

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Försvarmakten, 107 85 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 3. LOU förpliktar Försvarmakten att betala 270 000 (tvåhundrasjuttiotusen) kr i upphandlingsskadeavgift.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torgsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se

Grunder

1. Försvarsmakten har brutit mot LOU genom att den 24 november 2010 ingå ett avtal med Carat Sverige AB avseende köp av tjänster utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU. Ingåendet av avtalet utgör en otillåten direktupphandling. Försvarsmakten ska därför åläggas att betala upphandlingsskadeavgift i enlighet med 17 kap. 1 § 3. LOU.

Omständigheter

Upphandlande myndighet

2. Försvarsmakten är enligt 2 kap. 19 § första stycket LOU en upphandlande myndighet och har därmed skyldighet att följa det upphandlingsrättsliga regelverket vid upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader.

Bakgrund

3. Carat Sverige AB (Carat) har på Försvarsmaktens uppdrag tagit fram en s.k. medieplan i anledning av Försvarsmaktens annonsering avseende rekrytering till officerstjänster. Med medieplan ska förstås en plan innehållande uppgifter om vilka medier som ska användas för aktuell annonsering samt under vilka perioder sådan annonsering ska äga rum. Därutöver anges i medieplanen de priser som ska utgå för sådan annonsering.
4. Efter utarbetat förslag presenterades aktuell medieplan avseende perioden 20 december 2010 till 16 januari 2011 för Försvarsmakten, som därefter godkände medieplanen i dess slutliga utformning, se bilaga 1. Detta godkännande skedde den 24 november 2010, se bilaga 2.

Försvarsmaktens köp av annonseringstjänster från Carat

5. Genom Försvarsmaktens godkännande av medieplanen träffades ett muntligt avtal mellan Försvarsmakten och Carat (Avtalet). Avtalet ingicks således samtidigt som godkännandet av medieplanen, dvs. den 24 november 2010, och avsåg Försvarsmaktens köp av annonseringstjänster från Carat i enlighet med vad som framgår av medieplanen. I medieplanen anges även de priser som Försvarsmakten ska erlägga till Carat för utförandet av annonseringstjänsterna.
6. Efter Avtalets ingående har Carat genomfört annonseringskampanjer på sätt som föreskrivs i medieplanen. Carat har därefter fakturerat Försvarsmakten för de genomförda tjänsterna.
7. Konkurrensverket noterar att Försvarsmakten vid tidpunkten för Avtalets ingående omfattades av ett statligt ramavtal avseende Annonsförmedling, strategiska tjänster (Ramavtalet), se bilaga 3. Avrop från Ramavtalet skulle

ske genom förnyad konkurrensutsättning.¹ Försvarsmaktens ingående av Avtalet med Carat har inte föregåtts av sådan förnyad konkurrensutsättning och utgör därmed inte ett avrop enligt Ramavtalet.

8. Aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift begränsas till att omfatta de delar av Avtalet som rör Försvarsmaktens köp av tjänster från Carat avseende
 - (i) annonsering på websidor i enlighet med avsnittet "Internet" i medieplanen *samt*
 - (ii) annonstjänster tillgängliga för mobiltelefoni i enlighet med avsnittet "Mobilt" i medieplanen

(i det följande gemensamt benämnda Tjänsterna).

Avtalets värde

9. Beräkning av värdet av ett upphandlingskontrakt i mål om upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § andra stycket LOU ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ LOU. Detta gäller vid upphandlingar vars värde överstiger aktuellt tröskelvärde och som därmed omfattas av direktivets tillämpningsområde. Av 3 kap. 3 § LOU följer att ett upphandlingskontrakts värde ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.
10. Carat har fakturerat Försvarsmakten i anledning av myndighetens köp av Tjänsterna. Så har skett genom faktura nr 154 693, bilaga 4, respektive 154 694, bilaga 5, båda av den 10 januari 2011. Försvarsmakten har erlagt betalning enligt dessa två fakturor.
11. Det konstateras att Avtalets kontraktsvärde avseende Tjänsterna sammanlagt uppgår till (3 088 220 + 369 455) 3 457 675 kr.

Otillåten direktupphandling

12. Enligt 7 kap. 1 § LOU ska en myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal annonsera upphandlingen om inte något annat följer av 4 kap. 5-8 §§ LOU. Detta innebär att alla presumtiva leverantörer ska beredas möjlighet att lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Upphandlande myndigheter får endast tilldela kontrakt genom direktupphandling under vissa särskilt föreskrivna omständigheter.
13. Det finns ingen legaldefinition av begreppet otillåten direktupphandling. I direktiv 2007/66/EG (ändringsdirektivet) används dock begreppet otillåten

¹ Se Ramavtalet punkt 30.2.

direktutdelning.² I lagens förarbeten anges att avgörande för om otillåten direktupphandling ska anses föreligga är om tilldelning av kontrakt, i strid med bestämmelserna i LOU, skett utan föregående offentliggörande av upphandlingen i fråga. Genomförande av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, trots att villkoren för ett sådant förfarande *inte* har varit uppfyllda, utgör därför en otillåten direktupphandling. Ett sådant agerande aktualiserar bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift.³

14. Försvarsmaktens ingående av Avtalet skulle således ha föregåtts av en annonsering av upphandlingen enligt LOU. Så har emellertid inte skett. Några omständigheter som kunnat utgöra skäl för tillämpning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5-8 §§ LOU har inte förelegat. Försvarsmaktens agerande utgör därför en otillåten direktupphandling.

15. Konkurrensverket har under ärendets handläggning berett Försvarsmakten tillfälle att yttra sig över ett utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift. Försvarsmakten har i sitt yttrande vitsordat att Tjänsterna tilldelats Carat utan föregående offentliggörande samt att man därmed genomfört en otillåten direktupphandling, se bilaga 8.

Försvarsmaktens internrevision

16. Försvarsmaktens inköp från Carat har blivit föremål för myndighetens egen utredning. Så har skett genom myndighetens beslut av den 25 februari 2011, bilaga 6, samt Försvarsmaktens genomförda internrevision av den 29 juni 2011, bilaga 7. Konkurrensverket önskar särskilt uppmärksamma följande.
17. I beslutet av den 25 februari 2011 konstaterar Försvarsmakten att myndigheten har köpt tjänster från Carat uppgående till betydande belopp trots att "giltigt avtal" med Carat saknades under 2010. Det konstateras också att Försvarsmakten är den största inköparen av tjänster från Carat av alla statliga myndigheter. Vidare uppmärksammas att Försvarsmakten inte har genomfört någon konkurrensutsättning på sätt som föreskrivs i Ramavtalet samt att de avtal som de facto har träffats mellan Försvarsmakten och Carat under 2010 har utgjort otillåtna direktupphandlingar. Försvarsmakten konstaterar därmed förekomsten av flertalet otillåtna direktupphandlingar från Carat utöver det avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan. Vidare fastställer Försvarsmakten att förutsättningar för tillämpning av ett förhandlat förfarande utan

² Se beaktandesats 13 i Rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

³ Se prop. 2009/10:180 s. 188.



föregående annonsering enligt 4 kap. 5-8 §§ LOU inte förelåg vid tidpunkten för Avtalets ingående.⁴

18. Uppmärksammanden av motsvarande innebörd återfinns i rapporten av den 29 juni 2011 i vilken Försvarsmaktens internrevision påtalar en omfattande förekomst av överträdelser. Avsaknaden av "grundavtal" mellan Försvarsmakten och Carat under perioden 2007-2010 betonas och det påtalas att Försvarsmaktens köp av tjänster från Carat under den perioden skulle ha föregåtts av "en förnyad konkurrensutsättning utifrån det gällande statliga ramavtalet". Internrevisionen konstaterar att så inte har skett.⁵

Upphandlingsskadeavgift

19. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i enlighet med 18 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket. Enligt 17 kap. 2 § andra stycket LOU får tillsynsmyndigheten ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 17 kap. 1 § 3. LOU.
20. Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3. LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Sådan kan påföras oberoende av uppsåt eller oaktsamhet hos den upphandlande myndigheten. Strikt ansvar gäller således.⁶
21. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får emellertid inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Särskild hänsyn ska tas till överträdelsens grad av allvar vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek.⁷

Överträdelsens sanktionsvärde

22. Av förarbetena framgår att upphandlingsskadeavgiften syftar till ett säkerställande av upphandlingsreglernas iakttagande samt korrekt användande av skattemedel.⁸ Utgångspunkten är att avgiften ska fastställas till ett belopp som medför att såväl den aktuella myndigheten som andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser av lagen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör

⁴ Se punkterna 1.10 samt 2.1-2.2.

⁵ Sid 8.

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 192 ff.

⁷ 17 kap. 4 och 5 §§ LOU.

⁸ Prop. 2009/10:180 s. 196.

sanktionsavgiften uppgå till.⁹ I förarbetena erinras om att det föreskrivs i ändringsdirektivet att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.¹⁰

23. Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets kontraktsvärde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan ha sänkande eller höjande inverkan på avgiften. Denna metod bidrar till en enhetlig och förutsebar beräkning av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Vidare är även upphandlingskontraktets värde ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelsen typiskt sett är – ju högre avtalsbelopp desto allvarligare överträdelse.¹¹ Att ha avtalets värde som utgångspunkt vid beräkningen av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för system med sanktionsavgifter i svensk rätt. Lagstiftaren har vid upprepade tillfällen framhållit att avgiftsbelopp så långt som möjligt bör kunna utgå ifrån ett mätbart moment i överträdelsen som gör det möjligt att förutse och fastställa avgiftens storlek ska bli i det enskilda fallet.¹²
24. 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.¹³ En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den högre delen av skalan. Avgiften bör enligt Konkurrensverkets mening i allmänhet fastställas till belopp motsvarande mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar där vare sig förmildrande eller försvårande omständigheter därutöver är för handen, bör avgiften kunna ligga i mitten av den högre delen av skalan, det vill säga sju till åtta procent av avtalets värde.
25. Konkurrensverket noterar att Försvarsmakten, såvitt framgår av dess yttrande den 3 november 2011, synes vidta vissa åtgärder för att motverka fortsatta överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket. Fråga uppstår då om sådana omständigheter ska anses påverka sanktionsvärdet.
26. Enligt Konkurrensverkets uppfattning finns det en 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

⁹ Prop. 2009/10:180 s. 370.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 s. 197.

¹¹ Jfr prop. 2009/10:180 s. 197.

¹² Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:JuU53. Jfr även prop. 2009/10:180 s. 183.

¹³ Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.

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. Enligt lagens förarbeten ska avgiften nämligen bestämmas så att myndigheten fortsättningsvis avhåller sig från överträdelser samt att även andra myndigheter avhåller sig från överträdelser.¹⁴ Detta ligger även i linje med vad ändringsdirektivet föreskriver.

27. 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.
28. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i detta fall anser Konkurrensverket att dessa vare sig är av förmildrande eller försvårande karaktär. Avgiften bör därför bestämmas till ett belopp som ligger i mitten av spannet mellan fem och tio procent av kontraktsvärdet, se punkt 24.

Avgiftens storlek

29. Den del av Avtalets kontraktsvärde som avser Försvarsmaktens köp av Tjänsterna uppgår till 3 457 675 kr, se beräkning punkterna 9-11. Detta belopp ska läggas till grund för upphandlingsskadeavgiftens storlek. En upphandlingsskadeavgift om 270 000 kr utgör mindre än åtta procent av kontraktsvärdet och är enligt Konkurrensverkets mening en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Skriftlig bevisning som åberopas

Bilaga 1: Medieplan av den 24 november 2010.

Bilaga 2: Bekräftelse om antagande av medieplan samt genomförande av köp.

¹⁴ Se prop. 2009/10:180 sid. 370.

Bilaga 3: Statligt ramavtal angående köp av annonsförmedlingstjänster.

Bilaga 4: Faktura nr 154 693 av den 10 januari 2011.

Bilaga 5: Faktura nr 154 694 av den 10 januari 2011.

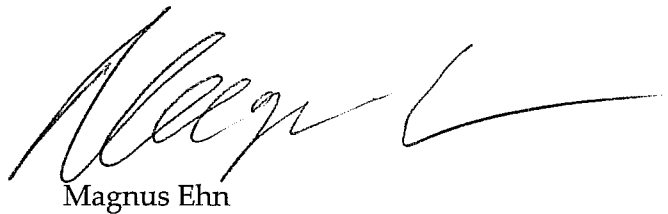
Bilaga 6: Försvarsmaktens beslut av den 25 februari 2011.

Bilaga 7: Försvarsmaktens Internrevisions rapport av den 29 juni 2011.

Bilaga 8: Försvarsmaktens yttrande av den 3 november 2011.



Per Karlsson



Magnus Ehn