

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

**DOM**  
2020-02-04  
Meddelad i StockholmMål nr  
19292-19**SÖKANDE**Konkurrensverket  
103 85 Stockholm**MOTPART**Karolinska Institutet, 202100-2973  
171 77 Stockholm**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att Karolinska Institutet ska betala en upphandlingsskadeavgift om 3 000 000 kr.

Dok.Id 1180575

---

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd20.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	-	måndag–fredag 08:00–16:00

## BAKGRUND

I december 2013 ingick Kungliga Tekniska högskolan ett ramavtal, diarienummer V-2013-0731/19, med 26 leverantörer omfattade molekylärbiologiska produkter, tillbehör för molekylärbiologiska undersökningar, utrustning och kit. Karolinska Institutet (KI) var en av flera avropande/beställande myndigheter. Ramavtalet var gällande t.o.m. den 31 december 2017. Den 22 december 2017 anmodade KI i en avropsförfrågan ramavtalsleverantörerna av molekylärbiologiska produkter att komma in med uppdaterade priser på efterfrågade produkter i ett dokument rubricerat "Avtalsförlängning/leveransavtal för ramavtal avseende molekylärbiologiska produkter, KTH:s diarienummer: V-2013-0731/11" Anmodan resulterade i att KI tecknade leveransavtal med samtliga tidigare upphandlade ramavtalsleverantörer för en avtalsperiod fr.o.m. den 1 januari 2018 t.o.m. den 31 juni 2018, med möjlighet för KI att förlänga leveransavtalet t.o.m. den 31 augusti 2018. Den 23 augusti 2018 ingick KI avtal benämnda "Direktupphandlingsavtal avseende molekylärbiologiska produkter" med Life Technologies Europe B.V. och andra leverantörer. Avtalen avsåg en avtalsperiod fr.o.m. den 1 september 2018 t.o.m. den 30 november 2018. KI tecknade liknande avtal med samtliga tidigare upphandlade ramavtalsleverantörer men även med övriga leverantörer på marknaden. KI tecknade därefter ytterligare leveransavtal för nya perioder, varav det sista gällde t.o.m. den 12 maj 2019. I januari 2019 annonserade KI en ny upphandling avseende bland annat molekylärbiologiska produkter. Upphandlingen resulterade i att ramavtal tecknades med 40 leverantörer. Ramavtalen trädde i kraft i maj 2019.

## YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket (KKV) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att KI ska betala 8 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

KI bestrider yrkandet och anser i första hand att ansökan ska avslås och i andra hand att avgiften ska efterges, eller i vart fall sätts ned.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Otillåten direktupphandling

Enligt 21 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 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.

Av 10 kap. 1 § LOU framgår att upphandlingar som huvudregel ska annonseras. Av tredje stycket framgår att särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 12–19 §§ LOU. Av 6 kap. 15 § LOU följer att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.

Bestämmelsen i 6 kap. 15 § LOU genomför artikel 32.2 c i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (2014 års direktiv). I skälen till artikeln anges att undantaget endast får användas under mycket exceptionella omständigheter (skäl 50). Det framgår också av praxis att undantaget från skyldigheten att annonsera ska tolkas restriktivt (se HFD 2017 ref. 66 och där anmärkta rättsfall).

KKV gör gällande att KI, genom att den 23 augusti 2018 ha ingått leveransavtal avseende molekylärbiologiska produkter med Life Technologies Europe B.V utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU, har gjort en otillåten direktupphandling och att KI därför ska betala en upphandlingsskadeavgift.

KI gör gällande att det inte varit fråga om en otillåten direktupphandling utan att det funnits skäl att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av att undantaget för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU varit tillämpligt. KI har uppgett att myndigheten påbörjade planeringen inför ett nytt ramavtal avseende molekylärbiologiska produkter i januari 2017 men att arbetet försenades p.g.a. en exceptionell personalomsättning där hela KI:s upphandlingskategori ”lab” med fyra heltidsresurser samt upphandlingschefen kom att sluta sin tjänstgöring. KI menar att det i augusti 2018 förelåg sådan synnerlig brådska att det var omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering och att anskaffningen av molekylärbiologiska produkter var absolut nödvändig. Under hösten 2018 anlätades en konsult för att slutföra upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser att omständigheter som är hänförliga till den egna personalen som regel får anses ligga inom en myndighets kontroll, även om myndigheten inte vet när personal kommer att säga upp sig eller bli sjuka. Brådska som orsakas av att personal slutat eller blivit sjukskrivna måste därför i nästan samtliga fall anses bero på omständigheter som kan tillskrivas myndigheten. Detta måste också anses gälla ändring av strategiska beslut inför upphandlingen. Förvaltningsrätten anser inte att de omständigheter som KI redogjort för är så exceptionella att de innebär att den brådska som uppstått inte ska tillskrivas KI. KI har uppgett att arbetet med upphandlingen i april 2018 fick högsta prioritet och att samtliga andra arbetsuppgifter då lyftes bort så att upphandlaren enbart kunde fokusera på

upphandlingen. Förvaltningsrätten anser att KI långt tidigare borde ha gett upphandlingen högsta prioritet. Förvaltningsrätten bedömer således att de omständigheter som KI redogjort för inte är sådana att undantaget från annonseringsplikt varit tillämpligt. KI har således genomfört en otillåten direktupphandling.

#### **Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.**

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Dessutom gäller att avgiften inte får överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt, såvitt nu är aktuellt, 5 kap. LOU. Av 21 kap. 5 § LOU framgår att vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl. Av förarbetena framgår att bestämmelsen om att någon avgift inte ska tas ut i ringa fall bör komma till användning endast i sällsynta fall. Vidare framgår att med synnerliga skäl närmast åsyftas situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009:/10:180 s. 198).

Förvaltningsrätten anser att den överträdelse av LOU som KI har gjort inte är att anse som ringa. Det har inte heller framkommit sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en sanktionsavgift. Det finns således grund för att bestämma att KI ska betala en upphandlingsskadeavgift.

Parterna är oense om vad upphandlingens värde uppgår till. KKV anser att upphandlingens värde ska fastställas till 126 216 897 kr, medan KI gör gällande att upphandlingens värde uppgår till 34 301 702 kr. KI har uppgett att svårigheterna med att fastställa upphandlingens värde beror på att flertalet av leverantörerna av molekylärbiologiska produkter även är parter i

andra avtal med KI som avser snarlika produkter. På det konto där molekylärbiologiska produkter konteras, konteras alla kostnader avseende laboratorieprodukter från flera avtal.

KKV gör gällande att upphandlingens värde ska beräknas enligt uppgifter från ett tips som KKV fått. Uppgifterna visar enligt KKV hur stor andel av leverantörernas totala omsättning mot KI som är hänförlig till inköp av molekylärbiologiska produkter. Uppgifter i tipset som avser de tidigare ramavtalsleverantörerna baseras på statistik och leveransuppföljningar från KI. Statistiken (dvs. andelstalen) är baserade på fakturor från respektive leverantör under en viss period. När det gäller övriga leverantörer har tipsaren inhämtat dessa värden från information som KI lämnat till Dagens Samhälle Insikt AB.

KI gör gällande att KKV:s uppskattning av kontraktsvärdet bygger på felaktiga uppgifter. KI menar att den leveransuppföljning som KKV hänvisar till inte finns på KI. Vidare anför KI att när det gäller de övriga leverantörerna så framgår det inte av den statistik KI skickat till Dagens Samhälle Insikt AB till vilket specifikt avtal leverantörsfakturorna härrör, varför den inte kan läggas till grund för beräkningen av kontraktsvärdet.

Det är KKV som har bevisbördan för att det finns förutsättningar att ta ut upphandlingsskadeavgift (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 11 april 2013 i mål nr 5426-12). Detta gäller även avgiftens storlek.

Förvaltningsrätten anser att de handlingar KKV gett in visserligen är relativt detaljerade med bl.a. uppgift om vilken period som analyserats för respektive leverantör. Enbart dessa uppgifter, utan närmare omständigheter om hur de inhämtats och sammanställts, är dock inte tillräckliga för att det mot KI:s bestridande ska anses vara sannolikt att de är korrekta.

Förvaltningsrätten anser därför att handlingarna inte kan ligga till grund för beräkningen av upphandlingsavgiftens storlek.

När det gäller den beräkning av upphandlingens värde som KI har gjort har myndigheten förklarat denna på följande sätt. KI har genomfört en fakturaanalys genom att systematiskt granska 1 procent av fakturorna i kronologisk ordning på det aktuella kontot. Efter en genomgång av fakturorna har KI kommit fram till att 45 procent av den totala kostnaden kan härledas till avtal för molekylärbiologiska produkter. Utifrån detta är slutsatsen att inköpen under den aktuella perioden uppgått till 76 226 005 kr exklusive mervärdesskatt. Huvuddelen av inköpen utgör material som utgör undantag på grund av tekniska skäl enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. Det beror på att det inom forskningen ofta krävs skräddarsydda produkter med specifika egenskaper för att resultaten ska kunna reproduceras och att minsta variation kan leda till att forskningen blir missvisande. Detta medför att molekylärbiologiska produkter till största delen beställs av forskarna utan att konkurrensutsätta köpen. KI har granskat 43 slumpvis utvalda beställningar och vid 19 av dessa har enligt uppgift från forskarna och andra medarbetare konkurrensutsättning varit möjlig. Vid övriga 24 tillfällen var köpet föremål för undantag på grund av tekniska skäl. Detta visar att endast 45 % (19 av 43 beställningar) av värdet av inköpen av molekylärbiologiska produkter utgör det faktiska kontraktsvärdet som upphandlingsavgiftens storlek ska beräknas på. Detta innebär således att upphandlingens värde uppgår till 34 301 702 kr (45 % av 76 226 005 kr).

KKV gör gällande att KI:s fakturaanalys innehåller flera brister och inte är statistiskt säkerställd. Bristerna består enligt KKV av att startpunkten för fakturaanalysen inte valts slumpmässigt, att det är betydligt fler fakturor som delar fakturanummer i urvalet än på kontot vilket gör att urvalet inte blir representativt för kontot, att beräkningen av vad som enligt KI utgör annonseringspliktiga inköp har gjorts på ett för litet underlag, samt att KI har blandat två olika statistiska metoder. KKV anför vidare att det är den upphandlande myndigheten som ska visa att förutsättningarna för att tillämpa undantaget för tekniska skäl är tillämpligt och att KI inte gjort det

utan endast fört ett allmänt hållet och kortfattat resonemang om att 45 procent av fakturorna omfattas av undantaget.

Förvaltningsrätten anser att de invändningar som KKV gjort mot KI:s metod att analysera fakturorna framstår som välmotiverade. Det kan således ifrågasättas om KI:s analys verkligen återspeglar andelen av kostnaderna på kontot som kan hänföras till annonspliktiga molekylärbiologiska inköp. Det har emellertid inte framkommit att det värde som räknats fram rent faktiskt är felaktigt.

När det gäller frågan om vissa inköp varit undantagna från kravet på annonsering på grund av tekniska skäl är det i normalfallet upphandlande myndighet som har bevisbördan för att ett undantag är tillämpligt. När det som nu är fråga om upphandlingsskadeavgift är det istället KKV som har bevisbördan för att ett undantag inte är tillämpligt. Förvaltningsrätten anser att KI har anfört omständigheter som gör att det finns skäl att anta att undantaget för tekniska skäl kan vara tillämpligt. KKV har inte presterat någon utredning av vilken framgår att det inte är fråga om en sådan undantagssituation. Förvaltningsrätten godtar därför KI:s uppgift om att många inköp varit undantagna från annonseringsplikt.

KKV har för att visa att KI:s beräknade upphandlingsvärde varit för lågt även hänvisat till att kontraktsvärdet för det nya ramavtalet för molekylärbiologiska produkter uppgår till 100 000 000 kr. Av KKV:s egna uppgifter framgår dock att upphandlingen har utökats till att, utöver de molekylärbiologiska produkterna, även omfatta produktområdet ”Antibodies and kits”. I avsaknad av uppgift om hur stor del av värdet som avser annat än de molekylärbiologiska produkterna anser förvaltningsrätten att uppgiften om kontraktsvärdet inte kan ligga till grund för att konstatera att KI:s uppskattning av värdet är felaktig.



Mot bakgrund av vad som nu anförts finner förvaltningsrätten att det kontraktsvärde som KI har beräknat, i brist på annat tillförlitligt underlag, är det värde som den otillåtna direktupphandlingen ska anses ha uppgått till. Därmed får upphandlingsskadeavgiften inte uppgå till mer än 3 430 170 kr (10 % av 34 301 702 kr).

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anføres i förarbetena till LOU 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 är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vidare kan avtalstidens längd och värde påverka sanktionsvärdet på så sätt att detta anses högre om en otillåten direktupphandling har gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens sida vara fråga om ett upprepat beteende ifråga om att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat handlande bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållande att upphandlande myndighet på annat sätt drabbats negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet (prop. 2009/10:180 s. 197 f.).

KI har genomfört en otillåten direktupphandling. Det rör sig alltså om en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket betyder att sanktionsvärdet är högt. KI har som förmildrande omständigheter anført

att KI har tecknat tidsbegränsade avtal med samtliga tidigare upphandlade ramavtalsleverantörer samt med övriga leverantörer på marknaden och att syftet enbart varit att tillgodose det verksamhetskritiska behovet av molekylärbiologiska produkter till dess att ett nytt ramavtal är på plats. KI gör gällande att myndigheten således hanterat förseningen på ett konkurrensneutralt och transparent sätt. KI har vidare anfört att upphandlingen inte varit föremål för överprövning och att det enligt branschorganisationen Swedish Labtech inte framkommit några negativa synpunkter avseende KI:s hantering. Förvaltningsrätten anser inte att dessa omständigheter kan anses förmildrande på det sätt att de kan påverka avgiften i sänkande riktning. Förutom att det rör sig om en otillåten direktupphandling och ett förhållandevis högt kontraktsvärde, anser förvaltningsrätten att det inte framkommit andra försvårande omständigheter. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att en avgift om 3 000 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Anna Önell  
Chefsrådman

Anna-Karin Saxvold har föredragit målet.



## Hur man överklagar

FR-05

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

### 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 beslutets datum.

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.

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

### 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](http://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.