



SÖKANDE

Konkurrensverket

103 85 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting

Ombud: Landstingsjurist Johan Johansson

Box 22550

104 22 Stockholm

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KONKURRENSVERKET	
2016-12-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Stockholms läns landsting ska betala en upphandlingsskadeavgift om 530 000 kronor.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ska besluta att Stockholms läns landsting (SLL) ska betala 530 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket bl.a. följande. SLL har brutit mot LOU genom att den 29 oktober 2015 ingå ett avtal om tillhandahållande av tjänster inom vårdområdet kirurgi med legitimerade läkarna Ulf Holmgren (Läkarkonsult AB) och Stefan Fürstenberg (Praktikertjänst AB). Avtalet gäller under perioden 1 januari–31 december 2016 och är en förlängning av ett tidigare avtal. Det tidigare avtalet avsåg ursprungligen perioden 1 oktober 2007–30 september 2010 och inte heller det avtalet hade föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande. Trots att avtalet inte medgav förlängning har SLL förlängt det med ett eller två år i taget sedan dess. Tjänsterna har hela tiden utförts av de namngivna läkarna, även när de bytt organisationstillhörighet.

Avtalet med Ulf Holmgren och Stefan Fürstenberg avser tjänster som enligt bilaga 3 till LOU är s.k. B-tjänster (kategori 25, hälsovård och socialtjänster). För upphandling av sådana tjänster ska 15 kap. LOU tillämpas. Avtalet har ingåtts utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande saknades. Kontraktsvärdet överstiger klart direktupphandlingsgränsen. Konkurrensverket anser att det inte förelåg synnerliga skäl och inte heller synnerlig brådska i LOU:s mening. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling. Med hänsyn till att överträdelsen är klar samt att SLL upprepade gånger har ingått otillåtna direktupphandlingar anser Konkurrensverket vid en sammantagen bedömning att en upphandlingsskadeavgift på 530 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

SLL bestrider bifall till Konkurrensverkets yrkande och yrkar, för det fall förvaltningsrätten finner att avtalen skulle ha annonserats, att upphandlings-skadeavgiften ska fastställas till ett avsevärt lägre belopp.

Till stöd för sin talan anför SLL bl.a. följande. Hälso- och sjukvården inom SLL står inför stora förändringar. Det skulle inte vara ändamålsenligt att starta traditionella upphandlingsförfaranden för att täcka vårdbehovet under en kortare övergångsperiod. Volymerna för primär- och specialistvård utanför akutsjukhusen kunde definieras först under hösten 2015, vilket även påverkar tidsplanen för föreslagna upphandlingar. Samtliga avtal inom SLL ska vara upphandlade enligt gällande upphandlingsregler i slutet av 2017. Det krävs dock en viss överbryggnings genom förlängning av befintliga vårdavtal, annars riskerar dessa vårdområden sakna tillräckligt vårdutbud under en viss tid.

Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn även till förmildrande omständigheter inom ramen för upphandlingsavgiftens avskräckande syfte. Den preventiva effekten och den av Konkurrensverket önskade organisationsförändringen har redan realiserats genom den plan för framtidens hälso- och sjukvård som SLL har upprättat. En upphandlingsskadeavgift på nio procent är oproportionerlig och bör vara reserverad för särskilt graverande fall där den preventiva effekten är särskilt påkallad.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Har SLL genomfört en otillåten direktupphandling?

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om Konkurrensverket har visat att SLL har genomfört en otillåten direktupphandling genom att ingå det aktuella avtalet avseende kirurgi utan föregående annonsering.

Av 15 kap. 3 § LOU framgår att direktupphandling får användas i vissa situationer. I målet är ostridigt att det aktuella avtalet utgör ett nytt avtal vars värde överstiger direktupphandlingsgränsen. SLL har anfört att synnerliga skäl föreligger.

Av förarbeten framgår att möjligheten att använda direktupphandling vid synnerliga skäl är tänkt för sådana oförutsedda händelser som myndigheten inte själv kunnat råda över. Brådska på grund av 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 patienters fria val av vårdgivare omöjliggör annonserad upphandling grunda rätt till direktupphandling (prop. 2001/02:142 s. 99). Kammarrätten i Göteborg har uttalat att direktupphandling endast får ske i enstaka fall där omständigheterna är mycket speciella, t.ex. i ett enstaka fall för vård av mycket vårdkrävande patienter, och inte som en generell upphandlingsmetod (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 april 2007 i mål nr 6870-6871-06).

Det avtal som har förlängts avser inte vård i ett enskilt fall utan innefattar ett mer generellt tillhandahållande av vissa vårdtjänster. Av utredningen i målet framgår att aktuella tjänster även tidigare har direktupphandlats. Behovet av tillhandahållande av de aktuella tjänsterna måste ha varit känt för SLL och omständigheten att SLL inom organisationen arbetar med att implementera en ny upphandlingsplan utgör, enligt förvaltningsrättens mening, inte synnerliga skäl. Förvaltningsrätten anser därför att det inte har varit fråga om en sådan situation som innebär att det har funnits synnerliga skäl att direktupphandla. Vad SLL i övrigt har anfört ändrar inte denna bedömning. Förvaltningsrätten finner således att Konkurrensverket har visat att SLL har genomfört en otillåten direktupphandling.

Upphandlingskadeavgiftens storlek

Eftersom SLL har genomfört en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § LOU besluta att SLL ska betala en upphandlingskadeavgift. Av 17 kap. 5 § LOU framgår att särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är vid fastställande av avgiftens storlek. Av samma paragraf framgår vidare att någon avgift inte ska beslutas i ringa fall och att avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

Överträdelsen är, enligt förvaltningsrättens mening, inte ringa, varför det finns grund för att ålägga SLL att betala en upphandlingskadeavgift.

Upphandlingsavgiftens 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. Konkurrensverket har angett att kontraktsvärdet är 5 976 481 kr. Upphandlingskadeavgiften kan därmed bestämmas till högst 597 648 kr.

Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingskadeavgiften 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. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör 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. Det förhållandet att den upphandlande myndigheten på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet (se prop. 2009/10:180 s. 196 f och s. 369 f). Upphandlings-skadeavgiften ska bestämmas efter en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

SLL har genomfört en otillåten direktupphandling och det framkommer att samma avtal har förlängts under flera års tid utan att något upphandlingsförfarande har inletts. SLL har även vid ett flertal tidigare tillfällen ålagts att betala en sanktionsavgift för otillåtna direktupphandlingar av vårdtjänster (jfr bl.a. Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 19 oktober 2015 i mål nr 29514-14).

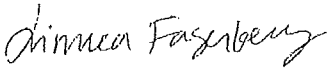
SLL har anfört att det föreligger förmildrande omständigheter bl.a. eftersom avtalet upprätthåller SLL:s ansvar om hälso- och sjukvård samt att det är fråga om allmännyttiga tjänster. Konkurrensverket har anfört att det inte råder någon motsättning mellan att å ena sidan iaktta de lagstadgade skyldigheterna på vårdområdet och samtidigt iaktta skyldigheterna på upphandlingsområdet. Förvaltningsrätten konstaterar att SLL har varit väl medvetna om att behov av dessa vårdtjänster har förelegat och instämmer i Konkurrensverkets bedömning att det inte råder någon motsättning mellan skyldigheterna. Enligt förvaltningsrättens mening finns det inte heller anledning att sänka upphandlingsskadeavgiften med anledning av kontraktets värde eller avtalstiden.

Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten att en avgift om 530 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Det har inte framkommit sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller

stötande att ta ut avgiften. Det finns därmed inte heller förutsättningar för eftergift. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Linnea Fagerberg
Förvaltningsrättsfiskal

Johanna Sköld 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.