



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-07-25
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
1271-12
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 600 000 kr.

Dok.Id 231342

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 600 000 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 det faktiska kontraktsvärdet 2 590 000 kr.

GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

KKV anför till stöd för sin talan bl.a. följande. FMV har brutit mot LOU genom att den 26 januari 2011 ingå ett avtal med Hestra Truck & Maskin AB (HTM) avseende köp av bogserfordon utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU, vilket utgör en otillåten direktupphandling.

Avtalet med HTM avsåg leverans av fem eldrivna dragtruckar av typen Steeltrac E 3-30 med option som ger FMV möjlighet att beställa ytterligare upp till tio stycken truckar av samma typ. Avtalet har inte föregåtts av något annonserat förfarande enligt LOU. Däremot föregicks avtalet av att FMV den 25 januari 2011 publicerade ett meddelande om frivillig förhandsinsyn. Det sammanlagda värdet av avtalet överstiger det aktuella tröskelvärdet. Upphandlingen skulle således ha handlagts enligt de direktivstyrda förfaranderegler i LOU.

Det ingångna avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Det åligger FMV att visa att det var tillåtet att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering enligt LOU. Placeringen av bevisbördan på den som åberopar ett undantag har inte begränsats till någon särskild måltyp, utan gäller generellt. Det kan ifrågasättas om det 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.

FMV har under KKV:s handläggning av ärendet uppgett att det aktuella avtalet om kompletterande leveranser grundar sig ett avtal från år 2000 avseende köp av en eldriven bogsertruck. FMV har även uppgett att säkerheten skulle kunna äventyras vid hantering av olika fordon med risk för sak- och personskador. Enligt FMV förelåg därför grund för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering då det varit fråga om kompletterande leveranser enligt 4 kap. 7 § 2 LOU samt då det förelegat tekniska skäl enligt 4 kap. 5 § 2 LOU.

Vad gäller undantagsbestämmelsen om kompletterande leveranser enligt 4 kap. 7 § 2 LOU anser KKV att dragtruckar för bogsering av flygfordon, inte i sig kan bedömas såsom särskilt komplicerade att underhålla eller avancerade att använda. Det är därför inte sannolikt att ett inköp av ett nytt truckfabrikat skulle medföra sådana tekniska svårigheter som avses i lagen. Vidare framgår det vid en studie av den befintliga marknaden att bogsertruckar av olika fabrikat inte torde skilja sig åt sinsemellan så väsentligt,

vad gäller egenskaper och hantering, att FMV inte genom smärre utbildningsinsatser och annat förebyggande arbete skulle kunna minimera risken för att sak- eller personskador uppstår.

Tilläggs- eller kompletteringsköp kan inte heller anses tillåtet enligt 4 kap. 7 § 2 LOU om det nya köpet värdemässigt är mycket stort i förhållande till, eller saknar ett tillräckligt starkt tidsmässigt eller sakligt samband med, det som köpts genom den ursprungliga annonserade upphandlingen. Undantaget för kompletterande varuleveranser bör avse kompletteringar eller tillägg i skäligen omfattning. I annat fall måste köpen betraktas som helt nya upphandlingssituationer. Den i målet aktuella kompletteringsanskaffningen är värdemässigt ca 18 gånger större än den ursprungliga leveransen. Vidare avsåg FMV:s ursprungliga anskaffning år 2000 ett enda fordon. Anskaffningen år 2002 avsåg köp av ytterligare två fordon. Nu aktuell anskaffning under år 2011 möjliggör ett köp av maximalt 15 stycken fordon, vilket alltså innebär en mångdubbling av volymerna jämfört med den första leveransen.

Kompletteringsanskaffning får inte ske senare än tre år från den ursprungliga leveransen om det inte finns särskilda skäl, vilket framgår av 4 kap. 7 § andra stycket LOU. Att det förflutit så lång tid som elva år mellan det ursprungliga kontraktet och kompletteringsanskaffningen är en omständighet som tydligt visar att det nya avtalet saknar ett sådant tidsmässigt samband med den första upphandlingen som krävs för att det ska kunna anses utgöra en sådan kompletterande leverans av varor som avses i bestämmelsen.

Det faktum att FMV under år 2008 valt att köpa in dragtruckar av annat fabrikat än de som tidigare inköpts visar att det varit, och fortfarande är, fullt möjligt för Försvarmakten att använda olika typer av truckar paral-

lellt inom organisationen utan att detta medför oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll.

Vad gäller ett icke-annonserat förfarande med hänvisning till tekniska skäl enligt 4 kap. 5 § 2 LOU förutsätter det att den upphandlande myndigheten på objektiva grunder kan visa att endast en viss leverantör kan utföra kontraktet. Endast den omständigheten att arbeten påstås vara komplicerade räcker inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda leverantör.

Avgörande för om undantaget är tillämpligt är om det är möjligt för en annan leverantör än HTM att leverera dragtruckar anpassade för bogsering av flygplan och helikoptrar. Konkurrensverket har vid en undersökning av marknaden kunnat konstatera att det finns ett antal leverantörer som tillhandahåller sådana varor. Ett stort antal upphandlande myndigheter och enheter, såväl civila som militära, från ett antal medlemsstater har även annonserat upphandlingar som avser dragtruckar för flygplan och helikoptrar och detta faktum utgör ytterligare belägg för att det finns en existerande marknad för sådana bogserfordon och visar att likartade kontraktstilldelningar konkurrensutsätts av upphandlande myndigheter i andra medlemsstater.

De skäl FMV anfört avseende säkerhetsaspekter och problem vid drift och underhåll eller att personal vant sig vid fordon av visst fabrikat m.m. är heller inte av sådan karaktär att det i sig kan visa att det inte fanns någon annan befintlig leverantör utöver HTM som kunnat tillhandahålla de efterfrågade bogserfordonen.

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 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 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 7-8 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 7 925 000 kr.

Det har i aktuellt fall inte framkommit några förmildrande omständigheter varför överträdelsens sanktionsvärde ligger inom ovan angivet spann. En upphandlingsskadeavgift i enlighet med det yrkade beloppet om 600 000 kr utgör ca 7,5 procent av avtalets värde. Den yrkade avgiften är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen

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 dels 4 kap. 7 § 2 LOU, dels 4 kap. 5 § 2 LOU.

Köpeskillingen uppgick till avtalade 2 590 000 kr. Avtalet innehåller likaså optioner som ger FMV möjlighet att köpa ytterligare upp till tio truckar av samma typ. Dessa optioner har emellertid inte utnyttjats. Med anledning av att KKV öppnat ett tillsynsärende rörande den nu aktuella anskaffningen har FMV valt att inte använda sig av dessa optioner. Endast i det fall att det föreligger en lagakraftvunnen dom med innebörd att upphandlingen var förenlig med regelverket, kommer FMV att överväga att använda optionerna.

Det nu aktuella avtalet föregicks av en förhandsinsyn enligt LOU. Förhandsinsynen blev emellertid inte föremål för någon ansökan om överprövning.

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. Emeller-

tid 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.

Vad gäller undantagsbestämmelsen om kompletterande leveranser enligt 4 kap. 7 § 2 LOU torde det vara ostridigt att det första rekvisitet, att varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, är uppfyllt. FMV anser att även det andra rekvisitet är uppfyllt eftersom ett byte av leverantör skulle ha medfört att FMV tvingats anskaffa varor som är tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller skulle leda till oproportionerliga svårigheter avseende drift och underhåll. Det är enligt FMV:s mening inte möjligt att använda truckar av annat fabrikat tillsammans med de el-truckar av märket Steeltrac E 3-30 som finns i Försvarmaktens organisation utan att göra avkall på säkerheten och samverkansförmågan. Det finns enligt FMV en beaktansvärd risk för sak- och personskador vid ett byte av fordon.

Olika fordonstyper skulle under alla förhållanden innebära oproportionerliga tekniska svårigheter för Försvarmakten att vidmakthålla en hög underhålls- och driftsnivå vid förbanden. Ett ytterligare system av truckar skulle innebära krav på ny utbildning av underhållspersonal och andra typer av reservdelsmateriel. Detta skulle ställa högre krav på vilken personal som tjänstgör var samt vilken materiel som finns var. Genom att endast använda en typ av eldriven dragtruck kan FMV minska de underhållsvolymer Försvarmakten behöver. De kostnader som ett byte av leverantör skulle medföra för Försvarmakten och FMV uppgår till ett belopp som motsvarar nyanskaffning av de nio fordon som är i drift, samt anskaffning av ytterligare fem. Genom att anskaffa ett nytt fabrikat skulle dessutom ett

nytt systemsäkerhetsarbete och ett nytt beslut om användning behövas.
Detta arbete kan ta upp till tolv månader.

Det är i och för sig korrekt att Försvarmakten förutom el-trucken från HTM även har dieseltruckar av annat märke. De båda fabrikaten fyller helt olika funktioner inom Försvarmakten och är överhuvudtaget inte utbytbara med varandra. KKV saknar följaktligen fog för sina påståenden i denna del.

Såvitt FMV känner till finns det inte någon praxis från EU-domstolen eller Högsta Förvaltningsdomstolen om att kompletteringsköp inte kan anses tillåtet om det nya köpet är mycket stort i förhållande till, eller inte har tillräckligt starkt tidsmässigt samband med, det som köpts genom den ursprungliga annonserade upphandlingen.

Ett kontrakt som tilldelas med stöd av 4 kap. 7 § första stycket 2 LOU får som huvudregel inte ha en avtalstid som är längre än tre år. KKV har gjort en felaktig tolkning av denna treårsregel. För bedömningen saknar det betydelse hur lång tid som gått mellan tilldelningen av det ursprungliga kontraktet och tilldelningen av kompletteringskontraktet.

Vad gäller undantagsbestämmelsen om tekniska skäl enligt 4 kap. 5 § 2 LOU, så är det ostridigt i målet att varorna är av teknisk karaktär. Som anförts är det inte möjligt att använda truckar av annat fabrikat tillsammans med de el-truckar av märket Steeltrac E 3-30 som finns i Försvarmaktens organisation utan att göra avkall på säkerheten och samverkansförmågan. Vid bedömningen av frågan huruvida det föreligger tekniska skäl för att direkttilldela kontraktet bör de särskilda förutsättningarna som gäller inom försvars- och säkerhetsområdet beaktas.

Eventuell upphandlingsskadeavgifts storlek

Det är i och för sig korrekt att det aktuella kontraktet beräknat enligt 3 kap. 3 § LOU uppgår till 7 925 000 kr. Av detta belopp utgör 2 590 000 kr värdet av grundbeställningen och 5 335 000 kr värdet av optioner. Då FMV inte har utnyttjat optionerna och inte heller avser att nyttja dessa, såvida det inte genom lagakraftvunnen dom fastställs att upphandlingen inte utgjort en otillåten direktupphandling, ska optionerna inte beaktas när upphandlingsskadeavgiftens storlek bestäms. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska alltså endast beräknas på vad som faktiskt köpts, nämligen 2 590 000 kr. 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 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, att kontraktsvärdet är relativt lågt och att FMV frivilligt avstått från att utnyttja de avtalade optionerna så länge målet handläggs i domstol.

Enligt KKV:s mening är den påstådda överträdelsen 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 23 procent av köpeskillingen. Det är av uppenbara skäl orimligt betungande och helt i strid med lagens 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.

I 4 kap. 7 § LOU anges bl.a. följande. En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering för tilldelning av varukontrakt om det gäller kompletterande varor från den ursprungliga leverantören om varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller

tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlade myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll.

I 17 kap. 1 § 3 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. 2 § LOU anges bl.a. följande. Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 17 kap. 1 § 3.

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 av bogserfordon 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 av tekniska skäl endast kunde fullgöras av en viss leverantör (4 kap. 5 § 2 LOU), dels att det som upphandlades avsåg kompletterande varor från den ursprungliga leverantören och att ett byte av leverantör skulle leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll (4 kap. 7 § 2 LOU).

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 är ostridigt att de varor som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär. Förvaltningsrätten anser emellertid att KKV får anses ha visat att det inte kan ha varit absolut nödvändigt att FMV skulle tilldela just HTM kontraktet. Vad som framkommit av den bevisning KKV gett in i målet ger en bild av en typ av fordon som är av relativt enkel beskaffenhet, med relativt små skillnader mellan olika fabrikat. KKV har därför visat att det inte kan ha varit uteslutet att bogserfordon från annan leverantör än HTM hade kunnat tillgodose behovet. Undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § 2 LOU är därför inte tillämplig.

Oavsett om de aktuella dragtruckarna ska anses utgöra antingen delvis utbyte eller tillägg till tidigare leveranser enligt 4 kap. 7 § 2a LOU, så anser förvaltningsrätten att KKV har visat att det inte skulle medföra oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll för FMV att ha olika typer av truckar parallellt inom organisationen. Därför är inte heller undantagsbestämmelsen i 4 kap. 7 § 2 LOU tillämplig. Det är därmed 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. Härfter 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 kon-

trakt 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 7 925 000 kr. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kr – 792 500 kr (7 925 000 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 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 försvårande omständigheter.

Förvaltningsrätten anser att även om FMV genomfört en förhandsinsyn 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 anför. 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. 600 000 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 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 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.