

PM 2 2016-07-07 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.

Region Gävleborg (nedan Landstinget) har genom ett meddelande om upphandling som skickades för annonsering i nationell databas (Visma Opic) den 24 oktober 2014 påbörjat ett förenklat upphandlingsförfarande avseende ramavtal för successiva avrop av tjänster för dosdispensering av läkemedel. Upphandlingen omfattar totalt sex landsting¹ med Landstinget Sörmland (Inköp Sörmland Västmanland) som funktionsvarig upphandlande myndighet.

Upphandlat avtal ska enligt underlaget gälla perioden den 1 mars 2016 till och med den 30 april 2020, med möjlighet till förlängning med upp till 36 månader (4,16+3)≈ 7 år.² Av förfrågningsunderlaget³ framgår att ingen volymgaranti lämnas avseende på patienter och levererade volymer.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 i medeltal c:a 40.000 personer.⁶ Det i upphandlingen lägsta noterade anbudspriset uppgick till 0,47 kronor per patient/dygn.⁷ Mot denna bakgrund motsvarar upphandlingen ett kontraktsvärde av i vart fall c:a 6,8 miljoner kronor per år⁸ eller totalt c:a 47 miljoner kronor under avtalets maximalt sjuåriga löptid.⁹

Lagligheten avseende bl.a. upphandlingens maximalt sjuåriga avtalstid har prövats i ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm, där rätten förordnade att förfarandet skulle göras om.¹⁰

Kammarrätten konstaterade att den omständigheten att någon volym inte garanterades i upphandlingen medför att det är 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.

¹ Upphandlingen avser dosdispensering och dosexpediering av ordinarie läkemedel för öppenvård och genomförs i samverkan mellan Landstinget Sörmland, Landstinget Västmanland, Landstinget i Uppsala län, Landstinget i Värmland, Landstinget Dalarna, Örebro läns landsting samt Region Gävleborg.

² Se förfrågningsunderlaget, punkten 4, "Avtalstid" i bilagan "Avtalsmall". Avisering om förlängning bör enligt samma bestämmelse ske 12 månader före avtalsperiodens utgång.

³ Se förfrågningsunderlaget Upphandlingsföreskrifter Upphandling av dopsdispensering och dosexpediering av läkemedel för öppenvård, daterat den 24 oktober 2014 (dnr. DU-UPP14-157).

⁴ Se punkten 1.3 "Omfattning" i vilken bl.a. anges följande. "Nuvarande volym som återfinns [bilagerad] avser tjänstens nyttjande baserad på statistik och med angivande av medeltal/månad för perioden. Ingen volymgaranti lämnas med avseende patienter eller levererade volymer".

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 läkemedelsomsättningen årsvis motsvara c:a 222,8 miljoner kronor.

⁶ Se förfrågningsunderlaget, punkten 1.3 "Omfattning" där anges ett totalt underlag på c:a 42.421 patienter för de sju berörda landstingen. Eftersom antalet patienter varierar genom att de löpande tillkommer eller avslutar sin dosdispensering uppgår enligt underlaget det beräknade genomsnittliga patientantalet som har dosordination för hel månad till c:a 40.000.

⁷ Se bilaga 1, "Utvärdering", till Landstingets beslut om tilldelning, daterat den 7 januari 2015.

⁸ Beräkningen utgår från lägsta anbud om 0,47 kr./patient, vid 40.000 patienter och 365 dagar per år (40.000 x 365 x 0,47)= 6.862.000 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.

¹⁰ Kammarrätten i Stockholms dom av den 24 mars 2016 i mål nr. 7754-15. Avgörandet har vunnit laga kraft genom Högsta förvaltningsdomstolens beslut av den 10 juni 2016 i mål nr. 2016-16 att inte bevilja landstingen prövningstillstånd.

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 iaktta lagens bestämmelser kallas ”upphandlande myndighet”.

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 iakttagas 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 lagförarbetsuttalanden 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*).¹¹ 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.¹²

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).¹³

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 ramavtal¹⁴ 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.

¹¹ Se prop. 2006/07:128, del I, s. 160 och 304.

¹² Se Kammarrätten i Stockholms nu i ärendet aktuella avgörande i mål nr. 7754-15, s. 8; jfr. Kammarrätten i Jönköpings dom av den 5 juni 2014 i mål nr. 1871-13, s. 18.

¹³ Principen om (*vertikal*) direkt effekt tillåter privatpersoner att gentemot staten eller en myndighet direkt åberopa en europeisk bestämmelse i nationell eller europeisk domstol. Denna princip är dock underställd villkor om att den unionsrättsligt grundande skyldigheten måste vara precis, tydlig, ovillkorlig och inte kräva kompletterande nationella åtgärder eller ytterligare gemenskapsåtgärder, se bl.a. EU-domstolens dom i *van Gend en Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1.

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

I de svenska lagförarbetena anges inte närmare vad som avses med rekvisitet ”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-tiden¹⁵ 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.¹⁶

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.

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.¹⁷

I rättspraxis har dessa frågor bland annat bedömts av Kammarrätten i Stockholm, dels i det ovan refererade avgörandet avseende landstingens nu aktuella dosdispenseringsupphandling,¹⁸ dels i ett avgörande där ett (2+2+0,5=) 4,5-årigt ramavtal avseende löpande vaccinleveranser till förebyggande av livmoderhalscancer konstaterades strida mot begränsningsregeln i 5 kap. 3 § LOU.¹⁹

Yttrande

De av upphandlingen berörda landstingen har i ett gemensamt yttrande över en promemoria med preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anført att de har överklagat kammarrättens dom. I yttrandet anges att landstingen ställer sig frågande till att Konkurrenskommissionen tar sig friheten att framföra kritik innan rättsfrågorna har vunnit laga kraft och menar att kommissionen därigenom ställer sig över det svenska rättsväsendet och den ordning som följer av detta.

Landstingen anger vidare att intill dess rättsfrågorna slutligen har avgjorts är Konkurrenskommissionens kritik helt grundlös. Eftersom kommissionen har valt att kritisera landstingens verksamhet och inställning i sakfrågorna (och även för det fall landstingen inte skulle vinna rättslig framgång i sakfrågorna) så tar sig landstingen friheten att påtala att det framstår som uppenbart att kommissionen saknar kunskap om komplexiteten i de aktuella rättsfrågorna.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som sedan 1994 uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen. Kommissionen avger även remisser i lagstiftningsärenden avseende bl.a. upphandling.

Landstinget är såsom upphandlande myndighet skyldig att vid sina anskaffningar iaktta regelverket i LOU. Av utredningen framgår att Landstinget tillsammans med andra landsting har genomfört en förenklad upphandling av tjänster för dosdispensering av läkemedel med en maximal avtalstid på sju år. Upphandlingen innefattar inte några garanterade volymer.

¹⁵ Se prop. 2006/07:128, s. 333 f..

¹⁶ Se SOU 2005:22, s. 279.

¹⁷ 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.

¹⁸ Se fotnot 10 ovan.

¹⁹ Se Kammarrätten i Stockholm, dom av den 23 mars 2011 i mål 5609--5629-10.

Kammarrätten i Stockholm har konstaterat att landstingens gemensamma upphandling avser ett ramavtal. Till grund för denna bedömning har kammarrätten bland annat lagt att avtalet inte innefattar några garanterade volymer.

Vid detta förhållande föreligger det en begränsning om att avtal inte får tecknas för längre tid än fyra år om det inte föreligger *särskilda skäl*. Såsom sådana särskilda skäl anger lagförarbetena att *föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören som ska betala sig under avtalstiden eller att det rör sig 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*.

Landstingen har inom ramen för domstolarnas prövning invänt att föremålet för upphandlingen är sådant att det fordras en längre avtalstid än lagstadgade fyra år, för att den leverantör som tilldelas kontraktet ska kunna genomföra erforderliga avskrivningar under avtalstiden. Likväl garanterar landstingen inte en längre avtalstid än drygt fyra år. Den som lämnar anbud i upphandlingen kan sålunda inte påräkna någon längre garanterad tid för sina eventuella avskrivningar än drygt fyra år. Vid sin prövning av denna invändning har kammarrätten heller inte funnit att det föreligger några särskilda skäl som kan kopplas till föremålet för kontraktet.

Konkurrenskommissionen delar kammarrättens ovan redovisade bedömningar. Någon särskild komplexitet ligger knappast i de aktuella rättsfrågorna. Högsta förvaltningsdomstolen har heller inte funnit att frågorna är sådana att prövningstillstånd ska beviljas med prejudikatsdispens. Kammarrättens avgörande har därför vunnit laga kraft.

Förutsättningarna i upphandlingen är således sådana att det inte föreligger möjlighet till undantag för en längre maximal avtalstid än lagstadgade fyra år. Eftersom ramavtalstiden satts till maximalt sju år, inklusive avtalsförlängning, strider upphandlingens aktuella utformning mot begränsningsregeln i LOU. Förfarandet riskerar därmed att sätta konkurrensen ur spel under längre tid än lagen tillåter på ett sätt som minskar förutsättningarna för en effektiv konkurrens. Eftersom den aktuella begränsningsregeln i LOU har funnits sedan 2008 borde den vid det här laget vara väl känd av landstingen, vilka rimligen behöver se över sina upphandlingsrutiner.