

Västerås stad

Tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; Västerås kommuns köp av läkarkonsulttjänster

Konkurrensverkets beslut

Västerås kommun (kommunen) har agerat i strid med 19 kap. 36 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), genom att inte annonsera sina köp av läkarkonsulttjänster till elevhälsan under 2021. Då förutsättningar för detta saknades, utgör det en otillåten direktupphandling.

Kommunen förtjänar kritik för sitt agerande.

Ärendet avslutas.

Ärendet

1. I januari 2022 uppmärksammade Konkurrensverket genom sin omvärldsbevakning att kommunen ska ha genomfört inköp av läkarkonsulttjänster till elevhälsan utan föregående annonsering. Köpen ska ha gjorts under perioden mars 2020–juni 2022.
2. Det är kommunens anskaffningar under 2021 som ligger till grund för detta tillsynsbeslut.
3. Kommunen har under utredningen uppgett bland annat följande. De tidigare anställda skolläkarna avslutade sina tjänster i augusti och oktober 2018. Kommunen har därefter haft en skolläkare anställd på deltid fram till mars 2020. Under perioden därefter, dvs. mars 2020–juni 2022, direktupphandlade kommunen läkarkonsulttjänster.
4. Kommunen ingick sex skriftliga avtal avseende läkarkonsulttjänster under 2021 (avtalen). Det totala värdet av upphandlingen under 2021 uppgick till 5 545 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Köpen föregicks inte av någon annonsering.
5. Enligt kommunen ingicks avtalen till följd av att dess försök att rekrytera nya skolläkare i oktober 2018 misslyckades, detta i syfte att säkerställa den lagstadgade tillgången till skolläkare utifrån de krav som uppställs i skollagen (2010:800).
6. Kommunen har uppgett att inget undantag från annonseringsskyldigheten enligt LOU är tillämpligt. Enligt kommunen förelåg det emellertid särskilda skäl att säkerställa eleverns tillgång till skolläkare.
7. Konkurrensverket noterar att kommunen, under tiden utredningen har pågått, har rekryterat två skolläkare till elevhälsan.

Skäl för beslutet

Avtalen utgör en otillåten direktupphandling

Avtalens karaktär och upphandlingens värde

8. Tjänster som avser hälso- och sjukvård utgör välfärdstjänster och omfattas av bilaga 2 a till LOU.¹

¹ Den 2 februari 2022 trädde nya regler för upphandlingar under tröskelvärdena och upphandlingar av sociala och andra särskilda tjänster ikraft. De upphävda reglerna gäller dock för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet. Hänvisningar sker därmed till vid tiden för upphandlingen gällande lydelse.

9. Enligt 1 kap. 4 och 19 kap. 37 §§ LOU ska värdet av en upphandling av välfärdstjänster enligt bilaga 2 a uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen, exklusive mervärdesskatt. Uppskattningen ska inbegripa värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats.
10. Enligt 19 kap. 37 § LOU ska den upphandlande myndigheten vid beräkningen av värdet beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

Annonseringsskyldighet

11. Upphandling av välfärdstjänster enligt bilaga 2 a vars värde uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § LOU ska annonseras enligt 19 kap. 9 § LOU. För upphandlingar av detsamma vars värde beräknas understiga tröskelvärdet ska annonsering ske enligt 19 kap. 36 § LOU. Det gäller dock inte för upphandlingar som ligger under den så kallade direktupphandlingsgränsen. Under 2020 och 2021 uppgick tröskelvärdet för upphandlingar av välfärdstjänster till 7 701 675 kronor och direktupphandlingsgränsen till 2 156 469 kronor, 5 kap. 1 § LOU.
12. För att direkttilldelning av kontrakt över direktupphandlingsgränsen ska vara tillåtet krävs att förutsättningar för något av undantagen i 6 kap. 12–19 §§ LOU är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl, 19 kap. 36 § LOU. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.²

Synnerlig brådska och synnerliga skäl

13. Av 19 kap. 36 § och 6 kap. 15 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig. Det ställs långtgående krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation.³ Bestämmelsen får endast användas under exceptionella

² Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85, Kommissionen mot Italien, punkt 14, de förenade målen C20/01 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.

³ Prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2009/10:180 s. 198 och 344 f. Se även, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, p. 25-28, C-394/02 Kommissionen mot Grekland, p. 40-43 och Kammarrätten i Sundsvalls domar i mål nr 3208-14 och mål nr 3209-14.

omständigheter.⁴ För att undantaget för synnerlig brådska ska vara tillämpligt krävs att det föreligger ett orsakssamband mellan brådskan att anskaffa en viss tjänst och den omständighet som läggs till grund för tillämpningen av undantaget.⁵

14. Enligt 19 kap. 36 § LOU får en upphandlande myndighet även genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det finns synnerliga skäl. I förarbetena framhålls att undantaget främst är avsett för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte kunnat råda över. Att den upphandlande myndigheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling på grund av synnerliga skäl.⁶

Konkurrensverkets bedömning

15. Läkarkonsulttjänster utgör välfärdstjänster som omfattas av bilaga 2 a till LOU.
16. Kommunen har, inom ramen för den aktuella direktupphandlingen, uteslutande köpt läkarkonsulttjänster till elevhälsan. Konkurrensverket bedömer därför att tjänsterna är av samma slag och att värdet för samtliga tjänster under 2021 ska räknas samman, 19 kap. 37 § LOU.⁷
17. Enligt kommunen uppgår värdet av upphandlingen under 2021 till 5 545 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta uppgiften.
18. Eftersom värdet av upphandlingen överskrider 2021 års direktupphandlingsgräns för välfärdstjänster enligt bilaga 2 a till LOU skulle köpen som huvudregel ha föregåtts av annonsering, 19 kap. 36 § LOU.
19. I förevarande fall har kommunen anfört att direktupphandlingen genomfördes i ett läge då personal saknades och att det förelåg särskilda skäl att säkerställa eleverns tillgång till skolläkare.
20. De omständigheter som kommunen har framfört är dock inte sådana som motiverar avsteg från annonseringsskyldigheten enligt varken undantaget

⁴ Skäl 50 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (direktiv 2014/24/EU).

⁵ EU-domstolens dom den 28 mars 1996 i mål C-318/94 kommissionen mot Tyskland, p. 14.

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 344–345 och prop. 2001/02:142 s. 99.

⁷ Jfr HFD 2017 ref. 74, där Högsta förvaltningsdomstolen bland annat uttalar att det är tjänsternas karaktär som är avgörande för vad som utgör samma slag samt att det inte krävs att tjänsterna är identiska, men att det måste föreligga påtagliga likheter mellan det som upphandlas. Jfr även art. 5.9 och skäl 19 i direktiv 2014/24/EU.

för synnerlig brådska eller synnerliga skäl i 19 kap. 36 § LOU. Grunden för Konkurrensverkets bedömning utvecklas nedan.

21. Kommunens anställda skolläkare avslutade sina tjänster i augusti och oktober 2018. Därefter har kommunen haft en deltidsanställd skolläkare fram till mars 2020. Under perioden augusti 2018–januari 2022 har kommunen genomfört ett försök att rekrytera ny personal.⁸ Rekryteringsförsöket genomfördes 2018 men resulterade inte i någon rekrytering.
22. Trots att kommunen hade ett behov av skolläkare från mars 2020, då kommunen helt saknade anställd personal till elevhälsan, har kommunen inte vidtagit några upphandlingsrättsliga åtgärder i syfte att täcka behovet. Kommunen har inte heller, förrän i februari 2022, försökt att rekrytera på nytt. Mot bakgrund av detta bedömer Konkurrensverket att den eventuellt brådskande situationen som uppstått under 2021 beror på att kommunen inte vidtagit några åtgärder för att täcka behovet av skolläkare. Enligt Konkurrensverket är den eventuella brådskan således en följd av omständigheter som kan tillskrivas kommunen. Konkurrensverket anser därför att undantaget för synnerlig brådska inte var tillämpligt vid ingåendet av avtalen.
23. Med anledning av att kommunen inte vidtagit några åtgärder för att täcka behovet av skolläkare inför 2021 borde kommunen ha förutsett bristen på skolläkare. Mot bakgrund av det anser Konkurrensverket att det inte heller är fråga om en sådan oförutsedd omständighet som motiverar avsteg från annonseringsskyldigheten på grund av synnerliga skäl. Undantaget för synnerliga skäl var således inte tillämpligt.
24. Enligt Konkurrensverkets bedömning medför omständigheterna i övrigt inte att något annat undantag från annonseringsskyldigheten var tillämpligt.
25. Sammanfattningsvis bedömer Konkurrensverket att inget undantag från annonseringsskyldigheten varit tillämpligt vid ingåendet av avtalen. Avtalen, som därmed skulle ha annonserats i enlighet med 19 kap. 36 § LOU, utgör därför en otillåten direktupphandling.

Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn

Konkurrensverket har i uppdrag att bland annat utöva tillsyn över LOU. I tillsynen ingår att verka för en enhetlig lagtillämpning samt att uppmärksamma och förebygga regelöverträdelser.

⁸ Handl.nr 24 och 19.

Konkurrensverkets granskning i ett enskilt ärende kan visa att en upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. Konkurrensverket kan då sammanfatta resultatet av tillsynen i ett beslut. Genom att fatta ett tillsynsbeslut kan Konkurrensverket peka på förfaranden hos myndigheten som är i strid med regelverket eller göra andra påpekanden som är motiverade.

Detta beslut har fattats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit föredragande juristen Sara Ståhl.

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt och beslutet saknar därför namnunderskrift.

Rikard Jermsten

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.

Hur man överklagar

Detta beslut kan överklagas. Om ni vill överklaga ska detta göras skriftligen. Överklagandet ska ställas till Förvaltningsrätten i Stockholm men ges in till Konkurrensverket, gärna via e-post till konkurrensverket@kkv.se. I överklagandet ska ni ange vilket beslut som överklagas och den ändring av beslutet som ni begär. Överklagandet ska ha kommit in till Konkurrensverket inom tre veckor från den dag då beslutet meddelades.