



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 30

DOM
 2016-07-08
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 12268-15

SÖKANDE
 Konkurrensverket
 103 85 Stockholm

MOTPART
 Södertälje kommun
 151 89 Södertälje

Ombud: Advokaterna Ulf Djurberg, Sophia Spala och Helena Millstam
 Setterwalls Advokatbyrå AB
 Box 1050
 101 39 Stockholm

SAKEN
 Upphandlingsskadeavgift

KONKURRENSVERKET	
2016-09-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att
 Södertälje kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 2 000 000 kr.

Dok.Id 666352

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, beslutar att Södertälje kommun (kommunen) ska betala 2 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Som grund anförs i huvudsak att kommunen har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 2 oktober 2014 sluta avtal om drift av vård- och omsorgsboendena Oxbackshemmet och Cederströmska gården med leverantören Ansvar & Omsorg AB utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Kommunen bestrider ansökan och yrkar i första hand att ansökan avslås och i andra hand att upphandlingsavgiften efterges eller bestäms till ett lägre belopp. Kommunen anför att den inte har brutit mot 15 kap. 4 § LOU eftersom förutsättningar för direktupphandling förelegat. Av 15 kap. 3 § jämförd med 4 kap. 5 § 1st. 3 p LOU framgår att det föreligger förutsättningar för direktupphandling när det är absolut nödvändigt för den upphandlande myndigheten att tilldela ett kontrakt, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av myndigheten, gör att tidsfristerna vid ett annonserat förfarande inte kan hållas. Sådana omständigheter har förelegat vid förlängningen av avtalet om drift av vård- och omsorgsboendena Oxbackshemmet och Cederströmska gården med leverantören Ansvar & Omsorg AB. Av 15 kap. 3 § LOU följer vidare att det föreligger förutsättningar för direktupphandling även vid synnerliga skäl. Det har även förelegat sådana synnerliga skäl vid förlängningen av avtalet. Eftersom skäl förelegat för direktupphandling saknas grund för att påföra kommunen upphandlingsskadeavgift. Om upphandlingsskadeavgift ändå ska påföras föreligger sådana synnerliga skäl enligt 17 kap. 5 § 2 st. LOU som innebär att upphandlingsskadeavgift inte ska beslutas eller ska efterges. I vart fall föreligger sådana förmildrande omständigheter som enligt 17 kap. 5 § 1 st. LOU ska tas hänsyn till vid

fastställande av upphandlingsskadesavgiftens storlek och denna ska därför sättas mycket lägre än yrkat belopp.

Konkurrensverket talan

Bakgrund

I kommunen finns tio vård- och omsorgsboenden varav nio drivs i egen regi och ett drivs i entreprenadform. Verksamheten på Oxbackshemmet och Cederströmska gården har sedan den 1 november 2009 bedrivits på entreprenad av Ansvar & Omsorg AB. Verksamheten bedrivs i två separata byggnader, men utgör en enhet och har gemensamma driftskostnader. Det tidigare upphandlade avtalet för driften för boendena löpte ut den 31 oktober 2014. Äldreomsorgsnämnden i kommunen beslutade den 23 april 2013 att inleda en ny upphandling avseende driften med planerad avtalsstart den 1 november 2014. Social- och omsorgskontoret skulle lägga ett anbud i upphandlingen för drift av verksamheten i egen regi. Enligt tidsplanen skulle upphandlingen annonseras i oktober 2013 och tilldelning skulle ske i mars 2014. Arbetsmiljöverket genomförde den 18 januari 2013 en inspektion av arbetsmiljön på Cederströmska gården. Av inspektionsprotokollet framgår att det inte fanns någon skriftlig undersökning och riskbedömning av om det fanns tillräckligt med utrymme för de anställda när de utförde arbete i bl.a. toalett- och hygienutrymmen. Ansvar & Omsorg AB skickade protokollet till kommunen den 19 mars 2013. De arbetsmiljöföreskrifter som inte var uppfyllda på Cederströmska gården var Arbetsmiljöverkets föreskrifter och allmänna råd om belastningsergonomi och Arbetsmiljöverkets föreskrifter om arbetsplatsens utformning samt allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna. Arbetsmiljöverket har tidigare framfört liknande anmärkningar vid en inspektion av ett annat vårdboende i kommunen, Mariekällgårdens äldreboende, vilket resulterade i att kommunen inte längre hade rätt att utföra omvårdnadsarbeten i de boendes toalett- och

hygienutrymmen. Kommunen påbörjade i februari 2014 en ombyggnation av äldreboendet som beräknas vara klar till sommaren 2015.

Arbetsmiljöverket konstaterade vid uppföljning den 29 april 2013 av Cederströmska gården att bristerna kvarstod. Arbetsmiljöverket skickade den 5 juni 2013 en underrättelse till Ansvar & Omsorg AB och till fastighetsägaren Telge Fastigheter AB. Fastighetsägaren underrättade Arbetsmiljöverket den 13 september 2013 att Cederströmska gården skulle upphöra med sin verksamhet eftersom en ombyggnation skulle bli för kostsam. Arbetsmiljöverket beslöt den 1 oktober 2015 att förbjuda Ansvar & Omsorg AB att vid vite efter den 28 februari 2015 utföra omvårdnadsarbete vid de boendes toaletter/hygienutrymmen om villkor om fritt arbetsutrymme inte var uppfyllda. På kommunens begäran omprövade Arbetsmiljöverket beslutet den 30 oktober 2013 och flyttade tiden för verkställigheten av beslutet till den 30 september 2015.

Med anledning av Arbetsmiljöverkets beslut planerade kommunen att överta driften av Cederströmska gården i egen regi från den 31 oktober 2014 fram tills verksamheten skulle avvecklas senast den 30 september 2015.

Kommunen ville dock även fortsättningsvis lägga ut driften av det andra boendet, Oxbackshemmet, på entreprenad. Kommunen publicerade den 16 december 2013 ett förfrågningsunderlag som endast gällde driften av Oxbackshemmet. Anbudstiden förlängdes tom. den 31 mars 2014. Under annonseringstiden inkom 128 frågor som huvudsakligen gällde hur personal och kostnader skulle fördelas mellan Oxbackshemmet och Cederströmska gården. Detta var enligt kommunen information som krävdes för att kunna räkna fram ett anbudspris och frågor som endast kunde besvaras av den befintliga leverantören. Kommunen bedömde att informationen i förfrågningsunderlaget och i frågor- och svarsdokumentet var otillräcklig, varför upphandlingen avbröts den 16 april 2014. Social- och omsorgskontoret föreslog den 2 maj 2014 att Äldreomsorgsnämnden

skulle besluta att driften av Oxbackshemmet och Cederströmska gården skulle övergå i egen regi fr.o.m. den 1 november 2014. Nämnden beslöt emellertid den 28 maj 2014 att social- och omsorgskontoret skulle återkomma med förslag rörande den fortsatta driften av båda boendena under tiden november 2014-september 2015. Enligt sammanträdesprotokoll den 18 juni 2014 beslöt nämnden att avtalet med leverantören Ansvar & Omsorg AB skulle förlängas för driften av båda boendena från den 1 november 2014 till den 30 september 2015. Den 2 oktober 2014 tecknade kommunen ett förlängningsavtal med Ansvar & Omsorg AB enligt beslutet. Verksamheten på Cederströmska gården skulle avvecklas med början den 1 juli 2015 och vara helt avvecklad den 30 september 2015.

Kommunen har den 30 april 2015 annonserat en ny upphandling av driften av Oxbackshemmet med sista anbudsdag den 27 maj 2015. Avtalet ska gälla under två år med möjlighet till ytterligare två års förlängning. Kommunen har beräknat värdet till ca 96 miljoner kr. Under annonseringstiden av upphandlingen har potentiella anbudsgivare ställt 90 frågor.

Otillåten direktupphandling

Avtalet mellan kommunen och Ansvar & Omsorg AB är ett tjänstekontrakt avseende hälso- och sjukvård, en B-tjänst enligt bilaga 3 till LOU, varför 15 kap. LOU är tillämpligt. Det tidigare avtalet ingicks den 20 maj 2009 och löpte efter maximal förlängning t.o.m. den 31 oktober 2014. I det nya avtalet räknades vårdnivåersättningen och extra ersättning för utökad nattbemanning upp med 2,5 procent. Avtalet från oktober 2014 omfattas inte av avtalet från 2009 och är att betrakta som ett nytt avtal. Detta avtal har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar som understiger direktupphandlingsgränsen behöver inte annonseras. Enligt kommunen

uppgår avtalets värde till 41 miljoner kr och överstiger därmed klart direktupphandlingsgränsen. För att ett 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. Ett sådant undantag är då det är absolut nödvändigt för upphandlande myndighet att tilldela kontrakt, men synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande.

Tillämpningen av undantaget synnerlig brådska förutsätter att det är fråga om en anskaffning som är absolut nödvändig, att det behov som upphandlingen avser att tillgodose ska vara av visst kvalificerat slag och att behovet inte kan tillgodoses på något annat sätt än genom ett icke annonserat förfarande. Den brådska som uppkommit får inte bero på den upphandlande myndigheten.

Det behov som kommunens avtal avser är av sådant kvalificerat slag som åsyftas. Kommunen har emellertid haft möjlighet att tillgodose behovet på annat sätt än genom en upphandling utan föregående annonsering. Det har därför inte varit absolut nödvändigt att genomföra direktupphandlingen (jfr Kammarrättens i Sundsvall mål nr 522-14). Kommunen har nämligen någon gång under perioden mars-oktober 2013 beslutat att driften av Cederströmska gården skulle övergå i egen regi. Det har inte funnits några hinder mot att tillfälligt även överta driften av Oxbackshemmet i egen regi till dess en ny upphandling hade kunnat genomföras. Det var redan möjligt när nämnden beslöt att inleda upphandlingen i april 2013, vilket även föreslogs av social- och omsorgskontoret, som ansåg att övergången i egen regi inte skulle medföra några ekonomiska konsekvenser. Ett tillfälligt övertagande i egen regi var ett fullt rimligt alternativ. Bestämmelserna i LOU hade därigenom inte trätts förnär. Kommunen hade även kunnat påskynda upphandlingsförfarandet och så snabbt som möjligt fått till stånd

en ny annonsering gällande driften av Oxbackshemmet. Kommunen har kunnat förutse den brådska som uppkommit och kommunen borde i god tid ha förstått vad Arbetsmiljöverkets anmärkningar kunde resultera i eftersom kommunen redan i mars 2013 fick kännedom om anmärkningarna mot Cederströmska gården. Dessutom hade kommunen erfarenheter sedan tidigare av liknande anmärkningar. Kommunen har tidigt kunnat ta ställning till hur den fortsatta driften skulle lösas och har haft god tid på sig att utforma ett förfrågningsunderlag som endast gällde Oxbackshemmet. Att en upphandlande myndighet misslyckats i utformningen av ett förfrågningsunderlag och avbryter en upphandling medför inte en ovillkorlig rätt att upphandla utan föregående annonsering. Det måste göras en bedömning utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. I detta fall har kommunen avbrutit en pågående upphandling pga. informationen i upphandlingsdokumenten, men hade kunnat överta verksamheten i egen regi. Detta alternativ bedömdes av social- och omsorgskontoret som möjligt. Alternativet hade varit mindre ingripande och ingen leverantör hade gynnats framför någon annan. I en sådan situation är förutsättningarna för att tillämpa undantaget för synnerlig brådska inte uppfyllda. Det har inte framkommit några skäl för kommunen att genomföra en direktupphandling utan föregående annonsering.

En upphandlande myndighet är inte skyldig att i alla situationer tillgodose ett behov genom egen regi. När det som i detta fall emellertid är möjligt att tillfälligt överta driften av verksamheterna i egen regi till dess en ny annonserad upphandling kan göras, kan det inte vara absolut nödvändigt för myndigheten att ingå avtal med en leverantör utan föregående annonsering. Att ett övertagande skulle medföra avbrott i verksamheterna eller att det skulle finnas några andra hinder mot en övergång i egen regi har inte gjorts gällande. Ett tillfälligt övertagande av driften av Oxbackshemmet till dess att en ny upphandling hade genomförts var ett fullt rimligt alternativ, vilket också hade inneburit att bestämmelserna i LOU inte hade trätts förnär. I

sådana fall hade kommunen också kunnat påskynda upphandlingsförfarandet och så snabbt som möjligt få till stånd en ny annonserad upphandling gällande driften av Oxbackshemmet.

Det är den upphandlande myndigheten som råder över utformningen av förfrågningsunderlaget och de eventuella oklarheter som kan finnas i ett sådant. Även om det inte går att säga hur många frågor som potentiella leverantörer skulle komma att ställa, måste myndigheten vara klar över att frågor kan ställas under anbudstiden. Antalet frågor beror exempelvis på vad som upphandlas och vilka krav den upphandlande myndigheten har ställt upp. Förfrågningsunderlaget innehöll endast uppgifter om de sammantagna kostnaderna för driften av de båda boendena. Att potentiella leverantörer skulle komma att ställa frågor om just kostnadsfördelningen kan inte ha varit helt oväntat för kommunen eftersom upphandlingen endast gällde ett av boendena. Att en upphandlande myndighet misslyckas med att utforma ett gångbart förfrågningsunderlag och beslutar att avbryta en upphandling medför inte en ovillkorlig rätt för myndigheten att genomföra en upphandling utan föregående annonsering. En bedömning utifrån omständigheterna i det enskilda fallet måste göras. En annan tolkning skulle medföra en alltför generös tillämpning av undantaget synnerlig brådska. Kommunen har avbrutit en pågående upphandling med hänsyn till informationen i upphandlingsdokumenten, men kommunen hade kunnat tillgodose behovet av den fortsatta driften av boendena genom att överta verksamheten i egen regi istället för att åsidosätta bestämmelserna i LOU. Alternativet hade varit mindre ingripande och ingen leverantör hade gynnats framför någon annan. I sådan situation kan inte förutsättningarna för att tillämpa undantaget för synnerliga brådska vara uppfyllda. Undantaget för synnerlig brådska kan inte heller tillämpas eftersom det inte var absolut nödvändigt för kommunen att ingå avtal med befintlig leverantör.

Den omständigheten att det är fråga om allmännyttiga tjänster är inte tillräckligt för att synnerliga skäl ska anses föreligga. Om ett sådant synsätt skulle godtas är det otaliga tjänster inom bl.a. hälso- och sjukvården som aldrig skulle behöva konkurrensutsättas och som skulle falla utanför lagens tillämpningsområde. Inte heller i övrigt är situationen sådan att det finns synnerliga skäl att frånga kravet på annonsering. Det stämmer visserligen att vissa hälso- och sjukvårdstjänster kan upphandlas utan föregående annonsering, men en sådan särskild undantagssituation föreligger inte här.

Av förarbetena framgår att vissa hälso- och sjukvårdstjänster bör kunna direktupphandlas, men att det främst är sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vårdtagare skulle störas och vården därmed försämrats eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendeanternativ pga. vårdbehov eller anhöriganknytning. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr. 6870-6871-06 bl.a. uttalat att det ligger i sakens natur att lagens föreskrift om synnerliga skäl måste leda till att direktupphandling, där upphandlingens värde inte är lågt, bara får ske i enstaka fall där omständigheterna är mycket speciella, t.ex. i ett enstaka fall för vård av mycket vårdkrävande patienter. I detta fall är det inte fråga om vården i ett enstaka fall utan om driften av vård- och omsorgsboenden för en generell grupp av vårdtagare. Kommunen har alltså inte gjort en specifik bedömning i det enskilda fallet. Det är därför inte fråga om en sådan mycket speciell situation som faller in under undantaget för synnerliga skäl. Det har i övrigt inte framkommit några uppgifter som skulle kunna medföra att kommunen har haft skäl att genomföra en direktupphandling utan föregående annonsering. Avtalet utgör en otillåten direktupphandling.

Upphandlingskadeavgift

Det är fråga om en otillåten direktupphandling och avtalets värde är relativt högt. Kommunen hade planerat att överta driften av Cederströmska gården i

egen regi, men det direktupphandlade avtalet har trots det även kommit att gälla den delen av verksamheten. Avtalet har därmed kommit att omfatta mer än vad som kan anses nödvändigt. Kommunen har emellertid begränsat den tid varunder den otillåtna direktupphandlingen gäller eftersom avtalet endast gäller under ett år. Övriga omständigheter som kommunen hänvisar till kan inte ytterligare anses påverka överträdelsens sanktionsvärde i förmildrande riktning. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna är en upphandlingsskadeavgift om 2 000 000 kronor en avskräckande och proportionerlig sanktion för aktuell överträdelse.

Situationen i HFD 2014 ref. 49 är inte jämförbar med den nu aktuella. Avgörandet gällde en obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift och myndigheterna hade tvingats teckna avtal om anskaffning av livsmedel utan föregående annonsering till följd av omständigheterna som i huvudsak legat utanför vad de själva hade kunnat förutse och påverka. Avtalen var även avsedda att gälla endast till dess inköp kunde göras enligt ny annonserad upphandling. I detta fall har kommunen ingått ett förlängningsavtal avseende driften av båda vård- och omsorgsboendena utan föregående annonsering trots att det var möjligt för kommunen att tillfälligt tillgodose driften av verksamheterna i egen regi. Vidare har kommunen inte heller begränsat avtalet omfattning till att endast gälla ett av boendena trots att detta ursprungligen hade planerats med anledning av Arbetsmiljöverkets inspektioner och beslut. Aktuell överträdelse kan varken betraktas som ringa eller kan motivera eftergift av avgiften.

Vad kommunen anför

Det aktuella avtalet

Kommunen är skyldig att inrätta särskilda boendeformer enligt socialtjänstlagen, varför det var nödvändigt att säkerställa driften av vård- och omsorgsboendena. Kommunen beslöt att inleda den avbrutna

upphandlingen av Oxbackshemmet redan den 23 april 2013 och den annonserades den 16 december 2013, dvs. nästan tio månader innan beräknad avtalsstart den 1 november 2014. Kommunen var ute i god tid och kan inte kritiseras för bristande planering vad gäller att t.ex. beräkna lämplig tidsåtgång för upphandlingen. Kommunen har inte försatt sig i brådska av någon sådan anledning. Brådskan uppkom långt senare, i samband med upphandlingens frågor- och svarstid. Kommunen tvingades avbryta upphandlingen den 16 april 2014 och påbörjade direkt arbetet med att separera kostnaderna för Cederströmska gården och Oxbackshemmet för att snarast gå ut med en ny upphandling. Det var inte möjligt att separera kostnaderna, utarbeta ett nytt förfrågningsunderlag, genomföra en ny upphandling och utvärdera inkomna anbud innan de befintliga avtalen löpte ut. Med beaktande av detta samt även inställetiden för en ny leverantör och risken för en eventuell överprövningsprocess, stod det vid tidpunkten för kommunens beslut den 18 juni 2014, att förlänga det befintliga avtalet, klart att det inte fanns något annat alternativ än sådan förlängning om driften av vård- och omsorgsboendena skulle kunna fortsätta utan uppehåll. I den aktuella situationen hamnade kommunen i sådan synnerlig brådska som motiverade en förlängning av avtalet utan föregående annonsering. Kommunen kunde inte förutse omständigheterna som låg bakom beslutet att avbryta upphandlingen, nämligen att den befintliga leverantören hade ett informationsövertag och att upphandlingen riskerade att strida mot LOU. Dessa brister uppdagades först när ett stort antal frågor kom in under frågor- och svarsperioden. Kommunen utgick vid planeringen av upphandlingen och upprättandet av förfrågningsunderlaget från att kostnaden för vårdomsorgsplatser i kommunen kunde uppskattas av potentiella anbudsgivare och att det var fullt möjligt för potentiella anbudsgivare att lämna anbudspriser utifrån uppgifterna i förfrågningsunderlaget. Kommunen hade ingen anledning att planera för att upphandlingen skulle komma att avbrytas. Det är vad den upphandlande myndigheten faktiskt förutsåg som bör var avgörande för bedömningen av om omständigheterna

bakom brådskan kunde förutses av kommunen. Beslutet att avbryta upphandlingen saknade samband med Arbetsmiljöverkets anmärkningar.

Det finns ingen skyldighet att återta en verksamhet i egen regi i en situation som den aktuella. Situationen skiljer sig avsevärt från den i kammarrättens i Sundsvalls dom som Konkurrensverket hänvisar till. Det är ett avsevärt större åtagande att överta driften av hela vård- och omsorgsverksamheten vid de aktuella boendena än att enbart tillhandahålla några lärarvikarier. Både Cederströmska gården och Oxbackshemmet är vård- och omsorgboenden för personer med demens, varför det ställs högre krav på tillgänglighet, trygghet och kontinuitet i vården. Kommunen har haft ett mycket begränsat handlingsutrymme och förlängde avtalet enbart i syfte att säkerställa verksamheten vid boendena. Omständigheterna var därmed sådana att undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen förelåg med stöd av 15 kap. 3 § och 4 kap. 5 § 1 st. 3 p LOU. Det framgår även av skälen till direktiv 2004/18/EG att upphandlingsreglerna inte bör hindra vidtagande eller genomförande av sådana åtgärder som behövs bl.a. för att skydda människors hälsa och liv, under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med fördraget. Det var därmed förenligt med LOU att förlänga avtalet i den uppkomna situationen.

Med synnerliga skäl avses oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över, dvs. tidsbrist som inte orsakats av den upphandlande myndigheten. Synnerliga skäl kan vid köp av hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster också föreligga om relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare annars skulle störas. Synnerliga skäl föreligger många gånger också att upphandla allmännyttiga tjänster som myndigheten har en skyldighet att utföra under tiden som en upphandling genomförs enligt de normala upphandlingsreglerna, om alternativet annars är att kommunen inte kan tillhandahålla tjänsten i fråga. Kommunen hamnade i det aktuella fallet i tidsnöd som inte orsakats av

kommunen själv. Relationen mellan vårdgivare och de boende skulle störas allvarligt om driften av boendena avbröts. Det var helt nödvändigt att tillhandahålla kommuninvånarna tjänsterna i fråga. Dessa omständigheter sammantaget, och med särskilt beaktande av risken att en ny upphandling inte skulle hinna genomföras i tid, innebär att det även förelegat synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU att undanta upphandlingen av driften av vårdboendena från annonseringskravet.

I avgörandena från Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6870-6871-06, är det viktigt att se till att omständigheterna var mycket speciella och att kammarrätten enligt domskälen t.o.m. ansåg att den upphandlande myndigheten tillämpade direktupphandling som en "generell upphandlingsmetod". I målet är inte fråga om direktupphandlingar i den omfattning som fråga var om i de hänvisade avgörandena, utan om en förlängning av ett befintligt avtal om två vård- och omsorgsboenden för mycket vårdhavande patienter. Avgörandet får snarast anses styrka att kommunen agerat på ett riktigt sätt i det aktuella fallet.

Upphandlingsskadeavgift

Upphandlingsskadeavgift ska inte beslutas i ringa fall, och sådan avgift får efterges om det finns synnerliga skäl. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2014 ref. 49) har funnit att ett lågt sanktionsvärde innebär att behovet av en sådan avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift ska ha inte är tillräckligt starkt för att motivera en sådan avgift. Målet rörde flera kommuner som inledde en annonserad upphandling som inte kunde avslutas pga. omständigheter som låg utanför vad de själva kunde förutse och påverka. Det var fråga om anskaffning av livsmedel som inte kunde anstå, varför upphandlingarna avslutades genom otillåtna direktupphandlingar. De ingångna avtalen var tidsbegränsade och avsedda att gälla till dess inköp kunde göras enligt en ny annonserad upphandling. Situationen i det målet

motsvarar mycket den nu aktuella. Kommunen har lagt ned betydande resurser för att säkerställa att upphandlingen av driften av vård- och omsorgsboendet på Oxbackshemmet skulle genomföras i enlighet med upphandlingslagstiftningen och kommunen tvingades avbryta upphandlingen pga. oförutsedda skäl som inte kunde påverkas. Det är fråga om tjänster som inte kan anstå och förlängningen av avtalet är tidsbegränsat och i avvaktan på att inköp kan göras enligt en ny annonserad upphandling. Upphandlingsskadeavgift ska därför inte beslutas.

Det ligger inte i linje med upphandlingslagstiftningens syfte att påföra upphandlingsskadeavgift på en myndighet som avbrutit en upphandling för att inte bryta mot upphandlingsreglerna, hamnat i tidsnöd pga. detta och tvingats direktupphandla för att uppfylla sina grundläggande skyldigheter gentemot allmänheten. Synnerliga skäl föreligger därmed att efterge avgiften.

Om upphandlingsskadeavgift ska beslutas och inte kan efterges föreligger omständigheter som ska verka starkt förmildrande vid bestämmandet av en eventuell överträdelses sanktionsvärde. Trots att en otillåten direktupphandling ses som en allvarlig överträdelse, finns ingen presumtion för att upphandlingsskadeavgiften ska sätta i den högre delen av intervallet, utan avgiften ska bestämmas efter en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Enlig kommunen bör därför utgångspunkten för bestämmandet av avgiftens storlek ligga i mitten av det intervall som anges i 17 kap. 4 § LOU, varefter de förmildrande omständigheterna ska leda till att avgiften justeras nedåt. Förmildrande omständigheter är att förlängningen av avtalet genomfördes dels pga. den avveckling av Cederströmska gården som kommunen tvingades genomföra med anledning av Arbetsmiljöverkets beslut den 30 oktober 2013, dels i avvaktan på ny upphandling. Detta skrevs även in i avtalsvillkoren. Det var fråga om en tillfällig lösning. Förlängningen begränsades till att gälla en,

med hänsyn till omständigheterna, kort tidsperiod. Förlängningen genomfördes inte i syfte att kringgå upphandlingslagstiftningen, utan samtliga omständigheter talar för det motsatta. Upphandlingen avbröts för att kommunen var angelägen om att följa upphandlingslagstiftningen och de allmänna rättsprinciperna, samt för att kunna främja konkurrensen och välja det bästa anbudet. Det är inte fråga om upprepade förseelser, utan en engångsföreteelse som kommunen tvingats till av de skäl som utvecklats ovan. Kommunen är tvungen, enligt särskilda stadganden i lag och för att uppfylla sina grundläggande samhällsåtaganden, att tillgodose vårdbehovet inom kommunen och valde därför pga. hänsyn till ett tvingande allmänintresse att förlänga det tidigare avtalet. Förmildrande omständigheter föreligger därför. Det rör sig inte heller om en klar överträdelse av LOU. Enligt förarbetena till LOU ska en eventuell överträdelses sanktionsvärde anses vara lågt om det inte är helt klart huruvida en viss vara eller tjänst ska upphandlas med ett annonserat förfarande. Den yrkade upphandlingsskadeavgiften är inte proportionell och ska sättas mycket lägre,

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Otillåten direktupphandling?

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om Konkurrensverket har visat att kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling genom att ingå det aktuella avtalet avseende fortsatt drift av både Oxbackshemmet och Cederströmska gården utan föregående annonsering.

Det aktuella förlängningsavtalet utgör enligt förvaltningsrättens bedömning ett nytt avtal eftersom ytterligare förlängning av tidigare avtal mellan kommunen och leverantören Ansvar & Omsorg AB inte var möjlig. Det är ostridigt att kontraktets värde överstiger direktupphandlingsgränsen.

Av 15 kap. 3 § LOU framgår att direktupphandling får användas i vissa situationer. Kommunen har anfört att den har haft rätt att direktupphandla med hänsyn till synnerlig brådska och/eller synnerliga skäl.

För att undantaget i 4 kap. 5 § första stycket p. 3 LOU ska vara tillämpligt krävs dels att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet ifråga, dels att det föreligger synnerlig brådska som gör att tidsfrister i andra annonserade förfaranden inte kan hållas, samt dels att brådskan ska vara orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Vad som utgör absolut nödvändigt får bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Förvaltningsrätten konstaterar att ett övertagande av drift i egen regi har diskuterats av kommunen både avseende Oxbackshemmet och Cederströmska gården. Den 23 april 2013 gav Äldreomsorgsnämnden Social- och omsorgskontoret i uppgift att vid upphandling av Oxbackshemmet även att lägga anbud i egen regi. Vidare framkommer, enligt en tjänsteskrivelse från Social- och omsorgskontoret den 2 maj 2014, att en övergång i egen regi inte beräknas innebära några ekonomiska konsekvenser och att driften av båda boendena föreslås övergå i egen regi fr.o.m. den 1 november 2014. I tjänsteskrivelse den 11 juni 2014 menar dock Social- och omsorgskontoret istället att den lösning som bedöms påverka verksamheten minst är att avtalet med Ansvar & Omsorg AB förlängs i avvaktan på ny upphandling. Ytterligare skäl till varför fortsatt drift i egen regi inte längre bedöms vara aktuellt finns inte i utredningen. Enligt förvaltningsrättens mening har kommunen inte visat att det funnit några hinder mot att tillfälligt överta driften av Oxbackshemmet i egen regi till dess en ny upphandling kunnat genomföras. Det förefaller också som en realistisk åtgärd mot bakgrund av vad som ovan framkommit. Vad kommunen i övrigt har anfört beträffande möjlighet att överta driften i egen

regi medför ingen annan bedömning. Förvaltningsrätten anser därför att det inte varit absolut nödvändigt att tilldela Ansvar & Omsorg AB kontraktet.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget endast beskrivit de sammanlagda kostnaderna för driften av Oxbackshemmet och Cederströmska gården. Mot bakgrund av hur verksamheten beträffande Oxbackshemmet och Cederströmska gården har bedrivits, dvs. som en enhet med gemensamma driftskostnader, och att upphandlingen enbart omfattade driften av Cederströmska gården, anser förvaltningsrätten att det inte är ett orimligt antagande att frågor skulle uppkomma om fördelningen av kostnader och personal boendena emellan när förfrågningsunderlaget inte var tillräckligt tydligt i detta avseende. Förvaltningsrätten anser vidare att en upphandling av drift av vård- och omsorgsboenden måste påbörjas i god tid innan avtalsstart. Bl.a. måste leverantörer ges skälig tid för att utforma anbud och efter tilldelningsbeslut också ges en skälig uppstartstid innan avtalsstart. Det måste också finnas tidsmässigt utrymme för överprövningsprocess i domstol. Att frågor uppkommer i en upphandling är en omständighet som en upphandlande myndighet måste räkna med och väga in i tidsåtgången för upphandlingen. Sammantaget anser förvaltningsrätten att omständigheterna i målet inte visar att det föreligger en sådan synnerlig brådskasituation som utgör rätt att direktupphandla.

Kommunen har också gjort gällande att det föreligger synnerliga skäl för direktupphandling. Av förarbetena till bestämmelsen framgår att möjligheten att använda direktupphandling vid synnerliga skäl är tänkt för sådana oförutsedda händelser som myndigheten inte själv kunnat råda över. Brådskasituationer p.g.a. egen bristande planering medför t.ex. inte en rätt för den upphandlande myndigheten att företa en direktupphandling. Vidare bör hälso- och sjukvårdstjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare skulle störas, situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendialternativ samt sådana fall där patientens fria val av vårdgivare

omöjliggör annonserad upphandling grunda rätt till direktupphandling (prop. 2001/02:142 s. 99).

Förarbetsuttalandet om relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare måste enligt förvaltningsrätten anses syfta på vården i mer specifika vårdfall. Direktupphandling får endast ske i enstaka fall där omständigheterna är mycket speciella, t.ex. i ett enstaka fall för vård av mycket vårdkrävande patienter (jfr. Kammarrättens i Göteborg domar i mål nr. 6870–6871-06). Eftersom det i förevarande inte är fråga om något specifikt vårdfall, utan det avser driften av vård- och omsorgsboenden med totalt 75 lägenheter, anser förvaltningsrätten att det inte har varit fråga om en sådan situation som innebär att det har funnits synnerliga skäl att direktupphandla. Vad kommunen i övrigt har anfört beträffande kommunens skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster förändrar inte denna bedömning. Sammantaget anser förvaltningsrätten således att Konkurrensverket har visat att kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Eftersom kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § LOU besluta att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift. Särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Någon avgift ska inte beslutas i ringa fall och att avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl. Detta framgår av 17 kap. 5 § LOU.

Av förarbetena framgår att utrymmet för att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra avgift är ytterst begränsat (prop. 2009/10:180 s. 198). Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 49 gällde frågan om vad som kan anses vara "ringa" fall av överträdelse. I målet fanns

det bl.a. inte något behov av den avskräckande effekt en sanktion var avsedd att ha, då det varit fråga om omständigheter som legat utanför vad kommunerna hade kunnat förutse och påverka. Förvaltningsrätten anser att det i förevarande fall inte rör sig om sådana omständigheter som beskrivs i HFD-avgörandet.

Vid en samlad bedömning av omständigheterna finner förvaltningsrätten att överträdelsen i förevarande fall inte är ringa, varför det finns grund för att ålägga kommunen att betala en upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Värdet av ett kontrakt ska enligt 15 kap. 3 a § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Det aktuella kontraktsvärdet uppgår till 41 000 000 kr. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom intervallet 10 000 kr– 4 100 000 kr ($41\,000\,000 \times 0,1$). Inom de angivna beloppsramarna har domstolen ett utrymme att fastställa avgiftens storlek.

Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Hänsyn ska tas till både förmildrande och försvårande omständigheter. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara.

Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåten direktupphandling anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Upprepat beteende bör ses som en försvårande omständighet. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. Vikt kan också läggas vid om avtalet i fråga fortfarande är giltigt. Det förhållandet att den upphandlande myndigheten på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet. (prop. 2009/10:180 s. 196 f och s. 369 f) Upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas efter en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

Förvaltningsrätten anser att rättsläget inte är oklart i frågan om huruvida kommunen haft rätt att upphandla aktuella vård- och omsorgsboenden utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten konstaterar även att avtalet omfattade driften av både Oxbackshemmet och Cederströmska gården, trots att den avbrutna upphandlingen endast avsåg driften av Oxbackshemmet, vilket medförde att kontraktsvärdet blev avsevärt högre. Detta utgör enligt förvaltningsrättens mening försvårande omständigheter. Däremot konstaterar förvaltningsrätten att avtalet är begränsat i tid och endast avser drygt ett år, den 1 november 2014 – den 31 december 2015. Avtalet har också slutits i syfte att genomföra en ny upphandling korrekt. Detta utgör enligt förvaltningsrätten förmildrande omständigheter. Det är dock inte fråga om en situation där en domstol låtit ett avtal bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter som framkommit finner förvaltningsrätten att den av Konkurrensverket beslutade avgiften om 2 000 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Det som kommunen har anfört utgör enligt förvaltningsrättens mening inte

sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det finns därmed inte heller skäl för eftergift. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Haike Degenkolbe

Rådman

Anna Brantberger har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.