



<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013-04-16	
Avd	JU
Dnr	834/2011
KSnr	862 Aktbil 11

**KLAGANDE**

Försvarets materielverk  
115 88 Stockholm

**MOTPART**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 25 juli 2012  
i mål nr 1273-12, se bilaga A

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

---

TERRITORY	
1	2
3	4
5	6
7	8

**YRKANDEN M.M.**

**Försvarets materielverk (FMV)** yrkar att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned och anför bl.a. följande.

FMV accepterar förvaltningsrättens bedömning att det inte förelegat tillräckliga skäl för undantagsgrunden tekniska skäl men vidhåller sin inställning såvitt avser upphandlingsskadeavgiftens storlek. I denna del vidhåller FMV vad som tidigare anförts och tillägger bl.a. följande. Konkurrensverkets beräkningsmodell, där det vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden regelmässigt yrkas avgift på mellan sju och åtta procent av kontraktsvärdet, innebär 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 att utgångspunkten var fem procent och att detta värde justerades upp eller ned beroende på såväl överträdelsens art som upphandlingens värde och övriga parametrar.

Upphandlingen har föregåtts av förhandsinsyn vilket ska anses vara en förmildrande omständighet. Förhandsinsyn innebär att alla intresserade leverantörer ges möjlighet att kontrollera om regelverket följs och begära överprövning. Av FMV:s förhandsinsyn framgår klart och tydligt att tekniska skäl åberopats till stöd för direktupphandlingen samt skälen för denna bedömning. Alla rimligt informerade och normalt omsorgfulla leverantörer måste ha kunnat bilda sig en bra uppfattning om direktupphandlingen med stöd av de lämnade uppgifterna. Den omständigheten att direktupphandlingen inte har blivit föremål för någon överprövning tyder dessutom på att det inte fanns några andra intresserade leverantörer.

**Konkurrensverket** bestrider bifall till överklagandet. Till stöd för sin inställning vidhåller Konkurrensverket vad det anfört i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande.

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 100 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.

FMV har vidare anfört att den omständigheten att man har tillämpat förhandsinsyn ska anses vara förmildrande. Om kraven på transparens och kontroll av upphandlande myndigheters agerande hade varit uppfyllda endast genom förhandsinsyn hade lagstiftaren inte haft skäl att uttryckligen slå fast att avgift ska kunna påföras även efter förhandsinsyn.

Upphandlingsskadeavgiften har således ett viktigt syfte även i dessa situationer och det är därför av stor vikt att genomförd förhandsinsyn inte får till följd att en överträdelse av regelverket enbart av detta skäl bedöms som mindre allvarlig. 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.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Konkurrensverket gör i sin ansökan gällande att FMV ska påföras upphandlingsskadeavgift med stöd av 17 kap. 1 § 3 LOU. Grunden är att FMV den 24 januari 2011, utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU, slutit ett avtal med Tinctor Kommanditbolag avseende tjänster för utarbetande av logistikstrategi. Konkurrensverket anser att inga undantagsbestämmelser är tillämpliga och att det ingångna avtalet därför utgör en otillåten direktupphandling.

FMV gör inte längre gällande att någon undantagsbestämmelse är tillämplig och att den aktuella direktupphandlingen därför skulle ha varit tillåten. Det är således ostridigt mellan parterna att direktupphandlingen har varit otillåten, vilket utredningen också ger stöd för. Det finns därför grund enligt 17 kap. 1 § 3 LOU för att påföra FMV upphandlingsskadeavgift.

Förvaltningsrätten har i den överklagade domen funnit att den i målet aktuella överträdelsen av LOU inte är ringa och att upphandlingsskadeavgift därför ska påföras. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning i denna del. Eftersom kontraktvärdet enligt avtalet uppgår till 3 036 000 kr ska upphandlingsskadeavgiften i förevarande fall bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kr – 303 600 kr (17 kap. 4 § andra stycket LOU jämförd med 3 kap. 3 § LOU).

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 allvarligare 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 överträdelsena 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 kontraktets värde 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 rättsläget är oklart, att kontraktets värde är relativt lågt, att upphandlingen har föregåtts av förhandsinsyn och att någon talan om ogiltighet aldrig väckts.


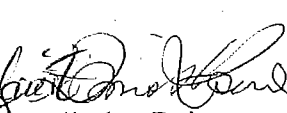

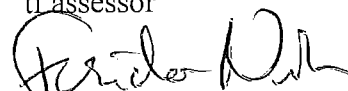
Kammarrätten finner att avgiftens storlek bör bestämmas utifrån en helhetsbedömning av samtliga kända omständigheter i varje enskilt fall. Den nu aktuella överträdelsen består i otillåten direktupphandling, vilket är en försvårande omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde. Det kan varken av 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 förvaltingsrätten 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 upphandlingsskadeavgift på 240 000 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

Mål nr  
1273-12  
Enhet 14

Sida 1 (15)

**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 240 000 kr.



**YRKANDEN M.M.**

**Konkurrensverket (KKV)** yrkar att förvaltningsrätten ska förplikta Försvarets materielverk att betala en upphandlingsskadeavgift om 240 000 kr.

**Försvarets materielverk (FMV)** yrkar att ansökan ska avslås. 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 kontraktsvärdet.

**GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER**

**KKV** anför till stöd för sin talan bl.a. följande. **FMV** har brutit mot LOU genom att **FMV** den 24 januari 2011 slutit ett avtal med Tinctor Kommanditbolag (Tinctor) avseende tjänster för utarbetande av logistikstrategi utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU.

Det ingångna avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Den 11 januari 2011 publicerade **FMV** ett meddelande om frivillig förhandsinsyn avseende de tjänster som köptes i det avtal som nu är föremål för ansökan om upphandlingsskadeavgift. Enligt avtalet uppgår ersättningen till Tinctor till totalt 3 036 000 kr. Värdet på avtalet mellan **FMV** och Tinctor överstiger tröskelvärdet om cirka 1,2 miljoner kr. Avtalet skulle således rätteligen ha föregåtts av en annonserad upphandling enligt LOU:s direktivstyrda regler och annonserats i EUT/TED. Någon sådan annonsering har inte skett.

Det är **FMV** som har att styrka att avtalet med Tinctor fick ingås utan föregående annonsering. Placeringen av bevisbördan på den som åberopar ett undantag har inte begränsats till någon särskild måltyp, utan gäller gene-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

rellt. Det kan ifrågasättas om det över huvud taget skulle vara 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.

I meddelandet om frivillig förhandsinsyn, som för övrigt inte uppfyller kraven i 7 kap. 4 § LOU, har FMV angett att leverantören tidigare har genomfört analyser av logistikverksamheten och genom detta fått en unik kännedom. Tjänsten kan därför enligt FMV endast fullgöras av den aktuella leverantören. FMV har dock inte styrkt att avtalet fick ingås utan föregående annonsering på grund av tekniska skäl enligt 4 kap. 5 § 2 LOU. KKV ifrågasätter emellertid inte att de aktuella tjänsterna är av teknisk karaktär i den mening som avses 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU.

De tjänster som FMV köpt i och med avtalet med Tinctor kan på engelska beskrivas som *Supply Chain Management*. Med detta avses hela flödet av försvarsmateriel genom en organisation och genom materielens hela livscykel. Det finns andra företag som utför tjänster inom *Supply Chain Management*. Ett flertal av företagen på denna marknad har genomfört uppdrag åt europeiska och andra försvarsmyndigheter. Tinctor, ett företag som under de senaste fem åren haft i genomsnitt tre anställda, kan inte vara den enda leverantören på marknaden som kan utföra de tjänster som avtalet med FMV avsåg.

För att undantaget för tekniska skäl ska få användas ska det, på objektiva grunder, inte finnas en möjlighet för något annat företag att utföra tjänster-

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

**DOM**

na, som i detta fall bestod i att genomföra analys, sammanställa och definiera mål och krav på FMV:s långsiktiga logistikverksamhet samt att ta fram en logistikstrategi. Det är inte tillräckligt att FMV ansåg att Tinctor hade en bättre förmåga än andra företag att genomföra arbetena. Inte heller får undantaget i 4 kap. 5 § 2 LOU användas endast för att en befintlig leverantör skulle kunna erbjuda ett lägre pris på grund av att denne har bättre kännedom än konkurrenter om förhållandena hos den upphandlande myndigheten och de tjänster som ska utföras, och därmed inte behöver använda lika mycket resurser vid uppdragets inledande skede.

FMV fick således inte ingå avtal utan föregående annonsering endast för att Tinctor, som en följd av att FMV under flera års tid anskaffat tjänster från företaget utan föregående annonsering, upplevdes vara i en gynnsam konkurrenssituation jämfört med andra leverantörer.

Då det är orimligt att påstå att de aktuella tjänsterna omöjligt kunnat genomföras av någon annan leverantör än Tinctor fick FMV således inte ingå avtalet med Tinctor med stöd av undantaget för tekniska skäl i 4 kap. 5 § 2 LOU.

FMV har under KKV:s utredning även angett att ett byte av leverantör skulle innebära både tekniska och ekonomiska olägenheter, eftersom ingen annan leverantör kan leverera det som efterfrågas. Även om FMV i denna del inte uttryckligen har hänvisat till någon bestämmelse i LOU, aktualiserar FMV:s påstående undantaget för kompletterande leveranser av tjänster i 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU. Undantagsbestämmelsen är dock inte tillämplig p.g.a. att kompletteringen inte grundar sig på tidigare avtal som i sig har ingåtts i samband med en annonserad upphandling, det inte finns omständigheter som tyder på att behovet av de tjänster som anskaffats uppstod plötsligt och på ett sätt som FMV eller Försvarmakten inte

förutsåg eller borde ha kunnat förutse samt att FMV inte styrkt att avtalet skulle understiga hälften av värdet av ett eventuellt ursprungligt avtal.

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.

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 av normalgraden, bör avgiften kunna ligga i mitten av den högre delen av skalan, det vill säga sju-åtta procent av avtalets värde.

Vid en sammantagen bedömning anser KKV att en avgift om 240 000 kr, som utgör mindre än åtta procent av avtalets värde, är en skälig och proportionerlig sanktion för FMV:s överträdelse. Det föreligger inte några

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

förmildrande omständigheter som medför skäl att bestämma upphandlings-  
skadeavgiften till ett lägre belopp än det yrkade.

FMV anför som 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 förhand-  
lat förfarande utan föregående annonsering. FMV gjorde bedömningen att  
det, mot bakgrund av Tinctors tidigare erfarenhet och utförda arbeten samt  
tillgång till information, inte fanns några likvärdiga alternativ. Tinctor ägde  
en unik kännedom om Försvarsmaktens försvarslogistikverksamhet. FMV  
fann sålunda att det fanns förutsättningar att direktupphandla kontraktet  
med stöd av tekniska skäl enligt 4 kap. 5 § 2 LOU.

FMV förordnade om att direktupphandlingen skulle föregås av en för-  
handsinsyn enligt LOU och valde sålunda frivilligt att annonsera om sin  
avsikt att inte genomföra en annonserad upphandling. För det fall att  
FMV:s bedömning skulle visa sig vara felaktig och det rätteligen fanns  
någon annan leverantör som ansåg sig kunna utföra de aktuella tjänsterna,  
hadé denne eller dessa sålunda möjlighet att överpröva beslutet att direkt-  
upphandla kontraktet från Tinctor. Någon överprövning av förhands-  
insynen gjordes emellertid inte.

FMV bestrider att förhandsinsynen inte skulle ha uppfyllt kraven i 7 kap. 4  
§ LOU. Av förhandsinsynen framgår klart och tydligt att tekniska skäl åbe-  
ropats till stöd för direktupphandlingen. Likaså framgår klart skälen för  
denna bedömning och föremålet för direktupphandlingen är väl beskrivet i  
förhandsinsynen. FMV har som grund för direktupphandlingen endast åbe-  
ropat tekniska skäl enligt 4 kap. 5 § 2 LOU. FMV åberopar således inte,

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

och har aldrig heller tidigare åberopat, kompletterande leveranser av tjänster enligt 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU.

Det vitsordas 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. Det är således KKV som har bevisbördan för de sakomständigheter som KKV menar gör att upphandlingsskadeavgift enligt LOU ska utgå.

När det gäller det första kriteriet i 4 kap. 5 § 2 LOU konstaterar FMV att tjänsterna rör försvarslogistikplanering avseende materielsystem. Att tjänsterna är av teknisk karaktär torde vara ostridigt.

Det är inte korrekt att de tjänster som köpts av Tinctor kan beskrivas som *Supply Chain Management*, utan bör istället beskrivas som försvarsmaktslogistik. Tinctor har en unik kunskap rörande specifikt FMV:s och Försvarsmaktens försvarslogistikverksamhet. Tinctor har förvärvat dessa kunskaper och insikter under lång tid genom sina olika uppdrag hos FMV och Försvarsmakten. Denna kunskap är omöjlig att återskapa på ett tillförlitligt sätt och den för uppdraget nödvändiga kunskapen fanns därför endast hos Tinctor och dess personal.

Frågan om antalet anställda hos Tinctor saknar betydelse för bedömningen huruvida det fanns tekniska skäl att direkttilldela det nu aktuella kontraktet till bolaget.

Eventuell upphandlingsskadeavgifts storlek

För den händelse att rätten skulle finna att upphandlingen utgjort en otillåten direktupphandling, bestrider FMV att avgiften ska utgå med det av KKV yrkade beloppet. Direktupphandlingen i detta mål har ett lågt sanktionsvärde och det föreligger så många förmildrande omständigheter att avgiften i vart fall inte bör överstiga tre procent av kontraktsvärdet.

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 vid beaktande av samtliga omständigheter en otillåten direktupphandling betingar ett sanktionsvärde i den nedre delen av skalan.

Förmildrande omständigheter är att FMV genomfört en förhandsinsyn, som inte blev föremål för överprövning, att rättsläget är osäkert och att kontraktsvärdet är relativt lågt.

## 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.

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 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



FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

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 *Kommissionen 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 administrativt 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 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 härefter att ta ställning till om KKV visat att den i målet aktuella upphandlingen avseende tjänster för utarbetande av logistikstrategi 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. Så är fallet bl.a. om det som upphandlas av tekniska skäl kan fullgöras av endast en viss leverantör (15 kap. 3 § andra stycket LOU jämfört med 4 kap. 5 § 2 samma lag). EU-domstolen har 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 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 att det bara är undantaget om att det som upphandlas av tekniska skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör som åberopats. Det är därför endast denna undantagsbestämmelse som blir föremål för förvaltningsrättens prövning.

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

**DOM**

Vad gäller det första av EU-domstolens ovan nämnda kumulativa villkor, som ska vara uppfyllda för att 4 kap. 5 § 2 LOU ska kunna tillämpas, så är det ostridigt att de tjänster som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär. Mot bakgrund av vad KKV anfört om att ett flertal andra företag på marknaden genomfört uppdrag åt andra länders försvarsmyndigheter, anser förvaltningsrätten att det, även om Tinctor skulle besitta ingående kunskap rörande FMV:s och Försvarsmaktens försvarslogistikverksamhet, inte kan ha varit absolut nödvändigt att tilldela just Tinctor kontraktet. Förvaltningsrätten anser det därför visat att det inte förelåg 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.

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. Kontraktsvärdet uppgår enligt avtalet till 3 036 000 kr och upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kr – 303 600 kr (3 036 000 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

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

**DOM**

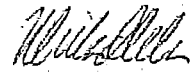
upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. I förarbetena erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande (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 enligt FMV är bl.a. att FMV genomfört en förhandsinsyn, som inte blev föremål för överprövning, att rättsläget är osäkert 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 försvärande omständigheter.

Förvaltningsrätten anser att även om FMV:s meddelande om förhandsinsyn skulle anses uppfylla kraven i 7 kap. 4 § LOU så motiverar inte det att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ner. Enligt förvaltningsrättens bedömning föreligger inte heller någon annan 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 saknas skäl att bestämma upphandlingsskadeavgiftens storlek till ett lägre belopp än det KKV har ansökt om, dvs. 240 000 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 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.