



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM
2016-02-01
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
24565-15

SÖKANDE
Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART
Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift

KONKURRENSVERKET	
2016-02-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Stockholms läns landsting ska betala en upphandlingsskadeavgift om 750 000 kr.

Dok.Id 693734

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		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

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 (landstinget) ska betala 750 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Till stöd för sin ansökan anför Konkurrensverket i huvudsak följande. Landstinget genomförde under 2005 en annonserad upphandling avseende somatisk specialistvård. Upphandlingen resulterade i att landstinget tecknade ett avtal avseende bl.a. barnmedicin, barnortopedi och barnkirurgi med leverantören Aleris AB (Aleris). Avtalet gällde till och med den 31 mars 2009 med möjlighet till två års förlängning. Avtalet har sedan förlängts flera gånger. Landstinget ingick 2014 ytterligare ett avtal avseende barnortopedi för perioden den 1 januari – den 31 december 2015 med reservation för att avtalet kunde upphöra att gälla om barnortopedi infördes i vårdvalet under avtalsperioden. Detta avtal ersattes med ett nytt avtal avseende samma period som ingicks den 6 maj 2015. Det är det sistnämnda avtalet som ligger till grund för aktuell ansökan. Den högsta möjliga ersättning för aktuellt avtal uppgår till 8 811 777 kr. Eftersom avtalet inte kan förlängas och då det inte har framkommit att landstinget har gjort några ytterligare direktupphandlingar av samma slag får det angivna ersättningstalet utgöra avtalets totala värde, vilket överstiger direktupphandlingsgränsen. Det finns inte något lagligt utrymme att beräkna ett kontraktsvärde på annat sätt än vad som anges i 15 kap. 3 a § LOU. Upphandlingen skulle därmed ha utannonserats enligt huvudregeln.

De omständigheterna att det är fråga om allmännyttiga tjänster, att förfaranden inte är samhällsekonomiskt och att landstinget kan komma att bli skadeståndsskyldigt vid ett annonserande är inte tillräckliga för att synnerliga skäl ska anses föreligga. Det är inte heller fråga om ett enskilt

vårdfall utan om en viss typ av vårdåtgärder för en generell patientgrupp, vilket inte faller in under undantaget för synnerliga skäl.

Det måste ha funnits tid för landstinget att genomföra en annonserad upphandling i stället för att genomföra en direktupphandling. Att landstinget har att tillgodose vårdbehovet hos den aktuella patientgruppen kan varken ha varit okänt eller oförutsebart för landstinget. Landstinget har sedan 2012 motiverat avtalsingåendet utan föregående annonsering med att verksamheten eventuellt kan komma att ingå i ett valfrihetssystem. Konkurrensverket anser att landstinget i vart fall sedan 2012 har vetat om att vårdverksamheten inte skulle komma att ingå i vårdvalet och att landstinget därmed har haft möjlighet att genomföra en annonserad upphandling. Landstinget har även i ett yttrande angett att tjänster inom barnortopedi tidigare inte bedömts som lämpliga att införa i vårdvalet. Beslut om vilka vårdverksamheter som ska ingå i vårdvalet är vidare en fråga som ligger inom landstingets kontroll.

Konkurrensverket anser inte att avtalet är tecknat endast för en kortare period. Avtalet gäller visserligen under ett år, men i praktiken har landstinget tecknat avtal om tjänsterna utan föregående annonsering under en sammanhängande period om fyra år. Det är anmärkningsvärt att landstinget under flera år har valt att ingå avtal utan föregående annonsering i strid med LOU när landstinget endast har behövt cirka två veckor för att överta den aktuella verksamheten i egen regi. Den brådska som landstinget anser sig ha hamnat i är således uteslutande att hänföra till landstingets eget agerande och beror på omständigheter som har kunnat förutses av landstinget. Det har inte framkommit några andra omständigheter som motiverar ett avsteg från huvudregeln att en upphandling ska annonseras. Landstinget har därmed brutit mot LOU genom att ingå avtal om barnortopedi för 2015 med leverantören Aleris utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningarna för detta saknades.

I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling där överträdelsen är klar och det totala kontraktsvärdet är högt. Sanktionsvärdet ska därför vara högt. Avtalets löptid är endast ett år, men utredningen visar att landstinget har ingått avtal om barnortopedi med Aleris utan föregående annonsering sedan april 2011. Förvaltningsrätten i Stockholm har beslutat att bifalla fyra av Konkurrensverkets ansökningar om upphandlings-skadeavgift med anledning av otillåtna direktupphandlingar av sjukvårdstjänster som landstinget utfört. Samtliga avtal som ligger till grund för de tidigare ansökningarna har, liksom i detta fall, ingåtts av hälso- och sjukvårdsnämndens förvaltning för landstingets räkning. Att landstinget har företagit ett antal otillåtna direktupphandlingar måste ses som en försvårande omständighet. Aktuellt avtal sades upp efter att Konkurrensverket initierat utredningen. Uppsägningen kan därför inte påverka bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek i förmildrande riktning. Inte heller kan landstingets anförande om att överträdelsen har skett för att upprätthålla lagstadgade skyldigheter, att avtalet har inneburit att patienter inte har lidit i onödan och att det är fråga om allmännyttiga tjänster som är absolut nödvändiga inverka förmildrande på avgiftens storlek. Konkurrensverket anser vid en sammantagen bedömning att en upphandlingsskadeavgift på 750 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Det finns inte förutsättningar för att besluta om eftergift.

Landstinget bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan. För det fall förvaltningsrätten finner att upphandlingsskadeavgift ska påföras hemställer landstinget att upphandlingsskadeavgiften ska efterges alternativt sättas ned helt eller till ett avsevärt lägre belopp.

Till stöd för sin talan anför landstinget bl.a. följande. Det har inte förelegat någon skyldighet att annonsera. En revision av vårdvalet ägde rum under hösten 2014 med förslag att barnortopedi skulle ingå i vårdvalet senast

2016. Tjänsterna har tidigare inte bedömts som lämpliga att införa i vårdvalet. Aktuellt avtal avslutades i förtid och tjänsterna har därefter utförts i landstingets egen regi. Avtalet gällde således endast under perioden den 1 januari–den 16 juli 2015 och den totala ersättning som erlades under avtalet uppgick till 4 426 759 kr. Avtalet ingicks i syfte att temporärt och nödvändigt möta vårdbehovet och säkerställa patentkontinuitet i vården i avvaktan på att dessa tjänster infördes i vårdvalet under 2016. Avtalet har således tecknats för att undvika ett avtalslöst tillstånd. Det saknades tid och resurser för att sätta ingång en annonserad upphandling. Hur landstinget har agerat under tidigare år och som inte är föremål för aktuell ansökan är inte relevant. En upphandling med kort avtalsperiod skulle kunna medföra stor skada ur såväl ett patientperspektiv som ett vårdgivande perspektiv genom att dels riskera flera korta omställningar för patienterna på grund av byte av vårdgivare, dels försvåra för leverantören att kunna tillhandahålla erforderlig kapacitet och kompetens. Det skulle medföra oproportionerligt stora kostnader och omotiverad tidspillan för såväl landstinget som anbudsgivande leverantörer. Landstinget skulle komma att kunna bli skadeståndsansvarig mot ett stort antal leverantörer när vårdval införs. Landstinget har vid avtalsförlängningen beaktat dess skyldigheter och åligganden enligt hälso- och sjukvårdslagstiftningen. Avtalet rör vidare en begränsad del av den somatiska specialistvården och en begränsad patientgrupp där det ställs höga krav på såväl kompetens som kvalitet. Det rör sig om mycket speciella och allmännyttiga tjänster som skulle kunna störas av ett konkurrentsutsättande, vilken skulle få allvarliga konsekvenser för människors hälsa om tjänsterna inte tillhandahålls. Det kan inte anses vara samhällsekonomiskt försvarbart att myndigheter ska behöva lägga ned kostnader för t.ex. upphandlingsskadeavgifter av det skälet att myndigheten direktupphandlar temporära leveranser av tjänster i syfte att kunna utföra samhällsåtagandet vid varje given tidpunkt. Vad som anförts ovan innebär att det föreligger synnerliga skäl och synnerlig brådska för att tillämpa direktupphandlingsförfarandet.

Landstinget motsätter sig det sätt som Konkurrensverket beräknat upphandlingskadeavgiften. Gällande upphandlingsskadeavgiftens storlek är följande omständigheter förmildrande. Avtalstiden är kort, avtalet avslutades i förtid, avtalets värde är mindre än det värde som Konkurrensverket har angett och är inte avsevärt högt. Vidare är överträdelsen inte klar och har skett för att upprätthålla landstingets lagstadgade ansvar. Tjänsterna är allmännyttiga och absolut nödvändiga vilket skulle få oerhörda konsekvenser ifall ett avtalslöst tillstånd uppkommer. Dessa omständigheter innebär att upphandlingsskadeavgiften bör sättas till ett lågt belopp.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om Konkurrensverket har visat att landstinget har genomfört en otillåten direktupphandling genom att ingå det aktuella avtalet avseende vissa tjänster inom barnortopedi utan föregående annonsering. Därefter har förvaltningsrätten att ta ställning till eventuell upphandlingsskadeavgift och dess storlek.

Otillåten direktupphandling?

Av 15 kap. 3 § LOU framgår att direktupphandling får användas i vissa situationer. I målet är det ostridigt att det aktuella avtalet utgör ett nytt avtal vars värde, 8 811 777 kr, överstiger direktupphandlingsgränsen. Landstinget har anfört att synnerliga skäl och synnerlig brådska föreligger som medför att annonsering inte krävts.

Av förarbeten framgår att möjligheten att använda direktupphandling utan föregående annonsering vid synnerliga skäl är tänkt för sådana oförutsedda händelser som myndigheten inte själv kunnat råda över. Brådska på grund av egen bristande planering medför exempelvis 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 (se prop. 2001/02:142 s. 99).

Förvaltningsrättens bedömning

Landstinget har bl.a. anfört att avtalet var nödvändigt för att motverka ett avtalslöst tillstånd och att en upphandling med kort avtalsperiod skulle kunna medföra stor skada ur såväl ett patientperspektiv som ett vårdgivande perspektiv samt att det var oklart när och om tjänsterna skulle ingå i vårdvalet. Landstinget har vidare angett att myndigheten vid en upphandling riskerade skadeståndsanspråk samt att det inte var samhällsekonomiskt försvarbart att upphandla tjänsterna. Landstinget har slutit flera förlängningsavtal med Aleris avseende aktuella tjänster sedan april 2011. Landstinget har även angett att det tidigare ansågs olämpligt att föra över aktuella tjänster till vårdvalet. Av handlingarna i målet framgår vidare att landstinget åtminstone från och med 2012 haft vetskap om att de aktuella tjänsterna inte planerades ingå i vårdvalet.

Förvaltningsrätten anser att landstinget har haft god tid att planera för aktuell upphandling. Landstinget har sagt upp aktuellt avtal och inom två veckor fört över tjänsterna i egen regi under juli 2015. Förvaltningsrätten finner därför att någon synnerlig brådska inte förelåg. Förvaltningsrätten anser inte heller att de skäl som landstinget anfört medför att synnerliga skäl att direktupphandla utan annonsering förelåg. Konkurrensverket har därmed visat att landstinget har genomfört en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

Landstinget har genomfört en otillåten direktupphandling vilket medför att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § LOU får besluta att landstinget ska betala en upphandlingsskadeavgift. 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. Enligt förvaltningsrättens mening är överträdelsen inte ringa, varför det finns grund för att ålägga landstinget att betala en upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt 17 kap. 4 § LOU 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. Vid beräkningen ska direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret beaktas. Förvaltningsrätten anser, i likhet med Konkurrensverket, att kontraktsvärdet för aktuellt avtal ska beräknas till 8 811 777 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed bestämmas till högst 881 178 kr.

Av förarbetena (se prop. 2009/10:180 s. 196 ff och s. 369 f) framgår följande. 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 och andra aktörer avhåller sig från överträdelser av lagen. 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. 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. 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. Upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas efter en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet (se rättsfallet HFD 2014 ref. 69).

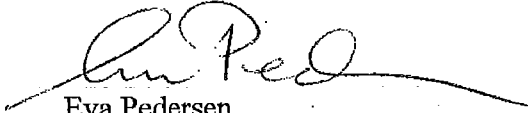
Förvaltningsrättens bedömning

Landstinget har utfört en otillåten direktupphandling, vilket enligt förarbetena är en av de allvarigaste överträdelsena av bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten finner att det i målet är fråga om en klar överträdelse av bestämmelserna. Förvaltningsrätten har i fyra domar det senaste året beslutat att bifalla Konkurrensverkets ansökningar om upphandlingsskadeavgift med anledning av otillåtna direktupphandlingar av olika vårdtjänster som landstinget utfört. Samtliga avtal som ligger till grund för de tidigare ansökningarna har, liksom i detta fall, ingåtts av hälso- och sjukvårdsnämndens förvaltning för landstingets räkning. Förvaltningsrätten anser att detta är att ses som ett upprepat beteende och är därmed en försvårande omständighet. Förvaltningsrätten bedömer att de skäl som landstinget anfört inte är att anse som förmildrande omständigheter.

Vid en samlad bedömning anser förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift om 750 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens art. 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 skäl för eftergift. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Eva Pedersen

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Lena Lidmark 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 anlitat 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 datum 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.

