



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2024-01-19
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
2984-23 E

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Region Jämtland Härjedalen

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,
LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Region
Jämtland Härjedalen ska betala 50 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

BAKGRUND

Kammarrätten i Sundsvall har i mål om överprövning av giltigheten i ett avtal som har ingåtts mellan Region Jämtland Härjedalen (Regionen) och Malmator AB fastställt att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Domen överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen som i beslut den 8 mars 2023 inte meddelade prövningstillstånd. Kammarrättens avgörande vann därmed laga kraft.

YRKANDEN

Konkurrensverket ansöker om att Regionen ska betala 50 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Regionen yrkar att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN**Konkurrensverket**

Avtalets sammanlagda kontraktsvärde beräknas till 807 169 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan, mot bakgrund av det beräknade värdet på avtalet, uppgå till lägst 10 000 kr och högst 80 716 kr.

Regionen har genomfört en otillåten direktupphandling vilket är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingsregelverket. Detta är en omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde. I det nu aktuella fallet ingicks avtalet kort efter att förvaltningsrätten hade beslutat att ett tidigare, i allt väsentligt likalydande avtal med samma leverantör skulle ogiltigförklaras. I avtalet angavs dessutom att det skulle gälla retroaktivt från den 1 juli 2021, två dagar efter att förvaltningsrättens dom hade vunnit laga kraft. Detta har skett utan att någon annonserad upphandling har skett, trots att förvaltningsrätten hade förklarat att så borde ha skett. Även om det således är fråga om ett nytt avtal, som inte direkt omfattades av den domen, är beteendet i allt väsentligt att jämställa med att fortsätta tillämpa ett avtal som har ogiltigförklarats. Detta

agerande utgör en allvarlig överträdelse av upphandlingsbestämmelserna. Gällande Regionens invändning om den synnerligt viktiga verksamheten kan konstateras att det faktum att ett avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse inte i sig kan motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Regionen har redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig att det fanns tvingande hänsyn. Det kan inte ha varit den svenska lagstiftarens avsikt 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. En sådan ordning skulle dessutom riskera att vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Det har i övrigt inte framkommit några omständigheter som kan anses vara förmildrande. Det föreligger inte heller några sådana omständigheter som kan medföra att avgiften ska efterges. Det är inte heller fråga om ett ringa fall. Vid en sammantagen bedömning av omständigheter i ärendet får en upphandlingsskadeavgift på 50 000 kr anses vara en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Vid bedömningen beaktas som försvårande att det är fråga om ett upprepat beteende från Regionens sida.

Regionen

Det åligger varje upphandlande myndighet att vara förutseende och planera för att på ett korrekt sätt, i rätt tid, kunna upphandla de varor och tjänster som myndigheten kan komma att behöva. Beroende på omständigheter, ibland inom den upphandlande myndighetens kontroll och ibland utom densamma, lyckas man inte alltid med detta. Likväl åligger det myndigheten att se till att samhällsviktig verksamhet fungerar. Frågan om särskild kollektivtrafik berör främst äldre, sjuka och barn, alltså de mest skyddsvärda i samhället.

Dysfunktionalitet eller till och med avbrott i den särskilda kollektivtrafiken skulle innebära synnerligen svåra och långtgående konsekvenser för dessa grupper, då detta kan innebära att individen inte får tillgång till vård, skola eller möjlighet att fritt röra sig i samhället. Utöver detta skulle också sjukvården

drabbas av stora svårigheter att planera sin verksamhet. Det är av största vikt att upprätthålla ett fungerande system för den särskilda kollektivtrafiken, och man har under den i målet aktuella tidsperioden efter bästa förmåga sett till att så sker. Sammanfattningsvis invänds inte mot att upphandlingsskadeavgift ska utges men det anses att utifrån den synnerligen viktiga verksamhet som ärendet berör ska sanktionsvärdet rimligtvis bedömas som lågt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (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 enligt 20 kap. 14 § (21 kap. 1 § 2 LOU).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. (21 kap. 4 § LOU).

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).

Av förarbetena framgår att såväl försvårande som förmildrande omständigheter ska beaktas. Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte (prop. 2009/10:180 del 1 s. 369 f).

I förarbetena uttalas vidare att det när ett avtal får bestå med hänvisning till ett tvingande allmänintresse kan 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. Förmildrande omständigheter kan föranleda att avgiften bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte alls döms ut (a. prop. s. 198 och 370).

En överträdelse kan anses som ringa om t.ex. en upphandlande myndighet har inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling, men upphandlingen inte kunnat avslutas som planerat på grund av omständigheter som i huvudsak legat utanför vad myndigheten själv kunnat förutse och påverka (jfr HFD 2014 ref. 49).

Förvaltningsrättens bedömning

Ska en upphandlingsskadeavgift tas ut?

Trots att avtalet har tecknats efter en otillåten direktupphandling, beslutade kammarrätten att det fick bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. De grundläggande förutsättningarna för att påföra Regionen en upphandlingsskadeavgift är därmed uppfyllda.

Ska upphandlingsskadeavgift ändå inte beslutas eller efterges

Av utredningen i målet framgår att Regionens otillåtna direktupphandling föranleddes av ett tidigare ogiltigförklarat avtal som tecknats genom en otillåten direktupphandling. Det kan därmed inte anses vara en ringa överträdelse, då omständigheterna i huvudsak legat inom vad Regionen själv kunnat förutse. En upphandlingsskadeavgift ska därför tas ut.

Upphandlingens värde och upphandlingsskadeavgiftens storlek

Konkurrensverket har bedömt att upphandlingens sammanlagda kontraktsvärde uppgår till 807 169 kr. Regionen har inte motsatt sig denna beräkning. Upphandlingsskadeavgiften kan, mot bakgrund av det beräknade värdet på avtalet, uppgå till lägst 10 000 kr och högst 80 716 kr. Konkurrensverket har yrkat att förvaltningsrätten ska döma ut en upphandlingsskadeavgift på 50 000 kr.

Regionen har invänt mot storleken på det av Konkurrensverket yrkade beloppet och anfört att upphandlingsskadeavgiften bör sättas ned. Regionen grundar detta på att avtalet ingåtts då det varit av största vikt att upprätthålla ett fungerande system för den särskilda kollektivtrafiken som upphandlingen berör. Med beaktande av att Regionens behov av nu aktuellt avtal föranletts av att tidigare avtal genom direktupphandling ogiltigförklarats, och då situationen därmed uteslutande uppstått på grund av Regionens agerande, föreligger inte sådana förmildrande omständigheter som kan påverka avgiften i sänkande riktning. Med hänsyn till överträdelsens allvarlighetsgrad och vad som framkommit om omständigheterna då avtalet ingicks anser förvaltningsrätten att det inte kommit fram anledning att besluta om en lägre upphandlingsskadeavgift än den som Konkurrensverket har yrkat. Upphandlingsskadeavgiften ska därför bestämmas till 50 000 kr.

Sammanfattning

Det finns förutsättningar för att ålägga Region Jämtland Härjedalen att betala en upphandlingsskadeavgift. Det har inte kommit fram tillräckliga skäl för att bedöma överträdelsen som ringa, och det har inte heller i övrigt kommit fram att det föreligger synnerliga skäl för att efterge avgiften. Det saknas vidare skäl att sätta ned avgiften till ett lägre belopp än vad Konkurrensverket yrkat. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas och upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 50 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Gunilla Lavås
rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Linda Thoresson Hortell.