

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Karolinska Institutet, 171 77 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) beslutar att Karolinska Institutet ska betala 200 000 (tvåhundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Karolinska Institutet (KI) har i mars 2019 ingått 14 avtal avseende mindre instrument för laborativ verksamhet utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades skäl att ingå avtal utan sådan annonsering. Avtalen utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket fick ett tips om att KI hade köpt varor utan att följa upphandlingsreglerna. Under utredningen har framkommit bland annat följande.
3. Under september 2014 ingick Kungliga Tekniska högskolan (KTH) ramavtal, diarienummer V-2014-0628:18 (Ramavtalet) med 25 leverantörer, se [bilaga 1](#) för ett av dessa. Ramavtalet omfattade mindre instrument för laborativ verksamhet. Enligt Ramavtalet var KTH och KI avropande/beställande myndigheter.
4. Ramavtalet löpte fr.o.m. den 1 oktober 2014 t.o.m. den 30 september 2016 med möjlighet till förlängning som längst t.o.m. den 30 september 2018. Under hösten 2017 förlängde KTH Ramavtalet t.o.m. den 30 september 2018. Därefter upphörde Ramavtalet att gälla.
5. När Ramavtalet löpte ut den 30 september 2018 hade KI inget nytt upphandlat avtal på plats. KI ingick därför den 30 september 2018 avtal med åtminstone 14 leverantörer avseende mindre instrument för laborativ verksamhet (Avtalsperiod 1). Avtalen ingicks utan föregående annonsering.
6. Den 6 november 2018 ingick KI återigen avtal med åtminstone 14 leverantörer. Avtalen, som benämndes "Direktupphandlingsavtal avseende Mindre instrument för laborativ verksamhet, V-2013-0395", avsåg en avtalsperiod fr.o.m. den 6 november 2018 t.o.m. den 31 december 2018 (Avtalsperiod 2), se [bilaga 2](#) för ett av dessa.
7. För tidsperioden efter Avtalsperiod 2 ingick KI enligt uppgift muntliga avtal med åtminstone samtliga tidigare avtalade leverantörer, se [bilaga 3](#). De muntliga avtalen avsåg en avtalsperiod fr.o.m. den 1 januari t.o.m. den 31 mars 2019 (Avtalsperiod 3).
8. I januari 2019 annonserade KI en upphandling avseende instrument för laborativ verksamhet med rubriceringen "Instrument and devices (5726/2018)". Enligt uppgift från KI var det uppskattade avtalsvärdet 30 000 000 kronor, men upphandlingsföremålet omfattade mer än bara mindre instrument för laborativ verksamhet. Upphandlingen avslutades under våren 2019 och det nya ramavtalet började gälla fr.o.m. den 1 maj 2019.

9. Dessförinnan genomförde KI i slutet av mars 2019 ytterligare direktupphandlingar från åtminstone 14 leverantörer. Avtalen, som benämndes "Direktupphandlingsavtal avseende Mindre Instrument, 2-1943/2019", avsåg en avtalsperiod fr.o.m. den 1 april 2019 till dess att ett upphandlat ramavtal ingåtts, dock längst t.o.m. den 30 juni 2019 (Avtalsperiod 4), se [bilaga 4](#).
10. Det är de 14 avtalen som KI ingick under Avtalsperiod 4 som ansökan om upphandlingsskadeavgift grundar sig på.

Avtalens karaktär och värde

11. Avtalen utgör varukontrakt enligt 1 kap. 24 § LOU.
12. Enligt huvudregeln i LOU ska varukontrakt upphandlas genom ett annonserat förfarande. Vilka regler i lagstiftningen som ska tillämpas på en upphandling avgörs av de så kallade tröskelvärdena. Tröskelvärdet för upphandlingar enligt LOU uppgick 2019 till 1 365 782 kronor för upphandlande myndigheter som är statliga myndigheter. Om värdet av upphandlingen är över tröskelvärdet ska upphandlingen annonseras enligt 10 kap. 1 § LOU.
13. Enligt 5 kap. 3 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt de varukontrakt som ingår i upphandlingen. Uppskattningen ska inbegripa värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats.
14. För varukontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom viss tid kan värdet uppskattas bland annat med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet (se 5 kap. 11 § 1 LOU).
15. Enligt Konkurrensverkets bedömning utgör avtalen del av samma upphandling. Samtliga avtal avser mindre instrument för laborativ verksamhet. De hänvisar samtliga tillbaka till villkoren i det tidigare ramavtalet och har samma löptid. De är även ingångna vid mer eller mindre samma tidpunkt. Syftet med avtalen är att täcka KI:s fortsatta, löpande behov av mindre instrument för laborativ verksamhet under den aktuella tidsperioden. Mot denna bakgrund utgör avtalen del av samma upphandling av varukontrakt (Upphandlingen).
16. Upphandlingen avser återkommande varukontrakt sett till den bakgrund som redogjorts för i punkterna 3–9. Värdet av Upphandlingen ska därmed uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av

liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden, dvs. mars 2018–mars 2019. Uppskattningen ska baseras på köpen från alla de liknande kontrakt som KI upphandlat under den relevanta tidsperioden från leverantörer som är verksamma på det berörda området, dvs. leverantörer som i typfallet troligtvis har mindre instrument för laborativ verksamhet i sitt varuutbud.

17. Under Konkurrensverkets utredning har KI anfört att värdet av köpen av mindre instrument för tidsperioden från oktober 2018 till mars 2019 har uppgått till 4 194 210 kronor exklusive mervärdesskatt. Redogörelsen är baserad på värdet av köp av mindre instrument som gjorts från tolv leverantörer och som har konterats på kontona 5600, 5611 och 5613, se bilaga 5.¹
18. Under perioden oktober 2018 till mars 2019 har KI slutit avtal med ytterligare sju leverantörer som i typfallet troligtvis har mindre instrument för laborativ verksamhet i sitt varuutbud. Samtliga sju leverantörer har varit leverantörer avseende mindre instrument till KI antingen på Ramavtalet eller under någon av ovan nämnda avtalsperioder. Köp från dessa liknande kontrakt ska därför räknas med. Värdet av dessa köp uppgår till 1 040 534 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 6 och de rödmarkerade kolumnerna.
19. En uppskattning av KI:s samtliga köp av mindre instrument för laborativ verksamhet fr.o.m. den 1 oktober 2018 t.o.m. den 31 mars 2019 från samtliga ovan nämnda ekonomiska aktörer ger ett värde om (4 194 210 + 1 040 534) 5 234 744 kronor exklusive mervärdesskatt för aktuell tidsperiod om sex månader, se bilaga 6. Detta ger i sin tur en genomsnittlig månadskostnad om (5 234 744/6) 872 457 kronor exklusive mervärdesskatt. Eftersom avtalen i Upphandlingen löper under en tremånadersperiod bedömer Konkurrensverket att det uppskattade värdet för Upphandlingen ska fastställas till (872 457 × 3) 2 617 372 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtalen utgör en otillåten direktupphandling

20. Eftersom Upphandlingen värde överstiger tillämpligt tröskelvärde borde den ha annonserats i enlighet med huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU, förutsatt att något av de särskilt angivna undantagen i LOU inte är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.²

¹ I sammanhanget kan noteras att KI:s redogörelse omfattar tidsperioden oktober 2018 till april 2019 och ett angivet värde om 4 845 461 kronor exklusive mervärdesskatt. Värdet baseras därmed på en längre tidsperiod än den relevanta tidsperioden i ärendet, vilket har beaktats.

² Se bland annat EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 Kommissionen mot Italien, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, punkt 58, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, punkt 19,

21. Det har enligt Konkurrensverket inte framkommit några omständigheter i utredningen som medger ett undantag från annonseringsplikten. Avtalen utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

22. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Det krävs inte att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.
23. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.
24. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 5 kap. 3 § LOU. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall. Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 2 617 372 kronor (se punkt 19 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 261 737 kronor.
25. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.
26. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara desto högre belopp bör avgiften fastställas till.
27. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande

mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, punkt 33 och mål C-26/03 Stadt Halle, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.

28. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Omständigheterna i övrigt är enligt Konkurrensverkets bedömning varken försvårande eller förmildrande. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 200 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Rosemarie Jansson Håvik

Natacha Otte Widgren

Bifogas

Bilaga 1 – Ramavtal avseende mindre instrument för laborativ verksamhet från september 2014, diarienummer V-2014-0628.

Bilaga 2 – Direktupphandlingsavtal avseende Mindre instrument för laborativ verksamhet, V-2013-0395, Avtalsperiod 2.

Bilaga 3 – Mailkorrespondens med KI angående Avtalsperiod 3.

Bilaga 4 – Direktupphandlingsavtal avseende Mindre instrument, 2-1943/2019, Avtalsperiod 4.

Bilaga 5 – KI:s sammanställning av inköp som har konterats på kontona 5600, 5611 och 5613 under tidsperioden oktober 2018 till april 2019.

Bilaga 6 – Konkurrensverkets sammanställning av samtliga inköp av mindre instrument för laborativ verksamhet fr.o.m. den 1 oktober 2018 t.o.m. den 31 mars 2019.