



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 8

DOM
2024-03-11
Meddelad i Stockholm

Mål nr
22168-23

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Karolinska Universitetssjukhuset

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Karolinska
Universitetssjukhuset ska betala 550 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

BAKGRUND

Karolinska Universitetssjukhuset (Karolinska) genomförde under 2020 upphandlingen Instrument och reagens för analys av specifika proteiner, dnr 2020-26. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Det kom in anbud från två leverantörer, härafter benämnda leverantör 1 och leverantör 2. Karolinska meddelade i ett tilldelningsbeslut den 27 november 2020 att myndigheten beslutat att ingå avtal med leverantör 1. Karolinska och leverantör 1 ingick därefter avtal. Karolinska och leverantör 1 kom den 2 november 2022 överens om att säga upp avtalet i förtid.

Karolinska publicerade den 11 november 2022 ett s.k. meddelande om förhandsinsyn där det angavs att Karolinska avsåg att ingå avtal med leverantör 2 i upphandlingen Instrument och reagens för analys av specifika proteiner, dnr 2022-27. Karolinska och leverantör 2 ingick avtal den 5 december 2022.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten ska besluta att Karolinska ska betala 550 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Som grund för ansökan anges i korthet följande. Karolinska har ingått avtalet den 5 december 2022 utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades förutsättningar för att ingå avtalet utan föregående annonsering. Karolinska har därmed gjort en otillåten direktupphandling. En upphandlingsskadeavgift om 550 000 kr är en proportionerlig sanktion för överträdelsen.

Karolinska anser i första hand att ansökan ska avslås och i andra hand att avgiften ska sättas ned till 10 000 kr. Karolinska för i korthet fram följande. Karolinska har agerat i enlighet med gällande regelverk. Karolinska har tillämpat ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt

6 kap. 12 § LOU. Vidare måste ärendet betraktas ur ett helhetsperspektiv där det tidigare öppna förfarandet och det nu tillämpade förfarandet utgör en odelbar helhet. Det finns i vart fall förmildrande omständigheter som sänker en eventuell överträdelses sanktionsvärde.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Reglerna om upphandlingsskadeavgift

Nya regler om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 1 januari 2024. Enligt övergångsbestämmelserna gäller dock äldre bestämmelser fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före det datumet. Det innebär att LOU i dess lydelse före den 1 januari 2024 ska tillämpas i detta mål.

En förvaltningsrätt får besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift bl.a. om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU (21 kap. 1 § LOU).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Vid fastställande av avgiftens 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. 4 och 5 §§ LOU).

Grund för upphandlingsskadeavgift

Annonseringsskyldigheten

Av 10 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet ska informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt genom en anbudsinfordran, såvida inte något

av undantagen från denna annonseringsskyldighet i 6 kap. 12–19 §§ LOU är för handen.

En förutsättning för att bestämmelsen ska vara tillämplig är att upphandlingens värde överstiger det s.k. tröskelvärdet och att upphandlingen inte avser tjänster som omfattas av bilaga 2 till LOU (1 kap. 4 § LOU). Karolinska har i meddelandet om förhandsinsyn angett att upphandlingens värde uppgår till 6 500 000 kr. Det är också detta belopp Konkurrensverket utgått från i sin ansökan. Det finns enligt förvaltningsrätten inte skäl att beräkna värdet till något annat belopp. Upphandlingens värde överstiger därmed det tillämpliga tröskelvärdet. Vidare avser upphandlingen inte tjänster som omfattas av bilaga 2. Kraven i 10 kap. 1 § LOU gäller därmed för upphandlingen.

Konkurrensverket har fört fram att avtalet den 5 december 2022 har ingåtts utan föregående annonsering. Karolinska har fört fram att myndigheten har genomfört en frivillig förhandsinsyn som har föregåtts av en annonserad upphandling och att upphandlingen därmed har blivit konkurrensutsatt enligt 10 kap. 1 § LOU.

Ett meddelande om förhandsinsyn är inte en anbudsinfordran. Även om Karolinska tidigare har genomfört en annonserad upphandling har Karolinska inte informerat om sin avsikt att tilldela det kontrakt som ansökan gäller genom en anbudsinfordran. Karolinska har därmed inte annonserat upphandlingen på det sätt som föreskrivs i 10 kap. 1 § första stycket LOU. Nästa fråga är därför om något undantag från denna annonseringsskyldighet varit tillämpligt.

Undantag från annonseringsskyldigheten

Enligt 6 kap. 12 § LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbud och de villkor som har

angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt. Bestämmelsen genomför artikel 32.2 a första stycket i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling.

EU-domstolen uttalade i avgörandet *Obshtina Razlog* följande avseende den artikeln. Det framgår tydligt av denna bestämmelses ordalydelse att en upphandlande myndighet kan tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande när tre kumulativa villkor är uppfyllda. Det första villkoret är att vederbörande ska visa att han inte mottagit något anbud, eller i vart fall inget lämpligt anbud, i ett tidigare öppet eller selektivt upphandlingsförfarande som avslutades av detta skäl (EU-domstolens dom den 16 juni 2022, *Obshtina Razlog*, C-376/21, p. 59).

EU-domstolen uttalade vidare att den bokstavstolkningen inte påverkas av principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet i artikel 18.1. I en sådan situation utgör nämligen det tidigare öppna eller selektiva förfarandet, å ena sidan, och det förhandlade förfarandet utan föregående offentliggörande, å andra sidan, en odelbar helhet, vilket innebär att det inte kan bortses från den omständigheten att de ekonomiska aktörer som potentiellt är intresserade av kontraktet har haft tillfälle att visa sitt intresse och förfarandet således varit utsatt för konkurrens (*Obshtina Razlog*, p. 65 och 67).

Bestämmelserna om undantag från annonseringsskyldigheten ska tolkas restriktivt (prop. 2015/16:195 s. 500).

Konkurrensverket har i denna del fört fram bl.a. följande. Konkurrensverket anser inte att undantaget för olämpliga anbud, eller något annat undantag från annonseringskravet, var tillämpligt. EU-domstolen har slagit fast att undantaget för olämpliga anbud bara kan tillämpas om den annonserade upphandlingen avslutades på grund av att de lämnade anbuden var olämpliga. En upphandling

avslutas när kontrakt ingås. Den annonserade upphandlingen 2020 avslutades på grund av att Karolinska ingick avtal, inte på grund av att anbuderna var olämpliga. Kontrollen av om ett anbud uppfyller alla krav och är lämpligt görs innan ett kontrakt tilldelas. Anbudet från leverantör 1 blev inte i efterhand olämpligt för att leverantören inte levde upp till avtalsvillkoren när kontraktet hade ingåtts och upphandlingen var avslutad.

Karolinska har i denna del fört fram bl.a. följande. Karolinska vitsordar att det vid utvärderingen i den tidigare annonserade upphandlingen framgick att inkomna anbud uppfyllde ställda krav. Utvärderingsrapporten och tilldelningsbeslutet påvisar dock inte att det kommit in lämpliga anbud. Vid större, komplexa upphandlingar finns det inte möjlighet att säkerställa riktigheten i lämnade anbud innan kontraktsskrivning. Vid sådana upphandlingar genomförs leveranskontroll efter att kontrakt ingås och i det här fallet visade det sig under leveranskontrollperioden att det lämnade anbudet inte uppfyllde ställda krav i upphandlingen. Kontraktet med leverantör 1 avslutades på grund av att denne inte lämnat ett lämpligt anbud. Vidare har Karolinska, trots att det inte varit nödvändigt, dels gjort en mindre marknadsundersökning som påvisar att det endast finns en aktör på marknaden som kan tillhandahålla efterfrågade tjänster, dels informerat marknaden om att avtal kommer att ingås utan ny upphandling. Man kan inte se avtalen fritt stående från varandra utan det tidigare öppna förfarandet, å ena sidan, och det förhandlade förfarandet, å andra sidan, utgör en odelbar helhet. Det innebär att det inte kan bortses från den omständigheten att de ekonomiska aktörer som potentiellt varit intresserade av kontraktet haft tillfälle att visa sitt intresse och förfarandet således varit utsatt för konkurrens. Av ovan nämnda skäl finns det förutsättningar att åberopa undantaget frivillig förhandsinsyn, om regeln om olämpliga anbud inte är tillämplig i en situation där det först efter kontraktstildelning kan påvisas att ett anbud är olämpligt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Karolinska har inte närmare preciserat vad myndigheten avser med undantaget frivillig förhandsinsyn. Förvaltningsrätten uppfattar Karolinskas talan som att det som åsyftas är det Karolinska har fört fram om att de två förfarandena ska ses som en helhet. Att ett tidigare öppet förfarande och ett senare förhandlat förfarande utan föregående annonsering skulle kunna betraktas som en odelbar helhet utgör dock inte en självständig grund för undantag från annonserings-skyldigheten. Dessa undantag regleras uttömmande i 6 kap. 12–19 §§ LOU.

För att undantaget i 6 kap. 12 § LOU ska vara tillämpligt krävs, som framgår av EU-domstolens ovan nämnda avgörande, att det tidigare öppna förfarandet har avslutats av det skälet att det inte kommit in några lämpliga anbud. I detta fall bedömde Karolinska vid anbudsutvärderingen att de två anbud som kommit in uppfyllde samtliga krav och förfarandet avslutades genom att Karolinska ingick avtal med en av anbudsgivarna. Förvaltningsrätten noterar också att Karolinska inte ens har påstått att anbudet från leverantör 2, som Karolinska numera har ingått avtal med, skulle ha varit olämpligt. Det står därmed klart att situationen inte motsvarar den som avses i 6 kap. 12 § LOU. Detta undantag var därför inte tillämpligt.

Karolinska har inte gjort gällande att något annat undantag i 6 kap. 12–19 §§ LOU skulle ha varit tillämpligt och det har inte heller kommit fram något som talar för att så skulle ha varit fallet.

Eftersom inget undantag från annonseringskyldigheten därmed var tillämpligt har Karolinska gjort en otillåten direktupphandling. Det finns därför grund för att besluta om upphandlings-skadeavgift.

Avgiftens storlek

I förarbetena anges bl.a. följande avseende de överväganden som ska göras gällande avgiftens storlek. Ju allvarigare överträdelsen är, desto högre belopp

bör sanktionsavgiften fastställas till. Det bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelsena inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens sida vara fråga om ett upprepat beteende i fråga om att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar (prop. 2009/10:180 s. 197 och 198).

Konkurrensverket har i denna del fört fram bl.a. följande. Karolinska har gjort en otillåten direktupphandling vilket medför att sanktionsvärdet som utgångspunkt är högt. Överträdelsen är klar. Det är en försvårande omständighet att Karolinska tidigare har dömts att betala upphandlingsskadeavgift på grund av otillåtna direktupphandlingar. Det finns inga förmildrande omständigheter.

Karolinska har i denna del fört fram bl.a. följande. Det finns förmildrande omständigheter som sänker sanktionsvärdet. Karolinska har genomfört en marknadsundersökning och informerat marknaden om avsikten att ingå kontrakt genom meddelandet om förhandsinsyn. Eftersom förfarandena är en odelbar helhet har förfarandet varit utsatt för konkurrens.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Konkurrensverket har ansökt om att förvaltningsrätten ska besluta att Karolinska ska betala 550 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Det finns flera omständigheter som talar för att sanktionsvärdet är högt. För det första rör det sig om en otillåten direktupphandling. För det andra har förvaltningsrätten vid flera tidigare tillfällen beslutat att Karolinska ska betala upphandlingsskadeavgift på grund av otillåtna direktupphandlingar. Det är därmed ett upprepat beteende. För det tredje är det en klar överträdelse

eftersom det är tydligt att något undantag från annonseringsskyldigheten inte var tillämpligt.

De omständigheter Karolinska har fört fram talar inte för ett lägre sanktionsvärde, eftersom en marknadsundersökning respektive ett meddelande om förhandsinsyn inte kan ersätta ett annonserat upphandlingsförfarande.

Det är därmed inte fråga om ett ringa fall och sanktionsvärdet är relativt högt. En avgift om 550 000 kr är enligt förvaltningsrätten en lämplig sanktion i förhållande till överträdelsens allvar. Det finns inte skäl att efterge avgiften. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas och Karolinska ska betala en upphandlingsskadeavgift om 550 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Sofi Nyström

Rådman

Förvaltningsrättsfiskalen Matilda Tell Rosenkvist har varit föredragande.