



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 7

DOM
2024-07-25
Meddelad i Stockholm

Mål nr
1091-24

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Region Stockholm

Ombud: Advokat [REDACTED]

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Konkurrensverkets ansökan.

BAKGRUND

Konkurrensverket ansökte den 29 november 2022 att förvaltningsrätten, med stöd av 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, skulle besluta att Region Stockholm (regionen) skulle betala upphandlingsskadeavgift om 10 000 000 kr. Som grund anförde Konkurrensverket att regionen ingått ett ramavtal avseende bemanningstjänster inom hälso- och sjukvården utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU och att det saknades förutsättningar för att ingå avtalet utan annonsering varvid det utgjorde en otillåten direktupphandling. De närmare skälen för ansökan framgår av bilaga 1.

Förvaltningsrätten beslutade i dom den 31 maj 2023 i mål nr 23387-22 att delvis bifalla Konkurrensverkets ansökan och fastställde upphandlingsskadeavgiften till 5 000 000 kr. Som skäl för avgörandet angavs huvudsakligen att regionen har genomfört en otillåten upphandling och att överträdelsen till sin natur är så pass allvarlig att hel eftergift inte bör komma i fråga. Förvaltningsrätten ansåg att en eftergift av upphandlingsskadeavgiften till hälften tillgodoser behovet av en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion samtidigt som hänsyn tas till att syftet med den otillåtna direktupphandlingen har varit att upprätthålla en fungerande sjukvård.

Sedan Konkurrensverket överklagat har Kammarrätten i Stockholm i dom den 18 januari 2024 (mål nr 3866–23) upphävt förvaltningsrättens dom och visat åter målet till förvaltningsrätten för ny prövning. Som skäl angav kammarrätten i huvudsak följande. Pandemin var en extraordinär händelse som skapade mycket stor påfrestning på samhället i allmänhet och vården i synnerhet. Situationen liknas i det närmaste exakt det som beskrivs i förarbetena, dvs. att det skulle framstå som orimligt och stötande att under dessa förhållanden ta ut en upphandlingsskadeavgift till följd av direktupphandlingen. Det finns därför synnerliga skäl att efterge upphandlingsskadeavgiften. Bestämmelsen om eftergift i 21 kap. 5 § kan dock inte förstås som att delvis eftergift är möjlig och

förvaltningsrätten har därför gjort fel när den vid bestämmandet har medgett eftergift till hälften.

YRKANDEN

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten beslutar att regionen ska betala 10 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift och för fram bl.a. följande.

Konkurrensverket vidhåller det som tidigare förts fram under förvaltningsrättens samt kammarrättens handläggning i mål nr 23387-22 respektive mål nr 3866-22 och gör därutöver följande tillägg.

Även om kammarrättens domskäl synes indikera att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut upphandlingsskadeavgift i detta fall är förvaltningsrätten inte bunden av denna bedömning då överinstansen har lämnat över målet för prövning av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Bedömningen av avgiftens storlek måste omfatta samtliga faktiska omständigheter avseende den aktuella överträdelsen. Alldeles oavsett det förhållandet att den otillåtna direktupphandlingen omgärdades av en så extraordinär händelse som en pandemi går det inte att bortse från ett antal andra omständigheter som legat inom regionens kontrollsfär. Dessa omständigheter medför att det inte kan anses vara orimligt eller stötande att ta en avgift och förutsättningarna för eftergift är således inte uppfyllda. Det bör betonas att möjligheten till eftergift ska användas restriktivt och främst ses som en ventil för rena undantagsfall.

Regionen motsätter sig bifall till ansökan. I första hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta att ansökan om upphandlingsskadeavgift ska lämnas utan bifall. I andra hand yrkar regionen att rätten ska besluta att upphandlingsskadeavgiften ska efterges. I tredje hand yrkar regionen att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned till ett lägre belopp. Till stöd för sin talan för regionen fram bl.a. följande. Regionen vidhåller det som tidigare förts

fram under förvaltningsrätten samt kammarrättens handläggning i mål nr 23387-22 respektive mål nr 3866-22. Regionen försökte fullgöra sina skyldigheter under en mycket svår och på många sätt extrem situation som påverkade hälso- och sjukvården direkt. Pandemin saknar motstycke och utgör en sådan situation som motiverade synnerlig brådska. Under alla omständigheter föreligger det synnerliga skäl och det skulle onekligen framstå som orimligt eller stötande att ta ut en upphandlingsskadeavgift.

Kammarrätten har i sina domskäl tydligt tagit ställning i sak och uttalat att det föreligger synnerliga skäl för att avgiften ska efterges i sin helhet. Det har inte kommit fram några nya omständigheter och förvaltningsrätten är därmed bunden av överinstansens ställningstagande.

Vidare är förvaltningsrättens tidigare dom i mål nr 23387-22 ogiltigförklarad i sin helhet vilket innebär att förvaltningsrätten nu åter har att pröva målet i enlighet med parternas yrkanden och grunder som ursprungligen fördes fram i det underliggande målet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Såväl Konkurrensverket som regionen har under målets handläggning framfört olika synpunkter avseende målets prövningsram efter det att kammarrätten visat åter målet till förvaltningsrätten.

Förvaltningsrätten konstaterar att kammarrätten undanröjt förvaltningsrättens dom i mål nr 23387-22 och återförvisat målet för ny prövning. Detta innebär att förvaltningsrätten har att pröva målet i enlighet med de yrkanden och grunder som tidigare förts fram i det ursprungliga målet samt med beaktande av vad som nu förs fram. Därvid är rätten inte bunden av skälen i någon av de tidigare domarna.

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Den 1 februari 2022 trädde vissa ändringar i LOU i kraft som bl.a. berör direktupphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till lagändringarna (SFS 2021:1110) gäller äldre bestämmelser fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före det nyssnämnda datumet. I detta mål ska därför LOU tillämpas i dess lydelse före den 1 februari 2022.

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) bl.a. om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § eller 19 kap. 9 § samma lag (se 21 kap. 1 § LOU).

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 (se 6 kap. 15 § LOU).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU (se 21 kap. 4 § LOU).

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.

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).

Förvaltningsrättens bedömning

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om regionen har genomfört en otillåten direktupphandling.

Det avtal som utgör grund för ansökan ingicks den 6 december 2021 och avser bemanningstjänster inom hälso- och sjukvården. Avtalet har inte föregåtts av annonsering. Konkurrensverket har i enlighet med uppgifter från regionen beräknat att upphandlingens totala värde uppgår till 800 000 000 kr exklusive mervärdesskatt vid beaktande av samtliga ramavtal som vid tidpunkten ingicks för att täcka regionens behov av bemanningstjänster. Det saknas anledning att ifrågasätta denna beräkning. Att Konkurrensverket riktat sin ansökan mot ett specifikt ramavtal föranleder ingen annan bedömning då det är det totala värdet av samtliga tjänstekontrakt som ingåtts inom ramen för upphandlingen som ska beaktas (jfr mål C-16/98 kommissionen mot Frankrike). Med hänsyn till värdet av regionens avtal om bemanningstjänster har tillämpligt tröskelvärde enligt LOU överskridits.

Nästa fråga att ta ställning till är om regionen haft stöd i LOU för att underlåta annonsering. Regionen menar att omständigheterna i målet har varit sådana att undantagsbestämmelsen om synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU är tillämplig liksom undantagsregeln om synnerliga skäl i 19 kap. 7 § LOU.

Bestämmelserna om undantag från annonseringsskyldighet ska tolkas restriktivt. Av förarbeten och såväl nationell som EU-rättslig praxis framgår att undantaget för synnerlig brådska avser extraordinära situationer och att omständigheterna inte i något fall får vara hänförliga till den upphandlande

myndigheten. Synnerlig brådska föreligger inte om det funnits tid för att genomföra ett påskyndat förfarande. Vidare ställs höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation för att en omständighet inte ska anses hänförlig till myndigheten. Undantagsbestämmelsen är avsedd att användas endast när de omständigheter som åberopas för att rättfärdiga synnerlig brådska beror på yttre förhållanden, dvs. förhållanden som ligger utanför det område som en upphandlande myndighet kan påverka. Det krävs att det finns ett orsakssamband mellan de omständigheter som inte kunnat förutses och den synnerliga brådska som uppstått. Att en omständighet inte har kunnat förutses innebär således att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure. Det är vidare den upphandlande myndigheten som måste visa att alla rekvisit i undantags-bestämmelsen är uppfyllda (se prop. 2006/07:128 s. 327, prop. 2009/10:180 s. 344, EU-domstolens mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, Mål C-318/94 Kommissionen mot Tyskland, Mål C-126/03 Kommissionen mot Tyskland samt Kammarrätten i Sundsvalls dom den 26 augusti 2015 i mål nr 3208-14).

Det framkommer att det till följd av den pågående pandemin och det stora behovet av att upprätthålla en fungerande och patientsäker sjukvård, varit absolut nödvändigt för regionen att säkerställa tillgången av nu aktuella bemanningstjänster. Det saknas anledning att ifrågasätta att det, vid tiden för ramavtalet, förelåg en synnerlig brådska som gjort att det inte varit möjligt för regionen att lösa behovet genom en annonserad upphandling enligt LOU. Den uppkomna brådskan måste ha kunnat förutses av regionen och det aktuella ramavtalet har av det skälet inte fått slutas utan föregående annonsering. Vid den bedömningen beaktas särskilt att pandemins effekter på verksamheten och behovet av att tillgodose behovet av bemanningstjänster måste ha varit känt för nämnden under åtminstone ett och ett halvt år vid tiden då avtalet slöts. Detta gäller i synnerhet mot bakgrund av att regionen redan vid tiden för pandemins utbrott under våren 2020 varit tvungen genomföra en snarlik upphandling utan föregående annonsering. När det avtalet slöts har regionen kunnat säkra

utrymme och en tydlig tidsram för att antingen slutföra 2019 års upphandling eller annonsera och genomföra en ny upphandling. Oaktat de utmaningar som pandemin inneburit avseende regionens planering och organisation så måste förutsättningarna för att i laga ordning rätta sig efter upphandlingslagstiftningen i detta fall anses ha varit tydliga och förutsebara för regionen. De komplikationer som därefter lett fram till förseningen av 2019 års upphandling, och slutligen dess avbrytande, kan inte heller anses vara av force majeure-liknande karaktär eller sådana att de helt legat utanför regionens kontrollsfär. Exempelvis kan det inte anses ha varit oförutsebart att 2019 års upphandling kunde komma att överprövas när tilldelningsbeslut fattades i juni 2021. Den överprövning som skett av 2019 års upphandling har inte dragit ut på tiden i sådan utsträckning att detta i sig kan anses ha varit oförutsebart för myndigheten. Vid den tidpunkt då regionen valde att avbryta upphandlingen hade överprövningen varit föremål för förvaltningsrättens prövning i cirka fyra månader. På liknande sätt måste det ha stått klart för regionen att behovet av utfasning och implementering av aktuella avtal skulle bli en utmaning som skulle kräva mycket tid och resurser i anspråk och som man därför behövt ta höjd för vid sin planering. Regionens beslut att avbryta 2019 års upphandling måste anses ha haft en direkt inverkan på myndighetens behov av att genomföra nu aktuell upphandling utan föregående annonsering.

Under ovan angivna omständigheter saknas det utrymme att betrakta behovet av att upphandla de aktuella tjänsterna, pandemins påverkan på regionens centrala upphandlingsverksamhet eller övriga omständigheter som objektivt oförutsägbara vid tiden för den nu aktuella direktupphandlingen. Detta gäller i synnerhet mot bakgrund av de mycket hårda krav som ställs på en myndighets planering och organisation. Sammantaget bedömer saknas det förutsättningar för att tillämpa undantaget synnerlig brådska. Det har inte heller framkommit några andra synnerliga skäl för att underlåta annonsering varför fråga är om en otillåten direktupphandling. Förutsättningarna för att besluta att regionen ska betala en upphandlingsskadeavgift är således uppfyllda.

Nästa fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är upphandlingsskadeavgiftens storlek.

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek framgår bl.a. följande av förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f.). En otillåten direktupphandling är en sådan förseelse som anses höra till en av de allvarligaste formerna av överträdelser vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten, som exempelvis ett upprepat beteende, bör ses som en försvårande omständighet. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet.

Beloppsbegränsningen i 21 kap. 4 § LOU innebär att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktsvärdet är en av flera avgörande faktorer och där högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall (jfr HFD 2014 ref 69).

Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket leder till att sanktionsvärdet i detta fall som utgångspunkt får anses ligga i det högre skiktet. Att den otillåtna upphandlingens värde därtill uppgår till ett mycket högt belopp, cirka 800 000 000 kr, samt föranletts av omständigheter som regionen bör ha kunnat förutse och i vart fall delvis kunnat råda över, är även det försvårande omständigheter. Att ett regioninternt dokument upprättats där en eventuell upphandlingsskadeavgift föreslås fördelas på respektive berörd verksamhet i förhållande till avropsvolym är också försvårande. Mot bakgrund av angivna

omständigheter kan den aktuella överträdelsen inte betraktas som ringa. Det regionen anfört om att regionen begränsat avtalstiden kan inte ses som förmildrande eftersom regionen redan vid ett tidigare tillfälle genomfört en snarlik direktupphandling till följd av pandemins effekter på verksamheten. Den totala tidsperiod som regionen har haft löpande ramavtal för bemannings-tjänster som ingåtts utan föregående annonsering har således varit långvarig. Inte heller det som regionen uppgett om att konkurrensen på marknaden knappt har drabbats, att man inte gjort någon egen vinning till följd av direktupphandlingen eller att man saknat uppsåt till att frångå upphandlingslagstiftningen utgör sådana omständigheter som bör ses som förmildrande vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Sammantaget, och med beaktande av att yrkad avgifts storlek är förhållandevis liten i relation till det totala värdet på upphandlingen, motsvarar sanktionsvärdet för den aktuella överträdelsen en upphandlingsskadeavgift som uppgår till högsta möjliga belopp, det vill säga 10 000 000 kr.

Slutligen har förvaltningsrätten att ta ställning till frågan om det finns skäl att efterge upphandlingsskadeavgiften.

Eftergift av en upphandlingsskadeavgift får medges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § andra stycket LOU). I förarbetena anges att eftergift inte bör komma i fråga annat än i rena undantagsfall. Ett exempel är att den upphandlande myndigheten, 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. Om detta inte skulle anses utgöra synnerliga skäl som innebär rätt att direktupphandla är det tänkbart att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009/10:180 s. 198–199 och 370).

Kammarrätten har uttalat att regionen vid tidpunkten för ramavtalets ingående hade hamnat i en situation där direktupphandling av bemanningstjänster

bedömdes som nödvändig för att undvika risk för människors liv eller hälsa. Kammarrätten har vidare uttalat att det som har avgörande betydelse i detta fall är att pandemin var en extraordinär händelse som skapade mycket stor påfrestningen på vården i synnerhet och att situationen liknar i det närmaste exakt det som beskrivs i förarbetena, dvs. att det skulle framstå som orimligt och stötande att under dessa förhållanden ta ut en upphandlingsskadeavgift.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna vid tidpunkten för direktupphandlingen får det anses ha förelegat en sådan undantagssituation som motiverar att upphandlingsskadeavgiften ska efterges. Konkurrensverkets ansökan ska följaktligen avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR-05).

Eva Blom

Rådman

Kim Bohlin har varit föredragande.