



KLAGANDE

Konkurrensverket

MOTPART

MediCarrier AB, 556543-6168

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 18 april 2023 i
mål nr 12157-22, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Förvaltningsrätten i Stockholm har i ett lagakraftvunnet avgörande den 16 december 2021 i mål nr 21462-21 (ogiltighetsdomen) bedömt att MediCarrier AB genomfört en otillåten direktupphandling men att tvingande hänsyn till ett allmänintresse motiverat att avtalet ändå fått bestå.

Konkurrensverket har den 13 juni 2022 ansökt om att MediCarrier AB ska betala en upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 2 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Förvaltningsrätten har i det nu överklagade avgörandet bedömt att det funnits grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift men att det på grund av synnerliga skäl funnits skäl att efterge avgiften helt.

Stockholms tingsrätt har i dom den 22 juni 2023 i mål nr T 18275-21 (tingsrättsdomen) prövat en skadeståndstalan mot MediCarrier AB som grundade sig på bl.a. den aktuella upphandlingen. Tingsrätten ogillade käromålet med motiveringen att förhållandena varit sådana att MediCarrier AB haft rätt att genomföra direktupphandlingar på grund av synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU och att det därför inte hade visats att upphandlingarna skett i strid med LOU.

Konkurrensverket yrkar att kammarrätten beslutar att MediCarrier AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om 5 000 000 kr. Verket för fram bl.a. följande. Det finns anledning att ifrågasätta om eftergift är möjlig på det direktivstyrda området där en upphandlingsskadeavgift föranletts av en leverantörs ogiltighetstalan. Detsamma bör gälla för bedömningen om ringa fall. Det är i målet inte fråga om ett ringa fall. Frågan om eftergift p.g.a. synnerliga skäl har behandlats i förarbetena till LOU där det framgår att eftergift ska användas restriktivt och endast ses som en ventil till undantagsfall. Det exempel där eftergift kan komma i fråga enligt förarbetena är överträdelser som faller utanför det direktivstyrda området. Det framgår

vidare av Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet) att en sanktion ska påföras när överträdelsen faller inom det direktivstyrda området. Den aktuella bestämmelsen i LOU gör ingen skillnad på överträdelser som faller inom det direktivstyrda området och överträdelser som inte omfattas av direktivet. När överträdelsen faller inom det direktivstyrda området, vilket är fallet i detta mål, måste bestämmelsen tolkas direktivkonformt.

MediCarrier AB har gjort gällande att någon överträdelse av LOU inte har skett och hänvisat till tingsrättsdomen. Domen ger inte stöd för att ogiltighetsdomen är felaktig. Den avser ett civilrättsligt skadeståndsmål i allmän domstol med andra processramar och beviskrav. Tingsrätten har inte tagit särskild hänsyn till de relevanta omständigheterna för det specifika avtalet mellan MediCarrier AB och Medea AB slutet den 11 januari 2021 om undersökningshandskar (avtalet). I stället har tingsrätten tagit avstamp i förutsättningar gällande en mängd direktupphandlade avtal som slutits mellan oktober 2020 och januari 2021.

Utgångspunkten är att en upphandlingsskadeavgift bestäms så att myndigheter och andra avhåller sig från överträdelser av lagen. Otillåtna direktupphandlingar är allvarliga överträdelser och enligt ändringsdirektivet ska överträdelser sanktioneras.

MediCarrier AB anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. Förvaltningsrätten har inte gjort en riktig prövning avseende frågan om överträdelsen ska bedömas som ringa. MediCarrier AB vidhåller att avtalet ingåtts av synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU. Detta får även stöd av tingsrättsdomen. Målet i tingsrätten har föregåtts av omfattande skriftväxling och muntlig bevisning. Tingsrätten har i domen konstaterat att samtliga avtal har ingåtts av synnerlig brådska och därmed

varit tillåtna enligt LOU. Det har bl.a. konstaterats att situationen var exceptionell och att det var en absolut nödvändighet att avtalet ingicks. Tingsrätten har även bedömt att Procurator Sverige AB vid avtalets ingående var i force majeure och saknade leveransförmåga.

Det går av ändringsdirektivet inte att utläsa att någon sanktion ska påföras. Av skälen till direktivet framgår bl.a. att det är medlemsstaterna som ska fastställa detaljer för alternativa sanktioner och regler för tillämpning av dem. Detta överensstämmer även med förarbeten. Lagstiftaren har bedömt att det måste finnas ett utrymme att undgå avgiften i ringa fall och i fall där det skulle framstå som stötande eller orimligt att avgift påförs.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten konstaterar att det i detta fall, enligt ett lagakraftvunnet avgörande, har rört sig om en otillåten direktupphandling där avtalet fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Det finns därmed grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 2 LOU.

Av 21 kap. 5 § LOU framgår att det vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska tas särskild hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas.

Bestämmelsen i 21 kap. 5 § LOU grundar sig på ändringsdirektivet. Av artikel 2d.3 första stycket i ändringsdirektivet framgår att om tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att ett avtals giltighet bör upprätthållas ska medlemsstaterna föreskriva alternativa påföljder enligt artikel 2e.2. Enligt denna artikels första stycke ska alternativa sanktioner vara effektiva, proportionella och avskräckande samt utgöras av att den upphandlande myndigheten åläggs avgifter eller att avtalstidens längd förkortas. Av andra stycket framgår att medlemsstaterna får ge prövningsorganet stort utrymme

vid bedömningen av alla relevanta omständigheter, bl.a. hur allvarlig överträdelsen är och den upphandlande myndighetens agerande.

Av förarbetena framgår bl.a. följande (prop. 2009/10:180 s. 197–198 och 369–370). Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Hänsyn ska tas till både försvårande och förmildrande omständigheter. När ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det i åtminstone vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt och att överträdelser i en del av dessa fall snarare kan antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Det är dock viktigt att påpeka att det av ändringsdirektivet följer att en sanktion ska påföras även i dessa fall. Vid bedömningen bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Förmildrande omständigheter kan föranleda att avgiften bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte döms ut alls.

Kammarrätten anser att varken ordalydelsen av eller vad som kan utläsas om syftet med ändringsdirektivet talar för att det i förevarande mål, såsom Konkurrensverket förefaller göra gällande, överhuvudtaget inte skulle vara möjligt att tillämpa bestämmelsen om eftergift eller att i ringa fall inte ta ut någon avgift (jfr även HFD 2014 ref. 49). Bestämmelsen i 21 kap. 5 § LOU ska alltså tillämpas i enlighet med sin ordalydelse.

Kammarrätten ska inte ompröva ogiltighetsdomen med innebörden att upphandlingen skett i strid med LOU. Tingsrättsdomen gör dock att överträdelsen framstår som väsentligt mindre klar. Tingsrätten, som har haft tillgång till ett omfattande material, har gjort en noggrann och ingående prövning. Utgången och skälen för denna i tingsrättens dom bör därför enligt kammarrättens mening ses som en tungt vägande förmildrande omständighet.

Kammarrätten bedömer, i likhet med förvaltningsrätten, att det vid avtalets ingående förelåg en extraordinär samhällssituation med anledning av den pågående pandemin. Kammarrätten ifrågasätter inte att syftet från MediCarrier AB:s sida med det tillvägagångssätt som tillämpades när avtalet slöts var att skydda patienters och personals liv och hälsa. Utredningen i målet ger stöd för att leveranstiden för undersökningshandskar under den aktuella perioden var lång och mycket osäker samt att beställningar därför behövde göras i så god tid som möjligt. Kammarrätten instämmer vidare i förvaltningsrättens bedömning att det vid tidpunkten för avtalets ingående rådde osäkerhet om MediCarrier AB:s ramavtalsleverantörer skulle ha förmåga att tillhandahålla efterfrågad mängd undersökningshandskar. MediCarrier AB har mot denna bakgrund befunnit sig i en osäker situation och det har i huvudsak varit omständigheter som legat utanför vad bolaget kunnat förutse och påverka som föranlett den otillåtna direktupphandlingen. Det är en förmildrande omständighet att MediCarrier AB har begränsat avtalets giltighetstid till sex månader.

Kammarrätten finner att omständigheterna i målet inte är sådana att den avskräckande effekt som är avsikten med en upphandlingsskadeavgift är motiverad. Det framstår inte heller som proportionerligt att i denna situation påföra en avgift. Sanktionsvärdet är i målet så pass lågt att det är fråga om ett ringa fall. Någon upphandlingsskadeavgift ska därför inte beslutas. Konkurrensverkets överklagande ska alltså avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Mikael Westberg
lagman
ordförande

Magnus Schultzberg
kammarrättsråd

David Wahren
kammarrättsråd
referent

Sara Simonsson
fiskal
föredragande