



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 6

DOM
2022-11-09
Meddelad i Stockholm

Mål nr
12790-22

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Karolinska Universitetssjukhuset

Ombud: Advokat [REDACTED] och biträdande jurist [REDACTED]

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Karolinska Universitetssjukhuset ska betala 1 300 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Karolinska Universitetssjukhuset ingick den 5 augusti 2021 ett avtal utan föregående annonsering med European Drug Testing Service AB (EDTS) avseende kringtjänster/service till laboratorieverksamhet för drogtester i arbetslivet.

Konkurrensverket ansöker enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) om att Karolinska Universitetssjukhuset ska betala 1 300 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Som grund för sin ansökan anför Konkurrensverket följande. Karolinska Universitetssjukhuset har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att ingå avtalet den 5 augusti 2021 med EDTS utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningarna för att sluta avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling. Det föreligger inget ringa fall eller skäl för lägre avgift.

Karolinska Universitetssjukhuset anser att ansökan ska avslås och menar att en påförd upphandlingsskadeavgift i vart fall ska bestämmas till ett väsentligt lägre belopp än vad Konkurrensverket yrkat.

Som grund för sin talan anför Karolinska Universitetssjukhuset följande. Det föreligger inte någon otillåten direktupphandling. Avtalet har inte slutits med en leverantör utan föregående annonsering i strid med LOU eftersom det av tekniska skäl inte funnits någon konkurrens avseende de tjänster som avtalet avser. Det har inte funnits något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens har inte berott på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Under alla omständigheter föreligger ett sådant ringa fall av överträdelse att upphandlingsskadeavgift inte ska påföras. Alternativt

föreligger sådana förmildrande omständigheter att en påförd upphandlings-skadeavgift ska sättas ned.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan om otillåten direktupphandling

Vad parterna anför

Konkurrensverket anför i huvudsak följande till stöd för sin ansökan. Avtalet borde ha föregåtts av annonsering då upphandlingens värde överstiger såväl direktupphandlingsgräns som relevant tröskelvärde. Undantaget för tekniska skäl var inte tillämpligt och avtalet utgör således en otillåten direktupphandling. De tjänster som omfattas av avtalet förefaller inte vara särskilt tekniskt komplicerade. Det är inte heller ett tekniskt skäl att andra leverantörer inte kunde tillhandahålla en sådan helhetslösning av tjänster som omfattas av avtalet. Det saknas även stöd för att endast EDTS kunde tillhandahålla den efterfrågade helhetslösningen. Vidare finns ingen dokumenterad marknadsanalys. Den marknadsanalys som Karolinska Universitetssjukhuset påstår sig ha genomfört kan inte sägas ge en heltäckande bild av samtliga leverantörer som hade kunnat vara intresserade av att tillhandahålla de aktuella tjänsterna. Det framstår som att den efterfrågade tjänsten var av sådan karaktär att det är sannolikt att en leverantör som inte hade en färdig helhetslösning hade förmått tillhandahålla en sådan lösning inom rimlig tid. Det är även sannolikt att flera leverantörer hade kunnat samarbeta för att tillhandahålla tjänsten.

Karolinska Universitetssjukhuset anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Det har inte skett en otillåten direktupphandling. Undantag från annonseringsplikten har förelegat eftersom det av tekniska skäl inte funnits någon konkurrens avseende de tjänster som avtalet avser. Den tjänst som

omfattas av avtalet var en komplex helhetslösning av tydligt teknisk karaktär. Detta eftersom leverantören skulle tillhandahålla medicinsk och administrativ kompetens tillsammans med den tekniska funktionaliteten för den avsedda servicen. För att kunna uppfylla de höga krav som ställs på kvalitetssäkring, effektivitet och rättssäkerhet vid hantering av arbetsplatsdrogtester krävdes att leverantören kunde tillhandahålla en sammanhängande servicekedja. En uppdelning av tjänsten på flera leverantörer hade riskerat att medföra fel i leveranskedjan och försämra kvaliteten. Därmed fanns sakliga skäl för att efterfråga en helhetslösning av samma leverantör. Karolinska Universitetssjukhuset har mångårig erfarenhet på området och därigenom god kännedom om aktörerna och förhållandena på den aktuella marknaden. Efter en omfattande marknadsanalys konstaterades att tre bolag erbjöd kringtjänster och service till laboratorieverksamhet för drogtester i arbetslivet. Endast ett av dessa bolag, EDTS, kunde leverera en helhetslösning som uppfyllde de efterfrågade kraven på funktionalitet. Karolinska Universitetssjukhuset informerade därför, genom annons som avsändes för publicering den 12 juli 2021, om sin avsikt att tilldela EDTS avtalet genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering, en s.k. frivillig förhandsinsyn. Ingen leverantör begärde överprövning av upphandlingen eller uttryckte intresse för att, varken på egen hand eller i samarbete med annan leverantör, leverera de efterfrågade tjänsterna. Det tog EDTS flera år att bygga upp den kapacitet och kompetens som var nödvändig för att kunna erbjuda den aktuella tjänsten. Det är därför inte sannolikt att en annan leverantör hade kunnat tillhandahålla tjänsten inom rimlig tid. Avtalet har heller inte blivit föremål för överprövning av dess giltighet.

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I målet är lagen (2016:1145) om offentlig upphandling tillämplig i dess lydelse före den 1 februari 2022.

Upphandlingar ska som huvudregel annonseras. Därigenom ska alla leverantörer få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt, den så kallade direktupphandlingsgränsen, behöver inte annonseras (jfr. 10 kap. 1 § och 19 kap. 9 § LOU).

Det finns flera undantag från kravet på föregående annonsering. Ett sådant undantag återfinns i 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. Bestämmelsen stadgar att den upphandlande myndigheten får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Det krävs att de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär, och att det med anledning av upphandlingens tekniska karaktär är nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet. Förfarandet får endast användas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Enligt EU-domstolens praxis ska undantaget för tekniska skäl tolkas restriktivt (se bl.a. mål C-199/85 Kommissionen mot Italien, C-57/94 Kommissionen mot Italien, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, och mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland).

Enligt 21 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt, såvitt nu är aktuellt, 10 kap. 1 § LOU. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska, i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet, ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet tecknades, se 21 kap. 7 § andra stycket LOU.

Utgångspunkten är att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för att det föreligger förutsättningar för en upphandlingsskadeavgift. När det gäller frågan om ett undantag från annonseringsskyldigheten är uppfyllt kan dock den upphandlande myndigheten behöva presentera mer omständigheter till stöd för sin sak. Det kan sedan, beroende på tyngden i den upphandlande myndighetens invändning, bli aktuellt för Konkurrensverket att motbevisa en sådan invändning. Det bör då vara tillräckligt att verket gör sannolikt att myndighetens invändning inte ska godtas (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20).

Förvaltningsrättens bedömning

Det avtal som utgör grund för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift ingicks den 5 augusti 2021. Konkurrensverkets ansökan kom in till förvaltningsrätten den 21 juni 2022. Ansökan har därmed kommit in i rätt tid.

Det är ostridigt i målet att Karolinska Universitetssjukhuset har slutit det aktuella avtalet med en leverantör utan föregående annonsering. Karolinska Universitetssjukhuset har till Konkurrensverket fört fram att upphandlingens uppskattade värde uppgår till 16 000 000 kr. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta beräkningen av upphandlingens uppskattade värde. Värdet av upphandlingen är därmed så högt att upphandlingen borde ha annonserats.

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om Karolinska Universitetssjukhuset hade rätt att ingå ett avtal med EDTS avseende kringtjänster/service till laboratorieverksamhet för drogtester i arbetslivet utan föregående annonsering med stöd av det undantag från annonseringsplikt som stadgas i 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. Frågan är därmed om de tjänster som regleras i det aktuella avtalet endast kunde tillhandahållas av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens.

Den omständigheten att det var fördelaktigt för Karolinska Universitets- sjukhuset att en och samma leverantör tillhandahöll en helhetslösning är enligt förvaltningsrätten inte detsamma som att det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens. Förvaltningsrätten konstaterar att Karolinska Universitetssjukhuset inte har presenterat relevanta omständigheter till stöd för att den av EDTS erbjudna helhetslösningen krävde tekniska lösningar. Domstolen instämmer därför i Konkurrensverkets bedömning att den sammanhängande tjänst som det aktuella avtalet avser inte var av tekniskt komplicerad karaktär. Mot den bakgrunden fanns inte tekniska skäl mot att flera leverantörer samarbetade och därigenom erbjöd den efterfrågade tjänsten. Det kan således inte sägas ha varit nödvändigt att tilldela EDTS kontraktet med hänvisning till att det av tekniska skäl krävdes en helhetslösning. Redan av den anledningen anser förvaltnings- rätten att det saknas stöd för att det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens.

Därtill anser förvaltningsrätten att Karolinska Universitetssjukhuset inte heller har presenterat tillräckliga omständigheter till stöd för att endast EDTS kunde tillhandahålla en sådan helhetslösning av tjänster som omfattas av avtalet. I det av Karolinska Universitetssjukhuset åberopade intyget daterat den 28 januari 2022 och undertecknat av VD:n vid Nordisk Drogprevention AB anges visserligen att bolaget för närvarande inte kan tillhandahålla efterfrågad teknisk helhetslösning. Det kan dock konstateras att Karolinska Universitetssjukhuset ingick det aktuella avtalet med EDTS drygt fem månader innan intyget skrevs. Förvaltningsrätten bedömer vidare att innehållet i intyget inte utesluter att Nordisk Drogprevention AB hade kunnat tillhandahålla den efterfrågade tjänsten vid en annan tidpunkt än tiden för intygets utfärdande. Utöver intyget från Nordisk Drogprevention AB saknas underlag i målet till stöd för att Karolinska Universitetssjukhuset har genomfört en marknadsanalys. Även mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det saknas stöd för att det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens. Att Karolinska Universitets- sjukhuset genomfört en s.k. frivillig förhandsinsyn samt att avtalet den

5 augusti 2021 inte blivit föremål för överprövning föranleder enligt förvaltningsrätten ingen annan bedömning.

Förvaltningsrätten bedömer sammantaget att det inte framgår att de tjänster som regleras i det aktuella avtalet endast kunde tillhandahållas av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens. Karolinska Universitetssjukhuset hade därmed inte rätt att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering. Karolinska Universitetet har således genomfört en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.

Vad parterna anför

Konkurrensverket anför i huvudsak följande. En upphandlingsskadeavgift om 1 300 000 kr är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Upphandlingens uppskattade värde uppgår till 16 000 000 kronor varför upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 1 600 000 kr. Karolinska Universitetssjukhuset har vid tre tidigare tillfällen ålagts att betala upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling. Det utgör en försvårande omständighet. Karolinska Universitetssjukhuset sade upp avtalet i förtid först efter att Konkurrensverket inlett en granskning. Uppsägningen utgör därför inte en förmildrande omständighet.

Karolinska Universitetssjukhuset anför i huvudsak följande. En upphandlingsskadeavgift om 1 300 000 kr är en oproportionerlig sanktion. Den påstådda överträdelsen ska betraktas som ringa. Någon upphandlingsskadeavgift ska därför inte dömas ut. I vart fall föreligger sådana förmildrande omständigheter att avgiften bör bestämmas till ett väsentligt lägre belopp. Domstolen bör beakta att Karolinska Universitetssjukhuset hade fog för bedömningen att undantaget för tekniska skäl var tillämpligt. Karolinska

Universitetssjukhuset har sagt upp det aktuella avtalet i förtid. Därigenom har risken för eventuell skada för potentiella leverantörer begränsats. Med anledning av uppsägningen är upphandlingens faktiska värde 5 408 306 kr. Upphandlingens faktiska värde bör användas vid beräkning av avgiftens storlek. Det av Konkurrensverket yrkade beloppet överstiger således den procentandelen om tio procent som upphandlingsskadeavgiften maximalt får uppgå till.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. LOU. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt 21 kap. 5 § LOU särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

Genom hänvisningen i 21 kap. 4 § LOU anser förvaltningsrätten att samtliga bestämmelser i 5 kap. LOU som rör värdet av en upphandling ska beaktas vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20). Av 5 kap. 3 § LOU framgår bl.a. att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen.

Mot bakgrund av detta anser förvaltningsrätten att det är det uppskattade värdet av upphandlingen, och inte det faktiska värdet, som ska användas vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Såsom konstaterats ovan finner förvaltningsrätten inte skäl att ifrågasätta att upphandlingens uppskattade värde uppgår till 16 000 000 kr. Upphandlingsskadeavgiften får därför högst bestämmas till 1 600 000 kr.

Av förarbetena framgår bl.a. följande. Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten, som exempelvis ett upprepat beteende, bör ses som en försvårande omständighet. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet (se prop. 2009/10:180 s. 197 f).

Förvaltningsrätten har ovan funnit att Karolinska Universitetssjukhuset har genomfört en otillåten direktupphandling. En otillåten direktupphandling anses höra till de allvarligare formerna av överträdelser och motiverar en avgift hänförlig till den högre skalan av avgiftsramen (jfr. prop. 2009/10:180 s. 197 f). Det har inte framkommit att anskaffningarna i fråga inte kunnat anstå, eller några andra omständigheter som talar för att överträdelsen är ringa (jfr HFD 2014 ref 49). Förvaltningsrätten bedömer därför att den i målet aktuella överträdelsen inte kan anses som ett ringa fall. Karolinska Universitetssjukhuset ska därför betala en upphandlingsskadeavgift.

Enligt förvaltningsrätten framstår det inte som orimligt eller stötande att besluta om upphandlingsskadeavgift. Det har inte heller i övrigt kommit fram sådana synnerliga skäl som medför att avgiften ska efterges.

Förvaltningsrätten anser att rättsläget inte kan anses vara oklart vad gäller Karolinska Universitetssjukhusets skyldighet att upphandla avtalet på så sätt att det skulle tala för en mildare påföljd. Vidare instämmer förvaltningsrätten i Konkurrensverkets uppfattning att den omständighet att det aktuella avtalet numera är uppsagt inte utgör en förmildrande omständighet, eftersom Karolinska Universitetssjukhuset sade upp avtalet först efter att Konkurrens-

verket inlett sin granskning. Att Karolinska Universitetssjukhuset vid flera tidigare tillfällen har genomfört otillåtna direktupphandlingar ska beaktas i försvårande riktning. Utifrån upphandlingens värde och omständigheterna i övrigt är det förvaltningsrättens bedömning att en upphandlingsskadeavgift uppgående till det belopp som Konkurrensverket har yrkat får anses som en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion för Karolinska Universitetssjukhuset. Upphandlingsskadeavgiften ska därmed bestämmas till 1 300 000 kr.

Sammanfattning

Karolinska Universitetssjukhuset har genomfört en otillåten direktupphandling. Överträdelsen kan inte ses som ringa. Karolinska Universitetssjukhuset ska därmed påföras en upphandlingsskadeavgift. Det finns inte synnerliga skäl för att efterge avgiften. Upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 1 300 000 kr. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Ulrika Berg
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Siri Karalic Mannheimer har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.