



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2025-08-11
Meddelad i Umeå

Mål nr
593-25

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Region Västerbotten

Ombud:

[Redacted]

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Region
Västerbotten ska betala en upphandlingsskadeavgift om 450 000 kr.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Besöksadress
Nygatan 45 (Tingshuset)
Telefon
090-17 74 00

Öppettider
måndag–fredag
08:00–12:00
13:00–16:00

Postadress
Box 193
901 05 Umeå

E-post
forvaltningsratteniumea@dom.se
Webbplats
www.forvaltningsratteniumea.domstol.se

BAKGRUND

Förvaltningsrätten förklarade i dom den 24 juni 2024 mål nr 2119-23 att Region Västerbottens avtal Tilläggsbilaga till VLL 657-2014 – cobas Pure Lycksele (Tilläggsavtal 2) och Tilläggsbilaga VLL 657-2014 – cobas Pro Umeå (Tilläggsavtal 3) med Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolag (Roche) tillkommit genom otillåten direktupphandling, men att de fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Domen överklagades till Kammarrätten i Sundsvall, som avvisade regionens överklagande och inte meddelade prövningstillstånd avseende Abbot Scandinavia AB:s överklagande (mål nr 1814-24).

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar i ansökan att förvaltningsrätten ska besluta att Region Västerbotten ska betala 450 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Vad som anförs i ansökan framgår av bilaga 1 till domen.

Region Västerbotten (regionen) yrkar i första hand att Konkurrensverkets ansökan ska avslås och i andra hand att avgiften ska efterges alternativt sättas ned. Till stöd för talan anförs bl.a. följande.

Regionen har enbart erhållit en prövning av om regionen brutit mot LOU av förvaltningsrätten, dvs. i en instans. Att skuldfrågan i ett mål om upphandlingsskadeavgift avgörs av en instans är inte förenligt med gällande rätt och grundläggande principer om rättssäkerhet och en rättvis rättegång. Av Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR) framgår att var och en som döms av domstol för brottslig gärning ska ha rätt att få skuldfrågan eller påföljden omprövad av högre domstol. Administrativa sanktionsavgifter omfattas av artikel 6.1 EKMR. I förarbetena (prop.

2009/10:180 s. 193) har det uttalats att införandet av administrativa sanktionsavgifter inte får innebära en försämring av rättssäkerheten jämfört med ett straffrättsligt förfarande. Myndigheter ska åtnjuta samma rättssäkerhetsgarantier som enskilda i ett straffrättsligt förfarande. Av dessa skäl framstår det som givet att en prövning i en instans inte kan ligga till grund för rättsföljden att upphandlingsskadeavgift ska utgå. Regionen har rätt att erhålla en fullständig prövning i sak även i ett mål om upphandlingsskadeavgift. Utifrån rättssäkerhetsgarantierna kan Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden (HFD 2017 ref. 45) inte förstås på annat sätt än att de omständigheter som har legat till grund för det lagakraftvunna avgörandet ska beaktas och prövas även i målet om upphandlingsskadeavgift.

I förvaltningsrättens avgörande i mål nr 2119-23 gjordes flera felaktiga bedömningar och felaktiga tolkningar av lagstiftningen. Bland annat beaktades Tilläggsavtal 1 vid bedömningen trots att det var preskriberat vid ansökan om överprövning. Förvaltningsrätten gjorde även en felaktig bedömning av 2014-avtalets löptid och felaktiga tolkningar av bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering, kompletterande leveranser och tekniska skäl. Det hade inneburit en patientrisk att byta ut instrumenten mot en annan tillverkares under en övergångstid. Eftersom regionen har haft stöd i LOU för att ingå Tilläggsavtal 2 och 3 ska någon upphandlingsskadeavgift inte utgå, alternativt ska den efterges.

Regionen har inte haft för avsikt att bryta mot LOU vid anskaffning av utrustning till sin laboratorieverksamhet. De nu aktuella analysinstrumenten utgör en mindre del i en helhetslösning där instrumenten är kopplade till en s.k. automationsbana och allt styrs av ett laboratorieövergripande IT-system. Regionen har särskilt beaktat sina patienters hälsa och säkerhet vid valet att ha analysinstrumenten från en och samma tillverkare i samtliga laboratorier. En teknisk lösning där instrument från olika tillverkare används för samma typ av analyser är inte tekniskt och praktiskt genomförbar i de nuvarande lokalerna

och en sådan lösning utgör av flera olika skäl avsevärda risker för patientsäkerheten.

Vid tidpunkten för ingåendet av Tilläggsavtal 2 och 3 befann sig regionen i en övergångsperiod där delar av maskinparken i befintliga laboratorier behövde ersättas. Samtidigt pågår arbetet med att bygga nya laboratorier. Regionen har upphandlat och tecknat avtal med leverantörer för partneringsamverkan för uppförandet av de nya laboratorierna. Det enda alternativet för regionen när de nya laboratorierna är uppförda är att anskaffa helt nya automationsbanor, analysinstrument, IT-system och övrig kringutrustning. Det är tydligt att det är regionens avsikt att konkurrensutsätta utbytet av maskinparken och att den tillfälliga lösningen i form av tilläggsavtalen har sin förklaring i tekniska och ekonomiska faktorer samt i grund och botten handlar om att värna patientsäkerheten.

Regionens anskaffningar har varit nödvändiga och de enda rimliga alternativen för att kunna bedriva sin verksamhet på ett ändamålsenligt sätt och uppfylla krav som framgår av kommunallagen (2017:725) och patientsäkerhetslagen (2010:659). Man har följt samtliga lagar man haft att förhålla sig till. Att en upphandlande myndighet agerar för att följa sin sektorslagstiftning bör vara en förmildrande omständighet. Att avtalen har fått bestå på grund av anskaffningarnas direkta koppling till verksamhet som rör människors liv och hälsa innebär inte att regionen har kunnat ”tillgodoräkna sig” dessa omständigheter i fråga om upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Rättsläget är oklart givet den bristfälliga praxis som finns samt avsaknad av vägledande fall, framför allt i fråga om när anskaffningar får ske med stöd av 6 kap. 17 § 21. LOU, s.k. kompletterande leveranser.

Dessa omständigheter utgör förmildrande omständigheter som innebär att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned. Det saknas försvårande omständigheter.

Konkurrensverket vidhåller vad som anförts i ansökan och tillägger bl.a. följande.

Förvaltningsrätten har i ett lagakraftvunnet avgörande funnit att Tilläggsavtal 2 och 3 får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Detta mål handlar enbart om att fastställa en upphandlingsskadeavgift för den överträdelse som har konstaterats i den aktuella domen. Det ska inte göras någon överprövning av förvaltningsrättens avgörande. Regionen kan inte utverka ett avgörande av innebörd att någon överträdelse av regelverket inte har skett. Därutöver finns det ingen ovillkorlig rätt att få ett mål om ogiltighet av avtal prövat i kammarrätten. Det finns regler om prövningstillstånd. I föreliggande mål har kammarrätten bedömt att domen inte kan anses ha gått regionen emot i den mening som krävs för talerätt i upphandlingsmål. Prövningsramen i mål om upphandlingsskadeavgift kan inte heller vara beroende av om kammarrätten har prövat den underliggande överträdelsen eller inte. Offentliga organ har vidare inte rätt till skydd enligt EKMR.

Tilläggsavtal 1 har inte varit föremål för prövning i den underliggande domen utan har utgjort tolkningsdata av Tilläggsavtal 2 och 3 vid domstolens bedömning. Tilläggsavtal 1 är inte heller föremål för den aktuella ansökan om upphandlingsskadeavgift. Regionens invändning om preskription saknar därför relevans.

Förvaltningsrätten har värderat den bevisning som lagts fram och de omständigheter som framgår av utredningen. Rättsläget som sådant kan inte anses vara oklart. Oavsett omfattningen av den praxis som finns vad gäller

undantaget för kompletterande leveranser kan avsaknad av praxis inte i sig medföra att rättsläget varit oklart i den aktuella situationen.

Det föreligger inte synnerliga skäl för att efterge upphandlingsskadeavgiften. Eftergift är en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Det saknas även förmildrande omständigheter. Regionens uppfattning att det ska vara förmildrande att anskaffningen har en koppling till människors liv och hälsa kan inte tillmätas betydelse. Det skulle urholka kravet på annonsering och motverka avgiftens avskräckande syfte. Det finns inte heller stöd i praxis för ett sådant synsätt. Det som anskaffas av myndigheter är ofta av nödvändig karaktär och inte sällan till för människors liv och hälsa. Det kan inte ha varit lagstiftarens avsikt att sanktionsvärdet ska bedömas lägre i dessa situationer.

Att regionen har för avsikt att konkurrensutsätta anskaffning av maskiner i de nya laboratorierna ändrar inte det förhållandet att Tilläggsavtal 2 och 3 inte har konkurrensutsatts. Regionen måste förutsättas ha haft vetskap om att delar av befintlig maskinpark skulle behöva bytas ut vid en viss tidpunkt och det har ankommit på regionen att planera i tid för detta för att dels efterkomma upphandlingslagstiftningen krav på annonsering, dels följa annan relevant lagstiftning. Vad regionen anför om ekonomiska och tekniska skäl medför således inte heller en lägre sanktionsavgift.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser framgår av Konkurrensverkets ansökan, se bilaga 1. Av ansökan framgår även en beskrivning av bakgrunden i ärendet.

Förvaltningsrätten noterar att det från och med den 1 januari 2024 gäller nya bestämmelser i LOU, enligt vilka Konkurrensverket är skyldig att besluta om upphandlingsskadeavgift när en allmän förvaltningsdomstol har fastställt att ett

avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Av övergångsbestämmelserna följer att äldre bestämmelser fortfarande gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom den nu aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2024 tillämpas bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift i de äldre lydelseerna. Hänvisningar till lagrum nedan avser därmed dessa bestämmelser.

Förutsättningar för prövningen i målet

Förvaltningsrätten har i ett avgörande som fått laga kraft fastställt att regionens avtal med en leverantör får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Det innebär att domstolen, efter den ansökan som Konkurrensverket har varit skyldig att göra enligt 21 kap. 2 § LOU, får besluta att regionen ska betala en upphandlingsskadeavgift. Upphandlingsskadeavgiften är en administrativ avgift vars funktion är att avskräcka myndigheter från att upphandla i strid med LOU. Det är Konkurrensverket som har bevisbördan för omständigheter som är nödvändiga för att upphandlingsskadeavgift ska utgå. Förvaltningsrätten har att fastställa upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Av praxis framgår att det i mål om upphandlingsskadeavgift inte ska göras någon överprövning av det bakomliggande avgörande som ligger till grund för ansökan. Den upphandlande myndigheten kan således inte i denna process få ett avgörande av innebörden att någon överträdelse av regelverket inte har skett (se HFD 2014 ref. 49). Högsta förvaltningsrätten har vidare funnit att upphandlande myndighet inte har talerätt i fall där förvaltningsrätten har bedömt att förutsättningar för ogiltigförklaring har förelegat men låtit avtal bestå av tvingande hänsyn till allmänintresse, detta även med beaktande av att Konkurrensverket ska initiera en process om upphandlingsskadeavgift i sådana situationer och att någon överprövning av det lagakraftvunna avgörandet som ligger till grund för ansökan inte ska ske inom ramen för den processen (se HFD 2017 ref. 45 och HFD 2019 ref. 65). Förvaltningsrätten finner inte att de beaktandesatser i direktiv, artiklar i EKMR eller förarbetsuttalanden som

regionen hänvisar till ger stöd för någon annan slutsats än att en omprövning av skälen för avgörandet i ogiltighetsmålet inte ska göras inom ramen för det nu aktuella avgiftsmålet. Förvaltningsrätten har därmed att utgå från att regionen har gjort en otillåten direktupphandling.

En annan sak är att förvaltningsrätten har att pröva om omständigheterna kring överträdelsen har varit sådana att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned eller helt efterges eller om det är fråga om ett ringa fall som innebär att ingen avgift ska utgå. Därvid är det möjligt att ta hänsyn till omständigheter som har legat till grund för det avgörande som ansökan bygger på (se HFD 2017 ref. 45).

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Ju allvarigare en överträdelse kan anses vara, desto högre belopp bör upphandlingsskadeavgiften fastställas till. Vid bedömningen bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses tillhöra de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte påföras. Utrymmet för att anse en överträdelse som ringa är ytterst begränsat och kan gälla endast i undantagsfall. Detsamma gäller i princip möjligheten att efterge avgiften med hänsyn till synnerliga skäl, som också ska tillämpas restriktivt. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften och att det därmed får ses som en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Som exempel på synnerliga skäl nämner 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. (Se prop. 2009/10:180 s. 197 f).

Konkurrensverket har beräknat värdet av Tilläggsavtal 2 och 3 till totalt 6 500 000 kr. Beräkningen baseras på uppgifter som lämnats av regionen under utredningen. Annat har inte framkommit än att beräkningen är korrekt. Upphandlingsskadeavgift får därmed tas ut med högst 650 000 kr, vilket motsvarar 10 procent av upphandlingens värde. Den avgift som Konkurrensverket har ansökt om att domstolen ska döma ut utgör ca 7 procent av värdet. Vid bedömning av sanktionsvärdet har Konkurrensverket i försvårande riktning beaktat att det rör sig om en otillåten direktupphandling. Några förmildrande omständigheter föreligger inte enligt Konkurrensverkets bedömning.

Regionen har invänt att det snarare saknas försvårande omständigheter men föreligger flera förmildrande sådana, såsom regionens avsikt att följa både LOU och sektorslagstiftning samt att konkurrensutsätta det pågående utbytet av maskinparken, hänsynen till patientsäkerheten och att rättsläget är oklart särskilt i fråga om undantaget för s.k. kompletterande leveranser.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingsskadeavgiftens storlek bör bestämmas med utgångspunkt i en helhetsbedömning av samtliga kända omständigheter, både förmildrande och försvårande, i varje enskilt fall. Att det i detta fall rör sig om två avtal som tillkommit genom otillåten direktupphandling talar för att avgiften ska bestämmas till ett relativt högt belopp.

Förvaltningsrätten ifrågasätter inte regionens uppgifter såtillvida att det har funnits patientsäkerhetshänsyn att beakta och att det hade varit förenat med vissa svårigheter att konkurrensutsätta maskinparken vid den tidpunkt då Tilläggsavtal 2 och 3 ingicks. Att det har funnits en koppling till människors liv och hälsa är uppenbart och har beaktats när avtalen har fått bestå trots ogiltighetsgrund. Det kan dock inte anses röra sig om oförutsedda händelser

som regionen inte har kunnat råda över eller som annars bör påverka sanktionsvärdet i förmildrande riktning. Regionens avtalsförhållande med den aktuella leverantören har pågått under många års tid. Enligt förvaltningsrättens mening är det rimligt att förvänta sig att en upphandlande myndighet gör noggranna överväganden och dokumenterar sitt förfarande, inte minst med hänsyn till upphandlingslagstiftningen, vid avtalsförlängning och ingående av tilläggsavtal. Förvaltningsrätten bedömer att varken rättsläget eller de sakförhållanden som framkom i ogiltighetsmålet medför att överträdelsen framstår som oklar. Detta gäller såväl frågan om tolkningen av 2014-avtalets giltighet som tillämpningen av de undantagsbestämmelser som regionen åberopade till stöd för sin talan. Även om det har varit förenat med svårigheter att konkurrensutsätta maskinparken har regionen inte haft anledning att räkna med att undantagen skulle vara tillämpliga vid en prövning av upphandlingsförfarandet, eller med att avtalen skulle kunna ingås med stöd av 2014-avtalet trots avsaknad av dokumentation som kunde visa att det var förlängt efter ordinarie avtalstid. Enligt förvaltningsrättens mening har annat inte framkommit än att regionen haft möjlighet att planera sin verksamhet för att undvika en situation där upplägget kan behöva ifrågasättas med stöd av LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att den otillåtna direktupphandlingen inte kan anses vara en ringa överträdelse och att det inte heller med hänsyn till omständigheterna kan anses som orimligt eller stötande att påföra regionen en upphandlingsskadeavgift. Upphandlingsskadeavgiften ska därmed inte efterges. Snarare bör avgiften, med hänsyn till vad förvaltningsrätten har konstaterat ovan, inte vara av obetydlig storlek. Det av Konkurrensverket yrkade beloppet framstår som väl avvägt. Ansökan ska därmed bifallas och upphandlingsskadeavgift tas ut med 450 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (FR-05)

Björn Johansson

Lagman

Målet har föredragits av föredragande juristen Emilia Pettersson.