

S:t Eriks Ögonsjukhus AB

**Tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling;
S:t Eriks Ögonsjukhus AB:s agerande vid ingåendet av Region
Stockholms otillåtet direktupphandlade ramavtal avseende
bemanningstjänster inom hälso- och sjukvården**

Konkurrensverkets beslut

Enligt Konkurrensverkets bedömning har S:t Eriks Ögonsjukhus AB agerat i strid med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) genom att inte säkerställa att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU och annonseringsskyldigheten i 10 kap. 1 § LOU efterlevdes vid genomförandet av Region Stockholms tillfällig gemensam upphandling avseende bemanningstjänster inom hälso- och sjukvården (SLL1912) som ägde rum i december 2021.

S:t Eriks Ögonsjukhus AB förtjänar kritik för sitt agerande.

Ärendet avslutas.



Ärendet

1. Konkurrensverket har granskat S:t Eriks Ögonsjukhus AB (Sjukhuset) med anledning av myndighetens anslutning till Region Stockholms (Regionen) direktupphandlade ramavtal avseende bemanningstjänster inom hälso- och sjukvården, SLL 1912, som ingicks den 3–7 december 2021 (Ramavtalen).¹
2. Under utredningen har bland annat följande framkommit. 2016 ingick Regionen ramavtal avseende bemanningstjänster inom hälso- och sjukvården efter en annonserad upphandling (2016 års ramavtal). Avrop från 2016 års ramavtal kunde göras av Regionens förvaltningar, bolag och stiftelser. Avtalen löpte som längst till och med den 30 april 2020.
3. Drygt fyra månader innan 2016 års ramavtal avseende bemanningstjänster skulle löpa ut annonserade Regionen, för bland annat Sjukhusets räkning, en regiongemensam upphandling av ett nytt ramavtal för bemanningstjänster (2019 års upphandling).² Upphandlingen överprövades, men ansökan avslogs den 23 april 2020.³ I slutet av mars 2020 förlängde Regionen 2016 års ramavtal från den 1 maj 2020 till och med den 31 december 2021. Förlängningen skedde genom en direktupphandling på grund av det extraordinära och akuta pandemiläget vid denna tidpunkt.⁴
4. 2019 års upphandling avbröts av Regionen den 22 oktober 2021.⁵ Till undvikande av ett avtalslöst tillstånd beslutades att tjänsterna skulle direktupphandlas, vilket bedömdes vara möjligt mot bakgrund av undantagen för synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU och synnerliga skäl enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU⁶. För att undvika att samtliga avropande myndigheter genomför egna direktupphandlingar beslutade Regionen att genomföra en tillfällig gemensam direktupphandling med stöd av serviceförvaltningen. I enlighet med detta överlät Sjukhuset sin beslutanderätt genom fullmakt till Regionen att genomföra den aktuella direktupphandlingen.⁷

¹ 2022 års ramavtal, handl. nr 15 i ärende 427/2023 och svarsbilaga Medcura, handl. nr 16 i ärende 427/2023.

² 2019 års upphandling, handl. nr 12 i ärende 427/2023.

³ Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 2343-20.

⁴ 2020 års ramavtal, handl. nr 14 i ärende 427/2023.

⁵ Avbrytandebeslut 2019 års upphandling, handl. nr 13 i ärende 427/2023.

⁶ Enligt vid tidpunkten gällande lydelse. Lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 februari 2022. Av övergångsbestämmelserna framgår att äldre bestämmelser fortfarande gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Då Ramavtalen ingicks i december 2021 påbörjades den aktuella upphandlingen således före den 1 februari 2022, vilket innebär att LOU i sin tidigare lydelse är tillämplig.

⁷ Se handl. nr 10 i ärende 427/2023. Notera att fullmakten ges till enskild befattningshavare vid upphandlingsförvaltningen under Regionen. Konkurrensverket anser att Regionen som sådan utgör upphandlande myndighet i den aktuella direktupphandlingen.



5. Fullmakten inkluderar en rätt för Regionen att fatta beslut om att inleda upphandling, fastställa upphandlingsdokument, fatta tilldelningsbeslut och fatta beslut om eventuellt avbrytande av upphandling. Fullmakten inkluderar även undertecknande av avtal som upphandlas, löpande avtalshantering och beslut om eventuella förändringar och förlängningar. Enligt fullmakten ska fullmaktsgivaren fortlöpande informeras skriftligen om alla beslut som fattas inom ramen för fullmakten.
6. Regionen är ensam avtalspart gentemot leverantörerna i Ramavtalen. Sjukhuset är anslutet till Ramavtalen i egenskap av avropande enhet (enligt Ramavtalens definition). Ramavtalen löpte till och med den 31 december 2022.⁸
7. Det är Sjukhusets underlåtelse att säkerställa att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU och annonseringsskyldigheten i 10 kap. 1 § LOU efterlevdes vid genomförandet av Region Stockholms tillfällig gemensam upphandling avseende bemanningstjänster inom hälso- och sjukvården som ligger till grund för detta tillsynsbeslut.

Skäl för beslutet

Ramavtalen utgör en otillåten direktupphandling

Ramavtalens karaktär och upphandlingens värde

8. Ramavtalen avser sådana tjänster som omfattas av bilaga 2 a till LOU (välfärdstjänster).
9. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna anbud.
10. Av 5 kap. 3 § LOU följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt. Enligt 5 kap. 14 § LOU ska värdet av ett ramavtal uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för Ramavtalens löptid. Upphandlingens värde, som uppskattats till 800 miljoner kronor, överstiger relevant tröskelvärde och borde ha annonserats under förutsättning att inga undantag från annonseringsplikten har varit tillämpliga.⁹

⁸ Se 2022 års ramavtal, handl. nr 15 i ärende 427/2023.

⁹ Under 2021 uppgick tröskelvärdet för upphandlingar som avser välfärdstjänster enligt bilaga 2 a till 7 701 675 kronor.



Synnerlig brådska och synnerliga skäl

11. Av 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.
12. Det krävs att det föreligger ett orsakssamband mellan brådskan att anskaffa en viss tjänst och den omständighet som läggs till grund för tillämpningen av undantaget. Synnerlig brådska föreligger inte om det finns tid för att genomföra ett påskyndat förfarande.
13. Enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU¹⁰ får direktupphandling av välfärdstjänster enligt bilaga 2 a vidare användas 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.
14. Undantagen från annonseringsskyldigheten ska tolkas restriktivt.¹¹
15. Regionen anser att samtliga kumulativa villkor i bestämmelsen om synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU är uppfyllda och att synnerliga skäl enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU föreligger. Regionen har bland annat hänvisat till Europeiska kommissionens meddelande avseende användning av upphandlingsreglerna i nödsituationen i samband med covid 19-krisen (Kommissionens meddelande) om att antalet covid-19-patienter som behövde läkarvård inte kunde förutses och planeras i förväg och att detta således utgör en oförutsedd händelse för de upphandlande myndigheterna.¹²
16. Kommissionens meddelande utfärdades den 1 april 2020. Vid den tidpunkten ansåg således kommissionen att pandemin var oförutsebar och att orsakssambandet mellan covid-19-pandemin och den synnerligen brådskande situationen att tillgodose de omedelbara behoven hos sjukhus och hälso- och sjukvårdsinstitutioner rimligen inte kunde betvivlas.
17. I förevarande fall ingicks Ramavtalen den 3–7 december 2021, dvs. 19 månader efter utfärdandet av Kommissionens meddelande. Vid denna

¹⁰ Se fotnot 6 och jfr 19 a kap. 5 § 3 LOU i lagens nuvarande lydelse.

¹¹ 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.

¹² Europeiska kommissionens meddelande (2020/C 108 I/01).



tidpunkt kan pandemin inte längre betraktas som en oförutsebar händelse. Dessutom brister orsakssambandet mellan pandemin och den påstådda brådskan i att direktupphandla Ramavtalen, i synnerhet eftersom Regionen genom förlängningen av 2016 års ramavtal i mars 2020 skapade ett tidsutrymme om ett år och åtta månader för att kunna utvärdera anbuden och tilldela kontrakt i 2019 års upphandling. I stället för att tilldela kontrakt avbröt Regionen 2019 års upphandling i oktober 2021, vilket föranledde beslutet att direktupphandla Ramavtalen.¹³ Enligt Konkurrensverkets bedömning fanns dessutom tillräcklig tid att genomföra ett påskyndat förfarande, vilket innebär att förutsättningarna för synnerlig brådskan inte kan föreligga.¹⁴

18. Vad gäller synnerliga skäl är inte heller det undantaget tillämpligt. Upphandlingens värde överskrider tillämpligt tröskelvärde. Det höga värdet gör att upphandlingen, med stöd av 19 kap. 3 § andra stycket LOU, omfattas av krav på annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Kravet på annonsering genomför artiklarna 74 och 75 i LOU-direktivet.¹⁵ Möjligheten att göra undantag från annonseringsskyldigheten i dessa fall regleras i artikel 75, som hänvisar till artikel 32 i LOU-direktivet. De undantagsmöjligheter som regleras i artikel 32 motsvarar de möjligheter till undantag som anges i 6 kap. LOU. Möjligheten att direktupphandla vid synnerliga skäl är således ett nationellt undantag som saknar motsvarighet i artikel 32.¹⁶
19. Konkurrensverket har mot bakgrund av ovan bedömt att Ramavtalen borde ha annonserats enligt 10 kap. 1 § LOU och att det därmed utgör en otillåten direktupphandling. Konkurrensverket har med anledning av det ansökt om upphandlingsskadeavgift mot Regionen.¹⁷ Den 31 maj 2023 fastställde Förvaltningsrätten i Stockholm i sitt avgörande att Regionens direktupphandling var otillåten.¹⁸

Avropande myndigheters ansvar vid tillfällig gemensam upphandling

20. Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter bland annat behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra

¹³ Om orsakssambandet mellan brådskan att anskaffa en viss tjänst och den omständighet som läggs till grund för tillämpningen av undantaget, se mål C-318/94 kommissionen mot Tyskland, p. 14.

¹⁴ Mål C-126/03 kommissionen mot Tyskland, p. 22-23. Jfr även C-107/92 kommissionen mot Italien.

¹⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (direktivet).

¹⁶ Jfr Förvaltningsrätten i Umeås mål nr 3326-18. Detta upphandlingsskadeavgiftsmål avsåg löpande avtal om bemanningstjänster i form av specialläkare till ett landsting, med ett värde som uppgick till ca 200 miljoner kronor.

¹⁷ Konkurrensverkets ärende dnr 773/2022.

¹⁸ Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 31 maj 2023 i mål nr 23387-22. Domen, som innebar ett delvis bifall till Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift, har överklagats av Konkurrensverket till Kammarrätten i Stockholm. Processen i kammarrätten rör således avgiftens storlek.

upphandlingar på ett öppet sätt.¹⁹ Skyldigheten att lämna insyn genom att annonsera offentliga upphandlingar regleras i 10 kap. 1 § LOU för kontrakt som omfattas av det direktivstyrda området.²⁰

21. Det finns inga bestämmelser i LOU vad gäller sådan tillfällig gemensam upphandling som Regionen genomfört. Att upphandlande myndigheter får genomföra tillfälliga gemensamma upphandlingar följer i stället av artikel 38.1 LOU-direktivet.²¹ Av artikel 38.2 i direktivet framgår hur ansvaret kan fördelas utifrån vilken form eller variant som den gemensamma upphandlingen genomförs. Principen som uttrycks genom artikel 38 är att de berörda upphandlande myndigheterna i en sådan upphandling gemensamt ansvarar för att fullgöra skyldigheterna i LOU-direktivet. Det ska uppmärksammas att detta skiljer sig från vad som gäller enligt artikel 37 i LOU-direktivet avseende inköp genom centraliserade inköpsverksamheter och inköpscentraler. Upphandlande myndigheter ska i den situationen i princip kunna förlita sig på att anskaffningar som genomförs av exempelvis inköpscentraler sker i enlighet med lagstiftningen.²²
22. Enligt förarbetena valde man att inte införa innebörden av artikel 38 i LOU av det skälet att upphandlingsbestämmelserna i övrigt inte hindrar tillfällig gemensam upphandling och att det redan tidigare fanns möjlighet att använda sig av sådana tillfälliga samarbeten.²³ Gemensam upphandling kan genomföras i många olika former och varianter med mer eller mindre omfattande inslag av samverkan mellan upphandlande myndigheter.²⁴ När det gäller formerna för och ansvarsfördelningen inom tillfällig gemensam upphandling får det bedömas i varje enskild upphandling om den i det avseendet är tillåten.

Sjukhusets ansvar

23. Konkurrensverket har bedömt att Ramavtalen utgör en otillåten direktupphandling och förvaltningsrätten har instämt i denna bedömning.²⁵
24. I det aktuella fallet har Regionen tagit initiativet till att administrera en tillfällig gemensam upphandling, inklusive tilldelning och tecknande av Ramavtalen, med stöd av fullmakt från bland annat Sjukhuset. Regionen har genomfört upphandlingen i syfte att tillgodose behovet av bemanning inom

¹⁹ 4 kap. 1 § LOU genomför artikel 18.1 i LOU-direktivet.

²⁰ Jfr mål C-324/98 Telaustria, punkterna 60–62, genom vilket EU-domstolen fastslog att upphandlande myndigheter lyder under en skyldighet att annonsera anskaffningar (även för kontrakt som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde).

²¹ Se även skäl 71.

²² Skäl 71 i direktivet och prop. 2015/16:195 s. 543. Notera att artikel 38 tillkom med anledning av regleringen i bland annat artikel 37 i LOU-direktivet.

²³ Prop. 2015/16:195 s. 543 f.

²⁴ Prop. 2015/16:195 s. 540 ff.

²⁵ Se punkt 19 ovan.

Regionens vårdgivande verksamheter. Ramavtalen nyttjas av de avropande myndigheterna genom självständiga avrop. Regionen är ensam avtalspart gentemot leverantör i Ramavtalen, medan Sjukhuset utgör en avropande enhet.

25. Konkurrensverket bedömer mot bakgrund av detta att det är fråga om en tillfällig gemensam upphandling i enlighet med artikel 38 i LOU-direktivet.
26. Även om Sjukhuset inte har varit delaktig i det faktiska genomförandet av den gemensamma upphandlingen, har man i egenskap av upphandlande myndighet en skyldighet att iakttä upphandlingslagstiftningen.²⁶ Till skillnad från när ansvaret för en anskaffning lämnas över till en inköpscentral, fastställer artikel 38.2 i LOU-direktivet om tillfällig gemensam upphandling en princip om att ett gemensamt ansvar föreligger för att säkerställa att upphandlingen sker enligt de skyldigheter som följer av LOU-direktivet. Dessa krav har införlivats i LOU. Med beaktande av vad som följer av 4 kap. 1 och 10 kap. 1 §§ LOU samt artikel 38 i LOU-direktivet bedömer Konkurrensverket att det i praktiken innebär en skyldighet för respektive berörd upphandlande myndighet att kontrollera att varje enskilt förfarande sker i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Det legala ansvaret påverkas inte av om en upphandlande myndighet varit delaktig i det faktiska genomförandet av den gemensamma upphandlingen eller inte.
27. Med anledning av att upphandlingen av Ramavtalen har konstaterats utgöra en otillåten direktupphandling bedömer Konkurrensverket att Sjukhuset, genom att inte säkerställa att den aktuella upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande principerna och annonseringsskyldigheten, har agerat i strid med LOU. Detta föranleder Konkurrensverket att rikta kritik mot Sjukhuset.²⁷

Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn

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

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.

²⁶ Jfr punkt 20 ovan och där gjorda hänvisningar.

²⁷ Motsvarande tillsynsbeslut har meddelats avseende samtliga avropande myndigheter, se Konkurrensverkets ärenden 120/2022, 121/2022, 122/2022, 124/2022 och 125/2022.

Detta beslut har fattats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit sakkunniga juristen Josefine Grahn.

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt och beslutet saknar därför namnunderskrift.

Rikard Jermsten

Eventuellt överklagande

Om ni vill överklaga beslutet 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. Konkurrensverket prövar om överklagandet har kommit in i rätt tid och förvaltningsrätten tar ställning till beslutets överklagbarhet.

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.