



KONKURRENSVERKET	
2013-04-16	
Avd	JU
Dnr	832/2011
KSnr	862 Aktbil

KLAGANDE

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 25 juli 2012
i mål nr 1271-12, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) yrkar i första hand att Konkurrensverkets ansökan avslås och i andra hand att avgiften sätts ned. Till stöd för sin talan vidhåller FMV det som har anförts i förvaltningsrätten och tillägger därutöver bl.a. följande.

Tekniska skäl och kompletterande leveranser

I likhet med Konkurrensverket har förvaltningsrätten valt att helt bortse från de särskilda förhållanden som gäller i den nu aktuella verksamheten hos Försvarsmakten. Det förhållandet att det skulle finnas truckar med olika egenskaper och uppträdanden vid användning i samma verksamhetsställe medför ökade risker för person- och saksador. Dessa risker hänger samman med den mänskliga faktorn. Truckförarna verkar i mycket trånga utrymmen och hanterar mycket dyrbar utrustning, ibland under mycket pressade förhållanden. Även mindre avvikelser som i en normal och genomsnittlig verksamhet kan te sig marginella anses i denna verksamhet som kritiska och kan medföra ökad risk för handhavandefel.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.

Enligt förarbetena utgör bestämmelserna i 3 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) endast utgångspunkt för beräkningen av kontraktsvärdet vid fastställande av upphandlingsskadeavgift. Det föreligger en betydande skillnad mellan det beräknade kontraktsvärdet på 7 925 000 kr och det verkliga kontraktsvärdet på 2 590 000 kr. Det kan ifrågasättas om det är förenligt med principerna om likabehandling och proportionalitet att en myndighet när det gäller den fakultativa upphandlingsskadeavgiften ska kunna påföras en sanktionsavgift som baseras på en affär som de facto inte har genomförts och inte heller kommer att genomföras. Ordningen innebär bl.a. att en myndighet som har använt alla optioner kommer att betala en avgift som är procentuellt mycket lägre i förhållande till köpeskillingen än en myndighet som inte har använt optionerna. En sådan ordning kommer

inte heller att ge några incitament för upphandlande myndigheter att begränsa skadan genom att t.ex. inte utnyttja optioner i ett otillåtet direktupphandlat avtal. Härtill kommer att Konkurrensverket i senare ansökningar om upphandlingsskadeavgift inte har beaktat optioner när avgiftens storlek bestämts.

Konkurrensverkets beräkningsmodell, där det vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden regelmässigt yrkas avgift på mellan sju och åtta procent av kontraktsvärdet, innebär vidare att avgiften blir mer kännbar vid små till medelstora upphandlingar än vid upphandlingar som överstiger hundra miljoner kr. Om en modell överhuvudtaget ska användas vore det rimligare om utgångspunkten var fem procent och att detta värde justerades upp eller ned beroende på överträdelsens art och övriga parametrar. Vad gäller förmildrade omständigheter ska framhållas att FMV har genomfört en förhandsinsyn och således agerat på ett transparent sätt. Att direktupphandlingen inte blev föremål för någon överprövning visar likaså att det inte fanns några andra intresserade leverantörer, i varje fall inga som bedömt att denna direktupphandling strider mot regelverket.

Konkurrensverket bestrider bifall till överklagandet och anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

Bevisbördans placering

Konkurrensverket ifrågasätter förvaltningsrättens rättsliga ställningstagande rörande bevisbördans placering. I mål om upphandlingsskadeavgift kan normalt två olika slags övergripande bevisteman aktualiseras; dels om något avtal har slutits utan föregående annonsering, dels om det föreligger sådana omständigheter som medfört att avtalet fått ingås utan föregående annonsering. Dessa bevisteman bör skiljas åt och FMV bör ha bevisbördan för det senare. Förvaltningsrätten har i sitt resonemang hänvisat till MD 2008:2 samt MÖD 2003:34. Till skillnad från avgiftssubjekten i dessa rättsfall utgör FMV en part som företräder det allmänna. I ärenden rörande

konkurrensskadeavgift och miljöstraffavgift utgör avgiftssubjekten enskilda näringsidkare. Miljöstraffavgift kan därutöver åläggas även fysiska personer. I dessa mål har således hänsyn av rättssäkerhetskaraktär stor betydelse. Sådan hänsyn kan inte göras gällande med samma styrka i mål om upphandlingsskadeavgift där avgiftssubjekten uteslutande utgörs av företrädare för det allmänna. Vidare har Konkurrensverket inga befogenheter att med tvång säkra bevisning i ärenden enligt LOU. Detta är ytterligare en omständighet som talar för att de principer rörande bevisbördans placering som har kommit till uttryck i ovan nämnda rättsfall inte kan göras gällande med samma styrka i mål om upphandlingsskadeavgift enligt LOU.

Enligt såväl rättspraxis som förarbetsuttalanden är det den som gör gällande att direktupphandling får genomföras som har bevisbördan för att så är fallet. Det kan ifrågasättas om det verkligen är förenligt med unionsrätten och Högsta förvaltningsdomstolens praxis att i mål om upphandlingsskadeavgift frångå rättsläget i denna fråga (jfr även placeringen av bevisbördan i mål om fördragsbrott i EU-domstolen). Ett avsteg från gällande rätt i denna fråga bör inte kunna ske med mindre än att det finns en uttrycklig reglering i lagtexten i 17 kap. LOU, vilket saknas. Under alla förhållanden framstår det som högst tveksamt att lagstiftaren i samband med införandet av reglerna om upphandlingsskadeavgift valt att avstå från att utrusta tillsynsmyndigheten med tvångsbefogenheter för att säkra bevisning och samtidigt förändrat gällande rätt rörande bevisbördans placering. En sådan förändring av rättsläget skulle i grunden försämra effektiviteten och ändamålet med reglerna om upphandlingsskadeavgift.

Kompletterande varuleveranser

Den i målet aktuella kompletteringsanskaffningen är värdemässigt ca 18 gånger större än den ursprungliga leveransen. Vidare innebär den en mångdubbling av volymen. Kompletteringsanskaffningen sker också ca tio år efter den ursprungliga leveransen. Under dessa förutsättningar är det

mycket svårt att se det i målet aktuella avtalet som en ”kompletterande leverans”. Av den utredning Konkurrensverket har lagt fram framgår att de aktuella dragtruckarna är okomplicerade avseende såväl själva framförandet som i tekniskt avseende. Deras enkla beskaffenhet i kombination med olika märkens likartade karaktär medför rimligen att användandet av alternativa märken inte kan innebära oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll.

Tekniska skäl

Konkurrensverket har vid en undersökning av marknaden kunnat konstatera att det finns ett antal leverantörer som tillhandahåller fordon jämförbara med Steeltrac E3-30. Det finns således en konkurrensutsatt marknad. De skäl FMV anfört avseende säkerhetsaspekter, ökade kostnader och problem med drift och underhåll eller att personal har vant sig vid fordon av ett visst fabrikat visar inte att det inte finns någon annan befintlig leverantör som utöver Hestra Truck & Maskin AB skulle kunna tillhandahålla de efterfrågade fordonen. Inte heller har FMV kunnat redovisa vilka särskilda tekniska egenskaper Steeltrac E3-30 besitter som skulle kunna motivera att alternativa fabrikat inte kan komma i fråga för ändamålet.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.

Att lagstiftaren har föreskrivit tydliga regler för beräkningen av avtalets värde i mål om upphandlingsskadeavgift på så sätt som har skett – en uppskattad bruttoberäkning utifrån vad som är känt vid tidpunkten för kontraktstilldelningen eller avtalets ingående – framstår som tämligen naturligt. Om det i varje enskilt mål om upphandlingsskadeavgift skulle behöva utredas hur stort det ingångna värdet faktiskt kommit att bli, skulle domstolarna behöva avvakta med att pröva målen till dess att hela avtalet har löpt ut och en utredning om samtliga utbetalningar m.m. enligt avtalet skulle behöva förebringas domstolen. Detta ska jämföras med att Konkurrensverket har ett år på sig att ansöka om upphandlingsskadeavgift från det att avtal har ingåtts.

Bestämmelserna i 3 kap. LOU om beräkningen av kontraktsvärdet vid offentliga upphandlingar har tillkommit för att det ska vara klart, tydligt och förutsebart och för att undvika att upphandlande myndigheter kringgår reglerna om tröskelvärden och direktupphandlingsgränsen. Upphandlande myndigheter ska på ett motsvarande sätt inte kunna kringgå reglerna om upphandlingsskadeavgift genom att i efterhand, under en pågående domstolsprocess, skriva ner värdet på ingångna avtal för att få ned avgiften. Hur tillsynsmyndigheten för sin talan i andra mål i andra domstolar binder inte kammarrätten vid den rättsliga prövningen i förevarande mål.

I förarbetena uttalas att avsikten inte är att upphandlingar till lägre värden proportionellt ska sanktioneras hårdare än upphandlingar som uppgår till mer betydande värden. Konkurrensverket vidhåller dock, på strikt matematisk grund, att lagstiftarens intentioner inte är möjliga att uppnå när det gäller upphandlingar som mer än marginellt överstiger ett värde av hundra miljoner kr. Eftersom det finns såväl ett maxbelopp som ett minimibelopp går det inte att uppnå proportionalitet mellan alla överträdelser vid bestämmande av avgiftens storlek.

FMV har vidare anfört att den omständigheten att man har tillämpat förhandsinsyn ska anses vara förmildrande. Om kraven på transparens och kontroll av upphandlande myndigheters agerande hade varit uppfyllda endast genom institutet förhandsinsyn hade lagstiftaren inte haft skäl att uttryckligen slå fast att avgift ska kunna påföras även efter förhandsinsyn. Upphandlingsskadeavgiften har således ett viktigt syfte även i dessa situationer och det är därför av stor vikt att genomförd förhandsinsyn inte får till följd att en överträdelse av regelverket enbart av detta skäl bedöms som mindre allvarlig. Den typ av överträdelse som är aktuell i detta fall torde vara en av de vanligaste formerna av otillåten direktupphandling. Konkurrensverkets erfarenhet är att det ofta förekommer att myndigheter gör slentrianmässiga upprepningsköp från befintliga leverantörer trots att inköpet borde ha föregåtts av en konkurrensutsättning. Konsekvenserna av

dessa upprepade köp är att övriga leverantörer på obestämd tid helt och hållet utestängs från möjligheterna att erhålla avtal med myndigheten. Förutom de viktiga individualpreventiva aspekterna talar därför även starka allmänpreventiva hänsyn för att avgiften i detta mål sätts till ett relativt betydande belopp i förhållande till upphandlingens storlek.

FMV genmäler bl.a. följande.

Bevisbördans placering

Förvaltningsrättens bedömning att bevisbördan i mål om fakultativ upphandlingsskadeavgift ligger på Konkurrensverket är korrekt. En motsatt ståndpunkt hade inneburit att det ankommer på den som riskerar att påföras en straffavgift att styrka sin oskuld för att undgå denna avgift. Den praxis rörande omvänd bevisbörda som gäller när en leverantör väcker talan i mål om ogiltigförklaring av avtal är inte tillämplig när det allmänna väcker talan i mål om fakultativ upphandlingsskadeavgift.

Kompletterande varuleveranser

När de uttryckliga kriterierna enligt 4 kap. 7 § första stycket 2 och andra stycket LOU är uppfyllda, som i och för sig ska tillämpas restriktivt, får undantaget tillämpas i obegränsad omfattning. Några andra begränsningar i fråga om värde eller anskaffningstidpunkt har inte ställts upp av unionslagstiftaren. Under alla omständigheter saknar Konkurrensverket fog för sin uppfattning om tilläggsanskaffningens omfattning. Tilläggsanskaffningen har endast omfattat fem truckar och vid anskaffningstillfället hade FMV redan sju truckar av denna typ.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

I detta sammanhang kan paralleller dras till praxis rörande beräkning av skadestånd i mål enligt LOU där skadestånd beräknas med ledning i den skada som den skadelidande leverantören de facto har lidit. Syftet med dessa skadeståndsbestämmelser torde även vara allmänpreventivt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Bevisbördan

Bestämmelserna om fakultativ upphandlingsskadeavgift är en svensk företeelse och saknar direkt motsvarighet i EU-rättsliga bestämmelser. I frågan om bevisbördans placering ligger det därför närmast till hands att söka ledning i annan svensk lagstiftning rörande administrativa sanktionsavgifter. När det gäller administrativa sanktionsavgifter, liksom vid brottmålsliknande ärenden i allmänhet inom det förvaltningsrättsliga området, torde en huvudprincip gälla att det är den ansökande myndigheten som har bevisbördan för att förutsättningarna för ett ingripande är uppfyllda (jfr SOU 2010:29 s. 407). Utgångspunkten bör därför vara att detta gäller även i mål om upphandlingsskadeavgift. Den omständigheten att avgiftssubjekten i dessa mål utgörs av företrädare för det allmänna eller att Konkurrensverkets förelägganden inte kan förenas med vite eller liknande sanktion utgör inte i sig skäl att frångå denna princip. Mot bakgrund av bestämmelserna i 18 kap. LOU om Konkurrensverkets utredningsmöjligheter och den upphandlande myndighetens skyldighet att tillhandahålla upplysningar kan Konkurrensverkets bevisbörda inte begränsas till att endast avse frågan om ett avtal har slutits utan föregående annonsering. I likhet med vad som normalt gäller i liknande mål måste Konkurrensverkets bevisbörda i stället anses omfatta samtliga förutsättningar för att avgiften ska dömas ut. Konkurrensverket måste således presentera sådan utredning att det även framgår att det inte rör sig om en sådan undantagssituation där förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas.

Otillåten direktupphandling

Konkurrensverket har gjort gällande att FMV otillåtet har direktupphandlat dragtruckar av typen Steeltrac E3-30 med option att beställa ytterligare upp till tio stycken truckar av samma typ. FMV har till grund för sitt bestridande anfört att upphandlingen har varit tillåten eftersom förutsättningarna för

förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § första stycket 2 och 4 kap. 7 § första stycket 2 LOU har varit uppfyllda.

I likhet med förvaltningsrätten gör kammarrätten bedömningen att Konkurrensverkets utredning ger vid handen att den typ av fordon som har upphandlats inte framstår som särskilt tekniskt komplicerad och att skillnaderna mellan olika fabrikat synes vara relativt små.

Konkurrensverkets utredning talar därför med betydande styrka för att undantagsbestämmelsen om tekniska skäl enligt 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU inte är tillämplig i förevarande fall. Vad FMV anfört om särskilda förutsättningar inom försvars- och säkerhetsområdet och i övrigt utgör inte tillräckliga skäl för att göra någon annan bedömning.

Oavsett om det som har upphandlats kan betraktas som en komplettering till det ursprungliga kontraktet ger Konkurrensverkets utredning stöd för att de aktuella dragtruckarna inte är särskilt komplicerade att underhålla eller avancerade att använda. De problem som FMV åberopar, med hänsyn till säkerhet och samverkansförmåga, med att använda truckar av annat fabrikat än de eltruckar som nu finns i organisationen är inte av sådan karaktär att de kan anses leda till teknisk oförenlighet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll i den mening som avses i 4 kap. 7 § första stycket 2 b LOU. Konkurrensverkets utredning ger därför tillräckligt stöd för bedömningen att inte heller den undantagsbestämmelsen är tillämplig på anskaffningen av dragtruckarna.

Sammanfattningsvis får det anses utrett att direktupphandlingen har varit otillåten. Det finns därför grund enligt 17 kap. 1 § 3 LOU för att påföra FMV upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.

Förvaltningsrätten har i den överklagade domen funnit att den i målet aktuella överträdelsen av LOU inte är ringa och att upphandlingsskadeavgift

därför ska påföras. Förvaltningsrätten har vidare gjort bedömningen att bestämmelserna om beräkning av kontraktsvärdet i 17 kap. 4 § andra stycket LOU jämförd med 3 kap. 3 § LOU inte ger utrymme för att uppskatta kontraktsvärdet utan att beakta optioner och förlängningsklausuler. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning i dessa delar. Förhållandet att Konkurrensverket i vissa andra ansökningar om fakultativ upphandlingsskadeavgift inte har beaktat optioner när avgiftens storlek bestämts föranleder inte någon annan bedömning. Upphandlingsskadeavgiften ska därför i förevarande fall bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kr – 792 500 kr.

Avseende beräkningen av avgiftens storlek framgår bl.a. följande av förarbetena till 17 kap. LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f.). Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarigare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet kan anses vara högt. Som ytterligare exempel på försvårande omständigheter nämns fall när det upphandlade avtalet sträcker sig över lång tid eller avser ett högt värde samt när det är fråga om ett upprepat beteende hos myndigheten. Förmildrande omständigheter kan vara att den upphandlande myndigheten fortsätter köpa varor eller tjänster från ett avtal som har löpt ut, men där ett nytt avtal inte kan ingås på grund av en pågående överprövningsprocess eller när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

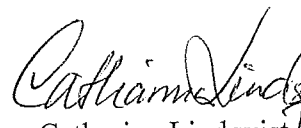
Konkurrensverket har anfört att när det rör sig om otillåten direktupphandling bör sanktionsvärdet i normalfallet beräknas till ca sju till åtta procent av kontraktsvärdet och därefter justeras ned eller upp beroende på vilka förmildrande eller försvårande omständigheter som föreligger. Konkurrensverket motiverar ingångsvärdet med dels det höga sanktionsvärde som överträdelsen i sig anses ha, dels behovet av att reservera den lägre delen av skalan för mindre allvarliga överträdelser som t.ex. att ingå avtal i strid med avtalsspärr. FMV har ifrågasatt detta synsätt och menar att alla överträdelser ska behandlas lika och att fem procent bör tjäna som ingångsvärde i normalfallet. Som förmildrande omständigheter åberopar FMV bl.a. att upphandlingen har föregåtts av förhandsinsyn, att någon talan om ogiltighet aldrig väckts och att optionerna i avtalet inte kommer att utnyttjas om det fastslås att direktupphandlingen varit otillåten.

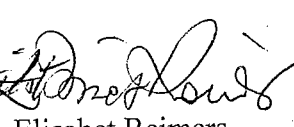
Kammarrätten finner att avgiftens storlek bör bestämmas utifrån en helhetsbedömning av samtliga kända omständigheter i varje enskilt fall. Den nu aktuella överträdelsen består i otillåten direktupphandling, vilket är en försvårande omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde. Det kan varken av lagtext eller förarbeten läsas ut att det finns stöd för att tillämpa en presumtion för att bestämma sanktionsvärdet till en viss procentandel av kontraktsvärdet. Konkurrensverkets beräkningsgrunder framstår emellertid i det aktuella fallet som väl avvägda och innebär inte en oproportionerligt hög avgift. I likhet med förvaltningsrätten anser kammarrätten att det inte har framkommit några förmildrande omständigheter i målet som medför skäl att sätta ned eller helt efterge avgiften.

Sammanfattningsvis anser kammarrätten att förutsättningarna för att påföra

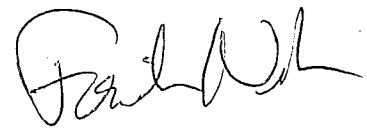
FMV en upphandlingskadeavgift på 600 000 kr är uppfyllda.
Överklagandet ska därför avslås.

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


Catharina Lindqvist
kammarrättsråd
ordförande


Elisabet Reimers
kammarrättsråd
referent


Fredrik Bergius
tf assessor



Frida Niklasson
föredragande