

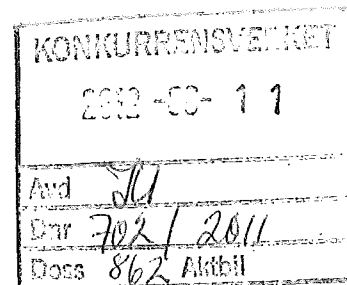


KLAGANDE

Försvarsmakten
107 85 Stockholm

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 3 februari 2012
i mål nr 23243-11, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Försvarmakten yrkar att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned till ett belopp som kammarrätten finner skäligt.

Konkurrensverket bestrider bifall till överklagandet.

Försvarmakten åberopar vad som anförts i förvaltningsrätten, förutom att det inte längre hävdas att det finns skäl för eftergift av avgiften, och anför till stöd för sin talan huvudsakligen följande. Beslutande instans har enligt förarbetena stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter. Till skillnad från förvaltningsrätten anser Försvarmakten att reglerna om konkurrensskadeavgift inte är jämförbara med reglerna om upphandlingsskadeavgift då överträdelser mot konkurrensreglerna har helt annan karaktär. Vidare bygger ansvaret för överträdelser av konkurrensreglerna på uppsåt eller oaktsamhet medan ansvaret för exempelvis en otillåten direktupphandling är strikt. Försvarmakten vidhåller därför att de åtgärder som man på eget initiativ vidtagit för att komma till rätta med de brister i verksamheten som kan ge upphov till överträdelser mot regelverket måste kunna beaktas vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. En myndighet som upptäcker brister eller fel i den egna verksamheten, utreder brister eller fel på ett öppet sätt och dessutom vidtar åtgärder för att motverka uppkomsten av nya överträdelser måste kunna bedömas mer positivt än en myndighet som inte reagerar på ett felaktigt beteende över huvud taget eller försöker dölja att överträdelser skett.

Konkurrensverket anför till stöd för sin inställning huvudsakligen följande. Det är ostridigt att Försvarmaktens avtal med Carat Sverige AB (Carat) utgjorde en otillåten direktupphandling. Konkurrensverkets uppfattning är att avgiftens storlek vid en otillåten upphandling ska beräknas med utgångspunkt från det ingångna avtalets kontraktsvärde. Därefter bör prövas om det i det enskilda fallet föreligger förmildrande eller

försvårande omständigheter som kan påverka avgiftens storlek i sänkande eller höjande riktning. Eftersom otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet bör sanktionsvärdet i allmänhet kunna anses vara högt, varför Konkurrensverket anser att en avgift motsvarande sju till åtta procent av kontraktsvärdet bör komma i fråga vid överträdelser av normalkaraktär. Avgiftsbeloppet har i förevarande fall bestämts till ca 7,8 procent av kontraktsvärdet. Försvarsmaktens inköp av tjänster från Carat har varit föremål för myndighetens egen utredning och det har därvid framkommit att ett stort antal otillåtna direktupphandlingar gjorts från detta bolag. Under åren 2007-2010 köpte Försvarsmakten tjänster från Carat till ett sammanlagt värde överstigande 120 miljoner kronor. Det är i och för sig lovvärt att Försvarsmakten på egen hand granskat sin inköpsverksamhet och därvid påtalat de stora brister som förekommer. Enligt Konkurrensverkets mening är det dock omständigheterna vid tidpunkten för överträdelsen som ska beaktas vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det finns ett begränsat utrymme för att ”reparera” överträdelsen när skadan redan är skedd. Att en myndighet vidtar vissa åtgärder, som kan ha effekt inför efterföljande upphandlingar, bör i sig inte kunna påverka bedömningen av redan begångna överträdelser grad av allvar. Det är inte rimligt att det ska bedömas som en förmildrande omständighet att en myndighet, efter så ansemliga överträdelser förklarar att man fortsättningsvis avser att följa regelverket. Det kan konstateras att egna revisionsinsatser eller förbättringsåtgärder vidtagna i efterhand inte omnämns som en förmildrande omständighet i förarbetena.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Det är ostridigt att Försvarsmakten genom det aktuella avtalet har genomfört en s.k. otillåten direktupphandling. I likhet med förvaltningsrätten finner kammarrätten att överträdelsen i fråga inte kan anses vara ringa och att det därför föreligger grund för att besluta att Försvarsmakten ska betala upphandlingsskadeavgift.

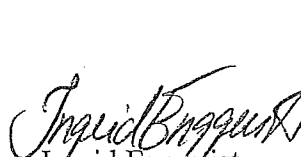
Försvarmakten har uppgett att den efter eget arbete med kvalitets-
säkringskontroll upptäckt den otillåtna direktupphandlingen och att detta
fått konsekvenser inom organisationen, bl.a. har personalutbildningar för att
förbättra kunskapen om upphandlingsprocessen och det interna regelverket
samt implementering av inköpsinstruktion m.m. genomförts. Fråga i målet
är om åtgärder av detta slag bör leda till att avgiften bestäms till ett lägre
belopp än som annars hade varit fallet.


Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli
2010. I förarbetena till bestämmelserna, som utförligare återgetts i
förvaltningsrättens dom, anförs bl.a. att s.k. otillåten direktupphandling
bedöms vara en av de mer allvarliga överträdelserna inom upphandlings-
området. Beträffande sanktionsvärdet ges beslutande myndighet betydande
utrymme att fastställa avgiftens storlek och ta ställning till alla relevanta
omständigheter, bl.a. hur allvarlig överträdelsen är och den upphandlande
myndighetens agerande. När det gäller myndighetens agerande anges bl.a.
att förhållandena hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas
betydelse. Som exempel på försvårande omständigheter anges att det kan
vara fråga om ett upprepat beteende i fråga om att t.ex. företa otillåtna
direktupphandlingar. Det förhållandet att upphandlande myndighet eller
enhet på annat sätt drabbas negativt kan däremot i vissa fall ses som en
förmildrande omständighet (prop. 2009/10:180 s. 187, 197 f och 369 f).

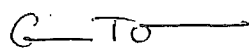
Kammarrätten konstaterar att åtgärder som upphandlande myndighet vidtar
i efterhand för att komma till rätta med felaktig tillämpning av upp-
handlingsbestämmelserna inte är något som nämns i förarbetena som en
förmildrande omständighet vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det
förefaller inte heller vara avsikten att det skulle vara något som påverkar
sanktionsvärdet. Enligt kammarrättens mening saknas stöd även i övrigt för
att åtgärder av detta slag ska beaktas vid bestämmande av upphandlings-
skadeavgiftens storlek. Vid en bedömning av det aktuella avtalet och övriga
omständigheter i målet, såsom att det varit fråga om upprepade avtal i strid

mot upphandlingslagstiftningen anser kammarrätten att det saknas skäl att bestämma avgiften till ett lägre belopp än som bestämts genom den överklagade domen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Ingrid Engquist
kammarrättsråd
ordförande


Maria Ringvall
kammarrättsråd
referent


Cecilia Torstensson
tf assessor

