

Förvaltningsrätten i Härnösand
Box 314
871 27 Härnösand

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Jämtland Härjedalen, 831 27 Östersund

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Region Jämtland Härjedalen ska betala 3 500 000 (tre miljoner femhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Region Jämtland Härjedalen (regionen) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 21 december 2017 ingå avtal om bemanningstjänster med Skandinavisk Hälsovård AB utan föregående annonsering, se [bilaga 1](#). Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Under 2012 upphandlade regionen bemanningstjänster i ett annonserat förfarande tillsammans med Västerbottens läns landsting, Region Norrbotten och Region Västernorrland. Bemanningstjänsterna avsåg specialistläkare och specialistsjuksköterskor. Västerbottens läns landsting var ombud i upphandlingen. Avtalsperioden var 1 januari 2013–31 december 2014, med option om förlängning i maximalt 24 månader. Avtalet upphörde den 31 december 2016.
3. Arbetet med att genomföra en ny annonserad upphandling drog ut på tiden, se [bilaga 2](#). Den 7 september 2016 annonserade Västerbottens läns landsting ett förfrågningsunderlag för egen del, samt som ombud för regionen, Region Norrbotten och Region Västernorrland. Den 14 oktober 2016 avbröts upphandlingen för att vissa justeringar skulle genomföras.
4. Den 29 december 2016, det vill säga två dagar innan det tidigare avtalet upphörde, annonserades ett nytt förfrågningsunderlag för gemensam upphandling av bemanningstjänster.
5. Från och med den 1 januari 2017 saknade regionen ett avtal som hade upphandlats med föregående annonsering enligt LOU, och började i stället direktupphandla aktuella tjänster.
6. Den 25 maj 2017 beslöt regionen att tilldela kontrakt till ett antal leverantörer i den annonserade upphandlingen. När tilldelningsbeslutet meddelades hade regionen varit utan ett upphandlat avtal i nästan fem månader.
7. I juni 2017 inkom fyra ansökningar om överprövning av den annonserade upphandlingen. Förvaltningsrätten i Umeå avslog samtliga ansökningar. Två leverantörer överklagade, men prövningstillstånd meddelades inte i vare sig kammarrätt eller i Högsta Förvaltningsdomstolen. Den 2 februari 2018 beslöt Högsta Förvaltningsdomstolen att inte meddela prövningstillstånd i det sista överprövningsmålet.¹ Vid detta datum hade således samtliga förvaltningsrättens avgöranden vunnit laga kraft.

¹ Se Förvaltningsrätten i Umeås domar den 27 oktober 2017 i mål nr 1366 m.fl., i mål nr 1326-17 m.fl., i mål nr 1360 m.fl. och i mål nr 1335-17 m.fl., Kammarrätten i Sundsvalls beslut den 30 november 2017 i mål nr 2383–2386-



8. Regionen har under hela 2017 direktupphandlat bemanningstjänster i form av specialistläkare från ett stort antal leverantörer, se bilaga 3.
9. Inför att tidigare ramavtal skulle löpa ut i december 2016 sände regionen en offertförfrågan rörande bemanningstjänster avseende specialistläkare under 2017 till 73 leverantörer. Regionens förfrågan till leverantörerna föregicks inte av annonsering enligt LOU.
10. Till förfrågan bifogades ett förfrågningsunderlag som bland annat innehöll avtalsvillkor som leverantörerna skulle godkänna. Leverantörerna erbjöds att lämna en offert för leverans av läkare som bemanningstjänst under 2017. Efter att anbud kommit in genomförde regionen en kvalificering av leverantörerna där regionen granskade om det fanns skäl att utesluta någon leverantör. Därefter slöt regionen ramavtalsliknande avtal med kvalificerade leverantörer genom att acceptera inkomna anbud. Regionen meddelade inte något tilldelningsbeslut innan avtalen slöts. Avtalen, som i samtliga fall gällde till och med den 31 december 2017, ingicks löpande med olika leverantörer under perioden den 13 december 2016 fram till och med den 12 oktober 2017, se bilaga 4. Bland annat slöts på detta sätt ett ramavtalsliknande avtal med Skandinavisk Hälsovård AB den 13 december 2016, se bilaga 5.
11. Från dessa ramavtalsliknande avtal har regionen därefter gjort vad som benämnts "avrop" för att tillgodose behovet av bemanningstjänster avseende specialistläkare under 2017. Inför varje sådant avrop skickade verksamhetscheferna in ett upphandlingsuppdrag till den centrala bemanningsfunktionen. I uppdraget framgick verksamhetens behov, under vilken tid samt vilken kompetens och erfarenhet som krävts. Bemanningsfunktionen skickade därefter ut uppdraget som ett avrop med de krav och veckor som angetts av verksamhetscheferna. När svar på avrop kom in delgavs enhetscheferna samtliga svar för referenstagning och beslut. Om flera leverantörer kunde tillhandahålla bemanningspersonal som uppfyllde verksamhetens kravprofil ingick regionen avtal med den leverantör som hade lägst pris.
12. Regionen har under 2017 ingått icke-annonserade "avropsavtal" på detta sätt med ett stort antal leverantörer av bemanningstjänster i form av specialistläkare. Den 21 december 2017 slöts det sista avropsavtalet under räkenskapsåret 2017. Det är detta avtal mellan regionen och Skandinavisk Hälsovård AB, som avser utförande av tjänster veckorna 4, 6 och 8 under

17 och den 27 december 2017 i mål nr 2601–2604-17, samt Högsta Förvaltningsdomstolens beslut den 2 februari 2018 i mål nr 7613–7616-17 och den 8 januari 2018 i mål nr 7042–7045-18.



2018, som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Avtalet den 21 december 2017 är en otillåten direktupphandling

Avtalet omfattas av LOU och har inte varit föremål för annonsering

13. Den tjänst som anskaffas i det aktuella avtalet är en sådan tjänst som avses i bilaga 2 till LOU, CPV-kod 79625000-1 (Förmedling av läkare). Av 19 kap. 1 § 2 LOU framgår att sådana tjänster omfattas av bestämmelserna i 19 kap. LOU.
14. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § respektive 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.²
15. Varken det ramavtalsliknande avtalet med Skandinavisk Hälsovård AB, som slöts den 13 december 2016, eller det nu aktuella "avropsavtalet" som Konkurrensverkets ansökan avser, har föregåtts av annonsering enligt LOU. Avtalet den 21 december 2017 kan därmed vara en otillåten direktupphandling. Detta gäller under förutsättning att avtalets värde överstiger gränsen för direktupphandling och regionen inte haft skäl för att underlåta annonsering med stöd i LOU.

Avtalets värde

16. Värdet av en upphandling ska enligt 19 kap. 8 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Beräkningen ska innefatta värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt. Samtliga direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret ska beaktas när kontraktsvärdet beräknas.³

² Se bland annat EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291. Se även RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

³ Se bland annat prop. 2009/10:180 s. 293, HFD 2017 ref. 74, Kammarrätten i Stockholms dom den 22 maj 2013 i mål nr 2504-13, Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2013 i mål nr 1965-13 samt *Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement*, 3:e upplagan, 2014, s. 466 ff. Se även Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 december 2016 i mål nr 5524-16, där det framgår att även tidigare överträdelse under det aktuella



17. För att varor eller tjänster som anskaffas genom olika direktupphandlingar ska anses vara av samma slag krävs inte att de är identiska. Det måste dock föreligga påtagliga likheter mellan det som upphandlas för att upphandlingarna ska omfattas av bestämmelserna. När det särskilt gäller upphandling av tjänster bör det snarare vara tjänsternas karaktär än vem som utför dem som är avgörande för om de ska anses vara av samma slag.⁴
18. Kostnaden för "avropsavtalet" den 21 december 2017 uppgår till 189 600 kronor exklusive mervärdesskatt. Värdet av enbart detta avtal överskrider således inte i sig direktupphandlingsgränsen.
19. Regionen har dock under 2017 ingått ett stort antal "avropsavtal" med leverantörer av bemanningstjänster i form av specialistläkare. Varken "avropsavtalen" eller de ramavtalsliknande avtal som har föregått avropen har föregåtts av annonsering. Samtliga dessa "avropsavtal" under 2017 saknar ett angivet totalpris. Leverantörerna har löpande fakturerat regionen utifrån ett avtalat timpris. Enligt regionen uppgår den totala kostnaden för direktupphandling av de aktuella tjänsterna under 2017 till 138 500 000 kronor exklusive mervärdesskatt.
20. Konkurrensverket anser att samtliga dessa "avrop" under 2017 är direktupphandlingar av samma slag som har gjorts under 2017. Vid beräkningen av den nu aktuella upphandlingens värde ska därför värdet av samtliga direktupphandlingar av bemanningstjänster avseende specialistläkare som har slutits under 2017 läggas samman, se nedan punkterna 21–24.
21. Det kan noteras att vissa av de "avrop" som Konkurrensverket har inkluderat vid beräkningen av upphandlingens värde har föregåtts av ramavtalsliknande avtal som har slutits under 2016, det vill säga under föregående räkenskapsår (se punkt 10 ovan). Enligt Konkurrensverket har dessa ramavtalsliknande avtal ingen inverkan på när avropsavtalen ska anses ingångna. Detta följer av ett antal olika omständigheter. De ramavtalsliknande avtalen ingicks med ett antal olika leverantörer. De innehöll uppgifter om pris och villkor för utförande av tjänster under 2017. Det förekommer dock avvikelser i priser mellan de ramavtalsliknande avtalen och senare "avrop" från samma leverantör. Exempelvis tillämpades inte det timpris som avtalades i det ramavtalsliknande avtalet med Skandinavisk Hälsovård AB den 13 december 2016 i avropsavtalet den 21 december 2017. Vidare föregicks de ramavtalsliknande avtalen inte av något tilldelningsbeslut. De reglerade inte heller i övrigt förutsättningarna för vilken leverantör som skulle få leverera vid varje enskilt avrop. Detta framgår

räkenskapsåret, som i och för sig har preskriberats, ska läggas till grund för beräkningen av värdet vid bestämning av avgiften i mål om upphandlingsskadeavgift.

⁴ Se HFD 2017 ref. 74.



bland annat av det förhållande att de ramavtalsliknande avtalen slöts löpande under perioden december 2016–oktober 2017 och att det således kontinuerligt tillkom leverantörer. Det rörde sig inte om ramavtal med samtliga villkor fastställda (jfr 7 kap 5 § LOU). Av omständigheterna framgår sammantaget att de ramavtalsliknande avtalen inte ska ligga till grund för bedömningen av när "avropsavtalen" ska anses ingångna. Samtliga "avrop" under 2017 är således självständiga (direktupphandlade) avtal som har slutits under 2017.

22. Samtliga direktupphandlingar av bemanningstjänster 2017 i form av specialisläkare utgör vidare tjänster av samma slag. Bemanningstjänsterna avser att täcka samma behov hos den upphandlande myndigheten.
23. Konkurrensverket, som inte finner anledning att ifrågasätta de uppgifter om värdet av direktupphandlingarna som regionen har lämnat, anser att uppgifterna kan ligga till grund för beräkning av kontraktsvärdet. Värdet av regionens avtal om bemanningstjänster i form av specialisläkare den 21 december 2017 uppgår således, vid en sådan beräkning som följer av LOU, till 138 500 000 kronor. Värdet översteg därmed såväl gränsen för direktupphandling som tröskelvärdet i 5 kap. 1 § LOU. Sett till värdet borde avtalet ha annonserats enligt bestämmelserna i 10 kap. 1 § LOU. Detta framgår av 19 kap. 3 § andra stycket LOU.

Det föreligger inte skäl att underlåta annonsering

24. Regionen anser att det har funnits skäl att direktupphandla med stöd av synnerliga skäl (19 kap. 7 § tredje stycket LOU). Regionen uppger härvid bland annat att man i juni 2015 lämnade fullmakt till Västerbottens läns landsting för att upphandla bemanningstjänster för regionens räkning. Under våren 2016 påbörjades arbetet med en ny regiongemensam upphandling. Västerbottens läns landsting har ansvarat för den upphandlingen som av olika anledningar försenats och avbrutits, bland annat efter flera överprövningar i domstol. Regionen blev därför tvungen att direktupphandla aktuella tjänster. Direktupphandlingarna var absolut nödvändiga för att regionen skulle kunna fullgöra sina skyldigheter enligt hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) och patientsäkerhetslagen (2010:659).
25. Konkurrensverket noterar inledningsvis att ansvaret att följa LOU är strikt och att avgift kan tas ut oberoende av om det har förelegat uppsåt eller oaktsamhet.
26. Konkurrensverket ifrågasätter inte att regionen har ett ansvar för att tillhandahålla vård och därför behöver bemanning i form av bland annat specialisläkare. Dessa skyldigheter innebär dock inte att regionen har rätt att bortse från upphandlingslagstiftningen.



27. Under vissa förutsättningar får en upphandlande myndighet underlåta att annonsera en anskaffning som är absolut nödvändig på grund av synnerlig brådska. Detta framgår av 19 kap. 7 § tredje stycket och 6 kap. 15 § LOU. Det krävs då att det på grund av synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kan tillskrivas den upphandlande myndigheten och som inte heller har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Omständigheter som läggs till grund för tillämpningen av undantaget får inte till någon del bero på den upphandlande myndighetens agerande.⁵ Kravet på att en omständighet inte ska ha kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att den närmast ska ha karaktären av *force majeure*.⁶
28. Av Konkurrensverkets utredning framgår att den nya gemensamma upphandlingen av bemanningstjänster annonserades två dagar innan det tidigare ramavtalet löpte ut. Att annonseringen genomfördes sent berodde på att ett tidigare försök att upphandla ett nytt ramavtal hade avbrutits. Tilldelningsbeslutet i den nya annonserade upphandlingen meddelades omkring fem månader efter att ramavtalet upphörde att gälla.
29. Att den annonserade upphandlingen försenades och brådska uppstod har i detta fall delvis berott på att regionen har brustit i sitt ansvar vid planeringen av den annonserade upphandlingen.
30. Det åligger upphandlande myndigheter att planera och organisera sina upphandlingar på ett sådant sätt att upphandlingslagstiftningen följs. Detta gäller även vid upphandlingar där man samarbetar med andra upphandlande myndigheter. Om samarbetet av någon anledning fördröjs är det respektive upphandlande myndighets ansvar att se till att det egna behovet tillgodoses på ett sätt som är förenligt med LOU.
31. Mot bakgrund av den problematik som tidigare har uppmärksammats avseende hyrläkarupphandlingar⁷ har Konkurrensverket förståelse för att landstingen har haft behov av att utforma den nya gemensamma upphandlingen på ett annat sätt än tidigare upphandlingar. Det kan dock inte mot denna bakgrund anses försvarbart att arbetet med den nya upphandlingen har dragit ut på tiden på det sätt som skett i detta fall.

⁵ Se prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2009/10:180 s. 198 och 344 f, samt bland annat mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 25–28, och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 40–43.

⁶ Se Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 3208-14 den 26 augusti 2015.

⁷ Se bland annat Konkurrensverkets rapport 2015:10, *Hyrläkare i primärvården – en kartläggning av landstingens upphandlingar och kostnader*.

32. Det står således klart att det annonserade förfarandet har inletts för sent och att förseningen i sin tur berott på omständigheter som regionen förfogar över.
33. Av 19 kap. 7 § tredje stycket LOU framgår att direktupphandling även får användas i tillämplig omfattning när det föreligger synnerliga skäl. Uttrycket synnerliga skäl innebär att direktupphandling endast får utnyttjas i undantagsfall. Regeln är främst avsedd för sådana oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Eventuell uppkommen brådska att tilldela ett avtal får således inte heller vid tillämpning av detta undantag bero på bristande planering från myndighetens sida.⁸
34. Av det ovan anförda följer att den brådska som föranlett behovet att direktupphandla delvis kan tillskrivas regionens eget agerande. Vid sådana förhållanden föreligger inte skäl för undantag med stöd av synnerlig brådska.⁹ Det har inte heller framkommit att det har funnits förutsättningar att tillämpa undantaget för synnerliga skäl. Då det inte har framkommit några andra skäl att underlåta annonsering, utgör avtalet den 21 december 2017 en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

35. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Det framgår av 21 kap. 1 § 3 LOU. Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.¹⁰
36. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹¹

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

37. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.
38. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av parterna den 13 december 2017 och den 21 december 2017. Ett bindande avtal har

⁸ Se prop. 2015/16:195, s. 489, prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2001/02:142 s. 99.

⁹ Jfr bland annat Kammarrättens i Göteborgs dom den 22 juni 2010 i mål nr 1501-10 och beslut den 12 november 2010 i mål nr 784-10.

¹⁰ Prop. 2009/10:180, s. 193 och 368.

¹¹ A. prop., s. 196 f.

därmed uppkommit det senare datumet. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

39. Det tidigare ramavtalsliknande avtalet med leverantören har ingen inverkan på tidpunkten för preskription för aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift. Av omständigheterna framgår att avtalet den 21 december 2017 inte är en komplettering av en tidigare avtalad anskaffning, utan att det civilrättsligt är ett självständigt leveransavtal. I sammanhanget noteras bland annat att det tidigare ramavtalsliknande avtalet inte preciserade eller garanterade någon specifik leverans och att priset i det tidigare ramavtalsliknande avtalet inte stämmer överens med det som avtalats i avtalet den 21 december 2017. Vad gäller det tidigare avtalet noteras vidare att regionen under perioden december 2016–oktober 2017 löpande slöt ramavtalsliknande avtal med andra leverantörer för utförande av aktuella tjänster under 2017, man meddelade inget tilldelningsbeslut och det rörde sig således inte om ramavtal med samtliga villkor fastställda (jfr 7 kap. 5 § LOU).

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

40. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU. Detta framgår av 21 kap. 4 § LOU.
41. Kontraktsvärdet för den upphandling som omfattas av ansökan är 138 500 000 kronor (se ovan punkterna 16–23). Eftersom värdet överstiger 100 000 000 kronor är det maximala avgiftsbeloppet om 10 000 000 kronor det högsta möjliga avgiftsbeloppet.
42. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek inom dessa ramar ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl. Detta framgår av 21 kap. 5 § LOU. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹²
43. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Av betydelse är bland annat den upphandlande myndighetens agerande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹³

¹² Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹³ Prop. 2009/10:180, s. 197 och 369–370.



44. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁴
45. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende av att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹⁵
46. Vid bedömning av överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek anser Konkurrensverket att följande omständigheter och överväganden är av betydelse.
47. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde.
48. Konkurrensverket noterar att det föreligger vissa omständigheter som bör påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Vid tidpunkten för den nu aktuella direktupphandlingen, den 21 december 2017, hade regionen fattat tilldelningsbeslut i en annonserad upphandling som var föremål för överprövning som hade dragit ut på tiden. Att överprövningsprocesserna skulle bli utdragna har inte kunnat förutses av regionen. I sammanhanget noteras också att avtalet den 21 december 2017 var tidsbegränsat och endast skulle tillgodose behovet av bemanning av specialistläkare inom viss tid under den pågående överprövningsprocessen. Såvitt framgår av utredningen var även övriga direktupphandlingar av aktuella tjänster som gjordes under 2017 efter att överprövningen hade dragit ut på tiden på motsvarande sätt tidsbegränsade. Detta talar för ett lägre sanktionsvärde.
49. Det går dock inte att bortse från att den otillåtna direktupphandlingen också delvis orsakades av omständigheter som regionen förfogar över. Detta gäller även övriga direktupphandlingar under 2017 som beaktas vid beräkningen av den nu aktuella upphandlingens värde. Det första försöket att upphandla avbröts. En ny upphandling annonserades endast ett par dagar innan det tidigare ramavtalet löpte ut och tilldelningsbeslut meddelades cirka fem månader efter denna tidpunkt. Förseningen med att annonsera och tilldela

¹⁴ Se prop. 2009/10:180, s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

¹⁵ A. prop. s. 197–198 och 369–370.



kontrakt i den nya upphandlingen medförde att regionen hamnade i tidsnöd och tvingades direktupphandla bemanningstjänster under en längre tid, däribland det nu aktuella avtalet. Förseningen hänför sig till omständigheter som låg inom regionens kontroll.

50. Vad gäller regionens försök att i vissa fall göra egna konkurrensutsättningar så utgör detta inte sådana omständigheter som kan påverka överträdelsens sanktionsvärde. Även om det vid direktupphandlingar är bättre att vända sig till flera leverantörer jämfört med en enda, kan den typ av konkurrensutsättning som regionen gjort aldrig ersätta ett annonserat förfarande enligt LOU. En avgörande skillnad mellan egenhändiga konkurrensutsättningar och den annonserade konkurrensutsättningen enligt LOU är att endast de av myndigheten utvalda leverantörerna bereds tillfälle att lämna anbud i det förstnämnda fallet. Övriga leverantörer på marknaden har således inte fått möjlighet att delta i upphandlingen och konkurrera om avtalet, vilket utgör ett brott mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen. Det kan tilläggas att "egna konkurrensutsättningar" i ett stort antal förvaltningsrättsavgöranden inte har inverkat sänkande på överträdelsens sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek.¹⁶
51. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 3 500 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Övrigt

52. Konkurrensverket vill upplysa om att verket denna dag har lämnat in ytterligare tre ansökningar om upphandlingsskadeavgift i mål som avser direktupphandlingar av bemanningstjänster avseende specialläkare. Samtliga dessa ansökningar avser direktupphandlingar med anledning av landstingens försenade gemensamma upphandling av aktuella tjänster. Ansökan mot Region Västernorrland har ingetts till förvaltningsrätten i Härnösand (Konkurrensverkets dnr 651/2018), ansökan mot Västerbottens läns landsting har ingetts till förvaltningsrätten i Umeå (Konkurrensverkets dnr 654/2018) och ansökan mot Region Norrbotten har ingetts till förvaltningsrätten i Luleå (Konkurrensverkets dnr 653/2018).

¹⁶ Se Förvaltningsrätten i Växjö domar i mål nr 3386-13 och mål nr 3388-13, Förvaltningsrätten i Malmö dom i mål nr 11534-13, Förvaltningsrätten i Karlstads dom i mål nr 292-13, Förvaltningsrätten i Stockholms domar i mål nr 4303-13 samt 10872-15, Förvaltningsrätten i Luleås dom i mål nr 2166-11 och Förvaltningsrätten i Växjö dom i mål nr 286-12.



Marie Östman

Sophia Anderberg

Bifogas

Bilaga 1 – Avtal om köp av bemanningstjänst mellan regionen och Skandinavisk
Hälsovård

Bilaga 2 – Förteckning över vidtagna upphandlingsåtgärder

Bilaga 3 – Förteckning över avtal om direktupphandling av specialistläkare 2017

Bilaga 4 – Avtal den 12 oktober 2017 mellan regionen och Docia

Bilaga 5 – Avtal den 13 december 2016 mellan regionen och Skandinavisk
Hälsovård