



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-07-25
Meddelad i
Stockholm

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	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	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-

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 inlåsnings- 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 försvarspolitikerna 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 iaktas. Modellen medför att utrymmet för skönsrättsliga 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 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 kontraktsvärdet 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.

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

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.

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

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-*

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 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 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

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 byggtrenader, 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

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.

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 allvarligare 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 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 - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.