



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 31

DOM
2015-10-19
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
29514-14

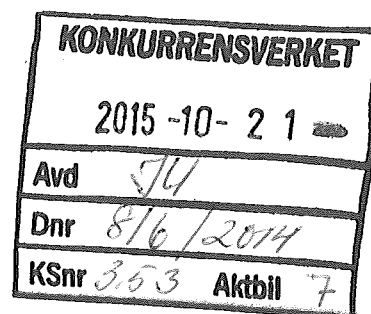
SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting

Ombud: Landstingsjurist Christin Serlow
Stockholms läns landsting
Box 22550
104 20 Stockholm

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Stockholms läns landsting ska betala en upphandlingsskadeavgift om 500 000 kr.

Dok.Id 582134

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

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 500 000 kr i upphandlingsskadeavgift och anför följande grunder. SLL har brutit mot LOU genom att den 2 februari 2014 ingå avtal med Plastikkirurggruppen Sabbatsberg AB (Plastikkirurggruppen) avseende tjänster inom plastikkirurgi under perioden den 1 januari–31 december 2014. 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. Om förvaltningsrätten skulle anse att SLL har gjort sig skyldigt till åsidosättande av LOU hemställer SLL att upphandlingsskadeavgiften efterges alternativt nedsätts helt alternativt fastställs till ett avsevärt lägre belopp. SLL anför följande grunder. Det har inte förelegat skyldighet att annonsera. Konkurrensverket har inte heller visat att det föreligger grund för upphandlingsskadeavgift. För det fall förvaltningsrätten skulle anse att det upphandlade avtalet skulle ha annonserats bör upphandlingsskadeavgiften efterges, sättas till ett lågt belopp eller nedsättas helt med beaktande av den påstådda överträdelsens art, tjänsternas art, de förmildrande omständigheterna som förelegat samt syftet med upphandlingsskadeavgiften. Att en annan förvaltning/nämnd inom landstinget 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 2 februari 2000 ett avtal med Platypus AB avseende tjänster inom plastikkirurgi. Avtalet gällde under perioden den 1 januari 2000–31 december 2003. Någon förlängningsklausul fanns inte i avtalet. SLL ingick den 1 december 2003 ett nytt avtal med Platypus AB med oförändrade villkor. Avtalet gällde under 2004–2008. Under avtalstiden överlät Platypus AB den del av verksamheten som var inriktad mot landstinget till Plastikkirurggruppen. SLL beslutade den 9 juni 2006 att godkänna överlåtelser. Under 2006 tecknade SLL även ett annat avtal med Plastikkirurggruppen. Avtalet avsåg s.k. vårdgarantioperationer och gällde under perioden den 15 mars 2006–31 december 2007 med möjlighet till förlängning om två år. När avtalet avseende tjänster inom plastikkirurgi löpte ut 2008 beslutade SLL att teckna ett nytt avtal med Plastikkirurggruppen som innebär att det som avtalats år 2000 skulle fortsätta att gälla. Avtalet förlängdes därefter vid flera tillfällen. Genom tilläggsavtal utökades uppdraget till att också omfatta andra tjänster än de som angavs i det ursprungliga avtalet. Inför år 2013 beslutade SLL att sammanföra de separata avtalen om vårdgarantioperationer från år 2006 och om tjänster inom plastikkirurgi som tecknats med Plastikkirurggruppen till ett gemensamt avtal. Avtalet gällde under år 2013. Ett nytt liknande avtal avseende år 2014 undertecknades av parterna den 6 december 2013 och den 2 februari 2014. Det är det sistnämnda avtalet som ligger till grund för ansökan.

Avtalet avser s.k. B-tjänster för vilka 15 kap. LOU ska tillämpas. Avtalet gäller under perioden den 1 januari–31 december 2014. Någon möjlighet till förlängning av avtalet finns inte och avtalet gäller med reservation att det kan komma att upphöra om vårdval införs. Ersättningar utgår enligt

nationell vårdtaxa och en bilaga till avtalet. Ersättning utgår enligt avtalet dock till högst 5 802 600 kr.

Otillåten direktupphandling

En förlängning av ett avtal med en leverantör, när en option om förlängning saknas, ska anses innebära att ett nytt avtal har slutits. Det avtal som SLL tecknade år 2000 har varken ursprungligen eller vid något tillfälle därefter haft en option om förlängning som landstinget har kunnat utnyttja. Samtliga avtal som har träffats därefter utgör således direktupphandlingar. Även avtalsvillkoren har ändrats väsentligt sedan det ursprungliga avtalet tecknades. Avtalets parter har bytts ut och den årliga ersättningen har höjts från 1 900 000 kr för år 2000 till 5 802 600 kr för år 2014. Dessa omständigheter är sådana förändringar av det ursprungliga avtalet som innebär att ett nytt avtal har ingåtts och som borde ha föregåtts av annonsering.

Det är det i avtalet uttryckliga ersättningstaket som får utgöra kontraktets totala värde. Eftersom kontraktets värde överstiger direktupphandlingsgränsen skulle upphandlingen ha annonserats. Konkurrensverket anser att det inte förligger synnerliga skäl som motiverar en direktupphandling av det aktuella avtalet.

SLL har fr.o.m. år 2009 i avtalen uttryckligen angett att avtalen har ingåtts i avvaktan på kommande vårdval. Något vårdval gällande kirurgi inom plastikkirurgi har dock inte införts. SLL har ännu inte fattat något beslut om att införa vårdval för det aktuella vårdområdet och har inte heller påbörjat något upphandlingsförfarande enligt LOU för kommande år. Att den upphandlande myndigheten år efter år på det sätt som skett motiverar ett upphandlingsförfarande utan föregående annonsering med hänvisning till ett kommande vårdval motsäger myndighetens påstående om att det skulle ha varit fråga om en temporär lösning. Organisatoriska förändringar eller

olika politiska beslut hos den upphandlande myndigheten som inverkar på dess verksamhet är inte ovanliga. En myndighet måste emellertid följa bestämmelserna i olika lagar trots att den står inför kommande förändringar. De förändringar som landstinget har hänvisat till är således utan betydelse för landstingets skyldigheter att i nutid konkurrensutsätta de aktuella tjänsterna. SLL har hela tiden haft kontroll över verksamheten och kännedom om kommande inköpsbehov. SLL har också haft möjlighet att vidta åtgärder för att se till att tjänsterna kan tillhandahållas på annat sätt som är förenligt med LOU, t.ex. genom att erbjuda dem i egen regi. Det är vidare möjligt att civilrättsligt reglera vad som ska gälla vid eventuella förändringar. Det är ostridigt att landstinget har upphandlat de aktuella tjänsterna utan föregående annonsering även för år 2015.

Vissa hälso- och sjukvårdstjänster bör kunna direktupphandlas. Det är främst 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 på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Vidare bör sådana fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör annonserad upphandling grunda rätt till direktupphandling. Av Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 april 2007 i mål nr 6870–6871-06 framgår att det ligger i sakens natur att lagens föreskrift 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 för vård 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 en generell grupp av vårdtagare, och SLL har inte gjort någon specifik bedömning i det enskilda fallet utan verkar närmast slentrianmässigt ha genomfört direktupphandlingar av de aktuella tjänsterna.

Det är just av ekonomiska skäl och att upphandlingen utgår en hushållning med skattebetalarnas pengar 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 580 260 kr (5 802 600 kr 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. Ytterligare en försvårande omständighet – myndighetens upprepade beteende – bör tillmätas betydelse vid bestämmandet av avgiftens storlek. Detta eftersom landstinget tidigare har 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 Kammarätten i Stockholm som den 25 september 2014 beslutade att inte meddela prövningstillstånd (mål nr 5322-14). Kammarättens beslut överklagades inte och har därmed vunnit laga kraft. Såvitt framgår har det aktuella avtalet tecknats innan domen vann laga kraft men SLL har inte gjort något för att komma tillrätta med eventuella andra otillåtna direktupphandlingar inom den upphandlande myndigheten. 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. Begreppet upphandlande myndighet ska tolkas utifrån 2 kap. LOU, inte kommunallagen (1991:900). Det är visserligen frågan om två olika förvaltningar inom den upphandlande myndigheten som har genomfört de otillåtna direktupphandlingarna. Det är dock ett upprepat beteende hos den upphandlande myndigheten som sådan som kan utgöra en försvårande omständighet. Hur enskilda förvaltningar agerar är utan betydelse. SLL har

direktupphandlat de aktuella tjänsterna år efter år och har inte visat några tecken på att ändra sin inställning till att företa otillåtna direktupphandlingar avseende de aktuella tjänsterna. SLL har även inför år 2015 ingått ett nytt avtal med samma leverantör genom direktupphandling. Därtill kommer att landstinget har genomfört en otillåten direktupphandling på ett sätt som liknar det förevarande även när det gäller andra vårdområden (mål nr 30818-14). Dessa omständigheter är var för sig tillräckliga för att fastslå att SLL uppvisar ett upprepat beteende.

Konkurrensverket anser inte att det med hänsyn till behovet eller nyttan av tjänsterna är fråga om en mindre allvarlig överträdelse. En stor andel av de upphandlingar som genomförs i Sverige rör varor, tjänster och byggtreprenader till verksamheter som kommuner och landsting är skyldiga att tillhandahålla. Skyldigheten att annonsera upphandlingar enligt LOU finns oavsett vilket behov upphandlingen ska tillgodose eller vilken nytta föremålet för upphandlingen fyller. Att upphandlingen gäller hälso- och sjukvård är alltså inte en omständighet som kan påverka avgiftens storlek. Därtill kommer att landstinget har haft god tid på sig att upphandla de aktuella tjänsterna utan att äventyra patientsäkerheten och tillgodose vårdgarantin. Inte heller har några andra förmildrande omständigheter kommit fram.

Det saknas stöd i praxis och förarbeten för att en avtalstid om ett år i sig skulle innebära en förmildrande omständighet. Att avtalstiden är ett år är för övrigt utan betydelse i detta fall eftersom avtalet i praktiken har gällt under många år. Att det aktuella avtalet är villkorat är därför också utan betydelse. Om kontraktsvärdet är högt eller inte är en omständighet som är svår att bedöma eftersom värdet måste sättas i relation till något. Det går inte endast att se till beloppets storlek. Om man ser till marknaden för de aktuella plastikkirurgitjänsterna eller den upphandlande myndighetens storlek får värdet av kontraktet anses högt. Det är just landstingets storlek som leder till att marknadsskadan vid otillåtna direktupphandlingar blir 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 ett avtal efter en domstolsprövning har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse är ovidkommande.

Vid en sammantagen bedömning är en upphandlingsskadeavgift på 500 000 kr 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

Det ifrågasatta avtalet gäller tjänster inom plastikkirurgi och kräver att vårdgivaren har specialistkompetens inom plastikkirurgi. I syfte att undvika ett avtalslöst tillstånd och säkerställa erforderlig vård inom landstinget har avtalet förlängts i avvaktan på det aviserade politiska beslutet om vårdval för kirurgitjänster, inbegripet plastikkirurgi. SLL vitsordar att det är fråga om ett nytt avtal. Däremot bestrids att konsekvensen av att det är ett nytt avtal är att det ska annonseras.

Omfattande utredningar har genomförts och olika handlingsalternativ, däribland möjligheten att direktupphandla med stöd av synnerliga skäl, har beaktats inför förlängningen. I bedömningarna beaktades behovet av kortare förlängning av befintligt vårdavtal och detta ställdes mot bedömningar av möjligheterna och effekterna av att genomföra fullständiga upphandlingar genom annonserade förfaranden för motsvarande korta avtalsperioder. Det konstaterades bl.a. att starta traditionella upphandlingsförfaranden under dessa premisser för att täcka vårdbehovet under en kortare övergångsperiod – vilket var den tidsplan som förelåg vid utredningen – inte

skulle vara ändamålsenligt utan snarare direkt oansvarigt eftersom landstinget då riskerar att påbörja upphandlingar som inte ens hinner avslutas innan vårdval är infört. Sådana upphandlingar skulle vara förknippade med både oproportionerligt stora kostnader och omotiverad tidsspillan för såväl SLL som anbudsgivande leverantörer i förhållande till den med nödvändighet mycket begränsade avtalstiden. Vidare skulle landstinget, i de fall upphandlingar skulle hinna slutföras, komma att kunna bli skadeståndsskyldiga på grund av avtalsbrott mot ett stort antal leverantörer när vårdval införs då leverantörerna skulle få utstå en helt annan konkurrens och marknad än vad som kunnat förutses vid upphandlingens början. Härutöver skulle upphandlingar 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 planera för erforderlig kapacitet och kompetens. Att under en övergångsperiod återta vård i egen regi är inte möjligt med tanke på bland annat SLL:s skyldigheter i fråga om kontinuitet, patientsäkerhet, tillgänglighet och vårdgaranti. I sammanhanget bör omnämnas att leverantören har anlitats på grund av att den egna verksamheten inte kunnat upprätthålla vårdgarantin. Återtagande till egen regi skulle bl.a. medföra förnyat köläge, minskad tillgänglighet och lidande hos de väntande patienterna samt skulle innebära avsevärda komplikationer när det gäller medicinsk prioritering. Den sammanvägda slutliga bedömningen blev därvid att upphandling av de aktuella vårdtjänsterna för så korta avtalsperioder inte var ändamålsenliga. SLL tillbakavisar påståendet att landstinget använder direktupphandling som en generell upphandlingsmetod.

Konkurrensverkets uppgift om att det har hänvisats till vårdvalets genomförande under sex år bestrids. Det är omständigheterna vid tidpunkten för avtalstecknandet som ska beaktas. Det är endast 2014 års avtal som är fö-

remål för domstolens prövning, varför övriga omständigheter inte ska beaktas.

Det är en begränsad del av de plastikkirurgiska tjänsterna som lagts ut på extern leverantör. Dessa tjänster utgör allmännyttiga tjänster som skulle kunna störas av att tjänsterna konkurrensutsattes vad gäller relationen till brukaren inom exempelvis hälso- och sjukvård. Det skulle få allvarliga konsekvenser för människors hälsa om tjänsterna inte tillhandahålls. Sådana tjänster kan direktupphandlas av synnerliga skäl. Avtalsvillkoren har vidare varit huvudsakligen oförändrade vid förlängningen. De har med andra ord varit på en kostnadseffektiv nivå och på så sätt varit ekonomisk hushållning av skattebetalarnas pengar. Det föreligger således synnerliga skäl för att tillämpa direktupphandlingsförfarande.

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. Möjligheten att tillämpa direktupphandling bör inte tolkas så restriktivt när det är fråga om allmännyttiga tjänster av den art som i förevarande mål.

Upphandlingsskadeavgift

SLL motsätter sig det sätt som Konkurrensverket beräknar avgiften. SLL bestrider att det är fråga om upprepat beteende. SLL består av flera upphandlande myndigheter. Enligt kommunallagen utgör varje nämnd en egen myndighet. Varje nämnd är också, om inte annat har bestämts, upphand-

lande myndighet enligt LOU. Landstinget har inte beslutat att myndigheten utgörs av en enda upphandlande myndighet. Följaktligen kan inte Hälso- och sjukvårdsnämnden åläggas tidigare fel som begåtts av Landstingsstyrelsen, som är en annan upphandlande myndighet. Det finns således inte laglig grund för att betrakta ifrågavarande avtal om plastikkirurgiska tjänster som upprepat beteende eller på annat sätt som försvårande omständigheter. Det är dessutom fråga om helt olika upphandlingsföremål. Målet gällde förändringar i ett redan upphandlat kontrakt. Rättsläget när ändringar är möjliga är inte klart.

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 allvarligare än normalgraden. Härtill kommer att domen vann laga kraft under hösten 2014, vilket är långt efter det att SLL ingick det nu ifrågasatta avtalet. Landstinget tillbakavisar Konkurrensverkets påstående att det inte bara är lagakraftvunna avgöranden som kan ligga till grund för bedömningen av om det föreligger ett upprepat beteende eller inte. Att en åtgärd som genomförts inom en förvaltning inom landstinget ska få större konsekvenser för åtgärder genomförda av en annan förvaltning är orimligt och oproportionerligt. Vidare synes det vara i strid med straffrättsliga principer. Att det finns ytterligare ett pågående ärende innebär inte att det är fråga om upprepat beteende. Ett initierat ärende innebär inte nödvändigtvis att det blir fråga om en ansökan om upphandlingsskadeavgift. Det är dessutom domstolsavgöranden som är vägledande.

Som förmildrande omständigheter framhåller SLL att avtalstiden endast är ett år och dessutom villkorad av beslut om vårdval, att kontraktsvärdet inte är avsevärt högt, att överträdelsen inte är klar, 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 upphandlingsdirek-

tiv samt att det är fråga om allmänintresse. För att sätta beloppets värde i kontext bör vad kammarrätten uttalade i HFD 2014 ref. 69 beaktas, nämligen att ”Inte heller är kontraktsvärdet om 161 miljoner kr avsevärt högt”. Upphandlingsskadeavgiften bör sättas till ett lågt belopp. Möjligheter finns att efterge eller nedsätta avgiften helt. SLL framhåller vikten av att se hela kontexten – med hänsyn tagen till andra lagkrav, hushållningen med skattemedel, patientsäkerhet och patienters vårdbehov m.m. Vid bestämmandet av eventuell upphandlingsskadeavgift kan inspiration hämtas från Konkurrensverkets syn på upphandlingsskadeavgiftens storlek vid brott mot avtalsspärr, normalt 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 genomfört en otillåten direktupphandling genom att ingå det aktuella avtalet avseende tjänster inom plastikkirurgi 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. Kontraktets 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 patientens fria val av vårdgivare omöjliggör annonserad upphandling grunda rätt till direktupphandling (prop. 2001/02:142 s. 99).

SLL har bl.a. anfört att avtalet har ingåtts i syfte att undvika ett avtalslöst tillstånd och säkerställa erforderlig vård inom landstinget i avvaktan på det aviserade politiska beslutet om vårdval samt att tjänsterna utgör allmännyttiga tjänster som skulle kunna störas av att tjänsterna konkurrensutsattes vad gäller relationen till brukaren.

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 genomförs, utan för att säkerställa erforderlig vård i avvaktan på beslut om vårdval ska införas. Av utredningen i målet framgår att aktuella tjänster också tidigare har direktupphandlats. Behovet av att tillhandahålla de aktuella tjänsterna måste ha varit känt för SLL och att hänvisa till ett eventuellt införande av vårdval utgör, enligt förvaltningsrättens mening, 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.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Eftersom SLL har genomfört en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § LOU besluta att SLL ska betala en upphandlingsskadeavgift. Av 17 kap. 5 § LOU framgår att särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens 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.

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 3 kap. 3 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Det aktuella kontraktsvärdet uppgår till 5 802 600 kr. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom intervallet 10 000 kr–580 260 kr ($5\,802\,600 \times 0,1$). 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. Inte heller att avtalet är villkorat vad gäller införande av vårdval är en förmildrande omständighet. Vidare är det inte fråga om situationen 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 omfattas av EU:s direktiv utgör, enligt förvaltningsrättens mening, omständigheter som påverkar upphandlingsskadeavgiftens storlek 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 erlægga upphandlingsskadeavgift med anledning av en otillåten direkt-

upphandling (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 sjukvårdförvaltningen är en egen upphandlande myndighet samt att det är fråga om helt olika upphandlingsföremål och ändringar i ett upphandlat kontrakt. 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 ett upprepat beteende i förhållande till tidigare utdömd upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket har som upprepat beteende vidare anfört att SLL har direktupphandlat de aktuella tjänsterna i flera år och även inför år 2015. Konkurrensverket har också hänvisat till att SLL på ett sätt som liknar det förevarande otillåtet direktupphandlat tjänster inom ett annat vårdområde (förvaltningsrättens mål nr 30818-14). 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 avgift om 500 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Överträdelsen kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses vara ringa. 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 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)



Anneli Berglund Creutz

Rådman

Sara Rostamian 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.**

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.