

PM 2 2018-03-07 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Ett landsting har genom direkttilldelning förlängt ett ambulanstransportavtal trots att avtalsförhållandet inte går att förlänga utan ny upphandling.*

Landstinget i Uppsala län<sup>1</sup> har genom Akademiska sjukhuset (nedan Landstinget) den 25 augusti och 5 september 2017 slutit avtal (nedan Förlängningsavtalet)<sup>2</sup> med ett privat företag (nedan Flygambulansföretaget) om köp av löpande tjänster för ambulanshelikopter verksamhet. Förlängningsavtalet avser en maximalt femårig löptid, under perioden den 1 oktober 2017 till den 31 december 2020 med möjlighet till två års förlängning (3+1+1 år) till den 31 december 2022.

I inledningen till Förlängningsavtalet anges att detta avtal är baserat på ett tidigare upphandlingskontrakt (nedan Ursprungsavtalet)<sup>3</sup> med tilläggsavtal,<sup>4</sup> där alla förutsättningar och kravställningar på verksamheten framgår. Landstinget ska enligt Förlängningsavtalet utge en fast ersättning till Flygambulansföretaget på 3.025.409 kronor per månad samt en rörlig ersättning på 14.184 kronor per timme. Detta ger ett minsta kontraktsvärde som på fast basis kan uppskattas till 187.575.358 kronor under avtalets fulla löptid (62 månader inklusive förlängningsår), därtill kommande rörlig ersättning oräknad.

Ursprungsavtalet tecknades mellan samma parter den 5 juli 2010, för att avse perioden 1 oktober 2010 till den 30 september 2015, med möjlighet till två (2) års förlängning. Denna förlängning har utnyttjats och giltigheten av avtalet löpte därmed ut den 30 september 2017, utan möjlighet till ytterligare förlängning.

Förlängningsavtalet har inte föregåtts av någon annonserad upphandling. Detta har i avtalstexten motiverats med att ”[Landstinget] har under 2015 beslutat att ingå i Kommunalförbundet Svenska Luftambulans (SLA) från och med 2017-10-01 när nuvarande avtal med [Flygambulansföretaget] går ut. Under omställningsperioden från beslutet som gjordes av [Landstinget] 2015 till idag, visar det sig att SLA inte kan åta sig att utföra verksamheten som planerat för [Landstinget] då upphandlingen SLA avser att utföra, för att inhandla en helikopter som passar verksamheten för Luftburen Intensivvård, ännu inte påbörjats. Av den anledningen måste nu [Landstinget] säkerställa fortsatt drift av Ambulans/Intensivvårdsverksamheten med helikopter genom detta avtal”.

Kommunalförbundet Svensk Luftambulans (SLA)<sup>5</sup> bildades 2014 och Landstinget inträdde som medlem under 2016. Förbundet leds av en förbundsdirektion där bland annat Landstinget representeras med två ordinarie ledamöter och två suppleanter. I förbundets ”Verksamhetsplan och Budget 2017” har under punkten 2.4, ”Uppsala”, antecknats att Landstinget för närvarande bedriver verksamhet genom en upphandlad operatör som äger helikoptern och ansvarar för flygande personal och tekniker samt att Landstinget har som målsättning att kommunalförbundet ska bedriva den operativa verksamheten när en ny upphandlad helikopter levereras.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Landstinget i Uppsala län (232100-0024), slogs per den 1 januari 2017 ihop med Regionförbundet Uppsala till ”Region Uppsala”. Formellt skedde detta genom att Landstinget i Uppsala län skrevs in i lagen (2010:630) om regionalt utvecklingsansvar i länet.

<sup>2</sup> Förlängningsavtalet, rubricerat ”AMBULANS/INTENSIVVÅRDSHELIKOPTERVERKSAMHET”, tecknades mellan Landstinget och Flygambulansföretaget den 25 augusti och den 5 september 2017 - dnr. AS2017/0439.

<sup>3</sup> Ursprungsavtalet, rubricerat ”Upphandlingskontrakt”, tecknades mellan Landstinget och Flygambulansföretaget (som då verkade under annan firma) den 5 juli 2010 - dnr. UPP2010-0041.

<sup>4</sup> Se tilläggsavtal avseende flygbränsle till det ovan angivna Upphandlingskontraktet, daterat den 15 april 2016.

<sup>5</sup> Kommunalförbundet Svenska Luftambulans (SLA), med organisationsnummer 222000-3061, registrerades 2014. Förbundet bildades ursprungligen av Landstinget i Värmland och Landstinget Dalarna 2014. Från 2015 har Västra Götalandsregionen från 2016 Uppsala Läns Landsting inträtt som medlemmar. Förbundet har, enligt punkten 1 i sin verksamhetsplan och budget (2017), till uppdrag för sin verksamhet att ansvara ”för att driva ambulanshelikopter verksamhet och annan därtill anknuten verksamhet åt medlemmarna. Ändamålet är att skapa en stark, kostnadseffektiv och kompetent part för att på bästa sätt kunna tillvarata medlemmarnas intressen och bidra till den regionala och nationella utvecklingen inom verksamhetsområdet. SLA ska också aktivt driva kompetensutveckling, kvalitetssäkring och forskning inom prehospitalet ambulanssjukvård såväl hos medlemmarna som nationellt”.

<sup>6</sup> Se ”Svensk Luftambulans Verksamhetsplan och Budget 2017” daterad den 6 oktober 2016 (dnr. SLA/160046).

Av förbundsdirektionens protokoll från den 22 februari 2017 kan utläsas att förarbetet inför upphandling av en ny helikopter vid denna tidpunkt redan var i princip klart, men att genomförandet avvaktade direktionens beslut avseende vissa strategiska frågor. Förbundsdirektionen beslutade återremittera frågan.<sup>7</sup> I april 2017 beslutade direktionen att ändra förbundets samverkansavtal för att möjliggöra att bland annat Landstinget skulle kunna anlita en extern leverantör.<sup>8</sup> Av protokollen från augusti och oktober 2017 framgår vidare att en upphandling skulle inledas i början av september samma år, men att upphandlingen senare pausats i avvaktan av förbundsmedlemmarnas beslut.<sup>9</sup> En upphandling avseende fabriksnya ambulanshelikoptrar har därefter påbörjats i december 2017. Anbudstiden löper ut den 15 februari 2018.<sup>10</sup>

### **Rättslig reglering**

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.<sup>11</sup> 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).<sup>12</sup> LOU är generell tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bland annat tjänster, genom tilldelning av kontrakt.<sup>13</sup>

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.

Ambulans tjänster (CPV 851430000-3)<sup>14</sup> hänför sig numera till sådan hälsovård och socialtjänster och därmed närbesläktade tjänster som regleras i Bilagan 2 till LOU. De ska därför oavsett värdet upphandlas enligt de nationellt styrda 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

<sup>7</sup> Se § 3 i förbundsdirektionens protokoll från sammanträde den 22 februari 2017, dnr. SLA/170012. Ärendet återremitterades eftersom Landstinget inte var överens med övriga berörda landsting om inriktningen för upphandlingen. Förbundsdirektionen beslutade bland annat att ge förvaltningen i uppdrag att ta fram en policy mot mutor och annan otillbörlig påverkan samt en begränsning av vem som fick ha kontakter med leverantörer.

<sup>8</sup> Se § 23 i förbundsdirektionens protokoll från sammanträde den 28 april 2017, dnr. SLA/170012.

<sup>9</sup> Se § 37 i förbundsdirektionens protokoll från sammanträde den 31 augusti 2017, respektive § 42 i protokoll från den 11 oktober 2017.

<sup>10</sup> Se Meddelande om upphandling som skickades för publicering i EUT och TED den 6 december 2017. I annonsen om upphandling anges Landstinget (232100-0024) som upphandlande myndighet. I övrigt framgår (under punkten II.1.4) att det är Svensk Luftambulans (SLA) som upphandlar två fabriksnya ambulanshelikoptrar speciellt anpassade och inredda för ambulansuppdrag med option på köp av ytterligare upp till åtta ambulanshelikoptrar (dnr. SLA170071).

<sup>11</sup> 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 ramavtalsförlängningar som har skett efter den 1 januari 2017.

<sup>12</sup> Se Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU), av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>13</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

<sup>14</sup> Se skäl 28 till LOU-direktivet av vilken framgår att ambulans tjänster numera faller under CPV-undergrupp 8514. Tjänster enligt CPV-koden 85143000-3 som uteslutande består av ambulans tjänster för transport av patienter bör således omfattas av det särskilda systemet som gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt Bilagan 2 som regleras genom 9 kap. LOU. Detta innebär att också blandade kontrakt för tillhandahållande av allmänna ambulans tjänster omfattas av 19 kap. LOU om värdet av ambulans tjänster för transport av patienter är större än värdet av andra ambulans tjänster.

en sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.<sup>15</sup>

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.<sup>16</sup> Dock får, under vissa undantagsförutsättningar, en upphandlande myndighet sluta avtal direkt, och utan iakttagande av lagens förfarandebestämmelser, med en annan upphandlande myndighet<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

Om ingen av förutsättningarna för undantag från LOU är uppfyllda ska anbudsinfördran genomföras enligt lagens bestämmelser. Enligt lagens huvudregel<sup>21</sup> 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 kronor<sup>22</sup> ska annonseringen ske genom att 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).<sup>23</sup> Undantag från kravet på annonsering föreligger dock vid följande förutsättningar.<sup>24</sup>

- det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 534.890 kronor (28 procent av tröskelvärdet)<sup>25</sup> – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,<sup>26</sup>
- det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska*, orsakad av icke förutsebara omständigheter som gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett 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 som ska anskaffas skyddas av ensamrätt eller det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens,<sup>27</sup>

<sup>15</sup> De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i EUF-fördraget - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

<sup>16</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Se 3 kap. 11–16 § LOU.

<sup>19</sup> Se 3 kap. 10 § LOU.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Se 4 kap. 1 § LOU.

<sup>22</sup> Se 5 kap. 1 § LOU samt regeringens tillkännagivande (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Se 6 kap. 12–19 §§ samt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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.

- 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.<sup>28</sup>

Undantagen för *synnerliga skäl* och *synnerlig brådskande* avser extraordinära situationer. För att detta undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste det framstå som absolut nödvändigt att tilldela kontraktet omedelbart. Det måste enligt praxis i så fall röra sig om en unik situation<sup>29</sup> eller ett brådskande behov av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.<sup>30</sup> Det ska också framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart behöver komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.<sup>31</sup> Omständigheterna som kan rättfärdiga synnerlig brådskande måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. saker som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka.

*Egenförförd brådskande* 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*.<sup>32</sup>

I referatsfallet HFD 2017 ref. 66 hade Högsta förvaltningsdomstolen att pröva om en nystartad statlig myndighet (Statens servicecenter) haft laglig undantagsgrund för att direkttilldela kontrakt avseende konsulttjänster som behövdes för att få myndigheten funktionsduglig vid den tidpunkt regeringen utsatt för att myndigheten skulle påbörja sin verksamhet. Den hos myndigheten således uppkomna brådskan berodde således på den snäva tidsram som regeringen hade satt upp. Högsta förvaltningsdomstolen fann att enbart det förhållandet att regeringens hade satt genomförandet och starten av den nya myndigheten under press inte i sig kan anses utgöra någon sådan oförutsedd omständighet som berättigar till avsteg från de krav lagen ställer på hur en offentlig upphandling av viss omfattning ska gå till. Det hade heller inte framkommit att den av regeringen beslutade tidsramen i sig kunde motiveras av omständigheter som inte hade kunnat förutses. Enligt domstolen saknades det därför tillräckliga förutsättningar för att tillämpa undantagsbestämmelsen för direkttilldelning på grund av synnerlig brådskande.

Den tidsnöd som åberopas till stöd för synnerlig brådskande 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 praxis<sup>33</sup> möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de unionsrättsliga rättigheterna vid offentlig upphandling tolkas restriktivt.<sup>34</sup> Det ankommer också på den som åberopar ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.<sup>35</sup>

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*”.<sup>36</sup>

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> Se 6 kap. 18 § LOU.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

<sup>31</sup> I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskande 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.

<sup>32</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

<sup>33</sup> Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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.

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.<sup>37</sup>

I fall där avtal redan uppkommit kan rätten istället besluta att avtalet är *ogiltigt*, för det fall att avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> Vid sådan utgång ska Konkurrensverket i särskild ordning föra talan i allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*<sup>40</sup> på upp till tio procent av kontraktsvärdet, dock lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor.<sup>41</sup> Verket får även i andra fall av otillåten direkttilldelning föra sådan talan.<sup>42</sup> I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet,<sup>43</sup> men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.<sup>44</sup>

### **Yttrande**

Landstinget har i yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet angivit följande.<sup>45</sup> Landstinget bestrider att det skett en otillåten direktupphandling. Myndigheten har genomfört ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering i enlighet med 6 kap. 15 § LOU eftersom synnerlig brådska bedömts föreligga. Landstinget vill påtala att bestämmelsen är identisk med den tidigare bestämmelsen i 4 kap. 5 § 3 p. i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÅLOU) och att den praxis som utvecklats avseende tolkningen av bestämmelsen fortfarande är aktuell. Enligt direktiv 2004/18/EG, mot vilket bestämmelsen ska tolkas, bör LOU inte hindra vidtagande eller genomförande av sådana åtgärder som behövs för att exempelvis skydda människors hälsa och liv. Kammarrätten i Göteborg<sup>46</sup> har tidigare bedömt att kontrakt avseende skolskjuts och skolmat varit absolut nödvändiga att tilldela. Situationen har i dessa fall varit lik den som nu är för handen, d.v.s. att ett tidigare kontrakt löper ut samtidigt som en ny upphandling genomförs. Eftersom ambulanshelikoptertjänst ytterst och i högsta grad syftar till att skydda människors hälsa och liv så har en tilldelning av kontrakt i detta fall helt och hållet bedömts som absolut nödvändig. Landstinget uppger att ett hypotetiskt leveransstopp direkt skulle föranleda direkta dödsfall.

Landstinget anför vidare att det andra rekvisit som måste vara uppfyllt är att den synnerliga brådska som föreligger inte har orsakats av omständigheter som den upphandlande myndigheten kunnat förutspå. I förevarande fall genomför SLA en pågående upphandling av ambulanshelikopter. Denna upphandling påbörjades hösten 2015 och beräknades ursprungligen bli klar under hösten 2017. Dessvärre och beroende av omständigheter som kommunalförbundet inte har kunnat råda

---

<sup>37</sup> Se 20 kap. 4-6 § LOU.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> Se 21 kap. 2 jämförd med 1 § LOU.

<sup>41</sup> 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 att 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.

<sup>42</sup> Se 21 kap. 1 § punkten 3 LOU.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Se HFD 2015 ref. 69.

<sup>45</sup> Landstingets yttrande i förkortad form, här utan den rättsliga reglering som redan redovisats under avsnittet ”Rättslig reglering”. Landstingets yttrande kan läsas i sin helhet under fliken Konkurrenskommissionen på [www.dnv.se](http://www.dnv.se).

<sup>46</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1446-1452-12 och i mål nr 784-10.

över så har upphandlingen försenats. Det råder därmed ingen tvekan om att upphandlingen har påbörjats i tid. D.v.s. två år innan aktuellt kontrakt skulle löpa ut. Anledningen till att upphandlingen har fördröjts är att det tog längre tid än beräknat att utforma den mycket komplexa kravspecifikationen, vilket även har fått till följd att den kommunala beslutsprocessen fördröjts. Eftersom kravspecifikationen ska godkännas av varje enskilt landsting har det även varit oerhört svårt att förutspå exakt tidsåtgång för att utforma samtliga underlag. Den synnerliga brådska som därmed uppstått har således inte på något sätt varit hänförlig till omständigheter som Landstinget har kunnat påverka. Utifrån rådande förutsättningar har Landstinget således bedömt att förutsättningarna för en tillämpning av bestämmelsen i 6 kap. 15 § LOU är uppfyllda.

Vidare anförs att det i praxis bedömts att tjänstens art, d.v.s. den omständigheten att tjänsten måste tillhandahållas med tvingande hänsyn till allmänintresset, är överordnad omständigheten om förutsägbarhet. Förvaltningsrätten i Sundsvall har i mål nr 821-14 och 861-14 bedömt att avtal gällande kollektivtrafik avseende färdtjänst, sjukresa och skolskjuts skulle bestå trots att den synnerliga brådskan orsakats av myndigheten – avtalen fick bestå p.g.a. tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Vidare bör beaktas vad som uttalats i doktrin. En myndighet bör inte ha en skyldighet enligt tillämplig offentligrättslig lagstiftning att tillhandahålla en viss tjänst och samtidigt enligt LOU vara förbjuden att direktupphandla den i avvaktan på att ett ordinarie upphandlingsförfarande kan slutföras.<sup>47</sup> Landstinget vill även uttrycka sin förundran över att Konkurrenskommissionens överhuvudtaget ifrågasatt Landstingets agerande avseende en tjänst som är fullständigt avgörande för att kunna rädda människors liv och som enligt lag ingår i Landstingets uppdrag.

### **Slutlig 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 skyldigt att iaktta bestämmelserna i LOU. Som framgår av utredningen har Landstinget förlängt ett tidigare upphandlat avtalsförhållande med Flygambulansföretaget till att omfatta även tiden efter det att det ursprungliga avtalet löpte ut, i oktober 2017. Detta trots att någon avtalsrättslig möjlighet till sådan ytterligare förlängning inte förelegat.

Förlängningsavtalet utgör därmed ett självständigt kontrakt i en ny upphandling. Fråga uppkommer om Landstinget har haft några lagliga skäl till att direkttilldela detta kontrakt till Flygambulansföretaget.

Eftersom avtalet avser ett så pass högt kontraktsvärde har direktupphandling till följd av lågt värde inte kunnat komma ifråga. Landstinget har dock anfört att upphandlingen skedde genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av *synnerlig brådska*.

För att undantaget för synnerlig brådska ska vara tillämpligt krävs att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet och att brådskan inte är självförvållad av den upphandlande myndigheten. Konkurrenskommissionen instämmer med Landstinget att avtalets art, helikopterambulanstjänster, är sådan att det varit nödvändigt att tilldela kontraktet. Frågan blir därmed om den uppkomna brådskan varit självförvållad.

Av tillgängliga protokoll framgår att förbundsdirektionen i Svenska Luftambulans (SLA), där Landstinget är representerat med två ordinarie ledamöter, upprepade gånger har beslutat fördröja den upphandling som skulle kunna ha genomförts redan med start i början av 2017. Av protokollen framgår att upphandlingen pausats i avvaktan på politiska beslut inom förbundsdirektionen, där Landstinget ingår med egen representation av två ledamöter. Som en följd av förbundsdirektionens fördröjande påbörjades upphandlingen av helikoptrar till SLA först i december 2017.

<sup>47</sup> Landstinget hänvisar här till Rosén Andersson m.fl. "Lagen om offentlig upphandling, En kommentar" (Norstedts gula bibliotek), s. 265.

Den av Landstingen påtalade omständigheten att det har tagit längre tid än beräknat att utforma kravspecifikationen är definitivt något som kommunalförbundet har kunnat råda över.

Landstinget har genom sin medverkan i SLA och dess förbundsdirection således aktivt påverkat SLA:s upphandling och bland annat medverkat till att ärendet återremitterats.<sup>7</sup> Landstinget har sålunda haft en sådan insyn och påverkan att det vid den tidpunkt då en egen upphandling senast behövde påbörjas kunnat förstå att förbundet inte skulle kunna utföra erforderliga ambulanstransporttjänster redan då Ursprungsavtalet löpte ut i oktober 2017. Landstinget borde därför ha genomfört en egen, annonserad, upphandling i stället för att avvakta andra landstings beslut.

Att den upphandlande myndigheten är tvungen att tillhandahålla en viss tjänst medför inte i sig att en uppkommande synnerlig brådska inte kan anses ha varit självförvållad, jfr. bland annat det ovan beskriva referatsfallet HFD 2017 ref. 66.

Landstinget har även åberopat praxis där avtal har tillåtits få bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset. Konkurrenskommissionen vill i detta avseende påpeka att detta på inget sätt medför att de upphandlande myndigheterna har friats från överträdelse av LOU. Om rätten beslutar att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset har domstolen nämligen konstaterat att myndigheten *brutit mot lagen*, men att det föreligger starka skäl för att trots detta låta avtalet bestå. Vid ett dylikt utfall ska Konkurrensverket dessutom väcka talan om obligatorisk upphandlingsskadeavgift, vilket i detta fall skulle kunna uppgå till det maximala beloppet 10 miljoner kronor.

Den tidsnöd som kan ha uppstått inom Landstinget beror på egen senfärdighet och bristande planering från myndighetens sida. Detta gäller enligt såväl den äldre lagen om offentlig upphandling (ÅLOU) som nuvarande reglering. Vad Landstinget anför kan således inte medföra någon annan bedömning. Skäl för direktupphandling till följd av synnerlig brådska kan därmed inte anses föreligga.

Någon annan laglig grund för att direkttilldela Förlängningsavtalet har heller inte funnits. Landstinget skulle därför ha upphandlat aktuella tjänster i ett annonserat förfarande där även andra leverantörer än Flygambulansföretaget skulle kunna komma i fråga för att delta med konkurrerande anbud.

Landstingets åtgärd om att teckna avtal direkt med Flygambulansföretaget strider härigenom mot LOU och det bakomliggande EU-direktivets bestämmelser. Det finns därmed anledning att kritisera Landstinget.