

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

MediCarrier AB, 556543-6168, Finspångsgatan 44, 163 53 Spånga

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 2 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 2 LOU beslutar att MediCarrier AB ska betala 5 000 000 (fem miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Upplysning om sekretess

Konkurrensverket upplyser härmed förvaltningsrätten om att det i bilaga 2 till denna ansökan finns uppgifter som vid en eventuell begäran om utlämnande av allmän handling sannolikt kan omfattas av sekretess enligt 31 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen.

Konkurrensverket har uppfattat det som att en icke-konfidentiell version av bilaga 2 finns i aktbilaga 3 i förvaltningsrättens akt i underliggande mål nr 21462-21.

Grunder

1. Förvaltningsrätten i Stockholm har i mål om överprövning av giltigheten av ett avtal som har ingåtts mellan MediCarrier AB och Medea AB, fastställt att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (mål nr 21462-21), se bilaga 1. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft.

Bakgrund och omständigheter

2. MediCarrier AB (MediCarrier) är en sådan juridisk person som avses i 1 kap. 18 § LOU. Bolaget ägs till 100 procent av Region Stockholm¹ och dess styrelse utses av regionfullmäktige. MediCarrier är således en upphandlande myndighet (1 kap. 22 § LOU).
3. Region Stockholm genomförde en upphandling avseende undersökningshandskar. Upphandlingen resulterade i tecknande av ramavtal med flera leverantörer, däribland Procurator Sverige AB (Procurator).² Produkter som kunde avropas från ramavtalet var bland annat undersökningshandskar till sjukvården. Ramavtalet gällde till och med den 31 maj 2021, med möjlighet att förlänga ramavtalet helt eller delvis upp till 24 månader. Ramavtalet förlängdes med tolv månader till och med den 31 maj 2022.³
4. Under senare delen av 2020 gav regionfullmäktige i uppdrag åt MediCarrier att tillsvidare lagerhålla bland annat undersökningshandskar motsvarande minst tre månaders normalförbrukning i Region Stockholm.
5. I slutet av november 2020 tillfrågade Region Stockholm befintliga ramavtalsleverantörer om deras kapacitet att leverera ca. 15 miljoner handskar i månaden under de kommande sex månaderna utöver ordinarie leveranser. Region Stockholm önskade svar omgående. En av leverantörerna svarade med vändande post att man inte kunde leverera enligt önskemål. Procurator svarade samma dag att man behövde ytterligare information från regionen för att kunna undersöka saken vidare och återkomma med svar, varvid regionen tillhandahöll efterfrågade uppgifter.
6. Den 28 november 2020 tecknade MediCarrier ett direktupphandlat avtal med Medea AB (Medea) angående köp av undersökningshandskar för perioden januari–juni 2021.

¹ Regionen äger MediCarrier indirekt genom sitt helägda holdingbolag Landstingshuset i Stockholm AB (org. nr 556477-9378).

² Se aktbilaga 4 i förvaltningsrättens akt i underliggande mål nr 21462-21.

³ Se aktbilaga 5 i förvaltningsrättens akt i underliggande mål nr 21462-21.

7. I mitten av december 2020 återkopplade Procurator på regionens tidigare förfrågan om leveransmöjlighet och redogjorde för alternativ. Bolaget begärde även ytterligare information.
8. Den 11 januari 2021 tecknades ytterligare ett avtal mellan MediCarrier och Medea angående köp av undersökningshandskar under perioden juli–december 2021 (Avtalet), se bilaga 2. Det överenskomna priset per undersökningshandske enligt Avtalet är flera gånger högre än det som följer av det sedan tidigare upphandlade ramavtalet (jfr bilaga 2⁴ med aktbilaga 4 i förvaltningsrättens akt i det underliggande målet⁵).
9. Den 8 juli 2021 ansökte Procurator om överprövning av avtals giltighet. Ansökan avsåg överprövning av dels avtalet som ingåtts i november 2020, dels Avtalet. Förutsättningarna för Avtalets giltighet var de enda som prövades.⁶
10. I dom den 16 december 2021 bedömde förvaltningsrätten att det i och för sig förelåg förutsättningar för ogiltighet, men att det allmänna intresset av tillgången till undersökningshandskar med hänsyn till den extraordinära samhällssituationen som pandemin utgör, är en sådan exceptionell omständighet som motiverar att Avtalet ska få bestå. Vidare hade MediCarrier, för att mildra konsekvenserna av direktupphandlingen, tidsbegränsat Avtalet till en sexmånadersperiod. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft, se bilaga 3.
11. Under den utredning som föregått Konkurrensverkets ansökan har MediCarrier bland annat uppgett följande. Den enda anledningen till att direktupphandlingen genomfördes var för att säkerställa tillgången av undersökningshandskar till vårdverksamheten under pågående pandemi. Genom oklarheten avseende Procurators och övriga ramavtalsleverantörers leveransförmåga, och då tillgången till undersökningshandskar är en grundläggande utrustningsdetalj för all vård, bedömdes att det förelåg synnerliga skäl för en direktupphandling. Synnerliga skäl har funnits vid tidpunkten för Avtalets ingående. Genom den extrema situation som rådde och osäkerheten att säkerställa tillgången på undersökningshandskar under juli–december 2021, så var det absolut nödvändigt att ingå Avtalet i januari 2021. Någon upphandlingsskadeavgift ska inte utgå eller i vart fall bestämmas till lägsta möjliga belopp.

⁴ Se p. 4.1 och bilaga Artikelinfo i Avtalet.

⁵ Se ramavtalet p. 15.1 och bilaga 1, Artikelspecifikation.

⁶ Beträffande novemberavtalet avvisades ansökan som för sent inkommen.

Upphandlingsskadeavgift

12. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (21 kap. 1 § 2 LOU).
13. Konkurrensverket ska i en sådan situation ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 2 § första stycket LOU). Det är således fråga om en skyldighet för Konkurrensverket att ansöka om en sådan avgift.
14. Någon överprövning ska inte göras av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift.⁷ Den upphandlande myndigheten kan således inte utverka ett avgörande av innebörden att någon överträdelse av regelverket inte har skett.⁸
15. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha inkommit till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då avgörandet som ansökan grundas på vann laga kraft (21 kap. 6 § LOU).

Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

16. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet ska tas ut för särskilt graverande fall.⁹
17. För att avgöra storleken på upphandlingsskadeavgiften måste värdet på Avtalet som fått bestå beräknas. Beräkningen av Avtalets värde ska i detta fall ske enligt 5 kap. 3 och 5 §§ LOU.
18. MediCarrier har under Konkurrensverkets utredning uppgett att upphandlingens uppskattade värde uppgår till 144 miljoner kronor. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta MediCarriers uppgifter och lägger dem till grund för bedömningen av Avtalets värde.
19. Upphandlingsskadeavgiften kan således uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor.

⁷ 21 kap. 1 och 5 §§ LOU och HFD 2014 ref. 49.

⁸ HFD 2017 ref. 45.

⁹ HFD 2014 ref. 69.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

Allmänna utgångspunkter för sanktionsvärdet

20. När upphandlingsskadeavgiftens storlek ska fastställas 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 (21 kap. 5 § LOU).
21. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med upphandlingsskadeavgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹⁰ Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.¹¹ Hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Även omständigheter som har legat till grund för det underliggande ogiltighetsmålet kan beaktas.¹² Utgångspunkten är dock att avgiften bestäms så att myndigheten och även andra avhåller sig från överträdelser av lagen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften sättas till.¹³
22. Upphandlingsskadeavgiften kan tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. Ansvar är således strikt.¹⁴
23. När, som i förevarande fall, ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt och att överträdelser i en del av dessa fall snarare kan antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen.¹⁵

Den aktuella överträdelsen och omständigheter i det underliggande målet

24. Förvaltningsrätten har i ett lagakraftvunnet avgörande funnit att Avtalet fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Detta mål handlar enbart om att fastställa ett sanktionsvärde för den överträdelse som konstaterats i den underliggande domen.
25. MediCarrier har hos Konkurrensverket gjort gällande att det förelegat *synnerliga skäl* att ingå Avtalet. Förvaltningsrätten har dock konstaterat att det inte funnits några förutsättningar för att direktupphandla i det aktuella fallet,

¹⁰ Prop. 2009/10:180 s. 196–197.

¹¹ HFD 2014 ref. 49.

¹² HFD 2017 ref. 45.

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

¹⁴ Prop. 2009/10:180 s. 192 ff och 368.

¹⁵ Prop. 2009/10:180 s. 198 och 370.

varken av synnerlig brådska eller av synnerliga skäl. Konkurrensverket erinrar om vad som följer av Högsta förvaltningsdomstolens praxis (se punkt 14 ovan), men kan alldeles oavsett konstatera, i likhet med förvaltningsrätten, att bestämmelsen i 19 kap. 7 § LOU rörande undantaget för synnerliga skäl inte är tillämpligt eftersom det varken är fråga om en upphandling under tillämpligt tröskelvärde eller tjänster enligt bilaga 2 och bilaga 2 a.¹⁶

26. Att ett avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska inte i sig påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. MediCarrier har genom att Avtalet fått bestå redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig omständigheten att det förelåg tvingande hänsyn.¹⁷
27. I domskälen anger förvaltningsrätten att MediCarrier har begränsat Avtalet till sex månader. Denna omständighet bör påverka sanktionsavgiften i sänkande riktning.
28. Regionfullmäktige har gett MediCarrier ett uppdrag att lagerhålla kritisk skyddsutrustning, däribland undersökningshandskar. Avtalet, som ingicks i januari 2021, avser perioden juli–december 2021 och syftar till att undvika att ett framtida trängande behov av undersökningshandskar kommer att uppstå. Det rör sig således inte om ett trängande behov som faktiskt har uppstått eller kan förväntas uppstå inom kort, utan om att öka lagersaldot på undersökningshandskar.¹⁸ Vid tidpunkten för Avtalet hade MediCarrier dessutom ett befintligt ramavtal med bland annat en leverantör som förvaltningsrätten bedömde har haft förmågan att kunna leverera.¹⁹ Trots att Procurator, enligt förvaltningsrättens bedömning, i mitten av december 2020 var nära en förestående lösning för att kunna leverera önskade volymer av undersökningshandskar och utan att återigen tillfråga ramavtalsleverantörerna avseende leverans för den aktuella perioden, direkttilldelade MediCarrier Avtalet. Överträdelsen kan således inte antas bero på enbart allmänna omständigheter.²⁰ Konkurrensverket noterar vidare att Avtalets värde är så pass högt att upphandlingsskadeavgiften i målet som högst kan uppgå till takbeloppet, dvs. 10 000 000 kronor. Dessa omständigheter bör påverka sanktionsavgiften i höjande riktning.

¹⁶ Jfr 19 kap. 1 § LOU i tidigare lydelse SFS 2019:670, eftersom nu aktuell upphandling påbörjats före den 1 februari 2022 (dvs. då lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft).

¹⁷ Jfr Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr 5703-13 och 4915-13. Högsta förvaltningsdomstolen meddelade inte prövningstillstånd i något av dessa mål.

¹⁸ HFD 2019 ref. 65 och C-328/92 *Kommissionen mot Spanien*.

¹⁹ Enligt förvaltningsrätten gav utredningen i målet inte tillräckligt stöd för att Procurators leveranser under hösten/vintern varit präglad av sådan osäkerhet som MediCarrier gjort gällande.

²⁰ Allmänna omständigheter har i upphandlingsskadeavgiftsmål i huvudsak betraktats som långt utdragna överprövningar, utom den upphandlande myndighetens kontroll, av en annonserad upphandling som inneburit att myndigheten behövt ingå tillfälliga avtal avseende anskaffningar som inte kunnat anstå i väntan på avgörande alternativt till det att en ny upphandling har kunnat genomföras, jfr t.ex. HFD 2014 ref. 49.

29. Enligt Konkurrensverkets uppfattning föreligger inte några omständigheter som kan medföra att avgiften efterges. Det är heller inte fråga om ett ringa fall.
30. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 5 000 000 kronor för Avtalet är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.
-

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Anna Görgård

Bifogas

Bilaga 1 – Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 16 december 2021 i mål nr 21462-21

Bilaga 2 – Avtalet

Bilaga 3 – Lagakraftbevis