



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Avdelning 31

**DOM**  
2015-10-19  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
30818-14

**SÖKANDE**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

**MOTPART**

Stockholms läns landsting

Ombud: Landstingsjurist Eva Lisper  
Stockholms läns landsting  
Box 22550  
104 22 Stockholm

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015 -10- 2 1	
Avd	J4
Dnr	852 / 2014
KSnr	3.5.3 Aktbil 10

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Stockholms läns landsting ska betala en upphandlingsskadeavgift om 350 000 kr.

Dok.Id 601822

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

**YRKANDEN M.M.**

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, beslutar att Stockholms läns landsting (SLL eller landstinget) ska betala 350 000 kr i upphandlingsskadeavgift och anför följande grunder. SLL har brutit mot LOU genom att den 22 januari 2014 ingå avtal med Stiftelsen Bräcke Diakoni (Bräcke) avseende bedrivande av lymfödemmottagning i öppen vård. Avtalet har ingåtts utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU trots att förutsättningarna för ett sådant förfarande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

SLL bestrider yrkandet. För det fall förvaltningsrätten finner att SLL har gjort sig skyldigt till åsidosättande av LOU hemställer SLL att upphandlingsskadeavgiften ska efterges alternativt sättas ned helt eller till ett avsevärt lägre belopp. SLL anför följande grunder. Det har inte förelegat skyldighet att annonsera. Om förvaltningsrätten skulle finna att det förelegat skyldighet att annonsera bör upphandlingsskadeavgiften sättas till ett lågt belopp eller nedsättas helt med beaktande av den påstådda överträdelsens art, tjänsternas art samt syftet med upphandlingsskadeavgiften. Att SLL vid ett tidigare tillfälle dömts att betala upphandlingsskadeavgift innebär inte att det är fråga om ett upprepat beteende på det sätt och med de konsekvenser Konkurrensverket gör gällande.

**Vad Konkurrensverket anför**

*Bakgrund*

SLL ingick den 29 juni 2004 ett oannonserat avtal om rehabiliteringstjänster med Stiftelsen Röda Korshemmet (Röda Korshemmet). Lymfödembehandling i öppen vård var ett av de verksamhetsområden som ingick i avta-

let. Avtalet gällde den 1 januari 2005–31 december 2007 med upp till två års förlängning. SLL ingick den 29 december 2009 ett vårdavtal avseende bedrivande av lymfödemottagning i öppen vård med Röda Korshemmet. Avtalet gällde under perioden den 1 januari–31 december 2010 och kunde förlängas upp till ett år. Genom tilläggsavtal bestämdes att avtalet skulle gälla även under perioden den 1 januari 2011–31 december 2013. Tilläggsavtalet undertecknades av parterna den 19 december 2012 och den 13 februari 2013. Röda Korshemmet framställde den 14 november 2013 en begäran till SLL om godkännande att överlåta avtalet till Bräcke. Vid Konkurrensverkets granskning har SLL anfört att Röda Korshemmet fr.o.m. den 2 januari 2014 överlät verksamheten inklusive lokaler, befintlig personal, befintliga kund- och entreprenadavtal samt övriga avtal associerade med verksamheten till Bräcke. Efter en prövning av överlåtelsen beslutade SLL att ingå avtalet med Bräcke, som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan. Det nya avtalet ersatte det tidigare avtalet som därmed upphörde att gälla.

Avtalet avser s.k. B-tjänster för vilka 15 kap. LOU ska tillämpas. Avtalet gällde under perioden den 1 januari–31 december 2014 utan möjlighet till förlängning. Uppdragsbeskrivningen och innehållet i vårdtjänsten är densamma som i tidigare avtal. Ersättning utgår enligt avtalet till Bräcke för fasta och produktionsrelaterade kostnader med högst 4 042 709 kr per år. Vårdgivaren äger också rätt att behålla de patientavgifter som erläggs av patienten och att få ersättning för frikort även efter uppnått ersättningstak för perioden.

#### *Otillåten direktupphandling*

Värdet av kontraktet uppgår till minst 4 042 709 kr och överstiger gränsen för direktupphandling. Enligt Konkurrensverkets uppfattning föreligger det inte synnerliga skäl för att direkttilldela det aktuella avtalet.

När tilläggsavtalet undertecknades av parterna den 19 december 2012 respektive den 13 februari 2013 visste de att avtalet skulle komma att löpa ut i december 2013. SLL har därmed redan vid årsskiftet 2012/2013 vetat om att tjänsterna skulle komma att behöva upphandlas inför år 2014, men något upphandlingsförfarande enligt LOU har varken planerats eller påbörjats. Den enligt landstinget akuta situationen hade uppkommit oavsett om Röda Korshemmet fortsatt med sin verksamhet eller inte. Konkurrensverket håller därför inte med SLL om att landstinget stod inför en konkret akut situation i mitten av november 2013 och att detta var hänförligt till Röda Korshemmets agerande. Påståendet verkar närmast vara en efterhandskonstruktion. Att det till följd av landstingets bristande planering och framförhållning skulle vara fråga om synnerlig brådska är uteslutet.

Att organisationen kan komma att förändras är utan betydelse för skyldigheten att konkurrensutsätta tjänsterna eller att vidta åtgärder för att se till att tjänsterna tillhandahålls på annat sätt som är förenligt med lag, t.ex. genom att tillhandahålla dem i egen regi. När landstinget låter en annan part tillhandahålla tjänsterna föreligger en skyldighet att annonsera och upphandla tjänsterna oaktat översynen av verksamheten. Landstinget har exempelvis kunnat upphandla tjänsterna för en kortare period i avvaktan på översynen. Landstinget har därför haft god tid på sig att säkerställa vårdbehov och patientkontinuitet i vården enligt de skyldigheter som åvilar landstinget samt kunnat motverka ett avtalslöst tillstånd i början av år 2014. Den leverantör som har tipsat Konkurrensverket om landstingets verksamhet har sagt sig kunna erbjuda de aktuella tjänsterna. Värt att notera är att den leverantören inom ramen för vårdvalet erbjuder lymfödembehandling. Leverantören anser att de tjänster som erbjuds via vårdvalet och de som omfattas av den upphandling som Konkurrensverket har granskat inte bör skiljas åt. Enligt leverantören kan en sådan åtskillnad innebära att patienter redan från början väljer den vård som Bräcke erbjuder för att slippa att byta vårdgivare om ytterligare vårdtillfällen utöver de

som fås genom vårdvalet krävs. Därtill kommer att landstinget har anfört att tanken var att en upphandlingsprocess enligt LOU avseende tjänsterna skulle påbörjas under sommaren 2014. Det går inte heller av uppdragsbeskrivningen att utläsa att det skulle vara fråga om så speciellt framtagna tjänster att det endast är en vårdgivare som kan erbjuda dem. Dessa omständigheter talar sammantaget med styrka för att det finns konkurrens rörande tjänsterna. Konkurrensverket anser att de omständigheter som landstinget har hänvisat till ligger inom myndighetens kontroll och att de inte medför att direktupphandlingen har varit tillåten samt att det finns möjlighet till konkurrensutsättning.

Det finns visserligen en möjlighet att göra undantag från annonseringskyldigheten för vissa hälso- och sjukvårdstjänster, men det avser mycket speciella situationer. Det är främst sådana hälso- och sjukvårdstjänster där relationen mellan vårdgivare och vårdtagare skulle störas och vården därmed försämrats eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendeanternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Vidare bör sådana fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör annonserad upphandling grunda rätt till direktupphandling. Av Kamrarrätten i Göteborgs dom den 18 april 2007 i mål nr 6870-6871-06 framgår att det ligger i sakens natur att lagens förskrift om synnerliga skäl måste leda till att en direktupphandling där upphandlingens värde inte är lågt bara får ske i enstaka fall där omständigheterna är mycket speciella, t.ex. i ett enstaka fall av mycket vårdkrävande patienter. Att använda direktupphandling som en generell upphandlingsmetod är inte tillåtet. Att det är fråga om allmännyttiga tjänster är inte tillräckligt för att synnerliga skäl ska anses föreligga. Det är i detta fall inte fråga om ett specifikt vårdfall utan om en generell grupp vårdtagare, och SLL har inte gjort någon specifik bedömning i det enskilda fallet utan verkar närmast slentrianmässigt ha genomfört den aktuella direktupphandlingen.

Det är just av ekonomiska skäl och att upphandling utgör en hushållning med skattemedel som en upphandling ska annonseras. Sådana argument kan därför inte utgöra synnerliga skäl för att göra undantag från annonseringsskyldigheten.

#### *Upphandlingsskadeavgift*

I detta fall kan upphandlingsskadeavgiften uppgå till högst 404 271 kr (4 042 709 x 0,1). Det är uppenbart att det inte är fråga om en ringa överträdelse. Det är fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska därför vara högt. SLL har uppvisat ett upprepat beteende. Landstinget har tidigare ålagts att betala en upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom den 27 juni 2014 i mål nr 30512-13 beslutat att bifalla Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift med anledning av en otillåten direktupphandling avseende kopiatorer. Domen överklagades till Kammarrätten i Stockholm som den 25 september 2014 beslutade att inte meddela prövningstillstånd (mål nr 5322-14). Kammarrettens beslut har inte överklagats och har därmed vunnit laga kraft. Begreppet upphandlande myndighet ska tolkas utifrån definitionerna i 2 kap. LOU, inte kommunallagen (1991:900). SLL i sig – oavsett hur det är organiserat – utgör den upphandlande myndigheten och det är förhållanden hos den som kan tillmätas betydelse när avgiftens storlek ska bestämmas. Därtill har SLL även genomfört en otillåten direktupphandling som liknar det förevarande när det gäller andra vårdområden (förvaltningsrättens mål nr 29514-14). Omständigheterna var för sig är tillräckliga för att fastslå att SLL uppvisar ett upprepat beteende i den mening som avses i förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift. Något krav på att det endast är lagakraftvunna avgöranden som kan ligga till grund för bedömningen av om en upphandlande myndighet uppvisar ett upprepat beteende finns inte. Dessa omständigheter måste tillmätas betydelse vid fastställandet av sanktionsvärdet.

Det saknas stöd i praxis och i förarbeten för att en avtalstid om ett år i sig skulle innebära en förmildrande omständighet. Om kontraktsvärdet är högt eller inte är en omständighet som är svårt att bedöma eftersom det måste sättas i relation till något. Det går inte endast att se till beloppets storlek. Om den upphandlande myndighetens budget utgör utgångspunkten är värdet inte särskilt högt, men om man i stället ser till marknaden för de aktuella tjänsterna eller den upphandlande myndighetens storlek får värdet av kontraktet i stället anses högt. Det är just landstingets storlek som leder till att marknadsskadan vid otillåtna direktupphandlingar bli mycket större än vad som är fallet med andra upphandlande myndigheter med mindre inköpsvolym. Rättsläget är inte oklart. Vad landstinget anför om hur en sanktionsavgift ska bedömas när avtal efter en domstolsprövning har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse är ovidkommande.

Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 350 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Det saknas förutsättningar att sätta ned avgiften med hänsyn till synnerliga skäl.

#### **Vad SLL anför**

##### *Det aktuella avtalet*

SLL har genom avtal med Bräcke säkerställt tillhandahållande av utredning av lymfödem som kräver särskild kompetens inom lymfödemutredning och där primärvård inte är rätt nivå och akutsjukhusens resurser inte är nödvändiga. Avtalet omfattar även specialiserad lymfödembehandling för de fall den rehabilitering som erbjuds inom vårdvalet inte medfört tillfredsställande resultat för patienten. Uppdraget omfattar även vård av barn. Detta är vård som SLL enligt lag är skyldigt att tillhandahålla. Avtalet avser delar som inte ansetts vara möjliga att ta med i ett vårdval beroende på

att det krävs en specialistkompetent läkare och övrig personal för utredning och behandling. Dessutom är patientunderlaget så litet att det finns en risk att man med flera vårdgivare inte kan bibehålla och utveckla vårdområdet.

Den verksamhet som omfattas av avtalet bedrevs tidigare av Röda Korshemmet. Den 14 november 2013 framställde Röda Korshemmet en begäran till SLL om att godkänna en överlåtelse av avtalet till Bräcke. I samband med detta informerades SLL om att Röda Korshemmet avsåg att fr.o.m. den 1 januari 2014 överlåta verksamheten vid sjukhuset, inklusive lokaler och befintlig personal samt befintliga entreprenad- och kundavtal och övriga avtal associerade med verksamheten till Bräcke. SLL har skyldigheter avseende vårdgaranti, patientsäkerhet och tillgänglighet. I mitten av november 2013 stod SLL inför en konkret akut situation där vård som SLL enligt lag är skyldigt att tillhandahålla inom en mycket kort tid inte längre skulle tillhandahållas av SLL:s avtalspart. Med hänsyn till landstingets vårdgivaransvar och den risk för människors hälsa som ett avbrott i vårdtjänsten skulle innebära, var det helt nödvändigt för SLL att säkerställa att vården kunde fortsätta utan uppehåll. Med anledning av detta utreddes olika handlingsalternativ. Det krävs hög kompetens och erfarenhet för utredning av primära och sekundära lymfödem ofta i kombination med andra sammansatta problem för patienter. Denna specialistkompetens finns hos Bräcke. Det är vidare fråga om en liten patientgrupp, vilket gör det svårt och även direkt olämpligt att splittra kompetenserna på olika vårdgivare. Det ansågs därför inte möjligt att överföra de aktuella tjänsterna till vårdvalet. Vidare fanns inte någon möjlighet tidsmässigt att hinna genomföra en annonserad upphandling av tjänsterna då endast en och en halv månad kvarstod innan Röda Korshemmet skulle ha lagt ned sin verksamhet.



Omständigheterna orsakades inte av landstinget. SLL:s skyldigheter och åligganden avseende vårdgaranti, patientsäkerhet och tillgänglighet motiverar avtalstecknandet ytterligare. SLL har med anledning av dessa synnerliga skäl inte haft skyldighet att annonsera. Efter genomförd prövning av att Bräcke uppfyller för uppdraget ställda kvalitetskrav samt krav på ekonomisk stabilitet och säkerhet, tecknade SLL avtal med Bräcke. Således skedde inte något godkännande av överlåtelse av avtalet med Röda Korshemmet, vilket Konkurrensverket låtit påskina. Under rådande omständigheter är det naturligt att avtalet överensstämmer med SLL:s tidigare avtal med Röda Korshemmet.

Avtalet med Bräcke har slutits för en avtalstid om ett år i syfte att temporärt säkerställa vårdbehov och patientkontinuitet i vården, samt för att, under synnerligen brådskande förutsättningar, undvika risker för patientsäkerheten i samband med att vårdavtalet med Röda Korshemmet upphörde. Landstingets plan var initialt att under sommaren 2014 påbörja en upphandlingsprocess för det aktuella uppdraget i enlighet med LOU. Utredningen Focusrapport, lymfödemrehabilitering har dock försenats. Skulle den pågående utredningen visa att den aktuella vården eller delar av denna bör drivas inom den landstingsdrivna somatiska specialistvården måste landstinget även överväga detta alternativ. Ett påbörjande av upphandlingsförfarande behöver således avvakta till dess detta är utrett. Det skulle inte vara ändamålsenligt att under dessa premisser starta ett traditionellt upphandlingsförfarande för att täcka vårdbehovet under en kortare övergångsperiod om några månader upp till ett år. Det skulle snarare ha varit direkt oansvarigt eftersom landstinget då riskerat att påbörja en upphandling som inte ens skulle hinna avslutas innan utredningen är slutförd. En sådan upphandling skulle ha varit förknippad med oproportionerligt stora kostnader och omotiverad tidsspilla för såväl SLL som anbudsgivare i förhållande till den med nödvändighet mycket begränsade avtalstiden. Det är även osäkert om leverantörer skulle vilja eller ha möjlighet att lämna

anbud på sådana premisser. Dessutom skulle en upphandling med kort avtalsperiod kunna medföra stor skada ur såväl ett patientperspektiv som ett vårdgivarperspektiv genom att dels riskera upp till två på varandra korta omställningar för patienterna på grund av byte av vårdgivare, dels försvåra för leverantören att kunna tillhandahålla erforderlig kapacitet och kompetens.

De aktuella tjänsterna är dessutom av allmännyttig art som leder till allvarliga konsekvenser för människors hälsa om tjänsterna inte tillhandahålls. Sådana tjänster kan direktupphandlas av synnerliga skäl. Det kan inte anses samhällsekonomiskt försvarbart att myndigheter ska behöva lägga ner kostnader för t.ex. upphandlingsskadeavgift av det skälet att myndigheten direktupphandlar temporära leveranser av tjänster i syfte att kunna utföra samhällsåtaganden vid varje given tidpunkt. Det föreligger synnerliga skäl för att tillämpa direktupphandlingsförfarande. Följaktligen föreligger inte någon annonseringsskyldighet och inte heller legal grund för upphandlingsskadeavgift.

SLL önskar härutöver framhålla att B-tjänster typiskt sett har ansetts lämpa sig mindre väl för gränsöverskridande handel. Dessa tjänster har inte hittills reglerats på samma sätt inom EU. Sverige har "överimplementerat" tidigare upphandlingsdirektiv, vilket har inneburit en mycket hårdare reglering. Genom tillämpning av dessa stränga regler kan upphandlande myndigheter bli skyldiga att betala upphandlingsskadeavgift i situationer där myndigheten endast utför skyldigheter enligt andra lagar. Sådana situationer bör medföra att det föreligger synnerliga skäl för direktupphandling. Med andra ord bör möjligheten att tillämpa direktupphandling inte tolkas lika restriktivt när det är fråga om allmännyttiga tjänster av den art som i förevarande mål.

*Upphandlingsskadeavgift*

SLL vitsordar Konkurrensverkets uppgift om att ersättningstaket enligt det aktuella avtalet uppgår till 4 042 709 kr. SLL motsätter sig dock det sätt som Konkurrensverket beräknar avgiftens storlek.

SLL har hamnat i en situation där myndigheten ansett sig tvungen att direktupphandla för att undvika risk för människors liv och hälsa. Det skulle därför framstå som både orimligt och stötande om beslut fattades om upphandlingsskadeavgift. Förutsättningar för eftergift föreligger således.

SLL bestrider att det är fråga om upprepat beteende hos den upphandlande myndigheten. I det mål som Konkurrensverket hänvisar till var det fråga om en helt annan situation än den nu ifrågasatta; förändringar inom ett redan upphandlat avtal avseende dokumentproduktion. Justeringarna i det avtalet gjordes inom Landstingsstyrelsens förvaltning. Enligt kommunallagen utgör varje nämnd en egen myndighet. Varje nämnd är också, om inte annat har bestämts, upphandlande myndighet enligt LOU. Landstinget har dessutom inte beslutat att myndigheten utgörs av en enda upphandlande myndighet. Följaktligen kan inte Hälso- och sjukvårdsnämnden belastas för fel som begåtts av Landstingsstyrelsen, som är en annan upphandlande myndighet. Det saknas således laglig grund för att betrakta ifrågavarande avtalstecknande som upprepat beteende eller på annat sätt som försvårande omständigheter.

Det är orimligt att en tidigare dom om upphandlingsskadeavgift avseende en helt annan fråga i en annan separat del av organisationen – med ca 43 000 anställda – ska få till följd att påstådd överträdelse är allvarigare än normalgraden. Härtill kommer att domen vann laga kraft under hösten 2014, vilket är långt efter det att landstinget ingick det nu ifrågasatta avtalet. Att en åtgärd som genomförs inom en förvaltning inom landstinget ska

få negativa konsekvenser för åtgärder genomförda av en annan förvaltning är orimligt och oproportionerligt. Vidare synes det vara i strid med straffrättsliga principer. Att Konkurrensverket har ansökt om upphandlingsskadeavgift innebär inte heller att det är fråga om ett upprepat beteende. Ett initierat ärende innebär inte nödvändigtvis att det blir aktuellt med upphandlingsskadeavgift, utan det är domstolen som har att pröva detta.

Som förmildrande omständigheter framhåller SLL att avtalstiden endast är ett år och att avtalet inte längre är giltigt, att kontraktsvärdet inte är högt, att överträdelsen inte är klar då det föreligger särskilda omständigheter och det krävs djuplodande bedömningar för att utröna om direktupphandling är tillåten eller inte, att överträdelsen har skett för att upprätthålla landstingets lagstadgade ansvar, tjänsternas art, att det är fråga om sådana tjänster som inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv och att det är fråga om allmänintresse. Upphandlingsskadeavgiften bör efterges alternativt sättas till ett lågt belopp. SLL framhåller vikten av att se hela kontexten med hänsyn tagen till andra lagkrav, hushållningen med skattemedel, patientsäkerhet och patienters vårdbehov. Vid bestämmande av en eventuell upphandlingsskadeavgift kan inspiration hämtas från Konkurrensverkets syn på upphandlingsskadeavgiftens storlek vid brott mot avtalsspärr, där avgiften uppgått till 25 000 kr + 0,25 procent av kontraktsvärdet.

### SKÄLEN 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 bedrivande av lymfödemmottagning i öppen vård 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 boendalternativ samt sådana fall där patienters fria val av vårdgivare omöjliggör annonserad upphandling grunda rätt till direktupphandling (prop. 2001/02:142 s. 99).

SLL har bl.a. anfört att avtalet ingåtts i syfte att i en akut situation säkerställa att vård som landstinget är skyldigt att tillhandahålla kunde fortsätta utan uppehåll samt att tjänsterna är av allmännyttig art.

När det gäller allmännyttiga tjänster som myndigheter är skyldiga att utföra kan det föreligga skäl att direktupphandla dem under tiden som en upphandling enligt de normala upphandlingsreglerna genomförs, om alternativet annars är att invånarna inte kan tillhandahållas tjänsterna i fråga. I detta fall har det inte varit fråga om en direktupphandling under tiden som en upphandling enligt LOU görs. SLL måste i vart fall vid årsskiftet 2012/2013 ha känt till att tilläggsavtalet, även utan Röda Korshemmets verksamhetsöverlåtelse, skulle löpa ut den 31 december 2013. Såväl det faktum att SLL efter att detta tilläggsavtal löpt ut skulle komma att stå utan avtal, som att utredningen om lymfödemrehabilitering försenats, är enligt förvaltningsrättens mening sådana omständigheter som SLL kunnat råda över och utgör inte synnerliga skäl för direktupphandling. Förarbetsuttalandet om relationen

mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare måste 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, och inte som en generell upphandlingsmetod (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 april 2007 i mål nr 6870-6871-06). 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.

#### **Upphandlingsavgiftens storlek**

Eftersom SLL genomfört en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § LOU besluta att SLL ska betala en upphandlings-skadeavgift. 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 upphandlingsskadeavgift.

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 3 kap. 3 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Det är ostridigt att kontraktsvärdet uppgår till 4 042 709 kr. Upphandlings-skadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom intervallet 10 000 kr–404 271 kr ( $4\,042\,709 \times 0,1$ ). 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 (se 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 inte att rättsläget är oklart i frågan om huruvida SLL haft rätt att upphandla de aktuella tjänsterna utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten anser inte heller att avtalets längd och värde utgör förmildrande omständigheter. Vidare är det inte fråga om att en domstol låtit ett avtal bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Några andra negativa konsekvenser för SLL har inte framkommit. Inte heller vad SLL i övrigt har anfört om bl.a. tjänsternas art, landstingets lagstadgade ansvar och den omständigheten att det är fråga om sådana tjänster som inte omfatt-

tas av EU:s direktiv utgör, enligt förvaltningsrättens mening, omständigheter som påverkar upphandlingsskadeavgiften i förmildrande riktning.

Otillåten direktupphandling är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen. Även upprepat beteende utgör en försvårande omständighet. Konkurrensverket har hänvisat till en dom vari SLL ålagts att erlagga upphandlingsskadeavgift med anledning av en otillåten direktupphandling (förvaltningsrättens mål nr 30512-13). SLL har bl.a. inväntat att upphandlingen genomfördes inom en helt annan organisatorisk del inom landstinget och att Hälso- och sjukvårdsförvaltningen är en egen upphandlande myndighet samt att det är fråga om en helt annan situation; förändringar inom ett redan upphandlat avtal avseende dokumentproduktion. Förvaltningsrätten konstaterar att den tidigare domen rörde ändring av villkor i ett ingånget ramavtal. Förvaltningsrätten anser att omständigheterna skiljer sig på ett sådant sätt att den otillåtna direktupphandling som är föremål för bedömning i detta mål inte kan anses utgöra upprepat beteende i förhållande till tidigare utdömd upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket har som upprepat beteende vidare hänvisat till att SLL på ett sätt som liknar det förevarande otillåtet direktupphandlat tjänster inom ett annat vårdområde (förvaltningsrättens mål nr 29514-14). Oaktat att något lagakraftvunnet avgörande inte föreligger visar det anförda, enligt förvaltningsrättens mening, på ett agerande och ett förhållningssätt inom myndigheten som utgör upprepat beteende.

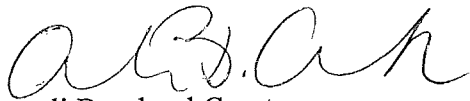
Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift om 350 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Det som kommit fram i målet utgör enligt förvaltningsrättens mening inte sådana omständigheter som medför 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 1 (DV 3109/1 A LOU).



Anneli Berglund Creutz

Rådman

David Munck 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 återropa 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.