

Förvaltningsrätten i Malmö
forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Skåne, Box 4522, 203 20 Malmö

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 Skåne ska betala 250 000 (tvåhundrafemtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Region Skåne har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 16 januari 2022 ingå avtal om verksamhetschef, ögon, vid Centralsjukhuset i Kristianstad, med Ledningsbolaget i Skandinavien AB (Ledningsbolaget) utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Den 15 september 2021 sade den dåvarande verksamhetschefen för verksamhetsområdet ögon vid Centralsjukhuset i Kristianstad upp sig. Denna verksamhetschef hade även uppdraget som enhetschef för läkarna. Efter uppsägningen var verksamhetschefen kvar som chef till och med den 20 september 2021 och den sista anställningsdagen var den 16 januari 2022. Vederbörande utförde andra arbetsuppgifter under uppsägningstiden.
3. Vid tidpunkten för den tidigare verksamhetschefens uppsägning hade tre verksamhetschefer slutat under tre års tid på grund av arbetsmiljöproblem inom verksamheten. Samma eftermiddag som den tidigare verksamhetschefen sade upp sig var ett möte inplanerat med kvarvarande enhetschefer och Regionen behövde ha en lösning på frågan om verksamhetschef och ledningen av läkargruppen klar fram till dess. Regionen bedömde att en intern rekrytering inte var lämplig på grund av de arbetsmiljöproblem som hade förekommit mellan olika yrkesgrupper under flera år.
4. Regionen kontaktade i stället två leverantörer som Regionen tidigare hade haft samarbeten med och som tillhandahåller förmedling av interimschefer. Regionen ingick därefter avtal med Ledningsbolaget, bilaga 1. Avtalet undertecknades av Regionen den 22 september 2021 och av Ledningsbolaget den 15 oktober 2021. Det första avtalet med Ledningsbolaget löpte under perioden den 21 september 2021 till och med den 15 januari 2022.
5. Under hösten 2021 sade de två kvarvarande enhetscheferna också upp sig. På grund av de problem inom arbetsmiljö, tillgänglighet och ekonomi som hade uppdagats bedömde Regionen att ytterligare byte av chefer skulle vara ytterst negativt. För att tillgodose det fortsatta behovet av en verksamhetschef ingick Regionen ett andra avtal med Ledningsbolaget (Avtalet), bilaga 2. Det undertecknades av Regionen den 18 januari och av leverantören den 31 januari 2022. Uppdraget började däremot den 16 januari 2022 och pågick till och med den 31 augusti 2022.



- Från den 1 juli 2022 tillgodosågs behovet av verksamhetschef genom att en nyanställd enhetschef tog tjänsten som tillförordnad verksamhetschef. I maj 2022 publicerades en rekryteringsannons avseende verksamhetschef, vilket ledde till att en ny verksamhetschef rekryterades och inledde sitt uppdrag den 20 september 2022.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Avtalets karaktär och värde

- Avtalet utgör ett avtal om tjänster enligt 1 kap. 21 § LOU. Dessa tjänster omfattas inte av bilaga 2 till LOU eller bilaga 2a till LOU i den lydelse som gällde 2021.¹
- Av 5 kap. 3 § LOU följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Enligt 5 kap. 6 § LOU får metoden för att uppskatta en upphandlings värde inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga. För upphandlingar som påbörjades under 2021 och som avser tjänster var tröskelvärdet 2 197 545 kronor. För upphandlingar som påbörjats under 2022 är tröskelvärdet 2 236 731 kronor.
- Av 5 kap. 11 § 1 LOU följer vidare att värdet av ett tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid ska uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret.
- Värdet på upphandlingen av Avtalet ska mot denna bakgrund inkludera värdet för det första avtalet med Ledningsbolaget. Enligt uppgift från Regionen uppskattades värdet på det första avtalet till 1 001 600 kronor. Värdet på det andra avtalet uppskattades till 1 900 000 kronor. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta Regionens uppskattningar. Konkurrensverket uppskattar därför upphandlingens värde till 2 901 600 kronor (1 001 600 + 1 900 000 kronor). Värdet överskrider direktupphandlingsgränsen och tröskelvärdet enligt LOU.

Något undantag från annonseringsskyldigheten föreligger inte

- Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärdet som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. För att avtal med ett värde som överstiger

¹ Under utredningen har Regionen uppgett att avtalen med Ledningsbolaget omfattas av CPV-koden 79620000-6, förmedling av personal, även tillfälligt anställda. Konkurrensverket instämmer i denna bedömning.



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

12. Region Skåne har gjort gällande att det förelegat sådan synnerlig brådska som medger undantag från annonseringsskyldigheten.
13. Enligt 6 kap. 15 § LOU får en upphandlande myndighet tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska om det föreligger vissa särskilda omständigheter. Det ska vara fråga om synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Det ska även vara omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller för ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Slutligen måste den aktuella anskaffningen vara absolut nödvändig.
14. Det ställs höga krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation för att undantaget för synnerlig brådska ska kunna tillämpas.³ Bestämmelsen får endast användas under mycket exceptionella omständigheter.⁴ De omständigheter som föranleder brådskan får inte till någon del bero på den upphandlande myndighetens agerande.⁵ Att en omständighet inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att den omständighet som föranlett brådskan närmast har karaktären av force majeure.⁶
15. Av utredningen framgår att det inte varit fråga om en sådan exceptionell situation att det varit möjligt att tillämpa undantaget för synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU vid upphandlingen av Avtalet.
16. Vid tidpunkten för den tidigare verksamhetschefens uppsägning hade tre verksamhetschefer slutat under tre års tid på grund av arbetsmiljöproblem inom verksamheten. Vid den tidpunkt då Regionen ingick Avtalet hade Regionen vidare haft kännedom om verksamhetschefens uppsägning i åtminstone fyra månader. Regionen ingick även det första avtalet med Ledningsbolaget med full kännedom om när det skulle komma att löpa ut och därigenom vid vilken tidpunkt Regionen skulle komma att behöva en

² Se till exempel EU-domstolens uttalande i mål C-26/03 Stadt Halle, p. 46, förarbetsuttalande i prop. 2006/07:128 s. 291 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 10.

³ Jämför t.ex. mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, p. 26–28.

⁴ Se skäl 50 i direktiv 2014/24/EU.

⁵ Se prop. 2006/07:128, s. 327 och 429, prop. 2009/10:180, s. 344 samt mål C-385/02 Kommissionen mot Italien och mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, p. 40–43 med hänvisningar.

⁶ Se Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 3208-14.



verksamhetschef på nytt. Den aktuella uppsägningen och behovet av ny verksamhetschef kan i vart fall anses ha varit förutsebar för Regionen.

17. Vid den tidpunkt då Avtalet ingicks hade det därutöver förflutit så lång tid sedan uppsägningen att det hade varit möjligt att hålla tidsfristerna för ett annonserat förfarande. Om det är möjligt att hinna genomföra ett så kallat påskyndat förfarande föreligger det inte grund för att tillämpa undantaget för synnerlig brådska.⁷ I samband med verksamhetschefens uppsägning har Region Skåne varken igångsatt ett annonserat förfarande eller påskyndat en rekryteringsprocess.
18. Utifrån vad som framkommit under utredningen har inte heller något annat undantag från annonseringsplikten varit tillämpligt.⁸ Det är således fråga om en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

19. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU). 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.⁹
20. 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.¹⁰

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

21. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (21 kap. 7 § LOU).
22. Avtalet undertecknades den 18 januari respektive den 31 januari 2022. Avtalet började däremot att gälla från den 16 januari 2022. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 16 januari 2022 och en ansökan om

⁷ Se mål C-126/03, Kommissionen mot Tyskland, p. 22–23. Förfarandet regleras i 11 kap. 10 § LOU.

⁸ Regionen har under utredningen gjort gällande att tjänsten kunde direktupphandlas genom Avtalet då det var fråga om en tjänst där relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämras om byte av verksamhetschef skulle ske ytterligare en gång. Dessa argument är dock att ses som hänförliga till direktupphandling på grund av synnerliga skäl enligt 19a kap. 3 § LOU vilken inte är tillämplig på upphandlingar över tröskelvärdet.

⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196–197.



upphandlingsskadeavgift måste lämnas in till förvaltningsrätten inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

23. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Beräkningen av värdet ska ske enligt 5 kap. LOU (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹¹ Konkurrensverket har beräknat upphandlingens värde till 2 901 600 kronor (se punkt 10 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 290 160 kronor ($2\,901\,600 \times 0,1$).
24. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek 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).
25. 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. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹²
26. 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 till exempel 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 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.¹³ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁴
27. Det är fråga om en otillåten direktupphandling och sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt. Rättsläget är klart. Det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges.

¹¹ Se HFD 2014 ref. 69.

¹² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

¹³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

¹⁴ Se prop. 2009/10:180 del 1 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.



28. Konkurrensverket konstaterar att Regionen tidigare har genomfört en otillåten direktupphandling enligt Förvaltningsrättens i Malmö dom den 30 september 2022 i mål nr 12823-21.¹⁵ Detta utgör enligt Konkurrensverket en försvårande omständighet som ska påverka sanktionsvärdet i höjande riktning.¹⁶
29. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 250 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Maria Andersson Müller

Bifogas

- Bilaga 1 Avtal Verksamhetschef ögon, Centralsjukhuset Kristianstad från den 21 september 2021
- Bilaga 2 Avtal Verksamhetschef ögon, Centralsjukhuset Kristianstad från den 16 januari 2022

¹⁵ Domen har överklagats till Kammarrätten i Göteborg som den 18 november 2022 meddelade att inte bevilja prövningstillstånd (mål nr 5127-22). Kammarrättens beslut har överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 7147-22).

¹⁶ Jfr a. prop. s. 197–198 och s. 369–370.