

**SÖKANDE**

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Region Norrbotten
971 89 Luleå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att
Region Norrbotten ska betala en upphandlingsskadeavgift om 4 000 000
(fyra miljoner) kr.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar i ansökan som kom in till Förvaltningsrätten i Luleå den 3 december 2018 att Region Norrbotten ska förpliktas att betala 4 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Region Norrbotten (Regionen) motsätter sig bifall till ansökan. I första hand yrkas att rätten 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.

Konkurrensverket har ansökt om upphandlingsskadeavgift vid tre domstolar; Förvaltningsrätterna i Umeå, Luleå respektive Härnösand. Ansökningarna riktar sig mot Västerbottens läns landsting (numera Region Västerbotten), Region Norrbotten, Region Jämtland Härjedalen och Region Västernorrland. Som grund för ansökningarna har verket angett att regionerna direktupphandlat vissa tjänster efter att en samordnad upphandling, som administrerats av Västerbottens läns landsting, avbrutits.

Förevarande mål har överlämnats till Förvaltningsrätten i Umeå för att de fyra ovan nämnda ansökningarna, som har nära samband med varandra, ska kunna handläggas gemensamt.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Konkurrensverket anför bl.a. följande.

Regionen har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 4 december 2017 ingå avtal om bemanningstjänster med Läkarjouren i Norrland AB utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Den tjänst som anskaffas i det aktuella avtalet är en sådan tjänst som avses i bilaga 2 till LOU, CPV-kod 79625000-1 (Förmedling av läkare). Av 19 kap. 1 § 2 LOU framgår att sådana tjänster omfattas av bestämmelserna i det kapitlet.

Värdet av en upphandling ska enligt 19 kap. 8 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Samtliga direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret ska beaktas när kontraktsvärdet beräknas.

Kostnaden för avtalet den 4 december 2017 uppgår till cirka 20 400 kr exklusive mervärdesskatt. Värdet av enbart detta avtal överskrider således inte i sig direktupphandlingsgränsen.

Regionen har dock under 2017 ingått ett stort antal avtal med leverantörer av bemanningstjänster i form av specialistläkare utan föregående annonsering. Enligt Regionens uppgår den totala kostnaden för direktupphandling av de aktuella tjänsterna under 2017 till cirka 128 000 000 kr exklusive mervärdesskatt. Samtliga direktupphandlingar av bemanningstjänster 2017 i form av specialistläkare utgör tjänster av samma slag. Bemanningstjänsterna avser att täcka samma behov hos den upphandlande myndigheten. Vid beräkningen av den nu aktuella upphandlingens värde ska därför värdet av samtliga direktupphandlingar av bemanningstjänster avseende specialistläkare som har slutits under 2017 läggas samman. Värdet av Regionens avtal om bemanningstjänster i form av specialistläkare den 4 december 2017 uppgår vid en sådan beräkning till 128 000 000 kr. Värdet översteg därmed såväl gränsen för direktupphandling som tröskelvärdet i 5 kap. 1 § LOU. Sett till värdet borde avtalet i enlighet med 19 kap. 3 § LOU ha annonserats enligt bestämmelserna i 10 kap. 1 § LOU.

Bakgrund

Ett under 2012 upphandlat avtal avseende bemanningstjänster (specialistläkare och specialistsjuksköterskor) upphörde den 31 december 2016. Arbetet med att genomföra en ny annonserad upphandling drog ut på tiden. Den 7 september 2016 annonserade Region Västerbotten ett förfrågningsunderlag för egen del samt som ombud för Region Norrbotten, Region Jämtland Härjedalen och Region Västernorrland. Den 14 oktober 2016 avbröts upphandlingen för att vissa justeringar skulle göras. Den 29 december 2016, dvs. två dagar innan det tidigare avtalet upphörde, annonserades ett nytt förfrågningsunderlag för gemensam upphandling av bemanningstjänster.

Fr.o.m. den 1 januari 2017 saknade Regionen ett avtal som hade upphandlats med föregående annonsering enligt LOU och man började istället direktupphandla aktuella tjänster.

Den 17 maj 2017 beslutade Regionen att tilldela kontrakt till ett antal leverantörer i den annonserade upphandlingen. Flera ansökningar om överprövning inkom till Förvaltningsrätten i Umeå som avlog samtliga ansökningar. Två leverantörer överklagade men varken Kammarrätten i Sundsvall eller Högsta förvaltningsdomstolen meddelade prövningstillstånd. Den 2 februari 2018 beslutade Högsta förvaltningsdomstolen att inte meddela prövningstillstånd i det sista målet varmed samtliga förvaltningsrättens avgöranden vid detta datum vunnit laga kraft.

Regionen har under hela 2017 direktupphandlat bemanningstjänster i form av specialistläkare från ett stort antal leverantörer. Den 4 december 2017 slöts det sista avtalet under kalenderåret 2017. Det är det avtalet som är föremål för verkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Det föreligger inte skäl att underlåta annonsering

Enligt huvudregeln i 10 kap.1 § LOU respektive 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna anbud. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.

Under vissa förutsättningar får en upphandlande myndighet underlåta att annonsera en anskaffning som är absolut nödvändig på grund av synnerlig brådska (19 kap. 7 § tredje stycket LOU och 6 kap. 15 § LOU). Omständigheter som läggs till grund för undantaget får inte till någon del bero på den upphandlande myndighetens agerande. Kravet på att en omständighet inte ska ha kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att den närmast ska ha karaktär av force majeure.

Att den annonserade upphandlingen försenades och brådska uppstod har i detta fall delvis berott på att Regionen har brustit i sitt ansvar vid planeringen av den annonserade upphandlingen. Det åligger upphandlande myndigheter att planera och organisera sina upphandlingar på ett sådant sätt att upphandlingslagstiftningen följs. Detta gäller även vid upphandlingar där man samarbetar med andra upphandlande myndigheter. Om samarbetet av någon anledning fördröjs är det respektive upphandlande myndighets ansvar att se till att det egna behovet tillgodoses på ett sätt som är förenligt med LOU.

De omständigheter som framkommit under utredningen talar för att det inte är oförutsedda omständigheter som har orsakat förseningen med att annonsera den gemensamma upphandlingen, utan att den har orsakats av att landstingen har arbetat länge med att färdigställa upphandlingen. Att så är fallet framgår bl.a. av dokumentationen av vidtagna upphandlingsåtgärder samt av

vad som anförts av Region Västernorrland som samtidigt har varit föremål för motsvarande utredning. Enligt Region Västernorrland ledde omfattande utredningar och analyser för att komma tillrätta med tidigare leveransproblematik till förlängda ledtider i samband med den annonserade upphandlingen.

Det stämmer att det har funnits problem med utformningen av tidigare upphandlingar av bemanningstjänster. Problematiken har dock varit känd under en längre tid innan Regionens tidigare ramavtal löpte ut. Det noteras bland annat att Konkurrensverket publicerade en rapport som rör dessa frågor i oktober 2015. Det har således funnits tid att genomföra de eventuella åtgärder, såsom utredningar och analyser, som bedöms nödvändiga för att komma tillrätta med problemen och samtidigt ha ett nytt upphandlat avtal på plats i januari 2017, då de gamla avtalen löpte ut. Att detta arbete drog ut på tiden och istället förorsakade direktupphandlingar av betydande värden är en omständighet som Regionen förfogade över.

I upphandlingar där flera upphandlande myndigheter väljer att samarbeta kan det av naturliga skäl ta längre tid att formulera villkoren. Även detta är något som det åligger de upphandlande myndigheterna att ta höjd för i planeringen.

Det står således klart att det annonserade förfarandet har inletts för sent och att förseningen i sin tur har berott på omständigheter som Regionen förfogar över. Den brådska som föranlett behovet att direktupphandla har således delvis orsakats av Regionens eget agerande. Vid sådana förhållanden föreligger inte skäl för undantag med stöd av synnerlig brådska och då det inte har framkommit några andra skäl för att underlåta annonsering utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Eftersom upphandlingens värde överskrider tillämpligt tröskelvärde är undantaget synnerliga skäl i 19 kap. 7 § LOU inte tillämpligt. Detta följer av en direktivkonform tolkning, vilket föreskrivs enligt unionsrätten. Det höga värdet gör att upphandlingen, med stöd av 19 kap. 3 § andra stycket LOU, omfattas av krav på annonsering enligt 10 kap. 1-2 §§ LOU. Kravet på annonsering genomför artiklarna 74 och 75 i EU-direktivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU). Möjligheten att göra undantag från annonseringsskyldigheten i dessa fall regleras i artikel 75. Av artikeln i fråga framgår att det finns möjligheter att göra undantag från kravet på annonsering då det föreligger skäl att använda förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling enligt artikel 32. De undantagsmöjligheter som regleras i artikel 32 motsvarar de möjligheter till undantag som regleras i 6 kap. LOU. Möjligheten att direktupphandla vid synnerliga skäl är ett nationellt undantag som saknar motsvarighet i artikel 32.

Fråga om eftergift

Möjligheten att medge eftergift är en form av en ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Att det som ska anskaffas är av nödvändig karaktär kan inte i sig utgöra skäl för eftergift. Det som ska anskaffas av upphandlande myndigheter är ofta av nödvändig karaktär. Härutöver måste framgå att det i det aktuella fallet är orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Så är inte fallet i förevarande mål.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

Kontraktsvärdet för den upphandling som omfattas av ansökan är 128 000 000 kr. Eftersom värdet överstiger 100 000 000 kr är det maximala avgiftsbeloppet om 10 000 000 kr det högsta möjliga beloppet.

Vid bedömning av överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek anser Konkurrensverket att följande omständigheter och överväganden är av betydelse;

Det är fråga om en otillåten direktupphandling vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde.

Vid tidpunkten för den nu aktuella direktupphandlingen, den 4 december 2017, hade Regionen dock fattat tilldelningsbeslut i en annonserad upphandling som var föremål för överprövning som hade dragit ut på tiden. Att överprövningsprocesserna skulle bli utdragna har inte kunnat förutses av Regionen. Avtalet den 4 december 2017 var också tidsbegränsat och skulle endast tillgodose behovet av bemanning av specialistläkare inom viss tid under den pågående överprövningsprocessen. Såvitt framgår av utredningen var även övriga direktupphandlingar som gjordes under 2017 efter att överprövningen hade dragit ut på tiden på motsvarande sätt tidsbegränsade. Detta talar för ett lägre sanktionsvärde.

Det går emellertid inte att bortse från att den otillåtna direktupphandlingen delvis orsakades av omständigheter som Regionen förfogar över. Detta gäller även övriga under 2017 gjorda direktupphandlingar som beaktas vid beräkningen av den aktuella upphandlingens värde. Det första försöket att upphandla avbröts. En ny upphandling annonserades endast ett par dagar innan det tidigare ramavtalet löpte ut och tilldelningsbeslut meddelades cirka fem månader efter denna tidpunkt. Förseningen med att annonsera och tilldela kontrakt i den nya upphandlingen medförde att Regionen hamnade i tidsnöd och tvingades direktupphandla bemanningstjänster under en längre tid, däribland det nu aktuella avtalet. Förseningen hänför sig till omständigheter som låg inom Regionens kontroll.

I sammanhanget noteras härutöver att Regionen tidigare har gjort otillåtna direktupphandlingar och ålagts att betala upphandlingsskadeavgift. Detta bör påverka sanktionsvärdet i höjande riktning.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 4 000 000 kr är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Regionen anför bl.a. följande.

Grunder

Regionen har haft synnerliga skäl att direktupphandla. Det har därför inte förelegat någon annonseringsskyldighet och laglig grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift saknas därmed.

För det fall förvaltningsrätten finner att Regionen inte haft synnerliga skäl att direktupphandla bör upphandlingsskadeavgiften efterges på grund av synnerliga skäl. Om förvaltningsrätten bedömer att eftergift inte ska medges bör upphandlingsskadeavgiften, med beaktande av alla relevanta omständigheter, sättas ned till ett lägre belopp.

Bakgrund och utveckling av omständigheter som utgör synnerliga skäl

Det är ostridigt att upphandlingsförfarandet har försenats. Upphandlingen har överprövats av flera leverantörer i flera instanser. Om inte upphandlingen hade överprövats hade avtal kunnat tecknas redan i juni 2017. Det kan vidare tilläggas att regionerna/landstingen vann samtliga prövningar i samtliga instanser.

Det är korrekt att den regiongemensamma upphandlingen av specialistläkare inte slutfördes i enlighet med planering. Regionen har gjort vad som kan förväntas i en samordnad upphandling. Att upphandlingsuppdrag lämnats redan våren 2015 visar på en god framförhållning och planering. Som deltagande landsting i en samordnad upphandling får det anses vara vedertaget att man har en begränsad möjlighet att påverka detaljplaneringen och det faktiska genomförandet av upphandlingen.

För Regionen, och övriga deltagande landsting, har målet varit att få till ett affärsmässigt och väl fungerande upphandlat avtal. Någon avsikt att kringgå LOU har aldrig funnits. Inom detta upphandlingsområde är det en stor utmaning att säkra en god konkurrens på marknaden och samtidigt upphandla ramavtal med villkor som respekteras och följs av leverantörerna. Ambitionen hos de fyra norrlandstingen har varit att hitta ett gemensamt angreppssätt för att komma tillrätta med tidigare leveransproblematik.

Regionen har, som landsting, en obligatorisk uppgift att tillgodose hälso- och sjukvård samt en skyldighet som huvudman att följa hälso- och sjukvårdslagen. Följderna av att inte genomföra direktupphandlingar i avvaktan på ramavtal genom annonserat förfarande har bedömts som så allvarliga för människors liv och hälsa att direktupphandlingar har behövts göras. Direktupphandlingarna har vidare varit tillfälliga och endast avsett det behov som funnits i avvaktan på att den annonserade upphandlingen skulle bli klar.

Det var inte bristande planering eller framförhållning som ledde till att upphandlingen försenades. Orsakerna till att upphandlingen försenades ligger utanför Regionens kontroll och Regionen har som deltagande landsting i en samordnad sådan gjort vad som kan förväntas av dem.

Omständigheterna ovan utgör synnerliga skäl för direktupphandling och innebär också att rekvisiten för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU är uppfyllda.

Skäl för eftergift alternativt nedsättning till lägre belopp

I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 369 ff.) anges att en situation där en upphandlande myndighet inte når upp till synnerliga skäl men ändå hamnat i en situation – på grund av eget agerande – där myndigheten anser sig tvungen att direktupphandla exempelvis för att människors liv eller hälsa

annars skulle riskeras, skulle kunna medföra att eftergift av upphandlings-skadeavgiften aktualiseras. I en sådan situation framstår det enligt förarbetena som orimligt eller stötande att upphandlingsskadeavgift ska beslutas på grund av den otillåtna direktupphandlingen. Det ovan anförda är fullt ut tillämpligt även på den uppkomna situationen som är föremål för prövning i detta fall. Även den omständigheten att Konkurrensverket, som är väl medvetet om problematiken med upphandlingar av vårdpersonal samt norrlandstingens särskilda svårigheter på grund av geografiskt läge, väljer att ansöka om upphandlingsskadeavgift mot upphandlande myndigheter, som hela tiden haft för avsikt att upphandla i enlighet med LOU med god planering och framförhållning men på grund av omständigheter utanför sin kontroll tvingats prioritera patientsäkerheten, kan inte heller anses vara annat än orimligt och stötande.

För det fall förvaltningsrätten finner att det inte föreligger synnerliga skäl för eftergift bör avgiften sättas ned till ett lägre belopp.

Vid bedömningen av avgiftens storlek har domstolen stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter och till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Förmildrande omständigheter i detta fall är att Regionen hela tiden haft för avsikt att upphandla ett ramavtal i enlighet med LOU och att direktupphandlingarna endast utgjort tillfälliga lösningar i avvaktan på det upphandlade ramavtalet. Regionen har inte medvetet försökt kringgå LOU. Vidare utgör tjänsternas art en relevant omständighet vid bedömningen av storleken på upphandlingsskadeavgiften.

Av vikt vid bedömningen är också att det inte är ett upprepat beteende från Regionens sida då ramavtal för inhyrd vårdpersonal historiskt sett upphandlats i enlighet med LOU. Vidare hade människor i behov av vård drabbats av ytterst allvarliga olägenheter om direktupphandlingarna inte hade genomförts.

Konkurrensverket framhåller upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte, men den avskräckande effekten i det nu aktuella fallet uteblir helt och hållet eftersom Regionen aldrig haft för avsikt att kringgå LOU.

Den typ av tjänst som varit föremål för direktupphandlingarna är dessutom ett särskilt angivet behov av särskilt kvalificerat slag. Direktupphandlingarna kan således motiveras med ett kvalificerat skyddsvärt intresse.

En sammantagen bedömning av samtliga ovan anförda omständigheter medför att avgiften ska sättas ned till ett lägre belopp, särskilt med hänsyn till att Regionen hela tiden haft för avsikt att upphandla ett ramavtal i enlighet med LOU och Regionens uppgift att tillhandahålla en patientsäker hälso- och sjukvård.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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. (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. (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 §. (21 kap. 4 § LOU)

Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. (19 kap. 8 § första och tredje styckena LOU)

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)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Det avtal som utgör grund för ansökan ingicks den 4 december 2017 och avser bemanningstjänster (specialistläkare). Avtalet har inte föregåtts av annonsering. Bemanningstjänster avseende läkare omfattas av bestämmelserna i 19 kap. LOU. Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet för ovan nämnt avtal till cirka 20 400 kr exklusive mervärdesskatt. Vid beräkning av ett kontrakts värde ska emellertid samtliga direktupphandlingar av samma slag som gjorts under räkenskapsåret beaktas. Konkurrensverket har anfört att värdet av under 2017 direktupphandlade bemanningstjänster avseende specialistläkare enligt uppgift från Regionen uppgår till ett sammanlagt belopp om cirka 128 000 000 kr exklusive mervärdesskatt. Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta dessa siffror. Med hänsyn till värdet av Regionens avtal om bemanningstjänster har inte bara gränsen för direktupphandling utan även tröskelvärdet i 5 kap. 1 § LOU överskridits.

Fråga är då om Regionen haft stöd i LOU för att underlåta annonsering.

Regionen menar att omständigheterna är sådana att undantagsbestämmelsen om synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU är tillämplig liksom undantagsregeln om synnerliga skäl i 19 kap. 7 § LOU.

Förvaltningsrätten noterar att LOU:s bestämmelser om undantag från annonseringskyldighet ska tolkas restriktivt. Undantaget för synnerlig brådskas avser extraordinära situationer. Omständigheterna får inte i något fall vara hänförliga till den upphandlande myndigheten. 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. Undantagsbestämmelsen är avsedd att användas endast när de omständigheter som åberopas för att rättfärdiga synnerlig brådskas 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 brådskas 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.

Förvaltningsrätten kan konstatera att Regionens tidigare avtal om bemanningstjänster löpte ut den 31 december 2016 samt att en ny upphandling hade annonserats i september 2016. Den annonserade upphandlingen avbröts emellertid den 14 oktober 2016 och ett nytt förfrågningsunderlag för upphandling av bemanningstjänster annonserades den 29 december 2016. Regionen menar bl.a. att ambitionen hos de fyra norrlandstingen varit att hitta ett gemensamt angreppssätt för att komma tillrätta med den tidigare leveransproblematiken samt att då det varit fråga om en samordnad upphandling med flera deltagande landsting har Regionen haft begränsade möjligheter att påverka planeringen. Regionen menar vidare att utdragna överprövningsprocesser därefter medförde att det dröjde innan ett upphandlat ramavtal var på plats. Orsakerna till fördröjningen har enligt Regionen därmed legat utanför deras kontroll. Vidare menar Regionen att det varit absolut nödvändigt att direktupphandla för att kunna tillhandahålla en patientsäker

hälso- och sjukvård och kunna fullgöra sina skyldigheter enligt hälso- och sjukvårdslagen.

Förvaltningsrätten noterar att en anledning till att det dröjde innan ett upphandlat ramavtal fanns på plats var utdragna överprövningsprocesser avseende den sedermera annonserade upphandlingen i vilken tilldelningsbeslut togs i maj 2017. Detta är dock inte den enda anledningen till fördröjningen. Vad som förts fram av Regionen avseende tidigare leveransproblematik och svårigheter att påverka en samordnad upphandling med flera deltagande landsting och fördröjning till följd därav visar enligt förvaltningsrättens mening inte att externa omständigheter utanför Regionens kontroll orsakat fördröjningen. Det är alltså Regionens som är den upphandlande myndigheten och som ansvarar för att upphandlingslagstiftningen följs. Att man har använt sig av ombud eller samarbetat med andra upphandlande myndigheter kan inte frånta en upphandlande myndighet ansvar för att, i fall samarbetet fördröjs, egna behov tillgodoses på ett sätt som är förenligt med LOU. Den brådska som uppkom måste därför åtminstone delvis tillskrivas Regionen som bristande planering varför förutsättningar för undantag på grund av synnerlig brådska inte föreligger. Bestämmelsen om synnerliga skäl torde, i enlighet med vad som anförts av Konkurrensverket, inte vara tillämplig i målet. Även om så vore fallet kan mot bakgrund av ovan angivna omständigheter, oaktat att det är fråga om angelägna behov och att direktupphandlingarna varit tidsbegränsade, för övrigt inte heller synnerliga skäl för direktupphandling anses föreligga. Vidare har inte framkommit några andra skäl för att underlåta annonsering varför det är fråga om otillåten direktupphandling.

Fråga är då om överträdelsen är att anse som ringa eller om sådana synnerliga skäl föreligger att avgiften kan efterges. Om så inte är fallet är frågan till vilket belopp avgiften ska uppgå.

Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket leder till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Utrymmet för att bedöma en överträdelse som ringa är ytterst begränsat. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009/10:180 s. 197 ff. samt s. 369 f.).

Vissa av de omständigheter som förts fram av Regionen måste enligt förvaltningsrättens mening anses förmildrande; såsom att överprövningsprocesser blivit utdragna på ett icke förutsebart sätt och att gjorda direktupphandlingar varit tidsbegränsade. Det är emellertid fråga om otillåten direktupphandling delvis orsakad av omständigheter som Regionen råder över och det sammanlagda kontraktsvärdet uppgår till ett mycket högt belopp, över 120 miljoner kronor. Vidare har Regionen tidigare ålagts att betala upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling. Ovan angivna omständigheter medför att det inte kan ses som ett ringa fall eller en sådan situation som kan motivera eftergift av avgiften. Sammantaget, och med beaktande av yrkad avgifts storlek (4 miljoner kr) i relation till det sammanlagda kontraktsvärdet (128 miljoner kr), finner förvaltningsrätten att yrkad upphandlingsskadeavgift om 4 000 000 kr framstår som väl avvägd.

På grund av det anförda ska Konkurrensverkets ansökan bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Lena Bergsdorf
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.