

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 500 000 (femhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

## Grunder

1. Stockholms läns landsting (landstinget) har brutit mot LOU genom att den 2 februari 2014 ingå avtal med Plastikkirurggruppen Sabbatsberg AB (Plastikkirurggruppen) avseende tjänster inom plastikkirurgi under perioden den 1 januari–31 december 2014, 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 2 februari 2000 ett avtal med Platypus AB avseende tjänster inom plastikkirurgi, se bilaga 2. Avtalet gällde under perioden den 1 januari 2000–31 december 2003. Någon förlängningsklausul fanns inte i avtalet.
3. Landstinget ingick den 1 december 2003 ett nytt avtal med Platypus AB med oförändrade villkor. Avtalet gällde enligt landstinget under åren 2004–2008. Under avtalstiden överlät Platypus AB den del av verksamheten som var inriktad mot landstinget till Plastikkirurggruppen. Landstinget beslutade den 9 juni 2006 att godkänna överlåtelsen, se bilaga 3.
4. Under år 2006 beslutade landstinget att teckna även ett annat avtal med Plastikkirurggruppen. Avtalet avsåg s.k. vårdgarantioperationer och gällde under perioden den 15 mars 2006–31 december 2007 med möjlighet till förlängning om två år.
5. När avtalet avseende tjänster inom plastikkirurgi löpte ut år 2008 beslutade landstinget att teckna ett nytt avtal med Plastikkirurggruppen som innebar att det som avtalats år 2000 skulle fortsätta att gälla, se bilaga 4. Avtalet "förlängdes" därefter vid flera tillfällen, se bilagorna 5–7. Genom tilläggsavtal utökades uppdraget till att också omfatta andra tjänster än de som angavs i det ursprungliga avtalet (tilläggsavtalen är här uteslutna).
6. Inför år 2013 beslutade landstinget att sammanföra de separata avtalen om vårdgarantioperationer från år 2006 och om tjänster inom plastikkirurgi som tecknats med Plastikkirurggruppen till ett gemensamt avtal, se bilaga 8. Avtalet gällde under år 2013. Ett nytt liknande avtal avseende år 2014 undertecknades av parterna den 6 december 2013 och den 2 februari 2014. Det är det sistnämnda avtalet som ligger till grund för denna ansökan (se bilaga 1).
7. Konkurrensverket initierade en granskning av upphandlingen efter ett tips från allmänheten. Tipsaren lämnade uppgifter om bl.a. upphandlingsvolym och ifrågasatte om det inte var frågan om en otillåten direktupphandling.

8. 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 endast 15 kap. LOU tillämpas (1 kap. 2 § LOU).
9. Avtalet gäller under perioden den 1 januari–31 december 2014. Någon möjlighet till förlängning av avtalet finns inte och avtalet gäller med reservation att det kan komma att upphöra om vårdval införs. Ersättningar utgår enligt nationell vårdtaxa och en bilaga till avtalet. Ersättning utgår enligt avtalet dock till högst 5 802 600 kronor.

### **Avtalet mellan landstinget och Plastikkirurggruppen utgör en otillåten direktupphandling**

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 huvudregel annonseras (15 kap. 4 § LOU). Alla potentiella leverantörer ska därigenom beredas tillfälle att komma in med anbud.
11. Enligt förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift ska en förlängning av ett avtal med en leverantör, när en option om förlängning saknas, anses innebära att ett nytt avtal har slutits.<sup>1</sup> Det avtal som landstinget tecknade år 2000 har varken ursprungligen eller vid något tillfälle därefter haft en option om förlängning som landstinget har kunnat utnyttja. Samtliga avtal som har träffats därefter utgör således direktupphandlingar. Det är endast tillåtet att sluta avtal genom direktupphandling i vissa situationer.
12. En direktupphandling är tillåten om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som gäller, dvs. ca 270 000 kronor under år 2013. 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 annonseringsskyldigheten är uttömmande uppräknade och ska enligt praxis från EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen samt enligt förarbetsuttalanden tolkas restriktivt.<sup>2</sup>
13. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler

---

<sup>1</sup> Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 188.

<sup>2</sup> 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.

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). I det aktuella avtalet anges att ersättningstaket uppgår till 5 802 600 kronor för år 2014. Det har inte kommit fram att landstinget har köpt ytterligare tjänster av samma slag från Plastikkirurggruppen eller andra leverantörer under år 2014. Landstinget har under Konkurrensverkets granskning anfört att avtalets totala värde för år 2014 bör beräknas till ca 4 322 282 kronor utifrån de faktiska belopp som har betalats till leverantören. Konkurrensverket kan konstatera att det är föreskrivet i lag hur värdet av ett kontrakt ska beräknas. Det är därför inte möjligt att beräkna kontraktets värde på det sätt som landstinget anför. Det är i stället det i avtalet uttryckliga ersättningstaket som får utgöra kontraktets totala värde. Eftersom kontraktets värde överstiger gränsen för direktupphandling, skulle upphandlingen ha hanterats enligt huvudregeln och därmed annonserats.

14. 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 under Konkurrensverkets utredning invänt att det har funnits sådana skäl och att direktupphandlingen därmed har varit tillåten.
15. Landstinget har redogjort för sin organisation, sina lagstadgade skyldigheter och sin budget på 82 miljarder kronor för år 2014. Myndigheten har hänvisat till att hälso- och sjukvården inom länet står inför omvälvande förändringar och att ett omfattande projektarbete bedrivs för att planera framtidens hälso- och sjukvård. Myndigheten har också hänvisat till att det löpande och under de senaste åren har beslutats att vårdval ska införas för flera vårdområden. I avvaktan på politiska beslut har landstinget inte ansett att det är ändamålsenligt vare sig för landstinget, de potentiella leverantörerna, de berörda patienterna eller för skattebetalarna i länet att starta traditionella upphandlingsförfaranden för att täcka vårdbehov under en kortare övergångsperiod om några månader upp till ett år. Att under en övergångsperiod återta vård i egen regi har landstinget inte heller bedömt som möjligt med tanke på bl.a. skyldighet i fråga om kontinuitet, patientsäkerhet, tillgänglighet och vårdgaranti. Landstinget har sammanfattningsvis därför förlängt det aktuella avtalet i avvaktan på politiska beslut om vårdval för kirurgitjänster inbegripet plastikkirurgi i syfte att undvika ett avtalslöst tillstånd och säkerställa nödvändig vård inom landstinget. Vid förlängningen har landstinget beaktat de skyldigheter som följer av hälso- och sjukvårdslagstiftningen och allmänna kommunalrättsliga principer om hushållning med de offentliga medel som har budgeterats för hälso- och sjukvården.
16. Konkurrensverket anser att det inte föreligger synnerliga skäl som motiverar en direktupphandling av det aktuella avtalet. Som anges ovan ska begreppet

synnerliga skäl tolkas restriktivt (se punkt 12). Sådana skäl kan föreligga om det är absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt, men synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att upphandla med föregående annonsering.<sup>3</sup>

17. Konkurrensverket kan konstatera att landstinget från och med år 2009 i avtalen uttryckligen har angett att avtalen har ingåtts i avvaktan på kommande vårdval. Något vårdval gällande kirurgi inom plastikkirurgi har dock inte införts. Att den upphandlande myndigheten år efter år på det sätt som skett motiverar ett upphandlingsförfarande utan föregående annonsering med hänvisning till ett kommande vårdval motsäger myndighetens påstående om att det skulle ha varit fråga om en temporär lösning. Organisatoriska förändringar eller olika politiska beslut hos den upphandlande myndigheten som inverkar på dess verksamhet är inte ovanliga. En myndighet måste emellertid följa bestämmelserna i olika lagar trots att den står inför kommande förändringar. De förändringar som landstinget har hänvisat till är enligt Konkurrensverkets mening således utan betydelse för landstingets skyldigheter att i nutid konkurrensutsätta de aktuella tjänsterna. Landstinget har hela tiden haft kontroll över verksamheten och kännedom om kommande inköpsbehov. Landstinget har också haft möjlighet att vidta åtgärder för att se till att tjänsterna kan tillhandahållas på annat sätt som är förenligt med LOU, t.ex. genom att erbjuda dem i egen regi. Det är vidare möjligt att civilrättsligt reglera vad som ska gälla vid eventuella förändringar.
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. Landstinget har haft möjlighet att i god tid säkerställa vårdbehov och patientkontinuitet i vården enligt de skyldigheter som landstinget har och för att motverka ett avtalslöst tillstånd inför år 2014. Direktupphandling har därmed inte varit tillåten. Enligt Konkurrensverkets bedömning föreligger inte heller i övrigt några synnerliga skäl som motiverar direktupphandlingen. Det aktuella avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.
19. Det är ostridigt att landstinget har upphandlat de aktuella tjänsterna utan föregående annonsering även för år 2015, se bilaga 9.

### **Upphandlingsskadeavgift**

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

---

<sup>3</sup> Se bl.a. prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 344 f.

**Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan**

21. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till domstolen 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).
22. Det avtal som Konkurrensverkets ansökan avser är undertecknat av parterna den 6 december 2013 och den 2 februari 2014. Ett civilrättsligt bindande avtal har således uppkommit den 2 februari 2014.

**Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek**

23. 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 580 260 kronor (5 802 600 kronor x 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).
24. Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.<sup>4</sup> Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen och att även andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser.<sup>5</sup> Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.<sup>6</sup>
25. 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 det 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

---

<sup>4</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196.

<sup>5</sup> A. prop. s. 370.

<sup>6</sup> A. prop. s. 197.

iakttta avtalsspärren eller att genomföra 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.<sup>7</sup>

26. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska därför vara högt.<sup>8</sup> Ytterligare en försvårande omständighet som särskilt nämns i förarbetena – myndighetens upprepade beteende – bör tillmätas betydelse vid bestämmandet av avgiftens storlek. Detta eftersom landstinget tidigare har ålagts att betala en upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom den 27 juni 2014 i mål nr 30 512-13 beslutat att bifalla Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift med anledning av en otillåten direktupphandling avseende kopiatorer som landstinget genomfört. Domen överklagades till Kammarrätten i Stockholm som 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. Därutöver finns för närvarande ytterligare ett pågående ärende hos Konkurrensverket mot landstinget som gäller en otillåten direktupphandling av tjänster inom ett annat vårdområde. Det ärendet gäller ett avtal som tecknats av samma förvaltning hos landstinget, Hälso- och sjukvårdsförvaltningen, som har genomfört den nu aktuella otillåtna direktupphandlingen.
27. Landstinget har i denna del invänt att upphandlingen avseende kopiatorer genomfördes inom en helt annan organisatorisk del inom landstinget. Förändringarna i det upphandlade kontraktet avseende dokumentproduktion genomfördes av en avtalscontroller på en avdelning inom tjänstemannaorganisationen Landstingsstyrelsens förvaltning som sorterar under den politiska nämnden Landstingsstyrelsen. I detta fall är det fråga om avtal avseende hälso- och sjukvård, vilket hanteras inom Hälso- och sjukvårdsförvaltningen som utgör tjänstemannaorganisation till den politiska nämnden Hälso- och sjukvårdsnämnden. Enligt landstinget är det orimligt att en tidigare dom om upphandlingsskadeavgift avseende en helt annan fråga i en annan separat del av organisationen ska få till följd att denna överträdelse är mer allvarlig än normalgraden. Därtill menar landstinget att domen vann laga kraft långt efter det att landstinget ingick det avtal som nu ifrågasätts.
28. Konkurrensverket kan konstatera att landstinget är en av landets största upphandlande myndigheter och har en mycket stor inköpsvolym. Om landstinget inte följer det upphandlingsrättsliga regelverket får det således omfattande inverkan på marknaden och konkurrensen.

---

<sup>7</sup> A. prop. s. 197 f. och 369 och jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande den 30 oktober 2014 i mål nr 7021-13.

<sup>8</sup> Se t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande den 30 oktober 2014 i mål nr 7021-13.

29. Det är visserligen – som landstinget också har påtalat – frågan om två olika förvaltningar inom den upphandlande myndigheten som har genomfört de otillåtna direktupphandlingarna. Enligt förarbetena är det dock ett upprepat beteende hos den upphandlande myndigheten som sådan (jfr punkt 25 ovan) som kan utgöra en försvårande omständighet. Hur enskilda förvaltningar agerar är enligt Konkurrensverkets mening utan betydelse. Såvitt framgår har det aktuella avtalet tecknats innan domen vann laga kraft, men landstinget har inte gjort något för att komma till rätta med eventuella andra otillåtna direktupphandlingar inom den upphandlande myndigheten. Landstinget har inte heller ändrat sitt beteende med anledning av detta ärende. Myndigheten har tvärtom även inför år 2015 ingått ett nytt avtal med samma leverantör genom direktupphandling. Konkurrensverket anser att dessa omständigheter måste tillmätas betydelse vid fastställande av sanktionsvärdet. Några andra försvårande omständigheter bedöms inte föreligga.
30. Landstinget har avseende avgiftens storlek anfört att det är fråga om hälso- och sjukvård där landstinget har ett lagstadgat ansvar för både patientsäkerhet och vårdgaranti samt att det rör sig om tjänster i allmänhetens intresse, med oerhörda konsekvenser till följd om tjänsterna uteblir eller inte utförs med hög kvalitet. Konkurrensverket instämmer inte i landstingets uppfattning att det med hänsyn till behovet eller nyttan av tjänsterna är fråga om en mindre allvarlig överträdelse. Det bör poängteras att en stor andel av de upphandlingar som genomförs i Sverige rör varor, tjänster och byggentreprenader till verksamheter som kommuner och landsting är skyldiga att tillhandahålla. Skyldigheten att annonsera upphandlingar enligt LOU finns oavsett vilket behov upphandlingen ska tillgodose eller vilken nytta föremålet för upphandlingen fyller. Att upphandlingen gäller hälso- och sjukvård är alltså inte en omständighet som kan påverka avgiftens storlek. Därtill kommer att landstinget har haft god tid på sig att upphandla de aktuella tjänsterna utan att äventyra patientsäkerheten och tillgodose vårdgarantin. Inte heller några andra förmildrande omständigheter har kommit fram.
31. Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 500 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.
-



**Bilagor**

- Bilaga 1 Förlängning av avtal om plastikkirurgi mellan Stockholms läns landsting och Plastikkirurggruppen Sabbatsberg AB (undertecknat den 6 december 2013 och den 2 februari 2014).
- Bilaga 2 Vårdavtal om plastikkirurgi mellan Stockholms läns landsting och Platypus AB (undertecknat den 2 februari 2000).
- Bilaga 3 Avtal med godkännande av partsbyte från Platypus AB till Plastikkirurggruppen Sabbatsberg AB från år 2006.
- Bilaga 4 Förlängning av avtal om plastikkirurgi mellan Stockholms läns landsting och Plastikkirurggruppen Sabbatsberg AB (undertecknat den 13 november 2008).
- Bilaga 5 Förlängning av avtal om plastikkirurgi mellan Stockholms läns landsting och Plastikkirurggruppen Sabbatsberg AB (undertecknat den 29 september 2009 och den 5 oktober 2009).
- Bilaga 6 Förlängning av avtal om plastikkirurgi mellan Stockholms läns landsting och Plastikkirurggruppen Sabbatsberg AB (undertecknat den 28 juni 2010 och den 2 juli 2010).
- Bilaga 7 Förlängning av avtal om plastikkirurgi mellan Stockholms läns landsting och Plastikkirurggruppen Sabbatsberg AB (undertecknat den 11 oktober 2011 och den 14 oktober 2011).
- Bilaga 8 Förlängning av avtal om plastikkirurgi mellan Stockholms läns landsting och Plastikkirurggruppen Sabbatsberg AB (undertecknat den 29 november 2012 och den 13 december 2012).
- Bilaga 9 Förlängning av avtal om plastikkirurgi mellan Stockholms läns landsting och Plastikkirurggruppen Sabbatsberg AB (undertecknat den 9 september 2014 och den 19 september 2014).