



SÖKANDE
Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART
Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN
Upphandlingskadeavgift

KONKURRENSVERKET	
2017-03-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Stockholms läns landsting ska betala en upphandlingskadeavgift om 10 000 000 kronor.

Dok.Id 823068

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 (SLL) ska betala 10 000 000 kr i upphandlingsskadcavgift.

Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket bl.a. följande. SLL har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 11 januari 2016 ingå avtal om tillhandahållande av tjänster inom medicinsk radiologi till primärvård, geriatrik, psykiatri och privata specialitäläkare m.fl. med Praktikertjänst Röntgen AB (Praktikertjänst) utan föregående annonsering. Eftersom det saknades förutsättningar för ett icke annonserat förfarande utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

SLL tecknade den 2 juni 2008 avtal (huvudavtalet) om tillhandahållande av tjänster inom medicinsk radiologi med Medicinsk Röntgen AB, ett helägt dotterbolag till Praktikertjänst. Avtalet gällde från och med den 1 januari 2009 till och med den 31 december 2012 med möjlighet till förlängning i upp till tre år. I maj 2015 bytte Medicinsk Röntgen AB namn till Praktikertjänst Röntgen AB. Huvudavtalet löpte ut den 31 december 2015. Den 29 september 2015 fattade hälso- och sjukvårdsförvaltningen inom SLL beslut om att godkänna att avtalet med Praktikertjänst förlängdes och tilläggsavtalet undertecknades av SLL den 11 januari 2016. Det är tilläggsavtalet som ligger till grund för ansökan.

Tilläggsavtalet gäller under perioden den 1 januari – 31 december 2016 och av det framgår även att huvudavtalet förlängs i väntan på att nya långsiktiga avtal träder i kraft efter genomförd upphandling. Det anges även att avtalet kan sägas upp i förtid om nya avtal tecknas efter lagakraftvunnet tilldelningsbeslut.

I tilläggsavtalet anges inget kontraktsvärde. SLL har emellertid uppgett att värdet kan uppskattas till cirka 200 000 000 kr. Avtalets värde överstiger således direktupphandlingsgränsen och SLL skulle därför ha annonserat upphandlingen. Så har inte skett och avtalet har tillkommit genom en otillåten direktupphandling. Det kan inte anses vara fråga om sådana mycket speciella vårdssituationer som faller in under undantaget för synnerliga skäl. Det har inte heller varit fråga om en sådan brådskande situation som tillåter en upphandling utan föregående annonsering. SLL ingick huvudavtalet med Praktikertjänst år 2008. Huvudavtalet löpte ut den sista december 2015. SLL har under en period om drygt sex år haft kännedom om, och kunnat förutse, att ett nytt avtal behövde tecknas för att behovet av medicinsk radiologi skulle tillgodoses även efter utgången av år 2015. SLL har också haft god tid för att genomföra en annonserad upphandling. Att SLL har haft ett kontinuerligt behov av de aktuella tjänsterna har heller inte varit okänt eller oförutsebart. Att resultatet av upphandlingen av närakuter behövde inväntas utgör inte ett godtagbart skäl för direktupphandling. Den brådskande som SLL anser sig ha hamnat i är att hänföra till SLL:s eget agerande och beror på förutsägbara omständigheter.

SLL har ingått ett direktupphandlat avtal med Praktikertjänst och ett annat direktupphandlat avtal med ett annat bolag. Därigenom har rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidig karaktär uppstått i förhållande till två olika leverantörer. Det två avtalen kan därmed inte ses som en enskild direktupphandling utan de måste prövas var för sig. Konkurrensverket har således lämnat in två ansökningar om upphandlingsskadeavgift (i aktuellt mål och i mål nr 27377-16). Att omständigheterna kring de båda direktupphandlingarna företer vissa likheter innebär inte i sig att dessa två skilda avtal kan bedömas som en enda överträdelse. SLL ska därför påföras en upphandlingsskadeavgift för att ha ingått ett civilrättsligt bindande avtal med Praktikertjänst i strid med annonseringsplikten. Det är fråga om en otillåten direktupphandling där överträdelsen är klar och avtalets värde om

200 000 000 är avsevärt högt. SLL har dessutom vid flera tillfällen dömts att betala upphandlingsskadeavgift för otillåtna direktupphandlingar som genomförts på vårdområdet. En upphandlingsskadeavgift om 10 000 000 kr är en avskräckande, effektiv och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

SLL bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan. För det fall förvaltningsrätten finner att upphandlingsskadeavgift ska påföras hemställer SLL att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned till ett avsevärt lägre belopp.

Till stöd för sin talan anför SLL i bl.a. följande. Det har förelegat synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Det har således inte förelegat någon skyldighet att annonsera upphandlingen och det saknas laglig grund för förvaltningsrätten att besluta att SLL ska betala upphandlingsskadeavgift.

Omfattande satsningar görs för att bygga ut hälso- och sjukvården och SLL har beslutat om en framtidsplan för hälso- och sjukvården i länet. Genomförande av framtidsplanen pågår för fullt och för att kunna säkra en effektiv vårdstruktur krävs både ändringar av akutsjukhusens uppdrag och ändringar av vårdutbudet på andra vårdnivåer. Upphandlingar av vårdutbud som stödjer patientsäkerheten, patientkontinuiteten och effektiv behandling förutsätter utredning av komplexa frågeställningar och förändringar av existerande vårdstrukturer vilket kräver tid. De flesta vårdavtal som berörs av förändringarna enligt framtidsplanen är anpassade och klara. För några vårdområden innebar dock planerat införandedatum att en viss överbrygning genom förlängning av befintliga vårdavtal behövdes, annars riskerade dessa vårdområden att sakna tillräckligt vårdutbud under en viss tid. Otillräckligt vårdutbud ökar risken för längre väntetider och försvårar upprätthållandet av patientkontinuiteten. Akutsjukhusens volymer fastställdes under hösten 2015 och först därefter har volymerna för primär- och

specialistvård utanför akutsjukhusen varit möjliga att definiera. Vid tidpunkten för beslut om förlängning av huvudavtalet var inte heller antalet eller den geografiska placeringen av närankuterna bestämda. Röntgenmottagningar i anslutning till de framtida närankuterna har en betydelsefull roll för vilket övrigt utbud av radiologi som ska erbjudas. Att erbjuda tjänsterna innan det var beslutat om närankuterna och deras lokalisering hade inneburit en överhängande risk för att upphandlingen av radiologi inte skulle bli ändamålsenlig och kunna fylla de framtida behoven. SLL har behövt invänta dessa beslut vilket ledde till ett glapp mellan det gamla avtalet löpte ut och nytt avtal kan träda ikraft. SLL hade i enlighet med Hälso- och sjukvårdslagen att i första hand säkerställa att tjänsterna kunde tillhandahållas på ett patientsäkert sätt och med den kvalitet och tillgänglighet som krävs för att svara mot patienternas behov. Syftet med förlängningen har varit att temporärt säkra leverans av tjänsterna på ett patientsäkert sätt under den begränsade tidsperioden innan nya långsiktiga radiologiavtal slutits. Synnerliga skäl för att vända sig direkt till den tidigare upphandlade leverantören fanns således. Det skulle inte vara ändamålsenligt att under dessa förutsättningar starta ett traditionellt upphandlingsförfarande för att täcka vårdbehovet under en kortare övergångsperiod. Radiologi-verksamhet är förknippat med höga investeringskostnader. En kort avtalstid skulle således medföra oproportionerligt höga kostnader för leverantören. En upphandling med kort avtalsperiod skulle kunna medföra stor skada ur såväl ett patientperspektiv som ett vårdgivarperspektiv genom att försvåra för leverantören att kunna tillhandahålla rätt och tillräcklig kapacitet och kompetens. Det skulle även innebära en omotiverad tidsspillan och kostnad för såväl anbudsgivare som SLL i förhållande till den med nödvändighet mycket begränsade avtalstiden. Vidare skulle ett sådant förfarande inte medföra att skattemedlen hanteras på ett korrekt sätt. Den sammanvägda bedömningen blev att en upphandling av de aktuella vårdtjänsterna för en så pass kort avtalsperiod inte var ändamålsenlig, vare sig för SLL, de potentiella leverantörerna, de berörda patienterna eller skattebetalarna. Det

har hela tiden varit SLL:s syfte och avsikt att upphandla tjänster inom medicinsk radiologi på nytt när de grundläggande förutsättningarna för åtagandet blivit klarlagt. Den ifrågasatta förlängningen har kommit till stånd för att temporärt säkra leverans av tjänsterna på ett patientsäkert sätt under den begränsade mellanperioden innan nya långsiktiga radiologiavtal slutits. Arbetet med en ny upphandling enligt LOU har prioriterats högt för att den tillfälliga avtalsperioden ska bli så kort som möjligt.

För det fall förvaltningsrätten anser att grund för beslut om upphandlings-skadeavgift föreligger bör avgiften sättas till ett lägre belopp med hänsyn till de föreliggande omständigheterna. Det totala kontraktsvärdet för tilläggsavtalet framgår inte av avtalet och det finns inte heller någon garanti avseende volym. Den totala ersättningen för tilläggsavtalet uppgår till uppskattningsvis 210 000 000 kr, varav SLL:s andel uppgår till ca 195 000 000 kr. SLL har tidigare upphandlat de aktuella tjänsterna enligt LOU. Det har hela tiden varit SLL:s syfte och avsikt att upphandla tjänsterna inom medicinsk radiologi på nytt så snart de grundläggande förutsättningarna för åtagandet blivit klarlagda. Det aktuella avtalet ingicks enbart för ett år och i syfte att temporärt och nödvändigt möta vårdbehovet samt för att undvika ett avtalslöst tillstånd i avvaktan på att tjänsterna upphandlas. Den preventiva effekten med upphandlings-skadeavgift uppnås inte eftersom SLL:s syfte hela tiden har varit att upphandla enligt LOU och SLL genomför nu en upphandling av de aktuella tjänsterna. SLL har försökt gynna lika konkurrensvillkor så långt det går och vidtagit de åtgärder som varit möjliga utan att riskera patientsäkerheten. En upphandlings-skadeavgift om 10 000 000 kr skulle inte vara effektiv, proportionerlig eller preventiv i detta fall och en sådan avgift bör sättas till ett väsentligt lägre belopp. Det i målet aktuella tilläggsavtalet och tilläggsavtalet med ett annat bolag (mål nr 27377-16) avser tillhandahållande av tjänster inom medicinsk radiologi. Förlängningarna har gjorts under samma förutsättningar och de avser samma begränsade avtalstid. Vid bestämmande av en eventuell upphandlings-skadeavgift bör

hänsyn tas till att det är fråga om en handling från SLL:s sida och en eventuell upphandlingsskadeavgift bör som högst uppgå till 10 000 000 kr för hela direktupphandlingen.

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 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).

SLL har bl.a. anfört följande. Att erbjuda tjänsterna innan det var beslutat om närankuterna och deras lokalisering hade inneburit en överhängande risk för att upphandlingen av radiologi inte skulle bli ändamålsenlig och kunna fylla de framtida behoven. SLL har behövt invänta dessa beslut vilket ledde

till ett glapp mellan det gamla avtalet löpte ut och nytt avtal kan träda ikraft. SLL hade i enlighet med Hälso- och sjukvårdslagen att i första hand säkerställa att tjänsterna kunde tillhandahållas på ett patientsäkert sätt och med den kvalitet och tillgänglighet som krävs för att svara mot patienternas behov. Syftet med förlängningen har varit att temporärt säkra leverans av tjänsterna på ett patientsäkert sätt under den begränsade tidsperioden innan nya långsiktiga radiologiavtal slutits.

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 vanliga upphandlingsreglerna genomförs, om alternativet annars är att medborgarna inte kan tillhandahållas tjänsterna i fråga. I målet har framkommit att SLL i vart fall i sedan 2008, när huvudavtalet ingicks, har känt till att avtalet löpte ut senast i december 2015. Det fanns därmed god tid för SLL att planera och genomföra en upphandling av de aktuella tjänsterna. Förvaltningsrätten anser därmed att det inte har varit fråga om en sådan situation som innebär att det har funnits synnerliga skäl för direktupphandling. Vad SLL har anfört ändrar inte denna bedömning. Konkurrensverket har därmed 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 15 kap. 3 a § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Det är ostridigt att kontraktsvärdet enligt avtalet med Praktikertjänst uppgår till cirka 200 000 000 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed bestämmas till högst 10 000 000 kr.

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 allvarigare 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 (se HFD 2014 ref. 69).

Otillåten direktupphandling är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen. Även upprepat beteende utgör en försvårande omständighet. Konkurrensverket har som upprepat beteende bl.a. hänvisat till att SLL vid flera tillfällen har dömts att betala upphandlingsskadeavgift för otillåtna direktupphandlingar som genomförts på vårdområdet. Enligt förvaltningsrättens mening visar detta på ett agerande och ett förhållnings sätt inom SLL som utgör ett upprepat beteende.

Vid en samlad bedömning anser förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift om 10 000 000 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 skäl för eftergift. Det som SLL har anfört om att det i målet aktuella tilläggsavtalet och tilläggsavtalet i mål nr 27377-16 avser samma handling från SLL:s sida föranleder inte någon annan bedömning. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Ulrika Melin

Chefsrådman

Bodil Norberg har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ett överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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 återopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet

