

Förvaltningsrätten i Härnösand
Box 314
871 27 Härnösand

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Västernorrland, 871 85 Härnösand

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Region Västernorrland ska betala 5 500 000 (fem miljoner femhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Region Västernorrland (regionen) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 12 december 2017 ingå avtal om bemanningstjänster med Bonliva AB utan föregående annonsering, se bilaga 1. Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Under 2012 upphandlade regionen bemanningstjänster i ett annonserat förfarande tillsammans med Västerbottens läns landsting, Region Jämtland Härjedalen och Region Norrbotten. Bemanningstjänsterna avsåg speciallistläkare och specialistsjuksköterskor. Västerbottens läns landsting var ombud i upphandlingen. Avtalsperioden var 1 januari 2013–31 december 2014, med option om förlängning i maximalt 24 månader. Avtalet upphörde den 31 december 2016.
3. Arbetet med att genomföra en ny annonserad upphandling drog ut på tiden, se bilaga 2. Den 7 september 2016 annonserade Västerbottens läns landsting ett förfrågningsunderlag för egen del samt som ombud för regionen, Region Jämtland Härjedalen och Region Norrbotten. Den 14 oktober 2016 avbröts upphandlingen för att vissa justeringar skulle genomföras.
4. Den 29 december 2016, det vill säga två dagar innan det tidigare avtalet upphörde, annonserades ett nytt förfrågningsunderlag för gemensam upphandling av bemanningstjänster.
5. Från och med den 1 januari 2017 saknade regionen ett avtal som hade upphandlats med föregående annonsering enligt LOU, och började i stället direktupphandla aktuella tjänster.
6. Den 1 juni 2017 beslöt regionen att tilldela kontrakt till ett antal leverantörer i den annonserade upphandlingen. När tilldelningsbeslutet meddelades hade regionen varit utan ett upphandlat avtal i fem månader.
7. I juni 2017 inkom fyra ansökningar om överprövning av den annonserade upphandlingen. Förvaltningsrätten i Umeå avslog samtliga ansökningar. Två leverantörer överklagade, men prövningstillstånd meddelades inte i vare sig kammarrätt eller i Högsta Förvaltningsdomstolen. Den 2 februari 2018 beslöt Högsta Förvaltningsdomstolen att inte meddela prövningstillstånd i det sista överprövningsmålet.¹ Vid detta datum hade således samtliga förvaltningsrättens avgöranden vunnit laga kraft.

¹ Se Förvaltningsrätten i Umeås domar den 27 oktober 2017 i mål nr 1366 m.fl., i mål nr 1326-17 m.fl., i mål nr 1360 m.fl. och i mål nr 1335-17 m.fl., Kammarrätten i Sundsvalls beslut den 30 november 2017 i mål nr 2383–2386-



8. Regionen har under 2017 direktupphandlat bemanningstjänster i form av specialistläkare vid ett stort antal tillfällen och från flera leverantörer, se bilaga 3.
9. Den 12 december 2017 slöts det sista avtalet under kalenderåret 2017. Avtalsperioden var vecka 51 2017. Det är detta avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Avtalet den 12 december 2017 är en otillåten direktupphandling

Avtalet omfattas av LOU och har inte varit föremål för annonsering

10. 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 19 kap. LOU.
11. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § respektive 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. 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.²
12. Avtalet den 12 december 2017 har inte föregåtts av annonsering enligt LOU och kan därmed vara en otillåten direktupphandling. Detta gäller under förutsättning att avtalets värde överstiger gränsen för direktupphandling och regionen inte haft skäl för att underlåta annonsering.

Avtalets värde

13. Värdet av en upphandling ska enligt 19 kap. 8 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Beräkningen ska innefatta värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt. Samtliga

17 och den 27 december 2017 i mål nr 2601-2604-17, samt Högsta Förvaltningsdomstolens beslut den 2 februari 2018 i mål nr 7613-7616-17 och den 8 januari 2018 i mål nr 7042-7045-18.

² Se bland annat EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291. Se även RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.



direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret ska beaktas när kontraktsvärdet beräknas.³

14. För att varor eller tjänster som anskaffas genom olika direktupphandlingar ska anses vara av samma slag krävs inte att de är identiska. Det måste dock föreligga påtagliga likheter mellan det som upphandlas för att upphandlingarna ska omfattas av bestämmelserna. När det särskilt gäller upphandling av tjänster bör det snarare vara tjänsternas karaktär än vem som utför dem som är avgörande för om de ska anses vara av samma slag.⁴
15. Kostnaden för avtalet den 12 december 2017 uppgår till cirka 54 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Värdet av enbart detta avtal överskrider således inte i sig direktupphandlingsgränsen.
16. Regionen har dock under 2017 ingått ett stort antal avtal med leverantörer av bemanningstjänster i form av specialistläkare utan föregående annonsering. Samtliga avtal saknar ett angivet totalpris. I stället finns ett timpris för utfört arbete reglerat i avtalen. Leverantörerna har löpande fakturerat regionen utifrån det antalet timmar som bemanningspersonalen har arbetat. Enligt regionen uppgår den totala kostnaden för direktupphandling av de aktuella tjänsterna under 2017 till 311 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.
17. Konkurrensverket anser att 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.
18. Konkurrensverket, som inte finner anledning att ifrågasätta de uppgifter om värdet av direktupphandlingarna som regionen har lämnat, anser att uppgifterna kan ligga till grund för beräkning av kontraktsvärdet. Värdet av regionens avtal om bemanningstjänster i form av specialistläkare den 12 december 2017 uppgår således, vid en sådan beräkning som följer av LOU, till 311 000 000 kronor. Värdet översteg därmed såväl gränsen för direktupphandling som tröskelvärdet i 5 kap. 1 § LOU. Sett till värdet borde

³ Se bland annat prop. 2009/10:180 s. 293, HFD 2017 ref. 74, Kammarrätten i Stockholms dom den 22 maj 2013 i mål nr 2504-13, Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2013 i mål nr 1965-13 samt Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, 3:e upplagan, 2014, s. 466 ff. Se även Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 december 2016 i mål nr 5524-16, där det framgår att även tidigare överträdelse under det aktuella räkenskapsåret, som i och för sig har preskriberats, ska läggas till grund för beräkningen av värdet vid bestämning av avgiften i mål om upphandlingsskadeavgift.

⁴ Se HFD 2017 ref. 74.



avtalet ha annonserats enligt bestämmelserna i 10 kap. 1 § LOU. Detta framgår av 19 kap. 3 § andra stycket LOU.

Det föreligger inte skäl att underlåta annonsering

19. Regionen har under utredningen uppgett att direktupphandlingarna gjordes under en förväntan om att den annonserade upphandlingen skulle ha lett till tilldelning långt tidigare än vad som blev fallet. Regionen hade också förhoppningar om att den rättsliga prövningen skulle kunna avklaras relativt snabbt. Direktupphandlingarna var nödvändiga för att regionen skulle kunna fullgöra sina skyldigheter enligt hälso- och sjukvårdslagen (2017:30). Regionen anser att det, med hänsyn till föremålet för upphandlingen och omständigheterna i övrigt, har funnits skäl att direktupphandla med stöd av synnerliga skäl (19 kap. 7 § tredje stycket LOU).
20. Vad gäller orsakerna till förseningen med den annonserade upphandlingen uppger regionen bland annat att det finns en obalans på marknaden mellan utbud och efterfrågan på hyrläkare. Ambitionen hos de fyra landstingen som samverkade kring upphandlingen var att hitta ett gemensamt angreppssätt för att komma till rätta med tidigare leveransproblematik. Detta har krävt omfattande utredningar och analyser, vilket har bidragit till förlängda ledtider i den gemensamma upphandlingsprocessen.
21. Konkurrensverket ifrågasätter inte att regionen har ett ansvar för att tillhandahålla vård och därför behöver bemanning i form av bland annat specialistläkare. Dessa skyldigheter innebär dock inte att regionen har rätt att bortse från upphandlingslagstiftningen.
22. Under vissa förutsättningar får en upphandlande myndighet underlåta att annonsera en anskaffning som är absolut nödvändig på grund av synnerlig brådska. Detta framgår av 19 kap. 7 § tredje stycket och 6 kap. 15 § LOU. Det krävs då att det på grund av synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kan tillskrivas den upphandlande myndigheten och som inte heller har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Omständigheter som läggs till grund för tillämpningen av undantaget får inte till någon del bero på den upphandlande myndighetens agerande.⁵ Kravet på att en omständighet inte ska ha kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att den närmast ska ha karaktären av force majeure.⁶

⁵ Se prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2009/10:180 s. 198 och 344 f, samt bland annat mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 25–28, och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 40–43.

⁶ Se Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 3208-14 den 26 augusti 2015.



23. Av Konkurrensverkets utredning framgår att den nya upphandlingen av bemanningstjänster annonserades två dagar innan det tidigare ramavtalet löpte ut. Att annonseringen genomfördes sent berodde på att ett tidigare försök att upphandla ett nytt ramavtal hade avbrutits. Tilldelningsbeslutet i den nya annonserade upphandlingen meddelades omkring fem månader efter att ramavtalet upphörde att gälla.
24. 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.
25. Mot bakgrund av den problematik som tidigare har uppmärksammats avseende hyrläkarupphandlingar⁷ har Konkurrensverket förståelse för att landstingen har haft behov av att utforma den nya gemensamma upphandlingen på ett annat sätt än tidigare upphandlingar. Det kan dock inte mot denna bakgrund anses försvarbart att arbetet med den nya upphandlingen har dragit ut på tiden på det sätt som skett i detta fall.
26. Det står således klart att det annonserade förfarandet har inletts för sent och att förseningen i sin tur berott på omständigheter som regionen förfogar över.
27. Av 19 kap. 7 § tredje stycket LOU framgår att direktupphandling även får användas i tillämplig omfattning när det föreligger synnerliga skäl. Uttrycket synnerliga skäl innebär att direktupphandling endast får utnyttjas i undantagsfall. Regeln är främst avsedd för sådana oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Eventuell uppkommen brådska att tilldela ett avtal får således inte heller vid tillämpning av detta undantag bero på bristande planering från myndighetens sida.⁸
28. Av det ovan anförda följer att den brådska som föranlett behovet att direktupphandla delvis kan tillskrivas regionens eget agerande. Vid sådana förhållanden föreligger inte skäl för undantag med stöd av synnerlig brådska.⁹ Det har inte heller framkommit att det har funnits förutsättningar

⁷ Se bland annat Konkurrensverkets rapport 2015:10, Hyrläkare i primärvården – en kartläggning av landstingens upphandlingar och kostnader.

⁸ Se prop. 2015/16:195, s. 489, prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2001/02:142 s. 99.

⁹ Jfr bland annat Kammarrättens i Göteborgs dom den 22 juni 2010 i mål nr 1501-10 och beslut den 12 november 2010 i mål nr 784-10.



att tillämpa undantaget för synnerliga skäl. Då det inte har framkommit några andra skäl att underlåta annonsering, utgör avtalet den 12 december 2017 en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

29. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Det framgår av 21 kap. 1 § 3 LOU. Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.¹⁰
30. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹¹

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

31. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.
32. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av parterna den 6 december 2017 och den 12 december 2017. Ett bindande avtal har därmed uppkommit det senare datumet och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

33. En upphandlingsskadeavgift 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. Detta framgår av 21 kap. 4 § LOU.
34. Kontraktsvärdet för den upphandling som omfattas av ansökan är 311 000 000 kronor (se ovan punkterna 13–18). Eftersom värdet överstiger 100 000 000 kronor är det maximala avgiftsbeloppet om 10 000 000 kronor det högsta möjliga avgiftsbeloppet.
35. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek inom dessa ramar 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.

¹⁰ Prop. 2009/10:180, s. 193 och 368.

¹¹ A. prop., s. 196 f.



Detta framgår av 21 kap. 5 § LOU. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹²

36. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Av betydelse är bland annat den upphandlande myndighetens agerande. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹³
37. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁴
38. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende av att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹⁵
39. Vid bedömning av överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek anser Konkurrensverket att följande omständigheter och överväganden är av betydelse.
40. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde.
41. Konkurrensverket noterar att det föreligger vissa omständigheter som bör påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Vid tidpunkten för den nu aktuella direktupphandlingen, den 12 december 2017, hade regionen 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. I sammanhanget noteras också att avtalet den 12 december 2017 var tidsbegränsat och endast skulle tillgodose behovet av bemanning av specialistläkare inom viss tid

¹² Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹³ Prop. 2009/10:180, s. 197 och 369–370.

¹⁴ Se prop. 2009/10:180, s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kamrarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

¹⁵ A. prop. s. 197–198 och 369–370.



under den pågående överprövningsprocessen. Såvitt framgår av utredningen var även övriga direktupphandlingar av aktuella tjänster som gjordes under 2017 efter att överprövningen hade dragit ut på tiden på motsvarande sätt tidsbegränsade. Detta talar för ett lägre sanktionsvärde.

42. Det går dock inte att bortse från att den otillåtna direktupphandlingen också delvis orsakades av omständigheter som regionen förfogar över. Detta gäller även övriga direktupphandlingar under 2017 som beaktas vid beräkningen av den nu 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 (se ovan punkterna 20, samt 24-26).
43. I sammanhanget noteras härutöver att regionen tidigare har gjort otillåtna direktupphandlingar och dömts till upphandlingsskadeavgift.¹⁶ Detta bör påverka sanktionsvärdet i höjande riktning.
44. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 5 500 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Övrigt

45. Konkurrensverket vill upplysa om att verket denna dag har lämnat in ytterligare tre ansökningar om upphandlingsskadeavgift i mål som avser direktupphandlingar av bemanningstjänster avseende specialistläkare. Samtliga dessa ansökningar avser direktupphandlingar med anledning av landstingens försenade gemensamma upphandling av aktuella tjänster. Ansökan mot Region Jämtland Härjedalen har ingetts till förvaltningsrätten i Härnösand (Konkurrensverkets dnr 652/2018), ansökan mot Västerbottens läns landsting har ingetts till förvaltningsrätten i Umeå (Konkurrensverkets dnr 654/2018) och ansökan mot Region Norrbotten har ingetts till förvaltningsrätten i Luleå (Konkurrensverkets dnr 653/2018).

¹⁶ Se Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 25 november 2016 i mål nr 2748-16.



Marie Östman



Sophia Anderberg

Bifogas

Bilaga 1 – Avtal om köp av bemanningstjänst mellan regionen och Bonliva AB

Bilaga 2 – Förteckning över vidtagna upphandlingsåtgärder

Bilaga 3 – Förteckning över avtal om direktupphandling av specialitläkare 2017