



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**

Avd. 3

**DOM**  
2023-01-18  
Meddelad i Göteborg

Mål nr  
12383-22

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

**MOTPART**

Västra Götalandsregionen

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Västra Götalandsregionen ska betala 620 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

**BAKGRUND**

Verksamheten för klinisk genetik och genometik på Sahlgrenska Universitetssjukhus (verksamheten) är en del av Västra Götalandsregionen (VGR) och fungerar som ett kompetenscenter för genetik inom hela VGR. Här finns bland annat ett internt laboratorium dit alla hälso- och sjukvårdsinsatser inom VGR skickar prover för analys av genetiska sjukdomar. VGR har ett samarbete med Lunds universitet med anledning av att universitetet tidigare genomfört en forskningsstudie som innebar att alla regioner i Sverige skickade prover för genetisk analys för cancertgenetisk ärftlighetsutredning. Efter att denna studie avslutats har VGR även fortsättningsvis skickat vissa prover till Lunds universitet för analys.

Konkurrensverket har utrett VGR:s köp av laboratorieanalystjänster avseende bl.a. ärftlig cancer från Lunds universitet under 2021. Det är ostridigt att det inte finns ett skriftligt avtal avseende köp av laboratorieanalystjänster och att VGR inte har genomfört en annonserad upphandling. Konkurrensverket har i brist på skriftliga avtal baserat sin utredning och bedömning på en faktura samt fakturasammanställning som VGR givit in till Konkurrensverket och gör gällande att VGR genomfört en otillåten direktupphandling, vilket bestrids av VGR.

VGR inledde en annonserad upphandling av laboratorieanalystjänster under hösten 2021.

Vad förvaltningsrätten har att ta ställning till är om det Konkurrensverket gör gällande har ägt rum, kan läggas till grund för beslut om upphandlingsskadeavgift.

**YRKANDE OCH INSTÄLLNING M.M.****Konkurrensverket**

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att VGR ska betala 620 000 kr i upphandlingsskadeavgift. VGR har den 31 december 2021 ingått avtal om laboratorieanalystjänster med Lunds universitet utan föregående annonsering, trots att förutsättningar för detta saknades. VGR har därmed genomfört en otillåten direktupphandling och således brutit mot 19 kap. 3 § andra stycket och 10 kap. 1 § LOU.

Enligt VGR:s interna rutiner ska avtal upprättas vid beställning av analystjänster. VGR har dock inte kommit in med några sådana avtal och det saknas i övrigt dokumentation om när beställningar har skett.

Konkurrensverket har fått del av en faktura från Lunds universitet daterad 22 december 2021 och verifierad av VGR den 31 december samma år. Värdet uppgår till 238 500 kr exklusive mervärdesskatt. Härutöver har de fått del av fakturasammanställningar för perioden 2019–2021. Det är Konkurrensverkets bedömning att överenskommelsen mellan VGR och universitetet om att tillhandahålla de aktuella tjänsterna till ett visst pris blev bindande i samband med att VGR verifierade fakturan den 31 december 2021 och att avtal ingicks denna dag. Köpet avser laboratorieanalystjänster och är således ett tjänstekontrakt och dessutom av sådant slag att de omfattas av CPV-koder upptagna i bilaga 2 a i LOU, så kallade välfärdstjänster. Av detta följer att bestämmelserna i 19 kap LOU ska tillämpas och upphandlingen ska annonseras.

Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i densamma och den får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i lagen. Vidare ska den upphandlande myndighetens direktupphandlingar av samma slag som gjorts under räkenskapsåret beaktas vid beräkningen av värdet

(19 kap 8 § LOU). Av fakturasammanställningen framgår fakturornas verifikationsdatum, belopp och uppgift om leverantör. Konkurrensverket gör bedömningen att värdet av de fakturor som verifierats under 2021 ger en rättvisande bild av värdet på inköpen av laboratorieanalystjänster under samma period.

Bedömningen av om två eller flera upphandlingar är av samma slag ska göras med utgångspunkt i de tjänster som är föremål för upphandlingarna. Det krävs inte att tjänsterna är identiska, men det måste finnas påtagliga likheter mellan dem för att de ska anses vara av samma slag. Det bör vara tjänsternas karaktär snarare än vem som utför dem som är avgörande för bedömningen.

Av fakturasammanställningen framgår att VGR har ingått flera avtal om laboratorieanalystjänster under år 2021. Analystjänsterna avser olika diagnosgrupper och analysmetoder varför värdet av tjänsterna enligt VGR inte ska läggas samman vid beräkningen av värdet. Konkurrensverket konstaterar dock att samtliga tjänster avser kliniskgenetiska analyser vilket talar för att de utgör tjänster av samma slag i den mening som avses i 19 kap 8 § LOU. Härutöver avser tjänsterna analyser av mutationer på vissa gener och har utförts i syfte att diagnosticera vissa typer av ärftliga cancersjukdomar, alternativt för att ta reda på om en person bär på sådana anlag och riskerar att drabbas av en sådan sjukdom. Samtliga screeninganalyser och vissa anlagsbärartester har genomförts med metoden hybridiseringsbaserad anrikning och storskalig sekvensering. Konkurrensverket bedömer att i varje fall dessa tjänster har sådana påtagliga likheter med varandra att avtalen utgör direktupphandlingar av samma slag. Den omständigheten att det rör sig om flera olika diagnosgrupper och ett par olika analysmetoder ändrar inte verkets bedömning i denna del. I ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm i mål 1965-13 har juridiktjänster inom ett antal olika rättsområden ansetts vara tjänster av samma slag, trots att marknaden för juridiska tjänster ostridigt uppnått en hög grad av specialisering. Ett liknande synsätt kan tillämpas på nu

aktuell upphandling då det föreligger påtagliga likheter mellan de tjänster som upphandlats. Av dessa skäl ska det sammanlagda värdet av avtalen beaktas vid bedömningen av värdet på upphandlingen. Det totala belopp som VGR betalat för laboratorieanalystjänsterna under 2021, inklusive värdet av den aktuella fakturan verifierad den 31 december 2021, uppgår till 7 969 100 kr exklusive mervärdesskatt.

VGR har gjort gällande att värdet på upphandlingen, med hänvisning till 21 kap. 7 § LOU, endast kan avse de köp som skett efter den 7 november 2021. Konkurrensverket framhåller i detta avseende att den aktuella bestämmelsen endast är en preskriptionsregel inom vilken tid en ansökan om upphandlingsskadeavgift ska inges och således inte avser att reglera hur värdet på upphandlingen ska beräknas. Värdet på upphandlingen ska därför anses uppgå till 7 969 100 kr och överstiger såväl tröskelvärdet som direktupphandlingsgränsen för den aktuella perioden och skulle ha upphandlats genom ett annonserat förfarande.

Omständigheter som medger undantag från annonsplikten bedöms inte ha förelegat och har inledningsvis inte heller åberopats av VGR. VGR har senare gjort gällande att undantagen för synnerlig brådska och upphandlingar till låga värden är tillämpliga för de aktuella avtalen med Lunds universitet. I detta avseende framhåller Konkurrensverket att gränsen för direktupphandling under den aktuella perioden uppgick till 2 156 469 kr och att direktupphandling på grund av lågt värde således inte varit tillåtet. Undantaget vid synnerlig brådska ska tillämpas restriktivt, det krävs exceptionella omständigheter för att direktupphandling ska få användas och det är den upphandlande myndigheten som ska visa att samtliga villkor för att tillämpa undantaget för synnerlig brådska är uppfyllda. Härutöver krävs att det föreligger ett orsakssamband mellan brådskan att anskaffa viss tjänst och den omständighet som inte har kunnat förutses.

Enligt praxis ställs det högra krav på en upphandlande myndighets planering och organisation. VGR har under både 2019 och 2020 upphandlat de aktuella tjänsterna till värden som ligger långt över direktupphandlingsgränsen. Behovet av tjänsterna har således funnits under lång tid och har därför varit möjlig att förutse även för 2021.

Konkurrensverket bedömer mot denna bakgrund att förutsättningar för att direktupphandla de aktuella laboratorieanalystjänsterna inte varit uppfyllda och att VGR således har genomfört en otillåten direktupphandling i samband med att avtalet ingicks den 31 december 2021. Förutsättning att ålägga VGR en upphandlingsskadeavgift föreligger och Konkurrensverket anser att en avgift om 620 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha inkommit till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. Överenskommelsen mellan VGR och Lunds universitet om att tillhandahålla de aktuella tjänsterna till ett visst pris blev bindande i samband med att VGR verifierade den aktuella fakturan den 31 december 2021. Ansökan är ingiven i rätt tid och förutsättning att pröva densamma föreligger således.

## **VGR**

VGR har inte agerat i strid med LOU. Konkurrensverket har grundat ansökan om upphandlingsskadeavgift på felaktig beräkning av genomförda köp. Det föreligger ingen grund för att ålägga VGR upphandlingsskadeavgift varför ansökan ska avslås.

Målsättningen för verksamheten har alltid varit att använda sig av det interna laboratoriet för majoriteten av frågeställningarna. Till följd av den ökade mängden analyser och varianter av genetiska sjukdomar har det interna

laboratoriet inte haft tillräcklig kapacitet för att inom förväntad tid kunna utföra alla analyser på egen hand och har därför vänt sig till hänvisningslaboratorier. Konkurrensverkets granskning och beräkning av VGR:s köp av tjänster från Lunds universitet har grundats på en sammanställning av genomförda köp under 2021. Konkurrensverket anför att alla köp som VGR har gjort från Lunds universitet utgör köp av ”samma slag” varför alla betalda fakturor under 2021 ska räknas samman till ett värde. Av denna anledning uppgår det slutliga beloppet till 7 969 100 kr.

VGR bestrider Konkurrensverkets tillvägagångssätt att sammanräkna alla köp gjorda från en leverantör såsom köp av ”samma slag”. VGR har visat på de olika typer av cancerdiagnoser som köpen har avsett och även visat på att köpen avser olika typer av analysmetoder. För att åskådliggöra den bredd av diagnoser och analysmetoder som de köp som Konkurrensverket menar utgör köp av ”samma slag” har VGR bifogat sammanställningar som visar på de olika cancerdiagnoser, aktuella gener samt analysmetoder som har ingått i köpen från Lunds universitet.

Frågeställning (analys)	Ingående gener	Metod
Ärftlig bröstcancer – screening	BRCA1, BRCA2, TP53, PALB2, CHEK2, ATM, RAD51C, RAD51D	hybridiseringsbaserad anrikning och storskalig sekvensering
Ärftlig äggsstockscancer – screening	BRCA1, BRCA2, MLH1, PMS2, MSH2, MSH6, EPCAM, BRIP1, RAD51C, Rad51D	hybridiseringsbaserad anrikning och storskalig sekvensering
Ärftlig tjocktarmscancer – screening	MLH1, PMS2, MSH2, MSH6, EPCAM, POLE, POLD1	hybridiseringsbaserad anrikning och storskalig sekvensering
Ärftlig kolonpolypos - screening	APC, SMAD4, BMPR1A, MUTYH, STK11, PTEN, POLE, POLD1	hybridiseringsbaserad anrikning och storskalig sekvensering
Ärftligt Malignt melanom – screening	CDKN2A, CDK4, BAP1	hybridiseringsbaserad anrikning och storskalig sekvensering
Övriga kombinationer av gener för ärftlig cancer – screening	Utifrån individ/begäran	hybridiseringsbaserad anrikning och storskalig sekvensering
Konfirmeringsanalyser	Utifrån individ/begäran	amplikonbaserad prep och storskalig sekvensering
Anlagsbärartest – mindre sekvensvarianter	Utifrån individ/begäran	amplikonbaserad prep och storskalig sekvensering
Anlagsbärartest – stora rearrangemang	Utifrån individ/begäran	hybridiseringsbaserad anrikning och storskalig sekvensering

Trots att VGR på detta sätt visat att det rör sig om ett flertal olika diagnoser och därmed, i jämförelse med ett upphandlingsförfarande, olika s.k. upphandlingsföremål har Konkurrensverket vidhållit inställningen att köpen utgör köp av ”samma slag”. Denna tolkning visar att Konkurrensverket har gjort en alltför grov utredning där de har skyndat på för att hinna inom den tidsfrist som finns i 21 kap. 7 § LOU. Att sammanräkna alla köp av analystjänster för flera olika typer av cancersjukdomar är en förenklad syn av komplexiteten och bredden bakom genetisk laboratorieverksamhet. Det går inte att likställa olika sjukdomsområden och tekniker för analyser på det vis som Konkurrensverket har gjort. Det faktum att de aktuella analyserna inte är identiska eller kan ”klumpas ihop” som tjänster av ”samma slag” framgår tydligt i framtagandet av upphandling av sådana tjänster som för tillfället pågår inom VGR. För att VGR ska kunna tillhandahålla ett så patientsäkert svar som möjligt till sina patienter är det av stor vikt att just rätt laboratorier anlitas för den specifika typen av frågeställning. Om en laboratorietjänst hade varit så icke-komplex som Konkurrensverket menar att de genetiska frågeställningarna är, så hade VGR kunnat genomföra analyserna inom den egna verksamheten.

VGR ifrågasätter att det med hänvisning till den faktura som VGR har verifierat den 31 december 2021 är visat en tidpunkt för när avtal ingåtts i enlighet med vad som anges i 21 kap 7 § LOU och att ansökan således är ingiven i rätt tid. Enligt det aktuella lagrummet ska en ansökan om upphandlingsskadeavgift ha inkommit till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtal ingåtts. Ansökan är ingiven den 7 november 2022 men till grund för den beräknade avgiften ligger dock samtliga köp under hela 2021, d.v.s. även köp som ägde rum ca 1 år och 10 månader före ansökan. Då begreppet ”avtal slöts” får likställas med en starttidpunkt för när leverans eller avtalet på annat sätt aktiveras så är det inte möjligt att beakta andra avtal som fullgjorts innan tidpunkten för ”ett år sedan avtal slöts”.



Enligt VGR kan det inte ha varit lagstiftarens mening att i detta fall beakta transaktioner som ägt rum före den 7 november 2021 varför endast de köp som har skett efter den 7 november 2021 ska omfattas. Det är nödvändigt att Konkurrensverket även här utreder ytterligare för att få en korrekt bild av vilka köp som VGR har gjort från Lunds universitet under det år som ska beaktas enligt lagstiftarens avsikt. Oavsett det belopp som skulle bli resultatet av en justerad beräkning, har Konkurrensverket gjort fel i att ”klumpa ihop” flera olika kliniska genetiska frågeställningar. Mot bakgrund av att Konkurrensverkets utredning innehåller flera brister beträffande såväl beräkning av genomförda köp som den yrkade tidsperioden ska ansökan avslås.

Utöver vad som anförts ovan görs det gällande att det förelegat undantag från annonseringsplikt till följd av synnerlig brådska då det föreligger svårigheter för VGR att kunna bilda sig en uppfattning om hur många patientprover, vilka frågeställningar som kommer att ställas i varje unikt prov samt vilken analysmetod som efterfrågas/behövs. Sammantaget medför detta svårigheter för VGR att förutse vilka behov som kommer att uppstå i framtiden. För närvarande finns det flera tusen olika s.k. sällsynta genetiska sjukdomar och efterfrågan från hälso- och sjukvården för analyser som dessa har ökat snabbt under de senaste åren. Det stora antalet genetiska sjukdomar och den snabba utvecklingstakten av nya analysmetoder tillsammans med den ökade efterfrågan innebär sammantaget att verksamhetens kapacitet inte har kunnat tillgodose vårdgivarnas behov. För att förhindra oförsvarbart långa köer med resulterande patientsäkerhetsproblematik har det därför blivit nödvändigt att köpa laboratorieanalyser från andra laboratorier utan föregående upphandling.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Tillämpliga bestämmelser m.m.

I målet är lagen (2016:1145) om offentlig upphandling tillämplig i dess lydelse före den 1 februari 2022.

Upphandlingar ska som huvudregel annonseras. Därigenom ska alla leverantörer få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. LOU ska tillämpas på åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att bland annat anskaffa tjänster genom tilldelning av kontrakt (1 kap. 2 § LOU). Ett kontrakt är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer (1 kap. 15 § LOU). Upphandling av tjänster enligt bilaga 2 a, tjänster som omfattas av CPV-koder, är annonspliktiga (19 kap. 1 § 2 LOU).

Enligt 19 kap. 7 § tredje stycket och 6 kap. 15 § LOU får en upphandlande myndighet direktupphandla genom att 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.

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), bl.a. om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 § (21 kap. 1 § 2 LOU).

Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en

upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2 (21 kap. 2 § LOU).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga 10 procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. (21 kap. 4 § LOU)

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 (21 kap. 5 §§ LOU).

Tillämpligt tröskelvärde och direktupphandlingsgräns för perioden 1 januari 2020 – 31 december 2021 uppgick till 7 701 675 kr respektive 2 156 469 kr (5 kap. 1 § LOU).

### **Förvaltningsrättens bedömning**

*Har ansökan inkommit i rätt tid?*

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att det avtal som ansökan grundar sig på slöts. Den handling som utgör grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift är i detta fall en faktura från Lunds universitet som har verifierats av VGR den 31 december 2021. Konkurrensverkets ansökan kom in till förvaltningsrätten den 7 november 2022, dvs. inom ett år från det att den aktuella fakturan verifierades av VGR. Konkurrensverket har baserat ansökan på denna faktura i avsikt att avslå skriftliga avtal mellan VGR och Lunds universitet. I målet framkommer även att Konkurrensverket har fått del av en fakturasammanställning utvisande VGR:s köp från ett 30-tal leverantörer som ägt rum under perioden 2019 – 2021 och att verket valt att fokusera på de tjänster som Lunds universitet tillhandahållit under år 2021.

I målet saknas uttryckliga avtal mellan parterna. Avsaknaden härav kan dock enligt förvaltningsrätten inte medföra att frågan om huruvida parterna de facto har ingått en överenskommelse om köp och leverans av tjänster ska besvaras nekande. Mot bakgrund av att fakturan och fakturasammanställningen är de enda skriftliga handlingar som återfinns i ärendet och att det av sammanställningen framgår att det är på detta sätt VGR och Lunds universitet under flera år sinsemellan har rättshandlat anser förvaltningsrätten att den verifierade fakturan utgör ett avtal i upphandlingssammanhang. VGR har inte heller ifrågasatt det faktum att Konkurrensverket baserar ansökan på denna handling, annat än i frågan om vilken tidsperiod som ska läggas till grund för beräkningen av upphandlingens värde. Förvaltningsrätten anser att Konkurrensverket har visat att VGR och Lunds universitet har ingått avtal om köp av laboratorieanalystjänster som senast den 31 december 2021.

#### *Frågan om tillåten direktupphandling*

Utgångspunkten är att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för att det föreligger förutsättningar för en upphandlingsskadeavgift.

Frågan om huruvida det har förelegat förutsättning att vidta en direktupphandling påverkas av omständigheter såsom vilken typ av tjänst som varit föremål för upphandlingen, om de aktuella tjänsterna är tjänster av samma slag och därmed ska anses omfattas av samma upphandling och vilken tidsperiod som ligger till grund för beräkningen av värdet av densamma. Skulle förvaltningsrätten anse att det saknats förutsättningar att vidta en direktupphandling, har förvaltningsrätten även att pröva huruvida undantagen i 19 kap. 7 § LOU är tillämpliga i målet.

Konkurrensverket har gjort gällande att de aktuella laboratorieanalystjänsterna är tjänstekontrakt som omfattas av CPV-koder i bilaga 2 a i LOU, så kallade välfärdstjänster. Av detta skäl är upphandlingen av tjänsterna annonspliktiga

enligt 19 kap. LOU. Denna omständighet har inte ifrågasatts av VGR och förvaltningsrätten anser att det utifrån vad som framgår av materialet i målet är visat att laboratorieanalystjänsterna är sådana som omfattas av reglerna om annonsplikt.

Parterna är däremot oense om de aktuella laboratorieanalystjänsterna är av samma slag och därmed ska ingå i beräkningen av värdet på den aktuella upphandlingen. Konkurrensverket har i detta avseende framhållit att även om det rör sig om tusentals olika diagnoser för vilka det kan krävas specialistkunskap av olika slag, kan verksamheten vid de olika laboratorierna inte anses skilja sig åt på ett sådant sätt att varje diagnos bör betraktas som en separat tjänst och bland annat hänvisat till Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 1965-13. VGR har invänt att köpen avser olika typer av analysmetoder och ingivit en sammanställning som utvisar de olika cancerdiagnoser, aktuella gener samt analysmetoder som ingått i köpen från Lunds universitet. VGR gör gällande att det rör sig om olika upphandlingsföremål och att Konkurrensverkets utredning är för grov.

Den upphandlande myndigheten ska vid beräkning av beloppsgränsen beakta samtliga direktupphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret (19 kap. 3 § 3 LOU). Det är inte förbjudet att dela upp kontrakt i flera delavtal men det får inte göras i syfte att underskrida tillämpliga tröskelvärden eller beloppsgränser.

Av sammanställningen från VGR framgår att det rör sig om nio olika frågeställningar för analys som inbegriper en rad olika fastställda gener men även fyra analyser som baseras på individen eller hur begäran utformas. Metoderna som används är hybridiseringsbaserad anrikning, storskalig sekvensering samt amplikonbaserad prep som kombineras på olika sätt beroende på frågeställning. Det krävs inte att tjänsterna är identiska för att de ska anses vara av samma slag utan det räcker att det föreligger påtagliga

likheter mellan tjänsterna. Av vad som redovisats ovan och utifrån vad parterna härutöver har anfört anser förvaltningsrätten att det saknas skäl att dela upp de olika analystjänsterna i olika slags tjänster. Det rör sig förvisso om analyser av olika typer av diagnoser som kan kräva olika typer av specialistkunskap, men samtliga avtal uppvisar sådana likheter med varandra att de utgör tjänster av samma slag. Det saknas således skäl att dela upp tjänster i olika slag varför direktupphandling av laboratorieanalystjänster som i nu aktuellt fall därför anses vara köp av samma slags tjänst i LOU:s mening. Av detta skäl ska värdet av samtliga tjänster läggas samman för en beräkning av värdet av den aktuella upphandlingen.

När det kommer till vilken tidsperiod som ska ligga till grund för beräkningen av värdet har Konkurrensverket gjort gällande att det är samtliga köp gjorda under 2021 som ska ingå i densamma. VGR har invänt att det endast är köp som ägt rum ett år från det att ansökan om upphandlingsskadeavgift gavs in till förvaltningsrätten som ska ingå, d.v.s. under perioden 7 november 2021 – 7 november 2022. Som grund härför har hänvisats till 21 kap. 7 § LOU.

Av 21 kap. 7 § LOU framgår att om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 § ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. Av 19 kap. 8 § LOU framgår att värdet av en upphandling är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt det kontrakt som ingår i upphandlingen. Det är förvaltningsrättens bedömning att bestämmelsen i 21 kap. 7 § LOU enkom rör frågan om inom vilken frist en ansökan ska ges in till förvaltningsrätten. Frågor om upphandlingens värde och regleringen för detta återfinns som framgår ovan av bland andra 19 kap. LOU. Beräkningen av värdet är således inte begränsat av inom vilken tid en ansökan om upphandlingsskadeavgift sker, utan tar i stället sikte på det avtal som ligger till grund för upphandlingen. Konkurrensverket har valt att avgränsa ansökan till de avtal som ingåtts under 2021. Med

utgångspunkt i vad som framgår av den sammanställning som VGR försett Konkurrensverket med, anser även förvaltningsrätten att värdet av upphandlingen uppgår till 7 969 100 kr och att den aktuella upphandlingen är annonspliktig.

Vid en sådan slutsats har förvaltningsrätten även att pröva huruvida de omständigheter som VGR anfört som skäl för att tillämpa undantagen i 19 kap. 7 § LOU föreligger. När det gäller frågan om ett undantag från annonseringsskyldigheten är uppfyllt är det den upphandlande myndigheten som ska presentera omständigheter till stöd för sin sak. Det kan sedan, beroende på tyngden i den upphandlande myndighetens invändning, bli aktuellt för Konkurrensverket att motbevisa en sådan invändning. Det bör då vara tillräckligt att verket gör sannolikt att myndighetens invändning inte ska godtas (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20).

VGR har i detta avseende endast uppgivit att undantag kan anses vara aktuellt då det föreligger svårigheter för VGR att bilda sig en uppfattning om hur många patientprover som kommer efterfrågas och vilka frågeställningar som kommer ställas. Som det får förstås menar VGR att eftersom tjänsterna inte kan ”klumpas ihop” kan vissa prover anses rymmas inom tillåten direktupphandling till följd av synnerlig brådska eller till följd av lågt värde. Vidare anføres att det varit nödvändigt att köpa tjänsterna utan föregående upphandling för att förhindra oförsvarbart långa köer med patientsäkerhetsproblematik som följd. Förvaltningsrätten anser att vad VGR anfört som grund för att undanta upphandlingen från annonseringsplikt inte uppfyller de krav som lagstiftaren uppställt. Det ankommer på de upphandlande myndigheterna att vidta en god planering i verksamheterna till undvikande av den situation som VGR redogör för. Att VGR under åren 2019–2020 kontinuerligt köpt tjänsterna menar förvaltningsrätten med styrka talar emot påståendet om att förelegat synnerlig brådska i de tjänster som köpts in under 2021.

*Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.*

Konkurrensverket anför att en upphandlingsavgift om 620 000 kr är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Upphandlingens uppskattade värde uppgår till 7 969 100 kr varför upphandlingsavgiften kan uppgå till som högst 796 910 kr. Det krävs inte att myndigheten har agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för överträdelse. Konkurrensverket gör inte gällande att det föreligger några försvårande omständigheter som ska påverka avgiftens storlek i det aktuella ärendet men inte hellre några förmildrande omständigheter. Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en upphandlingskadeavgift om 620 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för överträdelsen.

VGR har såsom redogjorts för mer ingående ovan anført att Konkurrensverket utgått från en längre tidsperiod vid bestämmande av upphandlingens värde, än vad som är tillåtet och härutöver ”klumpat ihop” de aktuella tjänsterna varför värdet blir högre än vid en korrekt beräkning.

Förvaltningsrätten anser att VGR har genomfört en otillåten direktupphandling. En otillåten direktupphandling anses höra till de allvarligare formerna av överträdelser och motiverar en avgift hänförlig till den högre skalan av avgiftsramen (jfr. prop. 2009/10:180 s. 197 f). Det har inte framkommit att anskaffningarna i fråga inte kunnat anstå, eller några andra omständigheter som talar för att överträdelsen är ringa (jfr HFD 2014 ref 49). Förvaltningsrätten bedömer därför att den i målet aktuella överträdelsen inte kan anses som ett ringa fall. VGR ska därför betala en upphandlingskadeavgift.

Utifrån upphandlingens värde och omständigheterna i övrigt är det förvaltningsrättens bedömning att en upphandlingskadeavgift uppgående till



det belopp som Konkurrensverket har yrkat får anses som en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion för VGR.

Upphandlingsskadeavgiften ska därmed bestämmas till 620 000 kr.

#### *Sammanfattning*

VGR har genomfört en otillåten direktupphandling. Överträdelsen kan inte ses som ringa. VGR ska därmed påföras en upphandlingsskadeavgift. Det finns inte synnerliga skäl för att efterge avgiften. Upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 620 000 kr. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas i sin helhet.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05)

Kristian Karlemon

Rådman

Emma Rosenström har föredragit målet.



## Hur man överklagar

FR-05

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

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

### 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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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.

### 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.