

Förvaltningsrätten i Umeå
forvaltningsratteniumea@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Västerbotten, 901 89 Umeå

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 2 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, i lydelsen innan den 1 januari 2024 (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 2 LOU beslutar att Region Västerbotten ska betala 450 000 (fyrahundrafemtio tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.¹

¹ Upphandlingen av avtalet påbörjades innan den 1 januari 2024. I enlighet med punkt 2 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ska Konkurrensverket därför ansöka om upphandlingsskadeavgift i det här fallet. Se 21 kap. 2 § LOU i lydelsen innan den 1 januari 2024. Se även prop. 2023/24:3 s. 66–67.



Grunder

1. Förvaltningsrätten i Umeå har genom dom den 24 juni 2024 i mål om överprövning av giltigheten av två avtal (Tilläggsavtal 2, Tilläggsbilaga till VLL 657-2014 – cobas Pure Lycksele och Tilläggsavtal 3, Tilläggsbilaga till VLL 657-2014 – cobas Pro Umeå) som ingåtts mellan Region Västerbotten (Regionen) och Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolag (Leverantören), fastställt att avtalen får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, se bilaga 1. Kammarrätten i Sundsvall har genom slutligt beslut den 23 september 2024 meddelat att förvaltningsrättens avgörande står fast, se bilaga 2. Kammarrätten i Sundsvalls beslut har vunnit laga kraft den 23 oktober 2024, se bilaga 3.

Bakgrund och omständigheter

2004-avtalet

2. Regionen ingick den 5 oktober 2004 ett avtal med Leverantören. Avtalet omfattade bland annat instrument och analyser inom immunkemi och berörde laboratorierna i Umeå, Skellefteå och Lycksele (nedan benämnt 2004-avtalet).
3. Den 28 januari 2009 ingick Regionen och Leverantören ett avtal om uppdatering av 2004-avtalet. Vidare förlängdes 2004-avtalet med fem år till och med den 4 oktober 2014.
4. Regionen och Leverantören ingick därefter, den 1 februari 2011, en ny överenskommelse om uppdatering av 2004-avtalet vilken omfattade så kallade Cobas instrument på laboratorierna i Umeå, Skellefteå och Lycksele.
5. Genom avtal mellan Regionen och Leverantören den 23 november 2015 förlängde parterna 2004-avtalet med två år, till och med den 30 oktober 2021.

2014-avtalet

6. Regionen genomförde under 2014 en upphandling avseende drift av befintlig automationsbana samt analysutrustning och reagens för allmänkemi till Laboratoriemedicin i Västerbotten. Regionen beslutade att tilldela Leverantören avtalet. Avtalet mellan parterna ingicks den 8 oktober 2014 (nedan benämnt 2014-avtalet), se bilaga 4. Enligt punkten 3 i avtalet löper 2014-avtalet under fyra år från godkänd slutbesiktning med en option om förlängning om ytterligare tre år.
7. Den 13 maj 2019 ingick Regionen och Leverantören en överenskommelse om uppsägning av avtal. Enligt överenskommelsen sades 2004-avtalet upp och integrerades i stället i 2014-avtalet. Av överenskommelsen framgår att 2014-avtalets ordinarie avtalstid gäller till och med den 31 maj 2020. Det anges vidare att avsikten med avtalssammanslagningen är att förenkla och



förtydliga avtalssituationen samt harmonisera löptiden för avtalen gällande analyser.

8. Under 2023 ingick Regionen och Leverantören tre tilläggsavtal till 2014-avtalet (Tilläggsavtal 1, 2 och 3). Tilläggsavtal 2 och 3 ingicks den 19 juni 2023, se bilaga 5 och 6. Tilläggsavtal 2, Tilläggsbilaga till VLL 657-2014 – cobas Pure Lycksele, omfattar nyinköp av två instrument i syfte att uppgradera instrumenteringen i Lycksele. Tilläggsavtal 3, Tilläggsbilaga VLL 657-2014 – cobas Pro Umeå, innebär att Regionen köper ut befintliga Cobas Pro instrument i Umeå.
9. En konkurrerande leverantör ansökte om överprövning av giltigheten av Tilläggsavtal 2 och Tilläggsavtal 3. Tilläggsavtal 1 var inte föremål för prövning.
10. I målet var ostridigt att Tilläggsavtal 2 och Tilläggsavtal 3 inte annonserats i enlighet med 10 kap. 1 § LOU. I dom den 24 juni 2024 i mål nr 2119–23 bedömde Förvaltningsrätten i Umeå att Regionen inte hade haft rätt att använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, varken med stöd av 6 kap. 14 § 2 eller 6 kap. 17 § 2 LOU. Inte heller hade det funnits stöd i något villkor i 2014-avtalet att ingå tilläggsavtalen. Det fanns således skäl att ogiltigförklara Tilläggsavtal 2 och Tilläggsavtal 3. Förvaltningsrätten bedömde dock att det med hänsyn till instrumentens tydliga och viktiga koppling till skydd för människors liv och hälsa fanns skäl att låta Tilläggsavtal 2 och Tilläggsavtal 3 bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Kammarrätten i Sundsvall meddelade genom slutligt beslut den 23 september 2024 i mål nr 1814–24 att förvaltningsrättens avgörande står fast.

Regionens inställning under utredningen

11. Under Konkurrensverkets utredning har Regionen bland annat uppgett följande.
12. Den bakomliggande domen är felaktig. Regionen har haft stöd i 2014-avtalet och flera bestämmelser i LOU för att ingå Tilläggsavtal 2 och Tilläggsavtal 3. Regionen har inte haft för avsikt att bryta mot LOU.
13. Vid tidpunkten för ingåendet av Tilläggsavtal 2 och Tilläggsavtal 3 hade delar av maskinparken nått sin tekniska livslängd. Samtidigt pågick arbetet med att bygga nya laboratorier i Umeå och Skellefteå. När laboratorierna var uppförda skulle det bli nödvändigt att anskaffa nya instrument och kringutrustning. De anskaffade analysinstrumenten utgör en mindre del i en helhetslösning. Regionens avsikt har således varit att tillfälligt lösa Regionens behov.



14. Regionen har beskrivit varför en teknisk lösning där instrument från olika tillverkare används för samma typ av analyser inte var tekniskt och praktiskt genomförbar i lokalerna vid tillfället. En flytt av befintliga instrument och kringutrustning till de nya lokalerna innan de var färdigställda hade inneburit ett oacceptabelt stopp i verksamheten vilket hade äventyrat patientsäkerheten. Regionen har särskilt beaktat sina patienters hälsa och säkerhet vid valet att ha analysinstrumenten från en och samma tillverkare i samtliga laboratorier fram till att de nya lokalerna är klara.
15. Regionens anskaffningar har varit nödvändiga och det enda rimliga alternativet för att Regionen ska uppfylla dels kommunallagens krav på ekonomisk hushållning, dels patientsäkerhetslagens krav på att verksamheten ska vara patientsäker. Att en upphandlande myndighet agerar för att följa sin sektorslagstiftning bör vara en förmildrande omständighet, särskilt eftersom anskaffningarna haft en direkt koppling till verksamhet som rör människors liv och hälsa och avtalen har fått bestå av denna anledning.
16. Rättsläget är oklart, givet den bristfälliga praxis som finns samt avsaknad av vägledande fall från Högsta förvaltningsdomstolen, framför allt i fråga om när anskaffningar kan ske med stöd av 6 kap. 17 § 2 LOU, så kallade kompletterande leveranser. Det föreligger förmildrande omständigheter vilket innebär att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned.

Upphandlingsskadeavgift

17. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av ett avtals giltighet har fastställt att ett avtal får bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse (21 kap. 1 § 2 LOU).
18. Konkurrensverket ska i en sådan situation ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 2 § första stycket LOU). Det är således fråga om en skyldighet för Konkurrensverket att ansöka om en sådan avgift.
19. Någon överprövning ska inte göras av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 och 5 §§ LOU).²
20. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till allmän förvaltningsdomstol inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft (21 kap. 6 § LOU).

² Se även HFD 2014 ref. 49 och HFD 2017 ref. 45.



Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

Tillämpliga bestämmelser

21. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.³
22. För att avgöra storleken på den upphandlingsskadeavgift som kan tas ut i detta fall måste värdet på det avtal som har fått bestå beräknas. Beräkningen av avtalets värde ska ske enligt 5 kap. 3 och 5 §§ LOU. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats.

Upphandlingens värde

23. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning uppgett att värdet av Tilläggsavtal 2 och Tilläggsavtal 3 tillsammans uppgår till 6 500 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket finner inga skäl att ifrågasätta Kommunens uppgifter och lägger dem till grund för bedömningen av värdet av Tilläggsavtal 2 och Tilläggsavtal 3.
24. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed uppgå till högst 650 000 kronor ($6\,500\,000 \times 0,1$). Efter att ha fastställt inom vilket intervall en upphandlingsskadeavgift kan tas ut, måste en bedömning göras av omständigheterna i det enskilda fallet.

Överträdelsen sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek

Allmänna utgångspunkter för sanktionsvärdet

25. När upphandlingsskadeavgiftens storlek ska fastställas 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).
26. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Eftergift får således ses som en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall.⁴ Utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är också ytterst begränsat.⁵

³ HFD 2014 ref. 69.

⁴ Jfr Kamrarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr 5703–13 och 4915–13. Högsta förvaltningsdomstolen meddelade inte prövningstillstånd i något av dessa mål.

⁵ Prop. 2009/10:180 s. 198.



27. 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.⁶
28. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Även omständigheter som har legat till grund för det underliggande ogiltighetsmålet kan beaktas. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.⁷
29. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att till exempel 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.⁸
30. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁹
31. Att ett avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, kan inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Regionen har genom att Avtalet fått bestå redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig omständigheten att det förelåg tvingande hänsyn.¹⁰
32. Det finns inget krav på att en upphandlande myndighet ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande

⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196–197.

⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

⁸ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198. och s. 369–370.

⁹ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402–14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915–13.

¹⁰ Jfr Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr 5703-13 och 4915-13. Högsta förvaltningsdomstolen meddelade inte prövningstillstånd i något av dessa mål.



kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en otillåten direktupphandling.¹¹

Den aktuella överträdelsens sanktionsvärde

33. Förvaltningsrätten har i ett lagakraftvunnet avgörande funnit att Tilläggsavtal 2 och Tilläggsavtal 3 får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Detta ärende handlar enbart om att fastställa ett sanktionsvärde för den överträdelse som konstaterats i den underliggande domen.
34. Det finns ett stort utrymme att ta hänsyn till samtliga relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte.¹² Vid bedömningen av avgiftens storlek har Konkurrensverket beaktat följande.
35. Regionen har genomfört en otillåten direktupphandling vilket är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingsregelverket. Detta är en omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde.
36. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte någon ursäkt för en otillåten direktupphandling. Att Regionen bedömt att den aktuella anskaffningen skulle vara tillåten enligt avtal och LOU saknar därför betydelse för avgiftens storlek. Konkurrensverket bedömer inte heller det aktuella rättsläget som oklart.
37. Det ställs höga krav på upphandlande myndigheters förmåga att planera och efterkomma upphandlingslagstiftningen. Det faktum att myndigheter behöver förhålla sig till annan lagstiftning parallellt, utgör inte en förmildrande omständighet. Många anskaffningar relaterar till människors liv och hälsa och det kan inte regelmässigt anses föreligga förmildrande omständigheter i dessa fall. Regionen har också genom att Tilläggsavtal 2 och Tilläggsavtal 3 fått bestå redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig omständigheten att det förelåg tvingande hänsyn.
38. Det har i övrigt inte framkommit några omständigheter som kan anses vara förmildrande. Konkurrensverkets uppfattning är att det inte föreligger några sådana omständigheter som kan medföra att avgiften ska efterges. Det är inte heller fråga om ett ringa fall.
39. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 450 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

¹¹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹² Prop. 2009/10:180 s. 369.



Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Johan Sahl
Tf. chefsjurist

Maria Andersson Müller
Biträdande enhetschef

Bifogas

- | | |
|----------|---|
| Bilaga 1 | Förvaltningsrätten i Umeås dom den 24 juni 2024 i mål nr 2119–23 |
| Bilaga 2 | Kammarrätten i Sundsvalls beslut den 23 september 2024 i mål nr 1814–24 |
| Bilaga 3 | Laga kraftbevis |
| Bilaga 4 | Avtal den 8 oktober 2014 |
| Bilaga 5 | Tilläggsavtal 2 |
| Bilaga 6 | Tilläggsavtal 3 |