



SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Region Kalmar län, 232100-0073

Ombud: Upphandlingsjurist [REDACTED]
Region Östergötland

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Region Kalmar län ska betala 15 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Avgiften ska vara betald inom trettio dagar från det att denna dom har fått laga kraft.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 2 LOU ska besluta att Region Kalmar län (regionen) ska betala 15 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverkets ansökan framgår av bilaga 1 till denna dom.

Regionen motsätter sig inte Konkurrensverkets yrkande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

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 (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 (21 kap. 4 § LOU).

Vid fastställandet 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).

Om fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek framgår av ännu relevanta förarbeten till LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f) bland annat följande. Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. När 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. Överträdelser kan i en del av dessa fall snarare antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen.

Vad gäller när eftergift kan komma i fråga på grund av synnerliga skäl framgår av förarbeten till LOU (prop. 2009/10:180 s. 370) bland annat följande. Denna möjlighet ska användas restriktivt och främst ses som en ventil för rena undantagsfall. Regeln är avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande myndigheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar alltså inte rätt till direktupphandling. Det kan emellertid tänkas att en upphandlande myndighet, på grund av eget agerande, har hamnat i en situation där myndigheten anser sig tvungen att direktupphandla, exempelvis för att människors liv eller hälsa annars skulle riskeras. Om detta inte skulle anses utgöra synnerliga skäl som innebär en rätt att direktupphandla, är det tänkbart att det skulle framstå som orimligt eller stötande att upphandlingsskadeavgift ska beslutas på grund av den otillåtna direktupphandlingen och att eftergift därför skulle kunna komma i fråga. Emellertid bör i detta sammanhang erinras om att för det fall en leverantör har fört talan om ogiltighet av avtalet, och rätten har beslutat att avtalet får bestå på grund av ett tvingande allmänintresse, så är det i målet om upphandlingsskadeavgift fråga om en situation där ändringsdirektivet kräver att en sanktion ska påföras.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har genom en lagakraftvunnen dom fastställt att avtal som regionen ingått med Cochlear Deutschland GmbH & Co. KG respektive Advanced Bionics Sweden AB ska bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (se mål nr 6513-22). Av domen framgår att regionen har ingått avtalen utan föregående annonsering och i strid mot bestämmelserna i LOU. Någon överprövning av den lagakraftvunna domen ska inte göras inom ramen för prövningen av frågan om upphandlingsskadeavgift (jfr HFD 2014 ref. 49). Det finns alltså grund för att påföra regionen en upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket har uppskattat upphandlingens värde till 3 403 347 kr utifrån uppgifter som regionen har lämnat om beställningarna av cochleaimplantat från de direktupphandlade avtalen i fråga. Förvaltningsrätten gör ingen annan bedömning av upphandlingens värde. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed i det här fallet bestämmas till lägst 10 000 kr och högst 340 334 kr.

Upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas efter en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet (jfr HFD 2014 ref. 49). I målet är klarlagt att regionen har inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling av cochleaimplantat samt att regionen har begränsat avtalstiden för de direktupphandlande avtalen av cochleaimplantat till sex månader. Förvaltningsrätten anser, i likhet med Konkurrensverket, att dessa omständigheter bör påverka upphandlingsskadeavgiften i viss sänkande riktning. Förvaltningsrätten instämmer vidare i Konkurrensverkets bedömning att avgiften inte bör sättas alltför lågt på grund av att regionens framförhållning vad gäller den annonserade upphandlingen av cochleaimplantat har varit bristfällig. Osäkerhet kring ett annat avtals status som offentligt kontrakt enligt LOU kan enligt förvaltningsrätten, utifrån vad som framkommit i målet, inte anses som en förmildrande omständigheten vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Att efterge upphandlingsskadeavgift på grund av synnerliga skäl kan endast göras i undantagsfall. Enligt förvaltningsrätten finns det i detta fall inte några omständigheter som utgör sådana synnerliga skäl att avgiften kan efterges. Det är inte heller fråga om ett ringa fall.

Vid en samlad bedömning anser förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift om 15 000 kr får anses vara en sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Konkurrensverkets ansökan ska därmed bifallas och regionen ska betala 15 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR-03).

Mats Edsgården

Chefsrådman

Föredragande har varit Robert Larsson.