

PM 2 2017-12-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten avtalsförlängning).

Ett landsting har genom direkttilldelning ytterligare förlängt ett sedan tidigare olagligen förlängt vårdavtal. Det samlade kontraktsvärdet av de olagliga förlängningarna uppgår till c:a 27 miljoner kronor, varav c:a fem miljoner kronor avser den nu beslutade förlängningen.

Stockholms läns landsting har, genom Hälso- och sjukvårdsnämnden, (nedan Landstinget) den 29 augusti 2017¹ beslutat förlänga ett avtal (nedan Huvudavtalet)² om köp av vårdtjänster³ som efter det att avtalstiden redan löpt ut, den 31 maj 2016, inte medger någon sådan ytterligare förlängning.⁴

Landstinget har även en gång tidigare, genom beslut av den 21 juni 2016,⁵ förlängt avtalstiden.⁶ Detta beslut avsåg perioden fram till och med den 31 december 2017⁷ och motiverades med att Landstinget under tiden skulle hinna arbeta fram ett förslag till upphandlingsunderlag.⁸ Någon sådan ny upphandling har emellertid inte hunnit genomföras.⁹ Istället har Landstinget vid sammanträdet den 29 augusti 2017 på nytt förlängt avtalets giltighet, denna gång att gälla fram till och med den 30 april 2019. I protokollets antecknades bland annat följande ”Hälso- och sjukvårdsnämnden beslutade den 21 juni 2016 att upphandla specialiserad palliativ slutenvård för barn och ungdomar. I detta ärende redovisas förvaltningens förslag till förfrågningsunderlag enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Därutöver föreslår förvaltningen att nuvarande avtal med Ersta diakoni förlängs fram till dess att det upphandlade avtalet börjar gälla”.¹⁰

Avtalsförhållandet har därmed kommit att utsträckas till att löpa totalt ett år och elva månader utöver vad bestämmelserna om offentlig upphandling medger.

Enlig avtalsvillkoren ska den kontrakterade vårdgivaren ersättas med en garanterad minsta ersättning om c:a 14 miljoner kronor per år, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).¹¹ Mot denna bakgrund och med beaktande av att den nu beslutade avtalsförlängningen avser en period av fyra månader, kan det aktuella s.k. *kontraktsvärdet* av denna åtgärd bedömas uppgå till minst c:a 4,6 miljoner kronor. Det totala värdet av Landstingets olovligen direktupphandlade avtalsförlängningar kan därigenom uppskattas till minst c:a 26,8 miljoner kronor.¹²

¹ Hälso- och sjukvårdsnämndens beslut av den 29 augusti 2017 (HSN § 204/17), dnr. HSN 1508-0799.

² Se ”Avtal mellan Stockholms läns landsting Hälso- och sjukvårdsförvaltning och Ersta diakoni” av den 2 februari 2010.

³ Avtalet avser palliativ vård i slutet vårdform för barn och ungdomar, även kallad *barnhospiceverksamhet*.

⁴ Efter den 31 maj 2016 kunde ytterligare förlängning av Huvudavtalet endast komma ifråga i fall en överprövning i samband med en kommande upphandling skulle föranleda att ett nytt avtal förseades.

⁵ Se Hälso- och sjukvårdsnämndens beslut av den 21 juni 2016 (HSN § 140/16), dnr. HSN 2016-0799.

⁶ Den tidigare avtalsförlängningen 2016 uppmärksammades av Konkurrenskommissionen, som fann anledning att rikta allvarlig kritik mot Landstinget på grund av otillåten direkttilldelning - se utredning och bedömning av den 14 december 2016 i ärende nr. KKO 16-040.

⁷ Det ursprungligt upphandlade avtalet avsåg perioden den 1 juni 2010 till och med den 31 maj 2014, med möjlighet till avtalsenlig förlängning till och med den 31 maj 2016. Den 3 mars 2014 påkallade Landstinget sådan förlängning av avtalet t.o.m. den 31 maj 2016, vilket även bekräftades av leverantören genom avtalen ”Förlängning av avtal med Ersta diakoni om Lilla Erstagården” av den 3 mars 2014, dnr. HSN 0902-0136 samt ”Bekräftelse förlängning av avtalet med Ersta diakoni om Lilla Erstagården” av den 9 april 2014.

⁸ Se Hälso- och sjukvårdsdirektörens tjänsteutlåtande av den 12 maj 2016, dnr. HSN 2016-0799.

⁹ Den nya upphandlingen påbörjades först den 30 augusti 2017, se annons i EU-TED med införandennummer 2017/S 167-344323.

¹⁰ Se under rubriken Ärendebeskrivning i protokoll från Hälso- och sjukvårdsnämndens sammanträde den 29 augusti 2017, § 209/17. Nämnden beslutade ”att uppdraga åt hälso- och sjukvårdsdirektören att förlänga nuvarande avtal med Ersta diakoni om specialiserad palliativ slutenvård för barn och ungdomar för perioden 2018-01-01 - 2018-04-30”, dnr. HSN 2016-0799.

¹¹ Enligt punkten 38 i Huvudavtalet har kontrakterad leverantör rätt till en fast ersättning motsvarande 80 procent av anbudets årsbelopp om 17,5 miljoner kronor (inklusive moms) samt en rörlig ersättning motsvarande 20 procent av samma belopp. Detta ger omräknat (17,5 x 0,8=) 14 miljoner kronor exklusive moms. Den rörliga ersättningen baserar sig på antalet utnyttjade vård dagar.

¹² Upphandlingens månatliga värde uppgår till (14.000.000 / 12 =) 1.166.667 kronor. Det samlade beloppsvärdet för 23 månader kan därmed uppskattas till (1.166.667 x 19 =) 26.833.341 kronor.

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet till och med en tilldelning av ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.

Upphandling av *offentliga tjänstekontrakt* som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Lagen har ersatt motsvarande bestämmelser i äldre lagar.¹³ Lagstiftningen är en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).¹⁴ LOU är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bland annat tjänster, genom tilldelning av kontrakt.¹⁵

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar samt kommunala sammanslutningar utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt ska följa lagens bestämmelser. Hälsovård och socialtjänster och därmed närbesläktade tjänster som regleras i Bilagan 2 till LOU ska oavsett värdet upphandlas enligt bestämmelserna i 19 kap. LOU.

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som, oavsett upphandlingsförfarande, ska iakttas vid all offentlig upphandling. Av principerna om *likabehandling* och *öppenhet (transparens)* följer att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till en sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.¹⁶

Bestämmelserna har utformats i syfte att bl.a. försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Härigenom skyddas skattebetalarna på sikt mot onödigt höga kostnader samt motverkas korruption.

LOU är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ramavtal.¹⁷ Dock får, under vissa undantagsförutsättningar, en upphandlande myndighet sluta avtal direkt, och utan iakttagande av lagens förfarandebestämmelser, med en annan upphandlande myndighet¹⁸ eller med en gemensam nämnd eller med en fristående juridisk person som myndigheten själv kontrollerar eller kontrolleras av till följd av ett ägande eller delägarförhållande.¹⁹ Undantag från LOU kan även komma ifråga vid köp från en annan upphandlande myndighet som har lagstadgad ensamrätt (monopol) på att utföra den aktuella tjänsten.²⁰ Den omständigheten att den upphandlande myndigheten 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 grund undantag från lagens förfarandebestämmelser med krav på bland annat annonserad upphandling.²¹

¹³ Lagen har ersatt de äldre lagarna (1992:1528) respektive (2007:1091) om offentlig upphandling. Av övergångsbestämmelserna framgår att 2007 års lag ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före den nya lagens ikraftträdande. I fråga om upphandling som har påbörjats *före* den första januari 2017 men *efter* LOU-direktivets (2014/24/EU) ikraftträdande ska bestämmelserna dock tillämpas med s.k. direktivkonform tolkning. Tillämpningen av den äldre lagen begränsar sig vidare till den ursprungliga upphandlingen och omfattar inte senare tillkommande ändringar i det kontrakt eller det ramavtal som upphandlingen resulterat i. Den nya lagen – LOU – ska enligt lagförarbetena (se prop. 2015/16:195 s. 851) därför tillämpas på kontrakt och ramavtalsförläggningar efter den 1 januari 2017.

¹⁴ Se Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU), av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁵ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹⁶ De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i EUF-fördraget - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

¹⁷ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹⁸ Se 3 kap. 17 och 18 § LOU; se även 13 kap. 10 § LOU som avser köp av tjänster från en upphandlande myndighet som enligt lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsterna.

¹⁹ Se 3 kap. 11-16 § LOU.

²⁰ Se 3 kap. 10 § LOU.

²¹ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 samt i det anknytande målet *Kommissionen mot Tyskland* (C-503/04) EU:C:2007:432.

Om ingen av förutsättningarna för undantag från LOU är uppfyllda ska anbudsinfordran genomföras enligt lagens bestämmelser. Enligt lagens huvudregel²² ska den upphandlande myndigheten genomföra ett likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) förfarande.

Upphandlingen får, enligt 4 kap. 2 § LOU, inte vara utformad i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och inte heller i övrigt begränsa konkurrensen, så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Vid upphandling av tjänster enligt Bilaga 2 till LOU är den upphandlande myndigheten som regel skyldig att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag och att annonsera upphandlingen. Om värdet av tjänsterna överstiger det särskilda tröskelvärde som i förevarande fall uppgår till 6.855.225 kronor²³ ska annonseringen ske ett meddelande om upphandlingen skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå (OPOCE) för publicering i Europeiska unionen officiella tidning (EUT) och i databasen Tenders Electronic Daily (TED).²⁴ Undantag från kravet på annonsering föreligger dock vid följande förutsättningar.²⁵

- det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 534.890 kronor (28 procent av tröskelvärdet)²⁶ – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,²⁷
- det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska*, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud,
- syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,
- det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller
- det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör²⁸
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som står i överensstämmelse med tidigare upphandlade tjänster från samma leverantör där omfattningen av möjligen tillkommande tjänster framgår av upphandlingsdokumenten och har lagts till grund för värdeberäkningen av denna upphandling.²⁹

Undantagen för *synnerliga skäl* och *synnerlig brådska* avser extraordinära situationer. För att detta undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste det framstå som absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Det måste enligt praxis i så fall röra sig om en unik situation³⁰ eller ett brådskande behov av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.³¹ Det måste också framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart behöver komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.³² Omständigheterna som kan rättfärdiga *synnerlig brådska* måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. saker som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka.

²² Se 4 kap. 1 § LOU.

²³ Se 5 kap. 1 § LOU samt regeringens tillkännagivande (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁴ Se 19 kap. 3 § andra stycket jämförd med 10 kap. 1 § LOU samt 2 och 5 § upphandlingsförordningen (2016:1162), bestämmelsen motsvaras vid en direktivkonform tolkning av artikel 75 LOU-direktivet.

²⁵ Se 6 kap. 12–19 §§ samt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.

²⁶ Det är i regleringen dock oklart om direktupphandlingsgränsen går vid 534.890 kronor eller vid det belopp om 1.919.463 kronor som istället följer av det särskilda tröskelvärdet.

²⁷ För bedömningen av om det föreligger *lågt värde*, se 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 5 kap. 1 § LOU samt regeringens tillkännagivande (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Av 19 kap. 8 § LOU följer vidare att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå lagen och att förekommande options- och förlängningsklausuler därvid ska beaktas som om de utnyttjats. Vid värdeberäkningen ska vidare beaktas samtliga direktupphandlingar av samma slag som har gjorts av den upphandlande myndigheten under räkenskapsåret.

²⁸ Undantag på grund av *tekniska skäl* eller *ensamrätt* kan enligt 6 kap. 14 § andra stycket LOU endast komma ifråga om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

²⁹ Se 3 kap. 18 § LOU.

³⁰ I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster kan anses medföra *synnerliga skäl* – se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009.

³¹ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

³² I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskade natur - se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12. I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster kan anses medföra *synnerliga skäl* – se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009.

Egenförvällad brådska hos den upphandlande myndigheten till följd av exempelvis bristande planering grundar inte möjlighet till undantag. I kravet på oförutsebarhet ligger närmast att förhållandena ska ha *karaktären av force majeure*.³³ Tidsnöden måste härutöver vara sådan att det inte har varit objektivt möjligt att hålla tidsfristen vid annonserat förfarande.

Vidare ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis³⁴ möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de unionsrättsliga rättigheterna vid offentlig upphandling tolkas restriktivt.³⁵ Det ankommer också på den som åberopar ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³⁶

När det gäller otillåten direkttilldelning har bland annat EU-domstolen uttalat att detta utgör den ”*allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå*”.³⁷

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller mot någon annan bestämmelse i LOU kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.³⁸

I fall där avtal redan har uppkommit kan rätten istället besluta att avtalet är *ogiltigt*, om det har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.³⁹ Om det kan motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten dock besluta att avtalet får bestå, trots att förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda.⁴⁰ Vid sådan utgång ska Konkurrensverket, i särskild ordning, föra talan i allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndighet ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*⁴¹ om lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktets värde.⁴² I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktets värde,⁴³ men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.⁴⁴ Bland annat har upprepade lagöverträdelser av upphandlande myndigheten ansetts medföra sådan försvärande omständighet som motiverar ett högre straffvärde.

Exempelvis har Förvaltningsrätten i Stockholm dömt Landstinget att betala upphandlingsskadeavgift med maxbeloppet 10 miljoner kronor eftersom myndigheten slutit ”tilläggsavtal” om hemsjukvårdstjänster, trots att de ursprungliga grundavtalen inte medgav sådan ytterligare förlängning. Landstingets invändning om ”synnerliga skäl” till följd av oklarheter om det kommande huvudmannskapet för hemsjukvården godkändes inte av rätten, som påpekade att direktupphandling är tänkt för sådana oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte har kunnat råda

³³ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

³⁴ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

³⁵ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Spanien* (C-71/92) EU:C:1993:890, *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150.

³⁶ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens avgöranden i *Kommissionen mot Italien* (C-199/85), *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150. Från senare praxis, se även domstolens avgöranden i de förenade målen *Bockhorn-Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46.

³⁷ Se bl.a. EU-domstolens dom i *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 37, i framförallt engelsk eller tysk språkversion; se även skäl 13 till Europaparlamentets och Rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

³⁸ Se 20 kap. 4-6 § LOU.

³⁹ Se 20 kap. 13 § LOU. Enligt 20 kap. 16 § samma lag får rätten även förordna att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får avstå från detta om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

⁴⁰ Se 20 kap. 14 § LOU. Möjligheten att låta avtalet bestå ska enligt lagförarbetena tillämpas endast vid *exceptionella omständigheter* och bevisbördan för dessa omständigheter åvilar den upphandlande myndigheten – se prop. 2009/10:180 del 1 s. 139.

⁴¹ Se 21 kap. 2 jämförd med 1 § LOU.

⁴² Se 21 kap. 4 § LOU. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt samma kapitel. 5 § särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Av bestämmelsen framgår att i ringa fall ska någon avgift inte beslutas och at avgiften får efterges vid synnerliga skäl. Ett upprepat beteende från den upphandlande myndigheten kan bedömas som en försvärande omständighet som motiverar ett högre straffvärde - se bland annat Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

⁴³ Se exempelvis Kammarrätten i Stockholms mål nr. 1305-12, 5426-12 och 5452-12, Kammarrätten i Göteborgs mål nr 7009-12 Förvaltningsrätten i Stockholms mål nr 1281-12, 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13, Förvaltningsrätten i Göteborgs mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Faluns mål nr 2643-12, Förvaltningsrättens i Växjö mål nr 286-12 och Förvaltningsrättens i Luleå mål nr 2166-11.

⁴⁴ Se HFD 2015 ref. 69.

över. Brådska på grund av egen bristande planering medför exempelvis inte rätt att direktupphandla. I målet framkom att Landstinget sedan i vart fall maj 2013 måste haft kännedom om att hemsjukvården inte skulle föras över i annat huvudmannaskap. Landstinget ansågs därmed ha haft god tid på sig att planera och genomföra en ny upphandling innan avtalen löpte ut. Några *synnerliga skäl* för direktupphandling ansåg rätten därmed inte förelåg.⁴⁵

På motsvarande sätt har Landstinget hittills dömts i totalt 14 fall att betala sammanlagt 37,195 miljoner kronor i sådana särskilda straffavgifter. Av det totala antal mål som hittills avgjorts svarar därmed Landstinget för en dryg tredjedel (34 procent) av utdömda upphandlingskadeavgifter.⁴⁶

Yttrande

Landstinget 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.

Landstinget är skyldigt att som upphandlande myndighet iakttä bestämnelserna i LOU. Som framgår av utredningen har Landstinget beslutat förlänga ett sedan tidigare upphandlat vårdavtal eftersom myndigheten ansett sig behöva mer tid för att hinna genomföra ett nytt offentligt upphandlingsförfarande. Det aktuella avtalet är från 2010 och upphörde att gälla redan i maj 2016, utan möjlighet till ytterligare avtalsförlängning.

Landstinget har således haft god tid på sig, innan det ursprungliga avtalet löpte ut 2016, för att vidta sådana förberedande åtgärder som behövs för att få ett nytt avtal till stånd. Så har emellertid inte skett, utan Landstinget har istället, ungefär en månad efter det att avtalet redan hade upphört att gälla, förlängt avtalsförhållandet till att gälla ytterligare drygt ett och ett halvt år. Detta motiverade Landstinget med att förvaltningen därigenom skulle ges tid att arbeta fram ett förslag till upphandlingsunderlag. Något sådant underlag har emellertid aldrig framlagts. I stället har Landstinget dröjt fram till och med slutet av augusti 2017 med att fastställa upphandlingsunderlag och påbörja en ny upphandling, vilken följaktligen inte kommer kunna resultera i något avtal förrän tidigast till den sista april 2018. Landstinget har därmed tvingats förlänga – det tidigare otillåtet förlängda – avtalets löptid ytterligare en gång, med i vart fall fyra månader.

Enbart den i augusti 2017 beslutade avtalsförlängningen innefattar ett s.k. kontraktsvärde som överstiger värdegränsen för direktupphandling. Undantag för direktupphandling till följd av *långt värde* kan därför inte göras gällande. Den tidsnöd som uppstått för Landstinget beror vidare på myndighetens senfärdighet och bristande planering med att få en ny upphandling till stånd och får därmed anses självförvållad. Det kan därmed inte heller föreligga undantag för direktupphandling på grund av *synnerlig brådska*. Någon annan grund för undantag från LOU eller från skyldigheten till annonserad upphandling föreligger heller inte i nu aktuellt fall.

Enligt huvudregeln vid offentlig upphandling skulle Landstinget ha inhämtat konkurrerande anbud i ett annonserat förfarande, med en så god tidsmarginal att det nya avtalet hade kunnat träda i kraft vid utgången av det ursprungliga avtalets löptid, i maj 2016. Genom att underlåta denna skyldighet har Landstinget numera två gånger brutit mot bestämmelserna om offentlig upphandling och de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet (transparens) som ytterst följer av Sveriges unionsrättsliga åtaganden enligt EUF-fördraget.

⁴⁵ Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15, avgörandet har vunnit laga kraft.

⁴⁶ Se avgöranden av Förvaltningsrätten i Stockholm i mål nr. 29514-14, 30818-14, 23530-15, 13345-15, 24565-15, 21027-15, 16041-16, 21781-16, 21779-16, 2180-16, 21782-16, 27377-16, 2373-16 samt i det ovan refererade målet 13345-15.

Konkurrenskommissionen har tidigare kritiserat Landstinget för att olagligen ha förlängt såväl det nu aktuella avtalet som andra liknade avtal vilka redan löpt ut utan möjlighet till förlängning.⁴⁷ Kommissionen har även i ett pågående parallellt ärende (se KKO 17-027) funnit anledning att upprepa denna kritik.

Landstinget verkar närmast ha satt i system att direktupphandla vårdavtal i mångmiljonklassen på sätt som strider mot bestämmelserna om offentlig upphandling. Myndighetens lagtrots visar på en brist på respekt för det regelverk som ytterst syftar till att skydda skattebetalarnas medel genom krav på effektiv konkurrens vid myndighetens samtliga köp och anskaffningar. Detta har – förutom kritik från Konkurrenskommissionen – även resulterat i att Landstinget har dömts till att betala upphandlingsskadeavgift med hittills sammanlagt c:a 37 miljoner kronor av skattemedel.

Landstinget, som i domstolarna ensamt svarar för drygt en tredjedel av det totala antalet sådana avgiftsmål, utmärker sig därmed som den som i särklass ådömts flest upphandlingsskadeavgifter i Sverige.

Mot denna bakgrund framstår det som anmärkningsvärt att Landstinget fortsätter att nonchalera LOU och det bakomliggande EU-direktivets bestämmelser. Det finns därmed anledning att återigen rikta allvarlig kritik mot Landstinget.

⁴⁷ Se KKO 16-024 och KKO 16-040.