

Förvaltningsrätten i Härnösand
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Västernorrland, 871 85 Härnösand

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LUK beslutar att Region Västernorrland ska betala 700 000 (sjuhundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Region Västernorrland har den 1 maj 2022 slutit avtal om förlängning av en tjänstekoncession för drift av restaurang och café på Sundsvalls sjukhus med Compass Group AB utan föregående annonsering enligt 15 kap. 5 § LUK. Det saknades förutsättningar att ingå avtalet utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

Tidigare upphandling av tjänstekoncessionen och det ursprungliga avtalet

2. Region Västernorrland (Regionen) har sedan tidigare ett upphandlat avtal med leverantören avseende en tjänstekoncession för driften av restaurang och café på Sundsvalls sjukhus (det ursprungliga avtalet), bilaga 1. Det ursprungliga avtalet omfattar även catering och konferensfika.¹ Upphandlingen av det ursprungliga avtalet genomfördes som en tjänstekoncessionsupphandling enligt då gällande 2 kap. 17 § LOU.
3. Det ursprungliga avtalet löpte från och med den 1 februari 2016 till och med den 31 januari 2019, med option för Regionen att förlänga med ytterligare 2 + 2 år, dvs. som längst till och med den 31 januari 2023. Det ursprungliga avtalet upphör att gälla vid kontraktstidens utgång utan uppsägning.²
4. Leverantören skulle som ett led i övertagande av verksamheten nyttja viss utrustning av Regionen som används i verksamheten. Övertagande leverantör hade även rätt att förvärva viss utrustning från tidigare leverantör.³ Samtliga inventarier och utrustningar överläts till övertagande leverantör i befintligt skick.⁴ All reparation och underhåll av inventarier och utrustning som Regionen inte ansvarar för enligt hyreskontraktet ligger på leverantören.⁵ Det ursprungliga avtalet reglerar även Regionens återköpsrätt för alla inventarier och utrustning som krävs för utförandet av entreprenaden.⁶ Några garantier för att återköp sker framgår inte. Leverantören ska vidare tillhandahålla och själv bekosta den lösa inredning och utrustning som krävs för verksamhetens bedrivande.⁷
5. Leverantörens åtagande att driva den aktuella restaurang- och caféverksamheten ska bland annat göras i enlighet med det ursprungliga avtalet och det förfrågningsunderlag som legat till grund för dess

¹ Punkt 6.4 i bilaga 1.

² Punkt 5 i bilaga 1.

³ Punkt 6.13 i bilaga 1.

⁴ Punkt 6.13.5 i bilaga 1.

⁵ Punkt 6.14.1 i bilaga 1.

⁶ Punkt 6.14.3 i bilaga 1. Köpeskillingen beräknas som anskaffningsvärde minus avskrivningar.

⁷ Punkt 6.13.3 i bilaga 1.

upphandling.⁸ Leverantören har exempelvis att förhålla sig till ramar avseende exempelvis matsedel/utbud, öppettider och betalningssätt, som Regionen fastställt för uppdraget.⁹

6. Av förfrågningsunderlaget till upphandlingen av det ursprungliga avtalet framgår bland annat att uppdraget omfattar att driva verksamheten i fråga för personal, patienter och besökande på Sundsvalls sjukhus samt att catering- och konferensverksamhet ska hållas tillgänglig för personal som är anställd av Regionen, bilaga 2.¹⁰ Vidare framgår att den affärsmässiga risken för verksamheten ligger på koncessionshavaren, vars intäkter kommer från kunderna. Ingen ersättning för driften av verksamheten utgår från Regionen.¹¹ Regionen garanterar inte några volymer för uppdraget. Det ankommer på leverantören att själv säkerställa sina egna andelar av marknaden.¹² Vid tidpunkten för upphandlingen fanns andra entreprenörer med liknande verksamheter på Sundsvalls sjukhus, såsom en butik med kiosk/livsmedelssortiment och en salladsbar med kaffe, glass och smörgåsar.¹³ Vidare anges att leverantören hyr lokalerna av landstingsstaben fastighet inom Regionen. Genom detta får leverantören rätten att nyttja dessa och bedriva restaurang- och caféverksamhet samt erhålla intäkterna därav.¹⁴
7. I samband med det ursprungliga avtalet ingicks även ett hyresavtal (hyresavtalet) mellan Regionen och leverantören avseende lokalerna till restaurangen, bilaga 3. Leverantören har nyttjanderätt till café- och restaurangverksamhetens lokaler endast under den kontraktstid som uppdraget avser.¹⁵ Lokalen får endast användas till café- och restaurangverksamhet i enlighet med det ursprungliga avtalet.¹⁶ Leverantören erlägger en årlig hyra om 603 000 kronor för lokalerna till Regionen.¹⁷

Förlängningen av tjänstekoncessionen

8. Den 1 maj 2022 tecknade Regionen ett tilläggsavtal med leverantören avseende en förlängning av hyresavtalet (tilläggsavtalet), bilaga 4. Tilläggsavtalet förlängde hyrestiden med ett år till och med den 31 januari 2024 till samma villkor som gällde för hyresavtalet. Vidare hänvisas till det tidigare tecknade avtalet med Regionen om att bedriva café- och restaurangverksamhet vid Sundsvalls sjukhus på entreprenad, dvs. det

⁸ Punkt 4 i bilaga 1.

⁹ Se exempelvis punkt 6.2–6.4 och 6.7 i bilaga 1.

¹⁰ Punkt 1.1 i bilaga 2.

¹¹ Punkt 1.8 och 2 i bilaga 2.

¹² Punkt 1.7 i bilaga 2.

¹³ Punkt 1.6 i bilaga 2.

¹⁴ Punkt 2 i bilaga 2.

¹⁵ Punkt 6.12 i bilaga 1. Jfr punkt 3 ovan.

¹⁶ Lokalens användning i bilaga 3. Se även punkt 6.12 i bilaga 1.

¹⁷ Hyra i bilaga 3.

ursprungliga avtalet. Tilläggsavtalet anger även att överenskommelsen om avstående av besittningsskydd gäller under hela den tid parterna har ett hyresförhållande samt att rätten att hyra lokalen slutar i samband med att entreprenaden upphör.

Meddelande om frivillig förhandsinsyn

9. I juli 2022 publicerade Regionen ett meddelande om frivillig förhandsinsyn (förhandsinsynen), med sin avsikt att – på grund av pandemin – förlänga nuvarande avtal avseende drift av restaurang och café på Sundsvalls sjukhus med 12 månader, bilaga 5. Vidare anges att underlag för ny upphandling kommer färdigställas och annonseras under året.
10. Värdet av förlängningen uppskattades enligt förhandsinsynen till 9 000 000 kronor. Förhandsinsynen omfattar tjänster enligt bilaga 3 LUK.¹⁸
11. Regionen har under Konkurrensverkets utredning inkommit med mailkorrespondens som ägt rum mellan den 28 september och den 7 oktober 2022 mellan Regionen och leverantören, bilaga 6. Av denna korrespondens framgår bland annat att Regionen skickat en förfrågan om intresse avseende driften av restaurang och café på Sundsvalls sjukhus till leverantören. Vidare framgår att leverantören har haft uppfattningen att det ursprungliga avtalet redan skulle ha förlängts i och med tecknande av tilläggsavtalet och därför ansett att något ytterligare avtal inte var nödvändigt.
12. Det är tilläggsavtalet som ligger till grund för denna ansökan.

Vad Regionen har anfört

13. Det ursprungliga avtalet avser den tjänstekoncession som upphandlades 2015.
14. Någon förlängning av det ursprungliga avtalet har inte undertecknats, men däremot har tilläggsavtalet avseende en förlängning av hyresavtalet ingåtts. Tilläggsavtalet borde inte ha undertecknats innan en eventuell förlängning av det ursprungliga avtalet beslutats och undertecknats. Något formellt beslut att förlänga det ursprungliga avtalet har inte fattats och det finns vidare ingen dokumentation på en sådan förlängning. Tilläggsavtalet var inte känt hos Regionens verksamhet för inköp och upphandling vid tidpunkten för publiceringen av förhandsinsynen. Regionen gör bedömningen att leverantören, mot bakgrund av Regionens agerande och ordalydelse i tilläggsavtalet, fått viss anledning att uppfatta att en förlängning av såväl hyresavtalet som det ursprungliga avtalet har ingåtts mellan parterna.

¹⁸ CPV-koder 55300000-3 Restaurang- och serveringstjänster (huvudsaklig); 55310000-6 Restaurangserveringstjänster; samt 55330000-2 Kafeteriaverksamhet.

Regionen har vidare anfört att den uppkomna situationen föranlett att Regionen avser se över sina rutiner.

15. Regionen har vidare uppgett att syftet med förhandsinsynen har varit att undersöka om någon leverantör haft intresse av att delta i upphandling av driften av den aktuella tjänstekoncessionen. Detta med anledning av bland annat att Regionen på grund av hög arbetsbelastning med anledning av pandemin varit tvungen att prioritera sina upphandlingar och att Regionen misstänkt att restaurangbranschen skulle ha ett begränsat intresse av att delta i en upphandling till följd av pandemin. Regionens avsikt var att förlänga det ursprungliga avtalet med ett år för det fall att ingen annan leverantör visade intresse.
16. Ingen annan leverantör har visat intresse av att delta i upphandlingen utifrån publicerad förhandsinsyn och Regionen har av den anledningen ansett att undantagen i 15 kap. 6 § första stycket 2 och 3 LUK varit tillämpliga på Avtalet. Regionen har senare i utredningen preciserat att undantaget i 15 kap. 6 § första stycket 2 och 8 kap. 4 § LUK varit tillämpligt då inga lämpliga anbud eller anbudsansökningar inkommit.
17. Konkurrensverket har under utredningen skickat en sammanfattande skrivelse till Regionen med verkets bedömning om att förlängningen utgör en otillåten direktupphandling. Regionen har inkommit med svar på denna skrivelse. I svaret anges bland annat följande.
18. Pandemin har påverkat restaurangbranschen hårt. Intäkterna för åren under den pågående pandemin minskade med närmare 35 procent. Regionen har bedömt att en effektiv konkurrens inte kunde förväntas uppnås vid den aktuella tidpunkten mot bakgrund av pandemin, utbredda oroligheter i omvärlden och en rådande lågkonjunktur där dessutom en koncessionshavare fullt ut ska ta över verksamhetsrisken inom ramen för tjänstekoncessionen. Regionen anser att avgiften ska sättas ned kraftigt. Vägledningen från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen (2020/C 108 I/01) visar tydligt att pandemin bör utgöra en förmildrande omständighet och att den kanske kan medföra att rättsväsendet kan ha visst överseende i samband med en hälsokris (vilken krävde enorma resurser inom Regionen för att säkerställa tillgång till personlig skyddsutrustning och upprätthålla en patientsäker hälso- och sjukvård). Vidare har avsikten hela tiden varit att, så snart som situationen medgav det, annonsera upphandlingen. Regionen för även fram att avtalstiden är mycket kort och att leverantörens intäkter nästan uteslutande kommer från tredje man och därmed inte utgör skattemedel (detta mot bakgrund av att syftet med upphandlingsskadeavgiften bland annat är att säkerställa att skattemedel används på ett korrekt sätt).

Regionen är upphandlande myndighet för den aktuella upphandlingen

19. Av 1 kap. 21 § LUK¹⁹ framgår att med upphandlande myndighet avses en statlig eller kommunal myndighet.
20. Regionen anges som upphandlande myndighet i förhandssynen; i upphandlingen av det ursprungliga avtalet; samt som part i det ursprungliga avtalet, hyresavtalet och tilläggsavtalet. Det har inte framkommit några andra omständigheter i utredningen som föranleder någon annan bedömning.
21. Regionen är därmed relevant upphandlande myndighet i den aktuella upphandlingen.²⁰

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Civilrättsligt bindande avtal har ingåtts

22. För att en upphandlingsskadeavgift ska kunna påföras krävs att Regionen har slutit avtal med en leverantör. Enligt förarbetena ska avtal anses ha slutits vid tidpunkten för när ett civilrättsligt avtal föreligger.²¹ Ett avtal blir civilrättsligt bindande genom att parterna ger uttryck för sina avsikter att binda sig rättsligt och när en ovillkorad överenskommelse om bundenhet. För att avgöra om det föreligger uttryck att binda sig rättsligt, ska hänsyn tas till hur parts uttalanden och beteenden skäligen kan uppfattas.²² Avtal kan bland annat uppstå genom så kallat konkludent handlande.²³
23. Regionen har ingått tilläggsavtalet avseende ett års förlängning av hyresavtalet med den befintliga koncessionshavaren. Förlängningen avser samma villkor som tidigare gällt mellan parterna. Av punkt 5–7 ovan följer att det ursprungliga avtalet och hyresavtalet tillsammans är oundgängliga för leverantörens utförande av det aktuella uppdraget, då de av Regionen förhyrda lokalerna endast får användas till café- och restaurangverksamheten i enlighet med det ursprungliga avtalet. Utan hyresavtalet skulle leverantören inte ha rätt att nyttja dessa lokaler och därmed inte kunna erhålla intäkterna hänförliga till verksamheten i fråga. En koppling mellan det ursprungliga avtalet/tjänstekoncessionens utförande och hyresavtalet följer även av en förteckning i hyresavtalet där respektive parts ansvar för

¹⁹ Lagen (2021:1113) om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner trädde i kraft den 1 februari 2022. Den aktuella upphandlingen påbörjades efter den 1 februari 2022, vilket innebär att LUK i sin nuvarande lydelse är tillämplig.

²⁰ Jfr HFD 2018 ref. 67.

²¹ Prop. 2009/10:180 s. 368.

²² <https://www.avtalslagen2020.se/>, avsnitt 2.1, 2022-12-09.

²³ Se exempelvis NJA 1992 s. 243.

vissa inventarier och utrustning specificeras (ej bilagd denna ansökan).²⁴ Även tilläggsavtalet hänvisar till att leverantörens rätt att hyra lokalen slutar i samband med att entreprenaden (dvs. tjänstekoncessionen) upphör. Hyresavtalet kan således inte stå isolerat från tjänstekoncessionen. Verksamhetens bedrivande förutsätter att hyresavtalet gäller. Regionen har dessutom bedömt att dess agerande, samt ordalydelsen i tilläggsavtalet, gett leverantören viss anledning att uppfatta att en förlängning av såväl hyresavtalet som det ursprungliga avtalet har ingåtts mellan parterna.

24. Mot bakgrund av detta och det faktum att ett kontrakt kan bestå av flera rättshandlingar, bedömer Konkurrensverket att ett civilrättsligt bindande avtal har ingåtts mellan Regionen och leverantören vid tidpunkten för ingående av tilläggsavtalet den 1 maj 2022.²⁵ Detta oavsett Regionens påstående om att något formellt beslut avseende förlängning eller någon formell förlängning av det ursprungliga avtalet inte skett. Ett avtal om förlängning har i vart fall ingåtts, som senast, genom konkludent handlande då Regionen började tillämpa det efter det att det ursprungliga avtalet löpt ut den 31 januari 2023.

Avtalets karaktär

Tillämpliga bestämmelser m.m.

25. Med koncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare, där (1) kontraktet utgör antingen en byggkoncession eller en tjänstekoncession; (2) ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning; och (3) kontraktet innefattar att en verksamhetsrisk övertas av koncessionshavaren (1 kap. 13 § LUK).
26. Med tjänstekoncession avses en koncession genom vilken en upphandlande myndighet anförtrot till koncessionshavaren tillhandahållandet och förvaltningen av andra tjänster än de som utgör byggentreprenader (1 kap. 19 § LUK).
27. Leverantörens rätt att utnyttja tjänsten innebär att samma tjänst eller tillhörande tjänster kan säljas till andra än den upphandlande myndigheten.

²⁴ Se punkt 4 och fotnot 5–6 ovan. Ansvaret enligt förteckningen är nära sammanbunden med såväl Regionens återköpsrätt enligt det ursprungliga avtalet, som koncessionshavarens riskövertagande i samband med utförandet av tjänstekoncessionen.

²⁵ Jfr mål C-451/08 *Helmut Müller*, p. 82, och mål C-536/07 *KölnMesse*, p. 25–29. Av dessa mål följer att ett "kontrakt" nödvändigtvis inte motsvaras av endast ett avtal. Ett kontrakt kan också bestå av en överenskommelse i flera led som tillsammans betraktas som ett kontrakt. Jfr även 1 kap. 15 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och 1 kap. 13 § LUK avseende begreppet "kontrakt". Bestämmelserna är i princip likalydande med undantag för en närmare beskrivning av en koncessions särdrag i 1 kap. 13 § LUK.

Som exempel anges i förarbetena drift av en parkeringsplats där koncessionshavaren får ersättning från den som använder parkeringsplatsen och bedrivande av restaurang- eller caféverksamhet i lokaler som tillhandahålls av en upphandlande myndighet.²⁶

28. Med verksamhetsrisk enligt 1 kap. 22 § LUK avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda.
29. Enligt 1 kap. 23 § LUK menas med övertagande av verksamhetsrisk att en koncessionshavare genom koncessionen, vid normala verksamhetsförhållanden, (1) inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen; och (2) utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara.
30. Vad som särskilt kännetecknar en tjänstekoncession är således rätten att utnyttja tjänsten som är föremål för kontraktet och att verksamhetsrisken överförs på koncessionshavaren. EU-domstolen har betonat att verksamhetsrisken är oupplösligt förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten.²⁷ Vidare har EU-domstolen fastställt att det under alla omständigheter är nödvändigt att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten, även om den risk som den upphandlande myndigheten bär är mycket begränsad.²⁸ EU-domstolen har även konstaterat att med rätten att utnyttja tjänsten följer det vidare att koncessionshavaren har en viss ekonomisk frihet att bestämma hur villkoren för denna rätt utnyttjas inom ramen för avtalet och att koncessionshavaren därigenom också i huvudsak står riskerna med detta utnyttjande.²⁹
31. Som exempel på den ekonomiska risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten har EU-domstolen angett att det kan vara fråga om att utsättas för en risk för konkurrens från andra leverantörer, en risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, en risk för insolvens hos de som är betalningsskyldiga, en risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller en risk att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten.³⁰

²⁶ SOU 2014:69, s. 214.

²⁷ Se mål C-206/08 *Eurawasser*, p. 66.

²⁸ Se mål C-206/08 *Eurawasser*, p. 77.

²⁹ Se mål C-300/07 *Oymanns*, p. 71.

³⁰ Se mål C-274/09 *Stadler*, p. 37. Se även mål C-234/03 *Contse*, p. 22 och mål C-300/07 *Oymanns*, p. 74.

32. EU-domstolen har också konstaterat att om ersättningen till leverantören består i att den upphandlande myndigheten ersätter leverantören i förhållande till hur stor andel som utnyttjas av allmänheten, medan avtalet medför att leverantörens finansiella och ekonomiska stabilitet garanteras, föreligger det varken en rätt för leverantören att utnyttja tjänsten eller något övertagande av verksamhetsrisken.³¹

Bedömning av tilläggsavtalet

33. Tilläggsavtalet ger leverantören rätten att utnyttja föremålet för koncessionen, dvs. driften av restaurang och café på Sundsvalls sjukhus, och därigenom tillgängliggöra sig ersättning i form av de intäkter som kommer från att erbjuda tjänsterna till personal, patienter och besökande på sjukhuset.³² Regionen ersätter inte leverantören något för driften. De tjänster som ska utföras omfattas av bilaga 3 till LUK.
34. Som nämnts ovan omfattar förlängningen genom tilläggsavtalet samma villkor som tidigare gällt mellan parterna. Detta innebär att leverantören har frihet att själv styra över prissättningen och utbudet, med den enda begränsningen att Regionen villkorar en ram kring vad som ska erbjudas, som exempelvis två varmrätter, och att leverantören har att följa Regionens kostpolicy. Enligt Konkurrensverkets mening innebär detta att leverantören har den ekonomiska frihet som kännetecknar rätten att utnyttja tjänsten.
35. Vidare har leverantören övertagit verksamhetsrisken då Regionen inte garanterar några volymer för uppdraget, dvs. att leverantören inte är garanterad någon ersättning för utförande av uppdraget annat än det som leverantören själv får in via försäljning av mat och varor, och att det är upp till leverantören att själv säkerställa sina egna andelar av marknaden. Leverantören står även för kostnader för de investeringar som behövs för verksamhetens bedrivande och betalar hyra för lokalerna. Viss återköpsrätt för Regionen avseende leverantörens investeringar, inventarier och utrustningen, regleras i det ursprungliga avtalet. Dock framgår inga garantier för att återköp kommer att ske.
36. Vidare framgår det av utredningen att intäkterna för åren under pågående pandemi gick ner med närmare 35 procent i jämförelse med tidigare år. Detta talar för att leverantören utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden som inte endast är nominella eller försumbara.
37. Regionen har under utredningen inkommit med uppgifter om tidigare års intäkter hänförliga till den aktuella tjänstekoncessionen. Dessa har Regionen lagt till grund för beräkningen av värdet på förlängningen. Uppgifterna har

³¹ Se mål C-382/05 *kommissionen mot Italien*, p. 36–37.

³² Se punkt 6 och fotnot 14 ovan.

även omfattat en redovisning över leverantörens intäkter hänförliga till cateringdelen.

38. Regionen ersätter leverantören för de av Regionen beställda cateringtjänsterna. Leverantören är dock inte begränsad att leverera catering till enbart Regionen. Catering kan tillhandahållas även till tredje man (vilket de facto sker). Omfattningen av Regionens köp av cateringtjänster är begränsad och påverkar, enligt Konkurrensverkets mening, varken bedömningen om att uppdraget (till den del som avser catering) utgör en tjänstekoncession eller att leverantören har tagit över verksamhetsrisken.

Koncessionens värde

39. Av 5 kap. 2 § LUK ska värdet av en koncession uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid, inbegripet varor som följer med sådana byggtreprenader och tjänster. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt. Enligt 5 kap. 6 § LUK får metoden för att uppskatta en koncessions värde inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet blir tillämpliga.
40. Av förhandsinsynen framgår att förlängningen av koncessionen är uppskattad till 9 000 000 kronor. Uppskattningen motsvarar i princip vad som framkommit av de uppgifter som Regionen tillhandahållit Konkurrensverket avseende intäkter för åren under det ursprungliga avtalets löptid.
41. Konkurrensverket lägger Regionens uppgifter till grund för koncessionens värde som därmed uppgår till 9 000 000 kronor.
42. Koncessionens värde överstiger direktupphandlingsgränsen, men understiger tröskelvärdet enligt LUK.³³ Tilläggsavtalet skulle därmed som huvudregel ha annonserats enligt 15 kap. 5 § LUK.

Undantag från annonsering

43. Tilläggsavtalet är ett nytt avtal som ingåtts utan föregående annonsering enligt LUK. Någon möjlighet att förlänga den aktuella tjänstekoncessionen efter den 31 januari 2023 följer varken av den ursprungliga upphandlingens upphandlingsdokumentation, det ursprungliga avtalet eller hyresavtalet.

³³ För upphandlingar som påbörjades under 2022 och som avser tjänster enligt bilaga 3 LUK är tröskelvärdet 55 991 099 kronor och direktupphandlingsgränsen 2 799 554 kronor.

44. För att tilläggsavtalet ska få ingås utan föregående annonsering, krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LUK varit tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.³⁴
45. En upphandlande myndighet som avser att tilldela en koncession enligt 15 kap. LUK ska informera om sin avsikt genom en förhandsannons (15 kap. 5 § första stycket LUK). Detta gäller dock inte vid direktupphandling enligt 15 kap. 6 § LUK, vilket bland annat förutsätter att villkoren för undantag från annonseringsplikten enligt 8 kap. 3–5 §§ LUK är uppfyllda.
46. Regionen har motiverat direktupphandlingen med stöd av undantaget i 8 kap. 4 § LUK, då inga lämpliga anbud eller anbudsansökningar inkommit eftersom ingen annan leverantör än den befintliga leverantören visat intresse.
47. Förutsättningen för att överhuvudtaget kunna tillämpa undantaget i 8 kap. 4 § LUK är dock att en avsikt om att tilldela en koncession tidigare har meddelats genom en *förhandsannons* enligt 15 kap. LUK och att sådan annonsering inte resulterat i några anbud eller anbudsansökningar. Detta har inte skett. I stället har Regionen genomfört en *frivillig förhandsinsyn*, vilket avser en annons om tilldelning av en koncession utan föregående annonsering. Undantaget från annonseringsplikten är därför inte tillämpligt.
48. Det ställs vidare höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation.³⁵ Att Regionen på grund av hög arbetsbelastning varit tvungen att prioritera sina upphandlingar, kan tillskrivas Regionen.
49. Vid tidpunkten för tecknande av tilläggsavtalet hade pandemin varat i över två år. Förlängningen av tjänstekoncessionen började gälla när nära tre år förflutit sedan pandemin utbröt. Kommissionens meddelande 2020/C 108 I/01 utfärdades den 1 april 2020. Vid den tidpunkten ansåg således kommissionen att pandemin var oförutsebar³⁶ och att orsakssambandet mellan covid-19-pandemin och den synnerligen brådskande situationen att tillgodose de *omedelbara* behoven hos sjukhus och hälso- och sjukvårdsinstitutioner rimligen inte kunde betvivlas.³⁷

³⁴ Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *kommissionen mot Tyskland*, p. 58, mål C-385/02 *kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134. Se även HFD 2019 ref. 65 och HFD 2017 ref. 66.

³⁵ Jfr exempelvis mål C-382/05 *kommissionen mot Italien*, p. 26–28. Se även HFD 2017 ref. 66.

³⁶ Punkt 2.3.1 i kommissionens meddelande. Som oförutsebar händelse hänvisar kommissionen särskilt till antalet covid-19-patienter som behöver läkarvård och deras specifika utveckling.

³⁷ Punkt 2.3.3 i kommissionens meddelande.

50. Kommissionens meddelande avser vidare endast synnerligen brådskande och omedelbara behov av *varor och tjänster med direkt anknytning till covid-19-krisen*.³⁸ Kommissionen pekar särskilt på behoven av behandling, personlig skyddsutrustning, respiratorer, ytterligare sängplatser och ytterligare intensivvårds- och sjukhusinfrastruktur, bl.a. all teknisk utrustning, som händelser som inte kan förutses av den upphandlande myndigheten.
51. Varken en hög arbetsbelastning under dessa omständigheter eller Regionens misstanke om ett begränsat intresse av att delta i en upphandling till följd av pandemin, medför enligt Konkurrensverkets uppfattning att något annat undantag är tillämpligt.

Upphandlingsskadeavgift

52. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.³⁹ Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har 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.⁴⁰
53. 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.⁴¹

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

54. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av koncessionens värde.⁴² Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁴³
55. Koncessionens värde uppgår till 9 000 000 kronor. Upphandlingsskadeavgiften ska därför som lägst uppgå till 10 000 kronor och som högst till 900 000 kronor (9 000 000 * 0,1).
56. 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.⁴⁴

³⁸ Punkt 1 i kommissionens meddelande.

³⁹ 17 kap. 1 § 3 LUK.

⁴⁰ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

⁴¹ A. prop. s. 196–197.

⁴² 17 kap. 4 § LUK.

⁴³ HFD 2014 ref. 69.

⁴⁴ 17 kap. 5 § LUK.

57. 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 upphandlingslagstiftningen. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.⁴⁵
58. 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 t.ex. 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 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.⁴⁶ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁴⁷
59. Det förhållandet att annonsering skett genom s.k. förhandsinsyn enligt 8 kap. 7 § LUK i ett fall där grund för ogiltighet förelegat, medför inte att möjligheten att påföra upphandlingsskadeavgift bortfaller.⁴⁸
60. Eftersom förutsättningarna för att tillämpa s.k. förhandsinsyn saknats (se ovan), är det i detta fall fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde.
61. Konkurrensverket bedömer vidare att det är fråga om ett upprepat beteende som påverkar avgiftens storlek i höjande riktning, då Regionen tidigare har varit föremål för Konkurrensverkets tillsyn och gjort sig skyldig till otillåtna direktupphandlingar.⁴⁹ Det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges.
62. Vad Regionen har anfört om förmildrande omständigheter kan inte tillmätas betydelse vid fastställande av sanktionsavgiftens storlek. I kommissionens

⁴⁵ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

⁴⁶ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

⁴⁷ A. prop. s. 197.

⁴⁸ Prop. 2009/10:180 s. 368. Notera att ett avtal som har tilldelats utan föregående annonsering enligt 8 kap. 7 § LUK, med iakttagande av relevant avtalsspärr, inte kan vara föremål för talan om ogiltighet enligt 15 kap. 13 § LUK. Detta även om den upphandlande myndigheten saknat förutsättningar att tillämpa den s.k. förhandsinsynen enligt 8 kap. 7 § LUK, jfr prop. 2009/10:180 s. 143.

⁴⁹ Se Förvaltningsrätten i Härnösands dom i mål nr 2748-16, och Förvaltningsrätten i Umeås dom i mål 1916-19.

meddelande förespråkas förfaranden där icke-omedelbara behov tillgodoses genom andra förfaranden än direktupphandling.⁵⁰ Ansvaret är vidare strikt. Frånvaro av uppsåt att kringgå upphandlingslagstiftningen kan inte ses som förmildrande. Konkurrensverket erinrar även om att Regionen har genomfört en otillåten direktupphandling (se punkt 22–51 ovan). Konkurrensverket instämmer inte i att sanktionsvärdet för en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen kan föranleda en lägre sanktionsavgift enbart för att upphandlingen i fråga avser en tjänstekoncession vars särdrag innebär att ersättning till stor del erhålls från tredje man. Bestämmelserna i LUK innebär att även koncessioner ska öppnas upp för konkurrens samt vara föremål för bland annat den grundläggande principen om transparens. Utgångspunkten är vidare att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas så att upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser och följer lagen. Sanktionsvärdet för otillåtna direktupphandlingar är detsamma oavsett vilken upphandlingslag den upphandlande myndigheten brutit mot. Slutligen konstateras att tilläggsavtalet varken är av ett sådant lågt värde eller begränsad i tid på sätt som kan medge att avgiften påverkas i sänkande riktning. Regionen har heller inte annonserat någon ny upphandling av driften på Sundsvalls sjukhus.

63. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 700 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelserna.

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt och ansökan saknar därför namnunderskrift.

Marie Östman
Chefsjurist

Anna Görgård
Processråd

⁵⁰ Jfr punkt 1 fjärde stycket och punkt 2.3.4 i kommissionens meddelande. Se även punkt 49–50 ovan.

Bifogas

Bilaga 1 – Det ursprungliga avtalet

Bilaga 2 – Upphandlingsförutsättningar, dnr 15LS4420

Bilaga 3 – Hyresavtalet

Bilaga 4 – Tilläggsavtalet

Bilaga 5 – Regionens meddelande om frivillig förhandsinsyn

Bilaga 6 – Mailkorrespondens mellan Regionen och leverantören