

Förvaltningsrätten i Umeå
forvaltningsratteniumeå@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Västerbotten, 901 89 Umeå

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 Västerbotten ska betala 10 000 000 (tio miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Uppllysning om sekretess

Konkurrensverket upplyser härmed förvaltningsrätten om att det i denna ansökan och bilaga [REDACTED] till denna ansökan finns uppgifter om enskilda affärs- eller driftförhållanden som Konkurrensverket under utredningen har bedömt omfattas av sekretess enligt 30 kap. 1 § och 31 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (OSL).

För kännedom bifogas en sekretessmaskerad version av denna ansökan ([bilaga 23](#)) utifrån de sekretessbestämmelser som Konkurrensverket har att tillämpa (jfr 36 kap. 2 § första stycket OSL för handläggningen i domstol). Vad Konkurrensverket bedömt utgör icke-konfidentiella versioner av bilaga [REDACTED] kan tillhandahållas om det är något domstolen ser behov av.



Grunder

1. Region Västerbotten har den 22 december 2022 ingått avtal med Cambio Healthcare Systems AB (556487-3585) om ändring av ett tidigare upphandlat kontrakt om vårdinformationssystem med tillhörande driftstjänst utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades förutsättningar att ingå avtalen utan sådan annonsering. Avtalen utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

Annonserad upphandling 2016–2019

2. År 2016 annonserades en gemensam upphandling¹ av en systemlösning med tillhörande driftstjänst inom ramen för ett nytt vårdinformationssystem, kallat Framtidens Vårdinformationssystem (FVIS), för Region Örebro län (Region Örebro) samt regionerna Blekinge, Sörmland, Västerbotten och Västernorrland. Region Örebro administrerade den aktuella upphandlingen. Regionerna Dalarna, Halland, Gävleborg och Norrbotten hade option att teckna avtal med den vinnande leverantören i upphandlingen, se bilaga 1. Samarbetet mellan regionerna Örebro, Västernorrland, Västerbotten, Sörmland, Norrbotten, Gävleborg, Halland, Dalarna och Blekinge benämns gemensamt strategisk utveckling av sjukvårdsstödjande applikationer (SUSSA).
3. Upphandlingen avsåg ett avancerat digitalt journalsystem för vården, nyttjanderätter till det så kallade kärnsystemet, samt implementering och drift av systemet, bilaga 2.²
4. Med kärnsystemet avses efterfrågad systemlösning, inklusive de så kallade specialområdena.³ Det finns åtta specialområden, däribland Anestesi och intensivvård samt Cytostatika.⁴ Enligt inbjudan till anbudsansökan skulle anbud lämnas för hela upphandlingsobjektet.⁵ Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas, bilaga 3.⁶
5. De obligatoriska kraven, som bland annat omfattar funktionalitet för de åtta specialområdena, skulle vara uppfyllda antingen vid anbud eller vid leverans till acceptanstest. Obligatoriska krav som skulle vara uppfyllda vid den senare tidpunkten skulle därmed som senast uppfyllas 24 kalendermånader

¹ Jfr art. 38.2 i direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet) om tillfällig gemensam upphandling.

² Se kap. 1 (p. 1.4) i kravspecifikationen (bilaga 2 till denna ansökan). Jfr även punkt 2.2.1 i Inbjudan till anbudsansökan (bilaga 1 till denna ansökan). Jfr även punkt 2 i Huvudavtalet (definierad nedan).

³ Se kap. 1 (p. 1.4) i kravspecifikationen (bilaga 2 till denna ansökan).

⁴ Se kap. 4 i kravspecifikationen (bilaga 2).

⁵ Punkt 1.6.2. i Inbjudan till anbudsansökan (bilaga 1).

⁶ Punkt 1.1.



efter avtalstecknande (vilket innebar den 3 juni 2021).⁷ Av kravspecifikationen framgår att det obligatoriska kravet avseende funktionalitet för Anestesi och intensivvård skulle vara uppfyllt vid tidpunkten för anbud. Vad gäller det obligatoriska kravet avseende funktionalitet för Cytostatika gällde i stället 24 kalendermånader efter avtalstecknande.⁸

6. Upphandlingens värde uppskattades till 4 372 900 000 kronor, bilaga 4. Avtalsstiden omfattade tio år med möjligheter till förlängning.⁹
7. Upphandlingen skulle genomföras som ett selektivt förfarande. Eftersom det inte kom in några giltiga anbud i det selektiva förfarandet övergick dock upphandlingen till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Fem anbudssökanden från det selektiva förfarandet bjöds in att lämna anbud. Fyra anbudsgivare inkom med anbud.
8. Genom tilldelningsbeslut i december 2018 tilldelades Cambio Healthcare Systems AB (Leverantören) kontraktet.

Huvudavtalet och DU-avtalet

9. Den 3 juni 2019 ingick regionerna Örebro, Västernorrland, Västerbotten, Sörmland och Blekinge ett avtal med Leverantören (Huvudavtalet), bilaga 5, samt ett Drift- och underhållsavtal (DU-avtalet), bilaga 6. I likhet med vad som följde av inbjudan till anbudsansökan var huvudavtalsstiden tio år från avtalsundertecknande med möjlighet till förlängning tre gånger med maximalt tre år per tillfälle, dvs. maximalt 19 år.¹⁰
10. Av Huvudavtalet följer att Leverantören åtar sig att leverera en integrerad helhetslösning i enlighet med avtalad specifikation i bilaga A1 (Avtalad specifikation).¹¹ Huvudavtalet ställer även krav på genomförande av och tidpunkter för acceptanstester. Enligt punkt 3.3.1 och 3.3.1.2 i Huvudavtalet ska acceptanstester genomföras i syfte att säkerställa att Avtalad specifikation har uppfyllts. Som nämnts ovan var leverans till acceptanstest vid viss angiven tidpunkt även en frist för när vissa obligatoriska krav skulle vara uppfyllda. Samma tidpunkt utgör startskottet för när leveranskontrollperioden om två kalendermånader respektive en kalendermånad påbörjas. Om acceptanstesterna skulle uppvisa vissa brister i

⁷ Punkt 1.2.1 i bilaga 3 till denna ansökan. Jfr en av grundförutsättningarna som enligt punkt 3.3.1 i Huvudavtalet (definierad nedan), s. 9, ska finnas med i projektplanen och ingå i grundimplementationen. Jfr även punkt 3.1 i bilaga A5 Projektplan till Huvudavtalet (tabellrad "Acceptanstest beställare 1 startad").

⁸ Kap. 4 i kravspecifikationen, punkt nr. 4.6.1.1 respektive 4.8.1.1–4.8.1.3.

⁹ Punkt 2.4.2 i Inbjudan till anbudsansökan (bilaga 1).

¹⁰ Punkt 1.6 i Huvudavtalet. DU-avtalet följer Huvudavtalets avtalsstid, dock med avtalsstart då Effektiv leveransdag enligt Huvudavtalet infaller, enligt punkt 1.3 i DU-avtalet.

¹¹ Punkt 3.1.1 i Huvudavtalet (bilaga 5 till denna ansökan).

uppfyllnad av kraven i Avtalad specifikation kunde detta medföra att Effektiv leveransdag förskjuts till dess felan åtgärdats, bilaga 7.¹²

11. Enligt Huvudavtalet ska en acceptansgodkänd helhetslösning enligt Avtalad specifikation till respektive beställare levereras med följande Avtalad leveransdag för:
 - a. region 1, den 3 augusti 2021;
 - b. region 2–3, den 11 februari 2022; och
 - c. region 4–5, 2 juni 2022, bilaga 8.¹³
12. Om Effektiv leveransdag infaller senare än den Avtalade leveransdagen föreligger en leveransförsening som medger vite för den tid respektive leveransförsening föreligger.¹⁴ Vite utgår enligt Huvudavtalet med två procent av Kontraktssumman, beräknat för respektive beställare enligt punkt 3.4 (1) i Huvudavtalet och samtliga beställare enligt punkt 3.4 (2) i Huvudavtalet, för varje påbörjad vecka som förseningen varar, dock längst under 20 veckor. Vitet kan uppgå till ett betydande belopp.¹⁵ Det ska noteras att detta påpekades av en leverantör under det selektiva förfarandet, bilaga 9. Av svaret på fråga 47 framgår att regionerna har bedömt att tidplanen för implementationen är av den karaktären och så omfattande när det gäller att ta i anspråk interna resurser att aktuell vitesmodell valts av regionerna för att minimera risken för förseningar. Skrivningen kvarstod därför.
13. Leverans ska ske enligt en viss prioriteringsordning, där grundimplementationen rankas högst.¹⁶ Grundimplementationen inkluderar leverans av kärnsystemet inklusive driftstjänsten, vissa integrationer, utbildning och utbildningsmaterial av viss omfattning samt de specialområden som beställts av regionerna inom en i Huvudavtalet angiven tid.¹⁷ Priset för grundimplementationen är fast.¹⁸ Fakturering av

¹² Med Effektiv leveransdag menas den dag då leverans godkänns; leveranskontrollperioden upphör utan anmärkning från beställaren; eller Avtalad specifikation är uppfyllt (se bilaga A4 Definitioner till Huvudavtalet i bilaga 7 till denna ansökan).

¹³ Punkt 2.2 i bilaga 8 till denna ansökan.

¹⁴ Punkt 3.4 (1) och 6.4 i Huvudavtalet.

¹⁵ Jfr definition Kontraktssumma i Bilaga A4 till Huvudavtalet.

¹⁶ Implementationsprojektet omfattar grundimplementationen och övriga implementationer under avtalsperioden, se punkt 2.1, 3.2 och 3.3 i Huvudavtalet.

¹⁷ Punkt 3.2 och 3.3.1 i Huvudavtalet.

¹⁸ Punkt 6.2 i Huvudavtalet.

implementationer skulle göras i enlighet med fastställda betalningsmodeller.¹⁹

14. Huvudavtalet innehåller även bestämmelser om förutsättningar för utbyte av funktionalitet och ändringar av Avtalad specifikation.²⁰
15. I juni 2020 tillträdde de fyra i kontraktet angivna optionsparterna, regionerna Dalarna, Halland, Gävleborg och Norrbotten, Huvud- och DU-avtalet.²¹

Flera på varandra följande ändringar under löptiden av Huvud- och DU-avtalet

16. Mellan november 2020 och december 2022 har parterna ingått tre avtal, benämnda tilläggsavtal, utan föregående annonsering (se nedan för redogörelse av dessa ändringar).²²
17. Samma dag som parterna slöt det tredje tilläggsavtalet (nedan benämnt Tilläggsavtal 3), ingick parterna ytterligare två avtal (nedan benämnda Sidoavtalet och Överenskommelsen) som bland annat hänvisar till justeringarna enligt Tilläggsavtal 3. Av regionstyrelsebeslut om att ingå Tilläggsavtal 3, Sidoavtalet och Överenskommelsen med Leverantören, framgår att Sidoavtalet och Överenskommelsen avser kompensation till SUSSA med anledning av att leverans inte kommer att ske enligt tidplan respektive Leverantörens övertagande av risken för att ändra Avtalad specifikation och tidplan, bilaga 10.²³
18. Det är Tilläggsavtal 3, Sidoavtalet och Överenskommelsen (gemensamt benämnda Ändringsavtalen) som ligger till grund för denna ansökan.

Tilläggsavtal 1

19. Den 27 november 2020 ingick regionerna Örebro, Västernorrland, Västerbotten, Sörmland, Norrbotten, Gävleborg, Halland, Dalarna och Blekinge ett tilläggsavtal med Leverantören (Tilläggsavtal 1), bilaga 11.

¹⁹ Punkt 6.3.3 i Huvudavtalet, som anger vid vilka tidpunkter ersättning till Leverantör ska utgå och hur mycket (30 % efter avtalstecknande respektive beställning; 40 % efter Effektiv leveransdag; och 30 % efter godkänd slutbesiktning).

²⁰ Punkt 2.1.4 respektive 8.1 i Huvudavtalet.

²¹ Optionsparterna nyttjade sin optionsrätt genom tecknande av Avtal köp – bilaga A7 Avtal optionspartner, bilaga 8 b. I samband med detta och på grund av påverkan av covid-19, reviderades projektplanen något, bilaga 8 c.

²² Någon annonsering av ändringarna av Huvudavtalet och DU-avtalet genom det första och andra tilläggsavtalet (nedan benämnda Tilläggsavtal 1 och Tilläggsavtal 2) har inte genomförts i enlighet med 17 kap. 16 § LOU.

²³ Se sammanfattning av ärendet i regionerna Sörmlands, Västernorrlands, Gävleborgs och Blekinges regionstyrelseprotokoll (bilaga 10 till denna ansökan). Notera att regionstyrelseprotokollen för övriga regioner synes ha sekretessmarkerats.



20. Genom Tilläggsavtal 1 bytte Leverantören ut det i anbudet erbjudna IT-stödet för specialområdet Anestesi och intensivvård, Metavision²⁴, mot det nyligen förvärvade systemet Clinical Information System (CIS), bilaga 12.²⁵ CIS skulle levereras som en del av Leverantörens tidigare system COSMIC. Enligt Leverantören skulle CIS uppfylla kraven i upphandlingen "minst lika bra" som Metavision. Leverantören menade vidare att "skillnaderna i funktionalitet jämfört med Avtalad specifikation är små och bedöms inte ha bäring på hur väl ett specifikt krav uppfylls". Därtill angavs att CIS "ger över tid en högre patientsäkerhet och verksamhetsnytta på grund av att Leverantören i egenskap av produktägare kan säkerställa att CIS utvecklas som en fullt integrerad del av kärnsystemet" samt att CIS "kommer framåt utvecklas som en fullt integrerad del av COSMIC".²⁶ Det följer även av bilaga 12 att Metavision används på närmare 400 sjukhus runt om i världen och att systemet används, fristående eller integrerat, hos tre landsting i Sverige. Detta jämförs med CIS med en användning på fler än 200 IVA vårdplatser i Danmark och på Island.²⁷

Tilläggsavtal 2

21. Ett år senare, i december 2021, slöt regionerna Örebro, Västernorrland, Västerbotten, Sörmland, Norrbotten, Gävleborg, Halland, Dalarna och Blekinge ytterligare ett tilläggsavtal med Leverantören (Tilläggsavtal 2), bilaga 13.
22. Tilläggsavtal 2 ingicks med anledning av Leverantörens avisering om försening året innan, daterad den ■ oktober 2020.²⁸ Under utredningen har en förseningsavisering från den ■ november 2020 inkommit, bilaga 14.
23. Tilläggsavtal 2 förlängde den ursprungliga huvudavtalstiden från 10 till 11 år.²⁹ Enbart värdet för licenser på ett år uppgår till dryga 75 miljoner kronor för samtliga regioner, bilaga 15, som därmed tillkom Leverantören.
24. Vidare gjordes ändringar beträffande Huvudavtalets bestämmelser om grundimplementationen, betalningsmodell, leveransförsening och vite samt uppdatering av Huvudavtalets bilaga A5 Projektplan, bilaga 16, bland annat med innebörden att:

²⁴ Metavision är ett system från en tredjepartsleverantör.

²⁵ Bilagan redogör för Leverantörens uppfattning om hur CIS förhåller sig till Avtalad specifikation i tidigare lämnat anbudssvar. Bytet görs med stöd av punkt 2.1.4 i Huvudavtalet om utbyte av funktionalitet.

²⁶ Se s. 2 respektive 8 i bilaga 12 till denna ansökan.

²⁷ Se s. 18 i bilaga 12 till denna ansökan (jfr kriterium 4.6.1.2 i kravspecifikationen).

²⁸ Punkt 3 i Tilläggsavtal 2.

²⁹ Punkt 4.1 i Tilläggsavtal 2. Jfr punkt 1.6 i Huvudavtalet och punkt 2.4.2 i Inbjudan till anbudsansökan. Maximal avtalstid ändrades således från 19 till 20 år (se punkt 9 ovan).

- a. Grundimplementationen delades upp i två delar, en huvudleverans och en delleverans. Nya datum för Avtalad leveransdag sattes för huvudleveransen respektive delleveransen.³⁰ För huvudleveransen gällde därmed följande Avtalad leveransdag för:
- i. Region 1, den 16 december 2022 (således en ändring med cirka sexton månader framåt i tiden jämfört med Huvudavtalet); och
 - ii. Region 2–9, den 10 februari 2023 (således en ändring med mellan åtta till tolv månader framåt i tiden jämfört med Huvudavtalet).

Ny Avtalad leveransdag för samtliga nio regioner gällande delleveransen skulle nu komma att infalla den 24 april 2023.³¹

- b. [REDACTED] Kravet utgör en av grundförutsättningarna för vad som enligt Huvudavtalet skulle ingå i projektplanen/grundimplementationen.³² Det är ett villkor av betydelse för tillämpningen av Huvudavtalets bestämmelser om leveransförsening och vite, eftersom den aktuella tidpunkten markerar starten för leveranskontrollperioden vilket i sin tur påverkar bedömningen av när effektiv leveransdag infaller och därmed även när leveransförsening och rätt till vite enligt Huvudavtalet ska anses uppstå.³³ [REDACTED]
- c. Ytterligare en grundförutsättning för grundimplementationen ändrades genom att kravet på senaste tidpunkt för driftstart för samtliga beställare sköts fram med 12 respektive 14 månader i förhållande till vad som följde av Huvudavtalet.³⁵
- d. Huvudavtalets betalningsmodell justerades med innebörden att Leverantören skulle få ersättning redan vid leverans av acceptanstest till Beställare 1 i stället för att vänta med att få betalning efter Effektiv

³⁰ Med Avtalad leveransdag menas den dag då Leverantören enligt Huvudavtalet skulle uppfylla Avtalad specifikation efter genomförande av acceptanstester under leveranskontrollperioden, jfr begreppen Avtalad leveransdag, Avtalad specifikation, Acceptanstest och Leveranskontrollperiod i bilaga 7 till denna ansökan.

³¹ Se punkt 2.2 i bilaga A5 Projektplan (bilaga 16 till denna ansökan).

³² Punkt 3.3.1 i Huvudavtalet, s. 9.

³³ Se punkt 10 och 12 ovan.

[REDACTED]

³⁵ Punkt 3.3.1 i Huvudavtalet, s. 9. Jfr punkt 4.2 i Tilläggsavtal 2, s. 4.

leveransdag.³⁶ Leveransen sköts alltså fram, men Leverantören skulle ändå få betalt tidigare.

- e. Nya förutsättningar och tidpunkter för när leveransförsening skulle anses föreligga tillkom genom att en ny definition införs (Avtalad leveransdag vite, ALV).³⁷ Anpassning av vitesberäkningen skulle vidare ske i förhållande till om leveransförseningen avsåg huvud- eller delleverans.³⁸

Tilläggsavtal 3

25. I början av 2022 meddelade Leverantören att en komplett leverans inte kommer att kunna ske i enlighet med tidplan. Den huvudsakliga orsaken till detta var enligt Leverantören att

[REDACTED]

26. Med anledning av detta ingick således regionerna Örebro, Västernorrland, Västerbotten, Sörmland, Norrbotten, Gävleborg, Halland, Dalarna och Blekinge – efter en tids förhandlingar med Leverantören⁴⁰ – ännu ett tilläggsavtal med Leverantören den 22 december 2022 (Tilläggsavtal 3), bilaga 18.

[REDACTED]

³⁶ Jfr punkt 6.3.3 i Huvudavtalet och punkt 4.5 i Tilläggsavtal 2. Betalningsmodellen justerades således så att Leverantören skulle erhålla 20 % vid leverans av acceptanstest till Beställare 1 och 20 % efter Effektiv leveransdag (i stället för att få 40 % efter Effektiv leveransdag). Som säkerhet för regionerna, kom parterna överens om att Leverantören skulle återbetala de 20 % hänförliga till leverans av acceptanstest till Beställare 1 för det fall acceptanstest av huvudleveransen inte godkänns.

³⁷ Punkt 4.3 i Tilläggsavtal 2. Avtalad leveransdag vite (ALV) infaller för vissa regioner fyra (4) respektive åtta (8) månader efter Avtalad leveransdag (ALD). Enligt de ändrade bestämmelserna uppstår leveransförsening om den Effektiva leveransdagen infaller senare än Avtalad leveransdag vite (ALV) i stället för, som tidigare, efter ALD.

³⁸ Punkt 4.6 i Tilläggsavtal 2.

³⁹ Jfr sammanfattning av ärendet i regionerna Sörmlands, Västernorrlands, Gävleborgs och Blekinges regionstyrelseprotokoll (bilaga 10 till denna ansökan).

⁴⁰ Jfr sammanfattning av ärendet i regionerna Sörmlands, Västernorrlands, Gävleborgs och Blekinges regionstyrelseprotokoll (bilaga 10 till denna ansökan).



[Redacted text block]

[Redacted text block]

Sidoavtalet och Överenskommelsen

32. Som nämnts ovan ingick parterna även två andra avtal på samma dag som Tilläggsavtal 3 slöts, dvs. Sidoavtalet, bilaga 20, och Överenskommelsen, bilaga 21. [Redacted text]

33. Enligt Sidoavtalet ska Leverantören ersätta samtliga nio regioner (benämnda Kunden i Sidoavtalet) om Kunden skulle bli skyldig att betala skadestånd på upphandlingsrättslig grund till tredje man eller upphandlingsskadeavgift enligt LOU (det senare bland annat som en direkt följd av att ingåendet av Tilläggsavtal 3 av domstol slutligt skulle fastställas utgöra en otillåten direktupphandling).⁵¹ [Redacted text]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

- [Redacted text]
- [Redacted text]
- [Redacted text]
- [Redacted text]

⁵¹ Se punkt 1.3 och 2.1 i Sidoavtalet.

- [Redacted text]
- [Redacted text]



34. Av Överenskommelsen framgår bland annat att Leverantören förklarat sig villig att utge [redacted] till regionerna, bland annat mot bakgrund av justeringarna i tidplanen enligt Tilläggsavtal 3.⁵⁴ [redacted]

35. Region Örebro upplyste om ändringen genom ett ändringsmeddelande som publicerades i Tenders Electronics Daily (TED) den 27 juni 2023, bilaga 22, dvs. strax efter det att sex månader förflutit efter ingåendet av Tilläggsavtal 3.⁵⁵

Flera ansökningar om upphandlingsskadeavgift

36. Konkurrensverket vill upplysa om att ytterligare åtta ansökningar om upphandlingsskadeavgift denna dag lämnas in till förvaltningsrätterna i Luleå, Växjö, Karlstad, Falun, Härnösand, Linköping och Göteborg mot de upphandlande myndigheter som anges i punkt 2 ovan (Konkurrensverkets dnr 883–889/2023 och 891/2023). Konkurrensverket hemställer att dessa nio ansökningar handläggs gemensamt vid samma domstol.

Vad regionerna har uppgett

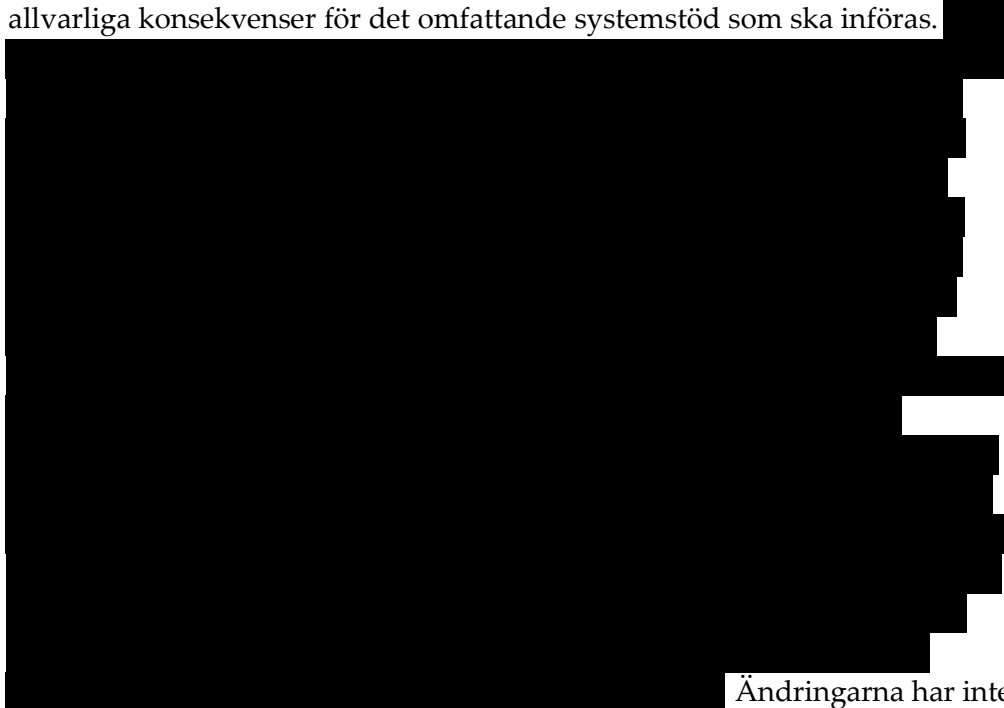
37. Regionerna har bland annat anfört följande. Det stämmer inte att något obligatoriskt krav frånfallits eller att något väsentligt avtalsvillkor inte skulle ha tillämpats. Ändringarna avser klagörande av beskrivningar av funktionalitet. Detta då viss funktionalitet byts ut eller ändras eftersom den täcks av annan funktionalitet eller på grund av felaktiga eller ändrade förutsättningar eller behov utifrån regionernas perspektiv. Bytet från Metavision till CIS skedde enligt en tidigare överenskommelse mellan parterna eftersom dess funktionaliteter bedömdes som likvärdiga. [redacted]

[redacted] Den förskjutna tidplanen innebär enbart en begränsad ändring. Den berörda funktionaliteten som ska levereras vid ett senare tillfälle avser mindre än fem procent av den totala leveransen. En så pass begränsad ändring skulle inte ha påverkat konkurrensen vid upphandlingen. Det stämmer inte att det förelegat en leveransförsening i avtalets mening. Någon i avtalet föreskriven tidsfrist hade inte överskridits när tilläggsavtalet ingicks och avtalets sanktioner var således inte tillämpliga. De ändringar som gjorts har haft stöd i 17 kap. 10 § LOU om ändrings- eller optionsklausuler och 17 kap. 12 § LOU om oförutsebara händelser. Huvudavtalet anger uttryckligen att en ändring av tidplaner och specifikationer kan komma att ske samt på vilka villkor sådana ändringar får ske. Ändring av en tidplan för en funktionalitet med en viss specifikation medför per definition att det sker

⁵⁴ Se punkt 1.2 och 1.3 i Överenskommelsen.

⁵⁵ Jfr förutsättningen i punkt 2.8 i Sidoavtalet.

delleverans av den funktionaliteten. Med en striktare upphandlingsrättslig tolkning skulle den ändringsklausulen helt tappa sin funktion, vilket skulle få allvarliga konsekvenser för det omfattande systemstöd som ska införas.



Ändringarna har inte medfört att avtalets övergripande karaktär ändrats eller att avtalsvärdet ökat med mer än 50 procent. Avtalsvärdet har inte ökat alls, utan tvärtom minskat marginellt. Ändringsmeddelandet har publicerats inom ramen för den löpande verksamheten. Det finns ingen i LOU fastställd tidpunkt för när dylika ändringsmeddelanden måste göras.

38. Konkurrensverket har under utredningen skickat en sammanfattande skrivelse till respektive region med verkets bedömning om att Ändringsavtalen utgör en otillåten direktupphandling. Region Örebro, Region Västerbotten och Region Västernorrland har inkommit med ett gemensamt yttrande över denna skrivelse. Resterande regioner har hänvisat till vad som framförs i yttrandet. Regionerna anger bland annat följande. Upphandlingen omfattade 205 utvärderingskriterier. De så kallade FVIS-kraven, som anges i bilaga 1 till Tilläggsavtal 3, är textextrakt ur Leverantörens anbudssvar på olika krav och kriterier. Respektive anbudssvar är alltså uppdelade i ett antal FVIS-krav. Anbudssvaren ingår i och ligger till grund för Avtalad specifikation. FVIS-kraven är cirka 1 500 delmängder av anbudssvaren till de 205 utvärderingskriterierna. Även om antalet FVIS-krav som berörs av justeringarna är förhållandevis många rör det sig likväl endast om mycket begränsade delar av anbudssvaret som helhet, vilket är det utvärderingen skett mot. Inga utvärderingskriterier har utgått och justeringarna har inte påverkat utvärderingsresultatet. Endast Tilläggsavtal 3 ska prövas vid bedömningen av om det har skett en otillåten ändring. Bedömningen ska göras mot Huvud- respektive DU-avtalet i sina reviderade lydelse genom Tilläggsavtal 1 och 2 (av regionerna benämnd FVIS-avtalet).



[REDACTED]

Ändringsavtalen mellan regionen och Leverantören utgör en otillåten direktupphandling

Nytt avtalsinnehåll mellan parterna har tillförts genom Ändringsavtalen

39. Tilläggsavtal 3 reglerar ändringar i leveransens tidplan och Avtalad specifikation. Med beaktande av dessa ändringar och med hänsyn tagen till de (enligt parterna begränsade) justeringar som Tilläggsavtal 3 utgör, har Leverantören åtagit sig att utge [REDACTED] till regionerna (Överenskommelsen), se punkt 34 ovan.

[REDACTED]

40. Enligt Sidoavtalet tar Leverantören dessutom på sig att ersätta regionerna för eventuella i domstol fastställda skadestands- eller upphandlingsskadeavgiftsanspråk gentemot regionerna som en direkt följd av ingåendet av Tilläggsavtal 3 och tillhörande avtal. [REDACTED]

[REDACTED]

41. Av utredningen framgår att Ändringsavtalen har utmynnat ur förhandlingar mellan parterna om hur situationen med leveransfördröjningen ska hanteras och lösas.⁵⁹ Regionerna och Leverantören har därefter slutit tre separata avtal på samma dag. Respektive regionstyrelse har godkänt att dessa tre avtal ska

[REDACTED]

⁵⁸ Se sammanfattning av ärendet i regionerna Sörmlands, Västernorrlands, Gävleborgs och Blekinges regionstyrelseprotokoll (bilaga 10 till denna ansökan).

⁵⁹ Notera att även avtal som objektivt skulle kunna ses som ett förlikningsavtal med innebörden att båda parterna ömsesidigt ger avkall på sina krav i syfte att lösa en tvist vars utgång var oviss och som uppstått på grund av svårigheter att fullgöra kontraktet, kan föranleda ett nytt upphandlingsförfarande, jfr mål C-549/14 *Finn Frogne*, p. 40.

ingås med Leverantören.⁶⁰ Nya rättigheter och skyldigheter har därigenom tillförts avtalsförhållandet.

42. Bedömningen av om ändringarna i fråga ska anses utgöra en otillåten direktupphandling ska därmed omfatta Ändringsavtalen som en helhet.⁶¹ Se även punkt 55–60 nedan om att bedömningen ska göras mot vad som ursprungligen gällde.

Upphandlingens karaktär och värde

43. Ändringsavtalen avser tjänster enligt 1 kap. 21 § LOU.
44. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Under 2022 uppgick tröskelvärdet för upphandlingar som avser tjänster till 2 236 731 kronor.
45. Av 5 kap. 3 § LOU följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet på options- och förlängningsklausuler ska inbegripas som om de utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet (5 kap. 5 § LOU).
46. Som anges ovan uppskattades upphandlingens värde till 4 372 900 000 kronor. Enligt regionerna uppgår det sammanlagda värdet av upphandlingen *efter* ändringarna till 4 322 900 000 kronor.⁶² Under utredningen har det framkommit att det uppskattade värdet av upphandlingen *efter* ändringarna för Region Västerbottens del uppgår till 484 719 382 kronor. Regionerna har gjort gällande att upphandlingens värde enbart ska fastställas till vad själva ändringen genom Tilläggsavtal 3 uppgår till, dvs. maximalt 50 miljoner kronor.
47. Tilläggsavtal 3 justerar avtalsinnehållet i, och blir således en integrerad del av, det ursprungliga Huvudavtalet. När en ändring är otillåten enligt ändringsbestämmelserna i 17 kap. LOU, ska den ses som en ny upphandling som ska annonseras. Eftersom Tilläggsavtal 3 inte är ett fristående avtal som självständigt reglerar den upphandlade tjänsteleveransen, varken i tid eller omfattning, är det dock inte värdet av Tilläggsavtal 3 som ska beaktas vid sådan ny konkurrensutsättning. Upphandlingens värde ska i stället omfatta

⁶⁰ Se bilaga 10 till denna ansökan för beslut att godkänna.

⁶¹ Jfr mål C-451/08 *Helmut Müller*, p. 81–82 och p. 33 (tolkningsfråga 9).

⁶² Jfr punkt VII.1.6 i ändringsmeddelandet i bilaga 22 till denna ansökan.

det värde som den ursprungliga upphandlingen uppskattats till, med beaktande av de genomförda ändringarna.

48. Konkurrensverket bedömer därför att upphandlingens värde ska fastställas till det sammanlagda värdet av upphandlingen *efter* ändringarna, dvs. 4 322 900 000 kronor.⁶³
49. Mot bakgrund av detta borde Ändringsavtalen, som har ingåtts utan föregående konkurrensutsättning, ha annonserats i enlighet med 10 kap. 1 § LOU, såvida något undantag inte har varit tillämpligt.

Undantag från annonsering

50. Huvudregeln är att avtal inte får ändras utan ny upphandling.⁶⁴ Principen om likabehandling och den skyldighet att lämna insyn som följer, utgör hinder för den upphandlande myndigheten och leverantören att efter tilldelningen av ett avtal ändra bestämmelserna i avtalet så att det uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet.⁶⁵
51. EU-domstolens praxis innebär att en ändring i ett avtal under avtalstiden kan godtas utan en ny konkurrensutsättning om potentiella leverantörer haft lika möjlighet att vid tiden för anbud inse att en sådan ändring skulle kunna komma i fråga och att då beakta detta. Den likabehandlingsprincip som gäller inom upphandlingsrätten är således av avgörande betydelse.⁶⁶
52. Enligt 17 kap. 8 § LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§. Regleringen anger uttömmande i vilka situationer ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan att en ny upphandling behöver genomföras. En ändring utan stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§ utgör med andra ord en otillåten direktupphandling.⁶⁷
53. Eftersom det rör sig om ett undantag från huvudregeln om att upphandlingsförfarande ska genomföras, ska bestämmelserna om tillåten ändring tolkas restriktivt. En tolkning får dock inte fränta undantaget dess ändamålsenliga verkan.⁶⁸

⁶³ Värdet på Sidoavtalet och Överenskommelsen har inte beaktats. Konkurrensverket kan dock konstatera att värdet, oaktat detta, vida överstiger tröskelvärdet.

⁶⁴ 17 kap. 8 § LOU, artikel 72.5 direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet) och prop. 2015/16:195 s. 844.

⁶⁵ Se bland annat mål C-526/17 *Kommissionen mot Italien*, p. 58–59 och där angivna rättsfall, HFD 2016 ref. 85 samt prop. 2015/16:195 s. 842 ff och 1127 ff.

⁶⁶ HFD 2016 ref. 85 och där anmärkta rättsfall.

⁶⁷ Prop. 2015/16:195 s. 1127.

⁶⁸ Se mål C-461/20 *Advania*, p. 30.



54. Regionen har gjort gällande att ändringarna varit tillåtna med stöd av dels 17 kap. 10 § LOU om ändrings- och optionsklausuler, dels 17 kap. 12 § LOU om oförutsebara omständigheter.

Bedömningen ska omfatta samtliga ändringar i förhållande till det ursprungligt annonserade Huvud- och DU-avtalet

55. Enligt regionerna ska bedömningen av om ändringarna är tillåtna eller inte endast göras utifrån justeringarna enligt Tilläggsavtal 3, eftersom preskriptionsfristen enligt 21 kap. 7 § LOU för både Tilläggsavtal 1 och Tilläggsavtal 2 har löpt ut. Regionerna menar vidare att bedömningen av ändringarna ska jämföras med FVIS-avtalet, dvs. Huvud- och DU-avtalet i dess justerade lydelse, inklusive de ändringar som genomförts enligt Tilläggsavtal 1 och Tilläggsavtal 2.
56. Av ordalydelsen i 17 kap. 9–14 §§ LOU följer att ändringarna ska jämföras mot *den ursprungliga upphandlingen* eller *det ursprungliga kontraktet*.⁶⁹ Av 4 kap. 2 § LOU följer att bestämmelserna om ändring av kontrakt och ramavtal inte får utnyttjas på ett konstgjort sätt i syfte att kringgå lagen. Detta anges inte särskilt i LOU:s bestämmelser om ändring av kontrakt och ramavtal.⁷⁰
57. I detta fall har regionerna slutit flera på varandra följande tilläggsavtal utan föregående annonsering. Att endast beakta ändringarna enligt Tilläggsavtal 3 gentemot avtalsinnehållet i FVIS-avtalet, skulle strida mot den allmänna bestämmelsen i 4 kap. 2 § LOU. Det skulle vara alldeles för lätt att kringgå upphandlingslagstiftningen om en upphandlande myndighet exempelvis – genom successiva ändringar – för varje enskild ändring endast justerade inom ramen för vad som är tillåtet gentemot den närmast föregående ändringen. För att iaktta principerna om likabehandling och transparens behöver samtliga ändringar beaktas för att kunna bedöma skillnaden från vad som ursprungligen gällde i den konkurrensutsatta upphandlingen.
58. Därutöver ska det erinras om att Tilläggsavtal 2 inte heller varit föremål för någon föregående annonsering. Nedan kommer att redogöras för varför ändringarna genom Tilläggsavtal 2 inte varit tillåtna enligt LOU och att Tilläggsavtal 2 därmed i sig kan ses som en otillåten direktupphandling.
59. I samband med detta ska noteras att ändringsbestämmelserna inte är tillämpliga på tidigare otillåtna direktupphandlingar (se Förvaltningsrätten i Uppsalas dom i mål nr 8226-21).

⁶⁹ Jfr bland annat mål C-526/17 *Kommissionen mot Italien*, p. 58–59 och där angivna rättsfall, HFD 2016 ref. 85 samt prop. 2015/16:195 s. 842 ff och 1127 ff.

⁷⁰ Se prop. 2015/16:195 s. 1127 om artikel 72.1 b andra stycket, artikel 72.1 c iii och artikel 72.1 d ii i LOU-direktivet.



60. Mot bakgrund av detta ska således tillämpligheten av 17 kap. 10 och 12 §§ LOU bedömas utifrån samtliga ändringar, inklusive de som i sig är preskriberade.

Ändrings- och optionsklausuler

61. 17 kap. 10 § LOU stadgar att kontrakt eller ett ramavtal får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen (1) har angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen; (2) klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas; och (3) anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

62. Av punkt 8.1 i Huvudavtalet framgår följande.

Ändring av Avtalad specifikation och tidplan får endast ske efter Skriftlig överenskommelse mellan Parterna. Leverantören ska Skriftligen meddela Beställaren om Leverantören anser att ett visst arbete innebär ändring av Leveransens omfattning och därmed ändring av Avtalad specifikation eller tidplan. För det fall Leverantören inte lämnar Beställaren sådant meddelande, ska arbetet eller åtgärden anses ingå i Avtalad specifikation.

63. Regionerna gör gällande att klausulen, som har angetts i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen, medger ändringarna av Avtalad specifikation och tidsplan enligt Tilläggsavtal 3.

64. Av punkt 55–60 ovan följer dock att samtliga genomförda ändringar, även de som justerats enligt avtal som i sig är preskriberade, ska beaktas.

65. Inledningsvis konstateras att den aktuella ändringsklausulen inte omfattar ändringar som avser annat än justeringar av Avtalad specifikation och tidplan.⁷¹

66. Vidare medger ändringsklausulen inte någon justering av innebörden att



67. Det kan i samband med detta noteras att i Frågor och svar under upphandlingen, ifrågasattes såväl vitesklausulens omfattning som dess

⁷¹ Se exempelvis punkt 23, 24 (b)–(e), 28 och 32–34 ovan.



tidsmässiga förutsättningar. I syfte att minimera risken för leveransförseningar fick dock vitesklausulen i dess ursprungliga version kvarstå trots dessa påpekanden.⁷³

68. Vid jämförelse med Huvudavtalets tidplan, har Tilläggsavtal 2 och Tilläggsavtal 3 medfört en betydande tidsförskjutning i leveransen. [REDACTED] Detta har inte framgått klart, exakt och entydigt av ändringsklausulen, vilket i princip har gett parterna en obegränsad frihet.⁷⁴ I avsaknad av uttryckliga hänvisningar till i vilken utsträckning villkor kan komma att ändras, har leverantörer som varit intresserade av att delta i upphandlingen inte fått kännedom om detta från början och därmed inte behandlats lika när de utformar sina anbud.⁷⁵
69. Även om ändringsklausulen – i motsats till vad Konkurrensverket anför – skulle anses uppfylla kraven i 17 kap. 10 § 1–3 LOU, har den övergripande karaktären ändrats.
70. Detta bland annat genom att ändringarna som gjorts genom Tilläggsavtal 2⁷⁶ samt den omständigheten att Sidoavtalet och Överenskommelsen ändrat spelplanen för den ursprungliga konkurrenssituationen genom att avtala om kompensation och riskövertagande med anledning av de aktuella justeringarna⁷⁷, lett till att principerna om transparens och likabehandling trätts för när. Principerna sätter de yttersta gränserna för vilka ändringar som är tillåtna.⁷⁸
71. Det har inte varit möjligt att vid tiden för anbud inse att sådana ändringar skulle kunna aktualiseras.⁷⁹ Det kan antas att resultatet i upphandlingen skulle ha påverkats om ändringarna varit kända från början.⁸⁰ Ändringsavtalen strider på dessa grunder tydligt mot likabehandlings- och transparensprinciperna och innebär att den övergripande karaktären på det

⁷³ Se Frågor och svar (bilaga 9 till denna ansökan), fråga 47, 84.

⁷⁴ Se skäl 111 i LOU-direktivet.

⁷⁵ EU-domstolens mål C-549/14 *Finn Frogne*, p. 37 och däri angivna hänvisningar.

⁷⁶ Ändringarna omfattar bland annat åsidosättande av möjligheten att utnyttja leveransförsenings- och vitesklausulen enligt Huvudavtalet samt ändring av betalningsmodell och huvudavtalstid i förhållande till vad som ursprungligen gällt. Se även punkt 12 och 67 ovan avseende leverantörers synpunkter på Huvudavtalets leveransförsenings- och vitesklausul under upphandlingsförfarandet.

⁷⁷ Jfr bland annat punkt 39–41 ovan.

⁷⁸ Att en ändring inte får ändra den övergripande karaktären på ett avtal framgår bland annat av 17 kap. 10 och 12 §§ LOU och utgör en säkerhetsmekanism för att ändringar i enlighet med bestämmelserna inte ska gå för långt.

⁷⁹ Jfr HFD 2016 ref. 85, mål C-549/14 *Finn Frogne*, p. 37 och 38 och mål C-496/99 *Kommissionen mot CAS Succhi di Frutta*, p. 116, 118 och 121 om vikten av att inte ändra avtalsvillkoren utan att detta föreskrivits.

⁸⁰ Jfr sista ledet i skäl 109 LOU-direktivet, där ändring av övergripande karaktär sammanfattningsvis beskrivs som situationer där man kan anta att resultatet skulle ha påverkats.



ursprungliga Huvud- och DU-avtalet har förändrats.⁸¹ Mot bakgrund av syftet med direktivet i allmänhet och reglerna om ändring av kontrakt i synnerhet kan ändringarna inte accepteras, särskilt med beaktande av att det inte framgått i upphandlingsdokumenten att de aktuella ändringarna kan komma att ändras.

Oförutsebara omständigheter

72. Av 17 kap. 12 § LOU följer att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet. En sådan ändring får dock inte (1) medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras; eller (2) innebära att värdet av kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 procent.
73. Regionerna har hänvisat till covid-19-pandemin, kriget i Ukraina och den allmänna politiska och ekonomiska situationen på Sri Lanka.
74. Undantagsbestämmelsen kräver att det finns ett orsakssamband mellan de oförutsebara omständigheterna och behovet av ändringen. Det är alltså inte tillräckligt att en omständighet i och för sig var oförutsebar, utan omständigheten måste också ha orsakat behovet av den ändring som skett. En restriktiv tolkning av kravet på orsakssamband innebär att en ändring inte får gå utöver vad som är nödvändigt för att fylla det behov som uppstått på grund av den oförutsebara omständigheten.
75. Kravet på orsakssamband innebär att regionerna måste kunna härleda varje ändring i förhållande till Huvudavtalet till en oförutsebar omständighet.

76.

[Redacted text]

Även om pandemin i sig kan utgöra en oförutsebar omständighet vid en viss given tidpunkt, ifrågasätter Konkurrensverket även att orsakssambandet mellan pandemin och [Redacted text]

[Redacted text]

⁸¹ Se även prop. 2015/16:195 s. 849 f om exempel på ändring av övergripande karaktär (en upphandlande myndighet frånfaller ett krav som ställts i upphandlingen eller avstår från att tillämpa ett väsentligt avtalsvillkor, t.ex. avseende vite).

⁸² Bilaga 14 till denna ansökan.



[REDACTED] Till detta kommer det nya avtalsinnehållet enligt Sidoavtalet och Överenskommelsen.

[REDACTED]

78. Konkurrensverket invänder inte mot att kriget i sig utgör en oförutsebar omständighet [REDACTED]

[REDACTED]

79. Enligt Konkurrensverkets mening har dock behovet av ändringarna i Tilläggsavtal 3 inte ett direkt samband med kriget. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] *Behovet* av ändringarna är således en följd av andra omständigheter som uppstått tidigare.

80. Alldeles oavsett om ändringarna avseende [REDACTED] i Tilläggsavtal 3 skulle anses ha ett direkt samband med kriget i Ukraina, motiverar det inte ingåendet av Sidoavtalet och Överenskommelsen och inte heller de ändringar som genomförts genom Tilläggsavtal 2 (som även ska beaktas vid bedömningen om ändringsbestämmelsens tillämplighet).

81. Detsamma gäller för ändringarna av [REDACTED] i Tilläggsavtal 3 som enligt regionerna föranleddes av situationen på Sri Lanka.

82. Alldeles oavsett, står det klart att ändringarna uppvisar betydande skillnader i förhållande till kraven och villkoren i det ursprungliga kontraktet.

83. En ändring på grund av oförutsebara omständigheter får inte medföra att avtalets övergripande karaktär ändras. Den övergripande karaktären kan ändras om den upphandlande myndigheten frånfaller ett krav som ställts i upphandlingen, avstår från att tillämpa ett väsentligt avtalsvillkor eller gör

[REDACTED]

alltför dramatiska förändringar av parternas förpliktelser.⁸⁴ Det är tillräckligt att ändringen skulle ha haft en hypotetisk påverkan på resultatet i den ursprungliga upphandlingen för att den övergripande karaktären ska anses ha ändrats.⁸⁵

84. Om de aktuella ändringarna hade funnits med i de handlingar som användes i förfarandet för den ursprungliga upphandlingen så hade utfallet kunnat vara ett annat.⁸⁶
85. Som exempel kan nämnas att parterna avtalat bort avgörande utgångspunkter för tillämpningen av de i Huvudavtalet ursprungliga förutsättningarna avseende leveransförsening och vite. Med hänsyn till det avsevärt höga kontraktsvärdet kunde tillämpningen av det ursprungliga vitesvillkoret innebära maxvite, vilket potentiella anbudssökanden/anbudsgivare har räknat med i enlighet med de ursprungliga upphandlingsdokumenten (se bland annat punkt 12 och 67 ovan). Med hänsyn till de stora ekonomiska risker en leverantör tar genom att acceptera villkoret och lämna ett anbud med beaktande av detta, kan det inte uteslutas att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen. Som nämnts ovan omfattas inte avsteg från ett väsentligt avtalsvillkor, såsom att inte tillämpa en ursprungligen avtalad vitesklausul, av ändringsbestämmelserna i LOU då det ändrar den övergripande karaktären på upphandlingen.⁸⁷ Till dessa kan även räknas ändringarna av betalningsmodellen, huvudavtalstiden samt det nya avtalsinnehållet genom Sidoavtalet och Överenskommelsen.
86. Den övergripande karaktären av det ursprungliga kontraktet har således ändrats. Detta innebär att ändringarna inte varit tillåtna med stöd av 17 kap. 12 § LOU.
87. Sammanfattningsvis bedömer Konkurrensverket att Region Västerbotten saknat stöd i LOU för att genomföra de ändringar som gjorts utan en föregående annonsering. Ändringsavtalen utgör således en otillåten direktupphandling.

⁸⁴ Se prop. 2015/16:195 s. 849 f.

⁸⁵ Se skäl 109 LOU-direktivet, som anger att en ändring inte kan göras om upphandlingens övergripande karaktär ändras "eftersom man i en sådan situation kan *anta* att resultatet skulle ha påverkats" (Konkurrensverkets kursivering). I den engelska språkversionen uttrycks detta "in such a situation, a *hypothetical* influence on the outcome may be assumed" (Konkurrensverkets kursivering).

⁸⁶ Så är till exempel fallet om ändringarna innebär att kontraktstilldelningen kan ifrågasättas på så sätt att om dessa ändringar hade funnits med i de handlingar som användes i förfarandet för den ursprungliga upphandlingen så hade ett annat anbud kunnat vinna upphandlingen eller andra anbudsgivare kunnat delta, jfr mål C-549/14 *Finn Frogne*, p. 28.

⁸⁷ Prop. 2015/16:195 s. 850.

Upphandlingsskadeavgift

88. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 och 2 § LOU). 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.⁸⁸
89. 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.⁸⁹
90. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. LOU (21 kap. 4 § LOU).
91. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är (21 kap. 5 § första stycket LOU). Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.⁹⁰ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁹¹ I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § andra stycket LOU).
92. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.⁹² Relevanta omständigheter omfattar bland annat den upphandlande myndighetens agerande.⁹³
93. 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 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

⁸⁸ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

⁸⁹ Prop. 2009/10:180 s. 196 f.

⁹⁰ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369 f.

⁹¹ HFD 2014 ref. 69.

⁹² HFD 2014 ref. 49.

⁹³ Se bland annat art. 2e.2 andra stycket direktiv 2007/66/EG (rättsmedelsdirektivet).



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.⁹⁴ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁹⁵

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

94. Upphandlingen avser en tillfällig gemensam upphandling enligt artikel 38.2 i LOU-direktivet. Av denna bestämmelse följer att de upphandlande myndigheterna gemensamt ansvarar för att fullgöra skyldigheterna enligt LOU-direktivet.
95. Regionerna gör gällande att det – i ljuset av det gemensamma ansvaret – är rimligt att regionerna gemensamt även ansvarar för den rättsliga följderna av den överträdelse som man tillsammans gjort sig skyldig till. Detta innebär, för det fall en avgift skulle bli aktuell, att regionerna gemensamt ska betala en upphandlingsskadeavgift som maximalt kan uppgå till tio miljoner kronor alternativt tio procent av upphandlingens värde enligt 21 kap. 4 § LOU. Givet hur upphandlingens värde ska bestämmas menar regionerna således att en maximal upphandlingsskadeavgift inte får bestämmas till ett högre belopp än totalt fem alternativt tio miljoner kronor för regionerna tillsammans.
96. Konkurrensverket kan konstatera att det saknas stöd för att ansvaret som föreskrivs i artikel 38.2 LOU-direktivet ska vara solidariskt. Varje region har självständigt fattat beslut om tilldelning och ingående av såväl ursprungligt Huvud- och DU-avtal som efterföljande tilläggsavtal (inklusive Sidoavtalet och Överenskommelsen).⁹⁶ Respektive region har tilldelat Ändringsavtalen till Leverantören utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades. Tilldelningen utgör därmed en otillåten direktupphandling och grund för upphandlingsskadeavgift föreligger därför.⁹⁷ Upphandlingsskadeavgiften för respektive region ska bestämmas i enlighet med 21 kap. 4 § LOU.
97. Som nyss nämndes, är det i detta fall fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde.

⁹⁴ Prop. 2009/10:180 s. 197 f och 369 f.

⁹⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 samt Kammarrätten i Göteborgs domar den 5 december 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

⁹⁶ Jfr regionstyrelseprotokoll samt punkt 8 i Huvudavtalet och bilaga A4 Definitioner som föreskriver att ändringar och tillägg ska vara undertecknade av behörig företrädare för respektive ingående enskild myndighet för att vara gällande. Jfr även skäl 71 sista stycket i LOU-direktivet som bland annat anger att varje upphandlande myndighet bör ensam vara ansvarig för förfaranden eller delar av förfaranden som den ensam genomför, exempelvis tilldelning av kontrakt.

⁹⁷ 21 kap. 1 § 3 LOU.

Konkurrensverket noterar vidare att upphandlingens värde är så pass högt att upphandlingsskadeavgiften som högst kan uppgå till takbeloppet, dvs. 10 000 000 kronor.⁹⁸

98. Därtill kommer att regionerna avvaktade med att upplysa om ändringen av kontraktet genom ett ändringsmeddelande i enlighet med i 17 kap. 16 § LOU till dess att tidsfristen för leverantörers möjlighet att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet löpt ut (detta i enlighet med förutsättningarna för att Leverantören skulle åta sig att ersätta regionerna för eventuellt utdömmande av skadestånd eller upphandlingsskadeavgift, se punkt 33 ovan). 17 kap. 16 § LOU innehåller inte någon regel om inom vilken tid ett ändringsmeddelande senast ska publiceras. Enligt Konkurrensverkets uppfattning utgör den aktuella bestämmelsen en kontrollmekanism som möjliggör för bland annat andra leverantörer att säkerställa att principerna om likabehandling och transparens har iakttagits vid upphandlande myndigheters tillämpning av ändringsbestämmelserna. Detta för att dessa ska kunna utnyttja de tillgängliga rättsmedel som enligt rättsmedelsdirektivet ska stå till deras förfogande. Eftersom regionerna har avvaktat med publicering av ändringsmeddelandet tills tidsfristen om sex månader från ingående av Ändringsavtalen löpt ut, har detta i praktiken utsläckt andra leverantörers möjlighet att upptäcka ändringen och utnyttja tillgängliga rättsmedel såsom ansökan om överprövning av avtals giltighet.⁹⁹ Regionernas agerande att avtala med Leverantören om att denne ska ersätta regionerna för eventuella kostnader i samband med eventuellt utdömmande av skadestånd eller upphandlingsskadeavgift, riskerar dessutom att underminera avgiftens avskräckande syfte och i förlängningen motverka rättsmedelsdirektivets ändamål att säkerställa en effektiv efterlevnad av upphandlingslagstiftningen. Dessa omständigheter ska ses som försvårande.
99. Enligt Konkurrensverkets mening innebär enbart omständigheterna som anges i punkt 97–98 ovan för att överträdelsen är av sådan särskilt graverande art att sanktionsvärdet motsvarar det högsta (jfr HFD 2014 ref. 69).
100. Det följer av omständigheterna i ärendet att sanktionsvärdet för den aktuella överträdelsen är mycket högt. Vid bedömningen av vad som ska utgöra en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för överträdelsen, är

⁹⁸ Detta gäller även om man enbart skulle beakta regionens andel av det uppskattade värdet efter ändringarna, se punkt 46 ovan.

⁹⁹ 20 kap. 13 och 17 §§ LOU. Notera att det heller inte framgått av ändringsmeddelandet att Sidoavtalet och Överenskommelsen har ingåtts mellan parterna. Andra leverantörer har därmed inte kunnat till fullo ta tillvara sin rätt till rättsmedel eftersom ändringsmeddelandet endast upplyst om en del av justeringarna i parternas avtalsförhållande.

Konkurrensverket dock förhindrat att ansöka om en avgift som överstiger takbeloppet på 10 000 000 kronor.

101. Det kan även noteras att Huvudavtalet löper under en lång tid och att Tilläggsavtal 3 indikerar att fler ändringar av Avtalad specifikation och tidplan kan komma att göras.¹⁰⁰ Region Västerbotten har dessutom tidigare genomfört otillåtna direktupphandlingar, vilket i sig bör ses som en försvårande omständighet.¹⁰¹
102. Det saknas omständigheter som talar för att det skulle vara ett ringa fall eller att avgiften ska efterges.
103. Mot bakgrund av detta, och vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet, anser Konkurrensverket att en upphandlings-skadeavgift på 10 000 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Anna Görgård
Processråd

Bifogas

Bilaga 1 – Inbjudan till anbudsansökan, Framtidens vårdinformationsstöd, diarienummer 16RS2022

Bilaga 2 – Kravspecifikationen (utdrag)

Bilaga 3 – Bilaga F1 Utvärderingsmodell

Bilaga 4 – Meddelande om tilldelning av kontrakt av den 23 juni 2023

Bilaga 5 – Huvudavtalet

¹⁰⁰ Jfr punkt 2.2 i Tilläggsavtal 3.

¹⁰¹ Se Förvaltningsrätten i Umeås avgörande i mål nr 3326-18.

Bilaga 6 – DU-avtalet

Bilaga 7 – Bilaga A4 Definitioner till Huvudavtalet

Bilaga 8 – Bilaga A5 Projektplan, FVIS Grundimplementation, 2019-06-26

Bilaga 8 b – Avtal köp – bilaga A7 Avtal optionspartner

Bilaga 8 c – Bilaga A5 Projektplan, FVIS Grundimplementation, 2020-06-11

Bilaga 9 – Frågor och svar under det selektiva förfarandet (utdrag)

Bilaga 10 – Regionstyrelseprotokoll

Bilaga 11 – Tilläggsavtal 1

Bilaga 12 – Bilaga 2 till Tilläggsavtal 1 (utdrag)

Bilaga 13 – Tilläggsavtal 2

Bilaga 14 – E-postmeddelande om anmälan av force majeure, 20 november 2020

Bilaga 15 – Bilaga A2 Priser till Tilläggsavtal 2

Bilaga 16 – Bilaga A5 Projektplan, FVIS Grundimplementation, 2021-06-07

Bilaga 17 – Ändringsbegäran 32 (ÄB 32)

Bilaga 18 – Tilläggsavtal 3

Bilaga 19 – Bilaga 1 till Tilläggsavtal 3

Bilaga 20 – Sidoavtalet

Bilaga 21 – Överenskommelsen

Bilaga 22 – Ändringsmeddelande av den 27 juni 2023

Bilaga 23 – Icke-konfidentiell version av denna ansökan