

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Stockholm, 232100-0016, Box 30215, 104 25 Stockholm

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 Stockholm ska betala 10 000 000 (tio miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Region Stockholm har den 6 december 2021 ingått ramavtal avseende bemanningstjänster inom hälso- och sjukvård med Medcura AB utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades förutsättningar att ingå ramavtalet utan sådan annonsering. Ramavtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2016 års ramavtal

2. 2016 ingick Region Stockholm (Regionen) ramavtal avseende bemanningstjänster inom hälso- och sjukvård efter en annonserad upphandling (2016 års ramavtal). Avrop från 2016 års ramavtal kunde göras av de i avtalet angivna avropande myndigheterna, dvs. Regionens förvaltningar, bolag och stiftelser som nyttjade det aktuella avtalet.¹ 2016 års ramavtal löpte som längst till och med den 30 april 2020, bilaga 1.

2019 års upphandling

3. Drygt fyra månader innan avtalstidens utgång, den 17 december 2019, annonserade Regionen en regiongemensam upphandling av ett nytt ramavtal för bemanningstjänster (2019 års upphandling), bilaga 2. Upphandlingen överprövades under anbudstiden, men ansökan avslogs den 23 april 2020.²
4. I mars 2020, under tiden för överprövningen, beslutade Regionen att förlänga de befintliga ramavtalen med nio ramavtalsleverantörer för de aktuella bemanningstjänsterna genom en särskild överenskommelse mellan avtalsparterna för de avropande myndigheternas räkning. Förlängningen gjordes genom direktupphandling på grund av det extraordinära och akuta pandemiläget vid denna tidpunkt och till oförändrade avtalsvillkor i förhållande till 2016 års ramavtal. Förlängningen avsåg perioden den 1 maj 2020 till och med den 31 december 2021, bilaga 3.
5. I september 2020 fattade regiondirektörsnätverket ett inriktningsbeslut om att konkreta förberedelser för en nationellt samordnad bemanningsupphandling skulle påbörjas och att avsiktsförklaringar om deltagande skulle lämnas senast den 30 november 2020. Regionen lämnade en sådan avsiktsförklaring den 25 november 2020.

¹ Regionen har uppgett att sex olika upphandlande myndigheter inom Regionen har rätt att avropa bemanningstjänster för vården (Stockholms läns sjukvårdsområde [SLSO], Karolinska universitetssjukhuset, Södersjukhuset AB, Danderyds sjukhus AB, TioHundra AB och S:t Eriks ögonsjukhus AB), Regionens svarsskrivelse den 22 december 2021, Konkurrensverkets dnr 746/2021.

² Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 2343-20.

6. Den 22 juni 2021 meddelades tilldelningsbeslut i 2019 års upphandling, bilaga 4. Beslutet överprövades.³
7. Den 22 oktober 2021 avbröt Regionen upphandlingen och överprovningen skrevs därefter av, bilaga 5. Av bilaga 5 framgår att avbrytandet motiverades av ändrade omständigheter.⁴

Direktupphandlade ramavtal

8. I november 2021 beslutade Regionen – efter att ha analyserat olika alternativ för direktupphandling, bilaga 6 – att ingå ramavtal utan föregående annonsering med bland annat Medcura AB. Ramavtalen, som ingicks med såväl befintliga ramavtalsleverantörer som leverantörer med godkända anbud i den avbrutna 2019 års upphandling, slöts mellan den 3–7 december 2021 beroende på leverantör.
9. Upphandlingsavdelningen vid serviceförvaltningen, under Regionens fastighets- och servicenämnd, fick i uppdrag att genomföra den aktuella direktupphandlingen och beslutanderätt gavs till en enskild befattningshavare genom delegation och fullmakter från samtliga avropande myndigheter, bilaga 7. Av dessa handlingar framgår att för det fall skälen bakom direktupphandlingens genomförande skulle komma att ifrågasättas och detta resulterar i en upphandlingsskadeavgift, skulle sådan eventuell avgift fördelas på respektive berörd verksamhet i förhållande till avropsvolym.
10. Ramavtalet med Medcura AB tecknades den 6 december 2021 och löpte från den 1 januari 2022 till den 30 juni 2022 med möjlighet till sex månaders förlängning (Ramavtalet), bilaga 8. Ramavtalet kunde sägas upp av Regionen med två månaders uppsägningstid.
11. Ramavtalet ingicks i väntan på den nationellt samordnade upphandlingen av bemanningstjänster som förväntades vara klar under den andra halvan av 2022. Den nationella upphandlingen annonserades inte förrän i april 2022, bilaga 9.⁵ Eftersom denna upphandling inte var avslutad förlängdes Ramavtalet. Ramavtalet gäller därmed fram till den 31 december 2022.
12. Det är Ramavtalet som ligger till grund för denna ansökan.

Upphandling för att täcka framtida behov

13. Den 7 oktober 2022 annonserade Regionen en ny upphandling rörande bemanningstjänster inom hälso- och sjukvården, SLL1912, bilaga 10. Avtalet

³ Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 20780-21.

⁴ Avsnitt VI.3 i bilaga 5.

⁵ Den nationella upphandlingen avbröts sedermera i juli 2022 efter ansökning om överprovning inkommit i juni 2022 (se Förvaltningsrätten i Göteborgs mål nr 6928-22, Förvaltningsrätten i Stockholms mål nr 6958-22, m.fl.).

avses löpa från den 1 januari 2023 fram till den 31 december 2023 med option fram till den 31 december 2024.

Vad Regionen har anfört

14. Under Konkurrensverkets utredning har Regionen gjort gällande att det funnits stöd för att genomföra den aktuella direktupphandlingen genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådskan enligt 6 kap. 15 § LOU och synnerliga skäl enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.⁶ Förfarandet motiveras av patientsäkerhetsskäl och Regionens lagstadgade skyldighet att kunna erbjuda en god vård; att behovet av vårdpersonal vid tidpunkten för direktupphandlingen fortfarande var mycket högt jämfört med ett normalläge; samt att pandemin med dess oförutsebara förlopp innebar ett för vården synnerligen verksamhetskritiskt behov av att säkerställa bemanningstjänster.
15. Vidare har Regionen uppgett att flera leverantörer varit mycket kritiska till 2019 års upphandling, som de bedömt innehålla för krävande villkor rent affärsmässigt. De nya strängare villkoren har enligt Regionen sin förklaring i erfarenheter från tillämpningen av 2016 års ramavtal. Regionen anser att dessa villkor kan ha påverkat anbudslämningen.⁷ Vidare har Regionen uppgett att det under pågående överprövning av tilldelningsbeslutet framkom att flera av anbudsgivarna som tilldelats kontrakt inte längre ansåg sig kunna leverera från planerad driftstart den 1 januari 2022, vilket skulle innebära stora verksamhetsrisker för vårdverksamheterna. Regionen har även uppgett att vårdverksamheterna inte såg det som möjligt att fasa ut 2016 års ramavtal och implementera nya med tanke på de störningar som det vid den aktuella tidpunkten befarades kunna medföra. Efter en sammantagen bedömning valde Regionen därför att avbryta 2019 års upphandling. Regionen betonar vidare att bemanningsbranschen inte fungerar på ett tillfredsställande sätt.
16. Konkurrensverket har under utredningen skickat en sammanfattande skrivelse till Regionen med verkets bedömning om att Ramavtalet utgör en otillåten direktupphandling. Regionen har inkommit med svar på denna skrivelse. I svaret anges bland annat följande.

⁶ Lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 februari 2022. Av övergångsbestämmelserna framgår att äldre bestämmelser fortfarande gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Beslut om att ingå direktupphandlade ramavtal fattades av Regionen i november 2021. Ramavtalen med de berörda leverantörerna ingicks i december 2021. Den aktuella upphandlingen påbörjades således före den 1 februari 2022, vilket innebär att LOU i sin tidigare lydelse är tillämplig.

⁷ Vid anbudstidens utgång hade endast totalt 23 anbud lämnats på hela upphandlingen, medan Regionen hade kunnat tänka sig att tilldela ramavtal upp till 60 leverantörer vad gäller läkare och sjuksköterskor och upp till 30 leverantörer för undersköterskor och medicinska sekreterare.

17. Regionen gör gällande att avtal/köp vars enda syfte är att försöka upprätthålla en fungerande sjukvård under en pågående och långvarig pandemi är en direktupphandling som borde omfattas av undantagen för synnerlig brådska och synnerliga skäl. Regionen hänvisar till Europeiska kommissionens meddelande avseende användning av upphandlingsreglerna i nödsituationen i samband med covid 19-krisen (Kommissionens meddelande).⁸ Avsikten var hela tiden att, så snart som situationen hos vårdgivarna och centralt inom Regionen medgav det, tilldela ramavtal i 2019 års upphandling. Syftet med direktupphandlingen/den s.k. brygglösningen har varit att kunna upprätthålla vården genom att säkerställa bemanningstjänster utan att tillföra ytterligare störningar till redan ansatta verksamheter. Det har inte funnits något uppsåt att kringgå lagstiftningen. Regionen har vidare uppgett att det finns flertalet förmildrande omständigheter, såsom den begränsade avtalstiden, det faktum att direktupphandlingen i december 2021 endast var en brygglösning efter ett fallerat annonserat försök, parallellt med att man vid tidpunkten för avtalsingåendet redan hade lämnat en avsiktsförklaring kopplat till den nationellt samordnade upphandlingen som således var en konkret realitet. Regionen anser dessutom att det höga värdet inte bör påverka i höjande riktning utan ska i stället ses som ett bevis och uttryck för vilket stort bemanningsbehov som vårdverksamheterna faktiskt hade. Om något av undantagen inte anses tillämpliga, anser Regionen att eftergift skulle kunna komma i fråga eftersom det mot bakgrund av situationen kan framstå som orimligt eller stötande att ta ut en upphandlingsskadeavgift.⁹

Konkurrensverkets pågående tillsynsärenden kopplade till samma direktupphandling

18. Konkurrensverket vill även upplysa om att det pågår en granskning av de avropande myndigheternas respektive ansvar beträffande anslutning till bland annat Ramavtalet.¹⁰ Det har i dessa utredningar bland annat framkommit att flera av de avropande myndigheterna har annonserat egna upphandlingar avseende bemanningstjänster till hälso- och sjukvården. Som exempel kan nämnas Södersjukhuset AB som annonserade två upphandlingar avseende läkare respektive sjuksköterskor i november 2020, bilaga 11.

⁸ Europeiska kommissionens meddelande (2020/C 108 I/01), Vägledning från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna, punkt 2.3.

⁹ Jfr uttalanden i förarbetena avseende att eftergift pga. synnerliga skäl kan bli aktuellt även om en upphandlande myndighet, på grund av eget agerande, har hamnat i en situation där myndigheten anser sig tvungen att direktupphandla för att människors liv eller hälsa annars skulle riskeras, prop. 2009/10:180 s. 198 f.

¹⁰ Konkurrensverkets dnr 120–122/2022 och 124–125/2022.

Avtalet mellan Regionen och Medcura AB utgör en otillåten direktupphandling

Regionen är upphandlande myndighet för Ramavtalet

19. Konkurrensverket har i den sammanfattande skrivelsen till Regionen framfört att Regionen, och inte fastighets- och servicenämnden som enligt ovan genomfört direktupphandlingen, utgör relevant upphandlande myndighet i den aktuella direktupphandlingen. Detta på grund av att fastighets- och servicenämnden inte har varit tillräckligt självständig i förhållande till Regionen i den aktuella direktupphandlingen.¹¹ Nämnden, genom upphandlingsavdelningen, har endast tillhandahållit inköps- och upphandlingsstöd till Regionen och de avropande myndigheterna. De avropande myndigheterna står för sina egna avrop från de direktupphandlade ramavtalen.
20. Regionen har i svar på den sammanfattande skrivelsen inte invänt mot denna bedömning. Regionen uppger att den civilrättsliga parten för Ramavtalet är den juridiska personen Region Stockholm och att man inte invänder mot att Konkurrensverket – inom ramen för ansökan om upphandlingsskadeavgift med anledning av ingåendet av Ramavtalet, inklusive avropande myndigheters avrop – betraktar Regionen som en upphandlande myndighet.
21. Mot bakgrund av detta bedömer Konkurrensverket att Regionen som sådan utgör upphandlande myndighet för Ramavtalet.

Ramavtalets karaktär och upphandlingens värde

22. Ramavtalet utgör ett ramavtal avseende sådana tjänster som omfattas av bilaga 2 a till LOU (välfärdstjänster).¹²
23. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna anbud. Under 2021 uppgick tröskelvärdet för upphandlingar som avser välfärdstjänster enligt bilaga 2 a till 7 701 675 kronor.¹³
24. Av 5 kap. 3 § LOU följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

¹¹ Jfr HFD 2018 ref. 67. Jfr även bl.a. Hovrätten för Övre Norrlands dom i mål nr T 417-20 och Förvaltningsrätten i Växjö dom i mål nr 4926-21. Jfr även 5 kap. 4 § LOU samt skäl 20 och art. 5.2 i direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet).

¹² I 1 kap. 20 § LOU definieras ramavtal som ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod. Med tjänstekontrakt avses enligt 1 kap. 21 § LOU ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än de som avses i 9 §.

¹³ Tillkännagivande (2020:8) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Enligt 5 kap. 14 § LOU ska värdet av ett ramavtal uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalets löptid.

25. Under utredningen har Regionen uppgett att värdet av upphandlingen uppskattats till 800 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.
26. Konkurrensverket, som inte finner skäl att ifrågasätta uppgiften, lägger därmed Regionens uppgift till grund för att upphandlingens värde uppgår till 800 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.
27. Värdet överskrider således tillämpligt tröskelvärde enligt LOU. Ramavtalet, som har ingåtts utan föregående annonsering, borde därmed ha annonserats i enlighet med i 10 kap. 1 § LOU.¹⁴

Undantag från annonsering

28. För att Ramavtalet ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU varit tillämpligt. Undantagen ska tolkas restriktivt.¹⁵
29. Regionen har åberopat synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU respektive synnerliga skäl enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU som grund för undantag från annonseringsskyldigheten.

Synnerlig brådska

30. Av 6 kap. 15 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.
31. Det krävs att det föreligger ett orsakssamband mellan brådskan att anskaffa en viss tjänst och den omständighet som läggs till grund för tillämpningen av undantaget.¹⁶ Synnerlig brådska föreligger inte om det finns tid för att genomföra ett påskyndat förfarande.¹⁷

¹⁴ Av 19 kap. 1 § 2 och 3 § andra stycket LOU ska upphandling av välfärdstjänster som överstiger tröskelvärdet annonseras i enlighet med 10 kap. 1 § LOU.

¹⁵ Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *kommissionen mot Tyskland*, p. 58, mål C-385/02 *kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

¹⁶ Mål C-318/94 *kommissionen mot Tyskland*, p. 14.

¹⁷ Mål C-126/03 *kommissionen mot Tyskland*, p. 22–23. Jfr även C-107/92 *kommissionen mot Italien*.

32. Regionen anser att samtliga kumulativa villkor i bestämmelsen är uppfyllda. Man hänvisar till Kommissionens meddelande om att antalet covid-19-patienter som behöver läkarvård inte kunde förutses och planeras i förväg och att detta således utgör en oförutsedd händelse för de upphandlande myndigheterna.¹⁸
33. Konkurrensverket anser dock att omständigheterna vid avtalsingåendet i december 2021 var förutsebara och till viss del kan tillskrivas Regionen samt att det var möjligt att hålla tidsfrister, i vart fall med tillämpning av ett påskyndat förfarande.
34. Kommissionens meddelande utfärdades den 1 april 2020. Vid den tidpunkten ansåg således kommissionen att pandemin var oförutsebar¹⁹ och att orsakssambandet mellan covid-19-pandemin och den synnerligen brådskande situationen att tillgodose de omedelbara behoven hos sjukhus och hälso- och sjukvårdsinstitutioner rimligen inte kunde betvivlas.²⁰
35. Ramavtalet ingicks dock den 6 december 2021, dvs. nitton månader efter utfärdande av Kommissionens meddelande. Konkurrensverket ifrågasätter att pandemin vid den tidpunkten fortfarande kunde betraktas som en oförutsebar händelse.
36. Dessutom brister orsakssambandet mellan pandemin och den påstådda brådskan i att direktupphandla Ramavtalet, i synnerhet som Regionen genom förlängningen av 2016 års ramavtal i mars 2020 skapade ett utrymme om ett år och åtta månader för att kunna utvärdera anbuden och tilldela kontrakt i 2019 års upphandling (något som Regionen dock inte tog tillvara på utan dröjde till juni 2021 med att tilldela kontrakt). Därtill valde Regionen av olika anledningar att avbryta 2019 års upphandling i oktober 2021, vilket föranledde beslutet att direktupphandla Ramavtalet.
37. Det fanns vidare tid att genomföra ett påskyndat förfarande, särskilt med tillämpning av de mindre stränga villkoren som tillämpades i 2016 års ramavtal och som till synes accepterades av leverantörerna. Detta hade kunnat öppna upp även för de leverantörer som inte lämnade anbud i 2019 års upphandling på grund av de strängare avtalsvillkoren.²¹
38. Det ska i samband med detta även uppmärksammas att kommissionen i första hand framhöll att upphandlande myndigheter kunde utnyttja möjligheten att avsevärt förkorta tidsfristerna för att påskynda öppna eller

¹⁸ Punkt 2.3.1 i Kommissionens meddelande.

¹⁹ Punkt 2.3.1 i Kommissionens meddelande.

²⁰ Punkt 2.3.3 i Kommissionens meddelande.

²¹ Jfr 11 kap. 10 § LOU avseende tidsfrister för påskyndat förfarande.

selektiva förfaranden. Endast om denna flexibilitet inte räcker till kan ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering övervägas.²²

Kommissionen noterade dock att förhandlade förfaranden utan föregående annonsering erbjuder en möjlighet att tillgodose *omedelbara behov* och att de endast används för att *tillfälligt åtgärda en brist till dess man finner mer stabila lösningar*, till exempel ramavtal för varor och tjänster som tilldelas genom ordinarie förfaranden (inklusive påskyndade förfaranden).²³

39. Slutligen noteras att Regionen annonserade 2019 års upphandling endast dryga fyra månader innan 2016 års ramavtal löpte ut. Regionen var alltså redan sent ute med upphandlingen. Att 2016 års ramavtal löpte ut den 30 april 2020 är dessutom en omständighet som varit känd för Regionen. Det ställs höga krav på upphandlande myndigheters planering och organisation.²⁴ När det gäller ett sådant verksamhetskritiskt kontraktsföremål som bemanningstjänster till hälso- och sjukvården borde vikten av god framförhållning vara betydande.
40. Sammantaget kan brådskan att direkttilldela Ramavtalet i december 2021 tillskrivas Regionen. Tidsfrister för ett påskyndat förfarande hade vidare kunnat tillämpas. Av detta följer att undantaget om synnerlig brådska inte var tillämpligt vid ingåendet av Ramavtalet.

Synnerliga skäl

41. Enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU får direktupphandling av välfärdstjänster enligt bilaga 2 a användas om det finns synnerliga skäl. I förarbetena framhålls att undantaget främst är avsett för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte kunnat råda över. Att den upphandlande myndigheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling.²⁵
42. Vad gäller möjligheten att tillämpa undantaget för synnerliga skäl vid ingåendet av Ramavtalet hänvisas till de överväganden som gjorts ovan avseende undantaget för synnerlig brådska. Undantaget för synnerliga skäl är inte tillämpligt.

Slutsats

43. Sammanfattningsvis bedömer Konkurrensverket att förutsättningarna för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering inte har varit uppfyllda vid tidpunkten då Ramavtalet slöts. Regionen var skyldig att

²² Punkt 1 fjärde stycket samt 2.2 och 2.3 i Kommissionens meddelande.

²³ Punkt 2.3.4 i Kommissionens meddelande.

²⁴ Se HFD 2017 ref. 66. Jfr även Kammarrätten i Sundsvalls domar den 26 augusti 2015 i mål nr 3208-14 och 3209-14.

²⁵ Prop. 2009/10:180 s. 344 f och prop. 2001/02:142 s. 99.

annonsera enligt 10 kap. 1 § LOU. Ramavtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

44. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.²⁶ Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har 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.²⁷
45. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.²⁸ Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.²⁹
46. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.³⁰
47. Enligt 21 kap. 5 § LOU ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är när en upphandlingsskadeavgift ska fastställas. Utgångspunkten bör vara att avgiften bestäms så att myndigheten och även andra avhåller sig från överträdelser av lagen.³¹ Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.³² Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.³³ I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.
48. Enligt HFD 2014 ref. 49 ska upphandlingsskadeavgiftens storlek bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Relevanta omständigheter omfattar bland annat hur allvarlig överträdelsen är och den upphandlande myndighetens agerande. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan

²⁶ 21 kap. 1 § 3 LOU.

²⁷ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

²⁸ Jfr direktiv (2007/66/EG) om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, artikel 2e.2, och bl.a. prop. 2009/10:180 s. 181 och 197.

²⁹ A. prop. s. 196 f.

³⁰ 21 kap. 4 § LOU.

³¹ Prop. 2009/10:180 s. 369 f.

³² Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369 f.

³³ HFD 2014 ref. 69.

påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Sanktionsvärdet kan 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 att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet.³⁴

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

49. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Konkurrensverket noterar vidare att upphandlingens värde är så pass högt att upphandlingsskadeavgiften som högst kan uppgå till takbeloppet, dvs. 10 000 000 kronor.
50. Regionen har under de senaste åren regelbundet varit föremål för Konkurrensverkets tillsyn och gjort sig skyldig till otillåtna direktupphandlingar.³⁵ Med hänsyn till detta bedömer Konkurrensverket att det är fråga om ett upprepat beteende som påverkar avgiftens storlek i höjande riktning. Regionens agerande att redan innan direktupphandlingen genomförs fastställa att det är de avropande myndigheterna som kommer att få ansvara för en eventuell upphandlingsskadeavgift i proportion till hur mycket de avropat betraktas vidare som klandervärd.³⁶ Ett sådant agerande riskerar att underminera avgiftens avskräckande syfte och i förlängningen motverka rättsmedelsdirektivens ändamål att säkerställa en effektiv efterlevnad av upphandlingslagstiftningen.
51. Ramavtalet har en begränsad löptid (6 + 6 månader), vilket i sig kan betraktas som en förmildrande omständighet i sammanhanget. Avtalskonstruktionen motiverades med att den nationellt samordnade upphandlingen av bemanningstjänster förväntades vara klar i mitten av 2022. Med hänsyn till att den nationella upphandlingen inte annonserades förrän den 25 april 2022, dess omfattning och risken för förseningar förefaller det dock som osannolikt att Regionen hade kunnat tillgodose sitt behov av bemanningstjänster genom den nationella upphandlingen redan vid den angivna tidpunkten. Regionen (som avbröt 2019 års upphandling för att i stället genomföra den aktuella direktupphandlingen som en s.k. brygglösning fram till slutförandet av den nationella upphandlingen) har vidare dröjt till oktober 2022 med att annonsera en ny upphandling. Mot bakgrund av detta och då Regionen inte hade beredskap för den situation som uppstod ska Ramavtalets längd under dessa omständigheter inte betraktas som förmildrande.

³⁴ Prop. 2009/10:180 s. 197 f och 369 f.

³⁵ Se bland annat Förvaltningsrätten i Stockholms domar i mål nr 27373-16 och 27377-16; 21780-16 m.fl.; 30818-14; 23530-15; 24565-15; 21779-16; samt 13345-15. Högsta möjliga avgift om 10 000 000 kronor utdömdes i mål nr 27373-16 samt 27377-16 och 13345-15. Det noteras att mål nr 27373-16 samt 27377-16 avsåg otillåtna förlängningar av tidigare upphandlade avtal, medan mål nr 13345-15 avsåg ett tilläggsavtal till ett tidigare upphandlat avtal.

³⁶ Se bilaga 7. Se även bilaga 6.

52. Enligt Konkurrensverkets mening följer det av omständigheterna i ärendet att sanktionsvärdet för den aktuella överträdelsen är högt. Vid bedömningen av vad som ska utgöra en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för överträdelsen, där även upphandlingens mycket höga värde ska beaktas, är Konkurrensverket dock förhindrad att ansöka om en avgift som överstiger takbeloppet på 10 000 000 kronor.
53. Det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges.
54. Mot bakgrund av detta, och vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet, anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 10 000 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Anna Görgård

Bifogas

Bilaga 1 – 2016 års ramavtal

Bilaga 2 – Meddelande om upphandling (2019 års upphandling)

Bilaga 3 – Förlängning av 2016 års ramavtal, 28 mars 2020

Bilaga 4 – Tilldelningsbeslut i 2019 års upphandling

Bilaga 5 – Meddelande om avbrytande av 2019 års upphandling

Bilaga 6 – Analys av alternativ för direktupphandling, 8 november 2021

Bilaga 7 – Delegation/fullmakter från avropande myndigheter

Bilaga 8 – Ramavtalet med Medcura AB

Bilaga 9 – Meddelande om samordnad nationell upphandling av hyrpersonal inom hälso- och sjukvård för Sveriges regioner

Bilaga 10 – Meddelande om ny upphandling av bemanningstjänster inom Regionen

Bilaga 11 – Södersjukhuset AB:s annonserade upphandlingar avseende bemanning, november 2020