

Förvaltningsrätten i Växjö
forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Kalmar län, org.nr. 232100-0073, Box 601, 391 26 Kalmar

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 Region Kalmar län ska betala 15 000 (femtontusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Förvaltningsrätten i Linköping har i mål om överprövning av giltigheten av avtal som har ingåtts mellan Region Kalmar län och Cochlear Deutschland GmbH & Co. KG respektive Advanced Bionics Sweden AB, fastställt att avtalen om Cochleaimplantat får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (mål nr 6468-22, 6480-22 och 6513-22), se [bilaga 1](#). Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft.

Bakgrund och omständigheter

Tidigare upphandling

2. Region Kalmar län (Region Kalmar) genomförde en annonserad upphandling av hörselimplantat, s.k. Cochleaimplantat (CI), i samverkan med Region Östergötland och Region Jönköpings län (Region Jönköping) (tillsammans regionerna).¹ Upphandlingen, som administrerades av Region Östergötland, resulterade i ett ramavtal med tre olika leverantörer; Cochlear Deutschland GmbH & Co. KG (Cochlear), Advanced Bionics Sweden AB (Advanced Bionics) och Med-El Nordic AB (Med-El), se [bilaga 2](#).² Det upphandlade ramavtalet gällde till och med den 30 april 2022.
3. Enligt ramavtalet ansvarar Universitetssjukhuset i Linköping för CI-verksamheten inom Sydöstra sjukvårdsregionen. Orsaken till att Region Jönköping och Region Kalmar omfattas av ramavtalet är att uppföljningar av vuxna patienter från Region Jönköping i viss utsträckning genomförs på Länssjukhuset i Ryhov. Motsvarande rutin kan även komma att införas för Region Kalmar.³

Ny upphandling och dess avbrytande

4. I slutet av 2021 påbörjade regionerna en ny upphandling av CI, även denna gång administrerad av Region Östergötland. Upphandlingen annonserades den 20 december 2021 med sista anbudsdag den 14 januari 2022.
5. Den 4 februari 2022 beslutade regionerna att avbryta upphandlingen med motiveringen att den förlängning av anbudstiden, som meddelats samtliga intressenter i funktionen Frågor och svar, på grund av ett systemtekniskt problem inte skett i upphandlingssystemet, varför det inte var möjligt att lämna anbud fram till den nya tidpunkt som meddelats.

Tillfälliga avtal och efterföljande överprövning av avtals giltighet

6. Den 31 mars respektive den 1 april 2022 tecknade regionerna avtal med Cochlear och Advanced Bionics (Avtalen), se [bilaga 3](#). Genom Avtalen

¹ Upphandling dnr UC-2017-95.

² Villkoren i ramavtalet i bilaga 2 är likalydande med de ramavtal som ingåtts med de andra två leverantörerna.

³ Punkt 1.1.2 i bilaga 2 till denna ansökan.

förlängdes tidigare ramavtal fram till den 30 oktober 2022 till samma villkor som gällt tidigare. Förlängningen avsåg således en period om sex månader.

7. Med-El ansökte om överprövning av Avtalens giltighet.
8. I dom den 2 november 2022 bedömde förvaltningsrätten att det fanns skäl för att ogiltigförklara Avtalen, då regionerna inte hade haft rätt att använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av undantaget för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det vid tidpunkten för annonsering återstod fyra och en halv månader till det att det tidigare ramavtalet skulle löpa ut, en tid som enligt förvaltningsrätten framstår som något kort men får anses uppfylla kraven på planering som ställs på en upphandlande myndighet. Därefter ansåg förvaltningsrätten att det av utredningen i målet framgår att avbrytandet av upphandlingen i februari 2022 inte hade berott på yttre omständigheter som regionerna inte kunnat påverka eller förutse. I stället var anledningen till avbrytandet att man inte innan den ursprungliga anbudstidens utgång registrerat förlängningen av densamma på ett korrekt sätt i Tendsign. Den aktuella missen berodde således inte på något tekniskt fel, som regionerna påstått, utan handlade om ett handhavandefel. Mot bakgrund av detta bedömde förvaltningsrätten att regionerna orsakat den brådska som uppkom i februari 2022. Eftersom tillgången till CI, för att säkerställa kontinuerlig vård för de patienter som är i behov av dessa, är ett sådant allmänintresse som avses i 20 kap. 14 § LOU, och avtalsförlängningarna – utifrån rättens sammanvägda bedömning – är proportionerliga, fann förvaltningsrätten att Avtalen får bestå på grund av tvingande hänsyn. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft, se bilaga 4.
9. Det är denna dom som har föranlett aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift.
10. Konkurrensverket vill upplysa om att samma dom även medför att verket denna dag lämnar in ytterligare två ansökningar om upphandlingsskadeavgift till Förvaltningsrätten i Linköping och Förvaltningsrätten i Jönköping mot de övriga upphandlande myndigheterna som anges i punkt 2 ovan (Konkurrensverkets dnr 161/2023 och 162/2023). Konkurrensverket hemställer att handläggningen av dessa tre ansökningar sker vid samma domstol.

Upphandling efter avbrytande

11. En ny upphandling annonserades den 31 maj 2022. Även denna upphandling överprövades.⁴ I dom den 11 april 2023 upphävde Kammarrätten i Jönköping förvaltningsrättens beslut om avvisning av ansökan om överprövning och

⁴ Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 5174-22, 6343-22 och 6349-22.



återförvisade målen till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning (mål nr 3730–3732-22).

Vad regionerna har anfört

12. Under den utredning som föregått Konkurrensverkets ansökan har regionerna bland annat uppgett följande. Regionerna har hela tiden haft för avsikt att upphandla i konkurrens. Efter att regionerna var tvungna att avbryta den första upphandlingen behövde man tid på sig för att utreda hur en ny upphandling skulle utformas för att den skulle tas emot med större acceptans av marknaden. För att regionerna inte skulle stå utan avtal till dess att nya avtal upphandlats genom ett konkurrensutsatt förfarande behövde regionerna förlänga befintliga avtal. Att stå avtalslösa var aldrig något alternativ för regionerna; detta eftersom regionerna har en skyldighet att tillhandahålla vård och de patienter som har kontinuerligt behov av CI har en rättighet att få nödvändig vård och hjälpmedel. Inget av Avtalen stipulerar någon möjlighet till ytterligare förlängning. Avtalstiden får anses rimlig. Avtalen har alltså endast ingåtts i syfte att täcka regionernas behov under en begränsad tidsperiod innan nya upphandlade avtal var på plats. Av förarbetena framgår att avtalstidens längd och ett avtals värde kan påverka sanktionsvärdet.
13. Regionerna framhåller även att det får anses föreligga en osäkerhet kring huruvida Avtalen verkligen omfattas av LOU. Det är således ett oklart rättsläge. Som stöd för detta hänvisar regionerna till Förvaltningsrätten i Linköpings beslut i mål nr 5174-22, 6343-22 och 6349-22, där en leverantör överprövat den upphandling som annonserades i maj 2022. Såväl utvärderingsmodellen som avropsmodellen i den överprövade upphandlingen var lik den utvärderingsmodell och avropsmodell som gällt i upphandlingen med dnr UC-2017-95. Förvaltningsrätten avvisade ansökan om överprövning och anförde bland annat att förfarandet inte avser ett offentligt kontrakt och endast förfaranden som omfattar offentliga kontrakt i en offentlig upphandling omfattas av LOU:s reglering. I och med denna oklarhet huruvida en viss vara eller tjänst ska upphandlas och någon upphandling inte har skett, bör sanktionsvärdet anses relativt lågt just i det fallet, trots att det konstateras att upphandlingsbestämmelserna skulle ha iakttagits.
14. Regionerna har vidare anfört att man inte dömts att betala upphandlingsskadeavgift förut. Inga försvarande omständigheter i form av upprepat beteende föreligger därför.

Upphandlingsskadeavgift

15. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol i ett



avgörande som fått laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (21 kap. 1 § 2 LOU).

16. Konkurrensverket ska i en sådan situation ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet 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.
17. Någon överprövning ska inte göras av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 och 5 §§ LOU och HFD 2014 ref. 49). Den upphandlande myndigheten kan således inte utverka ett avgörande av innebörden att någon överträdelse av regelverket inte har skett.⁵
18. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft (21 kap. 6 § LOU).

Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

19. 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 är reserverat för särskilt graverande fall.⁶
20. För att avgöra storleken på upphandlingsskadeavgiften måste värdet på det avtal som har fått bestå beräknas. Beräkningen av upphandlingens värde ska ske enligt 5 kap. 3 och 5 §§ LOU.
21. Avtalen – som är ramavtal utan uppgifter om vilket totalt belopp som kan utgå – utgör en anskaffning inom ramen för en upphandling.⁷ Regionerna har under Konkurrensverkets utredning lämnat uppgifter om respektive regions fakturerade avrop från Avtalen. Någon uppskattning av värdet vid den relevanta tidpunkten enligt 5 kap. 5 § LOU synes inte ha gjorts. För Region Östergötlands del uppgår värdet av beställningarna till 3 348 112 kronor; för Region Jönköping 53 429 kronor; och för Region Kalmar 1 806 kronor (samtliga belopp har angetts exklusive mervärdesskatt).
22. I avsaknad av uppgifter om uppskattat värde på Avtalen, och då Konkurrensverket inte finner några skäl att i övrigt ifrågasätta de av regionerna lämnade uppgifterna, uppgår upphandlingens värde således till 3 403 347 kronor (3 348 112 + 53 429 + 1 806).

⁵ HFD 2017 ref. 45.

⁶ HFD 2014 ref. 69.

⁷ Jfr 1 kap. 2, 15 och 20 §§ samt 1 kap. 4 §, 5 kap. 3 och 14 §§ LOU.



23. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 340 334 kronor ($3\,403\,347 \times 0,1$). Efter att ha fastställt inom vilket intervall en upphandlingsskadeavgift kan tas ut, måste en bedömning göras av omständigheterna i det enskilda fallet.

Överträdelsens sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek

Allmänna utgångspunkter för sanktionsvärdet

24. Upphandlingsskadeavgiften kan tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Ansvaret är således strikt.⁸
25. 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). Möjligheten till eftergift ska användas restriktivt och främst ses som en ventil för rena undantagsfall.⁹
26. 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
27. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Även omständigheter som har legat till grund för det underliggande ogiltighetsmålet kan beaktas.¹¹ Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer upphandlingslagarna. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften sättas till.¹²
28. Otillättna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹³
29. Att ett direktupphandlat avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse motiverar inte i sig en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Den upphandlande myndigheten har, genom att det ingångna avtalet fått bestå, redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig att det förelåg tvingande hänsyn. Det kan inte ha varit lagstiftarens avsikt

⁸ Prop. 2009/10:180 s. 192 ff och 368.

⁹ Prop. 2009/10:180 s. 370.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 s. 196–197.

¹¹ HFD 2017 ref. 45.

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

¹³ Prop. 2009/10:180 s. 197 och HFD 2016 ref 67.



att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned så snart det i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet har fastställts att det förelegat tvingande hänsyn till ett allmänintresse.¹⁴ En sådan ordning skulle dessutom riskera att vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

30. I vissa mål som rör ansökningar med stöd av 21 kap. 1 § 2 LOU har den specifika överträdelsens sanktionsvärde bedömts som lågt i jämförelse med vad som vanligtvis bör gälla vid otillåtna direktupphandlingar.¹⁵ Det har i dessa fall ofta rört sig om upphandlande myndigheter vilka inlett annonserade upphandlingsförfaranden, men som på grund av mer eller mindre utdragna överprövningar varit förhindrade att ingå nya korrekt konkurrensutsatta avtal innan befintliga avtal löpt ut. Detta har då medfört att myndigheterna ingått direktupphandlade temporära avtal i avvaktan på att den annonserade upphandlingen skulle kunna avslutas. Vid andra obligatoriska ansökningar, där dessa särskilda omständigheter inte förelegat, har sanktionsvärdet ansetts motsvara normalgraden vid en otillåten direktupphandling.¹⁶

Den aktuella överträdelsen och omständigheter i det underliggande målet

31. Förvaltningsrätten har i ett lagakraftvunnet avgörande funnit att Avtalen får 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.
32. Eftersom regionerna genomfört en otillåten direktupphandling är utgångspunkten att det rör sig om ett högt sanktionsvärde. I detta mål föreligger emellertid vissa förmildrande omständigheter.
33. Av den underliggande domen framgår att regionerna har inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling, vilket medför att överträdelsens sanktionsvärde i det nu aktuella målet bör vara lägre än om någon annonsering överhuvudtaget inte hade skett. Regionerna har även begränsat Avtalen till sex månader, vilket bör påverka sanktionsavgiften i sänkande riktning.¹⁷

¹⁴ Se de olika skrivningarna i prop. 2009/10:180 s. 198–199 angående sanktionsvärde, avgiftens storlek och eftergift när det föreligger tvingande hänsyn.

¹⁵ Se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs mål nr 2055-14; Förvaltningsrätten i Faluns mål nr 1481-17 och Förvaltningsrätten i Stockholms mål nr 5250-13 och mål nr 21274-13. Se även HFD 2014 ref. 49 där omständigheterna var så förmildrande att det rörde sig om ett ringa fall.

¹⁶ Se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs mål nr 5703-13 och mål nr 4915-13 samt Förvaltningsrätten i Uppsalas mål nr 5785-16.

¹⁷ Konkurrensverket noterar dock att Avtalen inte reglerar någon möjlighet för regionerna att säga upp Avtalen i förtid för det fall en annonserad upphandling skulle resultera i tecknande av ett nytt ramavtal innan Avtalen löper ut.



34. Avgiften bör dock inte sättas alltför lågt då regionernas framförhållning vad gäller den annonserade upphandlingen har brustit. Det återstod endast fyra och en halv månader från tidpunkten för annonsen fram till dess att ett nytt avtal behövde vara på plats.¹⁸ Vidare orsakades regionernas brådska att direktupphandla Avtalen av ett handhavandefel från den administrerande Region Östergötlands sida (och inte ett systemtekniskt fel som regionerna hade påstått), som i sin tur ledde till ett beslut om att avbryta upphandlingen. Det noteras även att regionerna dröjde till slutet på maj med att annonsera en ny upphandling, trots att befintligt underlag redan fanns.¹⁹
35. I motsats till vad regionerna anser kan en osäkerhet kring ett annat avtals status som offentligt kontrakt under de i målet aktuella omständigheterna inte betraktas som en förmildrande omständighet. Mot bakgrund av det flertal upphandlingar av CI som genomförts eller inletts, har regionerna uppenbarligen ansett och agerat som att det rör sig om ett offentligt kontrakt. Förvaltningsrättens bedömning – som gick utöver vad som uttryckligen anförts av parterna i överprövningsmålet – avsåg dessutom ett annat ramavtal (med smärre förändringar) än de nu aktuella. Av punkt 11 ovan, framgår vidare att kammarrätten senare funnit att avtalet i fråga inte utgjorde ett auktorisationssystem och att upphandlingen därmed omfattas av LOU.
36. Regionerna gör även gällande att det inte föreligger något upprepat beteende och att *avsikten* hela tiden varit att upphandla i konkurrens. Avsaknad av försvårande omständigheter kan dock inte ses som förmildrande. Därtill kommer att ansvaret är strikt. Något krav på att en upphandlande myndighet ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut finns inte. Att omständigheterna i målet talar för att det tillfälliga avtalet inte varit avsett att ersätta en tilldelning genom ett annonserat förfarande, utan att tillgodose ett nödvändigt behov som inte kunnat anstå, är en annan sak. Denna omständighet har redan beaktats, se punkt 33 ovan.
37. När det gäller att bestämma avgiftens storlek för Region Kalmar, konstaterar Konkurrensverket att regionens avrop uppgår till ett mycket lågt belopp. Region Östergötland utnyttjar Avtalen i en större omfattning då Universitetssjukhuset i Linköping ansvarar för CI-verksamheten inom Sydöstra sjukvårdsregionen. Region Kalmar har dock ett behov av att kunna avropa från Avtalen, vilket de facto har gjorts. Regionerna ansvarar tillsammans för efterlevnaden av upphandlingslagstiftningen i den

¹⁸ Avseende upphandlande myndigheters bristande planering som försvårande omständighet, se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs mål nr 2055-14 (s. 10 i domen), där upphandlingen hade annonserats och tilldelningsbeslut meddelats sju respektive tre månader innan nytt avtal behövde vara på plats. Se även Förvaltningsrätten i Härnösands mål nr 2323-21 där sju respektive nära fyra månaders tid för annons respektive tilldelningsbeslut sågs som för kort tid för att uppfylla de höga krav på planering och organisation som åligger upphandlande myndigheter.

¹⁹ Regionerna har själva uppgett att endast smärre justeringar av utvärderings- och avropsmodell i upphandlingsdokumentationen har skett (punkt 13 ovan).



gemensamt tillfälliga upphandlingen.²⁰ Handhavandefelet – som lett till avbrytandet av upphandlingen och därmed brådskan att direktupphandla – har visserligen inte orsakats av Region Kalmar, men i sammanhanget ska beaktas att Region Kalmar har varit del av genomförandet av en otillåten direktupphandling och att myndigheten till en inte alltför obetydlig del bland annat orsakat den brådska som föranlett direktupphandlingen. Något utrymme för att medge eftergift på grund av synnerliga skäl eller fastställa att det är fråga om ett ringa fall för Region Kalmar, finns enligt Konkurrensverkets uppfattning inte.

38. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en avgift om 15 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Chefsjurist

Anna Görgård
Processråd

Bifogas

Bilaga 1 – Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 2 november 2022 i mål nr 6468-22, 6480-22 och 6513-22

Bilaga 2 – Ramavtal, UC-2017-95

Bilaga 3 – Avtalen

Bilaga 4 – Lagakraftbevis

²⁰ Jfr art. 38 i direktiv 2014/24/EU.