

Förvaltningsrätten i Malmö
Box 4522
203 20 Malmö

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Skåne, 291 89 Kristianstad

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 Region Skåne ska betala 200 000 (tvåhundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Region Skåne har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 6 december 2015 ingå vårdavtal om anesthesi- och intensivvård med läkaren [REDACTED] utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Region Skåne (regionen) tillämpar så kallat fritt vårdsökande för patienter inom såväl primärvård som inom specialistvård. Detta innebär att det står patienter fritt att själva söka och boka tid hos sådana läkare som är verksamma enligt regionens särskilda avtal, så kallade samverkansavtal. Samverkansavtalen regleras av lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning (LOL) och ger läkare rätt att bedriva mottagningsverksamhet inom regionen som en del av den öppna hälso- och sjukvården samt få ersättning från regionen för utförandet av sådana tjänster i enlighet med bestämmelserna i förordningen (1994:1121) om läkarvårdsersättning. Under perioden 1 januari 2011 till och med den 25 december 2015 hade regionen ett samverkansavtal med [REDACTED] (vårdgivaren). Enligt avtalet skulle vårdgivarens bedriva sin verksamhet på heltid motsvarande i genomsnitt 35 h/vecka och utföra utredning och inom området anesthesi- och intensivvård ge behandling på grund av sjukdom eller skada samt rådgivning.
3. Inför samverkansavtalets upphörande ingick regionen ett vårdavtal med vårdgivaren den 6 december 2015, bilaga. Vårdavtalet avser vårdgivarens utförande av tjänster under perioden 26 december 2015 till och med den 25 december 2017 och saknar möjlighet till förlängning. Vårdavtalet innefattar samma typer av vårdtjänster som det tidigare samverkansavtalet.
4. I vårdavtalet anges att ersättningen till vårdgivaren regleras i förordningen (1994:1121) om läkarvårdsersättning. Under Konkurrensverkets utredning har regionen emellertid anfört att vårdavtalet inte är ett samverkansavtal utan istället just ett vårdavtal. Ingående av vårdavtal ska ske enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem alternativt enligt LOU.¹ Det aktuella vårdavtalet ingår inte i ett valfrihetssystem. Regionens ingående av vårdavtalet har inte föregåtts av annonsering enligt LOU.

¹ 5 § fjärde stycket LOL.

Avtalet mellan regionen och vårdgivaren av den 6 december 2015 utgör en otillåten direktupphandling

5. Vårdavtalet mellan regionen och vårdgivaren av den 6 december 2015 utgör ett tjänstekontrakt enligt 2 kap. 18 § LOU. Det aktuella avtalet avser tjänster som enligt bilaga 3 till LOU utgör s.k. B-tjänster (kategori hälsovård och socialtjänster). För upphandling av sådana tjänster ska 15 kap. LOU tillämpas.²

Avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen

6. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärdet som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. 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.³ Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁴
7. För att avgöra om upphandlingen ska annonseras eller inte måste avtalets kontraktsvärde beräknas. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkning ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjas. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten även beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.⁵
8. I det avtal som ligger till grund för denna ansökan anges att den högsta möjliga ersättningen för avtalsperioden uppgår till sammanlagt 2 800 000 kronor exklusive mervärdesskatt.⁶ Eftersom avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen⁷ skulle regionen i enlighet med huvudregeln ha annonserat upphandlingen.

² 1 kap. 2 § LOU.

³ 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

⁴ Se bl.a. 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. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

⁵ 15 kap. 3 a § LOU.

⁶ Ersättningstaket uppgår till 1 800 000 kronor under år 2016 respektive till 1 000 000 kronor under år 2017, se punkt 4.1.2 i avtalet (bilaga).

⁷ Vid tidpunkten för regionens ingående av vårdavtalet uppgick direktupphandlingsgränsen till 534 890 kronor.

Det saknades skäl att ingå vårdavtalet utan föregående annonsering

9. Regionen har under Konkurrensverkets utredning anfört att det funnits synnerliga skäl att ingå avtal om anesthesi- och intensivvård och att avtalet därför inte föregicks av någon annonsering. Regionen har angett att den aktuella vårdgivaren var den vårdgivare som kunde erbjuda rätt vårdnivå för uppdraget och att avtalet ingicks för att tillförsäkra vården till patienter med långvariga smärttillstånd. Regionen anför även att antalet patienter med behov av denna typ av vård ökade plötsligt jämfört med det beräknade remissflödet från primärvården till specialistenheterna.
10. Konkurrensverket ifrågasätter inte att regionen har ett ansvar att tillhandahålla vård av aktuellt slag. Detta kan dock inte innebära att regionen har rätt att bortse från de lagstadgade skyldigheter som följer av exempelvis upphandlingslagstiftningen. Eftersom hälso- och sjukvårdstjänster omfattas av lagens tillämpningsområde gäller som huvudregel att behovet av sådana tjänster ska konkurrensutsättas genom annonsering.
11. Möjligheten till direktupphandling på grund av synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU omfattar avtal avseende mycket speciella hälso- och sjukvårdstjänster. 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.⁸ Även fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör en annonserad upphandling grundar rätt till direktupphandling.⁹ Enligt Konkurrensverkets mening kan den omständigheten att det är fråga om allmännyttiga tjänster inte vara tillräcklig för att synnerliga skäl ska anses föreligga. I sådana fall skulle undantaget vara tillämpligt i ett stort antal upphandlingssituationer.
12. Kammarrätten i Göteborg har genom ett avgörande den 18 april 2007 i mål nr 6870–6871-06 tydliggjort i vilka situationer synnerliga skäl kan anses föreligga avseende hälso- och sjukvårdstjänster. Domstolen bedömde bland annat att det ligger i sakens natur att föreskriften om synnerliga skäl måste leda till att en direktupphandling, där upphandlingens värde inte är lågt, 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.¹⁰

⁸ Prop. 2001/02:142 s. 99.

⁹ A. prop. s. 99.

¹⁰ Jfr även Kammarkollegiets vägledning 2011:6 om Direktupphandling s. 11.

13. Av förarbetsuttalanden och av praxis framgår alltså att en direktupphandling av hälso- och sjukvårdstjänster kan vara tillåten endast när det gäller att garantera vården i ett specifikt vårdfall. I detta fall är det fråga om en viss typ av vårdåtgärder för generella patientkategorier, det vill säga patienter som är i behov av aktuell anestesivård. Regionen har kontinuerligt skickat patienter till den aktuella vårdgivaren och det kan inte anses vara fråga om sådana mycket speciella vårdsituationer som faller in under undantaget för synnerliga skäl. Att det i vårdavtalet även anges att vårdgivaren vid avtalets utgång och när verksamheten övergår till annan utförare ska medverka till att övergången sker med minsta möjliga olägenhet för patienterna¹¹ talar för att den vård som tillhandahålls inom avtalet inte avser sådana specifika vårdfall som avses i undantaget. Att regionen även överväger att upphandla vården, vilket har framkommit under Konkurrensverkets utredning, tyder också det på att det är en mer generell typ av vård.
14. Regionen har även invänt att avtalet har varit nödvändigt för att garantera vården för den aktuella patientkategorin och att det har funnits någon form av brådska när avtalet ingicks.
15. 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.¹² Av förarbeten och av praxis framgår att omständigheterna som läggs till grund för tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska inte får bero på den upphandlande myndighetens agerande.¹³
16. Kammarrätten i Sundsvall har i meddelade domar i mål om upphandlings-skadeavgift 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.¹⁴

¹¹ Se punkt 2 i vårdavtalet (bilaga).

¹² 15 kap. 3 § andra stycket LOU jfr 4 kap. 5 § LOU.

¹³ Se 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* samt prop. 2001/02:142 s 99, prop. 2006/07:128 del I s 429 och prop. 2009/10:180 del I s 198 och 344f. samt exempelvis

¹⁴ 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.

17. Konkurrensverket anser att det inte har varit fråga om en sådan brådskande situation som möjliggör en upphandling utan föregående annonsering. Det måste anses ha funnits tid för regionen att genomföra en annonserad upphandling i stället för att genomföra direktupphandlingen.
18. Att regionen är skyldig att tillgodose vårdbehovet hos de aktuella patientgrupperna kan varken vara okänt eller oförutsebart för regionen. Regionen har ett antal samverkansavtal inom olika vårdområden. Med den aktuella vårdgivaren ingicks ett samverkansavtal för perioden 1 januari 2011 till och med den 31 december 2015. Att samverkansavtalet skulle avslutas är något som regionen alltså känt till.
19. Det har under utredningen inte framkommit andra omständigheter som motiverar avsteg från huvudregeln om annonsering. Det finns således inga omständigheter som medfört rätt att tilldela vårdavtalet utan föregående annonsering. Vårdavtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

20. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.¹⁵ 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.¹⁶
21. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹⁷

¹⁵ 17 kap. 1 § 3 LOU.

¹⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

¹⁷ A prop. s. 196–197.

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 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU.¹⁸ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁹ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 2 800 000 kronor (se punkt 8 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 280 000 kronor ($2\,800\,000 \times 0,1$).
23. 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.²⁰
24. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. 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.²¹
25. 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.²² Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²³

¹⁸ 17 kap. 4 § LOU.

¹⁹ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

²⁰ 17 kap. 5 § LOU.

²¹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

²² A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

²³ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

26. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska redan mot denna bakgrund anses vara högt. Det rör sig om en klar och tydlig överträdelse. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 200 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Övrigt

27. Konkurrensverket vill upplysa om att verket denna dag har lämnat in ytterligare en ansökan om upphandlingsskadeavgift mot regionen (Konkurrensverkets dnr 725/2016).

Per Karlsson

Kristoffer Sällfors

Bifogas

- Bilaga 1 Vårdavtal mellan Region Skåne och [REDACTED] av den 6 december 2015 avseende anestesi- och intensivvård