



**KLAGANDE**

Konkurrensverket

**MOTPART**

Karolinska Institutet, 202100-2973

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och biträdande jurist  
Jonatan Wahlberg

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 4 februari 2020  
i mål nr 19292-19, se bilaga A

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

---

**YRKANDEN M.M.**

**Konkurrensverket** yrkar att Karolinska institutet (KI) ska betala 8 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift och för fram bl.a. följande. Förvaltningsrätten har felaktigt beaktat undantaget från föregående annonsering på grund av tekniska skäl vid beräkningen av upphandlingens värde. Det är ostridigt att KI inte har gjort en sådan uppskattning av upphandlingens värde i samband med upphandlingsförfarandet som lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, föreskriver. KI har inte heller under utredningen lämnat in något underlag på värdet av faktiska inköp av molekylärbiologiska produkter från de avtal som KI ostridigt har ingått och nyttjat, trots ett antal riktade utredningsinsatser. Verket har därför inte fått in något underlag som kan ligga till grund för en rättvisande uppskattning.

Konkurrensverket har därför varit tvunget att basera uppskattningen av upphandlingens värde på de uppgifter som varit tillgängliga för verket. De omständigheter som uppskattningen vilar på är rättvisande. Det är anmärkningsvärt att KI inte kan redovisa ett uppskattat värde eller identifiera vilka leverantörer de har köpt molekylärbiologiska produkter ifrån. KI har inte heller redogjort för varför Konkurrensverkets uppskattade värde inte kan tillmätas någon betydelse, vilket institutet utan större ansträngning skulle kunna göra om så var fallet. Det som KI har presenterat i denna del omkullkastar inte Konkurrensverkets beräkning av upphandlingens storlek. Upphandlingens värde ska därför beräknas till 126 216 897 kr.

Undantaget från annonsering på grund av tekniska skäl ska inte beaktas vid beräkningen av upphandlingens värde. Vid beräkningen saknar det betydelse om något av de andra avtalen i upphandlingen än det specifika avtal som ansökan avser skulle omfattas av undantaget i annonserings-skyldigheten. Omständigheten att ett annat avtal skulle omfattas av ett

undantag från annonsering skulle istället kunna påverka sanktionsvärdet. Det föreligger dock inte något undantag i detta fall.

Konkurrensverket har bevisbördan för att det föreligger förutsättningar för en upphandlingsskadeavgift. En upphandlande myndighet som gör gällande att förutsättningarna för att tillämpa en undantagsbestämmelse i LOU är uppfyllda har dock bevisbördan för detta påstående även vid prövningen av påförande av upphandlingsskadeavgift. I synnerhet vad gäller undantaget för tekniska skäl. Detta beror på att det är den upphandlande myndigheten som har kunskapen om sitt sakområde och sina behov. Att bedöma om de produkter som institutet har behov av endast kan tillhandahållas av en leverantör är en komplicerad bedömning där den upphandlande myndigheten har ett stort informationsmässigt försteg.

Vidare är det problematiskt om den part som besitter minst kunskap om en viss omständighet ska prestera utredning som visar att något inte är på ett visst sätt. Konkurrensverket saknar möjligheter att med tvång säkra bevisning i tillsynsärenden enligt LOU. Det innebär att det är den upphandlande myndigheten som har bäst möjligheter att säkra bevisning rörande faktiska omständigheter vilka, enligt myndigheten, medför att avtal får ingås utan föregående annonsering enligt LOU. Om det inte krävs någon annan bevisning än ett allmänt hållet påstående om att en viss andel av myndighetens anskaffningar är undantagna från LOU skulle det få betydande konsekvenser för Konkurrensverkets möjligheter att bedriva tillsyn av otillåtna direktupphandlingar.

Ett huvudsakligt syfte med reglerna i 5 kap. LOU är att på ett förutsebart sätt fastställa om upphandlingen kan anses ha ett gränsöverskridande intresse, dvs. om upphandlingen kan vara av intresse för en leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat. Ett kontrakt som överstiger gällande tröskelvärden förutsätts ha ett gränsöverskridande intresse och omfattas därför av de direktivstyrda bestämmelserna. Samtliga avtal som har ingåtts i

samband med det avtal som legat till grund för ansökan utgör en del av upphandlingen och ska beräknas vid bedömning av dess värde. Att en upphandling kan bestå av flera avtal eller kontrakt och att det är upphandlingen och inte de separata kontrakten som ska konkurrensutsättas torde det inte råda någon tvekan om. Att endast ett av avtalen i upphandlingen har angetts i ansökan kan inte ha någon betydelse i detta hänseende. Detta under förutsättning att det avtal i upphandlingen som ligger till grund för ansökan inte har preskriberats.

Det saknar betydelse för bestämmandet av upphandlingens värde om övriga avtal som ska räknas med i upphandlingen, utöver det avtal som ansökan grundar sig på, är preskriberade eller inte. I vart fall bör ingen av de anskaffningar som har ägt rum efter utgången av det avtal som ansökan grundas på anses ha skett efter fristens utgång.

Reglerna i 5 kap. 3 och 11 §§ LOU påverkas inte av om bedömningen av värdet i vissa fall kan göras mer summariskt i de fall en upphandlande myndighet vet att värdet långt överstiger tröskelvärdet. Det är oklart på vilket annat sätt än med tillämpning av 5 kap. LOU som det förväntade värdet av avtalet ska uppskattas.

**Karolinska Institutet, KI**, anser att överklagandet ska avslås och begär även i första hand att kammarrätten avslår Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift, i andra hand att målet visas åter till förvaltningsrätten för ny prövning, i tredje hand att någon avgift inte ska utgå eller i fjärde hand att avgiften ska bestämmas till ett skäligt belopp dock högst 336 000 kr.

KI för fram bl.a. följande. Det är avtalet undertecknat den 23 augusti 2018 mellan KI och Life Technologies som är grunden för Konkurrensverkets ansökan. Prövningen av upphandlingsskadeavgiften borde alltså ha gjorts med utgångspunkt i värdet av inköp enligt det

avtalet, dvs. från Life Technologies under perioden 1 september 2018–30 november 2018. Alla andra inköp som KI har gjort, av molekylärbiologiska produkter och andra produkter från andra än Life Technologies, under denna period eller från 1 december 2018 fram till den 14 maj 2019, ligger därför utanför Konkurrensverkets ansökan och är irrelevanta.

Definitionen av en upphandling är de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt. Med kontrakt avses ett skriftligt avtal. Det är därför tydligt att med upphandling avses ett skriftligt avtal. Konkurrensverkets yrkande går därför utöver grunden för ansökan och borde ha avvisats. KI har ingått avtalet med Life Technologies för att tillförsäkra sig fortsatta leveranser av molekylärbiologiska produkter. Konkurrensverket har lagt detta avtal till grund för sin talan. Avtalet har inte ingåtts i syfte att komma under någon värdegräns. Målet bör därför visas åter till förvaltningsrätten för ny prövning, men denna gång med den korrekta utgångspunkten att det är detta avtal som utgör ramen för vad som kan prövas i målet och också upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Avsikten med upphandlingsskadeavgift är att Konkurrensverket ska ha möjlighet att väcka talan om upphandlingsskadeavgift på grund av en otillåten direkttilldelning till *en* leverantör. Det är värdet av det ingångna avtalet eller det sammanlagda värdet av flera ingångna avtal mellan den upphandlande myndigheten och en eller flera leverantörer i syfte att komma under en värdegräns som ska ligga till grund för den beräkning som ska göras enligt 21 kap. 4 § LOU. Innebörden av hänvisningen till 5 kap. är ingen annan än att avtalen i fråga ska beräknas, exklusive mervärdesskatt, utifrån det totala belopp som ska betalas enligt avtalet eller avtalen med leverantören i fråga, inklusive options- och förlängningsklausuler.

Bestämmelsen i 5 kap. 3 § LOU är en hjälpregel att använda inför en upphandling. Upphandlingen i detta mål är ett förhandlat förfarande, dvs. ett direktivstyrt förfarande. Redan värdet av avtalet överstiger tröskelvärdet för KI avseende köp av varor och tjänster, för närvarande uppgående till ca 1,4 miljoner kr. Det är i princip klart att upphandlingen skulle genomföras som ett direktivstyrt förfarande. 5 kap. 3 § LOU bidrog således inte med något för avtalets vidkommande. Att denna hjälpregel ska tillämpas i ett mål om upphandlingsskadeavgift framstår som oproportionerligt och rättsosäkert, särskilt när Konkurrensverket uttryckligen endast lagt själva avtalet till grund för sin ansökan. Det är avtalets värde som ska ligga till grund för beräkningen av en eventuell upphandlingsskadeavgift och inte värdena av några andra avtal. Hjälpregeln i 5 kap. 11 § LOU är inte heller tillämplig i ett mål om fakultativ upphandlingsskadeavgift och i synnerhet inte när ansökan baseras på just avtalet.

Konkurrensverket har i ansökan resonerat kring nya ingångna avtal. Det finns emellertid ingenting i Konkurrensverkets utredning som visar att avtalet mellan KI och Life Technologies har förlängts efter den 30 november 2018. Beträffande de avtal som undertecknats av andra leverantörer vid samma tid ska det påpekas att det är fullt möjligt att ett civilrättsligt bindande avtal har uppkommit med flera av dessa leverantörer i ett tidigare skede än vad datumet på det undertecknade avtalet indikerar. Konkurrensverket har inte ansett det nödvändigt att förebringa någon utredning om detta över huvud taget. Frågan har inte heller prövats av förvaltningsrätten. Detta gäller även för övriga anskaffningar av molekylärbiologiska produkter under perioden 1 september 2018 till 14 maj 2019 som Konkurrensverket menar indirekt eller i klump är otillåtna direktupphandlingar som ska rendera i en upphandlingsskadeavgift. Det ankommer på domstolen att för var och ett av de avtal som Konkurrensverket lägger till grund för sin ansökan kontrollera att verket har hållit sig inom de tidsfrister för ansökan om

avgift som framgår av 21 kap. 6 och 7 §§ LOU. Konkurrensverket måste också visa värdet per avtal.

Det är Konkurrensverket som måste visa att varje anskaffning grundas i ett av verket åberopat avtal mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör; ett avtal som, inom preskriptionsfristen, är ingånget efter en otillåten direkttilldelning och därför kan rendera en sanktion i form av upphandlingsskadeavgift. Det är även Konkurrensverket som måste visa att det inte har funnits förutsättningar för undantag enligt 6 kap. LOU. De anskaffningar som i klump har ingått i Konkurrensverkets beräkning av upphandlingens värde har i praktiken presumerats utan närmare kontroll. Dessa anskaffningar har sin grund i andra avtal men har presumerats ha ingåtts inom tidsfristen och utgöra otillåtna direktupphandlingar. Eftersom Konkurrensverkets utredning helt har missat målet blev det i praktiken KI som skulle visa att det för en stor del av de aktuella anskaffningarna inte var fråga om en otillåten direkttilldelning, utan att anskaffningarna gjorts med stöd av undantag från 6 kap. LOU.

De totala anskaffningarna från Life Technologies under perioden uppgick till ca 8,5 miljoner kr. Det är emellertid långt ifrån alla dessa anskaffningar som har haft det nämnda avtalet som grund. Flertalet av anskaffningarna har avsett produkter som är undantagna från annonseringsskyldighet på annan grund, nämligen på grund av tekniska skäl enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. De anskaffningarna är alltså *tillåtna* direktupphandlingar, och ska av det skälet inte ingå i beräkningen av upphandlingens värde. Av anskaffningarna utgör 55 procent molekylärbiologiska produkter som är av den karaktären att de av tekniska skäl är undantagna från annonseringsskyldigheten. Värdet av de anskaffningar som har gjorts med avtalet som grund kan därför uppskattas till 3 837 855 kr. Det är högst detta belopp som kan anses vara upphandlingens värde i den mening som avses i 21 kap. 4 § LOU.

Upphandlingskadeavgiften får därför inte överstiga 383 786 kr, dvs. tio procent av upphandlingens värde.

Med denna utgångspunkt skulle avgiften i detta fall kunna bestämmas till 336 000 kr. Avtalet innehåller inga belopp eller andra uppgifter som kan ligga till grund för beräkning av dess värde. Eftersom avtalsperioden har löpt ut kan det vara en rimlig ordning att uppskatta värdet av avtalet med utgångspunkt i värdet av de inköp som faktiskt gjordes med avtalet som grund. Det är i vart fall avtalet som är ramen för processen och därmed också ramen för upphandlingskadeavgiftens storlek.

Eftersom det är fråga om en sanktionsavgift är det den ansökande myndigheten som har bevisbördan för alla relevanta omständigheter som läggs upphandlande myndighet till last för att en avgift ska kunna dömas ut. Att Konkurrensverket inte har möjlighet att säkra bevisning med tvång är ett medvetet ställningstagande från lagstiftarens sida.

## SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

### Prövningsramen

Av 29 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, framgår att rättsens beslut inte får gå utöver vad som yrkas i målet. Domstolen får besluta till det bättre för enskild om det föreligger särskilda skäl och det kan ske utan men för motstående enskilt intresse (*reformatio in melius*).

Det är endast Konkurrensverket som har överklagat förvaltningsrättens dom. KI, som är ett statligt universitet, kan inte i ett mål om upphandlingskadeavgift jämföras med en enskild part. Prövningsramen bestäms därför enbart av Konkurrensverkets yrkande och prövningen får inte gå utöver vad verket har yrkat här. Frågan om en upphandlingskadeavgift alls ska påföras har alltså fått laga kraft. Förvaltningsrätten har beslutat att avgiften ska



uppgå till 3 000 000 kr. Konkurrensverket yrkar att den ska bestämmas till 8 000 000 kr. Processen i kammarrätten gäller därför avgiftens storlek inom intervallet 3 000 000 kr till 8 000 000 kr. KI:s begäran att Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift ska avslås, att någon avgift inte ska utgå, att målet ska visas åter till förvaltningsrätten för ny prövning med avtalet som utgångspunkt eller att avgiften ska bestämmas till ett skäligt belopp dock högst 336 000 kr, föranleder därför inte någon åtgärd från kammarrättens sida.

### **Upphandlingsskadeavgiftens storlek**

#### *Inledning*

Det som KI för fram om att det enbart är avtalet daterat den 23 augusti 2018 mellan KI och Life Technologies som ska ligga till grund för uppskattningen av upphandlingens värde är att betrakta som en ny omständighet. Den nya omständigheten innebär inte att *saken* i målet har ändrats. Även om rätten är förhindrad att fastställa upphandlingsskadeavgiften till ett lägre belopp än det förvaltningsrätten har beslutat anser kammarrätten att de omständigheter KI för fram kan beaktas vid bedömningen av till vilket belopp upphandlingsskadeavgiften – inom tidigare nämnda intervall – ska bestämmas.

#### *Upphandlingens värde*

Enligt 21 kap. 7 § andra stycket LOU ska en ansökan om upphandlingsskadeavgift, i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet, ha kommit in inom ett år från det att avtalet slöts.

I 21 kap. 4 § anges bl.a. att avgiften inte får överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap.

Genom hänvisningen i 21 kap. 4 § anser kammarrätten att samtliga bestämmelser i 5 kap. som rör värdet av en upphandling ska beaktas vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Av 5 kap. 3 § framgår att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.

Vidare framgår av 5 kap. 11 § att värdet av ett varukontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid, ska uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av 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, eller det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen eller, om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret.

Detta innebär att samtliga avtal som ingåtts under en tolv månadersperiod som avser varor av samma slag ska räknas samman och läggas till grund för avgiften. Följaktligen avgränsas inte det belopp som en upphandlande myndighet eller enhet kan åläggas i form av upphandlingsskadeavgift till det avtal som Konkurrensverket riktat sin ansökan mot, utan för det fall det finns flera avtal av samma slag utgör dessa tillsammans grund för beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek (jfr t.ex.

Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5524-16). Det saknas därför fog för KI:s invändning att enbart avtalet den 23 augusti 2018 kan läggas till grund för beräkningen av värdet på upphandlingen. Inte heller utgör preskriptionsbestämmelserna hinder mot att, som Konkurrensverket gjort, vid en modell för beräkning av upphandlingens värde använda sig av belopp som avser avtal som ingåtts mer än ett år innan det återopade avtalet slöts. Bestämmelsen i 21 kap. 7 § kan enligt kammarrättens uppfattning inte tolkas så.

*Bevisbörda och upphandlingsavgiftens storlek*

De avtal som Konkurrensverket har beaktat vid sin uppskattning av upphandlingens värde har träffats med olika leverantörer och för delvis andra perioder än det avtal som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift. Såvitt framgår av utredningen har syftet med de ingångna avtalen varit att förse KI med molekylärbiologiska produkter.

Konkurrensverket anser att upphandlingens värde uppgår till 126 216 897 kr. KI gör gällande – för det fall att även avtal med andra leverantörer än det som ansökan om upphandlingsskadeavgift avser ska beaktas – att upphandlingens värde ska uppskattas med ledning av de inköp av molekylärbiologiska produkter som skett under den aktuella perioden. KI har uppskattat dessa inköp till 76 226 005 kr. Merparten av inköp av molekylärbiologiska produkter under den aktuella perioden är dock enligt KI inte annonspliktiga inköp eftersom de omfattas av undantaget från skyldigheten att annonsera på grund av tekniska skäl. Upphandlingens värde uppgår enligt KI därför till 34 301 702 kr.

Utgångspunkten är att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för att påföra en upphandlings-skadeavgift. Eftersom det saknas bestämmelser i upphandlingslagarna

angående frågan om beviskrav och bevismedel ska förvaltningsprocesslagen och allmänna förvaltningsrättsliga principer tillämpas. När det gäller beviskrav finns i förvaltningsprocessen inget för alla situationer gällande beviskrav utan detta varierar med hänsyn till sakens beskaffenhet (HFD 2013 ref. 61). När det är fråga om en sanktionsavgift anser kammarrätten att beviskravet är högre än vad som i allmänhet gäller inom förvaltningsprocessen. Konkurrensverket ska därför göra mycket sannolikt att upphandlingen uppgår till det värde som verket påstår.

Både Konkurrensverkets och KI:s uppskattningar av upphandlingens värde innehåller enligt kammarrättens mening betydande osäkerhetsmoment. Mot Konkurrensverkets beräkningar har KI fört fram invändningar och redovisat en beräkningsmodell. Även om Konkurrensverkets invändningar mot den av KI valda modellen framstår som rimliga kan verket dock inte anses ha gjort mycket sannolikt att upphandlingen uppgår till det värde som lagts fram. Kammarrätten utgår därför i likhet med förvaltningsrätten från det värde som angetts av KI.

Härefter är fråga om undantaget för tekniska skäl för merparten av de inköp som ingår i KI:s uppskattning har varit tillämpligt och vilken part som har bevisbördan för detta. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar i HFD 2017 ref. 66 att undantaget från att annonsera ska tolkas restriktivt och att det är den upphandlande myndigheten som måste visa att alla villkor i undantagsbestämmelsen är uppfyllda. Referatet gäller ett mål om upphandlingsskadeavgift och undantag från annonseringsskyldighet på grund av synnerlig brådska.

Kammarrätten anser att en upphandlande myndighet som i ett mål om upphandlingsskadeavgift invänder mot Konkurrensverkets uppgifter genom att hävda att ett visst undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpligt, inte kan förhålla sig passiv till ansökan utan måste presentera

omständigheter som ger stöd för ett sådant påstående. Det kan sedan, beroende på tyngden i den upphandlande myndighetens invändning, bli aktuellt för Konkurrensverket att motbevisa en sådan invändning. Det bör då, med hänsyn till svårigheterna att visa att ett undantag för tekniska skäl inte är tillämpligt, vara tillräckligt att verket gör sannolikt att myndighetens invändning inte ska godtas.

KI har angett att merparten av de inköp som finns på det aktuella kontot omfattas av undantaget för tekniska skäl. Den förklaring till detta som har lämnats framstår som rimlig. Det framgår visserligen inte närmare vilka av dessa avtal som KI anser omfattas av undantaget för tekniska skäl, mer än att uppgifterna härrör från svar lämnade av KI:s forskare. Konkurrensverket har dock inte presenterat tillräcklig utredning som får KI:s förklaring att framstå som obefogad. Det som förts fram om undantag för tekniska skäl ska därför läggas till grund för värdet av upphandlingen.

Konkurrensverket har därför inte gjort mycket sannolikt att upphandlingen uppgår till ett högre värde än det värde som KI uppskattat upphandlingens värde till. Det saknar betydelse att Konkurrensverkets förelägganden inte kan förenas med vite eller liknande sanktion.

Sammanfattningsvis anser kammarrätten, i likhet med förvaltningsrätten, att det kontraktsvärde som KI har uppgett är det värde som den otillåtna direktupphandlingen får anses uppgå till. Kammarrätten instämmer även i förvaltningsrättens bedömning beträffande övriga omständigheter för fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Överklagandet ska därför avslås.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Peder Liljeqvist  
lagman  
ordförande

Ann-Jeanette Eriksson  
kammarrättsråd

Maria Ringvall  
kammarrättsråd  
referent

/Julia Vinterskog  
fiskal  
föredragande

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

**DOM**

2020-02-04

Meddelad i Stockholm

Mål nr

19292-19

**SÖKANDE**Konkurrensverket  
103 85 Stockholm**MOTPART**Karolinska Institutet, 202100-2973  
171 77 Stockholm**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att Karolinska Institutet ska betala en  
upphandlingsskadeavgift om 3 000 000 kr.

Dok.Id 1180575

---

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: <a href="mailto:avd20.fst@dom.se">avd20.fst@dom.se</a> <a href="http://www.domstol.se/forvaltningsratt">www.domstol.se/forvaltningsratt</a>	-	måndag–fredag 08:00–16:00

## BAKGRUND

I december 2013 ingick Kungliga Tekniska högskolan ett ramavtal, diarienummer V-2013-0731/19, med 26 leverantörer omfattade molekylärbiologiska produkter, tillbehör för molekylärbiologiska undersökningar, utrustning och kit. Karolinska Institutet (KI) var en av flera avropande/beställande myndigheter. Ramavtalet var gällande t.o.m. den 31 december 2017. Den 22 december 2017 anmodade KI i en avropsförfrågan ramavtalsleverantörerna av molekylärbiologiska produkter att komma in med uppdaterade priser på efterfrågade produkter i ett dokument rubricerat "Avtalsförlängning/leveransavtal för ramavtal avseende molekylärbiologiska produkter, KTH:s diarienummer: V-2013-0731/11" Anmodan resulterade i att KI tecknade leveransavtal med samtliga tidigare upphandlade ramavtalsleverantörer för en avtalsperiod fr.o.m. den 1 januari 2018 t.o.m. den 31 juni 2018, med möjlighet för KI att förlänga leveransavtalet t.o.m. den 31 augusti 2018. Den 23 augusti 2018 ingick KI avtal benämnda "Direktupphandlingsavtal avseende molekylärbiologiska produkter" med Life Technologies Europe B.V. och andra leverantörer. Avtalen avsåg en avtalsperiod fr.o.m. den 1 september 2018 t.o.m. den 30 november 2018. KI tecknade liknande avtal med samtliga tidigare upphandlade ramavtalsleverantörer men även med övriga leverantörer på marknaden. KI tecknade därefter ytterligare leveransavtal för nya perioder, varav det sista gällde t.o.m. den 12 maj 2019. I januari 2019 annonserade KI en ny upphandling avseende bland annat molekylärbiologiska produkter. Upphandlingen resulterade i att ramavtal tecknades med 40 leverantörer. Ramavtalen trädde i kraft i maj 2019.

## YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket (KKV) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att KI ska betala 8 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.



KI bestrider yrkandet och anser i första hand att ansökan ska avslås och i andra hand att avgiften ska efterges, eller i vart fall sätts ned.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Otillåten direktupphandling

Enligt 21 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt, såvitt nu är aktuellt, 10 kap. 1 § LOU.

Av 10 kap. 1 § LOU framgår att upphandlingar som huvudregel ska annonseras. Av tredje stycket framgår att särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 12–19 §§ LOU. Av 6 kap. 15 § LOU följer att en upphandlande myndighet får 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.

Bestämmelsen i 6 kap. 15 § LOU genomför artikel 32.2 c i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (2014 års direktiv). I skälen till artikeln anges att undantaget endast får användas under mycket exceptionella omständigheter (skäl 50). Det framgår också av praxis att undantaget från skyldigheten att annonsera ska tolkas restriktivt (se HFD 2017 ref. 66 och där anmärkta rättsfall).

KKV gör gällande att KI, genom att den 23 augusti 2018 ha ingått leveransavtal avseende molekylärbiologiska produkter med Life Technologies Europe B.V utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU, har gjort en otillåten direktupphandling och att KI därför ska betala en upphandlingsskadeavgift.

KI gör gällande att det inte varit fråga om en otillåten direktupphandling utan att det funnits skäl att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av att undantaget för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU varit tillämpligt. KI har uppgett att myndigheten påbörjade planeringen inför ett nytt ramavtal avseende molekylärbiologiska produkter i januari 2017 men att arbetet försenades p.g.a. en exceptionell personalomsättning där hela KI:s upphandlingskategori ”lab” med fyra heltidsresurser samt upphandlingschefen kom att sluta sin tjänstgöring. KI menar att det i augusti 2018 förelåg sådan synnerlig brådska att det var omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering och att anskaffningen av molekylärbiologiska produkter var absolut nödvändig. Under hösten 2018 anlätades en konsult för att slutföra upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser att omständigheter som är hänförliga till den egna personalen som regel får anses ligga inom en myndighets kontroll, även om myndigheten inte vet när personal kommer att säga upp sig eller bli sjuka. Brådska som orsakas av att personal slutat eller blivit sjukskrivna måste därför i nästan samtliga fall anses bero på omständigheter som kan tillskrivas myndigheten. Detta måste också anses gälla ändring av strategiska beslut inför upphandlingen. Förvaltningsrätten anser inte att de omständigheter som KI redogjort för är så exceptionella att de innebär att den brådska som uppstått inte ska tillskrivas KI. KI har uppgett att arbetet med upphandlingen i april 2018 fick högsta prioritet och att samtliga andra arbetsuppgifter då lyftes bort så att upphandlaren enbart kunde fokusera på

upphandlingen. Förvaltningsrätten anser att KI långt tidigare borde ha gett upphandlingen högsta prioritet. Förvaltningsrätten bedömer således att de omständigheter som KI redogjort för inte är sådana att undantaget från annonseringsplikt varit tillämpligt. KI har således genomfört en otillåten direktupphandling.

#### **Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.**

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Dessutom gäller att avgiften inte får överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt, såvitt nu är aktuellt, 5 kap. LOU. Av 21 kap. 5 § LOU framgår att vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl. Av förarbetena framgår att bestämmelsen om att någon avgift inte ska tas ut i ringa fall bör komma till användning endast i sällsynta fall. Vidare framgår att med synnerliga skäl närmast åsyftas situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009:/10:180 s. 198).

Förvaltningsrätten anser att den överträdelse av LOU som KI har gjort inte är att anse som ringa. Det har inte heller framkommit sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en sanktionsavgift. Det finns således grund för att bestämma att KI ska betala en upphandlingsskadeavgift.

Parterna är oense om vad upphandlingens värde uppgår till. KKV anser att upphandlingens värde ska fastställas till 126 216 897 kr, medan KI gör gällande att upphandlingens värde uppgår till 34 301 702 kr. KI har uppgett att svårigheterna med att fastställa upphandlingens värde beror på att flertalet av leverantörerna av molekylärbiologiska produkter även är parter i

andra avtal med KI som avser snarlika produkter. På det konto där molekylärbiologiska produkter konteras, konteras alla kostnader avseende laboratorieprodukter från flera avtal.

KKV gör gällande att upphandlingens värde ska beräknas enligt uppgifter från ett tips som KKV fått. Uppgifterna visar enligt KKV hur stor andel av leverantörernas totala omsättning mot KI som är hänförlig till inköp av molekylärbiologiska produkter. Uppgifter i tipset som avser de tidigare ramavtalsleverantörerna baseras på statistik och leveransuppföljningar från KI. Statistiken (dvs. andelstalen) är baserade på fakturor från respektive leverantör under en viss period. När det gäller övriga leverantörer har tipsaren inhämtat dessa värden från information som KI lämnat till Dagens Samhälle Insikt AB.

KI gör gällande att KKV:s uppskattning av kontraktsvärdet bygger på felaktiga uppgifter. KI menar att den leveransuppföljning som KKV hänvisar till inte finns på KI. Vidare anför KI att när det gäller de övriga leverantörerna så framgår det inte av den statistik KI skickat till Dagens Samhälle Insikt AB till vilket specifikt avtal leverantörsfakturorna härrör, varför den inte kan läggas till grund för beräkningen av kontraktsvärdet.

Det är KKV som har bevisbördan för att det finns förutsättningar att ta ut upphandlingsskadeavgift (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 11 april 2013 i mål nr 5426-12). Detta gäller även avgiftens storlek.

Förvaltningsrätten anser att de handlingar KKV gett in visserligen är relativt detaljerade med bl.a. uppgift om vilken period som analyserats för respektive leverantör. Enbart dessa uppgifter, utan närmare omständigheter om hur de inhämtats och sammanställts, är dock inte tillräckliga för att det mot KI:s bestridande ska anses vara sannolikt att de är korrekta.

Förvaltningsrätten anser därför att handlingarna inte kan ligga till grund för beräkningen av upphandlingsavgiftens storlek.

När det gäller den beräkning av upphandlingens värde som KI har gjort har myndigheten förklarat denna på följande sätt. KI har genomfört en fakturaanalys genom att systematiskt granska 1 procent av fakturorna i kronologisk ordning på det aktuella kontot. Efter en genomgång av fakturorna har KI kommit fram till att 45 procent av den totala kostnaden kan härledas till avtal för molekylärbiologiska produkter. Utifrån detta är slutsatsen att inköpen under den aktuella perioden uppgått till 76 226 005 kr exklusive mervärdesskatt. Huvuddelen av inköpen utgör material som utgör undantag på grund av tekniska skäl enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. Det beror på att det inom forskningen ofta krävs skräddarsydda produkter med specifika egenskaper för att resultaten ska kunna reproduceras och att minsta variation kan leda till att forskningen blir missvisande. Detta medför att molekylärbiologiska produkter till största delen beställs av forskarna utan att konkurrensutsätta köpen. KI har granskat 43 slumpvis utvalda beställningar och vid 19 av dessa har enligt uppgift från forskarna och andra medarbetare konkurrensutsättning varit möjlig. Vid övriga 24 tillfällen var köpet föremål för undantag på grund av tekniska skäl. Detta visar att endast 45 % (19 av 43 beställningar) av värdet av inköpen av molekylärbiologiska produkter utgör det faktiska kontraktsvärdet som upphandlingsavgiftens storlek ska beräknas på. Detta innebär således att upphandlingens värde uppgår till 34 301 702 kr (45 % av 76 226 005 kr).

KKV gör gällande att KI:s fakturaanalys innehåller flera brister och inte är statistiskt säkerställd. Bristerna består enligt KKV av att startpunkten för fakturaanalysen inte valts slumpmässigt, att det är betydligt fler fakturor som delar fakturanummer i urvalet än på kontot vilket gör att urvalet inte blir representativt för kontot, att beräkningen av vad som enligt KI utgör annonseringspliktiga inköp har gjorts på ett för litet underlag, samt att KI har blandat två olika statistiska metoder. KKV anför vidare att det är den upphandlande myndigheten som ska visa att förutsättningarna för att tillämpa undantaget för tekniska skäl är tillämpligt och att KI inte gjort det

utan endast fört ett allmänt hållet och kortfattat resonemang om att 45 procent av fakturorna omfattas av undantaget.

Förvaltningsrätten anser att de invändningar som KKV gjort mot KI:s metod att analysera fakturorna framstår som välmotiverade. Det kan således ifrågasättas om KI:s analys verkligen återspeglar andelen av kostnaderna på kontot som kan hänföras till annonspliktiga molekylärbiologiska inköp. Det har emellertid inte framkommit att det värde som räknats fram rent faktiskt är felaktigt.

När det gäller frågan om vissa inköp varit undantagna från kravet på annonsering på grund av tekniska skäl är det i normalfallet upphandlande myndighet som har bevisbördan för att ett undantag är tillämpligt. När det som nu är fråga om upphandlingsskadeavgift är det istället KKV som har bevisbördan för att ett undantag inte är tillämpligt. Förvaltningsrätten anser att KI har anfört omständigheter som gör att det finns skäl att anta att undantaget för tekniska skäl kan vara tillämpligt. KKV har inte presterat någon utredning av vilken framgår att det inte är fråga om en sådan undantagssituation. Förvaltningsrätten godtar därför KI:s uppgift om att många inköp varit undantagna från annonseringsplikt.

KKV har för att visa att KI:s beräknade upphandlingsvärde varit för lågt även hänvisat till att kontraktsvärdet för det nya ramavtalet för molekylärbiologiska produkter uppgår till 100 000 000 kr. Av KKV:s egna uppgifter framgår dock att upphandlingen har utökats till att, utöver de molekylärbiologiska produkterna, även omfatta produktområdet ”Antibodies and kits”. I avsaknad av uppgift om hur stor del av värdet som avser annat än de molekylärbiologiska produkterna anser förvaltningsrätten att uppgiften om kontraktsvärdet inte kan ligga till grund för att konstatera att KI:s uppskattning av värdet är felaktig.

Mot bakgrund av vad som nu anförts finner förvaltningsrätten att det kontraktsvärde som KI har beräknat, i brist på annat tillförlitligt underlag, är det värde som den otillåtna direktupphandlingen ska anses ha uppgått till. Därmed får upphandlingsskadeavgiften inte uppgå till mer än 3 430 170 kr (10 % av 34 301 702 kr).

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anføres i förarbetena till LOU bl.a. följande. Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vidare kan avtalstidens längd och värde påverka sanktionsvärdet på så sätt att detta anses högre om en otillåten direktupphandling har gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens sida vara fråga om ett upprepat beteende ifråga om att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat handlande bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållande att upphandlande myndighet på annat sätt drabbats negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet (prop. 2009/10:180 s. 197 f.).

KI har genomfört en otillåten direktupphandling. Det rör sig alltså om en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket betyder att sanktionsvärdet är högt. KI har som förmildrande omständigheter anført

att KI har tecknat tidsbegränsade avtal med samtliga tidigare upphandlade ramavtalsleverantörer samt med övriga leverantörer på marknaden och att syftet enbart varit att tillgodose det verksamhetskritiska behovet av molekylärbiologiska produkter till dess att ett nytt ramavtal är på plats. KI gör gällande att myndigheten således hanterat förseningen på ett konkurrensneutralt och transparent sätt. KI har vidare anfört att upphandlingen inte varit föremål för överprövning och att det enligt branschorganisationen Swedish Labtech inte framkommit några negativa synpunkter avseende KI:s hantering. Förvaltningsrätten anser inte att dessa omständigheter kan anses förmildrande på det sätt att de kan påverka avgiften i sänkande riktning. Förutom att det rör sig om en otillåten direktupphandling och ett förhållandevis högt kontraktsvärde, anser förvaltningsrätten att det inte framkommit andra försvårande omständigheter. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att en avgift om 3 000 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Anna Önell  
Chefsrådman

Anna-Karin Saxvold har föredragit målet.





## Hur man överklagar

FR-05

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

### 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 beslutets datum.

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.

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

### 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.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.