

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2015-12-10

Meddelad i
Stockholm

Mål nr

13345-15

SÖKANDEKonkurrensverket
103 85 Stockholm**MOTPART**Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Dok.Id 667892

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

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 upphandlingsskadeavgift.

Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket bl.a. följande. SLL genomförde under hösten 2009 en annonserad upphandling avseende basal hemsjukvård för kvällar och nätter. Upphandlingen genomfördes som ett förenklat förfarande och omfattade åtta geografiska områden. Efter tilldelningsbeslut i december 2009 slöt SLL avtal med bl.a. PR Vård Hemsjukvård AB (PR Vård). Avtalen gällde under perioden den 1 maj 2010 – 30 april 2013 med möjlighet till två års förlängning.

SLL har brutit mot LOU genom att den 14 juli 2014 ingå avtal, s.k. tilläggsavtal, med PR Vård om basal hemsjukvård avseende kvällar, nätter och helger. Avtalet har ingåtts utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU trots att förutsättningarna för ett sådant agerande saknades. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling. SLL har även den 2 juli 2014 slutit tilläggsavtal med Praktikertjänst N.Ä.R.A. AB (Praktikertjänst) som gäller samma typ av vård som avtalet med PR Vård.

Avtalen gäller under perioden den 1 maj 2015 – 30 april 2016 med möjlighet till ett års förlängning. Uppdragsbeskrivning och innehållet i vårdtjänsterna är samma som i tidigare avtal från år 2009, medan ersättning och ersättningstak har ändrats. Avtalet med PR Vård avser tjänster som enligt bilaga 3 till LOU är s.k. B-tjänster (kategori hälsovård och socialtjänster). För upphandling av sådana tjänster ska 15 kap. LOU tillämpas.

Enligt SLL uppgår ersättningstaket för avtalet till 124 800 000 kronor för första året. Eftersom förlängningsklausulen ska beaktas vid kontraktsvärdes-

beräkningen uppgår avtalets värde till 249 600 000 kronor. Även värdet av det avtal som har tecknats med Praktikertjänst ska räknas med eftersom det rör en direktupphandling av samma slag. Det är samma typ av vård som avses i båda avtalen och som år 2009 ingick i samma upphandling. Tilläggsavtalen har även tecknats med några dagars mellanrum. Det finns således ett naturligt samband både i tid och beträffande innehåll mellan de två avtalen. SLL har uppgett att ersättningstaket för avtalet med Praktikertjänst uppgår till 31 900 000 kronor för det första året. Eftersom även förlängningsklausulen ska beaktas vid beräkningen uppgår avtalets värde till 63 800 000 kronor. Det totala kontraktsvärdet uppgår således till 313 400 000 kronor och upphandlingen skulle därför ha utannonserats.

Det stod redan i maj 2013 klart för SLL att en kommunalisering av hemsjukvården inte skulle ske under år 2015 och det har funnits god tid att planera för hur hemsjukvården skulle bedrivas efter att avtalet löpte ut den 30 april 2015. SLL hade dessutom kunnat upphandla tjänsterna för en kortare period i avvaktan på beslut om den framtida hemsjukvården.

SLL har tidigare genomfört otillåtna direktupphandlingar, vilket bör beaktas vid bestämmandet av avgiftens storlek. Det finns en lagakraftvunnen dom som avser otillåten direktupphandling av kopiatorer.¹ Därtill har ytterligare två ansökningar om upphandlingsskadeavgift lämnats in till Förvaltningsrätten i Stockholm².

Med hänsyn till att överträdelsen är klar, det höga kontraktsvärdet samt SLL:s upprepade beteende att vidta otillåtna direktupphandlingar anser Konkurrensverket vid en sammantagen bedömning att en upphandlings-

¹ Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 27 juni 2014 i mål nr 30512-13. Kammarrätten i Stockholm beslutade den 25 september 2014 i mål nr 5322-14 att inte meddela prövningstillstånd.

² Förvaltningsrätten i Stockholms mål nr 29514-14 och mål nr 30818-14.

skadeavgift på 10 000 000 kronor är en avskräckande 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 efterges alternativt sättas ned helt eller till ett avsevärt lägre belopp.

Till stöd för sin talan anför SLL i bl.a. följande. Det har inte förelegat någon skyldighet annonsera. Hemsjukvården omfattar en skör patientgrupp som har långa vårdtider. De aktuella tjänsterna är av allmännyttig art som leder till allvarliga konsekvenser för människors hälsa om tjänsterna inte tillhandahålls. Hälso- och sjukvårdsinsatser i hemmet är helt avgörande för att en individ ska kunna bo kvar hemma. Verksamheten är synnerligen sårbar då det inte går att temporärt hänvisa patienterna till annan vårdgivare. Förlängningen av avtalet var absolut nödvändigt för att motverka att hamna i ett avtalslöst tillstånd. 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 inte vara ändamålsenligt att under dessa premisser starta ett traditionellt upphandlingsförfarande för att täcka vårdbehovet under en kortare övergångsperiod som förlängningen avser. Vid förlängningsbeslutet var det oklart hur den framtida hemsjukvården skulle organiseras och vilken roll i verksamheten SLL skulle ha framöver. För att kunna genomföra en upphandling måste den upphandlande myndigheten känna till vilka tjänster som ska upphandlas och uppdragets omfattning. Vad som anförts innebär att det föreligger synnerliga skäl för att tillämpa direktupphandlingsförfarande.

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. Sverige har överimplementerat tidigare upphandlingsdirektiv vilket innebär att upphandlande myndigheter kan bli skyldiga att betala upphandlingsskadeavgift i situationer där myndigheten endast utför dess skyldigheter enligt andra lagar.

Gällande upphandlingsskadeavgiftens storlek är följande omständigheter förmildrande. Avtalstiden är kort. Överträdelsen är inte klar. Överträdelsen har skett för att upprätthålla ansvaret gällande medborgarnas rätt till nödvändig vård. Tjänsterna är allmännyttiga och absolut nödvändiga. Det stränga svenska regelverket är inte anpassat eller tillämpligt för dessa mjuka tjänster. Att inte upprätthålla andra lagkrav, såsom hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), samt att orsaka patienters onödiga lidande bör ses som förmildrande.

Det är inte fråga om ett upprepat beteende. I det mål som Konkurrensverket hänvisar till var det fråga om förändringar inom ett redan upphandlat avtal avseende dokumentproduktion och avsåg justeringar av avtalet som gjorts inom Landstingsstyrelsens förvaltning. Det var fråga om en helt annan situation än den nu ifrågasatta. SLL består av flera nämnder och varje nämnd är också upphandlande myndighet. Det är vidare orimligt att en tidigare dom om upphandlingsskadeavgift avseende en helt annan fråga i en annan separat del av organisationen ska få till följd att den påstådda överträdelsen är allvarligare än normalgraden. De två ansökningar som Konkurrensverket inlämnat är inledda tillsynsärenden och visar inte att det är fråga om upprepat beteende. Inte förrän en domstol har beslutat påföra upphandlingsskadeavgift kan det vara fråga om upprepat beteende.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 basal hemsjukvård avseende kvällar, nätter och helger, 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 att de aktuella tjänsterna är av allmännyttig art som leder till allvarliga konsekvenser för människors hälsa om tjänsterna inte tillhandahålls då patienterna inte tillfälligt kan hänvisas till annan vårdgivare samt att förlängningen av avtalet var absolut nödvändigt för att motverka att hamna i ett avtalslöst tillstånd. Vidare har SLL anfört att en upphandling med kort avtalsperiod skulle kunna medföra stor skada ur såväl ett patientperspektiv som ett vårdgivande perspektiv samt att den framtida

hemsjukvårdens oklara organisation inneburit svårigheter för SLL att genomföra en upphandling.

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 maj 2013 måste ha känt till att hemsjukvården inte skulle överföras i kommunal regi under år 2015. Vid denna tidpunkt hade det befintliga avtalet med PR Vård, med beaktande av möjligheten till förlängning, en kvarvarande löptid om cirka två år. 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. Vid beräkningen ska direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret beaktas. Det är ostridigt att kontraktsvärdet enligt avtalet med PR Vård uppgår till 249 600 000 kr och att det tilläggsavtal som SLL har slutit med Praktikertjänst i juli 2014 uppgår till 63 800 000 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 hel-

hetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet (se rättsfallet HFD 2014 ref 69).

Otillåten direktupphandling är en av de allvarligaste överträdelseerna 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 direktupphandling³. SLL har bl.a. invänt att det var fråga om en helt annan situation än den nu ifrågasatta samt att upphandlingen genomfördes inom en helt annan organisatorisk del inom SLL. 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. Enligt förvaltningsrättens mening visar detta på ett agerande och ett förhållningssätt inom SLL som utgör ett upprepat beteende. Det krävs därmed inte, enligt förvaltningsrättens mening, att en myndighet har ålagts att betala upphandlingsskadeavgift för att det ska vara fråga om ett upprepat beteende. I målen har dessutom nu meddelats lagakraftvunna domar enligt vilka SLL har dömts att betala upphandlingsskadeavgifter på 500 000 kr respektive 350 000 kr⁴.

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 fram-

³ Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 27 juni 2014 i mål nr 30512-13.

⁴ Förvaltningsrätten i Stockholms domar den 19 oktober 2015 i mål nr 29514-14 och mål nr 30818-14.

kommit 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).


Ulrika Melin

Chefsrådman

Johannes Dahlman har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten 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 kamrarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrarrätten 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten.

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.