

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Karolinska universitetssjukhuset i Stockholms läns landsting, 232100-0016,
Box 22550, 104 22 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig
upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar
att Karolinska universitetssjukhuset i Stockholms läns landsting ska betala
200 000 kr (tvåhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Karolinska universitetssjukhuset i Stockholms läns landsting (Karolinska) har brutit mot 7 kap. 1 § LOU genom att den 14 augusti 2015 ingå avtal om köp av en autofrys av modellen SAM Remp Store (SAM) med Hamilton Bonaduz AG (Hamilton) utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Genom en beställning den 14 augusti 2015 ingick Karolinska ett avtal med Hamilton om anskaffning av en autofrys av modellen SAM, se bilaga 1. Avtalet har inte varit föremål för annonsering enligt LOU. Det är detta avtal som omfattas av Konkurrensverkets ansökan.
3. Hamiltons autofrys av modellen SAM är en liten autofrys som kan användas för att t.ex. förvara REMP-rör i temperaturer ned till -80 °C. En autofrys är en frys för förvaring av biologiska prover, en biobank. Autofrysen innehåller utrustning som automatiskt kan hämta specificerade prover och leverera dessa till användaren, utan att användaren behöver öppna frysen. REMP-rör är en sorts små provrör som bl.a. används för förvaring av biologiska prover.
4. Direktupphandlingen av den lilla autofrysen var en del av en stor omvandling av biobanksverksamheten inom Stockholms läns landsting. Karolinska sjukhusets biobank har i samverkan med Karolinska universitetslaboratoriet utvecklat en automatiserad process och ett skraddarsytt IT-stöd för insamling av biobanksprover. Det finns planer på att etablera en stor biobanksutrustning i anslutning till Nya Karolinska Solna, som förväntades kunna tas i drift under andra halvan av 2017.¹ I avvaktan på detta beslutade Karolinska att skaffa en mindre autofrys till sin biobanksverksamhet.
5. Arbetet med att ta fram en automatiserad uttagsprocess för biobanksprover inleddes under 2013-2014 med att Karolinskas biobanksverksamhet gjorde breda sökningar på internet och undersökte marknaden för möjliga automatiseringslösningar. Vid denna tidpunkt var det inte klart hur behovet skulle lösas innan den stora autofrysen var på plats. Huvudalternativet blev dock att köpa in en liten autofrys eller plockrobot.
6. Under 2014-2015 genomförde Karolinska genom en projektgrupp en marknadsinventering av utbudet av mindre autofrysar/plockrobotar.

¹ Denna upphandling är för närvarande pågående.

7. Från en lista på över 100 potentiellt intressanta företag kom Karolinska fram till fem leverantörer som bedömdes kunna leverera en lösning som motsvarade verksamhetens behov.² Dessa fem leverantörer bjöds in att delta i en RFI (request for information) som offentliggjordes i annonsdatabasen Visma den 2 april 2015, se bilaga 2. Syftet med RFI:n angavs i följebrevet vara att underlätta framtagandet av ett framtida förfrågningsunderlag.
8. Av de fem inbjudna företagen svarade två på RFI:n, Brooks och Hamilton.
9. Brooks är en global teknikföretagskoncern specialiserad på automationsutrustning för life science, biobanking, kryoteknik och tillverkning av halvledare. För den Europiska marknaden har Brooks dotterbolag i Tyskland, Storbritannien, Schweiz och Israel.
10. Hamilton är en global medicinteknikkoncern som är specialiserad inom precisionsmätutrustning samt robotar och automatiserade system för bl.a. biobanking. I Europa har man huvudkontor i Rumänien och Schweiz, och dotterbolag i ett flertal länder
11. I RFI:n ombads leverantörerna att beskriva egenskaperna hos den eller de system som de kunde tillhandahålla, och processen för idrifttagande och arbete med systemet. Brooks presenterade fem olika alternativ, bl.a. Brooks Biostore II som är en autofrys, TPM som är en lösning med en plockrobot i frysutrymme, och en helt manuell hantering på kolsyreis. Hamilton presenterade tre olika autofrysar: SAM, M1 och M2.
12. Utifrån resultaten av RFI:n och verksamhetens behov författade projektgruppen en förstudie, daterad den 13 maj 2015, med en rekommendation om vilka system som vore lämpliga att välja, se bilaga 3.
13. I förstudien tog projektgruppen fram en lista på de egenskaper man utifrån de föreslagna lösningarna ansåg viktigast: automatiseringsgrad, temperaturkontroll, leveranstid, storlek, flexibilitet beträffande rörtyper, lagringskapacitet för 300 µl-rör och pris. Man gjorde också en kostnadsuppskattning för de olika förslagen.
14. Efter den inledande jämförelsen kom projektgruppen fram till att det bästa alternativet var någon modell av autofrys eller plockrobot. Lösningen med manuell hantering på kolsyreis utvärderades därför inte vidare. De återstående lösningarna var Brooks TPM, Brooks Biostore II, Hamilton SAM, Hamilton M1 och Hamilton M2. Brooks TPM är en plockrobot medan övriga system är autofrysar. För dessa fem system gjorde projektgruppen en

² Dessa var Angelantoni Group, Brooks, Hamilton Robotics, Tecan och TTP Labtech Limited.

kostnads- och nyttoanalys där de olika lösningarna poängsattes på en skala från 1 till 10 utifrån åtta olika kvalitetsmått.

15. Totalpoängen per system blev:

Brooks TPM	11 p
Brooks Biostore II	63 p
Hamilton SAM	55 p
Hamilton M1	65 p
Hamilton M2	65 p

16. I kostnadsanalysen togs hänsyn till utrustningens listpris, kostnaden för utveckling av Biobank Karolinskas IT-system för integration av utrustningen, utbildning av personal och anpassning av lokal. Samtliga autofrysar uppskattades medföra lika stora kostnader avseende IT-utveckling, utbildning och lokalanpassning, medan Brooks TPM inte bedömdes medföra några utbildnings- eller lokalkostnader.

17. Den uppskattade totalkostnaden per system blev:

Brooks TPM	300 000 kr
Brooks Biostore II	10 403 000 kr
Hamilton SAM	2 000 000 kr
Hamilton M1	8 403 000 kr
Hamilton M2	10 403 000 kr

18. Baserat på resultatet föreslog projektgruppen att en autofrys av någon av modellerna Brooks Biostore II, Hamilton M1 eller Hamilton M2 vore det bästa alternativet. Hamiltons SAM, som sedermera köptes in, bedömdes vara ett något sämre alternativ då hantering av olika rörtyper och lagringskapacitet är mer begränsad, 60 000 REMP-rör att jämföra med t.ex. Brooks Biostore II som kan hantera 1 miljon REMP-rör.

19. Den 4 augusti 2015 genomförde Karolinska en frivillig förhandsinsyn enligt 7 kap 4 § LOU, se bilaga 4. Av förhandsinsynen framgår att Karolinska universitetslaboratoriet, som är en vårddivision inom Karolinska, avsåg köpa en autofrys av modellen SAM från Hamilton genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I förhandsinsynen angavs, i motsats till vad som framgått av förstudien, att endast leverantören Hamilton, med sin autofrys SAM, uppfyllde samtliga krav. Vidare angavs att det förelåg skäl för undantag från annonsering enligt LOU på grund av tekniska skäl med stöd av 4 kap 5 § första stycket 2 LOU.

20. Därefter, den 14 augusti 2015, ingick Karolinska genom beställning det avtal med Hamilton som nu är föremål för ansökan om upphandlingskadeavgift.

21. I ett dokument daterat den 9 september 2015 redogör verksamhetschefen för Biobank Karolinska närmare för bedömningen vid valet av autofrys, se bilaga 5.

Avtalets värde

22. Avtalet mellan Karolinska och Hamilton är ett leveransavtal avseende en autofrys av modellen SAM Remp Store. Värdet av ett kontrakt ska enligt 3 kap. 3 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.
23. Av avtalet framgår att en köpeskilling ska utgå med 269 800 USD, exklusive moms, vilket med hänsyn till växelkursen vid tidpunkten för beställningen motsvarar 2 306 196 kr, se bilaga 6. I priset ingår SAM med vissa specificerade komponenter, frakt, installation på plats och två dagars grundläggande användarutbildning. Avtalets totala värde är alltså 2 306 196 kr, vilket överstiger direktupphandlingsgränsen.³

Avtalet med Hamilton är en otillåten direktupphandling

24. Enligt huvudregeln i 7 kap. 1 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla intresserade leverantörer därigenom få möjlighet att konkurrera om kontraktet. Eftersom avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga för att Karolinska ska ha kunnat underlåta annonsering. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁴

Det föreligger inte tekniska skäl

25. Enligt 4 kap 5 § första stycket 2 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som av tekniska skäl kan fullgöras endast av en viss leverantör. För att undantaget ska vara tillämpligt krävs att två kumulativa villkor är uppfyllda, nämligen att de egenskaper som upphandlas är av *teknisk karaktär* och att det, mot bakgrund av dessa är *absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag* kontraktet. Endast den omständigheten att arbeten påstås vara komplicerade och vanskliga räcker inte för att visa att de uteslutande kan anförtrors en enda leverantör. Att en viss lösning är komplicerad eller svår räcker inte för att visa att arbetet av tekniska skäl bara kan anförtrors en enda

³ Se 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Direktupphandlingsgränsen uppgick under år 2015 till 505 800 kr.

⁴ 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. 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.

leverantör. Det är inte heller tillräckligt att visa att kontraktet skulle komma att utföras mest effektivt, snabbast eller billigast av en viss utpekad leverantör. I stället krävs i princip att den tilltänkta leverantören är den enda som, på objektiva grunder och med hänsyn till de tekniska egenskaperna, kan fullgöra det aktuella kontraktet.⁵

26. Karolinska anser att undantagsbestämmelsen om tekniska skäl i 4 kap 5 § första stycket 2 LOU var tillämplig på avtalet. De omständigheter som Karolinska åberopar för att undantaget skulle vara tillämpligt utvecklas i förhandsinsynen och i den bedömning som har sammanställts av verksamhetschefen för Biobank Karolinska (se nedan punkterna 27-29).
27. I förhandsinsynen anges, i motsats till vad som framgår av förstudien, att endast Hamilton kan tillhandahålla den automatiserade funktionalitet som Karolinskas biobank/LNP behöver för att omhänderta biobanksproverna till dess att den stora automatiserade autofrysanläggningen är på plats. Det anges vidare att det är synnerligen viktigt att den autofrys som anskaffas kan inrymmas i befintliga lokaler och kan kommunicera med befintliga laboratedatasystem och allikvoteringsrobotar.
28. Av den redogörelse som redovisas av verksamhetschefen för Biobank Karolinska framgår följande avseende valet av autofrys:
29. "Slutsatsen av utredningen är att alternativet Hamiltons SAM-enhet utgör den enda möjliga lösningen. Den ryms inom det tillgängliga budgetutrymmet (ca 3000 kkr) och kan vara i funktion i rimlig tid. Förstudiens kostnads- och nyttoanalys visar också bästa utfall för SAM-enheten.

SAM-enheten bedömdes i förstudien ha lägre nyttoeffekter än de större autofrysarna (se förstudie). SAM-enheten rankades sämre för punkterna: snabbare uttagsprocess; minskade transporter; arbetsmiljö. Bedömningen byggde på att utrustningen avsågs placeras i källarplan varvid den lägre lagringskapaciteten för SAM skulle innebära mer 'spring med prover'. I redogörelsen anges vidare att man efter förstudien lyckats frigöra en lokal nära laboratoriet som innebär att nyttoeffekten höjs ca 7 poäng."

30. Konkurrensverket anser dock inte att det har förelegat skäl för att ingå avtalet utan föregående annonsering med stöd av tekniska skäl enligt 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU.

⁵ Se t.ex. mål C- 57/94 Kommissionen mot Italien, mål C-199/85 Kommissionen mot Italien, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, mål C-337/05 Kommissionen mot Italien och de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland.

31. Kostnad och leveranstid utgör inte sådana tekniska egenskaper som avses i bestämmelsen. Inte heller det förhållandet att en viss lösning bedöms ha högre nyttoeffekt jämfört med andra lösningar som uppfyller myndighetens behov utgör en sådan omständighet som kan utgöra skäl för undantag. Att en enskild lösning bedöms ge bäst nyttoeffekt innebär inte att denna lösning är den enda tekniskt möjliga lösningen. Tvärtom ger det faktum att flera alternativ bedömts vara relevanta att utvärdera i sig ett stöd för att flera lösningar uppfyller de grundläggande tekniska kraven. Karolinskas förstudie, till vilken chefen för Biobanken hänvisar i bedömningen av valet av autofrys, visar också att det fanns fler än en leverantör som kunde tillgodose verksamhetens behov.
32. Av förstudien framgår att fem system från två olika leverantörer har bedömts uppfylla de grundläggande tekniska kraven och utvärderats med hänsyn till kostnad och nytta. Samtliga autofrysar som ingår i Karolinskas förstudie tillhandahåller en automatiserad funktionalitet för att omhänderta biobanksprover. I förstudien tilldelas SAM 3 poäng för graden av automatisering medan Brooks Biostore II, Hamilton M1 och Hamilton M2 tilldelas 4 poäng vardera. I förstudien beskrivs också det IT-system som används för biobanksverksamheten och till vilket allikvoteringsrobotarna är anslutna. Detta system är skraddarsytt för Karolinska. I förstudien anges att beroende på vilken plockrobot/liten autofrys som väljs behöver filformat och innehåll för plocklistor specificeras ytterligare. Kostnaden för utveckling av IT-systemet har inkluderats i kostnads- och nyttoanalysen och där uppskattats till 300 000 kr oberoende av vilken autofrys eller plockrobot som väljs. Samma bedömning har gjorts för samtliga utvärderade autofrysar.
33. I förstudien diskuteras vidare ett antal olika förslag på placering av autofrysen vilket utmynnar i att projektgruppen rekommenderar "den lokal som uppfyller kraven för vald lösning". I verksamhetschefens bedömning anges att man på grund av att man hittat en alternativ placering för SAM kunnat höja enhetens nyttograd med 7 poäng. Det har således funnits ett antal olika lokaler där man kunnat placera en autofrys och den slutliga placeringen har bestämts mot bakgrund av vad som varit lämpligt för vald autofrys. Placeringen har utgjort en del av en avvägning mellan kostnad och nytta för de olika systemen.
34. Syftet med en annonsering enligt LOU är bl.a. att åstadkomma en priskonkurrens. Konkurrensverkets uppfattning är att den bedömning Karolinska gjort i sin förstudie närmast är att likna vid en utvärdering enligt tilldelningsgrunden mest ekonomiskt fördelaktiga anbud, och att en sådan utvärdering mycket väl kunde (och borde) ha skett inom ramen för en annonserad upphandling. Det kan inte uteslutas att en motsvarande utvärdering hade fallit ut annorlunda om den genomförts inom ramen för en annonserad upphandling. Det kan heller inte på något sätt uteslutas att

någon av de andra leverantörer som valde att inte delta i Karolinskas RFI hade varit intresserade av att lämna anbud i en faktisk upphandling och då kunnat erbjuda system som motsvarade Karolinskas krav.

35. Eftersom det vid kontraktstillfället fanns *minst* två leverantörer som kunde uppfylla Karolinskas behov var kraven för att få utnyttja bestämmelsen i 4 kap 5 § första stycket 2 LOU inte uppfyllda.
36. Det har inte heller framkommit några omständigheter som talar för att något annat undantag från annonseringsskyldigheten har varit tillämpligt. Karolinskas avtal med Hamilton utgör därför en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

37. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU). 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.⁶
38. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁷

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

39. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (17 kap. 7 § LOU).
40. Det avtal som ansökan gäller består av en beställning gjord i Karolinska sjukhusets ordinarie inköpssystem den 14 augusti 2015, baserad på en offert från Hamilton daterad den 4 augusti 2015. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 14 augusti 2015 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

41. 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 3 kap. 3 och 4 §§ eller

⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

⁷ A prop. s. 196–197.

15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁸ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 2 306 196 kronor (se punkt 23 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 230 619 kronor ($2\,306\,196 \times 0,1$).

42. 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 (17 kap. 5 § LOU).
43. 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.⁹
44. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁰ 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.¹¹
45. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling och sanktionsvärdet ska därför vara högt. I sammanhanget noteras också att Förvaltningsrätten i Stockholm, i dom den 27 maj 2016, har beslutat om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap 1 § 3 LOU avseende ett avtal som ingåtts av en annan vårddivision inom Karolinska (mål nr. 21027-15, domen har vunnit laga kraft). Det otillåtet direktupphandlade avtalet av den 14 augusti 2015 utgör således ett upprepat beteende, vilket i sin tur utgör en försvårande omständighet i ärendet, som bör påverka sanktionsvärdet.

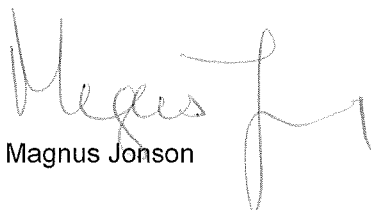
⁸ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.


⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

¹⁰ Se prop. 2009/10:180 del 1 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.

¹¹ A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

46. 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.
-


Magnus Jonson


Magnus Ehn

Bifogas

Bilaga 1 - Offert och beställning

Bilaga 2 - Request for information

Bilaga 3 - Uttagsprocessen; förstudie

Bilaga 4 - Meddelande om frivillig förhandsinsyn

Bilaga 5 - Biobank Karolinskas bedömning vid val av autofrys

Bilaga 6 - Växelkurs USD- SEK