



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2018-07-04
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
11217-17

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Västra Götalands läns landsting
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

Ombud:

AnnaKarin Jonsson
Koncernkontoret
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig
upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förpliktar Västra Götalands läns
landsting att betala 1 150 000 kronor i upphandlingsskadeavgift.

Dok.Id 528985

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Den 31 augusti 2016 beslutade Västra hälso- och sjukvårdsnämnden i Västra Götalands läns landsting (nämnden) att nuvarande avtal om mödrahälsovård i kommunerna Stenungsund och Tjörn förlängs fram till dess att eventuellt vårdval införs inom mödrahälsovården, dock längst till och med den 31 december 2017.

Avtal om förlängningen ingicks den 25 oktober 2016.

YRKANDEN M.M.**Konkurrensverkets talan**

Konkurrensverket yrkar att Västra Götalands läns landsting (landstinget) ska förpliktas att betala 1 150 000 kr i upphandlingsskadeavgift och anför bl.a. följande.

Landstinget har genomfört en otillåten direktupphandling genom att ingå avtal avseende mödrahälsovårdsuppdrag i Tjörn och Stenungsund med en leverantör utan föregående annonsering, trots att förutsättningar för detta saknats.

Landstinget har vid fyra tillfällen kommit överens med leverantören om att på olika sätt förlänga avtalet, nämligen enligt följande:

1. Den 1 december 2014 förlängdes avtalet till perioden den 1 december 2015–31 maj 2015 gällande mödrahälsovård och gynekologi samt kompletterande avtal om utökad ersättning avseende kommunerna Tjörn, Kungälv, Stenungsund och Ale.
2. Den 27 april 2015 förlängdes avtalet med ytterligare sju månader till och med den 31 december 2015.

3. Den 28 oktober 2015 förlängdes avtalet med ett år till den 31 december 2016, men avsåg då enbart kommunerna Stenungsund och Tjörn.
4. Den 25 oktober 2016 förlängdes avtalet avseende mödrahälsovårdsuppdraget för kommunerna Stenungsund och Tjörn till den 31 december 2017.

Det är förlängningen enligt punkt fyra som är föremål för ansökan i detta mål.

Av protokollet från nämndens sammanträde den 31 augusti 2016 framgår att landstingets jurister avrått från att förlänga avtalet då det var att likställa med en otillåten direktupphandling. Av utredningen framgår att landstinget inte vid någon av de fyra förlängningarna annonserat någon ny upphandling av de aktuella tjänsterna.

Landstinget har sedan den första förlängningen haft god tid att göra en ny upphandling. Inte någon gång under perioden har landstinget annonserat en sådan upphandling utan avtalen har i stället på regelbunden basis förlängts. Det har således varit möjligt för landstinget att under den aktuella tidsperioden hålla tidsfristerna för ett annonserat upphandlingsförfarande. Dessutom har det med hänsyn till den långa tidsperioden inte heller varit fråga om oförutsebara omständigheter vid den fjärde förlängningen – landstinget har sedan den 1 december 2014 varit medvetet om att tjänsterna ifråga inte är korrekt upphandlade, men att behov för omhändertagande av uppdraget finns.

Landstingets direktupphandling har inte varit tillåten eftersom förutsättningarna för en övergång till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering saknats. Uppdraget avser mödravård under graviditet, övergång från mödravård till barnvård efter förlossning samt allmän preventivmedelsrådgivning och cellprovskontroll som erbjuds till en

grupp patienter med olika förutsättningar – det omfattar alltså varken sådana enstaka eller mycket speciella vårdssituationer som faller in under undantaget för synnerliga skäl. Det kan varken anses vara fråga om mycket vårdkrävande patienter eller några sådana ”mycket speciella omständigheter” som omfattas av undantaget för synnerliga skäl. Ett vårdgivarbyte kan i detta fall inte innebära att relationen mellan vårdgivare och vårdtagare skulle störas och vården därmed försämrats. Landstinget hade redan i huvudavtalet tagit hänsyn till att ett leverantörsbyte på grund av ett eventuellt införande av vårdval kunde komma att ske under avtalstiden. Dessutom hade landstinget säkerställt att en patientsäker övergång kunde ske vid upphörande av avtal.

Fördröjningen av beslutet om vårdval alternativt upphandling kan i sin helhet hänföras till landstinget som därför inte haft rätt att ingå avtalet utan föregående annonsering med hänsyn till synnerlig brådska. Det ställs höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation för att myndigheten ska kunna åberopa detta undantag. Därtill kommer att det närmast ska röra sig om en force majeureliknande situation för att en omständighet ska anses vara oförutsebar. De skäl som landstinget anfört för att inte annonsera avtalet ifråga har legat inom dess kontroll. Några andra skäl som skulle göra det möjligt att direkttilldela avtalet har inte framkommit.

Det finns inte synnerliga skäl att efterge eller sätta ned beloppet. Landstinget har systematiskt och under en längre tid förlängt mödrahälsovårdsuppdraget utan föregående annonsering. Agerandet är en följd av landstingets bristande planering. Det är inte tillåtet att åsidosätta upphandlingslagstiftningen i avvaktan på eventuella politiska beslut om en förändrad organisation. I lagens förarbeten anges vad gäller avtalstidens längd endast att sanktionsvärdet kan anses högre om avtalet avser en förhållandevis lång tid. Detta kan inte tolkas som att blotta frånvaron av försvårande omständigheter, såsom en lång avtalstid eller ett högt avtalsvärde, kan tillgodoräknas

landstinget som en förmildrande omständighet. Landstinget har gjort sig skyldigt till upprepade överträdelser som ska beaktas vid överträdelsens sanktionsvärde.

Omständigheterna i målet visar på ett agerande och ett förhållningssätt inom landstinget som utgör ett upprepat beteende. Landstinget har tidigare gjort sig skyldigt till otillåten direktupphandling (jfr Förvaltningsrättens i Göteborg dom den 20 april 2017 dom i mål nr 10014-16). Två otillåtna direktupphandlingar har således genomförts av landstinget under en period om tre år. Det föreligger ett upprepat beteende som påverkar sanktionsvärdet i höjande riktning.

Landstingets talan

Landstinget anser att ansökan ska avslås och för det fall upphandlings-skadeavgift påförs att avgiften i första hand efterges, i andra hand fastställas till ett lägre belopp. Landstinget anför bl.a. följande.

Landstinget konkurrensutsätter regelmässigt köp av hälso- och sjukvårdstjänster och har genomfört ett annonserat upphandlingsförfarande avseende mödrahälsovårdsuppdraget. Driften enligt det nya upphandlade avtalet planeras starta den 1 januari 2018.

Det är korrekt att landstinget genom de upphandlade avtalen detaljreglerar hur säkerställande av kontinuitet och en medicinsk säker övergång av patienter vid byte av vårdgivare och/eller upphörande av avtalet ska tillgodoses. Denna avtalsreglering syftar till att minimera riskerna för att kvalitén och kontinuiteten i vården försämras vid leverantörsbyte.

De förutsättningar som gällde den 25 oktober 2016 avviker emellertid från vad som normalt gäller vid myndighetens köp av en hälso- och sjukvårdstjänst. I januari 2016 genomfördes föreberedelser för inrättandet av

ett valfrihetssystem för mödrahälsovård i landstinget. Tidplanen för eventuellt beslut och införande av vårdval mödrahälsovård har därefter kommit att senareläggas. I oktober 2016 var det inte klart om eller när landstingsfullmäktige skulle komma att besluta om ett eventuellt införande av vårdval mödrahälsovård. Det fanns då ett – i vart fall tillfälligt – behov av köp av mödrahälsovårdstjänster i kommunerna Tjörn och Stenungsund även efter den 31 december 2016.

För att tillgodose patienternas behov av mödrahälsovårdstjänster även under tiden beslutet om ett eventuellt införande av vårdval av mödrahälsovård var under beredning beslutade landstinget att ingå avtal med den befintliga leverantören utan föregående annonsering för år 2017. Avtalet gäller således under maximalt ett år.

I oktober 2016 bedömdes att det fanns risk att den leverantör som skulle komma att tilldelas avtal efter genomfört annonseringsförfarande inom en snar framtid skulle ersättas till följd av införandet av vårdvalssystem för mödrahälsovård. Med hänsyn till att byte av vårdgivare vid två tillfällen under ett mycket begränsat tidsintervall skulle riskera att störa relationen mellan vårdgivare och patient och därmed riskera att vården försämras har det funnits förutsättningar att under en begränsad tid och i avvaktan på att ett eventuellt vårdval infördes, direktupphandla mödravårdstjänster från den tidigare leverantören. Genom den beslutade förlängningen tillgodosågs patienternas behov av kontinuitet och säkerhet i vården vilket gjorde det möjligt för landstinget att uppfylla hälso- och sjukvårdslagens krav på god vård.

Om förvaltningsrätten inte skulle finna att det funnits skäl för landstinget att under en begränsad tid direktupphandla mödrahälsovårdstjänster finns det synnerliga skäl att i det aktuella fallet helt efterge upphandlings-skadeavgiften. Landstinget har inte dragit några ekonomiska fördelar av att förlänga avtalet med den befintliga leverantören. Tvärtom har landstinget i

syfte att upprätthålla en patientsäker vård sannolikt fått erlagga en högre ersättning. Under inga omständigheter kan överträdelsen anses såpass allvarlig att det finns skäl att fastställa avgiften till ett belopp som motsvarar 8,5 procent av kontraktsvärdet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Inledningsvis noterar förvaltningsrätten att det är den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling som ska tillämpas i målet, jfr punkten 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Av 17 kap. 1 § LOU följer att allmän förvaltningsdomstol under vissa förutsättningar får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift).

Frågan i målet är om landstinget ska förpliktas att betala upphandlingsskadeavgift och i sådana fall med vilket belopp avgiften ska uppgå. Om avgift ska utgå har förvaltningsrätten även att ta ställning till om det finns skäl för eftergift.

Frågan om upphandlingsavgift ska betalas

För att upphandlingsskadeavgift ska påföras i detta mål krävs att landstinget genomfört en otillåten direktupphandling genom att ingå avtal utan föregående annonsering.

Det är i sig ostridigt att landstinget ingått avtal utan föregående annonsering. Landstinget har emellertid gjort gällande att det under den speciella situation som rådde i oktober 2016 – i avvaktan på besked om ett eventuellt införande av vårdvalssystem i syfte att upprätthålla patientsäkerheten – fanns synnerliga skäl att ingå avtal om förlängning med den sedan tidigare

upphandlande leverantören avseende mödrahälsovårdsuppdraget utan föregående annonsering.

Konkurrensverket anser för egen del att förlängningsavtalet avser en generell patientgrupp och inte ett enskilt fall av den mycket speciella karaktär som förutsätt för att synnerliga skäl ska anses föreligga. Vidare anser Konkurrensverket att de skäl som landstinget har anfört för att inte annonsera har legat inom dess kontroll och avtalet rätteligen borde ha annonserats i enlighet med bestämmelserna i LOU – eftersom någon sådan annonsering inte har skett utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Förvaltningsrätten noterar att det aktuella avtalet ingåtts utan föregående annonsering trots att sådan annonsering i princip skulle ha skett – frågan är därför om det funnits synnerliga skäl att underlåta annonsering i detta fall.

Som Konkurrensverket anfört ligger de omständigheter som landstinget har anfört som skäl till att underlåta annonsering inom landstingets egen kontrollsfär – huvudsakligen hänförligt till ett eventuellt framtida införande av vårdval. Detta utgör inte sådana synnerliga skäl som medför att annonsering har kunnat underlåtas på sätt som gjorts i detta fall. Inte heller är de andra omständigheter som landstinget har anfört av sådan art att annonsering kunde underlåtas. Förvaltningsrätten konstaterar därför att landstinget genomfört en sådan otillåten direktupphandling som i sig innebär att upphandlingsskadeavgift ska påföra enligt 17 kap. 1 § LOU.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Av 17 kap. 4 § LOU följer att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Det är i sig ostridigt att kontraktsvärdet uppgår till 13 500 000 kr och att den högsta upphandlingsskadeavgift som därför skulle kunna utgå uppgår till 1 350 000 kr. Konkurrensverket har emellertid inskränkt sitt yrkande till 1 150 000 kr.

I 17 kap. 5 § LOU föreskrivs att vid fastställande av upphandlings-skadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 197) anføres bl.a. följande. Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Det bör dock erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Syftet med förslaget är att 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. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Som framgått tidigare (...) anses exempelvis otillåtna direktupphandlingar vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt.

Som konstaterats ovan är det fråga om att landstinget en otillåten direktupphandling, dvs. en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Detta förhållande liksom kontraktsvärdet i sig utesluter att det är fråga om ett ringa fall, tvärtom talar detta för att sanktionsvärdet i sig är högt.

Förvaltningsrätten kan konstatera att nämnden beslutat att genomföra den otillåtna direktupphandlingen trots att landstingets egna jurister avrått från

detta eftersom förfaranden var att likställa med en direktupphandling. Att trots detta gå vidare med en direktupphandling visar på ett uppsåt och utgör enligt förvaltningsrättens mening försvårande omständigheter som talar för ett högt sanktionsvärde. Utredningen visar vidare att landstinget vid upprepade tillfällen valt att utan föregående annonsering förlänga det aktuella avtalet samt att landstinget tidigare gjort sig skyldigt till otillåten direktupphandling och påförts upphandlingsskadeavgift. Även dessa omständigheter tala för ett högt sanktionsvärde. Enligt förvaltningsrättens mening finns det inga förmildrande omständigheter av någon betydelse. Det finns inga skäl till eftergift – än mindre synnerliga skäl.

Det av Konkurrensverket yrkande beloppet är inte för högt utan framstår som mycket väl avvägt i förhållande till den konstaterade överträdelsen och till vad som i övrigt framkommit kring landstingets agerande. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 B LOU).

Magnus Nylander
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen M Georgsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövnings-tillstånd 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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.