

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 direkttilldelningar ytterligare förlängt sedan tidigare olagligen förlängda vårdavtal. Det samlade kontraktsvärdet av de senaste genomförda förlängningarna uppgår till minst 43 miljoner kronor.*

Stockholms läns landsting har, genom Hälso- och sjukvårdsnämnden, (nedan Landstinget)<sup>1</sup> förlängt två löpande avtal om köp av vårdtjänster för hemlösa som ingicks 2005 respektive 2010.

Det ena avtalet avser slutenvård, med totalt nio vårdplatser,<sup>2</sup> och direktupphandlades 2005. Därefter har avtalets giltighet löpande förlängts genom direktupphandlade förlängningsavtal som senast löpte ut den 31 augusti 2017.

Det andra avtalet, som avser öppenvård,<sup>3</sup> upphandlades i ett annonserat förfarande 2009 för att gälla fram till och med den 31 december 2012 utan möjlighet till förlängning. Trots detta har avtalets giltighet därefter löpande förlängts genom direktupphandlade förlängningsavtal som senast löpte ut den 31 augusti 2017.

För tiden efter utgången av de senaste förlängningsavtalen, den 31 augusti 2017, har avtalen ytterligare förlängts att gälla fram till och med den 31 augusti 2018.<sup>4</sup> I anslutning härtil har i ett pressmeddelande en företrädare för Landstingets politiska majoritet kommenterat dessa förfoganden med bland annat följande.<sup>5</sup>

”- Vi har jobbat hårt med att rensa upp i landstingets avtalsdjungel eftersom landstinget självklart måste följa lagen och avveckla alla direktavtal och förlängningar utan upphandling. Men eftersom människor måste kunna räkna med vård också under upphandlingsperioden kommer vi här göra ett undantag och de nuvarande avtalen trots att de inte är korrekt upphandlade. Människors behov måste gå först så av två dåliga alternativ är det här den enda rimliga. Däremot ska vi skynda på upphandlingen så att vi får ordning på våra avtal så snart som möjligt, kommenterar [ordföranden i Landstingets beredning för hälsa, psykiatri och jämlik vård]”.

En gemensam upphandling som omfattar såväl slutenvården som öppenvården påbörjades den 30 augusti 2017, och har ännu inte slutförts.<sup>6</sup>

Kostnaderna för de aktuella vårdtjänsterna fördelas mellan Landstinget och Stockholms kommun enligt särskilda samverkansavtal, genom vilka parterna ska samfinansiera driften av ”Vårdplatser för hemlösa med svår somatisk sjukdom” i enlighet med Landstingets avtal med vårdgivaren.<sup>7</sup>

Enligt Landstingets egen uppskattning<sup>8</sup> uppgår det totala kontraktsvärdet för vårdavtalen till cirka 43 miljoner kronor per år.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Se Hälso- och sjukvårdsförvaltningens tjänsteutlåtande av den 29 juni 2017, rubricerat Förfrågningsunderlag enligt lagen om offentlig upphandling - upphandling av vård för personer i hemlöshet i Stockholms län, jämte Hälso- och sjukvårdsnämndens protokoll från sammanträdet den 29 augusti 2017 (HSN § 203/17), dnr. HSN 1508-0957.

<sup>2</sup> Vårdplatserna finns på Erstabackens HVB-hem. Av de totalt nio platserna är åtta vård- och boendeplatser efter individuell biståndsbedömning medan den nionde platsen är en ren sjukvårdsplats.

<sup>3</sup> Vårdplatserna tillhandahålls i Ersta diakonis öppenvårdsmottagning i kvarteret Pelarbacken på Södermalm i Stockholm.

<sup>4</sup> Det är emellertid oklart vem som har beslutat om aktuella avtalsförlängningar. Till skillnad från en motsvarande avtalsförlängning som behandlades vid samma beslutstillfälle, under punkten HSN § 204/17, har Landstingets under punkten HSN § 203/17 inte fattat något sådant förlängningsbeslut avseende vårdtjänsterna för hemlösa.

<sup>5</sup> Se pressmeddelande från Liberalerna, av den 11 september 2017, rubricerat ”Nu samlas vården för hemlösa – för hela Stockholms län”.

<sup>6</sup> Upphandlingen påbörjades genom ett meddelande om upphandling som skickades den 30 augusti 2017 till Europeiska unionens publikationsbyrå (OPOCE) för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED, Sverige-Stockholm: Psykiatrisk eller psykologisk vård, - EUT/S 167 01/09/2017 344324-2017-SV.

<sup>7</sup> Se nu gällande avtal om FÖRLÄNGNING AV SAMVERKANSAVTAL, av den 15 och 28 september 2016, som upprättats mellan Landstingets Hälso- och sjukvårdsförvaltning samt Stockholm kommun genom dess Socialnämnd, för perioden den 1 september 2017 till och med den 31 augusti 2019.

<sup>8</sup> Se Hälso- och sjukvårdsförvaltningens tjänsteutlåtande av den 29 juni 2017, rubricerat ”Förfrågningsunderlag enligt lagen om offentlig upphandling - upphandling av vård för personer i hemlöshet i Stockholms län, dnr. HSN 1508-0957.

<sup>9</sup> Antalet patienter var under 2015 c:a 50 i slutenvården samt c:a 1.400 i öppenvården, varav under 2015 utfördes c:a 17.600 besök.

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.<sup>10</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>11</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>12</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. Hälsovård och socialtjänster och därmed närbesläktade tjänster som regleras i Bilagan 2 till LOU ska 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 (transparent)* 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.<sup>13</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>14</sup> Dock får, under vissa undantagsförutsättningar, en upphandlande myndighet sluta avtal direkt, och utan iakttagande av lagens förfarandebestämmelser, med en annan upphandlande myndighet<sup>15</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>16</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>17</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>18</sup>

<sup>10</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 ramavtalsförläggningar efter den 1 januari 2017.

<sup>11</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>12</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

<sup>13</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>14</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

<sup>15</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>16</sup> Se 3 kap. 11-16 § LOU.

<sup>17</sup> Se 3 kap. 10 § LOU.

<sup>18</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.

Om ingen av förutsättningarna för undantag från LOU är uppfyllda ska anbudsinfordran genomföras enligt lagens bestämmelser. Enligt lagens huvudregel<sup>19</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>20</sup> 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).<sup>21</sup> Undantag från kravet på annonsering föreligger dock vid följande förutsättningar.<sup>22</sup>

- det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger 534.890 kronor (28 procent av tröskelvärdet)<sup>23</sup> – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,<sup>24</sup>
- 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 leverantör<sup>25</sup>
- 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>26</sup>

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 situation<sup>27</sup> eller ett brådskande behov av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> 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.

<sup>19</sup> Se 4 kap. 1 § LOU.

<sup>20</sup> Se 5 kap. 1 § LOU samt regeringens tillkännagivande (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>21</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>22</sup> Se 6 kap. 12–19 §§ samt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.

<sup>23</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>24</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.

<sup>25</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>26</sup> Se 3 kap. 18 § LOU.

<sup>27</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>28</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

<sup>29</sup> 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.

*Egenförvållad 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*.<sup>30</sup> 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 praxis<sup>31</sup> möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de unionsrättsliga rättigheterna vid offentlig upphandling tolkas restriktivt.<sup>32</sup> Det ankommer också på den som åberopar ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.<sup>33</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>34</sup>

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>35</sup>

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.<sup>36</sup> Om det kan motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten dock besluta att avtalet får bestå, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.<sup>37</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>38</sup> om lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet.<sup>39</sup> I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet,<sup>40</sup> men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.<sup>41</sup> Bland annat har upprepade lagöverträdelser av en upphandlande myndighet ansetts medföra sådan försvårande 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

<sup>30</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

<sup>31</sup> Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

<sup>32</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>33</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>34</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.

<sup>35</sup> Se 20 kap. 4-6 § LOU.

<sup>36</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>37</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>38</sup> Se 21 kap. 2 jämförd med 1 § LOU.

<sup>39</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 försvårande omständighet som motiverar ett högre straffvärde – se bland annat Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

<sup>40</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>41</sup> Se HFD 2015 ref. 69.

direktupphandling är tänkt för sådana oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte har kunnat råda 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.<sup>42</sup>

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 upphandlingsskadeavgifter.<sup>43</sup>

### 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 bestämme lserna i LOU. Som framgår av utredningen har Landstinget förlängt två avtal som avser slutenvård respektive öppenvård av hemlösa. Enbart det avtal som avser öppenvård har upphandlats i ett annonserat upphandlingsförfarande (2009). Avtalet löpte ut redan den 31 december 2012, och har därefter förlängts i omgångar trots att möjlighet till sådan förlängning saknas. När det gäller avtalet om slutenvård är det direktupphandlat redan från början (2005), och har därefter upprätthållits genom löpande avtalsförlängningar utan mellankommande upphandling.

Avtalen avser var för sig ett så pass högt kontraktvärde att direktupphandling inte kan ha varit möjligt på grund av lågt värde. Landstinget har vidare haft god tid på sig sedan 2005 respektive 2012 att upphandla ett eller flera avtal avseende aktuella tjänster för vård av hemlösa. Grund för direktupphandling till följd av synnerlig brådska föreligger därmed inte heller, utan den tidsnöd som kan ha uppstått beror enbart på senfärdighet och bristande planering från Landstingets sida med att upphandla aktuella avtal. Någon laglig grund för Landstinget att direkttilldela aktuella avtal eller avtalsförlängningar har således aldrig funnits.

Avseende slutenvården skulle Landstinget redan 2005 ha inhämtat konkurrerande anbud med tillämpning av vid denna tidpunkt gällande bestämmelser om annonserad upphandling. När det gäller öppenvården upphörde det avtal som Landstinget upphandlat 2009 att gälla redan i och med utgången av 2012. Landstinget skulle därefter ha konkurrerats ut dessa tjänster på nytt, istället för att täcka behovet genom löpande avtalsförlängningar.

Konkurrenskommissionen har tidigare kritiserat Landstinget för att olagligen ha förlängt avtal,<sup>44</sup> och har i ett nu pågående parallellt ärende som gäller ett liknande förfarande (se KKO 17-026) 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.

<sup>42</sup> Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15, avgörandet har vunnit laga kraft.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Se KKO 16-024 och KKO 16-040.

Mot denna bakgrund framstår det nu som uppseendeväckande att Landstinget fortsatt trotsa LOU och det bakomliggande EU-direktivets bestämmelser samt ger uttryck för att det är möjligt att "göra ett undantag" från regelverket. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Landstinget.