



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 5

DOM

2023-04-18

Meddelad i Stockholm

Mål nr

12157-22

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

MediCarrier AB, 556543-6168

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Konkurrensverkets ansökan.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten, med stöd av 21 kap. 1 § 2 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, ska besluta att MediCarrier AB (MediCarrier) ska betala 5 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Skälen för ansökan framgår av bilaga 1 (till ansökan fogade underbilagor har inte tagits med här).

MediCarrier bestrider yrkat belopp och yrkar för egen del i första hand att rätten ska efterge upphandlingsskadeavgiften i sin helhet till följd av synnerliga skäl. I andra hand yrkar MediCarrier att upphandlingsskadeavgiften ska nedsättas till lägsta möjliga belopp. Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

MediCarrier har till uppgift att säkra leveransen av sjukvårdsartiklar inom Region Stockholm (regionen). För det fall MediCarrier inte lyckas med sitt uppdrag uppstår allvarlig risk för människors liv och hälsa. Under normala omständigheter avropar MediCarrier på ramavtal upphandlade inom regionen. Under pandemin, på grund av allvarlig brist hos befintliga ramavtalsleverantörer och/eller synnerligen brådska, har MediCarrier tecknat egna avtal om köp av bristartiklar. Det aktuella avtalet, som MediCarrier ingick med Medea AB (Medea) den 11 januari 2021 om undersökningshandskar ("Avtalet"), var helt nödvändigt att ingå på grund av synnerliga brådska och de allmänna omständigheterna som förelåg.

Under slutet av 2020 var smittspridningen av covid-19 kraftigt stigande med ett enormt ökat behov av undersökningshandskar i vården. Hur smittspridningen och tillgången, eller snarare bristen på undersökningshandskar skulle se ut, kunde ingen förutspå. Ett ytterligare behov om 15 miljoner undersökningshandskar per månad beräknades behövas för att säkerställa en säker vård och för att möta en beräknad efterfrågan under 2021. Vid tidpunkten för Avtalets

ingående saknade befintliga ramavtalsleverantörer i allt väsentlig förmåga att leverera undersökningshandskar. Det fanns redan en upparbetad historik under hösten och vintern som vittnade om stora brister och problem med att ens kunna tillhandahålla de ordinarie avropade volymerna. En av de befintliga ramavtalsleverantörerna hade t.ex. själv åberopat och fått tillämpa bestämmelser om force majeure. Tillämpningen av force majeure innebar att MediCarrier inte tog ut viten vid förseningar.

Produktions- och leveranstid för nya undersökningshandskar är i normalfallet cirka sex månader och var under den pågående smittspridningen mångfalt längre. Beaktat att inga leverantörer kunde lämna besked om ny produktion och tid för leverans, stod det klart att det var mycket osäkert om MediCarrier skulle kunna säkerställa sjukvårdens förväntat ökade behov under hösten 2021. En central omständighet i sammanhanget är att en traditionell upphandling av undersökningshandskar inte hade varit möjlig vid denna tidpunkt på grund av betydande ledtider från order till leverans om minst sex månader såvida det inte finns uppbyggda lager. Produktionen sker därtill uteslutande i Asien och under den pågående pandemin med rådande kapacitetsbrist, nedstängningar, transportproblem och nitrilgummibrist låg leveranstiderna i många fall på ett år eller mer.

Under december 2021 erhöll MediCarrier ett erbjudande från Medea om att leverera cirka 15 miljoner handskar per månad från juli till december 2021. Handskarna fanns tillgängliga för löpande och regelbunden leverans, uppfyllde regionens krav, var godkända för avsett bruk och till ett för tiden marknadsmässigt pris. Hade MediCarrier då tackat nej hade Medeas handskar med all sannolikhet inte längre funnits tillgängliga, utan sålts på annat håll. Avtalet syftade inte primärt till att generellt öka lagersaldot på undersökningshandskar. Avtalet hade uteslutande sin grund i att befintliga ramavtalsleverantörer saknade leveransförmåga i kombination med ett ökat behov och att produktions- och leveranstider för undersökningshandskar var oöverblickbara

och sannolikt längre än de vanliga sex månaderna. Behovet av undersökningshandskar var således mycket trängande och skedde med minsta möjliga marginal för att kunna säkra tillgång till undersökningshandskar från och med juli till och med december 2021. Vid denna tidpunkt rådde det en sådan obalans mellan tillgång och efterfrågan att det, om inköpet inte hade gjorts, hade uppstått en allvarlig bristsituation, som hade haft verksamhetskritisk påverkan för hela regionen på ett sådant sätt att det allvarligt hade riskerat patienters och vårdpersonals liv och hälsa.

Vid Avtalets ingående hade MediCarrier inte någon information från ramavtalsleverantörerna som ens antydde att leveranssvårigheterna var övergående eller att nya ordrar ens kunde läggas i de mängder som efterfrågades. Ingenting talade för att de kunde leverera de volymer som MediCarrier behövde. MediCarrier och hela vården i regionen riskerade att stå utan tillräckliga volymer efter juli 2021. Att enbart avvakta utvecklingen av pandemin och marknaden för undersökningshandskar och förlita sig på att ramavtalsleverantörerna skulle få ökad kapacitet eller att regionens behov skulle minska under hösten, var inte ett rimligt handlingsalternativ.

MediCarrier vill understryka allvaret i den då rådande situationen. Utifrån då rådande tolkning av pandemiläget fanns det en uppenbar risk att regionen skulle stå utan undersökningshandskar under hösten 2021. Med vetskap om obalansen i tillgång och efterfrågan samt de mycket långa produktions- och leveranstiderna för undersökningshandskar förelåg det således ett trängande behov för MediCarrier att redan i januari 2021 ingå Avtalet för att tillförsäkra tillgång från och med juli 2021. Faktum är att om MediCarrier inte hade ingått Avtalet hade detta lett till allvarliga risker för människors liv och hälsa. Under hösten och vintern 2020 var nivåerna på MediCarriers lager, från tid till annan, onormalt låga. Beaktat ramavtalsleverantörerna bristande leveransförmåga av avropade volymer och ledtider för nya handskar fanns det således ett trängande

behov att säkerställa att det fanns tillgång till adekvata volymer av undersökningshandskar.

När MediCarrier genomförde inköpet var pandemisituationen katastrofal, priserna på råvaror och transporter skyhöga, leveranser från befintliga ramavtalsleverantörer helt otillräckliga och det fanns en efterfrågan som inte leverantörer globalt kunde möta. Behovet av att säkerställa undersökningshandskar var således trängande till följd av de allmänna omständigheterna. Inköpet var både brådskande och absolut nödvändigt. Var och en av dessa omständigheter som redogjorts för – i vart fall tillsammans – utgör synnerliga skäl för att efterge upphandlingsskadeavgiften, och i vart fall för att kraftigt nedsätta den. När det gäller överträdelsens sanktionsvärde vill MediCarrier framhålla att det vid tidpunkten för Avtalets ingående förelåg sådana omständigheter som inte gav MediCarrier något annat val. Här måste särskilt beaktas att syftet med Avtalet uteslutande var att skydda patienters och personals liv och hälsa under en högst osäker period av pandemin. Något kringgående av upphandlingslagstiftningen har det aldrig varit tal om. MediCarrier önskar att domstolen beaktar dessa då föreliggande förutsättningar, det skyddsvärda intresset, det förhållandet att Avtalet begränsades till sex månader samt det faktum det inte varit frågan om ett upprepat beteende från MediCarriers sida.

Konkurrensverket vidhåller sin ansökan och anför bl.a. följande.

Konkurrensverket har inte bara beaktat sådana omständigheter som påverkar sanktionsavgiften i höjande riktning, utan även beaktat sådana som påverkar avgiften i sänkande riktning. När det gäller eftergift på grund av synnerliga skäl är utrymmet att besluta om att en upphandlande myndighet ska undgå att betala en upphandlingsskadeavgift ytterst begränsat. Enligt förarbetena avser eftergift närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det får således ses som en form av ventil som inte är avsedd

att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Det kan 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.

Som nämnts i ansökan avser dock Avtalet inget trängande behov. MediCarrier har ett befintligt ramavtal med leverantörer som besitter leveransförmåga. MediCarrier underlåter att göra en ny förfrågan till ramavtalsleverantörerna innan tecknande av Avtalet, trots information om lösning i december 2020. Socialstyrelsen har även pekat på en god tillgång på alternativa produkter till undersökningshandskar i nitril. Mot bakgrund av detta framstår det inte som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Dessutom handlar det om en situation där rättsmedelsdirektivet kräver att en sanktion ska påföras. Konkurrensverket vidhåller att överträdelsen inte kan anses bero på rent allmänna omständigheter där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt, eftersom MediCarrier har direktupphandlat trots att alternativ funnits tillhands. Enbart förekomsten av pandemin och den begynnande bristen på nitrilhandskar utgör inte sådana allmänna omständigheter som avses i förarbetena. Hänsyn måste även tas till de handlingsalternativ som stod till MediCarriers förfogande. Konkurrensverket har förståelse för att situationen med pandemin har varit besvärlig att hantera. Undantaget om synnerlig brådskande ska dock tolkas restriktivt. Med hänsyn till detta är Konkurrensverket av uppfattningen att varken eftergift på grund av synnerliga skäl eller nedsättning av avgiften till lägsta möjliga belopp kan komma i fråga. Sammanfattningsvis är det Konkurrensverkets bedömning att det yrkade beloppet är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av 21 kap. 1 § 2 LOU följer att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala 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 §.

Av 21 kap. 2 § första stycket LOU följer att tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 2.

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde.

Av 21 kap. 5 § LOU följer att 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Finns det grund för att besluta om en upphandlingsskadeavgift?

Det första förvaltningsrätten har att ta ställning till är om det finns grund för att besluta om en upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket har till stöd för sin ansökan om upphandlingsskadeavgift åberopat ett lagakraftvunnet avgörande från Förvaltningsrätten i Stockholm

från den 16 december 2021 i mål nr 21462-21, i vilket domstolen ansåg att MediCarrier hade genomfört en otillåten direktupphandling genom att teckna avtal med Medea den 11 januari 2021. I domen gjorde förvaltningsrätten bedömningen att det förelåg förutsättningar för att ogiltigförklara avtalet, men att tvingande hänsyn till ett allmänintresse motiverade att avtalet ändå skulle få bestå. Av detta följer att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 2 LOU får besluta om att MediCarrier ska betala en upphandlingsskadeavgift. Nästa fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om MediCarrier ska åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift.

Ska MediCarrier åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift?

Av 21 kap. 5 § andra stycket LOU framgår att domstolen inte ska besluta om att avgift ska utgå i ringa fall och att avgift får efterges om det finns synnerliga skäl.

Utrymmet för att betrakta en överträdelse som ringa är ytterst begränsat. Av förarbetena till LOU framgår att en överträdelse kan anses som ringa endast i rena i undantagsfall. Detsamma gäller för bedömningen av om synnerliga skäl ska anses föreligga. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Som exempel på synnerliga skäl nämns i förarbetena situationer där det inträffat oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten själv inte har kunnat råda över och situationer där en myndighet ansett sig tvungen att direktupphandla för att människors liv eller hälsa annars skulle riskeras (prop. 2009/10:180 s. 198).

Vid en ansökan om upphandlingsskadeavgift ska domstolen inte göra en överprövning av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgiften. Konkurrensverket har till grund för sin ansökan hänvisat till förvaltningsrättens nyss nämnda avgörande i mål nr 21462-21. Förvaltningsrättens avgörande i nämnda mål har fått laga kraft,

varför förvaltningsrätten har att utgå från att MediCarrier genom att ingå avtalet med Medea har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

I målet är det ostridigt att kontraktsvärdet för avtalet har uppgått till 144 000 000 kr. Av avtalet som ingåtts med Medea den 11 januari 2021 följer att undersökningshandskarna skulle levereras under perioden juli–december 2021. Med hänsyn till vad som framkommit om upphandlingens värde och med beaktande av att det har rört sig om en otillåten direktupphandling anser förvaltningsrätten att överträdelsen inte kan anses som ringa. Enligt rättens mening finns det därför inte skäl att sätta ned avgiften till noll kr med hänsyn till att det har varit fråga om en ringa förseelse.

Fråga är då om det finns synnerliga skäl att efterge avgiften.

Vid bedömningen av om upphandlingsskadeavgift ska utgå efter att en otillåten direktupphandling har skett är det nödvändigt att beakta orsaken till överträdelsen. I förarbetena till LOU anges att avgiften bör kunna efterges om det t.ex. rör sig om en direktupphandling som inte riktigt når upp till kravet på synnerliga skäl för att genomföra en direktupphandling (se prop. 2009/10:180 s. 198).

Förvaltningsrätten konstaterar att det vid tidpunkten för avtalets ingående förelåg en extraordinär samhällssituation med anledning av den pågående pandemin. Enligt rättens mening har MediCarrier i målet visat att det vid tidpunkten kring avtalets ingående rådde en stor osäkerhet om de ramavtalsleverantörer som MediCarrier vanligtvis anskaffade undersökningshandskar från hade förmåga att tillgodose det ökade behovet av undersökningshandskar som uppstått inom hälso- och sjukvården till följd av pandemin. Det har i målet t.ex. framkommit att en av ramavtalsleverantörerna i mars 2020 hade åberopat och i april 2020 beviljats att tillämpa villkor om force majeure.

Förvaltningsrätten anser därför att överträdelsen till stor del får anses ha berott på omständigheter som MediCarrier inte har kunnat styra över.

Vid en sammantagen bedömning av dessa omständigheter och med beaktande av vad MediCarrier har anfört om att syftet med det ingångna avtalet var att skydda patienters och personals liv och hälsa, anser rätten att det skulle framstå som stötande om MediCarrier skulle tvingas att betala en upphandlingsskadeavgift till följd av överträdelsen. Förvaltningsrätten anser därför att det med hänsyn till de omständigheter som förelåg vid tidpunkten för den otillåtna direktupphandlingen får anses ha förelegat en sådan undantagssituation som motiverar att upphandlingsavgiften ska efterges.

Konkurrensverkets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Anna Karin Andersson

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.