

Förvaltningsrätten i Falun
Box 45
791 21 Falun

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Landstinget Dalarna, Box 712, 791 29 Falun

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Landstinget Dalarna ska betala 375 000 (trehundra-sjuttiofem tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Landstinget Dalarna (landstinget) har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 28 december 2017 ingå avtal om ambulanstransporter med flygplan med Babcock Scandinavian Air Ambulance AB (SAA) utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Av Konkurrensverkets utredning framgår att landstinget löpande anskaffar tjänster avseende ambulanstransporter med flygplan utan föregående annonsering enligt LOU.

Försök att genomföra annonserade upphandlingar har dragit ut på tiden

3. Det har gjorts försök att tillgodose behovet av ambulanstransporter med flygplan genom att genomföra samordnade annonserade upphandlingar avseende en nationell ambulansflygtjänst. Detta arbete har dock dragit ut på tiden.
4. Under 2013 slöt landstinget, och ett flertal andra landsting, ett samverkansavtal med Västerbottens Läns Landsting (VLL). Samverkansavtalet syftade till att VLL skulle genomföra en samordnad upphandling för att täcka behovet av ambulanstransporter med flygplan.
5. I november 2015 annonserade VLL en upphandling av flygplan för ambulanstransport. Syftet med upphandlingen var att VLL skulle anskaffa egna flygplan för att senare upphandla en operatör som skulle sköta driften. Avsikten var att flygplanen skulle levereras vid årsskiftet 2017/2018. Upphandlingen avbröts dock i april 2016.
6. Den 1 januari 2016 bildades kommunalförbundet Svenskt Ambulansflyg (KSA) med uppgift att ansvara för hela Sveriges behov av ambulanstransporter med flygplan. KSA tog över de uppgifter som landstinget tidigare hade anförtrott VLL. Landstinget har under Konkurrensverkets utredning uppgett att KSA annonserade en ny upphandling våren 2017. Även denna upphandling avsåg anskaffning av flygplan och avsikten var att senare upphandla driften. Upphandlingen överprövades och KSA planerar i nuläget för att verksamheten ska vara igång i slutet av 2020.

Direktupphandlingar från SAA

7. Vid behov av ambulanstransporter med flygplan har landstinget direktupphandlat tjänster från SAA.

8. I praktiken har direktupphandlingarna gått till på så sätt att det finns ett telefonnummer till SAA uppsatt på klinikerna. När en läkare har gjort bedömningen att en patient behöver transporteras så ringer någon på kliniken SAA. Att landstinget anlitar SAA vid behov av aktuella tjänster nämns också uttryckligen i vissa av landstingets beställningsrutiner, se bilaga 1. Enligt landstinget har man förmodligen fortsatt tillämpa äldre beställningsrutiner som utarbetats med anledning av SAA:s tidigare anknytning till SOS-alarm.
9. Den sista direktupphandlingen från SAA under 2017 avsåg en transport mellan Trollhättan och Falun den 29 december 2017. Transporten beställdes den 28 december 2017 av läkare i Trollhättan på uppdrag av landstinget. Det är detta avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan.

Avtalet mellan landstinget och SAA den 28 december 2017 utgör en otillåten direktupphandling

Avtalet omfattas av LOU och har inte varit föremål för annonsering

10. Det aktuella avtalet avser köp av ambulanstransport med flygplan. Enligt Konkurrensverkets bedömning utgör avtalet ett sådant tjänstekontrakt som omfattas av bilaga 2 till LOU. Köpet omfattas därmed av den icke direktivstyrda delen av lagstiftningen (19 kap. LOU).
11. Enligt huvudregeln i 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna anbud eller ansöka om att få lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras.¹ 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. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.²
12. Avtalet den 28 december 2017 har inte föregåtts av annonsering och kan därmed vara en otillåten direktupphandling. Detta gäller under förutsättning att avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen och landstinget inte har haft skäl för att underlåta annonsering.

¹ Direktupphandlingsgränsen var 534 890 kronor år 2017.

² Se bland annat EU-domstolens uttalanden i mål C-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.



Avtalets värde

13. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.³
14. SAA har fakturerat landstinget 51 810 kronor exklusive mervärdesskatt med anledning av avtalet den 28 december 2017, se [bilaga 2](#). Värdet av enbart detta avtal överstiger således inte i sig direktupphandlingsgränsen.
15. Landstinget har dock köpt ambulansflygtjänster av SAA vid totalt 67 tillfällen under 2017, se [bilaga 3](#). Av Konkurrensverkets utredning framgår att kostnaderna för anskaffningarna under 2017 har uppgått till 5 203 110 kronor exklusive mervärdesskatt, se [bilaga 4](#). Detta framgår av landstingets sammanställning av fakturor avseende aktuella köp under 2017.
16. Enligt Konkurrensverkets bedömning utgör alla landstingets inköp 2017 av tjänster avseende ambulanstransporter med flygplan direktupphandlingar av samma slag. Det sammanlagda värdet av dessa direktupphandlingar ska därför beaktas vid beräkningen av värdet av den nu aktuella direktupphandlingen.
17. Värdet av direktupphandlingen den 28 december 2017 är mot denna bakgrund, vid en sådan beräkning som följer av LOU, 5 203 110 kronor. Då kontraktsvärdet överstiger direktupphandlingsgränsen borde upphandlingen annonserats i enlighet med huvudregeln i 19 kap. 9 § LOU.

Något undantag från annonseringsplikten är inte tillämpligt

18. Landstinget har under Konkurrensverkets utredning uppgett att ambulansflygtransporter är en sällan förekommande, men ofta nödvändig del av sjukvården som i det akuta läget är absolut nödvändigt att anskaffa. Landstinget har också uppgett att man först i samband med Konkurrensverkets granskning blivit uppmärksam på att SAA har konkurrenter, samt att man avser genomföra en egen annonserad upphandling i väntan på att KSA:s verksamhet kommer igång.

³ Se bland annat prop. 2009/10:180 s. 293, HFD 2017 ref. 74, Kammarrätten i Stockholms dom den 22 maj 2013 i mål nr 2504-13, Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2013 i mål nr 1965-13 samt Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, 3:e upplagan, 2014, s. 466 ff. Se även Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 december 2016 i mål nr 5524-16, där det framgår att även tidigare överträdelse under det aktuella räkenskapsåret, som i och för sig har preskriberats, ska läggas till grund för beräkningen av värdet vid bestämning av avgiften i mål om upphandlingsskadeavgift.

19. Konkurrensverket noterar inledningsvis att ansvaret att följa LOU är strikt och att avgift kan tas ut oberoende av om det har förelegat uppsåt eller oaktsamhet.

Det förelåg inte synnerlig brådska

20. Under vissa förutsättningar kan det vara möjligt att underlåta annonsering av absolut nödvändiga anskaffningar på grund av synnerlig brådska. Detta följer 19 kap. 7 § tredje stycket och 6 kap. 15 § LOU.
21. Det krävs då, utöver att det rör sig om en absolut nödvändig anskaffning, att det på grund av synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kan tillskrivas den upphandlande myndigheten och som inte heller har kunnat förutses av myndigheten, har varit omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Omständigheterna som läggs till grund för tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska får inte bero på den upphandlande myndighetens agerande.⁴ Kravet på att en omständighet inte ska ha kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure.⁵
22. Konkurrensverket ifrågasätter inte att landstinget har ett ansvar för att tillhandahålla sjukvård och att aktuella tjänster kan behövas i denna verksamhet. Detta innebär dock inte att det finns förutsättningar att bortse från upphandlingslagstiftningen. Det åligger upphandlande myndigheter att planera och organisera sina upphandlingar på ett sådant sätt att upphandlingslagstiftningen följs. Detta gäller även vid upphandlingar där man samarbetar med andra upphandlande myndigheter. Om samarbetet av någon anledning fördröjs är det respektive upphandlande myndighets ansvar att se till att det egna behovet tillgodoses på ett sätt som är förenligt med LOU. Landstinget har under en längre tid varit utan ett upphandlat avtal för aktuella tjänster. I vart fall senast i november 2015 stod det klart för landstinget att samarbetet med VLL, och sedermera KSA, inte skulle tillgodose landstingets behov av ett upphandlat avtal för aktuella tjänster under 2017. Vid denna tidpunkt annonserade VLL upphandlingen av flygplan som skulle levereras vid årsskiftet 2017/2018, se [bilaga 5](#). Den upphandlingen syftade således inte till att tillgodose behovet för 2017. Inte heller senare försök att genomföra annonserade upphandlingar har avsett 2017. Att landstingets behov av ambulansflygtransporter för 2017 inte har tillgodosetts efter ett annonserat förfarande enligt LOU hänför sig således i detta fall till landstingets egen bristande planering.

⁴ Se prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2009/10:180 s. 198 och 344 f, samt bland annat mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 25–28, och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* punkt 40–43.

⁵ Se Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 3208-14 den 26 augusti 2015.

23. Vid sådana förhållanden finns inte förutsättningar att tillämpa undantaget för synnerlig brådska.

Det förelåg inte tekniska skäl

24. Enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU får direktupphandling användas om det finns förutsättningar att tillämpa undantaget i 6 kap. 14 § 2 LOU. Det krävs då att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens om det som ska upphandlas. Undantaget är tillämpligt endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Detta framgår av 6 kap. 14 § andra stycket LOU.
25. Undantaget aktualiseras endast vid mycket exceptionella omständigheter när det står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat eftersom det objektivt sett endast finns en leverantör.⁶ Två kumulativa rekvisit måste vara uppfyllda; dels ska det som upphandlas vara av teknisk karaktär, dels ska det mot bakgrund av den tekniska karaktären vara absolut nödvändigt att tilldela en viss leverantör kontraktet.⁷ Det ställs höga krav på en upphandlande myndighet som överväger att tillämpa undantaget att förvissa sig om att det inte finns någon annan möjlig leverantör. Det räcker inte att konstatera att det eventuellt tidigare har förelegat bristande konkurrens. Att upphandlingsföremålet påstås vara komplicerat är inte tillräckligt för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda leverantör.⁸ Det är inte heller tillräckligt att en viss leverantör är mer effektiv. Den upphandlande myndigheten ska på objektiva grunder kunna visa att endast en leverantör kan utföra kontraktet.⁹ Vid bedömningen måste myndigheten även överväga att anskaffa något annat som till sin funktion är jämförbart.
26. I detta fall har det inte funnits förutsättningar att tillämpa undantaget. Bland annat noteras att Konkurrensverkets utredning i detta fall inleddes efter tips från en konkurrent till SAA. Det förhållande att landstinget först i samband med Konkurrensverkets utredning har blivit uppmärksam på att det finns konkurrenter utgör inte skäl att tillämpa undantaget.

Sammanfattning

27. Av det ovan anförda framgår att det inte har förelegat skäl för undantag från annonsering med stöd av synnerlig brådska eller tekniska skäl. Det har inte heller framkommit några andra skäl som skulle göra det möjligt att ingå det

⁶ Se skäl 50 till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU.

⁷ EU-domstolens dom i mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 34.

⁸ EU-domstolens dom i mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 21.

⁹ EU-domstolens dom i mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* punkt 34–39.

aktuella avtalet utan föregående annonsering. Avtalet den 28 december 2017 utgör därför en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

28. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 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.¹⁰
29. 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.¹¹

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

30. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (21 kap. 7 § LOU).
31. Det avtal som ansökan gäller avser en transport som utfördes den 29 december 2017. Ett bindande avtal mellan landstinget och SAA har uppkommit den 28 december 2017 när den aktuella transporten beställdes av personal vid kliniken i Trollhättan för landstingets räkning. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

32. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU (21 kap. 4 § LOU).
33. Kontraktsvärdet för den upphandling som omfattas av ansökan är 5 203 110 kronor (se ovan punkterna 13–17). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 520 311 kronor (5 203 110 x 0,1).

¹⁰ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

¹¹ A. prop. s. 196–197.

34. 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 (21 kap. 5 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹²
35. 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.¹³
36. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁴
37. 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 exempelvis 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 upprepade 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.¹⁵
38. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget kan inte anses som oklart. Det har inte framkommit att landstinget till följd av överträdelsen har drabbats av några andra negativa ekonomiska konsekvenser. Omständigheterna som redogjorts för ovan är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande.
39. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 375 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Övrigt

40. Konkurrensverket vill upplysa om att verket denna dag har lämnat in ytterligare en ansökan om upphandlingsskadeavgift i mål som avser

¹² Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹³ Prop. 2009/10:180 s. 197 och s. 369–370.

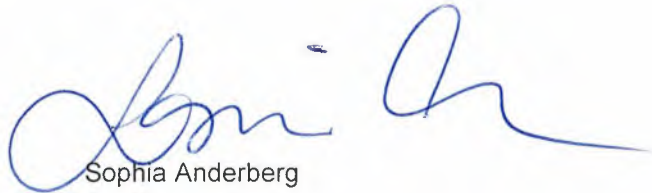
¹⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

¹⁵ A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

direktupphandlingar av tjänster avseende ambulanstransport med flygplan.
Ansökan mot Region Gotland har ingetts till förvaltningsrätten i Stockholm
(Konkurrensverkets dnr 702/2018).



Marie Östman



Sophia Anderberg

Bifogas

Bilaga 1 – Vårdrutin – Transport av barn mellan vårdinrättningar

Bilaga 2 – Faktura avseende avtalet mellan landstinget och SAA den 28 december 2017

Bilaga 3 – Rapport från landstinget till Kommunalförbundet Svenskt Ambulansflyg

Bilaga 4 – Sammanställning av fakturor 2017

Bilaga 5 – Utdrag från utvärderingsmodell i upphandling 2015