

Förvaltningsrätten i Uppsala
forvaltningsratteniupsala@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 118 60 Stockholm

Motpart

Region Uppsala, 751 85 Uppsala

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, i lydelsen innan den 1 januari 2024 (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Region Uppsala ska betala 8 000 000 (åtta miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Region Uppsala har den 20 september 2023 ingått avtal om bemanningstjänster för läkare och sjuksköterskor (Avtalet) med ABC Doctor AB (Leverantören) utan föregående annonsering enligt 19 kap. 6 § LOU. Det saknades förutsättningar för att ingå Avtalet utan sådan annonsering. Regionen har därmed gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet.

Bakgrund och omständigheter

2. Under 2019 upphandlade regionen ett ramavtal om bemanningstjänster för läkare och sjuksköterskor. Ramavtal tecknades med 47 leverantörer och kunde, efter förlängningar, som längst gälla till och med den 31 oktober 2023.
3. Den 25 april 2022 annonserades en nationellt samordnad upphandling av ramavtal för bemanningstjänster för läkare och sjuksköterskor. Västra Götalandsregionen (VGR) genomförde upphandlingen för alla Sveriges regioners räkning. Upphandlingen avbröts den 30 augusti 2022.
4. Den 25 november 2022 annonserades en ny nationellt samordnad upphandling. VGR genomförde upphandlingen för alla regioners räkning.
5. I januari 2023, efter sista anbudsdag men innan tilldelning, ansökte flera leverantörer om överprövning av den nationellt samordnade upphandlingen.
6. Den 28 april 2023 skickade VGR en rekommendation till berörda regioner om hur de skulle hantera ett eventuellt avtalsgap på grund av att den nationellt samordnade upphandlingen blev försenad (Bilaga 1). VGR rekommenderade direktupphandling med undantagen för synnerlig brådska och täckningsköp.
7. I juni och juli 2023 avslog förvaltningsrätten ansökningarna om överprövning av den nationellt samordnade upphandlingen (se punkt 5 ovan). Domarna överklagades den 17 och 21 juli 2023.
8. Den 12 september 2023 beslutade regionen att den skulle förlänga sitt befintliga ramavtal eftersom avtal inte hade kunnat tecknas i den nationellt samordnade upphandlingen och regionens ramavtal skulle löpa ut den 31 oktober 2023 (Bilaga 2).
9. Den 14 september 2023 meddelade regionen alla leverantörer på regionens befintliga ramavtal att regionen avsåg att förlänga ramavtalet (Bilaga 3).
10. Den 20 september 2023 ingick regionen och Leverantören Avtalet (Bilaga 4). Avtalet innebar att regionens befintliga ramavtal förlängdes från den 1 november 2023 till den 30 april 2024, med möjlighet till ytterligare förlängning till och med den 31 oktober 2024. Avtalet skulle dock upphöra om regionen "tecknar avtal" i den nationellt samordnade upphandlingen.



11. Regionen ingick likadana förlängningsavtal med ytterligare 41 leverantörer.
12. Den 21 september 2023 meddelades ett tilldelningsbeslut i den nationellt samordnade upphandlingen.
13. Den 16 november 2023 avslog kammarrätten överklagandena i målen om överprövning av den nationellt samordnade upphandlingen (se punkt 7 ovan). Domarna överklagades.
14. Den 17 november 2023 meddelades ytterligare ett tilldelningsbeslut i den nationellt samordnade upphandlingen.¹
15. Den 7 december 2023 tecknade regionen ramavtal i den nationellt samordnade upphandlingen (Bilaga 5).² Ramavtalet skulle börja gälla från och med den 1 januari 2024 (avsnitt 4 i Bilaga 5).
16. Den 19 december 2023 vann det sista domstolsavgörandet om överprövning av den nationellt samordnade upphandlingen laga kraft när Högsta förvaltningsdomstolen inte meddelade prövningstillstånd (se punkt 13 ovan).
17. Den 30 januari 2024 meddelade regionen att förlängningsavtalen, inklusive Avtalet, sades upp från och med den 1 februari 2024 (Bilaga 6).
18. Den 1 februari 2024 började regionen använda ramavtalet från den nationellt samordnade upphandlingen.
19. Regionen har anfört att Avtalet fick direktupphandlas med undantagen för synnerlig brådska och synnerliga skäl. Konkurrensverket anser inte att något undantag fick användas. Regionen har inte visat att det förelåg synnerlig brådska som var orsakad av omständigheter som den inte kunde påverka. Regionen har inte heller visat att det fanns synnerliga skäl. Regionen har därmed gjort en otillåten direktupphandling och ska betala en upphandlings-skadeavgift. Detta utvecklas nedan.
20. Upphandlingen av Avtalet påbörjades innan den 1 januari 2024. I enlighet med punkt 2 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ansöker Konkurrensverket därför om upphandlings-skadeavgift.³

¹ Den nationellt samordnade upphandlingen genomfördes med ett upphandlingsförfarande som innefattade anbudslämning och tilldelning för två anbudsperioder per år. Tilldelningsbeslutet den 21 september 2023 (se punkt 12 ovan) avsåg den första anbudsperioden och tilldelningsbeslutet den 17 november 2023 avsåg den andra anbudsperioden.

² VGR tecknade ramavtalet för Region Uppsalas räkning enligt fullmakt. VGR undertecknade ramavtalet den 5 december 2023 och Leverantören undertecknade ramavtalet den 7 december 2023.

³ Se 21 kap. 2 § LOU och prop. 2023/24:3 s. 66–67.



Regionens inställning under utredningen

21. Regionen har huvudsakligen anfört följande under utredningen.
22. Regionen hade rätt att genomföra direktupphandlingen enligt undantagen för synnerliga skäl och synnerlig brådska. Om direktupphandlingen mot förmodan skulle anses otillåten finns förmildrande omständigheter genom att regionen vidtagit åtgärder för att begränsa skadan på konkurrensen.
23. Regionen har inte orsakat nödvändigheten av att direktupphandla Avtalet. Den nationellt samordnade upphandlingen annonserades i god tid, men kunde inte avslutas i tid på grund av en ovanligt lång överprövningsprocess.
24. Regionen genomförde direktupphandlingen för att säkerställa sjukvårdens nödvändiga behov under avtalsspärren i den nationellt samordnade upphandlingen. Regionen beslutade att förlänga sitt befintliga ramavtal den 12 september 2023 eftersom det då var knappt om tid till den 1 november 2023, då ramavtalet annars skulle ha löpt ut. Hela sjukvården skulle ha förlamats om inte förlängningsavtalen hade ingåtts i tid. Det var därför inte möjligt att vänta med att besluta om förlängningen. Med hänsyn till patient-säkerhet och regionens förpliktelser enligt hälso- och sjukvårdslagstiftning var det otänkbart att vänta längre. Det rörde sig också om omfattande avtal med många leverantörer.
25. Enligt tidigare vedertagen uppfattning är detta den typiska situationen när en upphandlande myndighet har rätt att direktupphandla. Konkurrensverket synes anse att upphandlande myndighet ska vara skyldig att annonsera ett parallellt avtal under pågående överprövningsprocess och det är endast om upphandlande myndighet haft ursäkt för att inte annonsera en sådan upphandling, i vart fall genom påskyndat förfarande, som myndigheten ska undgå ansvar. En sådan princip skulle på många sätt påverka villkoren för upphandling för alla upphandlande myndigheter i Sverige. Enligt regionen skulle den enbart medföra negativa konsekvenser för upphandlingssystemet.
26. Det fanns inte tid att genomföra ett annonserat förfarande. Om regionen hade valt att genomföra ett påskyndat förfarande hade det kunnat komma in en ansökan om överprövning. Det hade ur patientsäkerhetsperspektiv varit helt oacceptabelt att vänta med en direktupphandling till först då.
27. Regionen förbehöll sig rätten att omedelbart säga upp Avtalet om den nationellt samordnade upphandlingen kunde avslutas. En sådan rätt gick emot regionens affärsmässiga intresse och avtalades om enbart för att skydda konkurrensen. Genom regionens försorg avropades således endast tjänster för cirka 60,6 miljoner kronor. Det skulle därför vara oproportionerligt med en högre upphandlingsskadeavgift än sex miljoner kronor, även om det mot förmodan skulle anses att regionen gjort en otillåten direktupphandling.



28. Den 6 december 2023 fick regionen besked att ramavtalet från den nationellt samordnade upphandlingen snart var klart. Det nya ramavtalet skilde sig på många sätt från regionens befintliga ramavtal. Regionen behövde säkerställa att uppskattningsvis 15 personer på regionens HR-avdelning fick utbildning i ramavtalet och möjlighet att skapa lokala rutiner för avrop. Regionen behövde också säkerställa att uppskattningsvis 425 chefer i vårdverksamhet fick utbildning i avtalet. Regionen påskyndade implementeringen så långt som möjligt, men kunde inte styra över tiden för utbildningarna eftersom de samordnades centralt genom VGR. Det var viktigt att regionen var solidarisk mot övriga regioner genom en korrekt tillämpning av det nya ramavtalet. Regionen började använda det nya ramavtalet den 1 februari 2024.

Regionen har gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet

Upphandlingens värde

29. Upphandlingen avser ramavtal för tjänstekontrakt (1 kap. 20 och 21 §§ LOU).
30. En upphandlings värde är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen, inklusive optionsklausuler och förlängningsklausuler (5 kap. 3 § LOU). Ett ramavtals värde ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalets löptid (5 kap. 14 § LOU).
31. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse tidpunkten när anbudsinfordran skickas ut eller, om sådan inte krävs, tidpunkten när den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingen (5 kap. 5 § LOU).
32. Den aktuella upphandlingen omfattar alla förlängningsavtal som regionen ingick efter beslutet att förlänga sitt befintliga ramavtal (se punkt 8 ovan). Värdet av alla förlängningsavtal ska därför ingå i upphandlingens värde.⁴
33. Regionen har angett att upphandlingens värde sannolikt hade uppskattats till 246 miljoner kronor exklusive mervärdesskatt, baserat på värdet på regionens avrop på sitt ramavtal för bemanningstjänster från föregående år. Konkurrensverket ifrågasätter inte detta, utan anser att regionens uppskattning ska ligga till grund för upphandlingens värde.
34. Upphandlingens värde var därmed 246 miljoner kronor.

⁴ Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 31 maj 2023 i mål nr 23387-22 (domen överklagades och kammarrätten gjorde ingen annan bedömning avseende upphandlingens omfattning, se Kammarrätten i Stockholms dom den 18 januari 2024 i mål nr 3866-23). Jfr även Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 13 september 2021 i mål nr 1599-21 samt EU-domstolens domar den 15 mars 2012, kommissionen mot Tyskland, C-574/10, EU:C:2012:145; och den 5 oktober 2000, kommissionen mot Frankrike, C-16/98, EU:C:2000:541.



Inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt

Åberopade undantag

35. Upphandlingen avser ramavtal för tjänster som omfattas av Bilaga 2 till LOU. Upphandlingens värde översteg det aktuella tröskelvärdet (5 kap. 1 § LOU).⁵ Upphandlingen skulle därför ha annonserats om inte något undantag från annonseringskravet var tillämpligt (19 kap. 6 § LOU).
36. Regionen har anfört att undantagen för synnerlig brådska och synnerliga skäl fick användas för att direktupphandla Avtalet. Enligt Konkurrensverket har regionen inte visat att något undantag fick användas. Detta utvecklas nedan.

Undantaget för synnerlig brådska

37. Direktupphandling får användas om det på grund av synnerlig brådska, som beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, inte är möjligt att genomföra upphandlingen med ett annonserat förfarande och anskaffningen är absolut nödvändig (19 a kap. 5 § första stycket 1 LOU).⁶
38. Regionen har bevisbördan för att undantaget fick användas.⁷
39. Undantaget ska tolkas restriktivt.⁸ Det ställs höga krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation för att undantaget ska få användas.⁹ Brådskan som läggs till grund för att använda undantaget får inte bero på den upphandlande myndighetens agerande.¹⁰ Brådskan ska i stället bero på yttre förhållanden, det vill säga omständigheter som myndigheten inte kunnat påverka. Det ska också finnas ett orsakssamband mellan den eller de aktuella omständigheterna och den synnerliga brådskan.¹¹

⁵ Tröskelvärdet för tjänstekontrakt enligt Bilaga 2 till LOU var 7 802 550 kronor när Avtalet upphandlades, se tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁶ Bestämmelsen i 19 a kap. 5 § första stycket 1 LOU motsvarar 6 kap. 15 § LOU, se prop. 2021/22:5 s. 211.

⁷ Se HFD 2017 ref. 66 och HFD 2019 ref. 65, p. 46.

⁸ Se EU-domstolens domar den 10 mars 1987, kommissionen mot Italien, 199/85, EU:C:1987:115, p. 14; den 10 april 2003, kommissionen mot Tyskland, förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220, p. 58; den 14 september 2004, kommissionen mot Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, p. 19; den 2 juni 2005, kommissionen mot Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336, p. 33 samt den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.

⁹ Se HFD 2017 ref. 66 och EU-domstolens dom den 14 september 2004, kommissionen mot Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, p. 26–28.

¹⁰ Se prop. 2006/07:128 s. 327 och 429 och prop. 2009/10:180 s. 344. Se även EU-domstolens domar den 14 september 2004, kommissionen mot Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, p. 26; och den 2 juni 2005, kommissionen mot Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336, p. 40–43.

¹¹ Se HFD 2017 ref. 66.



40. När det först gäller frågan om synnerlig brådska förelåg i regionens fall kan följande konstateras.
41. Direktupphandling på grund av synnerlig brådska får bara användas för att tillgodose ett trängande behov som faktiskt har uppstått eller som kan förväntas uppstå inom kort.¹²
42. Det föreligger inte synnerlig brådska om det finns tid att genomföra ett påskyndat förfarande.¹³ I ett påskyndat förfarande kan en upphandling annonseras i 15 dagar (11 kap. 10 § LOU). Vid upphandlingar av den nu aktuella typen av tjänster ska anbudsgivare ges skälig tid att komma in med anbud (19 kap. 11 § LOU). En skälig tid kan vara 15 dagar eller kortare.¹⁴ En avtalsspärr på 10 dagar måste också iakttas (20 kap. 1 § LOU). Utöver detta behövs tid för att förbereda upphandlingsdokument och utvärdera anbud.
43. Regionen beslutade att direktupphandla Avtalet 49 dagar innan regionens befintliga ramavtal löpte ut. Regionen har inte visat att den då inte hade hunnit genomföra ett förfarande med minst lika kort anbudstid som ett påskyndat förfarande i stället för att direktupphandla Avtalet.
44. Regionen har påstått att det inte fanns tid att genomföra ett påskyndat förfarande eftersom en sådan upphandling hade kunnat begäras överprövad. En farhåga att en annonserad upphandling kanske kommer att överprövas är dock inte tillräcklig för att visa att det förelåg synnerlig brådska. Regionen har inte heller visat att den, även om en annonserad upphandling hypotetiskt begärdes överprövad, hade saknat möjlighet att tillgodose sitt behov.
45. Regionen har dessutom inte visat att det fanns något särskilt skäl att besluta om direktupphandlingen just den 12 september 2023. Den omständigheten att regionen inte ansåg sig kunna vänta *längre* med att besluta om direktupphandlingen utesluter inte att beslutet att upphandla tjänsterna kunde och borde ha fattats *tidigare*, vilket hade gett regionen ännu mer tid att genomföra ett annonserat förfarande.
46. Regionen har alltså inte visat att det förelåg ett faktiskt trängande behov av anskaffningen när den fattade beslutet att genomföra en direktupphandling, eller att ett trängande behov kunde förväntas uppstå inom så kort tid att det inte hade varit möjligt att genomföra ett annonserat förfarande.

¹² Se HFD 2019 ref. 65 och jfr EU-domstolen dom den 3 maj 1994, kommissionen mot Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178, p. 18.

¹³ Se EU-domstolens dom den 18 november 2004, kommissionen mot Tyskland, C-126/03, EU:C:2004:728, p. 23.

¹⁴ Det föreskrivs inte någon minsta anbudstid i 19 kap. 11 § LOU. Tidigare var den minsta anbudstiden tio dagar. Se prop. 2021/22:5 s. 119–120 och 199 samt jfr prop. 2015/16:195 s. 1144 och prop. 2006/07:128 s. 432–433.



47. En annonserad upphandling hade kunnat avse ett tillfälligt och villkorat avtal för att täcka ett eventuellt avtalsgap innan regionen hade ingått avtal i den nationellt samordnade upphandlingen, på samma sätt som Avtalet.
48. Flera andra regioner annonserade upphandlingar av kortare eller tillfälliga avtal för att täcka en eventuell avtalslöshet tills avtalet i den nationellt samordnade upphandlingen var på plats (Bilaga 7–9).
49. Sammanfattningsvis har regionen inte visat att det förelåg synnerlig brådska.
50. När det sedan gäller frågan om regionens ansvar för en eventuell brådska, om en sådan ändå skulle anses ha förelegat, kan följande konstateras.
51. Den nationellt samordnade upphandlingen annonserades förvisso i god tid innan regionens befintliga ramavtal löpte ut, och de utdragna överprövningsprocesserna i förvaltningsrätten var oförutsedda. Detta innebar dock inte att regionen var fri från ansvar för att undvika att synnerlig brådska uppstod och att undantaget för synnerlig brådska utan vidare fick användas. Regionen var skyldig att vidta alla nödvändiga åtgärder för att undvika en direktupphandling på grund av synnerlig brådska.¹⁵
52. När regionen direktupphandlade Avtalet i september 2023 kände den sedan flera månader tillbaka till att dess befintliga ramavtal skulle löpa ut i slutet av oktober 2023; att den nationellt samordnade upphandlingen hade begärts överprövad i januari 2023 innan tilldelningsbeslut hade meddelats; att förvaltningsrättens prövning hade dragit ut på tiden; att kammarrättens avgöranden i överprövningsprocesserna kunde dröja till december 2023;¹⁶ och att kommande tilldelningsbeslut i upphandlingen också kunde överprövas.¹⁷ Regionen kände alltså sedan länge till att det fanns en risk för att det nya ramavtalet skulle fördröjas så att regionen riskerade avtalslöshet.
53. Regionen hade löpande, från att den nationellt samordnade upphandlingen begärdes överprövad i januari 2023, anledning att ifrågasätta om upphandlingen skulle kunna genomföras som planerat och att överväga om ett annonserat förfarande med kortare tidsfrister behövde genomföras.¹⁸

¹⁵ Se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 28 januari 2016 i mål nr 2279-15. Domen överklagades och Högsta förvaltningsdomstolen meddelade inte prövningstillstånd, se Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 20 oktober 2016 i mål nr 993-16.

¹⁶ Förvaltningsrättens domar i överprövningsmålen överklagades i juli 2023. Kammarrätternas genomsnittliga handläggningstid för överprövningsmål var cirka fem månader under 2023 och cirka sex och en halv månad under 2022, se <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallstatistik/handlaggningstiden-for-upphandlingsmal-minskar-2023/>. December är fem månader från juli.

¹⁷ VGR hade identifierat och uppmärksammat regionen på risken för fördröjningar och avtalslöshet i april 2023, det vill säga cirka fem månader innan regionen beslutade att direktupphandla Avtalet (se punkt 6 ovan).

¹⁸ Jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 28 januari 2016 i mål nr 2279-15.



54. Regionen har inte visat att det inte hade varit möjligt att genomföra en annonserad upphandling av ett tillfälligt avtal för att undvika avtalslöshet, åtminstone efter att förvaltningsrättens domar hade överklagats i juli 2023 och överprövningsprocesserna då riskerade att dröja till december 2023.
55. Om det förelåg synnerlig brådska när Avtalet direktupphandlades hade den därmed varit hänförlig till regionen.
56. Sammanfattningsvis har regionen inte visat att det inte var möjligt att tillgodose sitt behov med ett annonserat förfarande och att det förelåg synnerlig brådska. Om det hade förelegat någon synnerlig brådska hade den dessutom kunnat tillskrivas och förutses av regionen. Undantaget för synnerlig brådska fick därför inte användas för att direktupphandla Avtalet.

Undantaget för synnerliga skäl

57. Enligt 19 a kap. 5 § första stycket 3 LOU får direktupphandling användas om det finns synnerliga skäl. Enligt bestämmelsens andra stycke får direktupphandling bara användas om upphandlingens värde beräknas understiga tröskelvärdet eller om upphandlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i Bilaga 2.
58. Upphandlingens värde överskrider tröskelvärdet för Bilaga 2-tjänster. Upphandlingen omfattas därför av annonseringskravet i 19 kap. 6 § LOU. 19 kap. 6 § LOU genomför artikel 75 LOU-direktivet.¹⁹ Undantagen från annonseringskravet enligt artikel 75 LOU-direktivet regleras uttömmande i artikel 32 LOU-direktivet. Det är inte tillåtet att medge andra undantag från annonseringskravet för upphandlingar över tröskelvärdet än de som anges i den sistnämnda artikeln. Undantaget för synnerliga skäl är ett nationellt undantag som saknar motsvarighet i artikel 32 LOU-direktivet. Enligt principen om unionsrättens företräde får svenska domstolar och myndigheter inte tillämpa en svensk lagbestämmelse som strider mot en EU-rättslig bestämmelse.²⁰ Undantaget för synnerliga skäl fick därför inte användas för att direktupphandla Avtalet.
59. Regionen har inte heller visat att det hade funnits synnerliga skäl även om undantaget i och för sig skulle vara styrande för bedömningen. Avtalet rör inte sådana särskilda hälso- och sjukvårdstjänster eller sociala tjänster som kan omfattas av undantaget.²¹ Konkurrensverket hänvisar vidare till övervägandena som gjorts ovan om undantaget för synnerlig brådska.

¹⁹ Se prop. 2021/22:5 s. 105.

²⁰ Se EU-domstolens dom den 9 september 2001, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, p. 48–49. Se även Hettne och Otken Eriksson, *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning* (2 uppl., Norstedts juridik, 2011), s. 175 f.

²¹ Se prop. 2015/16:195 s. 891 och prop. 2001/02:142 s. 99.



Sammanfattning

60. Regionen har direktupphandlat Avtalet trots att inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt. Upphandlingen av Avtalet var därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

61. Vid en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU).
62. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.²² Avgiften syftar till att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.²³
63. Den upphandlande myndigheten måste inte ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt för att en avgift ska dömas ut.²⁴ Bristande kännedom om rättsläget eller misstag om lagstiftningens innehåll ursäktar inte en överträdelse.²⁵
64. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst tio tusen kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU).
65. Avgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.²⁶ Särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är, det vill säga överträdelsens sanktionsvärde.²⁷ Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.²⁸ Någon avgift ska inte beslutas i ringa fall och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).
66. Av förarbetena framgår följande om sanktionsvärdet.²⁹ Både försvårande och förmildrande omständigheter ska beaktas. Det bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör till exempel påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Sanktionsvärdet kan anses vara högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller

²² Se skäl 13 och artikel 2e.2 i Europaparlamentets och 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 (ändringsdirektivet) samt prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 49.

²³ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och prop. 2023/24:3 s. 45.

²⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 192 och 368 samt prop. 2023/24:3 s. 36.

²⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 368.

²⁶ Se prop. 2009/10:180 s. 369 och prop. 2023/24:3 s. 49 f. Se även HFD 2014 ref. 69.

²⁷ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och 370 samt prop. 2023/24:3 s. 50.

²⁸ Se HFD 2014 ref. 69 och prop. 2023/24:3 s. 29 och 74.

²⁹ Se prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.

avser ett högt värde. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör också beaktas. Upprepade otillåtna direktupphandlingar bör till exempel ses som försvårande. Om den upphandlande myndigheten har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan det i vissa fall ses som förmildrande.

67. Värdet på upphandlingen av Avtalet var 246 miljoner kronor. Avgiften kan därför bestämmas till högst tio miljoner kronor.
68. En otillåten direktupphandling är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen.³⁰ Sanktionsvärdet för regionens överträdelse är därför som utgångspunkt högt.³¹
69. Regionens otillåtna direktupphandling avser ett avsevärt högt värde. Det är en försvårande omständighet som höjer sanktionsvärdet.
70. Regionen har även tidigare dömts att betala upphandlingsskadeavgift på grund av en otillåten direktupphandling.³² Det är försvårande att regionen har gjort upprepade otillåtna direktupphandlingar.
71. Regionen har anfört att det är oproportionerligt att väga in regionens tidigare otillåtna direktupphandling vid fastställande av upphandlingsavgiften eftersom den avgift som Konkurrensverket nu ansöker om överstiger kontraktsvärdet i den tidigare otillåtna direktupphandlingen. Regionen har också anfört att den tidigare otillåtna direktupphandlingen inte speglar en bristande vilja från regionen att efterleva upphandlingsreglerna.
72. Konkurrensverket delar inte regionens uppfattning i dessa avseenden. Det är själva upprepningen av överträdelser mot annonseringskravet som är försvårande. Kontraktsvärdet som berördes av den tidigare överträdelsen har ingen koppling till det upprepade beteendet. Det är därför varken mindre försvårande eller förmildrande att den tidigare otillåtna direktupphandlingen avsåg ett lägre kontraktsvärde än den avgift som Konkurrensverket nu ansöker om. Regionen har vidare ett strikt ansvar att följa upphandlingsreglerna. Det är därför varken mindre försvårande eller förmildrande att regionen inte har velat bryta mot lagen.
73. Konkurrensverket anser inte att det finns några förmildrande omständigheter som sänker överträdelsens sanktionsvärde.

³⁰ Se skäl 13 till ändringsdirektivet (2007/667/EG), prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 52 f.

³¹ Se prop. 2009/10:180 s. 197. Jfr även HFD 2014 ref. 69 samt Kammarrätten i Göteborgs domar den 5 december 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

³² Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 22 april 2024 i mål nr 6401-23. Regionen har överklagat domen till kammarrätten, som inte avgjort målet än (Kammarrätten i Stockholms mål nr 2651-24).



74. Regionen har däremot framhållit att den förbehöll sig rätten att omedelbart säga upp Avtalet om den nationellt samordnade upphandlingen kunde avslutas. Konkurrensverket anser inte att den omständigheten är förmildrande i detta fall. Det är förvisso positivt att Avtalets giltighet var villkorad eftersom det gav en möjlighet att begränsa skadan på konkurrensen. En kort avtalstid är dock inte automatisk förmildrande.³³ Direktupphandlingen syftade till att täcka ett tillfälligt behov. Regionen var dessutom skyldig att följa de allmänna principerna för upphandling, bland annat proportionalitetsprincipen.³⁴ Det kan därför förutsättas att regionen inte direktupphandlade ett avtal som var längre än nödvändigt och att regionen villkorade Avtalets giltighet i förhållande till det nya ramavtalet.³⁵ Behovet att direktupphandla Avtalet kan vidare tillskrivas regionens bristfälliga framförhållning och planering. Regionen slutade inte heller att använda Avtalet omedelbart när det nya ramavtalet hade tecknats eller börjat gälla, trots att den borde ha haft beredskap för det.³⁶
75. Regionen har också framhållit att den bara avropade tjänster för cirka 60,6 miljoner kronor och att det därför skulle vara oproportionerligt med en högre upphandlingsskadeavgift än sex miljoner kronor. Konkurrensverket delar inte den uppfattningen. Regionens överträdelse avsåg en upphandling med ett värde på 246 miljoner kronor. Regionen ingick Avtalet med vetskap om detta och var beredd att avropa tjänster till det värdet när den gjorde överträdelsen. Avtalet avslutades inte heller tidigare eller fick ett lägre värde på grund av regionens agerande, utan på grund av att den nationellt samordnade upphandlingen kunde avslutas. Avtalet hade annars fortsatt löpa och användas enligt regionens ursprungliga avsikt. Överträdelsens sanktionsvärde ska därför sättas i relation till upphandlingens värde. Det är inte förmildrande att det totala värdet på avropade tjänster, efter att regionen hade gjort överträdelsen och efter att Konkurrensverket hade inlett ett tillsynsärende, kom att bli lägre än upphandlingens värde.³⁷

³³ Det kan vara försvårande med en lång avtalstid, se prop. 2009/10:180 s. 197. Detta innebär inte motsatsvis att det är förmildrande med en kort avtalstid.

³⁴ Se 19 kap. 2 § LOU och HFD 2018 ref. 60.

³⁵ Det fanns flera ytterligare incitament för regionen att begränsa avtalstiden. Till exempel kan ett avtals längd ha betydelse vid bedömningen av om undantaget för synnerlig brådska får användas, se HFD 2019 ref. 65, p. 47. Det får också förutsättas att regionen ville undvika dubbla avtal när den väl hade ingått ramavtalet i den nationellt samordnade upphandlingen.

³⁶ Avtalet skulle upphöra när regionen "tecknar avtal" i den nationellt samordnade upphandlingen (se punkt 10 ovan). Avtalet i den nationellt samordnade upphandlingen tecknades den 7 december 2023 (se punkt 15 ovan). Regionen fortsatte dock att använda Avtalet ända till den 31 januari 2024 (se punkt 17 ovan).

³⁷ Jfr HFD 2014 ref. 69, där kammarrätten ansåg att förekomsten av ett avvecklingsavtal, som innebar att ett otillåtet direktupphandlat avtal avslutades i förtid och att det faktiska kontraktsvärdet blev lägre än upphandlingens värde, inte var förmildrande. Högsta förvaltningsdomstolen gjorde samma bedömning.



76. Sammanfattningsvis är sanktionsvärdet för regionens överträdelse högt. Det finns flera försvårande omständigheter. Vid en sammantagen bedömning, där upphandlingens avsevärt höga värde och alla övriga omständigheter beaktas, anser Konkurrensverket att en avgift på åtta miljoner kronor är en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Erik Sollenberg
Processråd

Bilagor

- Bilaga 1 Rekommendation från VGR
- Bilaga 2 Beslut om förlängning
- Bilaga 3 Meddelande om avsikt att förlänga avtal
- Bilaga 4 Avtalet
- Bilaga 5 Avtal i den nationellt samordnade upphandlingen
- Bilaga 6 Meddelande om uppsägning av Avtalet
- Bilaga 7 Upphandlingsdokument (Region Gotland)
- Bilaga 8 Upphandlingsdokument (Region Stockholm)
- Bilaga 9 Upphandlingsdokument (Region Sörmland och Region Västmanland)