

PM 2 2007-10-10 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Landstinget Västernorrland har utan offentligt upphandlingsförfarande tecknat avtal direkt med en förvaltning inom Stockholms läns landsting om köp av konsultläkartjänster (beroendebehandling).

Landstinget Västernorrland har enligt ett skriftligt kontrakt daterat den 5 februari 2007¹ ingått avtal med Beroendecentrum Stockholm, som är en förvaltning inom Stockholms läns landsting. Avtalet innebär att Landstinget Västernorrland från Stockholms läns landsting köper konsultläkartjänster under perioden den 1 februari 2007 till och med den 31 januari 2008, med möjlighet till förlängning i två perioder om vardera 12 månader (1+1+1 år).

Avtalet avser specialistläkare i psykiatri med klinisk erfarenhet av substitutionsbehandling av missbrukare i omgångar om två dagar per vecka jämte telefonföretaglighet enligt särskild överenskommelse. Stockholms läns landsting skall enligt avtalet tillhandahålla totalt fyra olika läkare för uppdraget, vilket schemaläggs enligt samråd med Landstinget Västernorrland. I uppdraget ingår bedömning av patienter för inställning, deltagande, behandlingskonferens/handledning av teampersonal för kontaktpersoner inom infektionssjukvården och socialtjänsten, nybesök samt återbesök av opiatberoende patienter, remittering för slutenvårdsinställning samt epikrisskrivning av avslutade patienter m.fl.

Någon annonserad upphandling har såvitt kunnat utredas aldrig genomförts.² Det aktuella avtalet har tecknats direkt mellan de båda landstingen.

För utförda tjänster skall Landstinget Västernorrland erlägga ersättning till Stockholms läns landsting med uppskattningsvis mellan 968.400 och 1.074.000 kronor per år, varav c:a 720.000 kronor avser direkta lönekostnader och mellan 248.400 och 345.000 kronor hänför sig till övriga omkostnader som sekreterararvode, resekostnader etc.

Det samlade s.k. kontraktsvärdet av upphandlingen kan således enligt gällande beräkningsbestämmelser⁴ uppskattas till mellan c:a 2,9 och 3,2 miljoner kronor.³

På marknaden för konsultläkare och/eller beroendebehandling av missbrukare finns det privata leverantörer som kan tillhandahålla specialistläkare i psykiatri med klinisk erfarenhet av substitutionsbehandling. Landstinget Västernorrland har tidigare tillgodosett sitt nu aktuella behov genom offentlig upphandling.

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som därmed äger samband regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Tjänster för hälso- och sjukvård samt socialtjänst utgör sådana s.k. B-tjänster (kategori 25) enligt bilaga B till lagen, vilka oavsett kontraktsvärdet⁴ skall upphandlas enligt det nationellt bestämda regelverket i 6 kap. LOU.

¹ Av den kopia av kontraktet som har gjorts tillgänglig framgår att förekommande underskrifter är daterade den 5 februari 2007, medan själva dokumentet uppges utskrivet den 29 maj 2007. Kontraktet har diarieförts av Landstinget Västernorrland den 8 juni 2007.

² Någon annons om den aktuella upphandlingen har inte kunnat återfinnas i de allmänt tillgängliga databaser där dylika upphandlingar normalt skall annonseras. Någon annan annons om upphandlingen har heller inte återfunnits. En begäran från juni 2007 hos *Landstinget Västernorrland (landstingsstyrelsen)* om utlämnande av ett eventuellt aktuellt upphandlingsunderlag har trots upprepade påminnelser, senast den 23 juli 2007, varken besvarats eller avslagits. För närvarande granskas landstingets handläggning i denna senare sak av Riksdagens ombudsmän (JO) – dnr.3492-2007.

³ Kontraktsvärdet har räknats ut på följande sätt. Månadsvärdet av de aktuella tjänsterna uppgår till mellan 80.700 och 89.500 kronor. Avtalad maximal kontraktstid, inklusive förlängningsperioder, uppgår till 36 månader (12+12+12 månader). Detta ger följande resultat: 36 x 80.700=2.905.200 kr.; 36 x 89.500= 3.222.000 kr.

Lagens bestämmelser bygger på de principer som bär upp den centrala gemenskapsrätten och som kommer till uttryck genom bl.a. EG-fördraget, Europeiska unionens upphandlingsdirektiv samt därtill anslutande gemenskapsrättslig praxis.

Enligt *likabehandlingsprincipen* skall samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas. Principen äger tillämpning på all offentlig upphandling, således även på sådana förfaranden som omfattas av de nationella bestämmelser som finns införda i 6 kap. LOU.⁵

Skyldighet att följa lagen om offentlig upphandling åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”. Tillsynen över lagen utövades vid tidpunkten när det aktuella avtalet ingicks av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).⁶

Med ”*upphandling*” avses enligt LOU alla *köp* av tjänster som sker från ett från ett fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU). Stadgandet är därvid undantagslöst.

Kommunal samverkan utan mellankommande upphandling har på uppdrag av regeringen⁷ nyligen utretts av Upphandlingsutredningen (SOU 2006:28). Utredningen konstaterar bland annat följande:

”Den slutsats som enligt utredningens mening kan dras av vad som nu sagts är att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i lagarna om upphandling vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person, oavsett om värdet av transaktionerna uppgår till eller understiger tröskelvärdet”.⁸

En liknande slutsats har framförts även av Utredningen om sjukvårdsupphandling i betänkandet ”Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster” (SOU 1999:149). Utredningen konstaterar bland annat följande:

”Enligt utredningens bedömning skall landsting och kommuner även tillämpa LOU när de ingår avtal om anskaffning av tjänster med ett annat landsting eller en annan kommun. Detta på grund av att de olika landstingen och kommunerna inte ingår i samma juridiska person”.⁹

Någon möjlighet för kommuner, landstingskommuner (eller av dessa ägda företag) att utan mellankommande upphandling köpa och sälja tjänster mellan varandra föreligger således inte enligt gällande svensk rätt.¹⁰ Inte heller föreligger det några möjligheter för exempelvis landstingen att ”överföra” utförandet av vissa angelägenheter mellan varandra. Landstingen är också med utgångspunkt i kommunallagens (1991:900) s.k. lokaliseringsprincip förbjudna att

⁴ Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

⁵ Se EG-domstolens dom av den 3 december 2001 i målet Vestergaard (C-59/00). Domstolen fastslog därvid att ”även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler” (punkt 20) - för ett liknande resonemang, se även EG-domstolens dom av den 7 december 2000 i målet Telaustria et Telefonadress (C-324/98), punkt 60, samt med avseende på annat än upphandling (konsessioner) Parking Brixen, (C-458-03).

⁶ Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling. Från och med den första september 2007 planeras tillsynsansvaret övergå på Konkurrensverket.

⁷ Se dir. 2004:47, jämte tilläggsdirektiven, dir. 2005:39.

⁸ Se SOU 2006:28, ”Nya upphandlingsregler 2” avsnittet 7.12 ”Kommunal samverkan” (s. 264).

⁹ Se SOU 1999:149 ”Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster” avsnittet ”Överlåtelse av driften av hälso- och sjukvårdsverksamhet mellan landsting och kommuner samt landstings och kommuners köp av tjänster från helägda och delägda företag” (s. 24 samt s. 240-243)

¹⁰ Ett tidigare utredningsförslag som framlades av den s.k. Upphandlingskommittén (SOU 2001:31, sid. 89 ff.) med innebörden att kommuner utan mellankommande upphandling skulle tillåtas att köpa tjänster direkt från hel- eller delägda företag ledde aldrig till förslag om ändrad lagstiftning. Regeringen angav i propositionen 2001/02:142 (sid. 84) att frågan mot bakgrund av bl.a. gemenskapsrättslig praxis måste beredas ytterligare. Saken uppdrogs senare åt Upphandlingsutredningen att utreda vidare. Något ytterligare lagändringsförslag lämnades emellertid aldrig utan, som redovisats ovan, konstaterade Upphandlingsutredningen (se fotnot 12) att det för närvarande inte föreligger någon rättslig möjlighet att underlåta att tillämpa de upphandlingsrättsliga bestämmelserna vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person.

utan stöd av lag eller särskilt kompetensutvidgande rättspraxis tillhandahåll och utföra tjänster för varandra.¹¹

Lagen om offentlig upphandling är tvingande för de upphandlande enheter som definitionsmässigt lyder under lagen. Bestämmelserna behöver emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med EG-fördraget, har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten (jfr 5 kap. 2 § genom 6 kap. 16 § LOU). Den omständigheten att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från lagens huvudregel att upphandling ändå måste genomföras.¹²

Enligt 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt att offentliggöra sina upphandlingar genom annons i elektroniska databaser, som är allmänt tillgängliga, eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens.

Samtliga företag som tillhandahåller den aktuella typen av tjänster utgör ”leverantörer” i lagens mening och skall lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”). Enligt 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU föreligger vid tjänsteupphandlingar undantag från annonseringsskyldigheten endast under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom exempelvis synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller tilläggstjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster ingående i ett projekt som högst tre år tidigare varit föremål för upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Yttrande

Landstinget Västernorrland har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Av utredningen i ärendet framgår att Landstinget Västernorrland har tecknat kontrakt med Stockholms läns landsting om köp av konsultläkartjänster för beroendebehandling. Någon annonsering

¹¹ Se 2 kap. 1 § kommunallagen (1991:900) enligt vilken kommuner tillåts befatta sig med sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar men som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan (För ytterligare utredning om kommunallagens förbud, se även Konkurrenskommissionen utredning mot Stockholms läns landsting i samma sak, ärende nr KKO 07-020).

¹² Se EG-domstolens avgörande den 10 april 2003 i de förenade målen *Kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01) av vilken bl.a. framgår att uppgivna ensamsituationer som inte grundas på legal ensamrätt, inte medför undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen och åtminstone försöka att infordra konkurrerande anbud genom ett offentligt upphandlingsförfarande. Förbundsrepubliken Tyskland hade vid ett fall av direkttilldelning åberopat att de valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (p. 57). EG-domstolen fann emellertid inte att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden och uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63)..

eller infordran av konkurrerande anbud har såvitt hittills visats inte föregått avtalet, utan detta synes ha ingåtts direkt mellan de berörda landstingen.

Som framgår av Upphandlingskommitténs utredningsbetänkande (SOU 2006:28) föreligger det inte någon laglig möjlighet för kommuner och landsting att underlåta att tillämpa gällande upphandlingsbestämmelser vid exempelvis interkommunala transaktioner sinsemellan.

Eftersom avtalet avser upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster skall regelverket i 6 kap. LOU tillämpas. Enligt dessa bestämmelser skall som huvudregel ett skriftligt underlag upprättas. Upphandlingen skall därefter annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller på annat sätt som leder till en effektiv konkurrens.

På marknaden för konsultläkare finns det ett flertal privata företag som borde kunna komma ifråga för att leverera aktuella tjänster. Samtliga dessa företag skall enligt gällande bestämmelser beredas möjlighet att på lika villkor lämna anbud i den aktuella upphandlingen.

Det finns på det aktuella området inte någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Stockholms läns landsting kan komma ifråga för att tillhandahålla efterfrågade konsultläkartjänster. Det har vidare inte ens påståtts, än mindre visats, föreligga någon sådan synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på Landstinget Västernorrland, som skulle motivera ett mer formlöst förfarande. Det nu aktuella kontraktet har tidigare inte konkurrensupphandlats varför det vare sig kan vara fråga om tilläggsbeställningar eller av upprepningsarbeten. Det är inte heller så att konsultläkartjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av Stockholms läns landsting.

Inget av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen från kraven på upphandling i konkurrens är därför tillämpligt i det aktuella fallet, utan upphandlingen skulle ha genomförts i enlighet med LOU:s reglering.

Avtalet mellan de båda landstinget har således tillkommit i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Den för lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten centrala lika behandlingsprincipen har därmed åsidosatts samtidigt som konkurrensen på marknaden för konsultläkare har snedvridits.