



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-02-03
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23243-11
Enhet 12

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Försvarmakten
Lidingövägen 24
107 85 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-02-07	
Avd	<i>M</i>
Dnr	<i>702/2011</i>
Doss	<i>862</i> Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Försvarmakten ska betala en upphandlingsskadeavgift om 270 000 kr.

Dok.Id 196225

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstidmåndag – fredag
09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar i ansökan, som inkom till förvaltningsrätten den 18 november 2011, att förvaltningsrätten ska förplikta Försvarsmakten att betala en upphandlingsskadeavgift om 270 000 kr.

Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket bl.a. följande.

Försvarsmakten ingick den 24 november 2010 ett muntligt avtal med Carat Sverige AB avseende köp av annonseringstjänster i enlighet med en tidigare framtagen medieplan. Konkurrensverkets nu aktuella ansökan är begränsad till att endast omfatta annonsering på webbsidor och annonstjänster tillgängliga för mobiltelefoni.

Försvarsmakten ingick avtalet utan någon föregående annonsering. Förfarandet utgör en otillåten direktupphandling och förvaltningsrätten får därmed besluta att Försvarsmakten ska betala en upphandlingsskadeavgift. En sådan kan påföras oberoende av uppsåt eller oaktsamhet hos den upphandlande myndigheten. Strikt ansvar gäller således.

Såväl unionsrätten som den svenska lagstiftaren betraktar otillåtna direktupphandlingar som en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Detta bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Avgiften, som i allmänhet bör fastställas till belopp motsvarande mellan fem och tio procent av avtalets värde, bör därför om det inte föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter ligga i mitten av den högre delen av skalan; dvs. mellan sju och åtta procent av avtalets värde.

Försvarsmakten synes vidta vissa åtgärder för att motverka fortsatta överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket. Fråga uppstår då om sådana omständigheter ska anses påverka sanktionsvärdet. Det finns en

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

DOM

Allmänna avdelningen

överhängande risk för att syftet med upphandlingsskadeavgiften förfelas om åtgärder vidtagna i efterhand, när skadan redan är skedd, får inverkan på avgiftens storlek. Som regel bör endast omständigheter som förelåg vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen kunna påverka sanktionen i sänkande riktning. Följden skulle annars kunna bli att avgiftens storlek inte står i rimlig proportion till den aktuella överträdelsen. Vidare skulle den viktiga preventiva funktion som sanktionen har riskera att gå förlorad. Utgångspunkten måste också vara att de lagar och regler som styr offentliga organs verksamhet alltid ska åtföljas. Det kan därför inte anses som en förmildrande omständighet att en myndighet, som tidigare gjort sig skyldig till upprepade överträdelser, förklarar att lagens bestämmelser framledes ska följas. En konsekvens av detta skulle vara att en myndighet med bristande rutiner, men som då överträdelser påtalas uppger att förbättringsåtgärder ska vidtas, kommer att behandlas mildare vid bedömningen av sanktionsvärdet jämfört med en myndighet som redan har goda rutiner och därmed inte har samma utrymme för att åberopa företagna förbättringar som förmildrande omständighet. Det är således inte rimligt att en försäkran om att i framtiden följa regelverket ska kunna påverka avgiftens storlek i sänkande riktning.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i detta fall anser Konkurrensverket att dessa varken är av förmildrande eller av försvårande karaktär. Avgiften bör därför bestämmas till ett belopp som ligger i mitten av spannet mellan fem och tio procent av kontraktsvärdet.

Kontraktsvärdet i detta fall uppgår till totalt 3 457 675 kr. En upphandlingsskadeavgift om 270 000 kr är mindre än åtta procent av kontraktsvärdet och utgör en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Som skriftlig bevisning åberopar Konkurrensverket medieplan, e-postbrev angående antagande av medieplan samt genomförande av köp, ramavtal avseende köp av annonsförmedlingstjänster, fakturor, Försvarsmaktens beslut av den 25 februari 2011, Försvarsmaktens rapport av den 29 juni 2011 samt Försvarsmaktens yttrande av den 3 november 2011.

Försvarsmakten bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan och yrkar för sin del att avgiften ska efterges eller sättas ner till en symbolisk summa.

Till stöd för sin talan anför Försvarsmakten bl.a. följande.

Försvarsmakten medger att kontrakt har tilldelats Carat Sverige AB utan ett föregående offentliggörande av upphandlingen och att Försvarsmakten därigenom genomfört en otillåten direktupphandling i strid med bestämmelsen om annonsering i 7 kap. 1 § LOU. Försvarsmakten vidtar dock för närvarande, på eget initiativ, ett omfattande arbete inom myndigheten för att motverka att överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket sker, vilket Försvarsmaktens internrevisions granskning av verksamheten utgör ett exempel på. Granskningen har dessutom lett till att åklagare har inlett en förundersökning i ärendet. Andra initiativ som vidtagits i detta syfte är bland annat genomförande av personalutbildningar för att förbättra kunskapen om upphandlingsprocessen och de interna regelverken inom myndigheten. Utöver nämnda åtgärder har Försvarsmakten implementerat en inköpsinstruktion vilken innehåller föreskrifter och riktlinjer för hur inköp av varor och tjänster ska genomföras, och att så ska ske med beaktande av och i enlighet med bl.a. LOU. Fråga är i vilken mån Försvarsmaktens samlade åtgärder kan inverka på bedömningen av sanktionsvärdet. Konkurrensverket har i denna del gjort gällande att följderna, för det fall åtgärder vidtagna när skadan redan är skedd får inverkan vid bedömningen av avgiftens storlek, skulle kunna bli att avgiftens storlek inte skulle stå i rimlig proportion till överträdelsen samt att den preventiva funktionen av sanktionen skulle riskera att gå förlorad. Försvarsmakten gör en annan bedöm-

ning. Den otillåtna direktupphandlingen har upptäckts genom Försvarmaktens eget arbete med kvalitetssäkringskontroll av verksamheten och har genom Försvarmaktens eget initiativ fått konsekvenser inom organisationen. Myndighetens eget preventiva arbete tjänar således samma syfte som lagstiftningen. Försvarmakten menar att den preventiva effekten av sanktionen därmed inte riskerar att gå förlorad för det fall domstolen väger in åtgärderna vid sanktionsbedömningen. På samma sätt skulle en eftergiven eller nedsatt upphandlingsskadeavgift fortfarande kunna anses stå i proportion till överträdelsen mot bakgrund av de stora resurser Försvarmakten tar och har tagit i anspråk för att motverka att överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket sker. Försvarmakten ställer sig frågande till om det kan ha varit lagstiftarens mening att en myndighet ska åläggas en upphandlingsskadeavgift för en sådan överträdelse som myndigheten självt identifierat i ett resurskrävande preventivt arbete med efterlevnad av det upphandlingsrättsliga regelverket. Frågan är dessutom viktigt principiellt sett. Det är angeläget att det interna gransknings- och tillsynsarbete som myndigheter bedriver beaktas i en positiv riktning för myndigheten och inte leder till att myndigheters vilja att fortlöpande följa upp och granska dess egen verksamhet begränsas. Ett sådant förhållningssätt framstår närmast som kontraproduktivt i förhållande till lagstiftarens generella syfte.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU 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 § LOU.

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska, enligt 17 kap. 5 § LOU, 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

Av handlingarna i målet framgår – vilket i sig inte är tvistigt – att Försvarsmakten, inför avtalet med Carat Sverige AB, inte har gjort något avrop från det ramavtal avseende köp av annonsförmedlingstjänster som Rikspolisstyrelsen har upphandlat. Försvarsmakten har heller inte annonserat upphandlingen, vilket vid detta förhållande rätteligen borde ha gjorts enligt 7 kap. 1 § LOU. Förfarandet innebär att Försvarsmakten har genomfört en s.k. otillåten direktupphandling och att förvaltningsrätten kan besluta att Försvarsmakten ska betala en upphandlingsskadeavgift.

Reglerna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010 och är inte tillämpliga på upphandlingar som påbörjats före detta datum. En upphandling anses normalt ha påbörjats när myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud. När det gäller otillåtna direktupphandlingar anses dock dessa ha påbörjats först när avtalet har slutits, om inte myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagarna rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt (jfr prop. 2009/10:180 s. 310). Försvarsmakten har inte gjort gällande att upphandlingen av annonseringstjänster skulle ha påbörjats före det datum då avtalet slöts, dvs. den 24 november 2010. Den otillåtna direktupphandlingen får därmed anses ha påbörjats detta datum. Vid dessa förhållanden och då den överträdelse som Försvarsmakten har begått inte kan anses vara ringa ska Försvarsmakten åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift. Härefter återstår att pröva frågan hur stor upphandlingsskadeavgift Försvarsmakten ska åläggas att betala.

Beloppet måste enligt ovan angiven bestämmelse vara mellan 10 000 kr och 10 000 000 kr. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Detta värde uppgår enligt Konkurrensverkets beräkning – en uppgift som Försvarsmakten inte har ifrågasatt – till 3 457 675 kr. Det finns inte någon anledning att göra en annan beräkning av kontraktsvärdet. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kr – 345 767 kr ($3\,457\,675\text{ kr} \times 0.1$). Till ledning för hur beloppet ska bestämmas närmare anges i förarbetena (jfr prop. 2009/10:180 s. 197 f.) bl.a. följande.

Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Det bör dock erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Syftet med förslaget är att ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Som framgått tidigare anses exempelvis otillåtna direktupphandlingar vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Om det däremot i visst fall är oklart i rättspraxis huruvida en viss vara eller tjänst ska upphandlas och någon upphandling inte har skett, bör sanktionsvärdet anses relativt lågt just i det fallet, trots att det konstateras att upphandlingsbestämmelserna skulle ha iakttagits.

Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. När det är fråga om avtal som löper under lång tid kan det antas att andra leverantörer som skulle ha kunnat komma i fråga löper större skada än vid ett kortvarigt avtal som möjliggjort en upphandling med konkurrensutsättning ha gjorts efter en kortare tid.


Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida vara fråga om ett upprepat beteende ifråga om att inte iakttä avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat handlande bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållandet att upphandlande myndighet eller enhet på annat sätt drabbats negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.

Om det i det enskilda fallet föreligger synnerliga skäl ska avgiften kunna efterges. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det får således ses som en form av ventil som, i likhet med vad regeringen anført ovan, inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Den närmare innebörden av begreppet får lämpligen utvecklas i rättspraxis.

Försvarsmakten har i denna del framhållit att myndigheten på eget initiativ har inlett ett arbete inom myndigheten för att komma till rätta med brister inom verksamheten och att myndigheten på så sätt försöker tillse att förfarandet inte ska upprepas. Försvarsmakten har även framhållit att direktupphandlingen har upptäckts genom Försvarsmaktens eget arbete med kvalitetsäkringskontroll av verksamheten. Förvaltningsrätten anser dock att dessa är omständigheter som inte kan beaktas vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek (jfr Marknadsdomstolens avgörande MD 2009:11 av den 28 maj 2009 angående konkurrensskadeavgift). Mot denna bakgrund och då den överträdelse som Försvarsmakten har begått tillhör de allvarligaste som finns inom upphandlingsområdet finner förvaltningsrätten att det inte finns några skäl att bestämma upphandlingsskadeavgiftens storlek till ett lägre belopp än det Konkurrensverket har ansökt om, dvs. 270 000 kr. Några synnerliga skäl som gör att avgiften kan efterges föreligger inte heller.

Konkurrensverkets ansökan ska på ovan anförda skäl bifallas.

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


Göran Wickström

rådman

Föredragande har varit Håkan Jöngren



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.