



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 7

DOM
2025-03-20
Meddelad i Stockholm

Mål nr
16627-23

SÖKANDE

Heckler & Koch GmbH

Ombud: Advokaterna Erik Gadman, Lorentz Reige och Rebecka Norell

MOTPART

Försvarets materielverk

Ombud: Advokaterna Eva-Maj Mühlenbock och Lukas Granlund
samt biträdande jurist Ida Markusson

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Heckler & Koch GmbH:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten förordnar att bestämmelsen om sekretess i 15 kap. 2 §
offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska vara tillämplig även i
fortsättningen för uppgifter som lagts fram vid den muntliga förhandlingen
inom stängda dörrar och som inte tagits in i denna dom.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1
Telefon
08-561 680 00

Öppettider
måndag–fredag
08:00–16:00

Postadress

115 76 Stockholm

E-post
avd7.fst@dom.se

Webbplats
www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/

INLEDNING

1.1 Bakgrund

Försvarets materielverk (FMV) har tillsammans med finska Försvarsmakten genomfört en upphandling av eldhandvapensystem, i vilken även ingår tillbehör, service, underhåll och tillhandahållande av reservdelar avseende vapensystemen, utan föregående annonsering. FMV har för svenskt vidkommande varit ansvarig upphandlande myndighet. FMV har gjort bedömningen att det är möjligt att undanta upphandlingen från annonseringskravet i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFSS, med hänvisning till att det föreligger väsentliga säkerhetsintressen enligt artikel 346.1 b om Europeiska unionens funktionssätt, EUF-fördraget.

FMV, finska Försvarsmakten och Sako Oy (Sako) ingick den 27 mars 2023 ett ramavtal avseende eldhandvapensystem m.m. (ramavtalet). FMV och Sako ingick samma dag ett avropskontrakt (avropskontraktet). Ingåendet av ramavtalet och avropskontraktet har inte efterannonserats. För svensk del har Polismyndigheten, Säkerhetspolisen, Försvarsmakten, Kustbevakningen och Tullverket rätt att göra avrop från ramavtalet.

Heckler & Koch GmbH (Heckler & Koch eller bolaget) ansökte den 23 augusti 2023 om överprövning av ramavtalets och avropskontraktets giltighet.

Förvaltningsrätten avslog genom beslut den 9 februari 2024 bolagets yrkande att förvaltningsrätten skulle inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen avseende bl.a. tolkningen av artikel 346.1 b EUF-fördraget.

Förvaltningsrätten har den 1 oktober 2024 hållit muntlig förberedelse och den 19–20 februari 2025 muntlig förhandling i målet. Vid förhandlingen har på bolagets begäran partsförhör hållits med Jens Bodo Koch, verkställande direktör för Heckler & Koch. På begäran av FMV har vittnesförhör under ed

hållits med Karl Engelbrektson, tidigare chef för armén inom Försvarsmakten, och Mikael Frisell, tidigare chef för Verksamhetsområde Armé vid FMV. Vittnesförhör och slutanföranden i målet har hållits inom stängda dörrar. Båda parter har gett in skriftlig utredning.

1.2 Yrkanden m.m.

Heckler & Koch yrkar i första hand att ramavtalet och avropskontraktet ska ogiltigförklaras i dess helhet. I andra hand yrkar bolaget att ramavtalet ska förklaras ogiltigt i förhållande till samtliga svenska avropsberättigade parter förutom FMV.

Som grund för sin talan för Heckler & Koch fram följande. FMV har enligt 8 kap. 1 § LUFS varit skyldigt att annonsera ingåendet av ramavtalet och avropskontraktet. FMV har inte haft rätt att genomföra upphandlingen utan föregående annonsering eftersom förutsättningarna för undantag från annonsering enligt artikel 346.1 b EUF-fördraget och 1 kap. 9 § LUFS inte är uppfyllda. Det finns inte heller några andra undantag från annonseringsplikten som är tillämpliga. Genom den otillåtna direktupphandlingen har bolaget stängts ute från möjligheten att konkurrera om FMV:s och övriga avropsberättigade myndigheters beställningar av varorna och tjänsterna. FMV:s överträdelse av LUFS har därför medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. FMV har bevisbördan för att det varit tillåtet för myndigheten att tillämpa ett undantag från LUFS.

FMV anser i första hand att ansökan ska avvisas och i andra hand att den ska avslås. För det fall förvaltningsrätten finner att förutsättningar för ogiltighet föreligger yrkar myndigheten att avtalet och kontraktet ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Som grund för att ansökan ska avvisas för FMV fram att Heckler & Koch inte är leverantör på den i målet aktuella marknaden och att bolaget därmed inte har talerätt. Bolaget kan därför inte ha lidit eller riskerat att lida skada.

Som grund för att ansökan ska avslås för myndigheten fram följande. Hela ramavtalet och avropskontraktet omfattas av undantaget om väsentliga säkerhetsintressen i 1 kap. 9 § LUFS och artikel 346.1 b EUF-fördraget. Om domstolen finner att ramavtalet och avropskontraktet inte har kunnat undantas enligt 1 kap. 9 § LUFS har förutsättningar för ett förfarande utan föregående annonsering ändå förelegat enligt 4 kap. 4 § LUFS.

Om domstolen anser att förutsättningar för att ogiltigförklara ramavtalet eller avropskontraktet föreligger ska domstolen ändå låta avtalet och kontraktet bestå eftersom det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Heckler & Koch har genmält att ansökan inte ska avvisas samt att ramavtalet och avropskontraktet inte ska bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bolaget anför bl.a. följande. Bolaget har talerätt eftersom det är en leverantör i enlighet med definitionen i 2 kap. 16 § LUFS och anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Bestämmelsen i 4 kap. 4 § LUFS är inte tillämplig och det saknas förutsättningar för att tillämpa bestämmelsen. I vart fall har FMV brutit mot LUFS genom att inte beakta de allmänna upphandlingsrättsliga principerna vid ingåendet av ramavtalet och avropskontraktet. Förutsättningar för att låta ramavtalet och avropskontraktet bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse föreligger inte heller.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I det följande kommer förvaltningsrätten att bedöma de i målet aktuella frågeställningarna. Den första fråga som domstolen ska pröva är om Heckler & Koch har talerätt. Om så är fallet har domstolen därefter att ta ställning till om det har funnits förutsättningar för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, där det först ska prövas om det har funnits grund för FMV att tillämpa undantaget i artikel 346.1 b EUF-fördraget och 1 kap. 9 § LUFS. Om domstolen finner att ramavtalet och avropskontraktet inte hade kunnat undantas i enlighet med ovan nämnda bestämmelser har domstolen att pröva om förutsättningar föreläggat för ett förfarande utan föregående annonsering i enlighet med 4 kap. 4 § LUFS. Slutligen ska förvaltningsrätten pröva om ramavtalet och avropskontraktet ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

2. Har Heckler & Koch talerätt i målet?

Den första fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om Heckler & Koch har rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen, dvs. om bolaget har talerätt.

2.1 Vad parterna för fram

FMV gör gällande att Heckler & Koch inte har talerätt i målet. Myndigheten för fram bl.a. följande. Vem som är leverantör på marknaden, och därmed indirekt talerätten, påverkas av myndighetens behov eftersom detta behov styr vilken marknad myndigheten vänder sig till. I ramavtalet ställs krav på att produktion sker endast inom Sveriges eller Finlands territorialgränser. För att vara leverantör för upphandlingen måste aktören således vara etablerad på, eller ha för avsikt att etablera sig på, det svensk-finska territoriet. Kravet på att tillverka eldhandvapen på det svensk-finska territoriet är sakligt motiverat.

Bolaget är inte etablerat på Sveriges eller Finlands territorium och har inte heller påstått att det vill etablera sig i regionen. De krav på försörjningstrygghet som kommer till uttryck i ramavtalet innebär att det endast är vapentillverkare på svenskt eller finländskt territorium som kan komma i fråga för kontraktet, även om kontraktet hade varit konkurrensutsatt. Kravet innebär alltså att bolaget inte lider skada av att upphandlingen inte har annonserats.

Heckler & Koch för i huvudsak fram följande. Bolaget omfattas av det upphandlingsrättsliga leverantörsbegreppet i den mening som krävs för att det ska ha talerätt. Bolaget tillhandahåller varor och tjänster på marknaden av den typ som omfattas av ramavtalet och avropskontraktet. Även potentiella leverantörer omfattas av det upphandlingsrättsliga leverantörsbegreppet. Bolaget har tydligt gett sitt intresse av att tilldelas kontrakt till känna och har tidigare deltagit i upphandlingar i Sverige och i Skandinavien samt har bl.a. levererat eldhandvapen till FMV och Polismyndigheten. Bolaget är för övrigt en etablerad tillverkare och leverantör av eldhandvapen. Bolaget har möjlighet att möta mycket högt ställda krav på försörjningstrygghet och har en faktisk och realistisk möjlighet att leverera eldhandvapen i både Sverige och Finland. Bolaget har tidigare framgångsrikt etablerat sig utanför Tyskland. Ramavtalet tillåter dessutom produktion var som helst utanför Sverige och Finland. Det upphandlingsrättsliga marknadsbegreppet innebär att låga krav ställs vid analysen av om någon är en leverantör genom att tillhandahålla varor på marknaden. Den avgränsning av marknaden som FMV förespråkar är konstruerad.

En ordning där den upphandlande myndighetens kravställning, även om den strider mot LUFS, begränsar vem som är leverantör i talerättshänseende skulle medföra en uppenbar risk för kringgående av såväl de EU-rättsliga som de nationella bestämmelserna om överprövning och urholka den rätt till domstolsprövning som följer av upphandlingslagstiftningen.

Den enda anledningen till att bolaget inte deltog i upphandlingen var att FMV inte annonserade ut den. FMV:s överträdelse av upphandlingsreglerna har inneburit att bolaget inte getts möjlighet att konkurrera om ramavtalet och avropskontraktet. Bolaget anser sig alltså ha lidit eller har kunnat komma att lida skada av FMV:s överträdelse av LUFS.

2.2 Förvaltningsrättens bedömning

I 16 kap. 4 § LUFS framgår att allmän förvaltningsdomstol får överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. I 2 kap. 16 § LUFS definieras begreppet leverantör som ”den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader”.

Av praxis från EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen framgår att begreppet leverantör och rätten att ansöka om överprövning ska tolkas vidsträckt. En förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är dock att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling (se exempelvis EU-domstolens dom i mål C-26/03 och mål C-305/08 samt HFD 2017 ref. 62).

Förvaltningsrätten konstaterar att det tydligt framkommit att Heckler & Koch har haft ett intresse av att delta i upphandlingen och att tilldelas avtal. Detta har bekräftats under partsförhöret med Jens Bodo Koch, som även uppgav att bolaget anser sig ha lidit skada till följd av FMV:s direktupphandling.

Förvaltningsrätten konstaterar också att Heckler & Koch tillhandahåller varor och tjänster på den europeiska marknaden av den typ som omfattas av ramavtalet och avropskontraktet.

FMV har gjort gällande att Heckler & Koch inte kan anses vara en leverantör på den för upphandlingen aktuella marknaden eftersom bolaget inte är etablerat

på Sveriges eller Finlands territorium. Förvaltningsrätten konstaterar att begreppet marknad inte definieras vare sig i LUFS eller i det bakomliggande direktivet. Domstolen anser dock att den tolkning av marknadsbegreppet som FMV förespråkar – och som enbart utgår från den aktuella upphandlingens krav på etablering inom ett visst territorium – framstår som alltför snäv. Marknadsbegreppet bör i stället ges en vid innebörd och i vart fall anses omfatta medlemsstaternas gemensamma marknad för försvarsmateriel. En sådan tolkning är även i linje med att syftet med upphandlingsregelverket är att främja fri rörlighet och konkurrens inom unionen. Tolkningen överensstämmer också med det som uttalats i ingressen till det s.k. LUFS-direktivet¹ om behovet av att skapa en verklig europeisk marknad för försvarsmateriel.

Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att Heckler & Koch är en leverantör på marknaden som anser sig ha lidit eller kunnat komma att lida skada. Bolaget har därmed talerätt.

3. Föreligger förutsättningar för att tillämpa undantaget i artikel 346.1 b EUF-fördraget och 1 kap. 9 § LUFS?

3.1 Utgångspunkter för prövningen

Förvaltningsrätten har ovan bedömt att Heckler & Koch har talerätt, vilket i sin tur innebär att bolaget har rätt att ansöka om överprövning av ramavtalets och avropskontraktets giltighet. Domstolen kommer därför att i nästa steg pröva om det föreligger förutsättningar för att tillämpa undantaget i artikel 346.1 b EUF-fördraget och 1 kap. 9 § LUFS.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfaranden vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenad, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten följande.

Upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet, som den i målet aktuella upphandlingen, omfattas av EU:s upphandlingsrättsliga regelverk. Inom EU-rätten är dock den nationella säkerheten varje medlemsstats eget ansvar och EUF-fördraget ger därför medlemsstaterna ett utrymme att göra undantag från den övriga EU-rätten när det är nödvändigt på grund av säkerhetsskäl.

Enligt artikel 346.1 b EUF-fördraget får varje medlemsstat vidta åtgärder som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel. Sådana åtgärder får dock inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden för varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål. Bestämmelsen i artikel 346.1 b innebär att EU:s upphandlingsregelverk inte behöver tillämpas vid tilldelning av avtal i upphandling om ett undantag är nödvändigt med hänsyn till skyddet av en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen. Medlemsstaternas intresse av att kunna skydda sina legitima väsentliga säkerhetsintressen vid upphandling har alltså i dessa fall getts företräde framför intresset av att främja konkurrens på marknaden.

Bestämmelsen i artikel 346.1 b får tillämpas på sådana varor som är upptagna i den förteckning över vapen, ammunition och krigsmateriel som antogs av rådet i dess beslut 255/58 av den 15 april 1958. Förteckningen omfattar endast utrustning som är utformad, framtagen och framställd speciellt för militär användning. Förteckningen är generisk och bör tolkas i vid mening mot bakgrund av att tekniken, upphandlingsförfarande och de militära kraven utvecklas över tid.

EU-domstolen har slagit fast att undantaget i artikel 346 ska tolkas restriktivt och att det ankommer på den medlemsstat som avser att tillämpa undantaget att visa att åtgärden är proportionerlig och nödvändig (se EU-domstolens domar i

mål C-414/97, mål C-284/05 och mål C-615/10). Detta innebär att det är FMV som ska visa att det var nödvändigt att undanta upphandlingen för att skydda Sveriges väsentliga säkerhetsintressen.

EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande från 2006 uttalat sig om tillämpningen av dåvarande artikel 296 (numera artikel 346 EUF-fördraget)². Syftet med tolkningsmeddelandet var att förebygga eventuella feltolkningar samt missbruk av artikeln. Genom tolkningsmeddelandet förtydligades de frågor som upphandlande myndighet har att analysera inför en eventuell tillämpning av undantaget. Enligt tolkningsmeddelandet har en upphandlande myndighet först att ta ställning till vilket väsentligt säkerhetsintresse som står på spel. Därefter har myndigheten att ta ställning till vad sambandet är mellan det väsentliga säkerhetsintresset och upphandlingen samt slutligen varför det är nödvändigt att undanta upphandlingen från upphandlingsregelverket för att skydda det väsentliga säkerhetsintresset.

För svenskt vidkommande kommer artikel 346.1 b till uttryck i 1 kap. 9 § LUFSS som innebär en möjlighet att, i enskilda fall och under vissa förutsättningar, göra de undantag från upphandlingsregelverket som är nödvändiga med hänsyn till Sveriges väsentliga säkerhetsintressen. I första hand är det regeringens uppgift att besluta om sådana undantag, men det ges även möjlighet för angivna myndigheter, FMV, Försvarmakten och Försvarets radioanstalt, att besluta om undantag. Möjligheterna för myndigheterna att besluta om undantag skiljer sig åt, men gemensamt är att de kan besluta om undantag om upphandlingens värde understiger vissa beloppsgränser. FMV och Försvarmakten kan därutöver besluta om undantag när upphandlingen avser varor, tjänster eller byggentreprenader inom ramen för en av Sverige träffad internationell överenskommelse om mellanstatlig samverkan i fråga om

² Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296 i fördraget på området för försvarsupphandlingar, KOM [2006] 779 den 7 december 2006.

försörjning av varor, tjänster eller byggentreprenader, se 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFs.

3.2 Avser upphandlingen varor eller tjänster inom ramen för en av Sverige träffad internationell överenskommelse?

För att FMV ska ha haft rätt att besluta om undantag enligt 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFs krävs det att upphandlingen avser varor eller tjänster inom ramen för en av Sverige träffad internationell överenskommelse om mellanstatlig samverkan. Förvaltningsrätten kommer därför i det följande att pröva denna fråga.

3.2.1 Vad parterna för fram

FMV för fram bl.a. följande. Den 26 april 2021 undertecknade Sverige, genom FMV, och Finland en mellanstatlig överenskommelse om informationsutbyte för soldatvapensystem mellan Sverige och Finland (Information Exchange Agreement, "IEA-avtalet"). Den 3 september 2021 undertecknade Sverige, genom FMV, och Finland en mellanstatlig överenskommelse om samarbete avseende gemensamma upphandlingar av soldatvapensystem och annan teknisk utrustning (Technical Agreement, "TA-avtalet"). Den 18 maj 2022 ingick Sverige, genom FMV, och Finland en mellanstatlig överenskommelse avseende gemensam upphandling av eldhandvapensystem (Implementing Arrangement, "IA-avtalet").

FMV:s upphandling av eldhandvapen avser utrustning som är särskilt utformad eller anpassad för militära ändamål och som är avsedd att användas för sådana syften. Genom ingåendet av TA-avtalet och IA-avtalet har ramavtalet och avropskontraktet i sin tur ingåtts inom ramen för sådan internationell överenskommelse som avses i 1 kap. 9 § LUFs. Av IA-avtalet framgår tydligt att det är just den aktuella upphandlingen som den internationella överenskommelsen

avser. Det är därmed tydligt att ramavtalet och avropskontraktet är tecknat inom ramen för alla internationella överenskommelser, men särskilt IA-avtalet. Att Försvarsmakten, Polismyndigheten, Säkerhetspolisen, Kustbevakningen och Tullverket kan göra avrop från ramavtalet förändrar inte detta. Att dessa myndigheter kan göra avrop innebär inte heller att det är fråga om anskaffning för icke-militära ändamål eller att anskaffningen inte är gjord i försvarssyfte.

Ledning kan tas från Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling (LOU-direktivet) när det gäller frågor som inte behandlats fullt ut i LUFS-direktivet. Av 7 kap. 19 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, är det tydligt att krav får ställas på vad en överenskommelse om gemensamma utredningsåtgärder ska innehålla. Kraven varken begränsar eller antyder hur en internationell överenskommelse ska genomföras. Alla internationella överenskommelser, även de aktuella i målet, ingås mellan stater och inte enskilda myndigheter. I staten Sverige ingår bl.a. de myndigheter som återfinns som avropsberättigade i ramavtalet. Att andra upphandlande myndigheter är avropsberättigade gör inte att ramavtalet går utöver den internationella överenskommelsen. De som har skrivit avtalen är de som har bäst förutsättningar när det gäller att tolka avtalen. Både FMV och den finska Försvarsmakten har gjort samma tolkning av IA-avtalet.

Heckler & Koch för fram bl.a. följande. För att FMV ska ha haft rätt att tillämpa undantaget i 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFS och artikel 346.1 b i EUF-fördraget krävs att upphandlingen avser varor inom ramen för en av Sverige träffad internationell överenskommelse om mellanstatlig samverkan i fråga om försörjning av varor. Att en internationell överenskommelse har ingåtts mellan två stater innebär dock inte att varje gemensam anskaffning som staterna genomför är inom ramen för den internationella överenskommelsen. Ramavtalet och avropskontraktet går utöver vad som följer av de internationella överenskommelser som FMV hänvisar till.

Det svensk-finska försvarssamarbetet omfattar inte anskaffningar för andra ändamål än militära. Varken IA- eller TA-avtalet omfattar anskaffning för icke-militära ändamål och inga andra myndigheter än FMV och den finska motsvarigheten refereras i avtalen. Att det följer av IA-avtalet att en gemensam upphandling ska genomföras och att parterna kommit överens om att anskaffningen ska undantas med stöd av artikel 346.1 b EUF-fördraget är inte detsamma som att den direktupphandling som FMV har genomfört avser varor och tjänster inom ramen för denna internationella överenskommelse. Eftersom ramavtalet omfattar anskaffningar för både militära och icke-militära behov samt gäller för myndigheter som inte omfattas av ländernas försvarssamarbete innebär det att FMV inte kan undanta upphandlingen med stöd av 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFS.

Hänvisningen till 7 kap. 19 § LOU är irrelevant eftersom den tar sikte på vad en överenskommelse om gemensamma upphandlingsåtgärder ska innehålla. Vad en sådan överenskommelse ska innehålla är ovidkommande i förhållande till FMV:s möjlighet att besluta om undantag enligt 1 kap. 9 § LUFS. Det spelar ingen roll vem som ingått de aktuella överenskommelserna utan det avgörande är om FMV har beslutat att undanta varor inom ramen för IA-avtalet eller inte. FMV har inget tolkningsföreträde när det gäller att tolka IA- och TA-avtalen utan det är FMV som har bevisbördan för att ett undantag från LUFS har varit tillämpligt. Otydligheter får falla tillbaka på FMV.

3.2.2 Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att mellanstatliga samarbeten mellan de nordiska grannländerna har bedrivits under en lång tid. Försvarssamarbetet mellan de nordiska länderna baserar sig sedan 2009 på ett övergripande samförståndsavtal; Nordic Defence Cooperation Memorandum of Understanding (Nordefco MoU). Det försvars- och säkerhetspolitiska samarbetet med Finland intar dock en särställning. Sedan 2018 finns det ett

särskilt samförståndsavtal mellan Sverige och Finland avseende försvarssamarbete, Memorandum of Understanding between Finland and Sweden on Defence Cooperation (FISE MoU). Den särskilda relationen mellan Sverige och Finland framgår även av 1 § lagen (2020:782) om operativt militärt stöd där det anges att regeringen under angivna förutsättningar får besluta att svenska väpnade styrkor kan sättas in som stöd till Finland.

Den 3 december 2020 beslutade regeringen att bemyndiga FMV att förhandla och ingå internationella överenskommelser med behörig myndighet i Finland om gemensam anskaffning av materiel och förnödenheter samt tjänster relaterade till denna materiel (Fö2020/00847). Under vittnesförhören med Karl Engelbrektson respektive Mikael Frisell uppgav de båda att en fördjupning av det svensk-finska försvarssamarbetet var en högt prioriterad fråga för Sveriges regering och att FMV gavs mandat att se över materielområden där samarbetet kunde fördjupas genom gemensam anskaffning. Regeringens bemyndigande resulterade i att Sverige, genom FMV, och Finland, genom finska Försvarsmakten, ingick överenskommelser om dels informationsutbyte för soldatvapensystem (IEA-avtalet), dels samarbete avseende gemensamma upphandlingar av soldatvapensystem och annan teknisk utrustning (TA-avtalet) och slutligen tillämpningsöverenskommelse om gemensam upphandling av eldhandvapensystem (IA-avtalet).

Enligt förvaltningsrättens mening står det mot denna bakgrund klart att ramavtalet och avropskontraktet är tecknade inom ramen för en sådan internationell överenskommelse som avses enligt 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFSS. Förvaltningsrätten anser att omständigheten att andra myndigheter än FMV också är avropsberättigade till ramavtalet inte förtar det faktum att en internationell överenskommelse har ingåtts mellan två stater, dvs. Sverige och Finland. Domstolen har vid denna bedömning särskilt beaktat att svenska förvaltningsmyndigheter, såsom Polismyndigheten och Säkerhetspolisen, utgör en del av den svenska staten och det faktum att dessa och övriga i ramavtalet

upptagna myndigheter också är avropsberättigade inte i sig innebär att ramavtalet och avropskontraktet går utöver de internationella överenskommelserna.

Nästa fråga är dock om dessa myndigheters anskaffning av varorna och tjänsterna även skett för icke-militära behov utanför det svensk-finska försvarssamarbetet och därmed inte omfattas av undantaget i artikel 346.1 b EUF-fördraget och 1 kap. 9 § LUFS. Förvaltningsrätten kommer att pröva denna fråga under nästa avsnitt.

3.3 Omfattar upphandlingen varor eller tjänster som inte är avsedda för militära ändamål?

3.3.1 Vad parterna för fram

Heckler & Koch för fram bl.a. följande. Artikel 346.1 b i EUF-fördraget avser endast varor för militära ändamål och det är således enbart anskaffningen av sådana varor som kan undantas från LUFS med stöd av artikeln. Varor för civila ändamål omfattas alltså inte av undantaget, även om sådana kan komma att användas militärt. EU-domstolen har i mål nr C-337/05 slagit fast att myndigheter som inte ingår i en medlemsstats militära försvar inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 346.1 b EUF-fördraget.

Det är inte möjligt att med stöd av artikeln undanta anskaffningar som den upphandlande myndigheten anser vara ett naturligt tillägg till huvudföremålet. Ramavtalet och avropskontraktet avser inte militära ändamål i sin helhet. Varken Polismyndigheten, Tullverket, Säkerhetspolisen eller Kustbevakningen ingår i Sveriges militära försvar, utan i civilförsvaret. FMV medger att Polismyndigheten och Säkerhetspolisen kan komma att använda vapnen i annan verksamhet än rent militär. Att civila myndigheter har avsikten att använda vapen för icke-civilt bruk är inte tillräckligt för att visa att syftet med

anskaffningen för dessa myndigheters räkning är militär. Ett ramavtal kan inte syfta endast till att tillgodose militära ändamål om avtalsföremålet kan komma att användas för annan verksamhet än militär.

Det har inte förelegat några objektiva skäl för att tilldela ramavtalet i ett enda avtal. Det hade varit möjligt att dela upp avtalet och, om det avseende någon del var nödvändigt och tillåtet med ett undantag från LUFS, att låta undantaget enbart omfatta denna del. Förutsättningar för undantag från LUFS har därför inte förelegat beträffande de delar av ramavtalet som inte omfattar militära ändamål.

FMV för fram bl.a. följande. Ramavtalet och avropskontraktet avser i sin helhet militära ändamål. Syftet med anskaffningen är militärt på grund av vapnens egenskaper och syftet med användningen. Eldhandvapnen är planerade, utvecklade och tillverkade speciellt för militära ändamål. Vapnen är helautomatiska, har magasin med fler än fem patroner och andra pipor än vapen utformade för civilt bruk. Sådana vapen får inte säljas på den civila marknaden och är den typ av produkter som omfattas av rådets beslut 55/58 av den 15 april 1958.

FMV kan av sekretesskäl inte återge hur Polismyndigheten och andra myndigheter avser att använda vapnen i dess helhet. Samtliga myndigheters avsikt med att använda vapnen är dock att försvara Sverige, dvs. vapnen ska användas för militära ändamål inom ramen för respektive myndighets uppgift i totalförsvaret. Ändamålet påverkas inte av vem som använder föremålet, utan det avgörande är om varan objektivt sett är av specifik militär art.

Jämförelsen med EU-domstolens mål C-337/05 haltar eftersom varorna som aktualiserades i det målet avsåg helikoptrar med ett huvudsakligt civilt ändamål, som eventuellt kunde komma att användas för militära ändamål, och inte som aktuell upphandling som rör varor med militära ändamål.

Även om Polismyndigheten, Säkerhetspolisen, Tullverket och Kustbevakningen är civila myndigheter innebär det inte att myndigheterna inte har en militär funktion i den mening som avses i artikel 346.1 b EUF-fördraget. Syftet med att myndigheterna kan göra avrop från ramavtalet är för att de ska kunna anskaffa vapensystem till den verksamhet som avser deras uppgifter inom totalförsvaret och för att fullgöra uppgifter som följer av särskild lagstiftning. Detta förändras inte av att myndigheterna i begränsad utsträckning kan komma att använda vapnen i annan verksamhet än rent militär.

Även om domstolen skulle anse att en mindre del av upphandlingen avser varor för icke-militära ändamål har FMV ändå haft rätt att tillämpa 1 kap. 9 § LUFSS. Det är uppenbart att denna del avser ett naturligt tillägg till huvudföremålet men som i sammanhanget är av helt underordnad betydelse, särskilt vad gäller värdet. Enligt principen om delade kontrakt gäller att om en del går under undantaget i artikel 346.1 b EUF-fördraget så gäller det även den underordnade delen. Tilldelning måste därför ske i ett enda kontrakt.

3.3.2 Förvaltningsrättens bedömning

Av praxis från EU-domstolen följer att det finns två faktorer som avgör om en vara är att anse som militär utrustning eller inte. Det är dels om varan objektivt sett är av militär art – dvs. om varan har särskilda egenskaper eller är särskilt utformad för militära ändamål, dels om syftet med anskaffningen av utrustningen är för militära ändamål (jfr mål C-615/10).

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det genom vad som framkommit i målet står klart att de vapen som upphandlingen avser utgör sådan utrustning som är särskilt utformad och anpassad för militära ändamål, dvs. varor som objektivt sett är av militär art. Det rör sig även om en sådan typ av varor som typiskt sett omfattas av den förteckning över vapen, ammunition och krigsmateriel som antogs av rådet i dess beslut 255/58 av den 15 april

1958. Heckler & Koch har dock gjort gällande att ramavtalet och avropskontraktet inte avser militära ändamål i dess helhet eftersom civila myndigheter kan komma att använda vapnen i annan verksamhet än rent militär. Frågan blir därmed om de civila myndigheternas möjlighet till avrop innebär att anskaffningen delvis har ett icke-militärt syfte och att undantagsbestämmelsen enligt artikel 346.1 b EUF-fördraget och 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFSS därmed inte blir tillämplig.

Det är ostridigt att de avropsberättigade civila myndigheterna ingår i Sveriges totalförsvaret. Aktuella myndigheter har särskilda militära uppgifter vid händelse av krig och ett militärt uppdrag att bidra till Försvarsmaktens operativa förmåga. FMV har uppgett att syftet med att göra myndigheterna avropsberättigade i ramavtalet är för att de ska kunna anskaffa vapen till den verksamhet som avser uppgifter inom totalförsvaret och för att de ska kunna fullgöra uppgifter som följer av särskild lagstiftning. Även om den tilltänkta användningen inte har kunnat beskrivas närmare av FMV med hänvisning till sekretess, anser förvaltningsrätten att FMV med tillräcklig tydlighet har visat att syftet med de civila myndigheternas anskaffningsrätt är att se som militärt.

Den omständigheten att Polismyndigheten och Säkerhetspolisen i viss begränsad utsträckning kan komma att använda vapnen i annan verksamhet än rent militär, vilket FMV under målets handläggning medgett är fallet, förtar inte bedömningen att möjligheten till avropsrätt för myndigheterna har gjorts uteslutande för militärt ändamål. Det kan i detta sammanhang även nämnas att kommissionen redan för nästan 20 år sedan uttalade i sitt tolkningsmeddelande att säkerhet blivit ett alltmer komplext koncept där nya hot suddar ut den traditionella skiljelinjen mellan militära och icke-militära, externa och interna säkerhetsaspekter (KOM [2006] 779, s. 5). Det kan antas att situationen i dag är än mer nyanserad. Enligt förvaltningsrättens mening talar även detta för att en alltför snäv bedömning inte är motiverad i detta avseende.

Vid bedömningen har förvaltningsrätten också beaktat att de civila myndigheternas avropsvärde enligt FMV uppskattas uppgå till endast några få procent av FMV:s och finska Försvarsmaktens bedömda totala avropsvärde. En eventuell icke-militär användning av anskaffade vapen i begränsad utsträckning från myndigheternas sida framstår därmed ha ytterst marginell inverkan på upphandlingen som helhet. Det föreligger därför inte några skäl för att dela upp ramavtalet och avropskontraktet.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att upphandlingen i dess helhet omfattar militära varor och tjänster och att anskaffningen skett inom ramen för en internationell överenskommelse om det svensk-finska försvarssamarbetet. Detta innebär att anskaffningen av vapen i sig omfattas av undantagsmöjligheten i artikel 346.1 b EUF-fördraget och 1 kap. 9 § LUFS.

Nästa fråga som förvaltningsrätten prövar gäller om FMV har haft rätt att undanta upphandlingen för andra myndigheters räkning.

3.4 Har FMV haft rätt att undanta upphandlingen för andra myndigheters räkning?

3.4.1 Vad parterna för fram

Heckler & Koch för fram bl.a. följande. Bestämmelsen i 1 kap. 9 § LUFS ger inte FMV rätt att undanta upphandlingar för andra myndigheters räkning. För myndigheter, förutom FMV och efter en lagändring numera i vissa situationer Försvarsmakten, krävs ett regeringsbeslut för att helt eller delvis undanta anskaffningar från upphandlingslagstiftningen. Det förhållandet att andra myndigheter är avropsberättigade och att ramavtalet ligger till grund för framtida kontrakt innebär att FMV har beslutat om undantag för dessa myndigheters räkning. Åtminstone Polismyndigheten har inför ingåendet av ramavtalet lämnat en fullmakt för FMV att inom ramen för en gemensam

upphandling företräda Polismyndigheten och för Polismyndighetens räkning genomföra en upphandling.

Av förarbetena till bestämmelserna framgår att undantaget i 1 kap. 9 § LUFS endast gäller FMV:s anskaffningar. Regeringen har särskilt uttalat att Säkerhetspolisens verksamhet inte ska omfattas. FMV:s tillämpning strider därmed mot både ordalydelsen i 1 kap. 9 § LUFS och dess förarbeten.

Den avtalstekniska lösningen förändrar inte den omständigheten att FMV:s beslut omfattar annat än FMV:s egna behov. Av Polismyndighetens fullmakt framgår dessutom att FMV upphandlar för Polismyndighetens räkning. Även om förvaltningsrätten skulle finna att FMV har rätt att fatta beslut om undantag från LUFS för andra myndigheters räkning får ett sådant undantag inte omfatta civila myndigheter. Att en upphandling avser anskaffning av eldhandvapen innebär i sig inte att det motiverar ett undantag enligt artikel 346.1 b EUF-fördraget. Det är inte möjligt att hänvisa till väsentliga säkerhetsintressen för att undanta en anskaffning från upphandlingslagstiftningen till den del den avser ett uttalat icke-militärt ändamål. Det är uppenbart att det inte är absolut nödvändigt på grund av väsentliga säkerhetsintressen att genomföra en direktupphandling för de civila myndigheternas räkning.

FMV för fram bl.a. följande. Det är FMV som är upphandlande myndighet. De avropsberättigade myndigheterna är inte upphandlande myndigheter till ramavtalet eftersom dessa inte är parter till ramavtalet. Avropskontraktet avser endast FMV och gäller därmed inga andra upphandlande myndigheter. FMV har fattat beslut enligt 1 kap. 9 § LUFS för egen del. Även om upphandlingen har möjliggjort för andra myndigheter att göra avrop har undantaget inte fattats för andra myndigheters räkning. Av fullmakten från Polismyndigheten framgår att FMV är upphandlingsrättsligt ansvarigt och den enda avtalsparten till ramavtalet. Det står därför klart att FMV är upphandlingsrättsligt ansvarigt för alla delar av upphandlingen, såvitt gäller svenska myndigheter.

Först när någon annan myndighet gör ett avrop blir den myndigheten ansvarig, och då endast för det aktuella avropet. Det är därför FMV:s möjligheter enligt LUFS som ska tillämpas. Även om domstolen skulle finna att FMV fattat beslut om undantag för andra myndigheters räkning förtar det inte att 1 kap. 9 § LUFS är tillämplig. Av förarbetena till bestämmelsen framgår att det är sannolikt att Säkerhetspolisens normala verksamhet inte träffas av undantaget, men förarbetena öppnar upp för att utrymme för det alltjämt kan finnas. Detsamma gäller för andra myndigheter som har särskilda uppgifter i händelse av krig.

3.4.2 Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det står klart att det är FMV som genom bestämmelsen i 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFS har tilldelats en rätt att besluta om undantag från upphandlingsregelverket när det är nödvändigt till följd av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen. Det står även klart att det är FMV som i det aktuella fallet har beslutat om ett sådant undantag och att det även är FMV som är part i ramavtalet och därmed är ansvarigt för upphandlingen för Sveriges del.

Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till i denna del är om det faktum att andra myndigheter också är avropsberättigade enligt ramavtalet innebär att FMV har beslutat om undantag även för andra myndigheters räkning.

Det kan inledningsvis konstateras att det framgår av författningskommentaren till 1 kap. 9 § LUFS att FMV har getts rätt att för egen del besluta om vissa undantag som omfattas av artikel 346.1 b EUF-fördraget (se prop. 2022/23:93 s. 14). Förvaltningsrätten anser dock att det finns skäl att betona att FMV:s huvudsakliga uppgift är att anskaffa varor och tjänster för att möta en annan myndighets behov, dvs. Försvarsmakten. I det nu aktuella fallet är en väsentlig

förutsättning för övriga avropsberättigade myndigheter att de också kan komma att ha uppgifter inom ramen för Sveriges totalförsvar vid kris eller krig. Dessa myndigheters eventuella anskaffning av eldhandvapen bör alltså, som förvaltningsrätten bedömt i föregående avsnitt, också anses ha ett militärt syfte.

FMV för även fram att personal vid de aktuella civila myndigheterna kan bli kombattanter i händelse av krig, vilket folkrättsligt innebär att personalen blir att jämställa med soldater. Under de av FMV åberopade vittnesförhören har även lyfts att aktuella civila myndigheter kommer att samverka med Försvarsmakten samt finska försvaret i händelse av krig och att det därmed finns ett tydligt behov av enhetlighet när det gäller de vapen med tillbehör som används av samtliga myndigheter. Att de berörda myndigheterna i ramavtalet beretts en möjlighet till avrop för att de ska kunna fullgöra militära uppgifter inom totalförsvaret ska, enligt förvaltningsrättens bedömning, under dessa förhållanden inte anses innebära att FMV tillämpat 1 kap. 9 § LUFS på ett felaktigt sätt.

Förvaltningsrätten beaktar också, i likhet med det som FMV anför, att det är upp till de avropsberättigade myndigheterna att inför ett eventuellt avrop göra en egen bedömning av om förutsättningar föreligger för en anskaffning inom ramen för deras verksamhet. Det innebär att det är först när en annan myndighet gör ett avrop som den myndigheten blir ansvarig för det aktuella avropet.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att FMV inte har gått utöver tillämpningsområdet för 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFS genom att möjliggöra för Polismyndigheten och övriga angivna myndigheter att göra avrop från ramavtalet.

3.5 Definition av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen

Heckler & Koch gör gällande att FMV inte har rätt att definiera vad som utgör Sveriges väsentliga säkerhetsintressen. Förvaltningsrätten kommer i det följande att pröva denna fråga.

3.5.1 Vad parterna för fram

Heckler & Koch för fram bl.a. följande. Bestämmelsen i 1 kap. 9 § LUFS reglerar inte hur ett väsentligt säkerhetsintresse ska definieras eller när artikel 346.1 b EUF-fördraget är tillämplig. Bestämmelsen ger inte FMV rätt att på egen hand definiera vilka intressen som utgör Sveriges väsentliga säkerhetsintressen, utan endast rätt att besluta om undantag enligt regeln. FMV har således inte rätt att ad hoc fastställa Sveriges väsentliga säkerhetsintressen i samband med att myndigheten vid en enskild anskaffning beslutar att inte tillämpa upphandlingsreglerna.

EU-domstolen gör i mål C-187/16 och C-601/22 skillnad på frågan om vad som utgör väsentliga säkerhetsintressen för en stat och frågan om hur dessa säkerhetsintressen kan komma att påverkas av en viss åtgärd. Det är endast den senare frågan som en upphandlande myndighet kan och får ta ställning till. FMV kan inte utifrån syftet med en viss upphandling eller anskaffning definiera vad som är väsentliga säkerhetsintressen för Sverige. EU-domstolen är tydlig med att det ankommer på en medlemsstat, i detta fall Sverige, att definiera sina väsentliga säkerhetsintressen och på den upphandlande myndigheten, FMV, att avgöra vilka säkerhetsåtgärder som är nödvändiga för att skydda dessa säkerhetsintressen.

FMV för fram bl.a. följande. Det finns ingen reglering som anger hur de väsentliga säkerhetsintressena i 1 kap. 9 § LUFS och artikel 346.1 b EUF-fördraget ska bestämmas. EU-domstolen har inte heller uttalat vilket organ

inom en medlemsstat som definierar det väsentliga säkerhetsintresset. Det finns alltså inget som säger att de väsentliga säkerhetsintressena ska bestämmas av en medlemsstats parlament eller regering. Det är därför upp till varje medlemsstat att bestämma ordningen för dessa beslut.

I Sverige har myndigheterna en självständig roll i förhållande till riksdag och regering och det ankommer därför på myndigheterna att i varje enskilt fall avgöra vad som kan ses utgöra ett väsentligt säkerhetsintresse vid varje åtgärd. Lagstiftningen är utformad så att det är den upphandlande myndigheten som ytterst ska avgöra vad som utgör väsentliga säkerhetsintressen. Det som avgör är motiveringen till upphandlingen och inte vilken enhet som definierat det väsentliga säkerhetsintresset.

Bestämmelsen i 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFSS pekar ut FMV som den myndighet som har rätt att undanta upphandlingen, eftersom upphandlingen avser varor inom ramen för en av Sverige träffad internationell överenskommelse. Det är därmed medlemsstaten Sverige som har definierat det väsentliga säkerhetsintresset som FMV nu genomför. Ingen annan del av staten än FMV kan utpeka det väsentliga säkerhetsintresset för upphandlingen till följd av hur 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFSS är utformad. FMV har därmed både rättigheten och det fullständiga ansvaret för att definiera detta för upphandlingen.

De väsentliga säkerhetsintressena kan fastställas ad hoc och det är förenligt med praxis från EU-domstolen. En ad hoc bedömning är inte oöverbärdlig eller utan stöd utan beskriver endast att upphandlande myndigheter måste göra en bedömning vid varje enskild upphandling.

3.5.2 Förvaltningsrättens bedömning

Som förvaltningsrätten utvecklat under avsnitt 3.1 är den nationella säkerheten varje medlemsstats eget ansvar och det är även upp till varje medlemsstat att på egen hand avgöra när väsentliga säkerhetsintressen enligt artikel 346.1 b EUF-fördraget föreligger. Det finns inte någon närmare EU-rättslig reglering som avgör hur väsentliga säkerhetsintressen ska fastställas. Av detta följer även, enligt förvaltningsrättens uppfattning, att en medlemsstat själv får besluta vilken del av staten som har rätt att definiera vad som kan anses utgöra väsentliga säkerhetsintressen.

För svenskt vidkommande kan det, med dessa utgångspunkter, konstateras att det inte finns någon bestämmelse i svensk rätt som uttryckligen anger vem som har rätt att definiera vad som utgör väsentliga säkerhetsintressen. Regeringen har tidigare pekat ut stridsflygområdet, undervattensområdet och integritetskritiska delar av ledningssystemet, såsom sensorer, telekrig och krypto, som väsentliga säkerhetsintressen (se prop. 2020/21:30 s. 119). De angivna intressena kan dock inte sägas uttömmande definiera vad som kan tänkas utgöra Sveriges väsentliga säkerhetsintressen. Regeringen har exempelvis även uttalat att förhållandet till en annan stat rörande ett visst system eller en viss förmåga under vissa omständigheter kan vara av sådan betydelse för landets säkerhet att de utgör väsentliga säkerhetsintressen (se prop. 2017/18:1, utgiftsområde 6, Försvar och samhällets krisberedskap s. 48).

Heckler & Koch har bl.a. gjort gällande att det väsentliga säkerhetsintresse som FMV åberopat inte omfattas av de konkreta områden som regeringen tidigare har pekat ut, dvs. stridsflygområdet, undervattensområdet och integritetskritiska delar av ledningsområdet. Domstolen konstaterar att det varken är möjligt eller ändamålsenligt att i förväg slå fast vad som utgör väsentliga säkerhetsintressen för Sverige när det gäller inköp av försvarsmateriel eftersom vad som utgör ett väsentligt säkerhetsintresse är föränderligt över tid (se även

prop. 2022/23:93 s. 11). Det kan således inte krävas att regeringen genom exempelvis förarbetsuttalanden på förhand ska ha pekat ut ett väsentligt säkerhetsintresse.

Som förvaltningsrätten redogjort för finns det inte någon reglering – vare sig på EU-rättslig eller svensk nivå – som uttryckligen anger vilken del av staten som har rätt att definiera vad som utgör Sveriges väsentliga säkerhetsintressen. Det står dock klart att 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFS särskilt anger att FMV, under vissa förutsättningar, får besluta att en upphandling ska undantas från upphandlingsregelverket om det är nödvändigt med hänsyn till Sveriges väsentliga säkerhetsintressen. Enligt förvaltningsrättens uppfattning innebär omständigheten att FMV i vissa fall har rätt att besluta om undantag även att myndigheten i dessa fall bör vara den som har rätt att definiera de väsentliga säkerhetsintressena som motiverar det aktuella undantaget. En annan ordning kan inte förenas med ordalydelsen i 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFS.

Domstolen har vid sin bedömning i denna del också beaktat att det är den upphandlande myndigheten som bäst känner till upphandlingsföremålet. Således är det FMV som har kunskap och insikt om vilka väsentliga säkerhetsintressen som aktualiseras i de fall där myndigheten ges rätt att besluta om undantag.

Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten att FMV i detta fall har haft rätt att definiera Sveriges väsentliga säkerhetsintressen och att det därmed inte kan krävas att regeringen på förhand ska ha definierat dessa intressen.

Domstolen går härmed vidare med prövningen i nästa fråga.

3.6 Var upphandlingen, såsom den genomfördes, nödvändig för att skydda Sveriges väsentliga säkerhetsintressen?

3.6.1 Vad parterna för fram

FMV för fram bl.a. följande. I målet aktualiseras främst följande frågor; föreligger ett väsentligt säkerhetsintresse för upphandlingen, vad är sambandet mellan det väsentliga säkerhetsintresset och upphandlingen samt varför är det nödvändigt att undanta upphandlingen från ett annonserat förfarande för att skydda det väsentliga säkerhetsintresset. Väsentliga säkerhetsintressen kan betyda olika saker för olika medlemsstater. Det varierar på grund av geografiska och infrastrukturella förutsättningar. Väsentliga säkerhetsintressen är även beroende av vilka möjligheter som finns till strategiskt försvarssamarbete med andra länder, vilket i sin tur varierar över tid. Även om väsentliga säkerhetsintressen ska användas restriktivt behöver en avvägning göras mot den aktuella säkerhetspolitiska situationen.

I tider av särskild säkerhetspolitisk oro måste det finnas en viss marginal, dvs. en medlemsstat ska inte behöva riskera att stå utan en central förmåga att försvara landet mot väpnade angrepp. Efter framställan av FMV meddelade regeringen undantag avseende kaliberbunden ammunition och tillhörande tjänster som sker för att säkra Sveriges försörjningstrygghet avseende denna materiel, i samtliga beredskapsnivåer, med samma motivering som FMV nu har gjort avseende eldhandvapen. Upphandlingslagstiftningen ger möjlighet att ställa krav på försörjningstrygghet, men också en möjlighet att helt undanta en upphandling om bestämmelserna inte ger tillräckligt skydd för en verklig försörjningstrygghet.

Det är ett väsentligt säkerhetsintresse för Sverige att i fred, kris och krig ha en säkerställd tillgång till, och kontinuerlig försörjning av, eldhandvapen i tillräcklig omfattning. Detta väsentliga säkerhetsintresse är direkt kopplat till

Sveriges försvar, gränsskydd och självständighet. Kriget i Ukraina och det försämrade säkerhetspolitiska läget för Sverige har ökat behovet av säkerställd materielförsörjning för försvarsprodukter och tillhörande tjänster, vilket omfattas av undantaget i artikel 346.1 b EUF-fördraget. Tillgång till eldhandvapen är central för att öka soldaters självskyddsförmåga och därmed förmågan att försvara Sveriges gränser. Försvarssamarbetet med och den mellanstatliga relationen till Finland är i sig ett väsentligt säkerhetsintresse. Utan detta samarbete hade landets försvarsförmåga påverkats negativt.

Den finska Försvarsmakten har sedan tidigare, dvs. innan upphandlingen genomfördes, ett väl utvecklat samarbete med Sako. För att uppnå önskad interoperabilitet med Finland samt erforderlig försörjningstrygghet inom eldhandvapenområdet är det nödvändigt att Sverige etablerar motsvarande relation med en leverantör inom det svensk-finska territoriet, som har förmåga att såväl tillverka vapen som tillhandahålla underhåll och support avseende dessa. Om en annan leverantör än Sako hade valts av Sverige skulle försvarssamarbetet mellan länderna inte kunnat fördjupas så snabbt och effektivt, dvs. på det sätt som är behövligt i dagens säkerhetspolitiska läge.

Det väsentliga säkerhetsintresse som upphandlingen omgärdas av kan mer konkret beskrivas som intresset av att, på kortast möjliga tid, uppnå högsta möjliga stridbarhet och förmåga att försvara Sveriges gränser vid händelse av en invasion. Försvarets eldhandvapensystem är för denna förmåga helt central. Sambandet mellan upphandlingen och det väsentliga säkerhetsintresset är uppenbart. Utan upphandlingen hade Sveriges stridbarhet och förmåga att försvara landets gränser riskerats i många år framöver. Det faktum att leverantören befinner sig på det svensk-finska territoriet innebär en verklig försörjningstrygghet. Det svensk-finska försvarssamarbetet och dess försvarsmakter kan på detta sätt säkerställa, ytterst med militära maktbefogenheter, det skydd som behövs. Svensk militär kan till och med verka på det finska territoriet. Det är den faktiska rådigheten över tillverkningen som är det

viktiga. En sådan faktisk rådighet hade riskerats om en annonserad upphandling hade genomförts.

Det har varit nödvändigt att undanta upphandlingen i enlighet med 1 kap. 9 § LUFS och det har inte funnits några mindre ingripande sätt att säkerställa de väsentliga säkerhetsintressena. Möjligheterna att ställa krav på försörjningstrygghet i en annonserad upphandling är begränsade enligt LUFS. FMV behöver därför ha en omfattande flexibilitet i fråga om förändringar av avtalet till följd av det aktuella säkerhetsläget. FMV hade inte kunnat skapa en lika trygg försörjning genom en leverantör som har tillverkning, eller andra intressen, utanför Sveriges och Finlands gränser. Det är således inte möjligt att utifrån ett säkerhetsperspektiv låta en leverantör ha tillverkning i något annat territorium än det svensk-finska, särskilt i dagens sårbara säkerhetsläge.

Även om myndigheten rent teoretiskt hade kunnat annonsera ut upphandlingen förändrar det inte att FMV till följd av säkerhetsintresset var tvunget att ingå kontraktet med Sako. Det faktum att tillverkning måste ske i Sverige eller Finland gör därmed att det inte funnits mindre ingripande medel än att vända sig direkt till Sako, som är den enda leverantören med en vapenfabrik på det svensk-finska territoriet.

Enligt kommissionens tolkningsmeddelande (KOM [2006] 779) är det medlemsstaternas ansvar, i detta fall FMV:s ansvar, att fastställa och skydda Sveriges säkerhetsintressen. Att anskaffningen är den konkreta åtgärden för att skydda det bakomliggande säkerhetsintresset gör att anskaffningen är en del av det väsentliga säkerhetsintresset.

Om FMV inte undantagit upphandlingen från LUFS hade Sverige riskerat att inte kunna försvara landet på grund av avsaknad av erforderlig materiel och en nödvändig försörjningstrygghet av materiel på grund av uteblivet samarbete med Finland. En nations berättigade krav på att kunna försvara landet på bästa

sätt innebär att bedömningen av vad som är Sveriges väsentliga säkerhetsintressen måste innefatta en viss marginal. Detta ligger väl inom ramen för att de väsentliga säkerhetsintressena fastställs med visst mått av skönsmässighet i enlighet med EU-domstolens praxis på området.

FMV behövde ha tillgång till vapensystemen snarast möjligt. Om en annonserad upphandling enligt LUFS hade gjorts med ett sådant avsevärt värde som denna upphandling avser, är det sannolikt att en annonserad upphandling hade tagit minst tre till fem år att genomföra. Det bör särskilt beaktas att FMV noga hade behövt analysera vilka krav som var godtagbara att ställa enligt LUFS och att en sådan upphandling med stor sannolikhet hade överprövats, vilket orsakar ytterligare tidsfördröjning. Upphandlingen var därmed nödvändig på grund av synnerlig brådska och de tidsfrister som anges i LUFS samt tidsfristerna för förhandling, upprättande av upphandlingsmaterial och eventuella överprövningar.

Heckler & Koch för fram bl.a. följande. Undantag enligt 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFS och artikel 346.1 b i EUF-fördraget får enbart tillämpas om det är nödvändigt för att skydda Sveriges väsentliga säkerhetsintressen. Det är därför viktigt att ett beslut om undantag enligt nämnda bestämmelser tydligt anger vilket eller vilka väsentliga säkerhetsintressen som innebär att undantaget är nödvändigt.

Tre konkreta områden har tidigare pekats ut som Sveriges väsentliga säkerhetsintressen – stridsflygområdet, undervattensområdet och integritetskritiska delar av ledningsområdet. Dessa tidigare utpekanden visar att ett väsentligt säkerhetsintresse ska utgöras av ett snävt och precist intresse. Kommissionen har uttalat att allmänna hänvisningar till den geografiska och politiska situationen, historiska skäl och alliansåtaganden inte utgör tillräckliga bevis i detta sammanhang.

FMV har inte tillräckligt tydligt definierat vilket eller vilka väsentliga säkerhetsintressen som innebär att en anskaffning av eldhandvapen inte kunde genomföras på något annat sätt än genom en direktupphandling. Inget av de intressen som FMV hänvisar till omfattas av de konkreta områden som tidigare har pekats ut som väsentliga säkerhetsintressen. Det som FMV för fram skiljer sig dessutom från det som tidigare kommunicerats och framstår som en efterhandskonstruktion.

Att hänvisa till "Sveriges försvar, gränsskydd, territoriella integritet och självständighet" är otillräckligt i förhållande till den strikta syn som råder kring tillämpningen av artikel 346.1 b EUF-fördraget. Det räcker inte med att de varor och tjänster som ramavtalet omfattar i och för sig kan vara av betydelse för ett eller flera av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen, utan det krävs att åtgärden att undanta upphandlingen i sin helhet från upphandlingslagstiftningen är en nödvändig åtgärd för att tillgodose dessa intressen. Det är i detta sammanhang viktigt att skilja på å ena sidan ett väsentligt säkerhetsintresse i sig och å andra sidan de åtgärder som är nödvändiga för att skydda det väsentliga säkerhetsintresset.

FMV utvecklar inte hur eller varför det mellanstatliga försvarssamarbetet med Finland hade påverkats negativt om inte ramavtalet och avropskontraktet hade ingåtts utan föregående annonsering. Det hade varit fullt möjligt för Sverige och Finland att genomföra en gemensam annonserad upphandling, i syfte att anskaffa samma slags vapen till båda ländernas militär. Samverkansförmågan bör rimligtvis inte påverkas av vapnens ursprung. Försvarssamarbetet påverkas inte av om det sker en annonserad upphandling eller inte och existensen av ett samarbete utgör inte ett väsentligt säkerhetsintresse. Fördelen av att ett försvarssamarbete använder sig av samma utrustning kan inte heller motivera att upphandlingslagstiftningen åsidosätts. FMV och finska Försvarsmakten hade genom en annonserad upphandling kunnat ingå avtal med en och samma leverantör.

Hänvisningen till ”landets försvar” är inte heller tillräckligt precist eftersom alla försvarsupphandlingar i någon utsträckning är viktiga för landets försvar. En anskaffning av nya vapensystem genom en annonserad upphandling stärker Sveriges försvarsförmåga lika bra som en anskaffning av motsvarande vapensystem genom en direktupphandling. Det vid tidpunkten kommande Nato-medlemskapet omöjliggjorde inte ett annonserat förfarande. Snarare minskade det behovet av ett lokalt försvarssamarbete.

Synnerlig brådska och andra tidsaspekter är inte godtagbara skäl för att tillämpa artikel 346.1 b EUF-fördraget eftersom LUFS tillåter annonserade förfaranden med snäva tidsramar. Inte heller utgör önskan att uppnå erforderlig försörjningstrygghet något väsentligt säkerhetsintresse för Sverige. Alla tillverkare av vapen, oavsett hemvist, är beroende av globala försörjningskedjor. Det finns ingen koppling mellan behovet av försörjningstrygghet och Sveriges väsentliga säkerhetsintressen. Varorna måste fraktas till Sverige vare sig de kommer från Finland eller något annat land. Försörjningstrygghet hade kunnat säkras även i en annonserad upphandling genom krav på säkra leveransvägar, leveranstider och försörjningstrygghet i övrigt. Varorna är dessutom inte unika utan är ”off the shelf-produkter”. Att det rör sig om standardiserade produkter talar i sig emot att det har varit nödvändigt att helt undanta anskaffningen från LUFS och innebär även att det inte funnits något behov av sekretess kring produkternas egenskaper etc.

I vart fall har FMV brutit mot LUFS genom att helt undanta anskaffningen från LUFS. En åtgärd är inte nödvändig om det finns en mindre ingripande åtgärd som skulle kunna vidtas för att skydda det väsentliga säkerhetsintresset. Det är möjligt att med stöd av 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFS och artikel 346.1 b i EUF-fördraget fatta beslut om att delvis undanta en anskaffning från LUFS och enbart tillämpa vissa bestämmelser.

Detta innebär att om en myndighet överväger att med stöd av 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFSS och artikel 346.1 b i EUF-fördraget helt undanta en anskaffning från LUFSS tillämpningsområde så ställs det krav på den upphandlande myndigheten att pröva om det finns några bestämmelser i LUFSS som kan tillämpas trots undantaget. FMV har inte angett vilket eller vilka säkerhetsintressen som myndigheten menar hade riskerats vid ett delvist avsteg från LUFSS eller på vilket sätt detta eller dessa intressen inte hade kunnat tillgodoses. Det var inte nödvändigt med en territoriell begränsning, och även om det hade varit nödvändigt var det inte tvunget att undanta hela upphandlingen från LUFSS eftersom en territoriell begränsning hade kunnat inkluderas i avtalet eller avtalen. Tillämpningen av artikel 346 i EUF-fördraget ska vara synnerligen restriktiv vilket innebär höga krav på upphandlande myndigheter att pröva i vilken utsträckning eventuella undantag är nödvändiga. Det hade varit möjligt att skydda eventuella väsentliga säkerhetsintressen genom att enbart besluta om ett delvist undantag från LUFSS.

3.6.2 Förvaltningsrättens bedömning

Frågan om restriktiv tillämpning

Innan förvaltningsrätten prövar om det var nödvändigt att undanta upphandlingen från vissa bestämmelser i LUFSS för att skydda Sveriges väsentliga säkerhetsintressen anser domstolen att det finns skäl att gå in närmare på det som Heckler & Koch fört fram om tillämpningen av artikel 346.1 b EUF-fördraget och 1 kap. 9 § LUFSS.

Heckler & Koch har framhållit att undantagsbestämmelsen ska tillämpas mycket restriktivt. Bolaget har vidare pekat på att det framgår av skälen till LUFSS-direktivet att möjligheten att utnyttja undantag bör tolkas på ett sådant sätt att dess effekter inte går utöver det som är strikt nödvändigt för att skydda de berättigade intressena. Under den muntliga förhandlingen har bolaget även

hänvisat till uttalanden i litteraturen på området, där det anges att undantagsbestämmelsen bör ses som en enbart "teoretisk möjlighet".

Förvaltningsrätten konstaterar att tillämpningen av aktuellt undantag ska vara restriktiv och att höga krav ställs på upphandlande myndighet att visa att undantaget varit nödvändig för att skydda det väsentliga säkerhetsintresset. Domstolen anser dock att även om tillämpningen ska vara restriktiv måste en medlemsstats rätt att trygga den nationella säkerheten medföra en viss marginal i bedömningen, särskilt eftersom det ligger i sakens natur att säkerhetsläget är föränderligt över tid och i hög grad beroende av omvärldsfaktorer. Domstolen anser också att utrymmet för att använda undantagsbestämmelsen behöver vara konkret och reellt, dvs. undantaget bör inte endast ses som en teoretisk möjlighet.

Utgångspunkt för prövningen av det väsentliga säkerhetsintresset

Förvaltningsrätten har i avsnitt 3.5 gjort bedömningen att FMV har haft rätt att definiera Sveriges väsentliga säkerhetsintressen när myndigheten tillämpar undantagsbestämmelsen i 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFS och att det således inte kan krävas att vad som utgör väsentliga säkerhetsintressen ska vara definierat på förhand av regeringen.

Heckler & Koch har gjort gällande att FMV inte på ett tillräckligt konkret sätt har kunnat ange vilket eller vilka väsentliga säkerhetsintressen som åsyftas och att olika besked om vilket väsentligt säkerhetsintresse som aktualiseras i upphandlingen har lämnats över tid. Det FMV fört fram avseende väsentligt säkerhetsintresse framstår därmed, enligt bolaget, som en efterhandskonstruktion för att rättfärdiga beslutet att genomföra direktupphandlingen. Vidare har Heckler & Koch fört fram att FMV blandar samman ändamål och medel genom att ibland ange att det är upphandlingsföremålet i sig som utgör

ett väsentligt säkerhetsintresse för att sedan påstå att upphandlingsföremålet är nödvändigt för att skydda ett annat väsentligt säkerhetsintresse.

Förvaltningsrätten konstaterar i denna del att det väsentliga säkerhetsintresse som FMV gör gällande utgörs av komplexa förhållanden som innefattar flera olika beståndsdelar. Enligt domstolens mening ligger det därför i sakens natur att flera exempel kan anges för att visa vad det väsentliga säkerhetsintresset för upphandlingen konkret tar sikte på. Detta betyder inte att det som FMV fört fram för att tydliggöra det väsentliga säkerhetsintresset ska tas för efterhandskonstruktioner.

Utöver detta konstaterande anser förvaltningsrätten att det inte är en fråga för domstolen att bedöma vad som utgör Sveriges väsentliga säkerhetsintressen. En sådan bedömning skulle gå utöver domstolens befogenheter och framstår därför inte som vare sig lämplig eller möjlig.

Det förvaltningsrätten kan pröva är däremot om FMV med tillräcklig tydlighet har visat att det varit nödvändigt att ingå ramavtalet och avropskontraktet utanför det upphandlingsrättsliga regelverket med hänsyn till väsentliga säkerhetsintressen.

Var undantaget nödvändigt med hänsyn till väsentliga säkerhetsintressen?

I denna del prövar domstolen om FMV visat att det finns ett samband mellan angivna säkerhetsintressen och upphandlingen, såsom den genomfördes med ett undantag från kravet på annonsering i LUFS, samt om undantaget var nödvändigt för att skydda det väsentliga säkerhetsintresset.

I avsnitt 3.6.1 återges hur FMV konkret anger det väsentliga säkerhetsintresset, dvs. intresset av att, på kortast möjliga tid, uppnå högsta möjliga stridbarhet och förmåga att försvara Sveriges gränser vid händelse av en invasion.

I frågan om det finns ett samband mellan säkerhetsintresset och upphandlingen anser FMV att det finns ett mycket tydligt sådant samband. Enligt myndigheten hade Sveriges stridbarhet och förmåga att försvara landets gränser riskerats i många år framöver utan upphandlingen. Vidare för FMV fram att det faktum att Sako har tillverkning på finskt territorium innebär att försörjningstryggheten är säkrad på ett sätt som inte kan jämföras med om leverantören befunnit sig på ett annat territorium än det svensk-finska, med hänsyn till det mycket nära mellanstatliga försvarssamarbetet som finns mellan Sverige och Finland. Enligt FMV är det omständigheten att en leverantör har valts inom det svensk-finska territoriet som säkrar den svenska suveräniteten.

Heckler & Koch har i den här delen ifrågasatt om svensk försörjningstrygghet verkligen säkerställs med en leverantör som de facto inte befinner sig i Sverige utan i ett annat land. En viss produktionskedja går enligt bolaget inte att undvika då delkomponenter i vapnen oavsett kommer att behöva tillverkas utanför det svensk-finska territoriet. Heckler & Koch har också framhållit att enligt punkt 38.1 i ramavtalet tillåts tillverkning av vapensystemen i annat land än Sverige eller Finland. Bolaget har vidare under den muntliga förhandlingen framhållit att det inte gjorts gällande av FMV att Sako inte får använda sig av utländska underleverantörer och att argumentet om försörjningstrygghet därmed ekar tomt.

Förvaltningsrätten anser att det inte finns skäl att ifrågasätta det som FMV har fört fram om vikten av faktisk rådighet över tillverkningen av eldhandvapensystem för försörjningstryggheten och att en sådan rådighet enbart kan säkerställas med tillverkning inom det svensk-finska territoriet. Detta bekräftades även av uppgifter lämnade under vittnesförhören, under vilka uppgavs hur tillräcklig produktion på det svensk-finska territoriet kan åstadkommas på ett sådant sätt att Sverige blir mindre beroende av de globala produktionskedjorna. Under vittnesförhören lämnades även uppgifter om vikten av att säkerställa att Sveriges anskaffning prioriteras av leverantören samt att pandemin som bröt ut

i början av 2020 tydliggjorde risken för inhemsk protektionism under krisartade situationer när det visade sig att leveranser inte kunde ske enligt tidigare ingångna avtal.

Heckler & Koch har fört fram att tillverkning enligt ramavtalet kan komma att ske utanför det svensk-finska territoriet. Domstolen konstaterar att sådan tillverkning enbart kan ske om samtliga tre avtalsparter skriftligen kommer överens om det. FMV har tydliggjort att denna avtalsreglering endast ska tillämpas i situationer när säkerhetsläget ändras på ett sådant markant sätt att det är nödvändigt att varor tillverkas utanför det svensk-finska territoriet och att det utifrån det rådande läget inte framstår som sannolikt. Avtalsvillkoret finns, enligt FMV, till för att möjliggöra en förändring i framtiden om det skulle bli aktuellt och för att se till att FMV och finska Försvarsmakten har kontrollen över frågan. Enligt förvaltningsrättens uppfattning förtar därmed inte förekomsten av villkoret i ramavtalet vikten av faktisk rådighet över tillverkningen för att skydda Sveriges väsentliga säkerhetsintressen.

Enligt förvaltningsrättens mening står det mot denna bakgrund klart att en leverantör på finskt territorium erbjuder en särskild försörjningstrygghet för Sverige och att det därmed finns ett samband mellan upphandlingen och det väsentliga säkerhetsintresset. Vid bedömningen har domstolen fäst stor vikt vid det som under den muntliga förhandlingen och vittnesförhören kommit fram avseende det nära försvarssamarbete som Sverige och Finland har och vilken betydelse som samarbetet har för Sveriges försvarsförmåga. Den särskilda försörjningstryggheten innebär därmed att Sverige och Finland, enligt förvaltningsrättens mening, med rimlig säkerhet kan förvissa sig om att länderna är första prioritet för leverantören och att vapenproduktionen kan skyddas vid händelse av kris eller krig.

FMV har också fört fram att det betydelsefulla försvarssamarbetet med Finland hade uteblivit om upphandlingen inte hade undantagits från annonseringskravet, vilket hade fått till följd att Sverige riskerat att inte kunna försvara landet vid ett väpnat angrepp. Detta bekräftades under den muntliga förhandlingen av vittnena som betonade nödvändigheten i att förstärka samarbetet genom att ingå avtal med just Sako, som Finland sedan länge har en etablerad och välfungerande affärsrelation med. Förvaltningsrätten bedömer således att det inte bara finns ett samband mellan säkerhetsintresset och undantaget utan även att FMV med tillräcklig tydlighet visat att undantaget från upphandlingsreglerna var nödvändigt med hänsyn till intresset av att kunna försvara Sveriges gränser vid händelse av en invasion.

Innan en slutlig bedömning kan göras behöver förvaltningsrätten dock ta ställning till om Sverige och Finland hade kunnat göra en gemensam annonserad upphandling och om det funnits något mindre ingripande sätt att genomföra vapenaffären än att helt undanta upphandlingen för att säkerställa det väsentliga säkerhetsintresset

Heckler & Koch har fört fram att Sverige och Finland hade kunnat göra en gemensam annonserad upphandling eftersom reglerna i LUFSS och det bakomliggande direktivet är framtagna med hänsyn till de särskilda krav som aktualiseras inom försvarsmaterielområdet. Vidare har gjorts gällande att om tillverkning på det svensk-finska territoriet ses som nödvändigt hade ett bolag som Heckler & Koch kunnat etablera produktion på det nämnda territoriet. Vid partsförhören med Jens Bodo Koch under den muntliga förhandlingen framkom att krav på viss inhemsk produktion har blivit allt vanligare och att bolaget hade kunnat bygga upp en fullskalig vapenfabrik i Sverige eller Finland inom tre år. Jens Bodo Koch uppgav även att bolaget, oaktat att tillverkning inom det svensk-finska territoriet inte etablerats, ändå hade kapacitet att leverera fler vapen i en högre takt än vad Sako har kunnat göra. I denna del har Heckler &

Koch även fört fram att FMV under 2024 har gjort en interimbeställning av amerikanska vapen för att säkra upp tillgången i väntan på Sakos leverans.

Förvaltningsrätten anser att det i och för sig inte finns skäl att ifrågasätta att interoperabilitet mellan de svenska och finska väpnade styrkorna skulle kunna ha uppnåtts genom en gemensam annonserad upphandling för anskaffning av samma typ av eldhandvapensystem som det nu aktuella. FMV har dock framhållit vikten av faktisk rådighet över produktionen av vapensystemen och därmed försörjningstrygghet genom att tillverkning sker på det svensk-finska territoriet. Det är i målet inte ifrågasatt att Sako var och alltså är den enda etablerade vapentillverkaren med produktion på det svensk-finska territoriet. Det Heckler & Koch har fört fram om att bolaget hade kunnat etablera tillverkning inom Sverige i ett senare skede och levererat vapen i en högre utsträckning än Sako, utgör ett hypotetiskt resonemang. Det ingår dessutom inte i domstolens prövning att avgöra vilket bolag som hade kunnat tilldelas avtal i en annonserad upphandling, utan prövningen avser om det vid tidpunkten för upphandlingen var nödvändigt att besluta om undantag från LUFS.

FMV har i denna del fört fram att det inte hade varit möjligt att ställa det territoriella kravet om försörjningstrygghet i en annonserad upphandling eftersom myndigheten i sådana fall hade behövt beakta de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna fullt ut. Förvaltningsrätten noterar att Heckler & Koch under skriftväxlingen hos domstolen har gjort gällande att begränsningen att endast svensk-finska etablerade leverantörer kan ingå avtalet strider mot upphandlingsprinciperna. Förvaltningsrätten konstaterar för egen del att ett obligatoriskt krav om tillverkning inom ett visst territoriellt område hade kunnat strida mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling. Enligt domstolen hade FMV med andra ord, vid den aktuella tidpunkten, inte kunnat genomföra en gemensamt annonserad upphandling med en sådan territoriell begränsning som enligt myndigheten är nödvändig för att trygga

Sveriges väsentliga säkerhetsintressen, utan att bryta mot bestämmelserna i LUFS.

Enligt FMV har det inte funnits något mindre ingripande sätt än att helt undanta upphandlingen för att säkerställa det väsentliga säkerhetsintresset. Heckler & Koch har gjort gällande att det inte varit nödvändigt att undanta hela upphandlingen från LUFS, oavsett om en territoriell begränsning varit befogad.

Som tidigare konstaterats är det FMV som har bevisbördan för att visa att undantaget inte går utöver vad som är nödvändigt för att skydda det väsentliga säkerhetsintresset. Förvaltningsrätten anser dock, i likhet med FMV, att en invändning från ett sökandebolag att det har förelegat ett mindre ingripande sätt än att undanta hela upphandlingen bör vara förenad med en skyldighet för bolaget att konkretisera på vilket sätt detta hade kunnat ske. Förvaltningsrätten anser att Heckler & Koch inte fört fram omständigheter som ger grund för slutsatsen att det har förelegat ett mindre ingripande sätt än att undanta hela upphandlingen.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att FMV har visat att det var nödvändigt att undanta upphandlingen i dess helhet för att skydda Sveriges väsentliga säkerhetsintressen. FMV har därmed haft rätt att tillämpa undantagsmöjligheten enligt artikel 346.1 b EUF-fördraget och 1 kap. 9 § LUFS. Heckler & Kochs ansökan om ogiltigförklaring av ramavtalet och avropskontraktet ska därför avslås.

Parterna har under processen i förvaltningsrätten fört fram argument avseende andra grunder för deras respektive talan i målet. Trots att förvaltningsrätten bedömer att FMV haft rätt att besluta om ett undantag och att bolagets ansökan ska avslås kommer förvaltningsrätten därför att pröva om det har funnits förutsättningar att tillämpa något av undantagen i 4 kap. 4 § LUFS samt om

ramavtalet och avropskontraktet ska bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

4. Undantagen i 4 kap. 4 § LUFS

FMV menar att om domstolen anser att ramavtalet och avropskontraktet inte har kunnat undantas från annonseringskravet i enlighet med 1 kap. 9 § LUFS, har förutsättningar ändå förelegat för ett förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 4 § LUFS.

Heckler & Koch är av uppfattningen att bestämmelsen i 4 kap. 4 § LUFS inte går att tillämpa på ramavtal och att förutsättningarna för undantag enligt aktuell bestämmelse inte heller är uppfyllda i övrigt.

4.1 Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten ställer sig tveksam till att undantaget i 4 kap. 4 § LUFS kan åberopas när det inte är något som den upphandlande myndigheten de facto övervägt vid tidpunkten för upphandlingen. FMV vidgår i sin argumentation att undantaget i 4 kap. 4 § LUFS analyserades först i samband med bolagets ansökan om överprövning, eftersom myndigheten tidigare gjort bedömningen att upphandlingen kan undantas enligt 1 kap. 9 § LUFS.

Undantag från krav på annonsering ska tolkas restriktivt. Enligt förvaltningsrättens mening är det svårt att förena en sådan restriktivitet med att en upphandlande myndighet kan åberopa en undantagsbestämmelse i efterhand utan att ha gjort någon form av överväganden av undantagets tillämplighet vid tidpunkten för tilldelningen. Förvaltningsrätten skulle således kunna göra bedömningen att FMV:s andrahandgrund för att bestrida överprövningen är en efterhandskonstruktion och därmed inte kan ge FMV framgång.

Eftersom parterna argumenterat kring undantagsmöjligheterna går dock förvaltningsrätten vidare med att göra en prövning om något av undantagen i bestämmelsen är tillämpligt.

När det gäller undantaget om tekniska skäl i 4 kap. 4 § första stycket 2 LUFS finner domstolen att det tar sikte på upphandlingsföremålet i sig och inte inom vilken medlemsstat leverantören eller dess tillverkning är belägen. Det kan i sammanhanget konstateras att upphandlingsföremålet, dvs. eldhandvapen-systemet, utgörs av relativt standardiserade produkter som flera vapen-tillverkare på marknaden kan erbjuda. Det aktuella undantaget är därför inte tillämpligt i detta fall.

När det gäller undantaget om synnerlig brådska enligt 4 kap. 4 § första stycket 3 LUFS anser förvaltningsrätten att FMV inte har visat att det förelåg sådan synnerlig brådska i bestämmelsens mening att aktuellt undantag blir tillämpligt.

Slutligen har FMV gjort gällande att det förelegat förutsättningar att tillämpa undantaget om kris enligt 4 kap. 4 § första stycket 4 LUFS. Förvaltningsrätten anser dock att FMV inte med tillräcklig tydlighet har visat att det till följd av en kris var omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett selektivt förfarande eller ett förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att FMV inte har visat att det har förelegat förutsättningar för att tillämpa någon av undantagen i 4 kap. 4 § LUFS.

5. Ska ramavtalet och avropskontraktet bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse?

Slutligen kommer förvaltningsrätten, oberoende av de bedömningar domstolen har gjort när det gäller avtalens ogiltighet, att pröva frågan om huruvida

ramavtalet och avropskontraktet ska bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

FMV har fört fram bl.a. att Sverige riskerar att sakna erforderlig materiel om ramavtalet och avropskontraktet ogiltigförklaras, vilket innebär att de militära styrkorna frångår förmågan att försvara landet i händelse av kris eller krig. Myndigheten har särskilt lyft fram att Sverige skulle ha stora brister i sin försvarsförmåga under ett flertal år framöver om upphandlingen skulle behöva göras om. FMV hänvisar i denna del till att det inte går att hitta en vapenleverantör som kan tillhandahålla den mängd vapen som avtalet omfattar inom den tid som behövs och med uppfyllande av de krav som ställs. FMV har även fört fram att de åtgärder som myndigheten vidtagit är proportionerliga samt att avtalstidens totala tidsmässiga längd är motiverad av att säkerställa service och annan omvårdnad av vapen och alltså inte ska uppfattas som att FMV har för avsikt att köpa helt nya vapensystem efter grundavtalstidens utgång.

Heckler & Koch har fört fram att det finns andra sätt att få tillgång till aktuella vapensystem än genom det aktuella ramavtalet och avropskontraktet. Bolaget har gjort gällande att det rör sig om ”off the shelf-produkter” och att det finns flera leverantörer på marknaden som kan tillhandahålla de tjänster som är förknippade med vapensystemen. Heckler & Koch har också fört fram att de åtgärder som FMV vidtagit inte är proportionerliga eftersom det inte är nödvändigt för Sveriges omedelbara försvarsförmåga att ingå ett ramavtal med en drygt 30-årig löptid.

5.1 Förvaltningsrättens bedömning

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten enligt 16 kap. 14 § LUFSS besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.

Bestämmelsen i 16 kap. 14 § LUFS ska tolkas restriktivt. Enligt förarbetena till bestämmelsen är det endast exceptionella omständigheter som kan medföra att ett avtal får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda (se prop. 2010/11:150 s. 305). I förarbetena till motsvarande bestämmelse i LOU framhålls att begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse förekommer inom olika områden inom EU-rätten och även har utvecklats i EU-domstolens praxis (se prop. 2009/10:180 s. 138). Som exempel på tvingande hänsyn till ett allmänintresse anges bl.a. allmän ordning och säkerhet, skydd för människors liv och hälsa samt folkhälsa. Enligt förarbetena ska även stor vikt läggas vid om myndigheten i fråga tillhandahåller en allmän service till samhället. Det anges vidare att det ankommer på domstolarna att göra en skälig avvägning mellan det allmänna intresset och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt i syfte att en ny upphandling ska företas (a. prop. s. 362).

Inledningsvis anser förvaltningsrätten att det inte finns skäl att ifrågasätta att tillgången till eldhandvapensystem är att anse som ett allmänintresse av särskild vikt eftersom en sådan vapentillgång är nödvändig för att upprätthålla Sveriges försvar, gränsskydd och territoriella integritet. Förvaltningsrätten bedömer att om avtalen förklaras ogiltiga föreligger det avsevärda svårigheter att inom en rimlig tidsfrist hitta en vapenleverantör som kan tillhandahålla den mängd vapen som krävs.

Vidare finner förvaltningsrätten att de åtgärder som FMV vidtagit i samband med upphandlingen är proportionerliga. Vid denna bedömning har domstolen beaktat det som FMV fört fram avseende behovet av att kunna förlita sig på tillgången till erforderliga reservdelar och kompletteringsvapen samt på att service och utbildning tillhandahålls under vapensystemens hela livscykel, vilket i sin tur föranlett ett behov av en lång avtalstid. FMV har i denna del även fört fram att myndigheten inte har för avsikt att köpa nya system efter grundavtalstidens utgång och att längden på ramavtalet i stället syftar till att

tillgodose service och annat omhändertagande av vapensystemen under vapnens förväntade livscykel.

Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten, oavsett den bedömning som tidigare gjorts när det gäller rätten att undanta upphandlingen enligt artikel 346.1 b EUF-fördraget och 1 kap. 9 § LUFS, att ramavtalet och avropskontraktet under alla omständigheter ska bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

6. Sammanfattning

Domstolen anser att Heckler & Koch har talerätt i målet. Ansökan om överprövning ska därför inte avvisas.

Förvaltningsrätten finner att FMV har haft rätt att besluta om undantag enligt artikel 346.1 b EUF-fördraget och 1 kap. 9 § andra stycket 2 LUFS eftersom det har varit nödvändigt att undanta upphandlingen i dess helhet från det upphandlingsrättsliga regelverket för att skydda Sveriges väsentliga säkerhetsintressen.

Heckler & Kochs ansökan om överprövning ska därmed avslås.

Förvaltningsrätten har, oaktat ovan gjorda bedömning, gått vidare med prövning av samtliga frågor i målet, och därvid funnit att det inte har förelegat förutsättningar att tillämpa något av undantagen i 4 kap. 4 § LUFS. Domstolen har även gjort bedömningen att ramavtalet och avropskontraktet under alla omständigheter ska bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Maria Eka
Chefsrådman

Mats Mossfeldt
Rådman

Nämndemännen Jan Ejme, Lars Sjöblom och Birgitta Thulin har deltagit i avgörandet.

Specialistföredraganden Kim Bohlin har varit föredragande.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.