



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2026-03-02
Meddelad i Uppsala

Mål nr
4370-24

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Region Uppsala

Ombud: Advokat [REDACTED] samt biträdande juristerna [REDACTED]
och [REDACTED]

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

BAKGRUND

Under år 2019 upphandlande Region Uppsala (regionen) ett ramavtal om bemanningstjänster för läkare och sjuksköterskor. Ramavtalet kunde efter förlängningar som längst gälla till och med den 31 oktober 2023.

Den 25 november 2022 annonserades en nationellt samordnad upphandling av ramavtal för bemanningstjänster för läkare och sjuksköterskor. Upphandlingen genomfördes av Västra Götalandsregionen (VGR) för bland annat regionens räkning.

I januari 2023, efter sista anbudsdag men innan tilldelning, ansökte flera leverantörer om överprövning av den nationellt samordnade upphandlingen.

Den 28 april 2023 skickade VGR en rekommendation till berörda regioner om hur de skulle hantera ett eventuellt avtalsgap på grund av att den nationellt samordnade upphandlingen blev försenad. VGR rekommenderade direktupphandling med undantagen för synnerlig brådska och täckningsköp.

I juni och juli 2023 avslog förvaltningsrätten ansökningarna om överprövning, domarna överklagades sedan den 17 respektive 21 juli 2023.

Den 12 september 2023 beslutade regionen att den skulle förlänga sitt befintliga ramavtal eftersom avtal inte hade kunnat tecknas i den nationellt samordnade upphandlingen, samt då regionens ramavtal skulle löpa ut den 31 oktober 2023. Regionen meddelade därefter, den 14 september 2023, alla leverantörer på regionens befintliga ramavtal att regionen avsåg att förlänga ramavtalet.

Den 20 september 2023 ingick regionen och en viss leverantör avtal som innebar att det befintliga ramavtalet förlängdes från den 1 november 2023 till den 20 april 2024, med möjlighet till ytterligare förlängning till och med den 31 oktober 2024. Avtalet skulle dock upphöra om regionen ”tecknar avtal” i den nationellt samordnade upphandlingen. Regionen ingick likadana förlängningsavtal med ytterligare 41 leverantörer.

Den 21 september 2023 meddelades ett tilldelningsbeslut i den nationellt samordnade upphandlingen.

Den 16 november 2023 avslog kammarrätten överklagandena i målen om överprövning av den nationellt samordnade upphandlingen. Dessa domar överklagades.

Den 17 november 2023 meddelades ytterligare ett tilldelningsbeslut i den nationellt samordnade upphandlingen.

Den 7 december 2023 tecknade regionen ramavtal i den nationellt samordnade upphandlingen. Ramavtalet började gälla från och med den 1 januari 2024.

Den 19 december 2023 vann det sista domstolsavgörandet om överprövning av den nationellt samordnade upphandlingen laga kraft när Högsta förvaltningsdomstolen inte meddelade prövningstillstånd.

Den 30 januari 2024 meddelade regionen att förlängningsavtalen sades upp från och med den 1 februari 2024.

Den 1 februari 2024 började regionen använda ramavtalet från den nationellt samordnade upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten ska besluta att regionen ska betala 8 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för sin talan anför konkurrensverket i huvudsak följande. Regionen har den 20 september 2023 ingått ett avtal om bemanningstjänster utan föregående annonsering enligt 19 kap. 6 § LOU. Det saknades förutsättningar för att ingå avtalet utan sådan annonsering, varför regionen har gjort en otillåten direktupphandling.

Regionen bestrider bifall till ansökan om upphandlingsskadeavgift och yrkar i första hand att den ska avslås. I andra hand yrkar regionen att upphandlingsskadeavgiften ska efterges eller sättas ned till 0 kr eller till det lägre belopp som rätten finner skäligt. Till stöd för sin talan anför regionen i huvudsak följande. Ingåendet av avtalsförlängningen har skett i enlighet med förutsättningarna för direktupphandling i 19 a kap. 5 § punkten 1 alternativt punkten 3 LOU. Det har förelegat synnerliga skäl att förlänga avtalen. Alternativt har det förelegat synnerlig brådska och anskaffningen har varit absolut nödvändig av patientsäkerhetsskäl. Brådskan kan inte tillskrivas eller har kunnat förutses av regionen. Avtalsförlängningen har varit tillåten, varför det saknas grund för att utdöma upphandlingsskadeavgift.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

Den 1 januari 2024 trädde nya regler för en effektivare upphandlingstillsyn i kraft, vilket bland annat innebär att Konkurrensverket får fatta beslut om upphandlingsskadeavgift som första instans, det vill säga utan ett ansökningsförfarande till allmän förvaltningsdomstol. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Den upphandling som föregått Konkurrensverkets ansökan påbörjades under år 2023, varför de äldre bestämmelserna ska tillämpas.

En allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt bland annat 10 kap. 1 § LOU (21 kap. 1 § tredje punkten LOU, i för målet tillämplig lydelse).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga 10 procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU, i för målet tillämplig lydelse).

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, i för målet tillämplig lydelse).

Bevisbördans placering

Parterna har i sina yttranden till förvaltningsdomstolen tagit upp frågor om bevisbördans placering i mål om upphandlingsskadeavgift.

Utgångspunkten är att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift. När det är fråga om en sanktionsavgift är beviskravet högre än vad som i allmänhet gäller inom förvaltningsprocessen och Konkurrensverket ska därför göra mycket sannolikt att upphandlingen uppgår till det värde som påstås. Däremot kan en upphandlande myndighet som i ett mål om upphandlingsskadeavgift invänder mot Konkurrensverkets uppgifter genom att hävda att ett visst undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpligt, inte förhålla sig

passiv till ansökan utan måste presentera omständigheter som ger stöd för ett sådant påstående. Det kan sedan, beroende på tyngden i den upphandlande myndighetens invändning, bli aktuellt för Konkurrensverket att motbevisa en sådan invändning (jfr Kammarrättens i Stockholms avgörande den 15 februari 2021 i mål nr 1304–20 och däri hänvisade avgöranden).

Det är ostridigt i målet att regionen har genomfört en direktupphandling. Enligt förvaltningsrättens mening ankommer det i första hand på den upphandlande myndigheten, i detta fall regionen, att visa att det har funnits tillämpliga undantag från upphandlingsplikten. Att det i förevarande fall är fråga om upphandlingsskadeavgift medför ingen annan bedömning.

Omständigheterna för prövning avseende direktupphandlingen

Det är ostridigt i målet att regionen har genomfört en direktupphandling till ett värde som överstiger den tillåtna gränsen för direktupphandling.

Regionen har gjort gällande att anskaffningen har varit tillåten med hänvisning till undantagen för synnerlig brådska samt synnerliga skäl i 19 kap. 5 § första stycket 1 och 3 LOU. Det är vidare ostridigt i målet att den tjänst som direktupphandlats är av sådant slag som anges i bilaga 2 till LOU.

Konkurrensverket har gjort gällande att förutsättningarna för att nyttja undantaget för synnerlig brådska inte har varit uppfyllda. Därtill har konkurrensverket gjort gällande att förvaltningsrätten vid sin prövning ska tillämpa artikel 75.1 i LOU-direktivet¹ med direkt effekt då undantaget för synnerliga skäl saknar stöd i det bakomliggande direktivet. För det fall domstolen inte tillämpar artikel 75.1 i LOU-direktivet med direkt effekt gör

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

konkurrensverket gällande att förutsättningarna för att nyttja undantaget för synnerliga skäl inte har varit uppfyllda.

Undantaget för synnerlig brådska

Vad parterna anför i denna del

Konkurrensverket anför i huvudsak följande i denna del. Undantaget för synnerlig brådska ska tolkas restriktivt och det ställs höga krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation för att det ska få användas. Brådskan som läggs till grund får inte heller bero på den upphandlande myndighetens agerande, utan ska bero på yttre förhållanden som den upphandlande myndigheten inte har kunnat påverka. Det föreligger inte heller synnerlig brådska om det finns tid för att genomföra ett påskyndat förfarande. Det framgår därtill av skälen till LOU-direktivet att en upphandlande myndighet som vill nyttja undantaget bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar.

Den nationellt samordnade upphandlingen annonserades förvisso i god tid, och de utdragna överprövningsprocesserna i förvaltningsrätten var oförutsedda. Regionen var dock skyldig att vidta alla nödvändiga åtgärder för att undvika en direktupphandling på grund av synnerlig brådska. När direktupphandlingen skedde så kände regionen sedan flera månader tillbaka till att det befintliga avtalet skulle löpa ut den 31 oktober 2023, att den nationellt samordnade upphandlingen hade begärts överprövad i januari 2023 innan tilldelningsbeslut hade meddelats, att förvaltningsrättens prövning hade dragit ut på tiden, att kammarrättens avgöranden i överprövningsprocessen kunde dröja till december 2023 och att kommande tilldelningsbeslut i upphandlingen också kunde överprövas. Regionen kände alltså sedan länge till att det fanns en risk för att det nya avtalet skulle fördröjas så att regionen riskerade avtalslöshet. Regionen hade därmed löpande från att den nationellt samordnade upphandlingen

begärdes överprövad i januari 2023 anledning att ifrågasätta om upphandlingen kunde genomföras som planerat, samt överväga om ett annonserat förfarande med kortare tidsfrister behövde genomföras.

Regionen borde sammantaget någon gång mellan det att VGR informerade om risken för försening, samt då förvaltningsrättens prövning översteg den generella handläggningstiden, i april 2023 och det att förvaltningsrättens domar överklagades i juli 2023 insett risken för avtalslöshet. Det var inte heller oförutsägbart att kammarrättens prövning kunde ta sådan tid att regionen riskerade avtalslöshet. Av tillgänglig statistik framgår att den genomsnittliga handläggningstiden hos kammarrätterna uppgick till 5,3 månader under år 2023. När förvaltningsrättens domar överklagades i juli 2023 återstod 3,5 månader av det befintliga avtalets löptid. Det fanns även en risk för att ett kommande tilldelningsbeslut i den nationellt samordnade upphandlingen kunde komma att överprövas. Regionen behövde därtill ta hänsyn till implementeringstiden för det nya ramavtalet, vilken regionen anförde var ca 2 månader men i vissa fall uppskattades till 6 månader. Regionen måste därmed ha insett att det fanns en risk för avtalslöshet om inte den nationellt samordnade upphandlingen var avslutad minst ca 2 månader före det att det befintliga avtalet löpte ut, dvs. i slutet av augusti 2023.

Regionen har inte heller visat att det inte varit möjligt att genomföra en annonserad upphandling av ett tillfälligt avtal för att undvika avtalslöshet, åtminstone efter att förvaltningsrättens domar överklagats i juli 2023. Om det förelåg synnerlig brådska när avtalet direktupphandlades hade den därmed varit hänförlig till regionen. Ett annonserat förfarande hade kunnat genomföras på 100 dagar, delvis utifrån en annonseringstid om 15 dagar enligt formerna för ett påskyndat förfarande. Den omständighet att flera andra deltagande regioner annonserade tillfälliga avtal visar att det var rimligt och möjligt att annonsera en upphandling tidigare än regionens direktupphandling.

Regionen har inte visat att det inte hade varit möjligt att genomföra en annonserad upphandling av ett tillfälligt avtal för att undvika avtalslöshet, åtminstone efter det att förvaltningsrättens domar hade överklagats i juli 2023 och då överprövningsprocesserna riskerade att dröja till december 2023. Om det förelåg synnerlig brådska när direktupphandlingen skedde hade den därmed varit hänförlig till regionen.

Sammanfattningsvis har regionen inte visat att det inte var möjligt att tillgodose sitt behov med ett annonserat förfarande, och att det förelåg synnerlig brådska. Om det hade förelegat synnerlig brådska hade den dessutom kunnat tillskrivas och förutses av regionen. Undantaget fick därmed inte användas för att genomföra direktupphandlingen.

Regionen anför i huvudsak följande i denna del. Det saknas stöd för konkurrensverkets uppfattning att det inte skulle kunna föreligga synnerlig brådska om det finns tid att genomföra ett påskyndat förfarande. Det finns ingen sådan skyldighet enligt gällande rätt, vare sig inom nationell rätt eller EU-rätten. Det har inte heller ställts något sådant krav inom den praxis som finns på området.

Det är ostridigt att den nationellt samordnade upphandlingen har annonserats i god tid och med god planering innan regionens befintliga ramavtal löpte ut. Det torde även vara ostridigt att det primära syftet med förlängningarna var att tillgodose regionens behov av hyrpersonal till dess att den samordnade upphandlingen kunde avslutas. Avtalsförlängningen har skett för att tillgodose ett trängande behov som uppstått på grund av de utdragna överprövningarna, vilket i sig utgör en sådan omständighet som inte kunnat tillskrivas eller kunnat förutses av regionen.

Konkurrensverkets påstående att det fanns tid att genomföra ett påskyndat förfarande är även det felaktigt och bestrids. Om ett sådant förfarande tillämpats hade regionen riskerat att komma i tidsnöd, och det fanns inte utrymme att inom den tidsram som stod till buds genomföra ett annonserat förfarande och samtidigt upprätthålla de grundläggande principerna i LOU. Därtill måste man ta hänsyn till upphandlingens komplexitet, justering av nya upphandlingsdokument, utvärdering, inställelsetid och implementering av ett nytt avtal. Ett annonserat förfarande, med hänsyn till bland annat skälig tid för annonsering, hade uppgått till 190 dagar. En annonseringstid kan inte vara kortare än 30 dagar i förevarande fall, då detta skulle medföra ett avsteg från de grundläggande principerna eftersom befintliga leverantörer skulle gynnas.

Sammantaget hade det inte funnits tid att genomföra ett parallellt förfarande, även om det hade förelegat en sådan skyldighet. Konkurrensverket bortser även från en rad sannolika omständigheter som hade kunnat medföra avtalslöshet, exempelvis om den parallella upphandlingens begärdes överprövad. Det hade då återstått än mindre tid för regionen att förhandla med befintliga leverantörer, vilket hade riskerat avtalslöshet med risken för patienters möjlighet att erhålla nödvändig, och i vissa fall livsnödvändig, vård som följd.

Förvaltningsrättens bedömning

Av 19 a kap. 5 § första stycket 1 LOU framgår följande. Direktupphandling får användas om det på grund av synnerlig brådska, som beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, inte är möjligt att genomföra upphandlingen enligt 19 kap. och anskaffningen är absolut nödvändig.

Av praxis framgår att undantaget från skyldigheten att annonsera ska tolkas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att samtliga villkor i undantagsbestämmelsen som konstituerar synnerlig brådska är

uppfyllda (se HFD 2017 ref. 66 och där anmärkta rättsfall). Enligt förvaltningsrätten finns det inte skäl att göra någon annan bedömning avseende bevisbördans placering i förevarande fall utifrån omständigheten att det rör sig om upphandlingsskadeavgift. Det är därmed regionen som har att visa att förutsättningarna för att nyttja det aktuella undantaget har varit uppfyllda.

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2019 ref. 65 prövat en snarlik situation som nu aktuell inom ramen för en överprövningsprocess. I målet bedömde domstolen bland annat att en utdragen överprövningsprocess utgör en sådan omständighet som kan anses medföra att det föreligger synnerlig brådska. Det är ostridigt i förevarande mål att den aktuella direktupphandlingen har föregåtts av en utdragen överprövningsprocess, vilken i vart fall under förvaltningsrättens prövning var att anse som oförutsedd.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan det aktuella avgörandet däremot inte läsas på ett sådant sätt att en utdragen överprövningsprocess per automatik medför att det föreligger synnerlig brådska. Huruvida den upphandling som begärts överprövad har annonserats i god tid kan inte heller tillerkännas någon avgörande betydelse, utan en bedömning måste göras av omständigheterna i det enskilda fallet. Av det aktuella avgörandet framgår därtill att domstolen delvis baserar sin bedömning på den omständigheten att det inte har funnits tid att genomföra en upphandling genom ett annonserat förfarande (HFD 2019 ref. 65 p. 51).

Det framgår därtill tydligt av bestämmelsen i 19 a kap. 5 § första stycket 1 LOU att endast sådan synnerlig brådska som inte har kunnat förutses av eller tillskrivas den upphandlande myndigheten kan läggas till grund för tillämpning av undantaget. Enligt förvaltningsrättens mening kan detta inte förstås på annat sätt än att det saknas förutsättningar för en upphandlande myndighet, som rimligen vid en tidigare tidpunkt borde ha identifierat ett visst behov, att avvakta till dess sådan brådska uppstår för att sedan nyttja undantaget till stöd

för att genomföra en direktupphandling. Sammantaget medför detta att konkurrensverket får anses ha stöd för sin uppfattning att undantaget i förevarande fall dels förutsätter att regionen inte vid en tidigare tidpunkt rimligen borde ha insett sitt behov, dels att det vid denna tidpunkt inte förelåg faktiska förutsättningar för att genomföra ett annonserat förfarande. Vad regionen har anfört i övrigt medför ingen annan bedömning.

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är därmed om regionen vid en tidigare tidpunkt än september 2023 borde ha insett risken för avtalslöshet. Om så är fallet har förvaltningsrätten därefter att ta ställning till om det funnits faktiska förutsättningar för regionen att vid denna tidpunkt genomföra ett annonserat förfarande, samt om anskaffningen var absolut nödvändig.

Borde regionen ha insett risken för avtalslöshet vid en tidigare tidpunkt?

Det är ostridigt i målet att regionens, vid tidpunkten för direktupphandlingen, befintliga ramavtal löpte ut den 31 oktober 2023 samt att direktupphandlingen genomfördes den 20 september 2023. Det är därtill ostridigt att den aktör som genomförde den nationellt samordnade upphandlingen (VGR) informerade regionen om risken för försening samt avtalsgap den 28 april 2023.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det även är ostridigt mellan parterna att den utdragna handläggningen hos förvaltningsrätten avseende överprövningen av den nationellt samordnade upphandlingen var att anse som en oförutsedd omständighet.

Konkurrensverket har gjort gällande att regionen borde ha insett risken för avtalslöshet vid något tillfälle mellan det att förvaltningsrättens generella handläggningstid passerat, samt att VGR informerat om risken för avtalslöshet (april 2023) och det att förvaltningsrättens domar överklagades (juli 2023). Regionen har bestridit alla tidpunkter som konkurrensverket har anfört.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan inte endast den omständighet att förvaltningsrättens prövning av den nationellt samordnade upphandlingen tog längre tid än den genomsnittliga handläggningstiden läggas till grund för att regionen borde ha insett risken för avtalslöshet under april 2023. Inte heller den omständighet att VGR informerat om sådan risk kan anses medföra att regionen borde ha insett risken för avtalslöshet vid detta tillfälle mot bakgrund av underrättelsens allmänna karaktär.

Nästkommande fråga är om regionen borde ha insett en sådan risk i samband med att förvaltningsrättens domar överklagades till kammarrätten i juli 2023.

Konkurrensverket har gjort gällande att regionen borde ha insett risken vid detta tillfälle mot bakgrund av att kammarrätternas genomsnittliga handläggningstid under år 2023 uppgick till 5,3 månader. Utifrån denna handläggningstid menar konkurrensverket att det saknats förutsättningar för regionen att ha ett nytt avtal på plats i samband med att det befintliga löpte ut vid tidpunkten för överklagandet av förvaltningsrättens domar. Det kan dock noteras att konkurrensverkets uppgifter i denna del avser statistik som har presenterats av Upphandlingsmyndigheten under nästkommande år, 2024. Det är således inte fråga om information som funnits tillgänglig för regionen vid den aktuella tidpunkten, och då prövningen i denna del avser regionens subjektiva insikt om en potentiell risk måste konkurrensverkets uppgifter i denna del därmed anses ha ett begränsat bevisvärde.

Regionen har å sin sida i denna del hänvisat till information från den aktuella kammarrättens hemsida, hämtad den 20 augusti 2024, där det anges att den ungefärliga tiden för beslut om prövningstillstånd i mål om offentlig upphandling uppgår till ca 1,5 månader. Förvaltningsrätten noterar därtill att denna information, om än hämtad vid ett senare tillfälle, är publicerad i november 2022 och således var tillgänglig under sommaren 2023.

Det kan däremot även konstateras att regionen, åtminstone inledningsvis, anför en uppskattad implementeringstid av det nya avtalet om 2 månader. Regionen har därtill gjort gällande att andra deltagande regioner har uppskattat en betydligt längre implementeringstid om 5 eller 6 månader. Regionen har även åberopat en egen beräkning av när avtalet i den nationellt samordnade upphandlingen hade kunnat träda i kraft om kammarrätten beslutat att inte meddela provningstillstånd efter 1,5 månader. Enligt regionen skulle avtalet i ett sådant scenario varit implementerat och klart den 23 oktober 2023, dvs. 8 dagar innan det befintliga avtalet löpte ut. Förvaltningsrätten noterar dock att regionen i denna beräkning beaktat en implementeringstid om 31 dagar, vilket mot bakgrund av vad regionen har anför i målet i övrigt måste anses osannolikt. Det kan även konstateras att den faktiska implementeringstiden uppgick till 1,5 månader. Utöver detta kan det även konstateras att den nationellt samordnade upphandlingen hade begärts överprövad innan något tilldelningsbeslut meddelats, och att det därmed måste anses ha förelegat en risk att en ny överprövningsprocess skulle ta vid när ett sådant meddelats.

Vid en sammantagen bedömning konstaterar förvaltningsrätten följande i denna del. Mot bakgrund av hur undantaget i 19 a kap. 5 § punkten 1 LOU är formulerat måste det anses ställas krav på en upphandlande myndighet som inväntar utfallet av en överprövning att löpande överväga om den annonserade upphandlingen kommer att kunna avslutas i sådan tid att myndighetens behov kan tillgodoses. Det finns ett antal omständigheter som med styrka talar för att regionen vid ett tidigare tillfälle än den 12 respektive 20 september 2023 borde ha insett att det förelegat en reell risk för avtalslöshet i slutet av oktober 2023.

Enligt förvaltningsrätten måste det i vart fall i samband med att förvaltningsrättens första dom överklagades i juli 2023 stått klart för regionen att det fanns en övervägande sannolikhet för att något avtal inte skulle kunna tecknas inom ramen för den nationellt samordnade upphandlingen i tid för att ersätta regionens befintliga avtal. Det ankommer vidare, enligt förvaltningsrättens

mening, på en upphandlande myndighet som har intresse av utfallet i en pågående överprövning att aktivt följa processen. Det faktum att kammarrätten först den 21 juli 2023 meddelade parterna om att överklagandet inkommit medför därmed ingen annan bedömning i fråga om vilket datum som regionen måste ha insett den faktiska risken. Inte heller vad regionen har anfört i övrigt medför någon annan bedömning.

Det är klarlagt i målet att förvaltningsrättens första avgörande överklagades den 17 juli 2023. Det har däremot inte presenterats något underlag i målet avseende vid vilken tidpunkt som överklagandet kom in eller huruvida det har registrerats samma dag. Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att det inte har framkommit skäl för att regionen borde ha insett risken tidigare än efterföljande dag, den 18 juli 2023.

Nästkommande fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är därmed om det vid denna tidpunkt fanns faktiska förutsättningar för regionen att genomföra ett annonserat förfarande.

Fanns det tid att genomföra ett annonserat förfarande?

Konkurrensverket har i denna del gjort gällande att regionen haft möjlighet att genomföra ett annonserat förfarande under en tidsperiod om 100 dagar med avtalsstart innan det befintliga avtalet löpte ut. Konkurrensverket baserar sin beräkning bland annat på det faktum att regionen hade kunnat genomföra ett påskyndat förfarande. Regionen har å sin sida gjort gällande att det hade tagit 190 dagar att genomföra ett annonserat förfarande.

Det är regionen som har att visa att förutsättningarna för att nyttja undantaget om synnerlig brådska varit uppfyllda, varför det även ankommer på regionen att visa att det har saknats möjlighet att genomföra ett annonserat förfarande med start den 18 juli 2025.

Parterna är överens om att de steg som innefattas i förevarande upphandling är framtagning av upphandlingsdokumentationen, annonsering, utvärdering av inkomna anbud, tilldelning och inväntande av avtalsspärrens slut, samt implementering av det ingångna avtalet. Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning.

Konkurrensverket har i sin redogörelse till stora delar baserat sin bedömning på att undantaget för påskyndat förfarande varit tillämpligt, varför tiden för annonsering hade kunnat begränsas till 15 dagar. Förvaltningsrätten konstaterar att om en längre annonseringstid tillämpats hade det saknats realistiska förutsättningar för regionen, utifrån konkurrensverkets uppskattade beräkning, att genomföra ett annonserat förfarande inom den tidsram som fanns tillgänglig.

Förutsättningarna för att genomföra ett påskyndat förfarande finns i 11 kap. 10 § LOU. Där anges (punkten 2) att om det på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de tidsfrister som anges i detta kapitel får vid öppet förfarande tidsfristen för att komma in med anbud bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Av 11 kap. 1 § LOU framgår att när tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande myndigheten, ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbuden.

Av 19 kap. 11 § LOU framgår vidare att anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med anbudsansökningar eller anbud.

Av lagens förarbeten (prop. 2015/16:195 s. 1066) framgår vidare att även vid ett påskyndat förfarande måste dock alltid en bedömning av upphandlingens komplexitet göras och en skälig tidsfrist bestämmas enligt 11 kap. 1 § LOU.

Den angivna tiden om 15 dagar i 11 kap. 10 § LOU är uttryckligen formulerad som ett minimikrav, varför denna tidsram i huvudsak måste anses avse upphandlingar av begränsad komplexitet och omfattning. Enligt förvaltningsrättens mening innebär en upphandling avseende kvalificerade vårdtjänster oundvikligen en viss grad av komplexitet och omfattning, varför det som huvudregel inte bör räcka med en annonseringstid om 15 dagar.

Regionen har uppskattat att en skälig tid för annonsering i förevarande fall uppgår till 30 dagar. Även om regionen visserligen måste anses ha ett visst egenintresse i förevarande prövning av att det inte varit möjligt att genomföra ett annonserat förfarande, konstaterar förvaltningsrätten att det är regionen som bäst känner det aktuella upphandlingssubjektet. Regionen har vidare anfört att en kortare annonseringstid än 30 dagar skulle medföra att befintliga leverantörer tillerkänns en otillbörlig fördel varför konkurrensen inte skulle ske på lika villkor, i strid med de grundläggande principerna.

Det är därtill ostridigt i målet att andra deltagande regioner i den nationellt samordnade upphandlingen, som genomfört tillfälliga upphandlingar under tiden den nationellt samordnade upphandlingen var under överprövning, tillämpat en annonseringstid överstigande 30 dagar. Det ska dock noteras att dessa regioner påbörjade sina upphandlingsförfaranden vid tidigare tidpunkter, och inte har tillämpat påskyndade förfaranden.

Förvaltningsrätten anser sammantaget att en annonseringstid om 15 dagar inte kan anses utgöra en skälig tid i förevarande fall. Vad konkurrensverket har anfört om att en tidigare lydelse av motsvarande bestämmelse som 19 kap. 11 § LOU angav en minsta anbudstid om 10 dagar medför ingen annan bedömning.

Därtill måste konkurrensverkets uppskattade tidsplan i flera avseenden anses mycket snäv, och det saknas därutöver utrymme för förseningar eller komplikationer i något av de aktuella stegen. Det finns inte heller utrymme för en eventuell överprövningsprocess. Även om förvaltningsrätten visserligen instämmer i konkurrensverkets inställning att en teoretisk risk för överprövning inte ensamt kan läggas till grund för att det föreligger förutsättningar att nyttja undantaget för synnerlig brådska anser domstolen att denna omständighet, mot bakgrund av det aktuella upphandlingssubjektets karaktär, måste tillerkännas en viss betydelse. Sammantaget innebär detta att det, vid den aktuella tidpunkten, inte kan anses ha förelegat realistiska förutsättningar för regionen att genomföra ett annonserat förfarande.

Nästkommande fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är därmed om den aktuella anskaffningen var absolut nödvändig.

Var anskaffningen absolut nödvändig?

Det är anskaffningen i sig, dvs. kontraktsföremålet, som ska vara absolut nödvändigt för att undantagsbestämmelsen ska kunna tillämpas, men detta innebär inte att avtalets innehåll saknar betydelse för bedömningen (HFD 2019 ref. 65). Direktupphandling på grund av synnerlig brådska får inte heller användas för att säkerställa att ett trängande behov inte uppstår i en obestämd framtid, utan endast för att tillgodose ett trängande behov som faktiskt har uppstått eller kan väntas uppstå inom kort (jfr Kommissionen mot Spanien, C-328/92 p. 18).

Förvaltningsrätten konstaterar att det aktuella kontraktsföremålet i förevarande fall måste anses vara nödvändigt för att uppfylla regionens skyldigheter i fråga om tillgång till vård, vilket är en viktig och central samhällsfunktion. Det är därtill ostridigt att det, vid tidpunkten för den aktuella direktupphandlingen,

fanns ett trängande behov som kunde väntas uppstå inom kort då regionens befintliga avtal skulle löpa ut. Anskaffningen var därmed att anse som absolut nödvändig.

Sammanfattningsvis innebär detta att förutsättningarna för att nyttja undantaget för synnerlig brådska varit uppfylla i förevarande fall.

Sammanfattande slutsatser

Eftersom undantaget för synnerlig brådska i 19 a kap. 5 § första stycket 1 har varit tillämpligt i förevarande fall har den direktupphandling regionen genomfört inte varit otillåten. Eftersom det inte har varit fråga om en otillåten direktupphandling saknas det förutsättningar för förvaltningsrätten att döma ut upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverkets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-03)

Kristina Jaros Åberg
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Jonathan Franzén Boger.