

Förvaltningsrätten i Göteborg  
Box 53197  
400 15 Göteborg

## **Ansökan om upphandlingsskadeavgift**

### **Sökande**

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### **Motpart**

Alingsås kommun, 441 81 Alingsås

### **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 Alingsås kommun ska betala 5 000 000 (fem miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

## Grunder

1. Alingsås kommun har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 30 juni 2016 ingå avtal om bland annat drift av vårdboendet Ginstgården med Stiftelsen Bräcke Diakoni (Bräcke Diakoni) utan föregående annonsering.<sup>1</sup> Eftersom det saknades förutsättningar för detta är avtalet en otillåten direktupphandling.

## Sammanfattning

2. Konkurrensverket anser att kommunens avtal med Bräcke Diakoni – benämnt idéburet offentligt partnerskap – om drift av bland annat äldreboendet Ginstgården utgör ett upphandlingspliktigt tjänstekontrakt i LOU:s mening.
3. De tjänster som Bräcke Diakoni utför åt kommunen är att anse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Bedömningen grundar sig på att det finns en marknad för att erbjuda såväl äldreomsorg som övriga tjänster som omfattas av avtalet. I och med att det gäller ekonomiska tjänster har de varit upphandlingspliktiga om inte något av de undantag som anges i LOU har varit tillämpligt.
4. Det kontrakt som kommunen direkttilldelat Bräcke Diakoni hade kunnat fullgöras av någon annan leverantör. Det föreligger inte något tillämpligt undantag från huvudregeln om att kontraktet skulle ha föregåtts av annonsering. Kommunens avtal med Bräcke Diakoni utgör därmed en otillåten direktupphandling, varför det finns grund för att påföra upphandlingsskadeavgift.

## Bakgrund och omständigheter

### Den aktuella överenskommelsen

5. Alingsås kommun och Bräcke Diakoni ingick den 30 juni 2016 ett avtal i form av en överenskommelse om ett idéburet offentligt partnerskap (IOP), se [bilaga 1](#). Kontraktet löper under perioden 1 oktober 2016 – 30 september 2019 med möjlighet till förlängning utan angiven tidsbegränsning. Syftet med den verksamhet som ska bedrivas inom ramen för partnerskapet beskrivs som utveckling av en sammanhållen vårdkedja för personer med demenssjukdom.

---

<sup>1</sup> Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes den 1 januari 2017 då lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft. Den upphävda lagen gäller dock för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

6. De verksamheter som ingår i partnerskapet är:
  - Vård- och omsorgsboendet Ginstgården (särskilt boende för demenssjuka)
  - Hemtjänst med demensinriktning, vilken ska bedrivas enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV)
  - Förebyggande insatser
  - Demensvård i primärvården
7. Bräcke Diakoni ska enligt avtalets ekonomiska villkor ansvara för driften av Ginstgården samt för en vårdkoordinator som utgår från primärvården och för samverkan med frivilligorganisationer. Boendet på Ginstgården har 24 platser med en planerad utökning till 32 platser.
8. Enligt bilaga 1 till avtalet ansvarar Bräcke Diakoni för kommunal hälso- och sjukvård enligt hälso- och sjukvårdslagen (1982:763)<sup>2</sup> exklusive arbetsterapeut, sjukgymnast och läkarinsatser för de boende på Ginstgården. Kommunen ansvarar för arbetsterapeut och sjukgymnast i verksamheten samt sjuksköterskeinsats annan tid än vardagar mellan kl. 07.00–16.30.
9. För driften av Ginstgården, tillhandahållande av en vårdkoordinator och samverkan med frivilligorganisationer erhåller Bräcke Diakoni en årlig ersättning om 14 470 000 kronor. Om antalet platser på Ginstgården utökas enligt plan utgår ytterligare 532 000 kronor i ersättning per plats och år. Hemtjänst och demensvård i primärvården, som också anges vara en del av vårdkedjan, regleras enligt bilaga 2 och 4 till avtalet genom valfrihetssystem och omfattas inte av den ersättning som utgår enligt avtalet.

#### **Vad kommunen anfört under Konkurrensverkets utredning**

10. Bräcke Diakoni, som vid tidpunkten för avtalets ingående var befintlig leverantör av driften vid Ginstgården, kontaktade kommunen med ett initiativ till en sammanhållen vårdkedja som parterna gemensamt skulle ta ansvar för. Syftet var att överbygga problemet med den fragmenterade vård som många äldre människor möter.
11. Den överenskommelse som därefter ingicks med Bräcke Diakoni är utformad som ett IOP och omfattas därför inte av någon upphandlingskyldighet. IOP är en samarbetsform som ligger mellan upphandlingspliktiga tjänster och ren bidragsgivning. Samarbetsformen bygger inte på marknadsmekanismer och kommersiella kontrakt utan grundas på ömsesidighet. I det aktuella fallet har det inte funnits någon konkurrenssituation eller marknad att ta hänsyn till och inte heller har verksamheten ansetts utgöra en del av föreningsbidraget. Båda parter är med och finansierar verksamheten som inte detaljregleras av kommunen. Äldreomsorg är visserligen en sådan tjänst som är obligatorisk

---

<sup>2</sup> Sedan den 1 april 2017 upphävd och ersatt av Hälso- och sjukvårdslagen (2017:30).

för kommunen att tillhandahålla och som omfattas av en lagstiftning som ställer vissa krav på utförandet. Den behöver därför detaljregleras. Vårdkedjan är dock ett mycket större sammanhang där den obligatoriska äldreomsorgen bara utgör en del.

12. Den sammanhållna vårdkedjan är en välfärdstjänst som utgör en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse. Unionsrättens bestämmelser om bland annat fri rörlighet, konkurrensutsättning och upphandling gäller inte för sådana tjänster. Tillgång till solidariskt finansierade (dvs. skattefinansierade) välfärdstjänster beror inte på hur mycket den enskilde brukaren har bidragit till finansieringen utan alla har rätt till tjänsterna. Kommunen har en skyldighet att tillhandahålla äldreomsorg, vilken huvudsakligen bekostas via skattemedel. Den offentligt finansierade vårdkedjan, i vilken äldreomsorg ingår, är därmed en icke-ekonomisk tjänst som inte omfattas av det upphandlingsrättsliga regelverket.
13. Om avtalet ändå anses ha varit upphandlingspliktigt omfattas det av undantagsregeln i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU. Det fanns inte någon annan aktör än Bräcke Diakoni som kunde erbjuda den sammanhållna vårdkedjan. Eftersom bedömningen var att det inte fanns någon alternativ leverantör gick kommunen inte ut med någon förfrågan för att undersöka marknaden innan överenskommelsen träffades.

### **Överenskommelsen är ett tjänstekontrakt i LOU:s mening**

14. Kommunen anser att avtal som avser så kallade IOP inte omfattas av någon upphandlingskyldighet. Konkurrensverket vill därvid understryka att det av EU-domstolens fasta praxis framgår att de enda tillåtna undantagen från direktivens tillämpningsområde är de som uttömmande och uttryckligen anges i direktiven.<sup>3</sup>
15. Konkurrensverket kan konstatera att ett avtal av denna typ inte utgör ett sådant uttryckligt undantag från det upphandlingsrättsliga tillämpningsområdet, vare sig i LOU eller i direktiv 2004/18/EG.
16. Eftersom kommunens avtal med Bräcke Diakoni således inte per definition är undantaget lagens tillämpningsområde ska det göras en bedömning utifrån omständigheterna i detta enskilda fall. Det ska då prövas om avtalet omfattas av kontraktsdefinitionen i 2 kap. 10 § LOU, dvs. om det utgör ett köp av en vara, tjänst eller byggtreprenad. Om så är fallet ska LOU följas vid kontraktstilldelningen.

---

<sup>3</sup> Se t.ex. EU-domstolens avgöranden i mål C-107/98 *Teckal*, punkt 43; mål C-412/04 *Kommissionen mot Italien*, punkt 89 och mål C-220/05 *Jean Auroux*, punkt 59.

17. I det tillämpliga direktivet beskrivs offentliga kontrakt som skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som bland annat avser tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i direktivet.<sup>4</sup>
18. Begreppet kontrakt ska tolkas mycket vidsträckt. Det omfattar alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör. Begreppet omfattar även alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande myndighetens förfogande, samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande myndighetens räkning.<sup>5</sup> EU-domstolen har också vid upprepade tillfällen slagit fast att definitionen av kontrakt ska tolkas på så sätt att direktivens ändamålsenliga verkan säkerställs.<sup>6</sup> Det är således inte beteckningen av en viss transaktion i sig som är avgörande utan istället innebörden av denna tolkad i funktionella termer.
19. Det är endast kontrakt med ekonomiska villkor som kan utgöra ett offentligt kontrakt som omfattas av direktivet.<sup>7</sup> För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndigheten mot ersättning erhåller en prestation för sin egen räkning. Detta innebär att en sådan prestation ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. Leverantörens skyldighet att fullgöra kontraktet ska också kunna åberopas inför domstol.<sup>8</sup> En väsentlig del av begreppet offentligt kontrakt är att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.<sup>9</sup>
20. Av avtalet framgår att Bräcke Diakoni under en viss tidsperiod har verksamhetsansvaret för driften av Ginstgården. Vårdboendet har ett bestämt antal platser och ersättningen beräknas utifrån antalet vårdplatser. Enligt bilaga 1 omfattar detta verksamhetsansvar vad som krävs enligt HSL för kommunal hälso- och sjukvård.
21. Kommunen har en skyldighet att tillhandahålla äldreomsorg för sina invånare. Genom avtalet utför Bräcke Diakoni därigenom tjänster som

---

<sup>4</sup> Se direktiv 2004/18/EG art. 1.2. a)

<sup>5</sup> Se Europeiska kommissionen: Guide to the Community rules on public procurement of services, s. 12, Guide to the Community rules on public works contracts, s. 12 samt Guide to the Community rules on public supply contracts, s. 9.

<sup>6</sup> Se t.ex. EU-domstolens avgörande i mål C-399/98 *Ordine degli architetti*, punkt 52, 55 och 85.

<sup>7</sup> Se EU-domstolens avgörande i mål C-451/08 *Helmut Müller* punkt 47. Målet avsåg tolkningen av begreppet offentligt byggtreprenadkontrakt men torde vara vägledande även vid bedömningen av offentliga tjänstekontrakt.

<sup>8</sup> *Helmut Müller*, punkt 48 samt 59 ff. Se även EU-domstolens avgörande i mål C-51/15 *Remondis*, punkt 43.

<sup>9</sup> *Remondis*, punkt 43.

kommunen annars hade behövt utföra i egen regi eller anlita någon annan leverantör för. Prestationen får därmed anses ha varit av direkt ekonomiskt intresse för kommunen.

22. Vidare innebär beskrivningen av vad Bräcke Diakoni ska tillhandahålla enligt avtalet att kommunen kan väcka talan vid domstol med rättsliga anspråk, t.ex. fullgörande av avtal eller skadestånd, om Bräcke Diakoni skulle missköta sitt åtagande. På motsvarande sätt kan Bräcke Diakoni med stöd av avtalet väcka talan mot kommunen, t.ex. vid bristande betalning.
23. I avtalet regleras också vad som gäller i händelse av tvist mellan parterna. I första hand ska detta lösas av parterna själva och i andra hand avgöras av allmän domstol med tillämpning av svensk rätt. Det framgår också att en tvist som ska avgöras rättsligt inte ger Bräcke Diakoni rätt att avbryta uppdraget eller kommunen rätt att innehålla belopp som inte direkt omfattas av tvisten.<sup>10</sup> Parterna har således uppenbarligen själva ansett att det har varit ett avtal med ekonomiska villkor som kan bli föremål för rättslig prövning.
24. Enligt Konkurrensverkets uppfattning är därmed överenskommelsen mellan kommunen och Bräcke Diakoni, oavsett om den kan rubriceras som ett idéburet offentligt partnerskap (IOP) eller inte,<sup>11</sup> i LOU:s mening ett tjänstekontrakt med ekonomiska villkor som innebär att Bräcke Diakoni tillhandahåller kommunen tjänster mot ersättning. Detta får till följd att kontraktet omfattas av det upphandlingsrättsliga regelverket.

## **Bräcke Diakoni har tillhandahållit upphandlingspliktiga tjänster**

25. Till skillnad från kommunen anser Konkurrensverket att de tjänster som Bräcke Diakoni tillhandahåller kommunen är tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och därför omfattas av en skyldighet att följa LOU vid ingående av avtal.

---

<sup>10</sup> Se punkt 17 i avtalet.

<sup>11</sup> Konkurrensverket har noterat att organisationen Forum för Frivilligt Socialt Arbete (Forum är en intresseorganisation för den idéburna organiseringen, se [www.socialforum.se](http://www.socialforum.se)) har tagit fram ett antal kriterier för när det enligt stiftelsens uppfattning är fråga om ett IOP. Om kriterierna är uppfyllda behöver avtalet inte upphandlas. Konkurrensverket vill med anledning av detta betona att dessa kriterier endast är framtagna av Forum och i sig inte utgör gällande rätt. Någon legaldefinition av begreppet IOP finns inte. Det bör dock noteras att ett par av de kriterier som Forum ställt upp är att det inte ska finnas en marknad eller konkurrenssituation att vårda samt att den upphandlande myndigheten inte ska detaljreglera verksamheten för att det ska vara fråga om ett IOP (se "Handledning i ditt arbete med Idéburet Offentligt Partnerskap"; Forum – idéburna organisationer med social inriktning). Enligt Konkurrensverkets uppfattning uppfyller den aktuella överenskommelsen inte något av dessa krav.

### Tjänster av allmänt intresse

26. Kommissionen har, med anledning av den begreppsförvirring och felaktiga terminologi som förekommit, i ett meddelande bland annat framhållit följande om tjänster av allmänt intresse.<sup>12</sup>
27. *Tjänster av allmänt intresse* är sådana tjänster som medlemsstaternas myndigheter anser vara av allmänt intresse och som därför är kopplade till särskilda skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster. Termen täcker både ekonomiska verksamheter och icke-ekonomiska tjänster.
28. *Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse* omfattas inte av någon särskild EU-lagstiftning och ingår varken i fördragets regelverk om den inre marknaden eller i konkurrensreglerna. Som exempel på icke-ekonomiska tjänster har Kommissionen i ett annat meddelande nämnt statliga åligganden som polis, domstolar och obligatoriska system för socialskydd.<sup>13</sup>
29. *Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse* är sådan verksamhet vars resultat är till övergripande allmän nytta och som marknaden inte skulle tillhandahålla utan offentligt ingripande eller endast på andra villkor.
30. *Sociala tjänster av allmänt intresse* omfattar bland annat trygghetssystem som täcker de största riskerna i livet, till exempel sjukdom och ålderssvaghet, och en rad andra viktiga tjänster som tillhandahålls direkt till individen och som har en förebyggande roll och främjar social sammanhållning och integration. Termen omfattar både ekonomisk och icke-ekonomisk verksamhet eftersom en tjänsts sociala natur i sig inte räcker för att rubricera den som icke-ekonomisk.
31. Kommissionen har i meddelande även framhållit att tillhandahållandet av sociala tjänster håller på att förändras i stor omfattning för att bland annat bättre leva upp till utmaningarna med en åldrande befolkning. Denna process har ofta lett till genomgripande förändringar i hur tjänsterna organiseras, tillhandahålls och finansieras. En konsekvens av detta är att tjänster som tidigare har tillhandahållits av det allmänna numera utförs på entreprenad. Effekten är att en allt större del av verksamheten som tidigare

---

<sup>12</sup> Se KOM(2011) 900 slutlig: Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska Sociala Kommittén samt Regionkommittén "En kvalitetsram för tjänster av allmänt intresse i Europa" s. 3 f.

<sup>13</sup> Se KOM(2007) 725 slutlig: Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska Sociala Kommittén samt Regionkommittén "Med anknytning till meddelandet 'En inre marknad för framtidens Europa' Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande" s. 4.

ingick i socialtjänstens dagliga verksamhet nu omfattas av unionsrätten om tjänsterna kan anses vara av ekonomisk art.<sup>14</sup>

32. Även om vissa sociala tjänster (till exempel lagstadgade sociala trygghetssystem) inte utgör ekonomisk verksamhet framgår det av EU-domstolens praxis att en tjänsts sociala natur inte i sig räcker för att rubricera den som icke-ekonomisk.<sup>15</sup> Inom konkurrensrätten omfattar begreppet varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett dess rättsliga status och sätt att finansiera verksamheten.<sup>16</sup> Likaså framgår att all verksamhet som går ut på att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad utgör ekonomisk verksamhet.<sup>17</sup> En avgörande fråga är således om det finns en marknad för drift av äldreboenden i förevarande fall.
33. Att tjänsten i detta fall tillhandahålls av Bräcke Diakoni, som är ett icke-vinstdrivande organ, är inte en omständighet som påverkar bedömningen av om den är icke-ekonomisk eller inte.<sup>18</sup> Av betydelse är även att den rättsliga ramen för hur beslut fattas och den rättsliga beteckningen på denna ram i den nationella rättsordningen inte påverkar tillämpningen av unionens regler om konkurrens.<sup>19</sup>
34. Konkurrensverket kan konstatera att det finns en väl utvecklad marknad för särskilda boenden för äldre i Sverige. Av statistik från Socialstyrelsen framgår att redan i oktober 2012 bedrevs omkring en femtedel av de särskilda boendena för äldre av en annan vårdgivare av kommunen.<sup>20</sup> Vidare kan nämnas att Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), Svenskt Näringsliv och Vårdföretagarna i januari 2014 gemensamt tagit fram en guide för hur särskilda boenden inom äldreomsorgen kan upphandlas på bästa sätt.<sup>21</sup> I rapporten anges att det blir allt vanligare med konkurrensutsättning av särskilda boenden.<sup>22</sup>
35. Kommunen har redan under år 2004 upphandlat driften av det aktuella vårdboendet. Vid den senaste upphandlingen 2010 lämnade fem leverantörer anbud, varav tre uppfyllde samtliga skall-krav.<sup>23</sup> I dagsläget drivs tre av

---

<sup>14</sup> A.a. s. 8.

<sup>15</sup> Se EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-180/98 till C-184/98, *Pavlov m.fl.*, punkt 118. Se även mål C-218/00, *Cisal och INAIL*, punkt 37 och mål C-355/00 *Freskot*, punkt 77.

<sup>16</sup> Se t.ex. C-180/98 m.fl. punkt 74.

<sup>17</sup> Se t.ex. C-180/98 m.fl. punkt 75.

<sup>18</sup> KOM 2007 (725) s. 5.

<sup>19</sup> Se t.ex. C-180/98 m.fl. punkt 85.

<sup>20</sup> Äldre och personer med funktionsnedsättning – regiform år 2012, Vissa kommunala insatser enligt socialtjänstlagen, Socialstyrelsen 2013 s. 27.

<sup>21</sup> Upphandla bättre - Guide för styrning mot kvalitet i upphandling av särskilt boende inom äldreomsorgen

<sup>22</sup> A.a. s. 35.

<sup>23</sup> Utvärdering av upphandling 2009.456 – Ginstgårdens äldreboende. De företag som uppfyllde samtliga skall-krav, förutom Bräcke Diakoni, var Attendo Care AB i Danderyd och Casparssons Vårdhem AB i Rävlanda.



kommunens nio särskilda boenden för äldre i form av gruppboenden av andra utförare än kommunen.<sup>24</sup> Två av dessa, Kaptenen och Ängabogården, som har Frösunda AB som utförare, har demensinriktning.

36. Sammanfattningsvis visar utredningen att de i målet aktuella tjänsterna är av sådan karaktär att de omsätts på en marknad. Avtalet mellan kommunen och Bräcke Diakoni gäller således tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, varför fördragets regler om fri rörlighet och det upphandlingsrättsliga regelverket ska tillämpas.

### **Avtalet är en otillåten direktupphandling**

37. Bräcke Diakoni tillhandahåller upphandlingspliktiga tjänster till kommunen. Värdet av tjänsterna överskrider direktupphandlingsgränsen. Huvudregeln är då att den upphandlande myndigheten innan avtal ingås ska ha genomfört ett annonserat förfarande om inte något av de undantag som särskilt anges i LOU kan tillämpas. Dessa undantag ska tolkas restriktivt.<sup>25</sup>
38. Kommunen har angett att undantaget i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU i vart fall har varit tillämpligt, varför det inte fanns någon skyldighet att konkurrensutsätta avtalet. Kommunens bedömning är att Bräcke Diakoni var den enda tänkbara leverantören på marknaden som kunde tillhandahålla en sammanhållen vårdkedja.
39. Konkurrensverket vill inledningsvis framhålla att det inte finns något krav i LOU om att isolera olika tjänster från varandra vid upphandling. Upphandlande myndigheter har en stor frihet när de bestämmer kontraktsföremålet. Villkoren får dock inte strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster.<sup>26</sup>
40. Rent principiellt är det alltså fullt tänkbart att en upphandlande myndighet, som t.ex. vill motverka fragmentering av äldreården, har rätt att ställa krav på anbudsgivarna om att de ska erbjuda flera olika tjänster inom ramen för samma kontrakt, som delar av en helhet. Kontraktstilldelningen får däremot inte ske på ett sätt som diskriminerar vissa leverantörer, utan alla potentiella anbudsgivare med den kapacitet som efterfrågas ska ges möjlighet att lämna anbud.
41. Konkurrensverket har således inte något att erinra vad gäller kommunens ambitioner och målsättning i sig, dvs. att skapa en långsiktigt hållbar modell för äldreomsorgen. Tvärtom är kommunens strävan att i samarbete med

---

<sup>24</sup> Särskilda boenden för äldre i Alingsås kommun, hämtad den 18 april 2017.

<sup>25</sup> Se till exempel EU-domstolens uttalande i mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, förarbetsuttalande i prop. 2006/07:128 s. 291 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 10.

<sup>26</sup> Se t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2010 ref. 78.

andra aktörer förbättra vården genom kreativa lösningar och nytänkande i grunden något positivt. Lika önskvärt är det att även idéburna organisationer har möjlighet att inge anbud vid offentliga upphandlingar, vilket bidrar till en större mångfald bland utförarna. Ett av syftena med upphandlingsdirektiven är att öppna för så bred konkurrens som möjligt och att så många anbudsgivare som möjligt deltar. Detta ligger inte bara i intresset att skapa fri rörlighet inom unionen för varor och tjänster, utan även i de upphandlande myndigheternas eget intresse, vilka får fler valmöjligheter vad beträffar det mest fördelaktiga anbudet och det anbud som är bäst anpassat efter myndighetens behov.<sup>27</sup>

42. Kommunens målsättningar måste dock uppfyllas inom de ramar som följer av det upphandlingsrättsliga regelverket. Att tilldela kontrakt direkt till en viss leverantör utan någon konkurrensutsättning går helt emot de syften som angetts i ovanstående punkt.
43. Undantaget i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU som kommunen åberopat är tillämpligt om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör. Några konstnärliga skäl som berättigar direktupphandling kan inte föreligga i detta fall. Bräcke Diakoni har heller inte någon form av ensamrätt att utföra de aktuella tjänsterna. Därmed återstår frågan om det förelegat grund för direktupphandling på grund av *tekniska skäl*.
44. Av EU-domstolens rättspraxis följer att ett undantag från upphandlingsreglerna som görs med hänvisning till tekniska skäl ska vara förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna, i synnerhet principen om icke-diskriminering. EU-domstolen har konstaterat att "risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens".<sup>28</sup> Det kan tilläggas att principen om icke-diskriminering inte bara gäller utländska leverantörer utan även vid diskriminering av företag belägna i samma medlemsstat som den upphandlande myndigheten.<sup>29</sup>
45. Konkurrensverket vill framhålla att utrymmet för att åberopa tekniska skäl i praxis har visat sig vara mycket begränsat. Undantaget förutsätter att den upphandlande myndigheten på objektiva grunder kan visa att endast en viss

---

<sup>27</sup> Se t.ex. EU-domstolens avgörande i mål C-305/08 *CoNISMA*, p. 37.

<sup>28</sup> Se EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* p. 62-63.

<sup>29</sup> Se t.ex. EU-domstolens avgörande C-21/88 *Du Pont de Nemours* p. 12. Se också EU-domstolens avgörande i mål C-458/03 *Parking Brixen* samt mål C-87/94 *Wallonska bussarna*, p. 31-33. Sistnämnda avgörande har kommenterats i doktrinen med slutsatsen att alla anbudsgivare måste behandlas lika, varför även inhemska leverantörer kan göra gällande att en upphandlande myndighet agerat i strid med likabehandlingsprincipen, se Sue Arrowsmith; *The law of public and utilities procurement*, volym 1, tredje uppl, sid. 614 f.

leverantör kan utföra kontraktet.<sup>30</sup> Två kumulativa rekvisit ska vara uppfyllda, dels ska de arbeten som är föremål för upphandlingen vara av teknisk karaktär, dels ska det vara absolut nödvändigt att tilldela en viss leverantör kontraktet.<sup>31</sup> Endast den omständigheten att arbeten påstås vara komplicerade räcker inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda leverantör.<sup>32</sup> För att få ingå ett avtal utan föregående annonsering är det således inte tillräckligt att det kan styrkas att den leverantör som direkttilldelats kontraktet har den mest effektiva förmågan eller kapaciteten att leverera det som kontraktet avser, det måste styrkas att *endast* denna leverantör överhuvudtaget har förmåga och kapacitet att leverera det som efterfrågas.<sup>33</sup>

46. När kommunen år 2010 annonserade driften av Ginstgården lämnade flera leverantörer anbud i upphandlingen. Som Konkurrensverket har redogjort för ovan bedrevs en femtedel av alla platser inom äldreomsorgen av andra utförare än kommunerna år 2012. Det finns således andra leverantörer av dessa tjänster. Av den gemensamma guiden från SKL m.fl. framgår att tre fjärdedelar av de boende på särskilda boenden har en demenssjukdom.<sup>34</sup> Kunskap om deras särskilda behov torde därmed finnas även hos andra leverantörer. Som nämnts ovan har två boenden drivna av en annan leverantör i kommunen demensinriktning.<sup>35</sup>
47. Det råder därför inte någon tvekan om att det finns ett antal leverantörer på marknaden utöver Bräcke Diakoni som har kapacitet att sköta driften av Ginstgården.
48. Det skäl för undantag som kommunen åberopat grundas dock som tidigare angetts inte bara på driften av äldreboendet, utan på själva helheten av den vårdkedja som överenskommelsen avser, dvs. även hemtjänst, förebyggande insatser samt demensvård inom primärvården. Enligt villkoren i avtalet ansvarar Bräcke Diakoni utöver driften av Ginstgården även för att tillhandahålla en vårdkoordinator samt för samverkan med frivilligorganisationer (se punkterna 6 och 7 ovan).
49. Bräcke Diakonis prestationer avseende hemtjänst och vårdcentral omfattas av olika former av vårdval eller valfrihetssystem och ingår således inte överhuvudtaget i den ekonomiska överenskommelsen med kommunen. Det är de enskilda brukarna som fritt väljer utförare av dessa tjänster och de har

---

<sup>30</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 34-39

<sup>31</sup> C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 34.

<sup>32</sup> C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 21.

<sup>33</sup> Se t.ex. generaladvokatens förslag till avgörande i målen C-20/01 och C-28/01, p. 73, där det anges att det ska vara ett ovederläggligt faktum att det endast finns en leverantör som kan tillhandahålla den berörda tjänsten.

<sup>34</sup> Upphandla bättre - Guide för styrning mot kvalitet i upphandling av särskilt boende inom äldreomsorgen, s. 35.

<sup>35</sup> Särskilda boenden för äldre i Alingsås kommun, hämtad den 18 april 2017.

inte någon skyldighet att anlita Bräcke Diakoni. Eftersom likabehandlingsprincipen gäller mellan leverantörerna i valfrihetssystem är det heller inte tillåtet att kommunen medvetet försöker styra brukarna mot att välja Bräcke Diakoni i första hand. Att det finns vårdval och valfrihetssystem visar dessutom med tydlighet att det finns flera aktörer som utför dessa tjänster.

50. De tjänster som Bräcke Diakoni tillhandahåller enligt avtalet synes således, utöver driften av Ginstgården, vara en vårdkoordinator samt verksamheten vid Alzheimers café, vilket är en mötesplats för demenssjuka och deras närstående.
51. Vad gäller caféet består Bräcke Diakonins insats av det övergripande ansvaret för planering, samordning och genomförande samt att tillhandahålla två anställda per träff.<sup>36</sup> Det rör sig inte om någon daglig verksamhet utan sammankomsterna hålls en gång per månad och brukar locka 20-25 besökare per tillfälle. Hur verksamheten med Alzheimers café ska bedrivas finns noggrant beskrivet i en rapport från Bräcke Diakoni.<sup>37</sup> Det finns inte någonting i denna beskrivning som motsäger att någon annan leverantör skulle kunna bedriva samma typ av mötesverksamhet för demenssjuka. När det gäller den vårdkoordinator som omnämns i avtalet är det oklart vilka uppgifter denne i praktiken har, men det torde knappast vara en unik kompetens som endast Bräcke Diakoni förfogar över och som ingen annan leverantör skulle kunna tillhandahålla.
52. Sammanfattningsvis är det Konkurrensverkets uppfattning att ingen av vårdkedjans olika beståndsdelar utgör tjänster som Bräcke Diakoni är helt ensamma om att kunna tillhandahålla. Detta gäller oavsett om tjänsterna ses var och en för sig eller som en sammansatt helhet.
53. Med hänsyn till det begränsade utrymmet för att åberopa tekniska skäl anser Konkurrensverket att kommunen inte hade rätt att tilldela kontraktet direkt till Bräcke Diakoni på denna grund. Det bör särskilt noteras att kommunen valde att inte genomföra någon marknadsundersökning innan man direkttilldelade kontraktet, detta trots att man måste ha varit medveten om att de olika tjänsterna kunde utföras av flera leverantörer. Istället utgick kommunen från sitt eget antagande att det inte existerade någon marknad för tjänsterna, se [bilaga 2](#).
54. Konkurrensverket vill tillägga att kommunens målsättning att leverantören skulle tillhandahålla flera olika insatser, därtill med en hög upplevd vårdkvalitet och kontinuitet för brukarna, hade varit möjlig att inkludera i kravställningen vid en annonserad upphandling, givetvis med iakttagande

---

<sup>36</sup> Se bilaga 3 till överenskommelsen mellan Alingsås kommun och Bräcke Diakoni.

<sup>37</sup> Alzheimers café – en mötesplats som bryter skammen, Bräcke Diakoni.

av principerna om likabehandling och proportionalitet. På så sätt hade den leverantör som förmått lämna det bästa anbudet utifrån kommunens krav och kriterier kunnat tilldelas kontrakt efter konkurrensutsättning.

55. Avslutningsvis vill Konkurrensverket framhålla att om Bräcke Diakoni varit ensam leverantör om att kunna tillhandahålla de olika tjänsterna som en helhet, finns det goda skäl att ifrågasätta själva kravställningen i detta fall. Med tanke på den begränsade omfattning caféverksamheten har och vårdkoordinatorns roll framstår dessa tjänster som ytterst marginella i relation till resten av kontraktet, som avser driften av Ginstgården. Detta gäller såväl ekonomiskt som med avseende på den kapacitet leverantören måste tillhandahålla för att utföra tjänsterna. Avsaknad av konkurrens får inte bero på att myndigheten har ställt upp sådana krav som har lett till att endast en viss leverantör kan komma ifråga.<sup>38</sup> Det är inte tillåtet att anpassa en upphandling efter en utvald anbudsgivares särskilda förmåga och därigenom exkludera övriga leverantörer genom kravställningen, om inte kraven är helt nödvändiga och vilar på objektiv grund utifrån myndighetens faktiska behov.
56. Det har inte framkommit några uppgifter som tyder på att något annat av de undantag som anges i LOU var tillämpligt när kommunen ingick avtalet med Bräcke Diakoni. Tilläggas kan att kommunen varit medveten om när det föregående avtalet med Bräcke Diakoni löpte ut. Detta innebär att undantaget för synnerlig brådska på grund av omständigheter utanför kommunens kontroll inte heller är tillämpligt (4 kap. 5 § första stycket 3).
57. Kommunen har i och med överenskommelsen med Bräcke Diakoni gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling varför det föreligger förutsättningar för påförande av upphandlingsskadeavgift.

## Upphandlingsskadeavgift

58. 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

---

<sup>38</sup> Jfr 6 kap. 14 § i nuvarande LOU, dvs. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, vilken motsvarar 4 kap. 5 § 2 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Där anges i sista stycket att undantaget för tekniska skäl inte får användas om det finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Tillägget i nuvarande LOU kan enligt Konkurrensverkets uppfattning inte tolkas som en skärpning av regelverket, utan endast som en precisering av sedan tidigare gällande rätt.

gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.<sup>39</sup>

### Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

59. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.<sup>40</sup>
60. Beräkningen av kontraktsvärdet ska i detta fall ske enligt 15 kap. 3 a § LOU. Enligt bestämmelsen ska värdet av kontraktet uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Det aktuella avtalet löper på tre år med möjlighet till förlängning utan angiven bortre tidsgräns. Eftersom avtalet saknar information om vad det totalt kan uppskattas värdemässigt till kan något exakt kontraktsvärde inte fastställas enligt 15 kap. 3 a § LOU.
61. Konkurrensverket anser därför att värdet ska uppskattas med stöd av bestämmelsen i 3 kap. 12 § LOU som anger att värdet av ett tjänstekontrakt som löper på obestämd tid ska fastställas till det uppskattade värdet per månad multiplicerat med 48 månader.<sup>41</sup>
62. Det årliga belopp som kommunen ska betala med anledning av kontraktet anges vara 14 470 000 kronor och vid en planerad utökning av antalet platser från 24 till 32 ytterligare 532 000 kronor per plats. Det årliga beloppet blir då 18 726 000 kronor, vilket ger ett månadsbelopp om 1 560 500 kronor. Ett uppskattat värde under 48 månader kan således fastställas till 74 904 000 kronor (=1 560 500\*48). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 7 490 400 kronor.
63. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är. 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.<sup>42</sup> I ringa fall ska någon avgift

---

<sup>39</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

<sup>40</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

<sup>41</sup> Konkurrensverket har i tidigare mål om upphandlingsskadeavgift använt denna metod för att uppskatta det totala kontraktsvärdet när det direktupphandlade avtalet kunnat löpa under obegränsad tid. Jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 4915-13, där Konkurrensverket fick fullt bifall till sitt yrkande.

<sup>42</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (17 kap. 5 § LOU).

64. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup>
65. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Utgångspunkten är därför att sanktionsvärdet är högt.<sup>45</sup> Vad gäller omständigheterna i övrigt kring överträdelsen, bör det noteras att kommunen inför överenskommelsen med Bräcke Diakoni gett en advokatbyrå i uppdrag att närmare utreda förutsättningarna, se bilaga 3. I sammanfattningen av den omfattande rättsutredningen varnades kommunen för att ett IOP-avtal riskerade att betraktas som en otillåten direktupphandling med följd att avtalet kunde bli föremål för såväl ogiltighets- som skadeståndstalan från andra leverantörer, som talan om upphandlingsskadeavgift från Konkurrensverket.<sup>46</sup> Advokatbyråns rekommendation inför ett eventuellt annonserat förfarande var att kommunen skulle genomföra ett förenklat förfarande med särskilt fokus på kvalitetskrav.<sup>47</sup>
66. Guiden från Sveriges Kommuner och Landsting m.fl. visar också på att det inom den kommunala sektorn i allmänhet har funnits en medvetenhet kring dessa frågor och den ger också förslag på hur en upphandling med fokus på god kvalitet kan genomföras.
67. Trots detta har kommunen genomfört en direktupphandling och heller inte gjort någon föregående marknadsstudie. Därutöver har den genom ett

---

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> A.a. s. 197–198 och s. 369–370.

<sup>45</sup> Se HFD 2016 ref. 67. Kammarrätten i Sundsvall angav i det underliggande målet 1767-14 att en otillåten direktupphandling är en omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde. Högsta förvaltningsdomstolen frångick inte underinstansernas bedömningar i frågan om avgiftens storlek.

<sup>46</sup> PM angående drift av äldreboende, Gärde Wesslau Advokatbyrå den 7 december 2015, s. 46.

<sup>47</sup> A.a. s. 48.

särskilt avtal försäkrat sig om att Bräcke Diakoni inte skulle rikta några anspråk mot kommunen om avtalet skulle ogiltigförklaras.

68. Konkurrensverket noterar därtill att avtalet, efter att dess ordinarie löptid om tre år passerat, kan förlängas utan någon angiven begränsning i tid. Det är således teoretiskt möjligt att den otillåtet direktupphandlade avtalsrelationen mellan kommunen och Bräcke Diakoni pågår under en mycket lång tid om parterna är överens om det. Detta är en av de omständigheter som i förarbetena omnämns som försvårande vid bedömningen av sanktionsvärdet.
69. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 5 000 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.
- 

Per Karlsson

Magnus Ehn

## **Bifogas**

Bilaga 1: Överenskommelse den 30 juni 2016 om partnerskap mellan Alingsås kommun och Stiftelsen Bräcke Diakoni

Bilaga 2: Svar från kommunen daterat den 5 april 2017

Bilaga 3: PM angående drift av äldreboende, Gärde Wesslau Advokatbyrå den 7 december 2015 (Sammanfattning sid. 45-48)