

PM 2 2016-04-21 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom köp av varor i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (för lång avtalstid).

Ett antal landsting har vid gemensam upphandling av avtal för successiva avrop av medicinska tjänster, utan grund i några särskilda skäl föreskrivit en avtalstid på över fyra år.

Norrbottnens läns landsting (nedan Landstinget) har genom ett meddelande om upphandling som skickades för annonsering i nationell databas (Visma Opic) den 17 mars 2016 påbörjat ett förenklat upphandlingsförfarande avseende ramavtal för successiva avrop av tjänster för dosdispensering av läkemedel. Upphandlingen omfattar totalt fyra landsting, med Västerbottnens läns landsting som verkställande upphandlande myndighet.¹

Av förfrågningsunderlaget² framgår att upphandlingen inte avser någon garanterad avropsvolym utan hänför sig till ett under avtalsperioden prognostiserat behov.³ Upphandlat avtal ska enligt underlaget löpa fyra år från avtalstecknande, dock tidigast från och med den 1 januari 2017, med möjlighet till förlängning med upp till 24 månader; således under en maximal avtalstid på $(4+2)=6$ år.⁴

Anbud på aktuella tjänster ska enligt anbudsförutsättningarna lämnas med pris per patient och dygn. Därutöver kan leverantören även tillgodogöra sig en handelsmarginal på omsatta läkemedel.⁵ I underlaget uppges att upphandlingen omfattar 18.500 personer.⁶ Givet ett uppskattat pris på 0,47 kronor per patient/dygn⁷ motsvarar upphandlingen i vart fall ett kontraktvärde av c:a 3 miljoner kronor per år⁸ eller totalt c:a 18 miljoner kronor under avtalets maximalt sexåriga löptid.⁹

Gällande rätt

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen har kommit till som en följd av bl.a. 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 (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

Bestämmelserna i LOU är, såvitt annat inte anges, tillämpliga på samtliga kontrakt med ekonomiska villkor som avser bl.a. varor, och som ingås av bland annat landstingskommunala myndigheter. Den som är skyldig att iakttä lagens bestämmelser kallas ”*upphandlande myndighet*”.

¹ Upphandlingen avser maskinell dosdispensering och dosexpedition med leverans till apotek eller andra utlämningsställen, inklusive utlämning av förskrivna läkemedel i öppen vård för patienter skrivna i Norra sjukvårdsregionen, dvs. Västerbottnens läns landsting, Norrbottens läns landsting, Landstinget Västernorrland samt Region Jämtland Härjedalen samt tillhandahållandet av kundservice.

² Aktuellt förfrågningsunderlag: Dosdispensering av läkemedel (Västerbottnens läns landstings dnr. VLL 1652-2015).

³ Se punkten 3, ”*Avtalsomfattning*” i den till förfrågningsunderlaget fogade bilagan ”*Avtalsmall dosdispensering av läkemedel*”, i vilken anges att ”*Landstinget/regionen garanterar inte en viss volym eller ett visst värde under avtalstiden. Eventuellt angivna volymer är uppskattade behov. Skulle omfattningen enligt detta avtal understiga alternativt överstiga uppskattade volymer, ska detta inte betraktas som avtalsbrott från landstingets/regionens sida utan leverantören är skyldig att leverera i enlighet med det verkliga behovet*”.

⁴ Se förfrågningsunderlaget, punkten 4, ”*Avtalstid*” i bilagan ”*Avtalsmall*”. Avisering om förlängning bör enligt samma bestämmelse ske 12 månader före avtalsperiodens utgång.

⁵ Tillåten handelsmarginal på omsatta läkemedel (inom högkostnadsskyddet) fastställs av Tandvårds- och läkemedelsförmånsverket (TLV), se HSLF-FS 2015:32 (tidigare: TLVFS 2009:3). I förfrågningsunderlaget anges den aktuella läkemedelsomsättningen årsvis motsvara c:a 222,8 miljoner kronor.

⁶ Se förfrågningsunderlaget, punkterna ”*Introduktion*” och 8.0 ”*Omfattning*” i bilagan ”*Skakravsformulär*”. Angiven volym (antalet dospatienter) avser tjänstens nyttjande senaste 12 månaderna, dvs. oktober 2014 – september 2015.

⁷ Marknadsprisuppgiften är från en artikel i LäkemedelsVärlden, www.lakemedelsvarlden.se/fordjupning/hur-billigt-kan-det-bli-13907.

⁸ Beräkningen utgår från ett antaget pris om 0,47 kr./patient (se fotnot 7, ovan) vid 18.500 patienter och 365 dagar per år $(18.500 \times 365 \times 0,47) = 3.173.675$ kronor.

⁹ Enligt 15 kap. 3 a § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Dessa och dylika tjänster utgör sådana s.k. B-tjänster (kategori 25, hälsovårdstjänster, alternativt kategori 27, övriga tjänster) enligt Bilaga 3 till LOU som oavsett värde ska upphandlas enligt de nationellt styrda bestämmelserna i 15 kap. LOU.

Frågan om grunderna för anbudsgivning är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering*.

Med *ramavtal* avses enligt 2 kap. 15 § LOU ett *avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod*. Om en upphandlande myndighet tecknat ramavtal för en specifik vara eller tjänst, så behöver myndigheten inte gå ut i en ny upphandling varje gång den har behov av varan eller tjänsten, utan kan istället avropa (tilldela kontrakt) från ramavtalet. Av anknytande lagförarbetesuttalanden framgår att ramavtal kan bestå av antingen avtal som innehåller samtliga villkor för senare anskaffningar på grundval av avtalet och som är ömsesidigt förpliktande för parterna (*bindande ramavtal*) eller avtal som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt men som inte är ömsesidigt förpliktande för parterna (*ej bindande ramavtal*).¹⁰ Den omständigheten att avtalet inte fastställer någon fast volym för kommande leveranser eller den upphandlande myndigheten inte garanterar någon sådan volym har i rättspraxis ansett tyda på att det är fråga om ett ramavtal.¹¹

Enligt 5 kap. 3 § LOU jämförd med 15 kap. 2 § LOU får *ramavtal* löpa under längre tid än fyra år endast om det föreligger *särskilda skäl*. Bestämmelsen utgår från kravet på likabehandling av leverantörer och motsvaras av en bestämmelse i art. 32.2 fjärde stycket i det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).

Syftet med denna tidsmässiga begränsning är en önskan från lagstiftarens sida att införa en mekanism för att upprätthålla konkurrensen i ramavtalssituationer och iakttagandet av de grundläggande principerna. I EU-kommissionens tolkningsmeddelande avseende ramavtal¹² hänvisas till att undantag från fyraårsregeln skulle kunna komma ifråga enbart för att försäkra sig om en effektiv konkurrens i fall där föremålet för kontraktet kräver investeringar som har en avskrivningstid på mer än fyra år. Kommissionen hänvisar härvid till att utvecklandet av en effektiv konkurrens på upphandlingsområdet är en av målsättningarna med gällande direktiv på detta område.

I de svenska lagförarbetena anges inte närmare vad som avses med rekvisitetet ”*särskilda skäl*”. Dock framgår att sådana skäl kan anses föreligga vid situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka skall betala sig under avtals-tiden¹³ eller i fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå under en något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas.¹⁴

Vidare framgår av art. 32.2 klassiska upphandlingsdirektivet samt uttalanden i de svenska lagförarbetena att de särskilda skäl som åberopas för en längre ramavtalstid än fyra år ska vara knutna till föremålet för kontraktet, och därmed hänföra sig till den aktuella upphandlingen. Omständigheter eller problem som hänför sig till andra upphandlingar som genomförs eller kan komma att genomföras av den upphandlande myndigheten anses således inte kunna tillmätas betydelse som särskilda skäl för längre avtalstid än fyra år.¹⁵

¹⁰ Se prop. 2006/07:128, del I, s. 160 och 304.

¹¹ Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 24 mars 2016 i mål nr. 7754-15, s. 8; jfr. Kammarrätten i Jönköpings dom av den 5 juni 2014 i mål nr. 1871-13, s. 18.

¹² Se Explanatory note – Framework agreements – Classic Directive Document corresponding to document CC/2005/03 rev. 1 of 14./7.2005.

¹³ Se prop. 2006/07:128, s. 333 f..

¹⁴ Se SOU 2005:22, s. 279.

Enligt vad som uttalas i förarbetena åvilar det i förekommande fall den upphandlande myndigheten att *visa* vad som ska anses utgöra grund för en längre avtalstid än fyra år. Detta följer även av EU-domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de unionsrättsliga rättigheterna inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt samt att det ankommer på den upphandlande myndighet som avser att åberopa ett undantag att bevisa de särskilda omständigheter som kan motivera sådant undantag.¹⁶

Från rättspraxis förtjänar framhållas ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm där sju landsting dömdes att göra om en (jämförd med förhållandena nu i detta ärende likartad) upphandling avseende dosdispensering av läkemedel.¹⁷

Kammarrätten konstaterade att den omständigheten att någon volym inte garanterades i upphandlingen medför att det var fråga om ramavtal som omfattas av begränsningsregeln i 5 kap. 3 § LOU. Rätten anförde vidare att leverantörernas eventuella investeringskostnader har med deras kapacitet att göra och är därmed inte direkt hänförliga till föremålet för upphandling. Kammarrätten menade att anbudsgivare under kontraktets löptid förutsätts kunna leverera upphandlade tjänster till givet anbudspris. Sådana eventuella investeringar som anbudsgivare tvingas göra får därför, som utgångspunkt, påverka anbudspriset och ska normalt inte beaktas vid bestämmandet av ramavtalets löptid. I vissa fall menade dock rätten att en längre löptid måste kunna accepteras, för att konkurrensen annars inte ska sättas ur spel. Så kan exempelvis vara fallet om kraven på kapacitet är så höga att ingen eller endast ett begränsat antal leverantörer förmår uppfylla dessa krav utan större investeringar. Även i dessa fall ska emellertid kontraktstiden stå i rimlig proportion till investeringarnas avskrivningstid. Annars ska, enligt kammarrätten, ramavtalstiden ses som otillbörlig. I det aktuella fallet bedömdes det inte föreligga några *särskilda skäl* för en avtalstid längre än fyra år. Talan om ingripande mot upphandlingen bifölls således så att förfarandet skulle göras om.

Från rättspraxis kan även nämnas ett avgörande från samma kammarrätt som avsåg prövning av ett (2+2+0,5=) 4,5-årigt ramavtal avseende vaccinelveranser till förebyggande av livmoderhalscancer.¹⁸

Yttrande

Västerbottens läns landsting har i ett, såvitt får förstås, landstingsgemensamt yttrande över den promemoria med preliminär bedömning som upprättats i ärendet uppgivit att landstingen numera, efter Kammarrätten i Stockholms (ovan refererade) dom i mål 7754-15, beslutat avbryta upphandlingen.

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 är såsom upphandlande myndighet skyldig att vid sina anskaffningar iaktta regelverket i LOU. Av utredningen framgår att Landstinget ursprungligen påbörjat en förenklad upphandling avseende tjänster för dosdispensering av läkemedel med en maximal avtalstid på sex år.

Eftersom upphandlingen avser löpande leveranser, utan fast angivna eller garanterade volymer, avser denna ett ramavtal. Vid detta förhållande föreligger det, såsom Landstinget numera har kunnat konstatera, en begränsad avtalstid på upp till fyra år om det inte föreligger särskilda skäl.

Några sådana särskilda skäl har dock inte ens påståtts föreligga. Avtalstiden på maximalt sex år strider således mot begränsningsregeln i LOU och riskerar dessutom att sätta konkurrensen ur spel under längre tid än lagen tillåter.

¹⁶ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i *kommissionen mot Italien*, EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad äldre praxis; se även RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*) samt prop. 2006/07:128, s. 291.

¹⁷ Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 24 mars 2016 i mål nr. 7754-15.

¹⁸ Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 23 mars 2011 i mål nr. 5609--5629-10.

Den aktuella begränsningsregeln har funnits sedan nuvarande LOU infördes 2008 och borde vid det här laget vara väl känd av Landstinget och övriga berörda upphandlande myndigheter. Den omständigheten att de berörda landstingen numera beslutat avbryta upphandlingen medför inte att myndigheterna därmed kan undgå kritik.