

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 10 000 000 (tio miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Stockholms läns landsting (landstinget) har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 11 januari 2016 ingå avtal om tillhandahållande av tjänster inom medicinsk radiologi till primärvård, geriatrik, psykiatri och privata specialistläkare m.fl. med Aleris Diagnostik AB (Aleris) utan föregående annonsering. Eftersom det saknades förutsättningar för ett icke annonserat förfarande utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund

2. Landstinget tecknade den 2 juni 2008 avtal om tillhandahållande av tjänster inom medicinsk radiologi med Aleris (Huvudavtalet). Huvudavtalet gällde från och med den 1 januari 2009 till och med den 31 december 2012 med möjlighet till förlängning i upp till tre år, se bilaga 1. Huvudavtalet löpte ut den 31 december 2015.
3. Den 29 september 2015 fattade hälso- och sjukvårdsförvaltningen inom landstinget beslut om att godkänna att huvudavtalet med Aleris förlängdes, se bilaga 2. Det senare avtalet, benämnt tilläggsavtal, undertecknades av Aleris den 30 december 2015 och av landstinget den 11 januari 2016, se bilaga 3. Det är således det senare ingångna tilläggsavtalet som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.
4. Av tilläggsavtalet framgår att det är giltigt under perioden 1 januari - 31 december 2016 samt att huvudavtalet förlängs i väntan på att nya långsiktiga avtal träder i kraft efter genomförd upphandling. Det anges även att avtalet kan sägas upp i förtid om nya avtal tecknas efter lagakraftvunnet tilldelningsbeslut.
5. Landstinget har under Konkurrensverkets utredning anfört bland annat följande. Avtalet med Aleris omfattar tjänster inom ultraljud, datortomografi, konventionell radiologi och magnetisk resonanstomografi. Det har förelegat synnerliga skäl att inte tillämpa ett annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU innan avtalet ingicks. Landstinget är enligt lag skyldigt att tillhandahålla patientsäker vård och det befintliga avtalet med Aleris höll på att löpa ut. Avtalet har ingåtts för en kort tid i syfte att temporärt och nödvändigt möta vårdbehovet och säkerställa patientkontinuitet. Arbetet med en upphandling av radiologiska tjänster är påbörjat. Den upphandlingen är emellertid beroende av tidplanen för landstingets upphandling av närakuter och att det bestäms var närakuterna ska ligga. Upphandlingen av radiologi omfattar nämligen flera remittenter, däribland närakuterna. Ur ett helhetsperspektiv och för att använda resurserna på bästa sätt vore det olämpligt att genomföra en separat upphandling avseende medicinsk radiologi för närakuterna och en för övriga remittenter.

Landstinget har därför varit tvunget att vänta med att genomföra en upphandling av de aktuella tjänsterna vilket medfört ett tidsmässigt glapp mellan de gamla avtalen som löper ut och nya avtal som kan träda i kraft. Beslutet att godkänna ett förfrågningsunderlag och inleda en ny radiologiupphandling har planerats till den 22 november 2016.

6. Konkurrensverket har noterat att landstinget den 23 november 2016 annonserat en upphandling avseende tjänster inom medicinsk radiologi. Sista dag för anbudsgivning är den 30 januari 2017.

Avtalet mellan landstinget och Aleris utgör en otillåten direktupphandling

7. Avtalet mellan landstinget och Aleris avser B-tjänster enligt bilaga 3 till LOU (kategori 25 Hälsovård och socialtjänster). För offentlig upphandling av sådana tjänster ska 15 kap. LOU tillämpas (1 kap. 2 § LOU).
8. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna anbud (15 kap. 4 § LOU). Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt behöver inte annonseras. Vid tidpunkten för avtalets ingående uppgick den så kallade direktupphandlingsgränsen till 534 890 kronor.
9. Landstinget har uppgett att avtalet ingåtts utan föregående annonsering.
10. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga (15 kap. 3 § andra stycket LOU). Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.¹

Avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen

11. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet (15 kap. 3 a § LOU). I det avtal som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan anges inte något kontraktsvärde. Landstinget har emellertid uppgett att värdet kan uppskattas till cirka 290 000 000 kronor baserat på statistik från år 2015 och efter att vissa ändringar som genomförts i avtalet med Aleris beaktats. Av den summan utgör dock cirka 10 000 000 kronor ersättning för undersökningar som beställs och betalas av privata

¹ Jfr bland annat EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Jfr även förarbetsuttalanden i prop. 2006/07:128 del 1 s. 291 och Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

vårdgivare, som har rätt att nyttja landstingets avtal. Resterande 280 000 000 kronor kommer att betalas av landstinget självt.

12. Som anges ovan framgår det av LOU att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas *enligt kontraktet*. Det görs således ingen skillnad på vem som betalar ersättningen till den part som är leverantör enligt ett offentligt upphandlat kontrakt, så länge detta ingått av en upphandlande myndighet och omfattar tjänster som lagen är tillämplig på.
13. EU-domstolen har uttalat att det skulle stå i strid med upphandlingsdirektivets syfte och systematik om belopp från tredje man skulle vara uteslutna från beräkningen av värdet av ett kontrakt.² Mot den bakgrunden fann domstolen att det var det totala värdet av ett byggentreprenadkontrakt, sett ur en potentiell anbudsgivares synvinkel, som skulle tas i beaktande. Detta värde inbegriper enligt domstolen inte endast samtliga belopp som den upphandlande myndigheten ska betala, utan även samtliga intäkter från tredje man.³ Det saknas enligt Konkurrensverkets uppfattning skäl att göra en annan bedömning i fråga om tjänstekontrakt.
14. I det avtal som tecknades med Aleris år 2008 och som förlängts genom det nu aktuella tilläggsavtalet, framgår uttryckligen av punkt 2 att avtalet, förutom landstingets verksamhet, även omfattar ett antal kategorier privata vårdgivare, se bilaga 1. Den ersättning som Aleris på detta vis erhåller för att utföra tjänster åt privata vårdgivare kommer således som en direkt följd av avtalet med landstinget och ska därför läggas till grund för beräkningen av kontraktsvärdet
15. Kontraktsvärdet ska därmed uppskattas till 290 000 000 kronor.
16. Avtalets värde överstiger således direktupphandlingsgränsen och landstinget skulle därför, i enlighet med huvudregeln, ha annonserat upphandlingen. Konkurrensverket kan konstatera att så inte har skett och att avtalet därmed har tillkommit genom en otillåten direktupphandling om det inte har funnits skäl att underlåta annonsering enligt något av de undantag som finns i LOU.

Det har inte förelegat synnerliga skäl att underlåta annonsering

17. Enligt landstinget har det förelegat synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU att ingå avtalet med Aleris utan föregående annonsering. Landstinget har uppgett att avtalet har slutits för att temporärt och nödvändigt säkerställa behovet av de aktuella tjänsterna samt patientkontinuiteten i vården. Genom avtalet har landstinget kunnat undvika

² Mål C-220/05 *Jean Auroux*, punkt 56.

³ A mål punkt 57.

ett avtalslöst tillstånd och levtt upp till sina skyldigheter enligt lagstiftningen på hälso- och sjukvårdsområdet.

18. Konkurrensverket ifrågasätter inte att landstinget har ett ansvar att fullgöra de uppgifter som följer av andra regelverk och en skyldighet att tillhandahålla vård av aktuellt slag. Dessa skyldigheter innebär emellertid inte att landstinget har rätt att bortse från de skyldigheter som följer av upphandlingslagstiftningen.
19. Av förarbetena till LOU framgår visserligen att det är möjligt att göra undantag från annonseringsskyldigheten om det är fråga om vissa mycket speciella hälso- och sjukvårdstjänster. I sådana situationer kan alltså synnerliga skäl föreligga. De situationer som avses är sådana där relationen mellan vårdgivare och vårdtagare skulle störas och vården därmed försämrats eller där det endast finns ett möjligt vård- och boendalternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Även fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör en annonserad upphandling grundar rätt till direktupphandling.⁴
20. Dessa förarbetsuttalanden måste enligt Konkurrensverket syfta på vården i mer specifika fall. Den omständigheten att det är fråga om allmännyttiga vård- och omsorgstjänster är alltså inte i sig tillräckligt för att synnerliga skäl ska anses föreligga. I sådana fall skulle undantaget vara tillämpligt i ett stort antal upphandlingssituationer. Av kammarrättspraxis framgår också att direktupphandling med stöd av bestämmelsen om synnerliga skäl bara får ske i enstaka fall där omständigheterna är mycket speciella, exempelvis i ett enstaka fall för vård av mycket vårdkrävande patienter. Att använda direktupphandling som en generell upphandlingsmetod är inte tillåtet.⁵
21. Av förarbetsuttalanden och praxis framgår alltså att en direktupphandling av hälso- och sjukvårdstjänster på grund av synnerliga skäl kan vara tillåten endast när det gäller att garantera vården i ett specifikt vårdfall. I detta fall är det emellertid fråga om tjänster inom medicinsk radiologi för generella patientkategorier, det vill säga patienter som är i behov av att undersökas genom till exempel konventionell radiologi. Avtalet kommer dessutom att användas av flera olika verksamhetsgrenar inom landstinget och av privata vårdgivare. Avtalet innebär därtill en möjlighet att kontinuerligt hänvisa patienter som är i behov av denna typ av undersökning till Aleris. Det kan därmed inte anses vara fråga om sådana mycket speciella vårdssituationer som faller in under undantaget för synnerliga skäl.

⁴ Prop. 2001/02:142 s. 99.

⁵ Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 april 2007 i målen nr 6870–6871-06.

Det har inte förelegat synnerlig brådska i LOU:s mening

22. Landstinget har också invänt att avtalet har varit nödvändigt för att garantera tillgången till den aktuella vården och att avtalet ingåtts för att undvika ett avtalslöst tillstånd när huvudavtalet med Aleris löpte ut. Det har även varit nödvändigt att invänta resultatet av landstingets egen upphandling av närakuter och beslut om var närakuterna ska ligga. Konkurrensverket tolkar detta som att landstinget anser att det förelegat någon form av brådska att ingå avtalet med Aleris.
23. Under vissa förutsättningar kan det vara möjligt att underlåta annonsering vid en upphandling på grund av synnerlig brådska. Det krävs då att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering (15 kap. 3 § andra stycket LOU, jfr 4 kap. 5 § 3 LOU). Av förarbeten och av praxis från EU-domstolen framgår att omständigheterna som läggs till grund för tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska inte får bero på den upphandlande myndighetens agerande.⁶
24. Även svenska domstolar har tolkat tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska på detta sätt. Kammarrätten i Sundsvall har i domar i mål om upphandlingsskadeavgift uttalat bland annat att undantaget för synnerlig brådska avser extraordinära situationer och att omständigheterna inte i något fall får vara att hänföra till de upphandlande enheterna. Att en omständighet inte har kunnat förutses innebär enligt kammarrätten att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure.⁷
25. Landstinget ingick huvudavtalet med Aleris år 2008. Huvudavtalet löpte ut den sista december 2015. Landstinget har således under en period om drygt sex år haft kännedom om, och kunnat förutse, att ett nytt avtal behövde tecknas för att behovet av medicinsk radiologi skulle tillgodoses även efter utgången av år 2015. Landstinget har också haft god tid för att genomföra en annonserad upphandling. Att landstinget har haft ett kontinuerligt behov av de aktuella tjänsterna har heller inte varit okänt eller oförutsebart. Trots detta synes landstinget passivt ha avvaktat att det befintliga avtalet med Aleris

⁶ Se prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 del 1 s. 429 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 198 och 344 f. samt exempelvis EU-domstolens avgöranden i mål C-107/92 *Kommissionen mot Italien*, mål C-318/94 *Kommissionen mot Tyskland* och mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*.

⁷ Kammarrätten i Sundsvalls domar den 26 augusti 2015 i mål nr 3208-14 och mål nr 3209-14. I domarna tillämpades bestämmelserna i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Bestämmelsen om synnerlig brådska i LUF motsvarar i sak bestämmelsen i LOU. Domarna överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen som beslutade att inte meddela prövningstillstånd, se Högsta förvaltningsdomstolens beslut i målen nr 5578–5579-15.

löpte ut. Att resultatet av upphandlingen av närakuter behövde inväntas utgör inte ett godtagbart skäl för direktupphandling. Den brådska som landstinget anser sig ha hamnat i är enligt Konkurrensverkets mening att hänföra till landstingets eget agerande och beror på förutsebara omständigheter. Det måste krävas att landstinget har kontroll över sin verksamhet och att nödvändiga inköp planeras i enlighet med gällande lagstiftning samt att de sker i tid för att undvika ett avtalslöst tillstånd.

26. Konkurrensverket anser sammanfattningsvis att det inte har varit fråga om en sådan brådska situation som tillåter upphandling utan föregående annonsering. Baserat på vad som framkommit i utredningen anser Konkurrensverket att inte heller några andra undantag från annonseringsskyldigheten varit tillämpliga. Avtalet har därför tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

27. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU). Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha 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.⁸

28. 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.⁹

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

29. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet (se 17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁰
30. 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).
31. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens

⁸ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

⁹ A prop. s. 196–197.

¹⁰ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹¹

32. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹² Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹³
33. Värdet av avtalet med Aleris är 290 000 000 kronor. Den maximala avgift som kan utgå är därmed tio miljoner kronor.
34. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling där överträdelsen är klar. Sanktionsvärdet ska därför vara högt. Landstinget har dessutom vid flera tillfällen dömts att betala upphandlingsskadeavgift för otillåtna direktupphandlingar som genomförts på vårdområdet.¹⁴ Vidare har Konkurrensverket denna dag lämnat in ytterligare en ansökan om upphandlingsskadeavgift till domstolen.¹⁵ Att landstinget tidigare har gjort ett flertal otillåtna direktupphandlingar är att se som en försvårande omständighet vid bestämmandet av överträdelsens sanktionsvärde.¹⁶ Därtill kommer att avtalets värde om 290 000 000 kronor är avsevärt högt.¹⁷

¹¹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

¹² A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

¹³ A. prop. s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

¹⁴ Se förvaltningsrätten i Stockholms domar i mål nr 29514-14 (avtal om plastikkirurgitjänster), mål nr 30818-14 (avtal om bedrivande av lymfödemtagning), mål nr 13345-15 (avtal om hemsjukvård) och mål nr 23530-15 (avtal om höftartroskopier och behandling av akuta knäskador). Se även Förvaltningsrätten i Stockholms nyligen meddelade domar den 30 november 2016, avseende ytterligare fyra otillåtna direktupphandlade vårdavtal, mål nr 21779–21782-16.

¹⁵ Konkurrensverkets ansökan mot Stockholms läns landsting avseende avtal med Praktikertjänst Röntgen AB (Konkurrensverket dnr 729/2016).

¹⁶ Jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 20 november 2014 i mål nr 4402-14. Kammarrätten fann att Malmö kommun, som hade genomfört två otillåtna direktupphandlingar (en om snöröjningstjänster och en om ramavtal för hyra av byggställningar) under en period om tre år, uppvisade ett sådant upprepat beteende som påverkade avgiftens storlek i skärpande riktning.

¹⁷ Förvaltningsrätten har i mål nr 13345-15 (se not 15 ovan) beslutat att landstinget ska betala tio miljoner kr i upphandlingsskadeavgift i ett fall där avtalsvärdet uppgick till 313 miljoner kr.

Landstinget har anfört att avtalet ingåtts för en kortare tid, perioden 1 januari -31 december 2016, i avvaktan på att ett korrekt upphandlat avtal kan ingås. Som framgår av punkt 6 ovan kommer dock landstinget inte att kunna ha ett sådant avtal på plats när det otillåtet direktupphandlade avtalet löper ut. Under förutsättning att den nya upphandlingen av radiologi inte överprövas kan ett nytt avtal som tidigast ingås någon gång under våren 2017. Att avtalets löptid uppgår till ett år bör under dessa omständigheter inte påverka sanktionsvärdet.

35. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om tio miljoner kronor är en avskräckande, effektiv och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Magnus Ehn

Bifogas

Bilaga 1 – Ursprungligt avtal om tillhandhållande av medicinsk radiologi, ingånget den 2 juni 2008

Bilaga 2 – Hälso- och sjukvårdsförvaltningen inom Stockholm läns landstings beslut den 29 september 2015

Bilaga 3 – Tilläggsavtal, ingånget den 11 januari 2016