

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

MOTPART

Kriminalvården

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Kriminalvården ska betala en upphandlingsskadeavgift om 230 000 kr.

Avgiften ska vara betald inom trettio dagar från det att denna dom vunnit laga kraft.

ANSÖKAN M.M.

Konkurrensverket ansöker enligt 21 kap. 1 § punkten 3 LOU att Kriminalvården ska betala 230 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Kriminalvården medger att grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift föreligger men anser att den bör bestämmas till 150 000 kr.

VAD PARTERNA I HUVUDSAK HAR ANFÖRT**Konkurrensverket**

Kriminalvården har den 20 december 2019 ingått avtal med Nal von Minden GmbH om köp av testmateriel för kontroll av narkotikaförekomst i urin utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades skäl att ingå

avtalet utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Urinprovstickor och annat material med samma funktion, såsom remsor och testpapper, är en form av testmateriel som används för att kontrollera narkotikaförekomst i urin. Under 2019 har 38 av Kriminalvårdens 57 verksamhetsområden köpt testmateriel från tre olika leverantörer. Anskaffningarna har inte annonserats enligt LOU. Köpen har skett genom att verksamhetsställen lagt beställningar av testmateriel direkt hos en leverantör, varvid leverantören skickat faktura till Kriminalvården.

Vid en granskning av myndighetens inköpsmönster identifierade Kriminalvårdens inköpsenhet i början av 2019 att testmateriel behövde upphandlas. Efter att ha utrett om ifrågavarande testmateriel överhuvudtaget skulle användas i verksamheten beslutade Kriminalvården i mars 2020 att inleda en central upphandling av varan. Någon sådan upphandling har vid tiden för ansökan ännu inte annonserats. Det sista avtalet avseende testmateriel som ingåtts under 2019 är anstalten i Ystads beställning från Nal von Minden GmbH den 20 december 2019 (Avtalet).

Avtalet utgör ett varukontrakt enligt 1 kap. 24 § LOU. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar som understiger direktupphandlingsgränsen behöver inte annonseras. Under 2019 uppgick tröskelvärdet för statliga myndigheter till 1 365 782 kr och direktupphandlingsgränsen till 586 907 kr.

Användningen av testmateriel har varit omfattande och frekvent och bedöms därför som regelbundet återkommande. Varan är sådan som typiskt sett tillhandahålls av samma leverantör. Köpen utgör således liknande kontrakt och värdet ska enligt 5 kap. 11 § 1 LOU uppskattas med ledning

av det verkliga totala värdet av en följd liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret.

Avtalet ingicks den 20 december 2019. Den föregående tolv månadersperioden är således den 21 december 2018 till och med den 20 december 2019. Kriminalvården har lämnat in en sammanställning över verifierade köp under 2019 utifrån datum för inkommen faktura för respektive beställning. Värdet enligt sammanställningen uppgår till 2 934 512,95 kr. Efter justering gällande två poster i sammanställning ska värdet för Avtalet bestämmas till 2 913 392 kr.

Avtalets värde överstiger aktuellt tröskelvärde. Avtalet borde således ha annonserats i enlighet med huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU. Kriminalvården har anfört att det inte finns något tillämpligt undantag för att ingå Avtalet utan föregående annonsering. Konkurrensverket instämmer i Kriminalvårdens bedömning i denna del. Avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst tio miljoner kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall. Kontraktsvärdet uppgår till 2 913 392 kr. Tio procent av detta belopp är 291 339 kr. Upphandlingsskadeavgiften ska därför som lägst uppgå till 10 000 kr och som högst till 291 339 kr.

I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Konkurrensverket ifrågasätter inte upphandlingens komplexitet eller Kriminalvårdens behov av att i detta fall ställa krav som säkerställer rättssäkerheten och individens integritet. Det ska dock erin-

ras om att inköpsenheten upptäckte att snabbtester anskaffades inom verksamheten utan föregående annonsering redan i början av 2019. Av internrevisionsrapporten framgår att inköpsenheten uppmärksammade Säkerhetsavdelningen på överträdelsen, men att Säkerhetsavdelningen under våren 2019 svarade att man borde avvakta med en upphandling till dess att Kriminalvården avgjort om snabbtester skulle användas eller inte. Det dröjde dock ända till november 2019 tills den interna utredningen, som avslutades i januari 2020, påbörjades. Det förflöt alltså en lång tid innan Kriminalvården ens påbörjade den utredning som skulle läggas till grund för myndighetens beslut om urinprovsstickors användning och att inleda en upphandling. Beslut om att inleda en upphandling fattades inte förrän i mars 2020. Någon central upphandling av testmateriel har dock ännu inte annonserats. Kriminalvården har alltså i nära två år efter inköpsenhetens upptäckt av överträdelsen stått utan annonserat avtal. Konkurrensverket vill här påpeka att interna ledtider inte är någon ursäkt för dröjsmålet. Tidsutdräkten betraktas som en försvårande omständighet, vilket påverkar sanktionsavgiften i höjande riktning.

Kriminalvården anger att orsaken till att direktupphandlingarna inte upphört är att de lokala verksamhetsställena ansett att snabbtesterna är nödvändiga för verksamheten. Undantagen som anges i LOU är uttömmande. Att en upphandlande myndighet bedömer att vissa anskaffningar är ”nödvändiga” medför således inte att myndigheten kan underlåta att iaktta sin annonseringsplikt. Endast absolut nödvändiga anskaffningar kan enligt 6 kap. 15 § LOU beaktas under förutsättning att det på grund av oförutsebara omständigheter har uppstått synnerlig brådska som gör att det är omöjligt att hålla tidsfrister för ett upphandlingsförfarande. Då brådskan beror på Kriminalvårdens egen bristande planering har dock Kriminalvården inte haft rätt att direktupphandla.

Att en upphandlande myndighet har en intern kontrollfunktion påverkar inte i sig upphandlingsskadeavgiftens storlek. Det bör kunna förutsättas att en

sådan funktion finns. En myndighets självanmälan om otillåten direktupphandling har beaktats som en förmildrande omständighet. Kriminalvården har emellertid varken gjort någon sådan självanmälan eller på annat sätt ”slagit larm” direkt till Konkurrensverket. Kriminalvårdens öppenhet om överträdelsen i massmedia, vilken lika gärna hade kunnat undgå tillsynsmyndigheten, kan inte jämföras med en självanmälan på eget initiativ.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 230 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Kriminalvården

Konkurrensverket har inte i tillräcklig utsträckning tagit hänsyn till förmildrande omständigheter i det enskilda fallet, alternativt inte beaktat samtliga omständigheter i delar som anses vara försvårande. Avgiften står därmed inte i proportion till överträdelsens allvar.

Användningen av snabbtester för kontroll av narkotikaförekomst i urin inom Kriminalvården är inte normerad i detalj. Testernas får endast användas för preliminär analys av urinprover (s.k. sållningsanalys). Beslutet att använda snabbtester fattas på lokal nivå i myndigheten. 38 av 57 lokala verksamhetsområden har under den aktuella tidsperioden beslutat att använda snabbtester. Eftersom det har saknats detaljerade centrala styrande dokument och centralt upphandlade tester har de lokala verksamhetsområdena själva haft ansvar för både inköp och kravställning.

Snabbtesterna har visat sig kunna ge såväl falska positiva som falska negativa resultat. Det saknas en fastställd och fungerande standard för snabbtester på marknaden. Kriminalvårdens uppfattning är att man behöver ställa

höga och exakta krav på den här typen av produkter för att kunna upprätthålla rättssäkerheten så långt det är möjligt. Detta gör en upphandling av de aktuella snabbtesterna mer komplicerad än normalt.

Att inköpen av snabbtesterna inte stoppats omedelbart efter att felaktigheten upptäckts beror på att de lokala verksamhetsställena som använder snabbtester anser att dessa är nödvändiga för att kunna bedriva verksamheten, vilket framgår av internrevisionsrapporten. Efter att ha utrett frågan om snabbtester över huvud taget ska få användas i verksamheten beslutade Kriminalvården i mars 2020 att en upphandling ska genomföras. Att Kriminalvården ännu inte annonserat en upphandling bör, på grund av upphandlingsföremålets komplicerade natur och de höga kraven på rättssäkerhet, inte i det här fallet anses vara en försvårande omständighet vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Konkurrensverket har uppmärksammats på de otillåtna direktupphandlingarna genom att en av Kriminalvårdens internrevisionsrapporter tagits upp av massmedia. Att uppgifterna om otillåtna direktupphandlingar kommit till allmänhetens, och Konkurrensverkets, kännedom beror på att Kriminalvårdens eget kontrollsystem för att motverka felaktigheter i anskaffningsförfarandena har fungerat i det aktuella fallet.

Upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte riskerar att få motsatt effekt om myndigheter med egna interna kontrollfunktioner för att hitta och rätta felaktigheter på upphandlingsområdet, på grund av dessa kontrollfunktioner, drabbas av lika hårda sanktioner som, eller hårdare sanktioner än, myndigheter som saknar sådana interna kontrollfunktioner.

Konkurrensverket har i tidigare mål om upphandlingsskadeavgift redogjort för att avgiften vid överträdelser av normalgraden i praxis bestämts till en

summa motsvarande sju till åtta procent av kontraktsvärdet. Den i målet yrkade avgiften uppgår till åtta procent av kontraktsvärdet, vilket tycks betyda att Konkurrensverket bedömer att överträdelsen är att betrakta som av normalgraden.

Med beaktande av det som anförts ovan anser Kriminalvården att avgiften ska bestämmas till ett något lägre belopp än det som Konkurrensverket kommit fram till. Kriminalvården anser att en upphandlingsskadeavgift om 150 000 kr är en proportionerlig sanktion.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Enligt 21 kap. 1 § LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) bl.a. om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § eller 36 § första stycket samma lag.

Av 21 kap. 4 § LOU följer att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr samt att avgiften inte får överstiga tio procent av upphandlingens värde.

Enligt 21 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelse är. I ringa fall ska inte någon avgift beslutas och avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Av förarbetena till den numera upphäva lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, där regleringen i kapitel 17 i sak motsvarar 21 kap. LOU,

framgår bl.a. följande avseende sanktionsvärde. Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Det bör dock erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Syftet med förslaget är att ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Som framgått tidigare anses otillåtna direktupphandlingar exempelvis vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Om det däremot i visst fall är oklart i rättspraxis huruvida en viss vara eller tjänst ska upphandlas och någon upphandling inte har skett, bör sanktionsvärdet anses relativt lågt just i det fallet, trots att det konstateras att upphandlingsbestämmelserna skulle ha iakttagits (prop. 2009/10:180 s.197). – I specialmotiveringen till 17 kap. 5 §, som i sak motsvarar 21 kap. 5 LOU, uttalas bl.a. följande. Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. Ju allvarigare överträdelsen anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. (a.prop. s. 369 f.).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet är ostridigt att Kriminalvården genom aktuella inköp av testmateriel för kontroll av narkotikaförekomst i urin utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU har genomfört en otillåten direktupphandling till ett värde av 2 913 392 kr samt att det därmed

finns grund för att påföra Kriminalvården en upphandlingsskadeavgift. I målet är vidare ostridigt att utifrån kontraktsvärde och framställt yrkande är det intervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift tillåts påföras mellan 10 000 kr och 291 339 kr.

Bedömningen av vilken avgift som skäligen ska bestämmas bör enligt förvaltningsrätten ske genom en sammanvägd bedömning av framkomna relevanta omständigheter där särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

Lagstiftaren har uttryckt att en otillåten direktupphandling typiskt sett bör ses som en allvarlig överträdelse. Det har i målet inte framkommit skäl att göra en annan bedömning. Förvaltningsrätten anser inte heller att det, mot bakgrund av den information som lämnats av Kriminalvården, föreligger förmildrande omständigheter som motiverar att avgiften ska sättas till ett lägre belopp. Att det otillåtna förfarandet uppdagats genom Kriminalvårdens internkontroll är nämligen inte en sådan förmildrande omständighet, i vart fall inte, såsom Konkurrensverket påpekat, om uppdagandet inte lett till att den upphandlande myndigheten gjort en självanmälan om otillåten direktupphandling till verket. Inte heller vad Kriminalvården anfört om upphandlingens komplexitet föranleder någon annan bedömning då Kriminalvården dels inte presenterat något som styrker påståendet, dels, trots att den redan i början av 2019 blivit uppmärksammat att anskaffningarna i strid med gällande regler genomförs utan föregående annonsering, har dröjt med att både utreda och besluta i frågan samt har tillåtit att de otillåtna köpen fortsatte under hela 2019.

Utifrån syftet att markera vikten av att offentliga kontrakt blir föremål för konkurrens och för att verka avskräckande bör sanktionsvärdet bedömas som högt. Avgiften bör därför bestämmas inom den övre delen av det ovan

nämnda intervallet. Förvaltningsrätten finner att den upphandlingsskadeavgift som Konkurrensverket ansökt om, vilket motsvarar cirka åtta procent av kontraktsvärdet, får anses vara väl avvägd. Det saknas skäl att efterge avgiften.

Mot bakgrund av det ovan anförda ska Konkurrensverkets ansökan bifallas och Kriminalvården förpliktigas att betala en upphandlingsskadeavgift om 230 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-03).

Tomas Kjellgren
Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.