

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Stockholms läns landsting, Box 22550, 104 22 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Stockholms läns landsting ska betala 350 000 (trehundrafemtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se



Grunder

1. Stockholms läns landsting (landstinget) har brutit mot LOU genom att den 22 januari 2014 ingå avtal med Stiftelsen Bräcke Diakoni avseende bedrivande av lymfödemottagning i öppen vård, se bilaga 1. Avtalet har ingåtts utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU trots att förutsättningarna för ett sådant förfarande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Landstinget ingick den 29 juni 2004 ett oannonserat avtal om rehabiliteringstjänster i Sverige med Stiftelsen Röda Korshemmet, se bilaga 2. Lymfödembehandling i öppen vård var ett av de verksamhetsområden som ingick i avtalet. Avtalet gällde under perioden den 1 januari 2005–31 december 2007 med upp till två års förlängning.
3. Landstinget ingick den 29 december 2009 ett vårdavtal avseende bedrivande av lymfödemottagning i öppen vård med Stiftelsen Röda Korshemmet, se bilaga 3. Avtalet gällde under perioden den 1 januari–31 december 2010 och det kunde förlängas upp till ett år. Genom tilläggsavtal bestämdes att avtalet skulle gälla även under perioden den 1 januari 2011–31 december 2013, se bilaga 4. Tilläggsavtalet undertecknades av parterna den 19 december 2012 och den 13 februari 2013.
4. I bilagan *Uppdragsbeskrivning för lymfödemottagning i öppen vård* till det avtal som ingicks den 29 december 2009 anges bl.a. att verksamheten ska utgöra en del av det utbud landstinget bedömer ska finnas som en specialistfunktion för personer med behov av omfattande lymfödembehandling och/eller utredning av lymfödem. Mottagningen ska erbjuda specialiserad lymfödembehandling för personer med diagnosticerade primära eller sekundära lymfödem och utredning av lymfödem som kräver särskild kompetens och resurser inom lymfödemutredning och behandling. I avsnitt 2 i samma bilaga anges att vårdtjänsten lymfödemottagning ska:
 - a bedöma, utreda, behandla och utvärdera insatta åtgärder,
 - b erbjuda behandling på mottagning, individuellt eller i grupp,
 - c bedriva lymfödembehandling enligt Kombinerad Fysikalisk Ödemterapi (KFÖ),
 - d upprätta individuell plan för rehabilitering i samråd med patienten,
 - e vid behov förskriva hjälpmedel för lymfödembehandling,
 - f ge konsultationer inom respektive profession, gentemot övriga länkar i rehabiliterings/vårdkedjan, och
 - g utreda lymfödem där det krävs specialistkompetent läkare, samt



- h* vara en specialistfunktion för lymfödemutredning och behandling i Stockholms län.
5. Stiftelsen Röda Korshemmet framställde den 14 november 2013 en begäran till landstinget om godkännande att överlåta avtalet till Stiftelsen Bräcke Diakoni. Landstinget har under Konkurrensverkets granskning anfört att Stiftelsen Röda Korshemmet från och med den 2 januari 2014 överlät verksamheten inklusive lokaler, befintlig personal, befintliga kund- och entreprenadavtal samt övriga avtal associerade med verksamheten till Stiftelsen Bräcke Diakoni. Efter en prövning av överlåtelsen beslutade landstinget att ingå det avtal med Stiftelsen Bräcke Diakoni, som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan (se bilaga 1). Det nya avtalet ersatte det tidigare avtalet som därmed upphörde att gälla.
 6. Landstinget erbjuder idag vård inom ramen för vårdvalet *Planerad specialiserad rehabilitering* som innebär rehabilitering för patienter med diagnostiserade lymfödem under begränsade tidsperioder (begränsat till antal vård dagar), se bilaga 5. De patienter som har behov av vård som går utöver den vård som omfattas av den planerade specialiserade rehabiliteringen kan söka ytterligare vård hos Stiftelsen Bräcke Diakoni.

Landstingets avtal med Stiftelsen Bräcke Diakoni utgör en otillåten direktupphandling

7. Konkurrensverket initierade granskningen av upphandlingen efter ett tips från en leverantör inom det aktuella vårdområdet. Leverantören ifrågasatte varför landstinget inte hade annonserat upphandlingen och uppgav sig kunna leverera de tjänster som efterfrågades.
8. Avtalet undertecknades av landstinget den 16 januari 2014 och av Stiftelsen Bräcke Diakoni den 22 januari 2014. Avtalet gällde under perioden den 1 januari–31 december 2014 och någon möjlighet till förlängning av avtalet fanns inte. Uppdragsbeskrivningen och innehållet i vårdtjänsten är densamma som i tidigare avtal. Ersättning utgår enligt avtalet för fasta och produktionsrelaterade ersättningar till Stiftelsen Bräcke Diakoni med högst 4 042 709 kronor per år. Vårdgivaren äger också rätt att behålla de patientavgifter som erläggs av patienten och att få ersättning för frikort även efter uppnått ersättningstak för avtalsperioden.
9. Det aktuella avtalet avser tjänster som enligt bilaga 3 till LOU förtecknas som s.k. B-tjänster (kategori hälsovård och socialtjänster). För upphandling av sådana tjänster ska 15 kap. LOU tillämpas (1 kap. 2 § LOU).
10. Syftet med bestämmelserna om offentlig upphandling är att upphandlande myndigheter på bästa sätt ska använda de offentliga medel som finansierar



offentliga upphandlingar, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Regelverket syftar även till att ge leverantörer möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling. I enlighet med syftet ska upphandlingar som huvudregeln annonseras (15 kap. 4 § LOU). Alla potentiella leverantörer ska därigenom beredas tillfälle att komma in med anbud.

11. En upphandling utan annonsering är tillåten om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som gällde vid avtalets ingående, dvs. ca 270 000 kronor till och med den 30 juni 2014. Ett avtal får i övrigt ingås med en leverantör utan föregående annonsering endast i vissa specificerade undantagsfall (15 kap. 3 § andra stycket LOU). Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar är uttömmande uppräknade och ska enligt praxis från EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen samt enligt förarbetsuttalanden tolkas restriktivt.¹
12. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten även beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret (15 kap. 3 a § LOU). Av avtalet framgår att ersättningstaket uppgår till 4 042 709 kronor per år och att Stiftelsen Bräcke Diakoni också har rätt att behålla de patientavgifter som erläggs av patienten och att få ersättning för frikort även efter uppnått ersättningstak. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att värdet av kontraktet uppgår till minst 4 042 709 kronor. Eftersom värdet överstiger gränsen för direktupphandling, skulle upphandlingen ha hanterats enligt huvudregeln och därmed annonserats.
13. Konkurrensverket kan konstatera att upphandlingen inte har föregåtts av någon annonsering och att avtalet utgör en direktupphandling som är otillåten om det inte föreligger synnerliga skäl att underlåta annonsering. Landstinget har invänt att det har funnits sådana skäl och att direktupphandlingen har varit tillåten.
14. Sammanfattningsvis har landstinget anfört att avtalet med Stiftelsen Bräcke Diakoni har varit en temporär åtgärd i avvaktan på eventuella organisatoriska förändringar med anledning av en översyn av lymfödemvården. Syftet har varit att temporärt säkerställa vårdbehov och patientkontinuitet i vården och för att, under synnerlig brådskade förutsättningar, undvika risker för patientsäkerheten i samband med vårdavtalets upphörande. Avtalet har teck-

¹ Se bl.a. mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.



nats för att undvika ett avtalslöst tillstånd. Vidare har landstinget anfört att det har planerat att genomföra en upphandling av tjänsterna under sommaren 2014, men att upphandlingen har försenats till följd av den utredning som genomförts angående bl.a. strukturen för framtidens hälso- och sjukvård. Vidare har det enligt landstinget i vart fall inför år 2010 inte funnits någon annan leverantör att tillfråga.

15. Konkurrensverket instämmer inte i landstingets uppfattning att avtalet med Stiftelsen Bräcke Diakoni är att anse som en tillåten direktupphandling. Enligt Konkurrensverkets uppfattning föreligger det inte synnerliga skäl för att direkttilldela det aktuella avtalet. Begreppet synnerliga skäl ska tolkas restriktivt. Sådana skäl kan föreligga om det förelåg *synnerlig brådska* att tilldela det aktuella avtalet. Eventuell uppkommen brådska att tilldela ett avtal, utan att tillämpa ett annonserat förfarande, får dock inte bero på omständigheter som myndigheten själv hade kunnat råda över, exempelvis bristande planering och framförhållning.² Konkurrensverket anser att organisatoriska förändringar och allmänna förseningar inom landstingets verksamhet inte medför att undantag från annonseringsreglerna föreligger eftersom det är omständigheter som ligger inom landstingets egen kontroll. En upphandlande myndighet måste ha kontroll över sin verksamhet och sina kommande inköpsbehov för att kunna bedöma när upphandlingar behöver genomföras och för att motverka att hamna i ett avtalslöst tillstånd.
16. Konkurrensverket kan konstatera att landstinget i början av år 2013 genom tilläggsavtal förlängde det ursprungliga avtalet från år 2009 (se punkt 3). Avtalet kom att gälla retroaktivt för år 2012 och gällde fram till och med den 31 december 2013. Landstinget har i vart fall sedan tilläggsavtalets ingående haft kännedom om att tjänsterna behöver upphandlas inför år 2014. Att organisationen kan komma att förändras är utan betydelse för skyldigheten att konkurrensutsätta tjänsterna eller att vidta åtgärder för att se till att tjänsterna tillhandahålls på annat sätt som är förenligt med lag, t.ex. genom att tillhandahålla dem i egen regi. När landstinget som i detta fall låter en annan part tillhandahålla tjänsterna föreligger en skyldighet att annonsera och upphandla tjänsterna oaktat översynen av verksamheten. Landstinget har exempelvis kunnat upphandla tjänsterna för en kortare period i avvaktan på översynen. Landstinget har därför haft god tid på sig att säkerställa vårdbehov och patientkontinuitet i vården enligt de skyldigheter som åvilar landstinget samt kunnat motverka ett avtalslöst tillstånd i början av år 2014.
17. Synnerliga skäl kan även föreligga om det *inte finns några andra leverantörer* som kan fullgöra ett avtal. Landstinget har anfört att det inför avtalstecknandet år 2009 med Stiftelsen Röda Korshemmet inte fanns några andra leverantörer att tillfråga. Den leverantör som har tipsat Konkurrensverket om

² Se bl.a. prop. 2009/10:180 del 1 s. 344 f., prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2001/02:142 s. 99.

landstingets upphandling har emellertid sagt sig kunna erbjuda de aktuella tjänsterna. Värt att notera är att den leverantören – liksom Stiftelsen Bräcke Diakoni – inom ramen för vårdvalet erbjuder lymfödembehandling. Leverantören anser att de tjänster som erbjuds via vårdvalet och de som omfattas av den upphandling som Konkurrensverket har granskat inte bör skiljas åt. Enligt leverantören kan en sådan åtskillnad innebära att patienter redan från början väljer den vård som Stiftelsen Bräcke Diakoni erbjuder för att slippa att byta vårdgivare om ytterligare vårdtillfällen utöver de som fås genom vårdvalet krävs. Därtill kommer att landstinget har anfört att tanken var att en upphandlingsprocess enligt LOU avseende tjänsterna skulle påbörjas under sommaren 2014. Enligt Konkurrensverkets mening går det inte heller av uppdragsbeskrivningen (se punkt 4) att utläsa att det skulle vara fråga om så speciellt framtagna tjänster att det endast är en vårdgivare som kan erbjuda dem. Dessa omständigheter talar sammantaget med styrka för att det finns konkurrens rörande tjänsterna.

18. Sammanfattningsvis anser Konkurrensverket att de omständigheter som landstinget har hänvisat till ligger inom myndighetens kontroll och att de inte medför att direktupphandlingen har varit tillåten. Med hänsyn till att en annan leverantör har sagt sig kunna erbjuda tjänsterna och till att landstingets har planerat att upphandla de aktuella tjänsterna enligt LOU anser Konkurrensverket också att det finns möjlighet till konkurrensutsättning. Det föreligger därmed inte några synnerliga skäl som gjorde det möjligt att tilldela det aktuella avtalet utan föregående annonsering. Det ingångna avtalet med Stiftelsen Bräcke Diakoni utgör därför en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

19. Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU).

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

20. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (17 kap. 7 § LOU).
21. Det avtal som Konkurrensverkets ansökan avser är undertecknat av parterna den 16 januari 2014 och den 22 januari 2014. Ett civilrättsligt bindande avtal har således uppkommit den 22 januari 2014 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstol inom ett år från den dagen.



Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

22. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 15 kap. 3 a § (17 kap. 4 § LOU). I detta fall kan upphandlingsskadeavgiften uppgå till högst 404 271 kronor ($4\,042\,709 \times 0,1$). 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 (17 kap. 5 § LOU).
23. Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.³ Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser.⁴ Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.⁵
24. Av förarbetena framgår vidare bl.a. att domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Ju allvarligare överträdelsen anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften bestämmas till. Hänsyn ska tas till både försvårande och förmildrande omständigheter. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet. Sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller ett högt värde. Vikt kan också läggas vid om avtalet i fråga fortfarande är giltigt. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Omständigheter såsom att det är fråga om t.ex. upprepat beteende avseende att inte iakttas avtalssparren eller att företa otillåtna direktupphandlingar bör ses som försvårande omständigheter. Det förhållandet att den som upphandlar på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.⁶
25. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska därför vara högt.⁷ Även den omständigheten att landstinget tidigare har

³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196.

⁴ A. prop. s. 370.

⁵ A. prop. s. 197.

⁶ A. prop. s. 197 f. och 369 och jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 30 oktober 2014 i mål nr 7021-13.

⁷ Se t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens dom den 30 oktober 2014 i mål nr 7021-13 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

ålagts att betala en upphandlingsskadeavgift bör beaktas vid bestämmandet av avgiftens storlek.⁸ Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom den 27 juni 2014 i mål nr 30512-13 beslutat att bifalla Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift med anledning av en otillåten direktupphandling avseende kopiatorer. Domen överklagades till Kammarrätten i Stockholm som i beslut den 25 september 2014 i mål nr 5322-14 beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Kammarrättens beslut har inte överklagats och har därmed vunnit laga kraft. Därtill har Konkurrensverket den 4 december 2014 lämnat in en ansökan om upphandlingsskadeavgift till Förvaltningsrätten i Stockholm gällande en otillåten direktupphandling av tjänster inom ett annat vårdområde (förvaltningsrättens mål nr 29514-14). Enligt Konkurrensverkets mening måste dessa omständigheter tillmätas betydelse vid fastställandet av sanktionsvärdet. Några andra förmildrande eller försvårande omständigheter bedöms inte föreligga.

26. Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 350 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Per Karlsson



Frida Nordholm

Bilagor

- Bilaga 1 Vårdavtal den 22 januari 2014 med Stiftelsen Bräcke Diakoni avseende bedrivande av lymfödemmottagning i öppen vård
- Bilaga 2 Avtal den 29 juni 2004 med Stiftelsen Röda Korshemmet avseende rehabiliteringstjänster
- Bilaga 3 Vårdavtal den 29 december 2009 avseende bedrivande av lymfödemmottagning i öppen vård med Stiftelsen Röda Korshemmet
- Bilaga 4 Tilläggsavtal till vårdavtal (29 december 2009)
- Bilaga 5 Utdrag ur förfrågningsunderlag Vårdval SLL

⁸ Kammarrätten i Göteborgs dom den 20 november 2014 i mål nr 4402-14.