångna avtalet därför utgör en otillåten direktupphandling.

Av Konkurrensverkets utredning framgår bl.a. följande. Det aktuella avtalet från januari 2011 rör bl.a. en ny programversion av TCT. Det verktyget, som har tagits fram för att stödja det centrala kommunikationsverktyget TS 9000, har funnits i drift hos Försvarsmakten i mer än tio år. Verktyget TCT är centralt för Försvarsmaktens operativa verksamhet och stridsförmåga. Det har uppdaterats och utvecklats vid ett flertal tillfällen. Under de tre första åren utvecklades verktyget av externa konsulter som

avropades i ett ramavtal. Sedan år 2000 har företaget Front End AB utvecklat TCT. Det företaget, med dotterföretag, har årligen tagit fram en ny version av verktyget.

FMV har till stöd för att det i januari 2011 fanns förutsättningar för direktupphandling av en ny version av TCT anfört att det efter det ryska anfallskriget mot Georgien beslutats om en ny inriktning för försvarspolitiken och att regeringen därför fattat ett nytt inriktningsbeslut för Försvarsmakten avseende tiden 2010 – 2014. Dessa omständigheter har enligt FMV inneburit att det i januari 2011 förelegat såväl sådan synnerlig brådska som avses i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU som sådana oförutsedda omständigheter som avses i 4 kap. 8 § första stycket 1 samma lag. Konkurrensverket har anfört att det inte kan se någon koppling mellan å ena sidan det rysk-georgiska kriget sommaren 2008, allmänna inriktningsförändringar i den svenska försvarspolitiken hösten 2009 och å andra sidan en oförutsedd brådska hos FMV att i januari 2011 ingå ett nytt avtal med Front End Strategy AB om ytterligare utveckling av de aktuella verktygen.

Av Konkurrensverkets utredning framgår att FMV återkommande och regelbundet haft behov av tjänster som rör uppdatering och utveckling av verktyget TCT under en relativt lång tid före det nu aktuella avtalet. Detta avtal har sin grund i regeringens inriktningsbeslut den 14 januari 2010, vilket i sin tur har sin grund i riksdagens beslut i juni 2009 om en ny försvarspolitisk inriktning (prop. 2008/09:140, bet. 2008/09:FöU10, rskr. 2008/09:292). Av propositionen (s. 6) framgår bl.a. följande. Förslaget om en ny inriktning är en följd av bl.a. Försvarsberedningens säkerhets- och försvarspolitiska rapporter under åren 2007 och 2008. Med anledning av händelserna i Georgien i augusti 2008 genomförde Regeringskansliet en fördjupad analys. I november 2008 beslutade regeringen om planeringsanvisningar till Försvarsmakten mot bakgrund av bl.a. Försvarsberedningens rapporter. Försvarsmakten överlämnade sitt underlag

med förslag till regeringen i januari 2009 och FMV bereddes tillfälle att inkomma med synpunkter på detta.

Kammarrätten ifrågasätter inte att det funnits ett behov av att införskaffa de aktuella tjänsterna för att genomföra den nya insatsorganisationen och att FMV därvid kan ha hamnat i tidsnöd. Vad som anförts i det föregående talar emellertid starkt emot påståendet att behovet av att införskaffa den nya programversionen av TCT uppstått plötsligt och på ett sätt som FMV inte borde ha kunnat förutse. Detta intryck förstärks av vad FMV har anført om att kravbilden visade sig allteftersom Försvarmaktens arbete fortskred. Med hänsyn härtill har det inte varit fråga om vare sig synnerlig brådskan enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU eller oförutsedda omständigheter enligt 4 kap. 8 § första stycket 1 samma lag. Genom utredningen i målet är det därmed klarlagt att åberopade undantagsbestämmelser inte är tillämpliga på anskaffningen av de aktuella tjänsterna.

FMV gör inte längre gällande att det funnits förutsättningar för att göra en direktupphandling med stöd av 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU. Det är således ostridigt mellan parterna att den undantagsbestämmelsen inte är tillämplig på den aktuella anskaffningen, vilket också utredningen ger stöd för.

Sammanfattningsvis får det anses utrett att direktupphandlingen har varit otillåten. Det finns därför grund enligt 17 kap. 1 § 3 LOU för att påföra FMV upphandlingsskadeavgift.

*Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.*

Förvaltningsrätten har i den överklagade domen funnit att den i målet aktuella överträdelsen av LOU inte är ringa och att upphandlingsskadeavgift därför ska påföras. Förvaltningsrätten har vidare gjort bedömningen att bestämmelserna om beräkning av kontraktsvärdet i 17 kap. 4 § andra stycket LOU jämförd med 3 kap. 3 § LOU inte ger utrymme för att

uppskatta kontraktsvärdet utan att beakta optioner och förlängningsklausuler. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning i dessa delar. Förhållandet att Konkurrensverket i vissa andra ansökningar om fakultativ upphandlingsskadeavgift inte har beaktat optioner när avgiftens storlek bestämts föranleder inte någon annan bedömning. Upphandlingsskadeavgiften ska därför i förevarande fall bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kr – 292 700 kr.

Avseende beräkningen av avgiftens storlek framgår bl.a. följande av förarbetena till 17 kap. LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f.). Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarigare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet kan anses vara högt. Som ytterligare exempel på försvårande omständigheter nämns fall när det upphandlade avtalet sträcker sig över lång tid eller avser ett högt värde samt när det är fråga om ett upprepat beteende hos myndigheten. Förmildrande omständigheter kan vara att den upphandlande myndigheten fortsätter köpa varor eller tjänster från ett avtal som har löpt ut, men där ett nytt avtal inte kan ingås på grund av en pågående överprövningsprocess eller när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Konkurrensverket har anfört att när det rör sig om otillåten direktupphandling bör sanktionsvärdet i normalfallet beräknas till ca sju till åtta procent av kontraktsvärdet och därefter justeras ned eller upp beroende

på vilka förmildrande eller försvårande omständigheter som föreligger. Konkurrensverket motiverar ingångsvärdet med dels det höga sanktionsvärde som överträdelsen i sig anses ha, dels behovet av att reservera den lägre delen av skalan för mindre allvarliga överträdelser som t.ex. att ingå avtal i strid med avtalsspärr. FMV har ifrågasatt detta synsätt och menar att alla överträdelser ska behandlas lika och att fem procent bör tjäna som ingångsvärde i normalfallet. Som förmildrande omständigheter åberopar FMV att behovet av att snabbt anskaffa kompletteringar berodde på förhållanden utanför FMV:s kontroll, att rättsläget är oklart, att FMV genomfört en förhandsinsyn som inte blivit föremål för överprövning, att kontraktsvärdet är relativt lågt och att optionerna i avtalet inte utnyttjats.

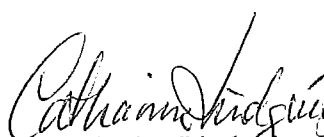
Kammarrätten finner att avgiftens storlek bör bestämmas utifrån en helhetsbedömning av samtliga kända omständigheter i varje enskilt fall. Den nu aktuella överträdelsen består i otillåten direktupphandling, vilket är en försvårande omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde. Det kan varken av lagtext eller förarbeten läsas ut att det finns stöd för att tillämpa en presumtion för att bestämma sanktionsvärdet till en viss procentandel av kontraktsvärdet. Konkurrensverkets beräkningsgrunder framstår emellertid i det aktuella fallet som väl avvägda och innebär inte en oproportionerligt hög avgift. I likhet med förvaltningsrätten anser kammarrätten att det inte har framkommit några förmildrande omständigheter i målet som medför skäl att sätta ned eller helt efterge avgiften.

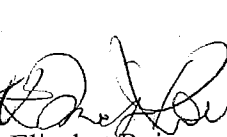
Sammanfattningsvis anser kammarrätten att förutsättningarna för att

påföra FMV en upphandlingskadeavgift på 220 000 kr är uppfyllda.  
Överklagandet ska därför avslås.

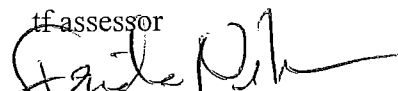
---

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

  
Catharina Lindqvist  
kammarrättsråd  
ordförande

  
Elisabet Reimers  
kammarrättsråd  
referent

  
Fredrik Bergius  
tf-assessor

  
Frida Niklasson  
Föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**  
2012-07-25  
Meddelad i  
Stockholm

*Bilaga A* Sida 1 (18)

Mål nr  
1281-12  
Enhet 14

**SÖKANDE**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

**MOTPART**

Försvarets materielverk  
115 88 Stockholm

**SAKEN**

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

---

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Försvarets materielverk ska betala en upphandlingsskadeavgift om 220 000 kr.

Dok.Id 231323

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00



**YRKANDEN M.M.**

**Konkurrensverket (KKV)** yrkar att förvaltningsrätten ska förplikta Försvarets materielverk att betala en upphandlingsskadeavgift om 220 000 kr.

**Försvarets materielverk (FMV)** yrkar att ansökan ska lämnas utan bifall. För det fall att rätten finner att upphandlingen utgjort en otillåten direktupphandling, bestrider FMV att upphandlingsskadeavgiften fastställs till det av KKV yrkade beloppet. Anledning saknas att utdöma en upphandlingsskadeavgift överstigande tre procent av det faktiska kontraktsvärdet 1 722 900 kr.

**GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER**

**KKV** anför till stöd för sin talan bl.a. följande. FMV har brutit mot LOU genom att FMV den 26-27 januari 2011 slutit ett avtal med Front End Strategy AB avseende tjänster i samband med uppdatering och utveckling m.m. av verktyg för taktisk sambandsplanering utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU. Det ingångna avtalet utgör en otillåten direktupphandling.

Enligt punkt 3.1 i avtalet uppgår ersättningen till Front End Strategy AB i avtalets huvuddel till totalt 1 767 000 kr. Enligt punkt 19.1 finns optioner som uppgår till ett värde om totalt 1 160 000 kr. KKV gör gällande att avtalet således uppgår till ett värde om totalt 2 927 000 kr. Värdet på avtalet överstiger tröskelvärdet om cirka 1,2 miljoner kr. Avtalet skulle således rätteligen ha föregåtts av en annonserad upphandling. Något meddelande om förhandsinsyn har dessutom aldrig publicerats av FMV avseende det aktuella avtalet.

Det ingångna avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Det är FMV som har att styrka att avtalet med Front End Strategy AB fick ingås utan föregående annonsering. Placeringen av bevisbördan på den som åberopar ett undantag har inte begränsats till någon särskild måltyp, utan gäller generellt. Det kan ifrågasättas om det överhuvudtaget är förenligt med unionsrätten att placera bevisbördan i frågan om en upphandling fick göras utan föregående annonsering på den som påstår att detta inte var tillåtet. En sådan placering av bevisbördan skulle frångå EU-domstolens fasta rättspraxis. Vidare skulle detta också öppna för missbruk och kringgående av det upphandlingsrättsliga regelverket på ett sätt som knappast överensstämmer med unionsrätten. Under alla omständigheter torde en förändring av gällande rätt i fråga om bevisbördans placering ha krävt en uttrycklig lagreglering i LOU och någon sådan lagändring har inte skett.

FMV har under KKV:s utredning gjort gällande att avtalet ingåtts med Front End Strategy AB utan föregående annonsering på grund av att tjänsterna inte kunde utföras av annan leverantör utan att FMV och Försvarsmakten skulle drabbas av stora tekniska och ekonomiska olägenheter med hänvisning till 15 kap. 3 § andra stycket och 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU.

15 kap. 3 § andra stycket LOU får inte tillämpas i detta fall, då endast de undantag från annonseringsskyldigheten som återfinns i lagens direktivstyrda bestämmelser kan tillämpas, eftersom det är fråga om A-tjänster och avtalets värde överstiger tröskelvärdet. KKV gör vidare bedömningen att undantaget för kompletterande tjänster i 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU inte får användas om kompletteringen grundar sig på tidigare avtal som inte i sig har ingåtts i samband med en annonserad upphandling enligt LOU. FMV:s avtal med Front End Strategy AB hänförs till ett avtal som ingicks i augusti 2002, som i sig utgör en otillåten direktupphandling. Re-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

dan av detta skäl fick 2011 års avtal inte ingås utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU.

Undantaget från annonseringsskyldigheten vid köp av kompletterande tjänster får vidare endast användas om kompletteringen krävs på grund av oförutsedda händelser. Det finns inga omständigheter i förevarande ärende som tyder på att behovet av de kompletterande tjänster som anskaffades i och med 2011 års avtal uppstod plötsligt och på ett sätt som FMV och Försvarsmakten inte förutsåg eller borde ha kunnat förutse. Det aktuella verktygen för taktisk sambandsplanering har funnits i drift i mer än tio år och har uppdaterats och utvecklats vid ett flertal tillfällen. FMV har uppgett att ytterligare uppdateringar är planerade. Dessa omständigheter talar för att verktygen har använts och varit avsedda att användas på permanent basis och inte endast tillfälligt. Vid dessa förhållanden har det saknats förutsättningar att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering med stöd av undantaget för kompletterande tjänster i 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU.

Inte heller undantagsbestämmelserna i 4 kap. 5 § LOU är tillämpliga. För att undantaget för tekniska skäl ska få användas ska det, på objektiva grunder, inte finnas möjlighet för något annat företag att utföra tjänsterna. Det är inte tillräckligt att FMV skulle anse att Front End Strategy AB har en bättre förmåga än andra företag att genomföra arbetena. Enligt både 2002 års och 2011 års avtal har FMV full förfoganderätt till de aktuella verktygen och resultatet av det arbete med att utveckla verktygen som Front End Strategy AB utför åt FMV. Det finns inga immaterialrättsliga inlösningar eller hinder för FMV att vända sig till marknaden eller upphandla tjänsterna istället för att direktupphandla av Front End Strategy AB. Erforderliga kunskaper om verktygen måste rimligtvis också kunna förmedlas vidare från FMV:s eller Försvarsmaktens egen personal till en eventuell ny leverantör. Om detta inte vore fallet skulle verktyg som enligt

FMV:s egna uppgifter är kritiska för den svenska försvarsmaktens operativa stridsförmåga vara helt kontrollerad av ett privat företag, och inte kunna drivas eller vidareutvecklas av någon annan än just detta företag, vilket ur försvarssökerhetssynpunkt får anses uteslutet. Det är inte heller visat att det förelåg synnerlig brådska som gjorde det omöjligt att hålla tidsfristerna vid förfarande med föregående annonsering. KKV kan inte se någon koppling mellan å ena sidan det rysk-georgiska kriget sommaren 2008, allmänna riktningförändringar i den svenska försvarspolitikens hösten 2009 och å andra sidan en oförutsedd brådska hos FMV att i januari 2011 ingå ett nytt avtal med Front End Strategy AB om ytterligare utveckling av de aktuella verktygen. Då ingen undantagsbestämmelse är tillämplig har avtalet följaktligen ingåtts genom en otillåten direktupphandling.

#### Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Enligt KKV 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 ekonomiska värde är det enskilt viktigaste måttet på hur allvarlig en viss otillåten direktupphandling typiskt sett är. Med KKV:s modell blir upphandlingsskadeavgiften avskräckande och effektiv, samtidigt som kraven på rättssäkerhet, proportionalitet och att lika fall ska behandlas lika iakttas. Modellen medför att utrymmet för skönsmässiga bedömningar begränsas, samtidigt som alla omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka höjande eller sänkande på avgiften beaktas.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Avgiften bör i allmänhet kunna bestämmas till mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar där vare sig 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.

Avtalets ekonomiska värde ska beräknas utifrån bestämmelserna i 17 kap. 4 § och 3 kap. 3-4 §§ LOU. Av dessa bestämmelser följer att det saknar betydelse om det i efterhand, när den relevanta tidpunkten för beräkningen av kontraktets värde har passerat, framkommer att avtalets värde blivit lägre än det maximala belopp som kunde komma att utbetalas. Avtalets värde i detta mål, beräknat enligt 3 kap. 3 § LOU, uppgår därför till 2 927 000 kr.

Med beaktande av de ovan angivna utgångspunkterna för beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek och omständigheterna i detta fall, anser KKV vid en sammantagen bedömning att en avgift om 220 000 kr, som utgör cirka 7,5 procent av avtalets värde, är en skälig och proportionerlig sanktion för FMV:s överträdelse.

FMV anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

Det ingångna avtalet utgör inte en otillåten direktupphandling

Samtliga kriterier har varit uppfyllda för en korrekt tillämpning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt reglerna för dels kompletterande tjänster enligt 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU, dels synnerlig brådska enligt 4 kap. 5 § 3 LOU, och dels tekniska skäl enligt 4 kap. 5 § 2 LOU.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

FMV vitsordar i och för sig att det följer av EU-domstolens praxis att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att den av myndigheten åberopade undantagsgrunden från upphandlingsplikten föreligger. Emellertid ifrågasätter FMV om denna princip även gör sig gällande vid en talan om upphandlingsskadeavgift enligt LOU. Enligt FMV:s mening kan svårigen en upphandlande myndighet som riskerar att påföras en straffavgift ha en skyldighet att bevisa sin oskuld för att undgå denna avgift. FMV gör gällande, att det är KKV som har bevisbördan för de sakomständigheter som KKV menar gör att upphandlingsskadeavgift enligt LOU ska utgå.

Såvitt FMV känner till följer det vare sig av EU-domstolens eller Högsta Förvaltningsdomstolens praxis att kompletterande leveranser enligt 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU måste grunda sig på ett kontrakt som upphandlats enligt LOU:s annonserade förfaranden. Det saknar därför betydelse om 2002 års avtal varit förenlig med LOU för bedömningen huruvida 2011 års avtal kunnat direkttilldelas. Undantaget är tillämpligt inte bara om det ursprungliga avtalet ingåtts efter ett annonserat förfarande utan även om det har ingåtts efter en korrekt tillämpning av någon av lagens icke-annonserade förfaranden, vilket 2002 års avtal gjorde. 2002 års avtal direktupphandlades med hänvisning till synnerlig brådska och det var absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, då tjänsterna användes i operativa insatser i Kosovo och det visade sig att dessa inte fungerade på det sätt som var nödvändigt för att klara behoven. Den bristande funktionaliteten medförde att de svenska soldaterna utsattes för fara och att de operativa målen riskerade att inte nås. 2002 års avtal var alltså korrekt direktupphandlat.

Även 2011 års avtal uppfyller även i övrigt kriterierna i 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU. Avtalet avser kompletterande tjänster som inte ingick i det ursprungliga 2002 års avtal. Behovet av kompletteringarna berodde på omprövningen av den svenska försvarspolitik efter det ryska anfallskriget mot Georgien och berodde därför på oförutsedda omständigheter utanför

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

FMV:s kontroll. Vidare kunde kompletteringarna inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter skiljas från det ursprungliga kontraktet. Under alla förhållanden var kompletteringarna absolut nödvändiga för att kontraktet skulle kunna fullgöras. 2002 års avtal hade vidare ett kontraktsvärde på drygt 16 miljoner kr, medan 2011 års avtal hade ett värde på knappt 3 miljoner kr och utgör således bara cirka 18 procent av kontraktsvärdet för 2002 års avtal.

En annonserad upphandling avseende de aktuella tjänsterna skulle ha tagit åtminstone två och ett halvt år att genomföra. Denna tidsutdräkt hade medfört att tidsplanerna för att klara uppdraget att ta fram en fungerande ny insatsorganisation inte hade kunnat hållas och att försvaret därmed inte hade kunnat uppfylla de fastställda försvars- och säkerhetspolitiska målen. Den synnerliga brådskan var dessutom orsakad av omständigheter som inte var möjliga att förutse. FMV anser mot denna bakgrund att det även förelåg förutsättningar att direktupphandla kontraktet med hänvisning till synnerlig brådskan enligt 4 kap. 5 § 3 LOU.

Det fanns även förutsättningar att direkttilldela 2011 års avtal med hänvisning till undantagsgrunden tekniska skäl. Det står klart att tjänsterna var av teknisk karaktär. Det var dessutom enligt FMV under de rådande förhållandena absolut nödvändigt att tilldela Front End Strategy AB kontraktet. Front End Strategy AB hade utvecklat produkten för Försvarsmaktens särskilda behov. Det var enligt FMV:s mening tekniskt strikt omöjligt att välja en annan leverantör om de fastslagna målen skulle kunna uppnås, nämligen att snabbt få till stånd en fungerande ny insatsorganisation. Likaså var det under de tidsförhållanden som sålunda stod till buds omöjligt att anta någon annan. Under de rådande förhållandena förelåg det ett tvingande behov av att använda de särskilda kunskaper och metoder som endast Front End Strategy AB förfogade över.

Eventuell upphandlingsskadeavgifts storlek

Det är i och för sig korrekt att det aktuella kontraktet beräknat enligt 3 kap. 3 § LOU uppgår till 2 927 000 kr. Av detta belopp utgör 1 767 000 kr värdet av grundbeställningen och resterande belopp värdet av optioner. Då FMV inte har utnyttjat optionerna ska dessa inte beaktas när upphandlingsskadeavgiftens storlek bestäms. FMV har endast fakturerats för 1 722 900 kr. Enligt FMV:s mening ska därför upphandlingsskadeavgiftens storlek beräknas på detta belopp. Det ligger i sakens natur att den skada som uppstått, såvitt avser parametern kontraktsvärde, måste vara hänförlig till vad som de facto upphandlats i strid mot regelverket och som sålunda undandragits konkurrensutsättning på marknaden, dvs. direktupphandlingens faktiska kontraktsvärde (köpeskillingen).

FMV anser, till skillnad mot KKV, att avgiften ska beräknas utifrån vad som är skäligt med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet och inte utifrån upphandlingens värde. De procentsatser som anges i lagen är endast att anse som en begränsningsregel och bör inte i sig läggas till grund för att beräkningen ska utgå från upphandlingens värde. Den modell som KKV har konstruerat för att beräkna upphandlingsskadeavgiften har inte i sig stöd i lag eller förarbeten.

Att låsa bedömningen till den övre delen av skalan enbart på den grund att en upphandlande myndighet genomfört en otillåten direktupphandling är alltför strikt och står inte i överensstämmelse med lagstiftarens intentioner om en helhetsbedömning där alla relevanta omständigheter ska beaktas. Det finns varken i lagen eller i dess förarbeten något som hindrar att en otillåten direktupphandling, vid beaktande av samtliga omständigheter, betingar ett sanktionsvärde i den nedre delen av skalan.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

Förmildrande omständigheter är att behovet att snabbt anskaffa kompletteringar berodde på omständigheter utanför FMV:s kontroll, att rättsläget är oklart, och att kontraktsvärdet är relativt lågt.

Enligt KKV:s mening är den påstådda överträdelsen i detta fall av normalgraden, vilken enligt KKV:s modell påstås medföra en avgift på 7-8 procent. Om KKV:s talan skulle vinna fullt bifall skulle det emellertid medföra att FMV i själva verket får betala en upphandlingsskadeavgift som uppgår till cirka 13 procent av köpeskillingen. Det är av uppenbara skäl alltför betungande och i strid med lagstiftarens intentioner.

**DOMSKÄL**

*Tillämpliga bestämmelser*

I 15 kap. 3 § LOU anges bl.a. följande. Direktupphandling får användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

I 4 kap. 5 § LOU anges bl.a. följande. En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande.

Den 1 november 2011 ändrades lydelsen av 4 kap. 8 § LOU. Av övergångsbestämmelser framgår att äldre lydelse ska tillämpas för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

I 4 kap. 8 § första stycket LOU i dess lydelse före den 1 november 2011 anges bl.a. följande. En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller kompletterande

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller ingår i det ursprungliga kontraktet om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet skall kunna fullgöras, de skall utföras av den ursprungliga leverantören, de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller de kan avskiljas och är absolut nödvändiga för att kontraktet skall kunna fullföljas. Det sammanlagda värdet av kontraktet får dock inte överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde.

I 17 kap. 1 § LOU anges bl.a. följande. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 §.

I 17 kap. 4 § LOU anges följande. 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 §.

I 3 kap. 3 § LOU anges bl.a. följande. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

I 17 kap. 5 § LOU anges följande. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Bevisbördans placering

Förvaltningsrätten har inledningsvis att ta ställning till var bevisbördan ska placeras vid en talan om upphandlingsskadeavgift.

Om en upphandlande myndighet avser att genomföra en direktupphandling har myndigheten bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som medger direktupphandling och enligt EU-domstolens rättspraxis ska alla undantag från skyldigheten att annonsera offentliga upphandlingar tolkas restriktivt (se bl.a. prop. 2001/02:142 s. 99, mål 199/85 *Kommiss-*

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

ionen mot Italien punkt 14, C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46). Enligt förvaltningsrätten finns emellertid omständigheter som talar för att bevisbördan istället ska vila på tillsynsmyndigheten, dvs. KKV, vid en talan om upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiftsinstitutet är en administrativ sanktion (prop. 2009/10:180 s. 192-193) och när det gäller liknande administrativa sanktioner, som t.ex. konkurrensskadeavgifter och miljöstraffavgifter, vilar bevisbördan på tillsynsmyndigheten att visa att förutsättningarna för att döma ut avgift är för handen (se t.ex. MD 2008:2 och MÖD 2003:34).

Förvaltningsrätten konstaterar att det saknas tydlig ledning i förarbetena om bevisbördans placering vid talan om upphandlingsskadeavgift. I Ds 2009:30 *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet m.m.* s. 342 anges att bevisbördan för att förutsättningarna som anges i bestämmelsen är uppfyllda vilar på tillsynsmyndigheten. Någon skrivelse med liknande innebörd återfinns emellertid inte i den efterföljande propositionen (prop. 2009/10:180). Detta behöver dock enligt förvaltningsrätten inte innebära att lagstiftaren gjort något medvetet ställningstagande att bevisbördan inte ska vila på tillsynsmyndigheten. I propositionen anges emellertid att:

*”Det finns ett antal andra förutsättningar för att strikt ansvar ska vara försvarbart från rättssäkerhetssynpunkt. Bland annat måste den presumtion som det strikta ansvaret innebär hållas inom rimliga gränser. Myndigheten eller enheten får inte åläggas en orimlig bevisbörda för att undgå avgift. Det måste också finnas ett utrymme för att inte påföra en avgift om det skulle anses obilligt.”* (prop. 2009/10:180 s. 193)

Detta förarbetsuttalande skulle visserligen kunna tolkas som att bevisbördan för att undgå avgift vilar på upphandlande myndighet. Emellertid anser

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

förvaltningsrätten att uttalandet är allt för vagt formulerat för att det ska motivera att bevisbördan vid talan om upphandlingsskadeavgift, till skillnad från andra administrativa sanktioner, ska åligga den som riskerar att påföras en avgift.

Om upphandlande myndighet slutit avtal i strid med bestämmelserna om avtalsspärr enligt 16 kap. LOU ska KKV ansöka om att myndigheten ska betala upphandlingsskadeavgift (17 kap. 2 § 1 st. LOU). När det gäller upphandling utan föregående annonsering får KKV ansöka om att myndigheten ska betala upphandlingsskadeavgift, men det är inget obligatorium (17 kap. 2 § 2 st. LOU). Detta innebär att KKV har mandat att avgöra i vilka fall det anses erforderligt att ingripa från samhällets sida när det gäller otillåten direktupphandling. KKV:s beslut om hur verket ska förfara i ett viss enskilt ärende är ett led i den tillsynsverksamhet och den myndighetsutövning som verket bedriver och inom ramen för denna myndighetsutövning kan KKV i vissa fall avstå från att driva ett ärende om upphandlingsskadeavgift (prop. 2009/10:180 s 210). Genom sin roll som tillsynsmyndighet bör också KKV enligt förvaltningsrätten kunna ta del av tillräcklig information för att göra en bedömning om en direktupphandling är att anse som otillåten innan KKV ansöker om att upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten, med hänsyn till bevisbördans placering vid liknande administrativa sanktioner och att tydlig vägledning saknas i förarbetena, samt KKV:s möjligheter att ta del av erforderlig information, att det är rimligt att bevisbördan ska vila på KKV vid en talan om upphandlingsskadeavgift. Med beaktande av att undantag från skyldigheten att annonsera offentliga upphandlingar ska tolkas restriktivt och eftersom den upphandlande myndigheten bör ha gjort en noggrann utredning och övervägt alternativ innan den direktupphandlar, bör emellertid beviskravet inte ställas för högt. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund

att det är tillräckligt att KKV gör sannolikt att upphandlingen utgör en otillåten direktupphandling.

Har FMV genomfört en otillåten direktupphandling?

Förvaltningsrätten har här efter att ta ställning till om KKV visat att den i målet aktuella upphandlingen avseende tjänster i samband med uppdatering och utveckling m.m. av verktyg för taktisk sambandsplanering utgör en otillåten direktupphandling.

Direktupphandling får användas i vissa situationer, bl.a. om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det s.k. tröskelvärdet eller om det finns synnerliga skäl (15 kap. 3 § andra stycket LOU). Även ett kontrakt vars värde överstiger detta belopp får, i vissa specificerade undantagsfall, direktupphandlas.

Det är ostridigt i målet att det aktuella kontraktets värde överstiger tröskelvärdet. För att FMV ska anses ha genomfört en tillåten direktupphandling krävs därför att en undantagsbestämmelse är tillämplig. FMV har anfört dels att det som upphandlades avsåg kompletterande tjänster som på grund av oförutsedda omständigheter inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för FMV kunde skiljas från det ursprungliga kontraktet och under alla omständigheter var absolut nödvändiga för att kontraktet skulle kunna fullföljas (4 kap. 8 § 1 LOU), dels att det som upphandlades av tekniska skäl endast kunde fullgöras av en viss leverantör samt att det till följd synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av FMV, var omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande (4 kap. 5 § 2 och 4 kap. 5 § 3 LOU).

Förvaltningsrätten konstaterar att då den aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 november 2011 ska den äldre lydelsen av 4 kap. 8 § första

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

stycket 1 LOU tillämpas. Paragrafen är en implementering av artikel 31.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (prop. 2006/07:128 s 330) och ska därför tolkas i ljuset av direktivet. Bestämmelsen har senare ändrats för att bättre stämma överens med den bakomliggande direktivbestämmelsen (prop. 2010/11:150 s 327).

För att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU ska vara tillämplig fordras att kompletteringar på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullgöras. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att det till följd av förändringar i det svenska försvaret fanns ett behov av att skyndsamt införskaffa de aktuella tjänsterna. Mot bakgrund av vad KKV anfört om det aktuella verktygen för taktisk sambandsplanering har funnits i drift i mer än tio år och uppdaterats och utvecklats vid ett flertal tillfällen, anser emellertid förvaltningsrätten att KKV gjort sannolikt att omständigheterna inte var sådana att behovet av komplettering inte kunnat förutses i tillräckligt god tid för att ett annonserat förfarande skulle kunna genomföras. Undantagsbestämmelsen i 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU är därför inte tillämplig. Vid denna bedömning saknas skäl att pröva om bestämmelsens övriga rekvisit är uppfyllda.

Vad gäller undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § 2 LOU har EU-domstolen uttalat att två kumulativa villkor ska vara uppfyllda för att denna bestämmelse ska kunna tillämpas; att de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär och att det därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet (C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 34).

Det ostridigt att de varor som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att det fanns fördelar med att

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

just Front End Strategy AB skulle tilldelas kontraktet. Mot bakgrund av vad KKV anfört om att det saknas immaterialrättsliga hinder mot att annan leverantör kan fortsätta utvecklingen av de aktuella verktygen samt att kunskaper om verktygen torde kunna förmedlas vidare från FMV:s eller Försvarmaktens egen personal till en eventuell ny leverantör, anser emellertid förvaltningsrätten att KKV gjort sannolikt att det inte kan ha varit tekniskt omöjligt för FMV att välja en annan leverantör och ändå uppnå de fastslagna målen. Då det inte kan uteslutas att även andra leverantörer kunnat tillgodose det aktuella behovet, kan det inte varit absolut nödvändigt att tilldela just Front End Strategy AB kontraktet. Undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § 2 LOU är därför inte tillämplig.

Som nämnts ovan ifrågasätter inte förvaltningsrätten att det fanns ett visst behov av att skyndsamt införskaffa de aktuella tjänsterna. Med beaktande av det högt ställda kravet på synnerlig brådska i undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § 3 LOU anser emellertid förvaltningsrätten att KKV gjort sannolikt att tidsbristen inte var sådan att en direktupphandling av tjänsterna varit nödvändig. Därför är inte heller undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § 3 LOU tillämplig och det förelåg därmed inga omständigheter som medger en direktupphandling. Direktupphandlingen ska därför anses otillåten.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Eftersom FMV har genomfört en otillåten direktupphandling kan förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § LOU besluta att FMV ska betala en upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten anser att då den överträdelse som FMV har begått inte kan anses vara ringa ska FMV åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift. Härefter återstår att pröva frågan hur stor upphandlingsskadeavgift FMV ska åläggas att betala.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till mellan 10 000 kr och 10 000 000 kr. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Förvaltningsrätten anser att bestämmelsen inte ger utrymme för att uppskatta kontraktbeloppet på det sätt FMV vill göra gällande, dvs. att optionerna inte ska beaktas. Det är ostridigt att kontraktsvärdet, inklusive optioner, uppgår till 2 927 000 kr. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kr – 292 700 kr (2 927 000 kr x 0.1).

Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser. Ju allvarigare överträdelserna kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. I förarbetena erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande (prop. 2009/10:180 s 196-197 och 370).

FMV har anfört att direktupphandlingen i detta mål har ett lågt sanktionsvärde och att det föreligger flera förmildrande omständigheter. Förmildrande omständigheter är enligt FMV bl.a. att behovet att snabbt anskaffa kompletteringar berodde på omständigheter utanför FMV:s kontroll, att rättsläget är oklart och att kontraktsvärdet är relativt lågt. Vidare menar FMV att den modell som KKV konstruerat för att beräkna upphandlingsskadeavgiften varken har stöd i lag eller förarbeten.



Förvaltningsrätten anser i likhet med vad KKV anfört att en procentsats av kontraktsvärdet är en lämplig och förutsebar utgångspunkt vid prövning av upphandlingsskadeavgiftens storlek, men att avgiften därefter kan höjas eller sättas ner, beroende på förmildrande eller försvårande omständigheter. Enligt förvaltningsrättens bedömning föreligger emellertid inte någon förmildrande omständighet som motiverar att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ner på det sätt FMV anfört. Mot denna bakgrund och då den överträdelse som FMV har begått tillhör de allvarligaste som finns inom upphandlingsområdet (prop. 2009/10:180 s 187 och 197), anser förvaltningsrätten att det inte finns några skäl att bestämma upphandlingsskadeavgiftens storlek till ett lägre belopp än det KKV har ansökt om, dvs. 220 000 kr. KKV:s ansökan ska därför bifallas.

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

  
Ulrika Melin

rådman

Föredragande har varit Nils Henriksson

## 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 nå 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.

The first part of the document  
 discusses the importance of  
 maintaining accurate records  
 and the role of the  
 committee in this regard.  
 It also mentions the  
 need for regular  
 communication and  
 collaboration between  
 all members of the  
 organization.

The second part of the document  
 outlines the specific  
 responsibilities of each  
 member of the committee  
 and provides a detailed  
 schedule of meetings  
 and reports.