

Förvaltningsrätten i Linköping  
Box 406  
581 04 Linköping

## **Ansökan om upphandlingsskadeavgift**

### **Sökande**

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### **Motpart**

Kriminalvården, 601 80 Norrköping

### **Saken**

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

---

### **Yrkande**

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Kriminalvården ska betala 230 000 (tvåhundra trettio tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

## Grunder

1. 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.

## Bakgrund och omständigheter

2. Kriminalvården består av 110 verksamhetsställen i form av anstalter, häkten och frivårdskontor. Verksamhetsställena är fördelade på 57 organisatoriska verksamhetsområden.
3. Urinprovstickor och annat material med samma funktion, såsom remsor och testpapper, är en form av testmateriel som används för att kontrollera narkotikaförekomst i urin (nedan testmateriel eller varan). Kriminalvården har angett att varan har förekommit i verksamheten i varierande omfattning sedan 1990-talet, men att någon gemensam myndighetspolicy för användning av varan inte finns. Verksamhetsställen som ansett sig vara i behov av testmateriel har därför köpt in detta direkt till sin verksamhet.
4. Under 2019 har 38 av de 57 verksamhetsområdena köpt testmateriel från leverantörerna Alere Toxicology AB, Ferle Produkter AB och Nal von Minden GmbH. Anskaffningarna har inte annonserats enligt LOU.
5. Köpen har skett genom att verksamhetsställen lagt beställningar av testmateriel direkt hos en leverantör via e-post, telefon eller leverantörens webbplats, varvid leverantören har skickat faktura hänförlig till respektive beställning till Kriminalvården. Fakturan har dock inte alltid skickats samma dag som en beställning har lagts och endast i vissa fall anger fakturan beställningsdatum.
6. Vid en granskning av myndighetens inköpsmönster, genom bland annat stickprovskontroller av fakturor, identifierade Kriminalvårdens inköpsenhet i början av 2019 att testmateriel behövde upphandlas. Kriminalvårdens internrevisionsrapport<sup>1</sup> från början av 2020 konstaterar bland annat att myndigheten under flera år har direktupphandlat varan i fråga och att summan för direktupphandlingar under 2018 uppgick till 2 740 205 kronor, se [bilaga 1](#). Vidare bedömdes det i rapporten att direktupphandlingarna stred mot gällande upphandlingslagstiftning. 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 ännu inte annonserats.

---

<sup>1</sup> Internrevisionsrapport 2019:8 Urinprov.

7. Det sista avtalet avseende testmateriel som ingåtts under 2019 är anstalten i Ystads beställning från Nal von Minden GmbH den 20 december 2019 (Avtalet), bilaga 2.
8. Det är Avtalet som ligger till grund för denna ansökan.
9. Kriminalvården har under Konkurrensverkets utredning angett att det inte funnits något tillämpligt undantag från annonseringsplikten. Vidare instämmer myndigheten i Konkurrensverkets bedömning om att Kriminalvårdens verksamhetsställen och verksamhetsområden inte utgör separata operativa enheter enligt 5 kap. 4 § LOU.

#### **Avtalets karaktär och värde**

10. Avtalet utgör ett varukontrakt enligt 1 kap. 24 § LOU.
11. 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 kronor och direktupphandlingsgränsen till 586 907 kronor.
12. Av 5 kap. 11 § 1 LOU följer att värdet av ett varukontrakt som regelbundet återkommer ska 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, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet.
13. Av bilaga 2 framgår att Nal von Minden GmbH fakturerat Kriminalvården 12 600 kronor exklusive mervärdesskatt för det avtal som ansökan avser. Användningen av testmateriel har varit omfattande och frekvent och bedöms därför som regelbundet återkommande. Vidare bedömer Konkurrensverket att Kriminalvården har köpt varan i syfte att tillgodose sitt behov av att kunna genomföra snabba tester av narkotikaförekomst i urin. Varan är sådan som typiskt sett tillhandahålls av samma leverantör. Köpen utgör således liknande kontrakt.<sup>2</sup>
14. Avtalet ingicks den 20 december 2019. Den föregående tolv månadersperioden är således den 21 december 2018 till och med den 20 december 2019.
15. Som nämnts i punkt 5 ovan har det för vissa köp inte gått att fastställa när beställningarna de facto lagts. Det är därför inte möjligt att exakt ange det

---

<sup>2</sup> Jfr art. 5.9 och skäl 19 i direktiv 2014/24/EU.

totala värdet av liknande kontrakt under den relevanta perioden.

Konkurrensverket anser dock att avtal har ingåtts vid tidpunkten för utförd beställning enligt punkt 5 ovan och att det kan antas att fakturering skett i nära anslutning till avtalsingående.

16. Kriminalvården har lämnat in en sammanställning över verifierade köp under 2019 utifrån datum för inkommen faktura för respektive beställning, se bilaga 3. Värdet enligt sammanställningen uppgår till 2 934 512,95 kronor (exklusive mervärdesskatt).
17. Omständigheterna kring en av posterna i sammanställningen, som uppgår till 18 500,50 kronor, är dock sådana att den inte ska beaktas vid beräkningen av Avtalets värde.<sup>3</sup> Vidare framgår att en annan post om 2 620,50 kronor avser tillbehör och tjänster avseende en alkometer, som inte anses utgöra ett sådant liknande kontrakt som avses i 5 kap. 11 § LOU.<sup>4</sup> Inte heller denna post ska beaktas vid beräkningen av kontraktsvärdet.
18. Det är ostridigt att Kriminalvårdens verksamhetsställen och verksamhetsområden inte utgör separata operativa enheter. Värdet ska därmed inte beräknas särskilt för dessa enligt regeln i 5 kap. 4 § LOU.
19. Konkurrensverket, som inte funnit anledning att ifrågasätta Kriminalvårdens uppgifter enligt punkt 16 och 17, lägger därför dessa till grund för värdet av Avtalet som uppgår till 2 913 392 kronor.<sup>5</sup> Värdet framstår som en rättvisande bild av omfattningen av köpen, bland annat mot bakgrund av myndighetens inköp av testmateriel under 2018.<sup>6</sup>
20. Avtalets värde överstiger aktuellt tröskelvärdet. Avtalet borde således ha annonserats i enlighet med huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU.

### **Avtalet mellan Kriminalvården och Nal von Minden GmbH utgör en otillåten direktupphandling**

21. Avtalet har ingåtts utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU.
22. För att Avtalet ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU varit tillämpligt. Undantagen ska tolkas restriktivt.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Se rad 18 i bilaga 3.

<sup>4</sup> Enligt uppgift ingår denna post i beloppet 47 920, 75 kr som redovisas på rad 14 i bilaga 3.

<sup>5</sup> (2 934 512,95 – 18 500,50 – 2 620,50) kronor = 2 913 391,95 kronor.

<sup>6</sup> Punkt 6 ovan.

<sup>7</sup> Se bl.a. 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, mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop.

23. Kriminalvården har anfört att det inte finns något tillämpligt undantag.
24. Konkurrensverket instämmer i Kriminalvårdens bedömning i denna del. Avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

### **Upphandlingsskadeavgift**

25. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.<sup>8</sup> Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har 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.<sup>9</sup>
26. 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.<sup>10</sup>

### **Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek**

27. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.<sup>11</sup> Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.<sup>12</sup>
28. Kontraktsvärdet uppgår till 2 913 392 kronor. Tio procent av detta belopp är 291 339 kronor. Upphandlingsskadeavgiften ska därför som lägst uppgå till 10 000 kronor och som högst till 291 339 kronor.
29. 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.<sup>13</sup>
30. 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.<sup>14</sup>

---

2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

<sup>8</sup> 21 kap. 1 § 3 LOU.

<sup>9</sup> Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

<sup>10</sup> A. prop. s. 196–197.

<sup>11</sup> 21 kap. 4 § LOU.

<sup>12</sup> HFD 2014 ref. 69.

<sup>13</sup> 21 kap. 5 § LOU.

<sup>14</sup> Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

31. 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 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.<sup>15</sup> Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.<sup>16</sup>
32. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Överträdelsen är klar. Av utredningen framgår att Kriminalvården har fortsatt att direktupphandla testmateriel under hela 2019, trots att inköpsenheten redan i början av samma år identifierat varan som föremål för central upphandling. Beslut om att inleda en upphandling fattades inte förrän i mars 2020. Någon central upphandling av testmateriel har dock ännu inte annonserats.
33. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 230 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

---

Rosemarie Jansson Håvik

Anna Görgård

---

<sup>15</sup> A. prop. s. 197–198 och 369–370.

<sup>16</sup> A. prop. s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

**Bifogas**

Bilaga 1 – Utdrag från Kriminalvårdens internrevisionsrapport 2019:8 Urinprov

Bilaga 2 – Avtal mellan Kriminalvården och Nal von Minden GmbH daterat den 20 december 2019

Bilaga 3 – Sammanställning över verifierade köp 2019