

PM 2 2015-10-14 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom felaktig annonsering vid offentlig upphandling av ett A-tjänstekontrakt över tröskelvärdet (bristande öppenhet/transparens).**

*Ett landsting har vid upphandling av helikopterambulanstjänster m.m. infordrat anbud genom att endast annonsera i nationell databas. Leverantörer i andra medlemsstater har därmed riskerat utestängas från information om upphandlingen.*

Stockholms läns landsting (nedan Landstinget) har genom en annons som skickades för publicering endast i den nationella databasen Visma TendSign den 18 juni 2014<sup>1</sup> påbörjat upphandling av helikopterambulanstjänster i ett femårigt kontrakt avseende perioden den 1 november 2016 till och med den 31 oktober 2021 (dnr. HSN 1301-0051). Något meddelande om upphandling har således inte skickats för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.<sup>2</sup>

Upphandlingen, som har utlysts i ett s.k. *förenklat förfarande över tröskelvärdet*,<sup>3</sup> omfattar enligt förfrågningsunderlaget<sup>4</sup> två ambulanshelikoptrar, vilka vardera är bemannade med pilot<sup>5</sup> och sjukvårdande personal.<sup>6</sup> Den ena helikoptern ska vara operativ dygnet runt årets alla dagar medan den andra enbart dag- och kvällstid<sup>7</sup> under perioden den 15 maj till och med den 15 september (fyra månader per år). I uppdraget ingår även en bemannad vägambulans med förare och sjukvårdspersonal<sup>8</sup> samt viss arbetsledning av en medicinskt ledningsansvarig läkare (MLA)<sup>9</sup> på deltid.

Enligt Landstingets egna statistikuppgifter har den helikopterambulansverksamhet som tidigare bedrivits på uppdrag av Landstinget under 2014 omfattat 2.650 uttryckningar till en redovisad kostnad av c:a 58 miljoner kronor/år. Enligt en rapport från Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) kan kostnaden för sjukvårdsbemanning vid ambulansverksamhet kostnadsberäknas till c:a 3 miljoner kronor per år för en sjuksköterska och c:a 5 miljoner kronor per år för en läkare.<sup>10</sup> Enligt samma rapport uppgår den genomsnittliga dygnskostnaden för en fullt bemannad ambulanshelikopter till c:a 38.000 kronor medan motsvarande kostnad för en vägambulans uppgår till c:a 8.000 kronor.<sup>11</sup>

<sup>1</sup> Se Landstingets annons i databasen Visma TendSign, rubricerad Ambulanshelikoptertjänst (LS 1310-1372) och publicerad den 18 juni 2014 (dokumentnummer U333942014).

<sup>2</sup> Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Europeiska kommissionen.

<sup>3</sup> Se Landstingets tjänsteutlåtande med förslag till förfrågningsunderlag enligt LOU - upphandling av ambulanshelikoptertjänst, daterat den 14 juni 2014 och föredraget i Hälso- och sjukvårdsnämnden den 17 juni 2015 (dnr. HSN 1301-0051), särskilt punkten Upphandling och utvärdering; se även Landstingets Anbudsinbjudan med bilaga 1 (fotnot 4, nedan).

<sup>4</sup> Se Landstingets Anbudsinbjudan avseende Ambulanshelikoptertjänst Objekt SLL 1142, daterad den 17 juni 2014 samt bilagan Ambulanshelikoptertjänster Bilaga 1 Specifik uppdragsbeskrivning version 3 punkt 3.7 uppdaterad 2014-08-15 (LS 1310-1372, HSN 1301-0051, SLL 1142).

<sup>5</sup> Ambulanshelikopter ska flygas av en pilot med erfarenhet av minst 2.000 flygtimmar och av flygning med VFR (Visual Flight Rules) - se punkten 3.1. bilagan 1 till Anbudsinbjudan (fotnot 4, ovan).

<sup>6</sup> Den medföljande sjukvårdande personalen ska bestå av en HEMS-Crewe (sjukvårdare) med lägst undersköterskekompetens och två till tre års yrkeserfarenhet samt en legitimerad sjuksköterska med specialistutbildning i anestesi och minst tre års yrkeserfarenhet m.m. Båda ska i övrigt ha genomgått ett antal specificerade utbildningar m.m. - se Anbudsinbjudan med bilaga 1 (fotnot 4 ovan) särskilt punkterna 3.2-3.4 i bilaga 1. I ambulanshelikoptern kan, enligt punkten 3.5 i bilaga 1, även medfölja en läkare som tillhandahålls av Landstinget. Denne omfattas således inte av upphandlingen och ingår därmed inte i kostnadsunderlaget för upphandlingen.

<sup>7</sup> Helikoptern ska vara bemannad mellan kl. 09.00 och 21.00 – se punkten 2, Omfattning, i Anbudsinbjudan (fotnot 4, ovan).

<sup>8</sup> Vägambulansen ska ha beredskap för den tid då ambulanshelikoptrarna på grund av väderförhållanden inte kan vara verksamma eller av andra skäl inte kan flyga - se punkten 2, Omfattning, i Anbudsinbjudan (fotnot 4, ovan).

<sup>9</sup> Den medicinskt ledningsansvariga läkaren (MLA) ska vara tillgänglig under totalt 10 timmar per vecka. Läkaren ska ha en väl dokumenterad erfarenhet av akut omhändertagande och i övrigt ha genomgått ett antal specificerade utbildningar m.m. samt med fördel ha klinisk förankring på sjukhus – se punkten 3.1. i bilagan 1 till Anbudsinbjudan (fotnot 4, ovan).

<sup>10</sup> Se Sveriges Kommuner och Landsting – rapporten Vård på vingar, 2012, tabell 11 på s. 32 där det bl.a. återfinns en redovisning av kostnaderna för sju olika landstings ambulanshelikopter verksamhet 2010. När det gäller Stockholm läns landsting anges kostnaden till c:a 52,3 miljoner kronor (Mkr), varav 42,7 Mkr hänförs till fast kostnad och 9,6 Mkr till rörliga kostnader.

<sup>11</sup> Se Landstingets Årsrapport 2014 - Prehospitala verksamheter i SLL, s. 31 f. Kostnadsuppgifterna hänförs till ett bemannat fordon i beredskap.

Den av Landstinget redovisade kostnaden för ambulanshelikopterverksamheten på totalt c:a 58 miljoner kronor 2014 fördelar sig därmed uppskattningsvis så att c:a 20,6 miljoner kronor eller c:a 35 procent hänför sig till hälso- och sjukvårdsaspekten, innefattande kostnaderna för den sjukvårdande personalen m.m.<sup>12</sup> medan 37,4 miljoner kronor eller c:a 65 procent hänför sig till transportaspekten av kontraktet.

Med samma utgångspunkt kan det totala s.k. kontraktsvärdet av upphandlingen beräknas uppgå till i vart fall sammanlagt c:a 290 miljoner kronor, motsvarande 58 miljoner kronor per år under den femåriga kontraktstiden.

Förvaltningsrätten i Stockholm förordnade i dom av den 29 juni 2015 att upphandlingen skulle göras om, till följd av bristande annonsering från Landstingets sida.<sup>13</sup> I domskälen konstateras bl.a. att Landstinget inte förmått visa att värdet av aktuella B-tjänster (hälso- och sjukvårdsaspekten av kontraktet) överstiger värdet av A-tjänsterna (transportaspekten).

### Gällande rätt

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats efter den 1 januari 2008 regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna har kommit till som en följd av bl.a. ett nationellt genomförande av det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).<sup>14</sup>

Bestämmelserna i LOU är, såvitt något undantag inte anger motsatsen, tillämpliga på ”kontrakt med ekonomiska villkor” av bland annat tjänster, som ingås mellan s.k. *upphandlande myndigheter* och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer.

Med sådana *upphandlande myndigheter* som är skyldiga att iaktta lagens bestämmelser avses bl.a. kommunala och landstingskommunala myndigheter. Företag, eller grupper av företag, som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer” vilka oavsett nationellt ursprung ska lämnas möjlighet att på lika villkor delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Grunderna för information och tilldelning är central för regelverket vid offentlig upphandling. Bestämmelserna vilar på ett antal utifrån EU:s primärrätt grundade principer om bland annat öppenhet (transparens) och likabehandling. Principerna har för svenskt nationellt vidkommande införts i bl.a. 1 kap. 9 § LOU.

Med principen om *öppenhet (transparens)* avses främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandling och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt om rätten för leverantörer att få tillgång till denna information på ett viss föreskrivet sätt så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen.<sup>15</sup> Principen om *likabehandling* innebär vidare att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt så att de t.ex. får den information som är av relevans för upphandlingen vid samma tillfälle.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Beräkningen har genomförts utifrån ovan redovisade förutsättningar med en sjukvårdsbemannad helikopter respektive en vägambulans på heltid ( $[3+3] \times 2 = 12$  Mkr) samt en sjukvårdsbemannad helikopter under ett kvartal  $[3+3] / 3 = 2$  Mkr) och en medicinskt ledningsansvarig läkare (MLA) under 10 timmar per vecka (här dock beräknat motsvara halvtid)  $(5 / 2) = 2,5$  Mkr. Detta ger en sammantaget uppskattad kostnad för den sjukvårdande personalen på  $(12+2+2,5=)$  16,5 miljoner kronor. Därpå kan göras ett påslag med 25 procent eller totalt 4,125 miljoner kronor för sådana övriga kostnader som hänför sig till den rent sjukvårdande verksamheten, d.v.s. uppskattningsvis totalt c:a  $(16,5+4,125=)$  20,625 miljoner kronor per år för den s.k. hälso- och sjukvårdsaspekten av kontraktet.

<sup>13</sup> Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 29 juni 2015 i mål nr. 6378-15. Avgörandet har vunnit laga kraft.

<sup>14</sup> Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

<sup>15</sup> Se bl.a. Prop. 2006/07:128, s 132.

Enligt den s.k. CPV-förordningen<sup>16</sup> med unionsrättslig nomenklatur för klassificering av tjänstekontrakt utgör tjänster för *flygtransport av passagerare och gods, med undantag av postbefordran* s.k. A-tjänster, (kategori 3, enligt bilaga 2 till LOU)<sup>17</sup> medan tjänster för *hälsovård och socialtjänst* utgör s.k. B-tjänster (kategori 25 enligt bilaga 3 till LOU). Av praxis från EU-domstolen i målet *Tögel* (C-76/97)<sup>18</sup> framgår att kontrakt om ambulanstransporter utgör blandade kontrakt där transportaspekten (A-tjänsten) och hälso- och sjukvårdstjänsten (B-tjänsten) ska bedömas var för sig. Kontraktet ska sedan, med en tillämpning av den s.k. överviktsprincipen i bl.a. 1 kap. 2 § fjärde stycket LOU,<sup>19</sup> klassificeras som en helhet beroende av vilken kontraktsaspekt, A- eller B-tjänst, som kostnadsmissigt väger tyngst.

I fråga om upphandling av tjänster över tröskelvärdet kan ett *förenklat förfarande* med tillämpning av de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU enbart komma ifråga om upphandlingen kan klassificeras som ett B-tjänstekontrakt. I annat fall ska förfarandet handläggas – och därmed även annonseras – i enlighet med de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. I sådant fall ska ett meddelande om upphandlingen<sup>20</sup> skickas elektroniskt eller på annat sätt till Europeiska kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.

Gällande tröskelvärde för kommunal tjänsteupphandling inom den klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2014 till 1.806.427 kronor.<sup>21</sup>

### Yttrande

Landstinget, som har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, har skriftligen meddelat att myndigheten tackar för möjligheten men avstår från att avge yttrande.

### 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.

Landstinget har som upphandlande myndighet en skyldighet att iaktta regelverket i LOU jämte bakomliggande direktivbestämmelser med bl.a. krav på unionsrättslig annonsering. Av utredningen framgår att Landstinget har valt att annonsera och även i övrigt handlägga den aktuella upphandlingen av helikoptertransporttjänster som ett *förenklat förfarande över tröskelvärdet* enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU. Upphandlingen har därmed inte utlysts på ett sådant sätt att leverantörer i andra medlemsstater har fått information om möjligheten att delta med anbud.

---

<sup>16</sup> Se Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV.

<sup>17</sup> Kategorin anges i den franska språkversionen av CPV-förordningen

<sup>18</sup> Se EU-domstolens dom i målet *Tögel*, C-76/97, EU:C:1998:432, särskilt p. 39, där domstolen angav följande: ”Följaktligen kan det konstateras att det, av CPC-referensnumret [...] vilket anges i kategori 25 (Hälsovård och socialtjänst) i bilaga 1 B, klart framgår att denna kategori enbart avser hälso- och sjukvårdaspekten i ett sådant offentligt kontrakt som det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, och därmed inte de transportaspekter som omfattas av kategori 2 (landtransporter) ...”.

<sup>19</sup> Jfr. art. 22 i det klassiska upphandlingsdirektivet samt EU-domstolens dom i målet *Tögel*, C-76/97, EU:C:1998:432, p. 31.

<sup>20</sup> Se 7 kap. 1 § LOU samt 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040) – motsvarande reglering fanns tidigare i 5 kap. 12 § jämförd med 1 kap. 8 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, med ikraftträdande och giltighet sedan den 1 januari 1994.

<sup>21</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivandet ska ske till exakt belopp angivet i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. tjänster inom den klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2014, om den upphandlande myndigheten inte är en central statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet), till 1.806.427 kronor - se vidare regeringens tillkännagivande (2014:5) av tröskelvärden vid offentlig upphandling samt Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

Med ledning av tillgängliga statistikuppgifter, från såväl Landstinget själv som i en rapport från SKL, kan tydligt konstateras att det är transportaspekten som värdemässigt dominerar kontraktet avseende helikopterambulanstjänster framför hälso-och sjukvårdsaspekten av medföljande vårdpersonal m.m. Landstinget har heller inte förmått visa något annat. Eftersom värdet av det aktuella kontraktet väsentligt överstiger gällande tröskelvärde skulle upphandlingen därmed rätteligen ha handlagts som en A-tjänstupphandling över tröskelvärdet, innebärande bl.a. krav på EU-annonsering så att leverantörer även i andra medlemsstater ges relevant information om upphandlingen. Genom att underlåta sådan annonsering har Landstinget brutit mot de grundläggande unionsrättsliga principerna om öppenhet (transparens) och likabehandling av leverantörer med anslutande formkrav i LOU och upphandlingsförordningens reglering. Dessa bestämmelser har utgjort svensk rätt sedan mer än 20 år och borde vid det här laget vara väl kända. Det finns därför anledning att rikta kritik mot Landstinget som upphandlare.