

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Karolinska Universitetssjukhuset i Region Stockholm, 141 86 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 LOU beslutar att Karolinska Universitetssjukhuset i Region Stockholm ska betala 1 300 000 (en miljon trehundrausen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Karolinska Universitetssjukhuset i Region Stockholm har brutit mot 10 kap. 1 § LOU¹ genom att den 5 augusti 2021 sluta avtal med European Drug Testing Service AB (556516-6195) om kringtjänster/service till laboratorieverksamhet för drogtester i arbetslivet utan föregående annonsering, se bilaga 1. Eftersom förutsättningarna för att sluta avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Den 12 juli 2021 informerade Karolinska Universitetssjukhuset i Region Stockholm (KU),² genom en annons enligt 10 kap. 5 § LOU, om sin avsikt att sluta avtal om "utökad service för arbetsplatsdrogtester" med leverantören European Drug Testing Service AB (EDTS) genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt LOU, se bilaga 2.
3. Av annonsen framgår bland annat följande. KU har behov av en tjänst för utökad service avseende hela säkerhetskedjan för arbetsplatsdrogtester inklusive svarsbevakning, remisskontroller, MRO-hantering (Medical Review Officer) och därtill daglig, snabbt tillgänglig support. Efter genomförd marknadsanalys har det konstaterats att endast ett företag, EDTS, kan tillhandahålla en lösning som uppfyller KU:s krav. KU avser därför att ingå avtal om tjänsten DrogtestOptimal med EDTS för perioden den 1 juli 2021 till och med den 31 december 2022 med möjlighet till förlängning i ett år + ett år. Beräknat avtalsvärde uppgår till cirka 16 000 000 kronor.
4. Den 5 augusti 2021 slöt KU ett avtal med EDTS avseende aktuella tjänster utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU eller 10 kap. 1 § LOU, se bilaga 1. Det är detta avtal (Avtalet) som omfattas av Konkurrensverkets ansökan.
5. Avtalet innebär att KU, mot ersättning, har anskaffat följande tjänster av EDTS:
 - Bemannad kundtjänst/helpdesk för företagssköterskor och MRO-läkare på Företagshälsovården som en first-line-support kring frågor rörande analyser, drogtestmaterial eller provsvar.

¹ Den 1 februari 2022 trädde nya upphandlingsrättsliga bestämmelser i kraft (SFS 2021:1112). Eftersom den nu aktuella upphandlingen har påbörjats före ikraftträdandet är dock de äldre bestämmelserna tillämpliga.

² Karolinska universitetssjukhuset är en nämnd i Region Stockholm.

- Chain-of-custody kontroller där varje remiss inskickad från Företagshälsovården granskas och vid behov kompletteras samt tillhörande administration.
- Uppföljning av ej inkomna elektroniska remisser eller pappersremisser.
- Priskontroll av fakturor mot gällande avtal.
- Säkerställa distribution av analyser och provsvar mellan provtagare och KU samt förmedling av avvikande drogtestsvar till MRO på Företagshälsovården.
- Webbaserad säker portal där användarna kan hämta statistik, följa spårbara genomförda drogtestar m.m. I portalen publiceras nyheter och information från KU till företagssköterskor och MRO-läkare.
- Planering och uppföljning av logistiklösning samt eventuella avvikelser kopplade till detta.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

6. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.³
7. Enligt 1 kap. 21 § LOU är det fråga om ett tjänstekontrakt om kontraktet gäller tillhandahållandet av andra tjänster än de som anges i 1 kap. 9 § LOU.
8. Avtalet avser ett sådant tjänstekontrakt som avses i LOU. Såvitt framgår av Avtalet rör det sig om hälsovårdsförvaltningstjänster (CPV-kod 75122000-7), som omfattas av LOU:s Bilaga 2a.
9. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU och 19 kap. 36 § LOU ska upphandlingar av kontrakt och ramavtal av tjänster enligt Bilaga 2a över tröskelvärdet (7 701 675 kronor) respektive direktupphandlingsgränsen (2 156 469 kronor) annonseras. Undantagen från skyldigheten att annonsera tolkas restriktivt.⁴

³ 1 kap. 2 § LOU. Se även 1 kap. 15 § LOU.

⁴ Se bland annat EU-domstolens domar i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 58, mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.

10. Avtalet borde därför som huvudregel ha föregåtts av annonsering enligt någon av dessa bestämmelser om värdet översteg tröskelvärdet respektive direktupphandlingsgränsen.

Upphandlingens värde

11. Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de hade utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.⁵
12. Uppskattningen ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.⁶
13. Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.⁷
14. Av Avtalet framgår att KU ska utge ersättning för aktuella tjänster. Det saknas dock uppgifter om totalt belopp.
15. KU har, under Konkurrensverkets utredning, uppgett att upphandlingens värde uppgår till 16 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt, vilket motsvarar det värde som anges i den annons enligt 10 kap. 5 § LOU som föregick Avtalet. Eftersom det inte har framkommit några omständigheter som föranleder annan bedömning av värdet anser Konkurrensverket att upphandlingens värde kan uppskattas till detta belopp.
16. Eftersom upphandlingens värde överskrider såväl direktupphandlingsgräns som relevant tröskelvärde borde Avtalet ha föregåtts av annonsering enligt 10 kap. LOU, förutsatt att något undantag från kraven på annonsering inte var tillämpligt.

Inget undantag från kravet på annonsering är tillämpligt

17. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar enligt LOU ska tolkas restriktivt.⁸
18. KU har, under Konkurrensverkets utredning, gjort gällande att undantaget för tekniska skäl i 6 kap. 14 § 2 LOU är tillämpligt. Till stöd för detta har KU

⁵ 5 kap. 3 § LOU.

⁶ 5 kap. 5 § LOU.

⁷ 5 kap. 6 § LOU.

⁸ Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 58, mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.

uppgett att det föreligger behov av en heltäckande lösning och en sammanhängande tjänst. Den efterfrågade tjänsten innebär en teknisk helhetslösning med ett integrerat service- och it-stöd, med ständig tillgänglighet avseende svar, service, MRO, uppföljning, kontroll, spårbarhet, distribution och logistik. Enligt KU skulle en uppdelning av de olika momenten i tjänsten, genom att upphandla kundtjänsten mot provmottagarna från en leverantör, svarsdistribution från en annan leverantör och it-stöd från en tredje leverantör, skapa stora olägenheter när det gäller samordning, gränssnitt och provvolymmer. KU uppger vidare att det endast finns ett fåtal leverantörer på marknaden och att en marknadsanalys har visat att endast EDTS kan tillhandahålla efterfrågad sammanhängande helhetslösning. KU har inkommit med ett intyg från en leverantör, se bilaga 3. Av intyget, som har inhämtats efter att Konkurrensverket har inlett sin granskning, framgår att leverantören "för närvarande" inte har möjlighet att tillhandahålla en sådan teknisk helhetslösning som KU efterfrågar. KU har emellertid inte kunnat redovisa någon annan dokumentation avseende den marknadsanalys som man hänvisar till.

19. Såvitt framgår av omständigheterna är dock undantaget för tekniska skäl i 6 kap. 14 § 2 LOU inte tillämpligt.
20. Av 6 kap. 14 § 2 LOU, som genomför art. 32.2 b ii i Direktiv 2014/24/EU, följer att en upphandlande myndighet får tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör, eftersom det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens.⁹ Det ska vidare inte finnas något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens får inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.
21. För att detta undantag ska kunna tillämpas krävs således i första hand att två kumulativa villkor är uppfyllda. 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.¹⁰ Det kan vara fråga om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan leverantör att uppnå erforderlig fullgörandenivå, eller att det krävs specifik kunskap eller verktyg som endast en leverantör har. Det kan också röra sig om särskilda driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas för att det som upphandlas ska fungera.¹¹ I likhet med övriga undantag från kravet på annonsering ska undantaget för tekniska skäl tolkas restriktivt.
22. De tjänster som omfattas av Avtalet förefaller inte vara särskilt tekniskt komplicerade. Detta talar emot att de skulle vara av en sådan *teknisk karaktär*

⁹ Se även skäl 50 till Direktiv 2014/24/EU.

¹⁰ Se EU-domstolens dom i mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*, p. 34–39.

¹¹ Se skäl 50 till Direktiv 2014/24/EU.

att det av *tekniska* skäl skulle vara nära nog omöjligt för en annan leverantör än EDTS att uppnå erforderlig fullgörandenivå, eller att endast EDTS skulle besitta en sådan specifik kunskap att EDTS är ensam om att kunna utföra tjänsterna.¹² Det finns inget annat som tyder på att tjänsterna skulle vara av sådan teknisk karaktär att undantaget avseende tekniska skäl är tillämpligt. Dessa omständigheter talar i sig emot att undantaget för tekniska skäl kan tillämpas på Avtalet.

23. Vad gäller påståenden om bristande konkurrens noteras vidare följande.
24. Konkurrensverket har förståelse för att det kan finnas fördelar med att anskaffa de tjänster som omfattas av Avtalet av en och samma leverantör. Vid bedömningen av om det är nödvändigt att anlita viss leverantör i den mening som aktualiserar undantaget för tekniska skäl i LOU är det emellertid inte tillräckligt att det är mer effektivt att en viss leverantör tillhandahåller tjänsterna. Konkurrensverket erinrar om att undantaget ska tolkas restriktivt.
25. Det finns inte heller stöd för att endast EDTS kan tillhandahålla en sådan samlad lösning av tjänster som omfattas av Avtalet. Det finns ingen dokumenterad marknadsanalys. Det kan vidare inte vitsordas att den marknadsanalys som KU påstår sig ha genomfört skulle ge en heltäckande bild av samtliga leverantörer som kan tänkas vara intresserade av att tillhandahålla en sådan lösning. Den helhetslösning som efterfrågas förefaller också vara av sådan karaktär att det är sannolikt att en leverantör som inte har en färdig helhetslösning kan tillhandahålla en sådan lösning inom rimlig tid. Konkurrensverket erinrar om att det åligger upphandlande myndigheter att organisera och planera sina upphandlingar på ett sådant sätt att upphandlingslagstiftningen kan följas. I detta ingår att ta höjd för en rimlig tid för annonsering och för leverantörens uppstart av tillhandahållande av en tjänst. Eftersom omständigheterna talar emot att det bara skulle finnas en leverantör som kan tillhandahålla tjänsterna aktualiseras inte undantaget avseende tekniska skäl.
26. Eftersom det inte heller föreligger omständigheter som talar för att något annat undantag från kravet på annonsering har varit tillämpligt utgör Avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

27. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska

¹² Jfr skäl 50 till Direktiv 2014/24/EU och EU-domstolens dom i mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*, p. 34–39.

betala en upphandlingsskadeavgift.¹³ Det finns inget krav på 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.¹⁴

28. 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.¹⁵

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

29. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.¹⁶
30. Avtalet slöts den 5 augusti 2021. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste därför ha lämnats in till domstolen inom ett år från detta datum.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

31. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. LOU.¹⁷
32. Den aktuella upphandlingens värde är 16 000 000 kronor (se ovan punkterna 10–15). Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 1 600 000 kronor.
33. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.¹⁸ 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.¹⁹ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.²⁰
34. 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 exempelvis rättsläget är

¹³ 21 kap. 1 § 3 LOU.

¹⁴ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

¹⁵ A. prop. s. 196–197.

¹⁶ 21 kap. 7 § LOU.

¹⁷ 21 kap. 4 § LOU.

¹⁸ 21 kap. 5 § LOU.

¹⁹ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

²⁰ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

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 upprepade 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.²¹ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²²

35. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.²³
36. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget kan inte anses oklart. Vidare har under utredningen framkommit att Karolinska Universitetssjukhuset vid tre tidigare tillfällen ålagts att betala upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling.²⁴ Detta är något som Konkurrensverket bedömer utgör en försvårande omständighet.
37. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 1 300 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Sophia Anderberg

²¹ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

²² Se prop. 2009/10:180 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.

²³ 21 kap. 5 § LOU.

²⁴ Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 10 april 2017 i mål nr 2262-17, den 1 november 2016 i mål nr 16041-16 samt den 27 maj 2016 i mål nr 21027-15.

Bifogas

Bilaga 1 Avtalet

Bilaga 2 Annons enligt 10 kap. 5 § LOU

Bilaga 3 Intyg från Nordisk Drogprevention AB daterat 220128