



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 8

DOM
2023-05-31
Meddelad i Stockholm

Mål nr
23387-22

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Region Stockholm

Ombud: Advokat

Ombud: Advokat

Ombud: Advokat

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Med delvis bifall till Konkurrensverkets ansökan beslutar förvaltningsrätten att Region Stockholm ska betala en upphandlingsskadeavgift om 5 000 000 kr.

BAKGRUND

År 2016 ingick Region Stockholm (regionen) ramavtal avseende bemanningstjänster inom hälso- och sjukvård efter en annonserad upphandling (2016 års ramavtal). 2016 års ramavtal löpte som längst till och med den 30 april 2020. Drygt fyra månader innan avtalstidens utgång annonserade regionen en regiongemensam upphandling av ett nytt ramavtal för bemanningstjänster (2019 års upphandling). Upphandlingen överprövades under anbudstiden, men ansökan om överprövning avslogs i april 2020.

I mars 2020, under tiden för överprövningen, beslutade regionen att förlänga de befintliga ramavtalen med nio ramavtalsleverantörer för de aktuella bemanningstjänsterna. Förlängningen gjordes genom direktupphandling på grund av det extraordinära och akuta pandemiläget. Förlängningen avsåg perioden den 1 maj 2020 till och med den 31 december 2021. Den 22 juni 2021 meddelades tilldelningsbeslut i 2019 års upphandling. Beslutet överprövades. Den 22 oktober 2021 avbröt regionen upphandlingen och överprövningen skrevs av från fortsatt handläggning i förvaltningsrätten.

I november 2021 beslutade regionen att ingå ramavtal utan föregående annonsering med ett flertal leverantörer, bland annat Medcura AB. Upphandlingsavdelningen vid serviceförvaltningen fick i uppdrag att genomföra den aktuella direktupphandlingen och beslutanderätt gavs till en enskild befattningshavare. För det fall skälen bakom direktupphandlingens genomförande skulle komma att ifrågasättas och resultera i en upphandlingsskadeavgift, skulle sådan eventuell avgift fördelas på respektive berörd verksamhet i förhållande till avropsvolym. Ramavtalet med Medcura AB löpte från den 1 januari 2022 till den 30 juni 2022 med möjlighet till sex månaders förlängning. Det är detta avtal som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten, i enlighet med 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), ska besluta att Region Stockholm ska förpliktas att betala 10 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Grunden för ansökan är att regionen ingått ett ramavtal avseende bemanningstjänster inom hälso- och sjukvård utan föregående annonsering enligt 10 kap 1 § LOU. Det saknades förutsättningar för att ingå avtalet utan annonsering varvid det utgör en otillåten direktupphandling. De närmare skälen för ansökan framgår av bilaga 1.

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 talan anförs i huvudsak följande.

Regionens enda syfte med direktupphandlingen har varit att under ett extremt läge med en långvarig pandemi försöka upprätthålla en fungerande sjukvård genom att säkerställa tillgången till bemanningstjänster utan att tillföra ytterligare störningar till redan ansatta verksamheter. Avsikten var hela tiden att, så snart som situationen hos vårdgivarna och centralt inom regionen medgav det, tilldela ramavtal i enlighet med 2019 års upphandling. Att så inte har varit möjligt har berott på omständigheter som legat utanför regionens kontroll. Pandemin medförde en situation utan motstycke och innebar en enorm påfrestning på både sjukvården i allmänhet och den centrala upphandlingsavdelningen som var tvungen att under en lång period fokusera på att lösa de akuta behov som uppstod. Rapporter och analyser av pandemins påverkan på vården är samstämmiga och det kan inte understrykas nog att belastningen på personal och behovet av bemanningstjänster var exceptionellt. Det var vidare inte bara pandemins utbrott utan dess förlopp och utveckling

som var oförutsägbart. Under en lång tid visste ingen att pandemin skulle komma i vågor, hur många och långa dessa skulle vara, vilka mutationer som skulle uppstå, när vaccin skulle bli klara eller hur många som skulle behöva söka sjukvård och i vilken omfattning. Det förhållandet att pandemins förlopp var oförutsebart visar även att behovet av bemanningspersonal måste anses ha varit det.

Att bedriva upphandlingsverksamhet på ordinarie vis under denna period var inte möjligt, bland annat mot bakgrund av att den sakkunniga expertis som tidigare varit behjälplig med exempelvis anbudsutvärdering varit upptagna med att rädda liv. Samtidigt krävdes en kraftig förstärkning av upphandlingsenheten och stora resurser fick avsättas till krisverksamhet för att bland annat hjälpa till med det akuta behovet av att införskaffa skyddsutrustning. På grund av de akuta vårdbelastningssituationerna fanns helt enkelt varken tid eller resurser för att i snabbare takt fullfölja upphandlingsprocessen och fatta tilldelningsbeslut i 2019 års upphandling. När utrymme för att meddela tilldelningsbeslut till slut bedömdes föreligga under sommaren 2021 överprövades beslutet därtill omedelbart. Denna överprövning drog ut på tiden och i oktober 2021 hade dom ännu inte meddelats av förvaltningsrätten. Under pågående överprövning av tilldelningsbeslutet framkom även indikationer från flera av anbudsgivarna i 2019 års upphandling att de inte längre ansåg sig kunna leverera enligt gällande villkor från planerad driftstart den 1 januari 2022. Detta skulle innebära stora verksamhetsrisker för vårdverksamheterna. Samtidigt ansåg vårdverksamheterna att det till följd av läget inte fanns förutsättningar för att fasa ut 2016 års ramavtal med tanke på de störningar som detta befarades kunna medföra vid bl.a. implementering av nya avtal och upplärning av ny personal. Till slut ansåg sig regionen inte ha något annat val än att avbryta upphandlingen och initiera den brygglösning som den nu aktuella direktupphandlingen utgjort i avvaktan på resultatet av den nationellt samordnade upphandling som då hade som målsättning att vara klar under andra halvan av 2022. Det fanns vid denna tidpunkt inte heller några möjligheter att annonsera en ny upphandling även om det skulle ha skett

genom ett påskyndat förfarande. Detta med hänsyn till upphandlingens stora omfattning. Det förelåg därför en adekvat kausalitet mellan den pågående pandemin och behovet av att ingå ramavtal utan föregående annonsering. Upphandlingen borde med hänsyn till dessa omständigheter omfattas av undantagen för synnerlig brådska eller synnerliga skäl.

Om något undantag inte anses tillämpligt, anser regionen att eftergift istället bör kunna komma i fråga. Regionen har varit tvungen att genomföra direktupphandlingen eftersom människors liv eller hälsa annars skulle riskeras vilket enligt förarbetena till LOU är just en sådan situation då eftergift bör bli aktuell. Detta då det mot bakgrund av omständigheterna i målet skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en upphandlingsskadeavgift. Det föreligger i vart fall förmildrande omständigheter som medför skäl för att sätta ned avgiftens storlek. Det har inte funnits något uppsåt att kringgå gällande lagstiftning och regionen har i största möjliga mån försökt att begränsa de potentiellt negativa följderna av direktupphandlingen. Man har exempelvis begränsat avtalstiden och skrivit kontrakt med samtliga tidigare ramavtalsleverantörer såväl som samtliga anbudsgivare i 2019 års upphandling. Inverkan på konkurrensen får således anses ha varit ringa till ingen alls. Regionen har inte heller gjort någon form av vinning till följd av direktupphandlingen, snarare tvärt om. Rättsläget har även varit oklart gällande om dessa ramavtal faktiskt fick ingås till följd av synnerlig brådska. Det höga värdet på upphandlingen bör vidare inte ses som en försvårande omständighet utan ett bevis för vilket stort bemanningsbehov som förelåg och vikten av att få ett avtal på plats. Regionen bestrider även att det är fråga om ett upprepat beteende. Ett tidigare agerande från självständiga upphandlande myndigheter som verkar inom regionen kan inte ligga Region Stockholm som helhet till last. Regionen anför även att den dokumentation som gjorts avseende bl.a. ansvarsfördelning vid en eventuell upphandlingsskadeavgift inte utgjort något försök att kringgå upphandlingslagstiftningen eller underminera upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Övervägandena i det aktuella dokumentet ska endast ses som en redogörelse för olika handlingsalternativ

med dess risker och konsekvenser som underlag för att fatta beslut i en mycket pressad situation. I efterhand, utifrån ett teoretiskt perspektiv och under normala omständigheter, hade möjligen saker och ting kunnat hanterats annorlunda, men under pandemin var ingenting normalt och det måste tas i beaktande i detta sammanhang.

Konkurrensverket vidhåller vad som anges i ansökan och tillägger bl.a. följande. Myndigheten ifrågasätter inte hur belastande pandemin har varit för samtliga inblandade verksamheter eller att regionens behov av att säkerställa bemanningstjänster har varit absolut nödvändigt. Behovet av tjänsterna i fråga och omständigheterna som föranlett regionens brådska var dock förutsebara vid tiden för det aktuella ramavtalets ingående och direktupphandlingen har till viss del blivit nödvändig till följd av omständigheter som varit inom regionens kontrollsfär. Regionen annonserade exempelvis 2019 års upphandling endast drygt fyra månader innan det befintliga avtalet löpte ut. Fördröjningen med att sedan fatta ett tilldelningsbeslut i 2019 års upphandling och beslutet att sedermera avbryta upphandlingen är andra exempel på faktorer som regionen har kunnat påverka. Regionen hade exempelvis kunnat prioritera och planera 2019 års upphandling så att tilldelningsbeslut hade kunnat meddelas tidigare än i juni 2021 i ett så verksamhetskritiskt kontraktsföremål som bemanningstjänster. Det framgår även att avropande myndigheter, vid sidan av nu aktuellt ramavtalt, har kunnat upphandla liknande tjänster under pandemin. Att överprövning av 2019 års upphandling kunde komma att ske är vidare något som regionen bör ha kunnat förutse, särskilt med hänsyn till tillämpningen av de striktare avtalsvillkoren samt att bemanningsbranschen kan anses vara relativt överprövningsbenägen. Även behovet av implementering och utfasning får ses som en naturlig del vid byte av leverantörer och något som är objektivt förutsebart. Av EU-domstolens praxis följer att det ställs höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation för att en omständighet inte ska anses hänförlig till myndigheten. Detta gäller enligt Konkurrensverket även under en pandemi. Samtidigt får omständigheter som

läggs till grund för undantaget synnerlig brådska inte till någon del bero på den upphandlande myndighetens agerande.

Eftergift på grund av synnerliga skäl är vidare som regel inte tillämplig på situationer som den upphandlande myndigheten kunnat råda över.

Konkurrensverket anser att regionen i detta fall förfogade över förhållandena på ett sådant sätt som innebär att det inte framstår som orimligt eller stötande att upphandlingsskadeavgift ska beslutas. Konkurrensverket menar också att det i allra högsta grad rör sig om ett upprepat beteende från regionen och hänvisar till ett flertal andra mål där otillåtna direktupphandlingar som genomförts av hälso- och sjukvårdsnämnden har resulterat i utdömmande av upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket vill även notera att avsaknaden av försvårande omständigheter, inte kan tillgodoräknas som förmildrande.

Regionens påstående om att direktupphandlingen knappt påverkade konkurrensen, kan därför inte ses som förmildrande. Detsamma gäller exempelvis för påståendet om att det inte funnits något uppsåt att åsidosätta upphandlingslagstiftningen. Att regionen lämnat en avsiktsförklaring avseende deltagande i den nationella upphandlingen har heller inte någon relevans vid bedömningen av sanktionsvärdets storlek. Ansvar att agera i enlighet med LOU är strikt. Konkurrensverket invänder till sist mot att regionen har av sagt sig allt ansvar vid en eventuell upphandlingsskadeavgift trots att regionen har varit den myndighet som har analyserat handlingsalternativen, genomfört den samordnade upphandlingen och tecknat avtal utan föregående annonsering. Detta underminerar i allra högsta grad avgiftens avskräckande syfte liksom motverkar en effektiv efterlevnad av upphandlingslagstiftningen.

Förvaltningsrätten har den 4 maj 2023 hållit muntlig förhandling i målet. Vid förhandlingen har funktionschefen och överläkaren [REDACTED], upphandlingschefen på serviceförvaltningen [REDACTED] och tidigare upphandlaren på serviceförvaltningen [REDACTED] hörts som vittnen på Region Stockholms begäran.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**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

Har regionen 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. Förvaltningsrätten finner inte 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 är då 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.

Förvaltningsrätten konstaterar att 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 undantagsbestämmelsen 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).

Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att det, till följd av den pågående pandemin och det stora behovet av att upprätthålla en fungerade och patientsäker sjukvård, var absolut nödvändigt för regionen att säkerställa tillgången av nu aktuella bemanningstjänster. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte heller 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.

Förvaltningsrätten anser dock att den uppkomna brådskan har kunnat förutses av regionen och att det aktuella ramavtalet av det skälet inte fick slutas utan föregående annonsering. Vid den bedömningen har förvaltningsrätten särskilt beaktat att pandemins effekter på verksamheten och behovet av att tillgodose behovet av bemanningstjänster måste ha varit kända 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 var tvungen genomföra en snarlik upphandling utan föregående annonsering. När det avtalet slöts skaffade sig regionen, enligt domstolens

mening, 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 enligt förvaltningsrätten inte heller anses vara av force majeure-liknande karaktär eller sådana att de helt legat utanför regionens kontrollfär. Förvaltningsrätten anser exempelvis att det inte kan anses ha varit oförutsebart att 2019 års upphandling kunde komma att överprövas när tilldelningsbeslut fattades i juni 2021. Förvaltningsrätten anser inte heller att den överprövning som skett av 2019 års upphandling 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 anser domstolen att det måste 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 behövde ta höjd för vid sin planering. Förvaltningsrätten anser till sist att regionens beslut att avbryta 2019 års upphandling haft en direkt inverkan på myndighetens behov av att genomföra nu aktuell upphandling utan föregående annonsering.

Under dessa omständigheter anser förvaltningsrätten att det inte finns utrymme att betrakta vare sig behovet av att upphandla de aktuella tjänsterna, pandemins påverkan på regionens centrala upphandlingsverksamhet eller övriga omständigheter som objektivt oförutsägbara vid tiden för den i målet aktuella direktupphandlingen. Detta gäller i synnerhet mot bakgrund av de mycket hårda krav som ställs på en myndighets planering och organisation.

Sammantaget bedömer förvaltningsrätten att det saknas förutsättningar för att tillämpa undantaget synnerlig brådska. Det har inte heller framkommit några

andra synnerliga skäl för att underlåta annonsering varför förvaltningsrätten finner att det är fråga om en otillåten direktupphandling. Förutsättningarna för att besluta att regionen ska betala en upphandlingsskadeavgift är således uppfyllda.

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).

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att 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, ca 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 förslås fördelas på respektive berörd verksamhet i förhållande till avropsvolym är också försvårande. Mot bakgrund av ovanstående omständigheter konstaterar förvaltningsrätten att den aktuella överträdelsen inte kan betraktas som ringa. Vidare anser domstolen att det regionen anfört om att den begränsat avtalstiden inte kan ses som förmildrande i detta fall mot bakgrund av att 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 bemanningstjänster som ingåtts utan föregående annonsering har således varit långvarig. Inte heller det som regionen uppgett om att konkurrensen på marknaden knappt drabbats, att man inte gjort någon egen vinning till följd av direktupphandlingen eller att man saknat uppsåt till att frångå upphandlingslagstiftningen utgör enligt domstolen 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, finner förvaltningsrätten att sanktionsvärdet för den aktuella överträdelsen motsvarar en upphandlingsskadeavgift som uppgår till högsta möjliga belopp om 10 000 000 kr.

Finns skäl för att efterge avgiften?

I förarbetena till LOU anges att en upphandlingsskadeavgift 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. Samtidigt framgår att eftergift på grund av synnerliga skäl inte bör komma i fråga annat än i rena undantagsfall. Regeln är avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande myndigheten själv kunnat råda över. 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 upphandlingskadeavgift ska beslutas på grund av den otillåtna direktupphandlingen och att eftergift därför skulle kunna komma i fråga (prop. 2009/10:180 s. 198–199 och 370).

Förvaltningsrätten konstaterar att det av utredningen framgår att det vid tidpunkten för avtalets ingående alltjämt förelåg en extraordinär samhällssituation med anledning av den pågående pandemin. Förvaltningsrätten anser vidare att det framgår tydligt av både den skriftliga utredningen i målet och av de vittnesmål som givits av [REDACTED], [REDACTED] och [REDACTED] att hälso- och sjukvården var särskilt utsatt och att inte bara den faktiska sjukvårdsverksamheten, utan även den centrala upphandlingsverksamheten i regionen var underbemannad och påverkades kraftigt av pandemins utbrott och dess efterföljande verkningar. Det framgår även att de akuta åtgärder och prioriteringar som regionen som helhet var tvungen att vidta för att säkerställa en så patientsäker vård som möjligt fick stora konsekvenser för regionens förmåga att bedriva upphandlingsverksamhet i ordinarie ordning även under en längre period efter pandemins utbrott. Det har exempelvis framgått av vittnesmålen att ansvarig samordnande upphandlare för 2019 års upphandling har haft stora svårigheter att få tag på sådana sakkunniga experter som vanligtvis använts för att utvärdera kvalitetskrav i inkomna anbud. Anledningen till detta har varit att dessa personer inte hade utrymme att frångå kärnverksamheten inom vården. Regionen har även fått indikationer på att anbudsgivare i 2019 års upphandling inte längre ansett sig kunna leverera enligt de villkor man angivit i sina anbud mot bakgrund av pandemins påverkan på branschen. Vårdverksamheterna har också framfört att det saknats förutsättningar att fasa ut 2016 års ramavtal med tanke på de allvarliga störningar som detta befarades kunna medföra för verksamheterna. Det fanns enligt regionen inte utrymme för att avsätta resurser

åt nödvändig implementering av nya avtal eller upplärning av ny personal. Förvaltningsrätten anser att omständigheter av detta slag, såsom personalfrågor, är sådana som rent objektivt får anses ligga inom regionens kontrollsfär mot bakgrund av de höga krav som ställs på en upphandlande myndighets planering och organisation. Det som framförts belyser dock att regionen tvingats till svårhanterliga prioriteringar till följd av samhällssituationen. Det råder enligt domstolen inte heller några tvivel eller oenighet kring att de ramavtal som regionen ingått avseende bemanningstjänster har varit absolut nödvändiga för att upprätthålla en fungerande sjukvård.

Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att även om den aktuella överträdelsen av upphandlingslagstiftningen berott på omständigheter som varit förutsebara för regionen och sådana som den, i vart fall delvis, kunnat råda över, så har myndigheten hamnat i en situation där den ansett sig tvungen att direktupphandla för att upprätthålla en fungerande sjukvård och i förlängningen undvika risk för människors liv eller hälsa. Situationen tangerar därmed en sådan som omnämns i förarbetena avseende under vilka omständigheter det skulle kunna framstå som orimligt eller stötande att besluta om en upphandlingsskadeavgift och där eftergift därför skulle kunna komma i fråga.

Samtidigt anser förvaltningsrätten att överträdelsen till sin natur är så pass allvarlig att hel eftergift inte bör komma i fråga. Det gäller särskilt mot bakgrund av att regionen vid två tillfällen genomfört en upphandling av de aktuella bemanningstjänsterna utan föregående annonsering, upphandlingens mycket höga värde samt myndighetens regioninterna dokumentation kring ansvarsfördelning vid ett eventuellt beslut om upphandlingsskadeavgift. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att en eftergift av upphandlingsskadeavgiften till hälften både skulle tillgodose behovet av en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion samtidigt som hänsyn tas till att regionens syfte med att ingå den otillåtna direktupphandlingen har varit att upprätthålla en fungerande sjukvård och skydda människors liv och hälsa.

Sammanfattningsvis finner alltså förvaltningsrätten att upphandlings-
skadeavgiften ska fastställas till 5 000 000 kr. Konkurrensverkets ansökan ska
därför bifallas delvis.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Sofi Nyström

Rådman

Erik Odeback Palmblad har varit föredragande.