

Förvaltningsrätten i Stockholm
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Stockholms läns sjukvårdsområde, Box 45436, 104 31 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Stockholms läns sjukvårdsområde ska betala 770 000 (sjuhundrasjuttiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Stockholms läns sjukvårdsområde har den 29 april 2022 respektive den 2 juni 2022 ingått avtal om kliniska psykologtester och bedömningsverktyg med Pearson Sweden AB respektive Hogrefe Psykologiförlaget AB utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades förutsättningar att ingå avtalen utan sådan annonsering. Avtalen utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

Påbörjande av upphandling och meddelande om frivillig förhandsinsyn

2. Den 22 februari 2022 fattade Stockholms läns sjukvårdsområde (SLSO) beslut om att inleda en upphandling avseende kliniska psykologtester och bedömningsverktyg, bilaga 1. Av bilaga 1 framgår att beräknat avtalsvärde för fyra år uppgår till 9 000 000 kronor och att totalt beställningsbar omfattning kommer att anges till 9 900 000 kronor.
3. SLSO publicerade därefter ett frivilligt meddelande om tilldelning av två ramavtal avseende kliniska psykologtester och bedömningsverktyg utan föregående annonsering (frivillig förhandsinsyn), bilaga 2. Av den frivilliga förhandsinsynen framgår att SLSO avsåg att teckna ramavtal med Pearson Sweden AB (Pearson) och Hogrefe Psykologiförlaget AB (Hogrefe). Upphandlingens värde angavs till 9 000 000 kronor.
4. Enligt bilaga 2 motiveras valet av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med att konkurrens saknas på grund av skydd av ensamrätt inklusive immateriella rättigheter (6 kap. 14 § 3 LOU). SLSO anger vidare att den aktuella undantagsbestämmelsen är tillämplig "eftersom båda dessa och bara dessa leverantörer anses vara aktuella som leverantörer på grund av det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt. Då båda leverantörernas psykologtester och bedömningsverktyg skyddas av ensamrätt och erbjuds av bara dessa leverantörer saknas konkurrens".
5. Den 29 april 2022 och den 2 juni 2022 slöt SLSO avtal med Pearson respektive Hogrefe, bilaga 3 (Avtalen). Avtalen gäller från det att de undertecknats av båda parter och två år framåt. Avtalen kan förlängas två gånger med ett år i taget, förutsatt att parterna har kommit överens om detta senast en månad innan varje avtalsperiods slut.
6. SLSO har i samband med att Konkurrensverket inlett en granskning av den aktuella frivilliga förhandsinsynen, tagit kontakt med Pearson och Hogrefe för att bekräfta respektive leverantörs ensamrätt av testerna, se bilaga 4. Pearson anger att det finns andra aktörer i branschen, men att de säljer test som dessa aktörer har utvecklat själva/har rättigheter till. Hogrefe anger att vissa tester har man ensamrätt till, medan man för andra tester är svensk

återförsäljare. Vidare uppges att det inte finns andra aktörer på den svenska marknaden som tillhandahåller Hogrefes test och att företaget och deras konkurrenter tillhandahåller olika produkter som psykologerna behöver för sitt arbete. Psykologerna köper med andra ord vissa test från Hogrefe och andra test från konkurrenterna.

7. Det är Avtalen som ligger till grund för denna ansökan.

Vad SLSO har anfört

8. Avtalen ligger till grund för diagnostisering med behandling och är helt nödvändiga för att kunna bedriva kvalitativa vårdinsatser. Ett psykologiskt test mäter egenskaper och tillstånd som inte direkt kan observeras, kartläggas eller kvantifieras. Exempel på sådana egenskaper kan vara begåvning, personlighetsstruktur, psykopatologi (psykiska störningar och psykiska sjukdomar) och neuropsykologiska störningar och sjukdomar.
9. Pearsons och Hogrefes olika tester belyser olika svårigheter och styrkor vilket gör att de inte kan ses som utbytbara. Avgörande för vilket av de båda ramavtalen som ska tillämpas är det psykologtest eller bedömningsverktyg som bäst uppfyller den specifika patientens behov. Det är den diagnostiserande psykologen som, i samverkan med patienten, bedömer vilket psykologtest eller bedömningsverktyg som är mest lämpligt. Avrop görs från den leverantör som levererar det evidensbaserade test som i varje patientfall motsvarar kraven i SLSO:s s.k. processkartor.
10. Beslut om processkartor för implementering av evidensbaserade metoder i vården har fattats av ledningsgruppen inom närsjukvårdsområde Psykiatri. Processkartorna tas fram mot bakgrund av evidens och forskning inom varje område och anger bland annat vilka tester som kan användas vid diagnostik och behandling. SLSO:s processkartor motsvarar kraven i hälso- och sjukvårdslagstiftningen om att diagnostik och behandling ska ske på ett patientsäkert sätt utifrån vetenskap och beprövad erfarenhet (jfr hälso- och sjukvårdslagen [2017:30] samt patientsäkerhetslagen [2010:659]).
11. SLSO:s processkartor är styrande dokument som redogör för obligatoriska eller rekommenderade åtgärder utifrån vårdaktivitet, patientmedverkan, dokumentation och uppföljning. Varje medarbetare är skyldig att följa dessa processkartor när de genomför en viss arbetsuppgift.
12. Som ett led i undersökningen av vilka leverantörer som levererar evidensbaserade tester som motsvarar kraven i SLSO:s processkartor, har SLSO kontaktat leverantörerna Pearson och Hogrefe. Såväl Pearson som Hogrefe har bekräftat att de har ensamrätt till sina tester och är de enda som distribuerar sina respektive tester. Vidare har SLSO inhämtat synpunkter

från klinisk och forskningsinriktad verksamhet. En disputerad specialistpsykolog i klinisk psykologi har framfört följande.¹

"Pearson och Hogrefe är de förlag i Sverige som tillhandahåller heltäckande, standardiserade och normerade utvecklingsbedömningar och IQ-test översatta till svenska. Flertalet test är sekretesskyddade genom att endast psykologer får köpa in testen (de kräver s.k. C-behörighet). Det är mycket kostsamt att anpassa, översätta och normera test, vilket sannolikt är orsaken till att fler testförlag inte finns i Sverige. Det finns mig veterligen ingen annan konkurrent som tillhandahåller motsvarande test i Sverige. En del test som inte är översatta kan i vissa fall köpas in men används då enbart i forskningssyfte."

13. SLSO genomförde den frivilliga förhandsinsynen som ytterligare en åtgärd för att säkerställa att någon alternativ leverantör inte fanns på marknaden. Ingen leverantör kontaktade SLSO eller ansökte om överprövning med anledning av den frivilliga förhandsinsynen.
14. Konkurrensverket har under utredningen skickat en sammanfattande skrivelse till SLSO med verkets bedömning om att Avtalen utgör en otillåten direktupphandling. SLSO har inkommit med svar på denna skrivelse. I svaret anges följande.
15. SLSO har tagit till sig Konkurrensverkets synpunkter avseende det aktuella undantaget och har med anledning av dessa bland annat fattat beslut om att inleda en ny upphandling genom annonserat öppet förfarande enligt LOU, skickat upphandlingsunderlag på extern remiss samt sagt upp Avtalen att upphöra från och med det datum den öppna upphandlingen resulterar i ett avtal. Krav på att i framtida upphandlingar tillfråga SLSO:s juristfunktion vid övervägande av det aktuella undantagets tillämpning har införts i skriftliga rutiner.
16. De två aktuella leverantörerna har ensamrätt till de typer av test som motsvarar det fastställda behovet. Leverantörerna har bekräftat att de innehar den juridiska ensamrätten och såvitt SLSO uppfattar det ifrågasätter inte Konkurrensverket just denna del. De specialister och systemansvariga ute i klinisk verksamhet som SLSO har kontaktat har uppgett att Pearsons och Hogrefes tester måste användas för att säkerställa dels myndighetsinterna krav i processkartor, dels krav i hälso- och sjukvårdslagstiftningen. Enligt dessa specialister kan de tester som tillhandahålls av andra aktörer i Sverige och utomlands inte ersätta de aktuella leverantörernas tester med mindre än att dessa krav åsidosätts. Såvitt SLSO kan bedöma finns det dock inte mycket ledning i praxis eller myndighetsföreskrifter i fråga om vilken typ eller omfattning av

¹ Utdrag från SLSO:s skrivelse av den 10 oktober 2022 till Konkurrensverket i ärende dnr 390/2022.

marknadsanalys som en upphandlande myndighet ska göra för att uppfylla den bevisbörda som åligger myndigheten avseende tillämpligheten av undantagen i 6 kap. 14 § LOU. SLSO har inte ansett att det funnits skäl att ifrågasätta den bedömning som specialister och systemansvariga i klinisk verksamhet gjort utan lagt dessas utsagor till grund för beslutet att tillämpa undantaget om ensamrätt. Det är en inställning som SLSO sedermera har behövt revidera.

17. SLSO gör även gällande att det föreligger förmildrande omständigheter, som att Avtalen varit tidsbestämda och löpt på förhållandevis kort tid samt att kontraktsvärdet varit förhållandevis lågt (jfr kontraktsvärdet om 161 miljoner kronor i HFD 2014 ref. 69, som inte bedömdes vara avsevärt högt). Med hänsyn till att det förelegat juridisk ensamrätt – låt vara att marknadsanalysen varit bristfällig – kan överträdelsen inte under några förhållanden anses klar. Det har vidare inte varit fråga om ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Skillnad i klander bör vidare göras mellan inköp som görs helt utan föregående hänsyn eller ställningstagande till upphandlingslagstiftningen och fall där myndigheten välvilligt tillämpat ett undantag på grunder som myndigheten inser senare varit bristfälliga. SLSO anser vidare att åtgärderna som anges i punkt 15 ovan kan betraktas som förmildrande.

SLSO är upphandlande myndighet för den aktuella upphandlingen

18. Av 1 kap. 22 § LOU² framgår att med upphandlande myndighet avses en statlig eller kommunal myndighet.
19. SLSO är en nämnd inom den juridiska personen Region Stockholm. Det framgår av styrdokument fastställda av fullmäktige att SLSO har en egen förvaltning och egen budget. Vidare följer att SLSO har det yttersta ansvaret för sina upphandlingar. SLSO:s egen upphandlingsorganisation har i den aktuella upphandlingen självständigt genomfört samtliga delar i besluts- och beredningsprocessen. De aktuella inköpen finansieras utifrån SLSO:s budget.
20. SLSO är enligt Konkurrensverkets bedömning relevant upphandlande myndighet i den aktuella upphandlingen.³

² Lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 februari 2022. Av övergångsbestämmelserna framgår att äldre bestämmelser fortfarande gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. SLSO fattade beslut om att inleda upphandlingen den 22 februari 2022. Den aktuella upphandlingen har påbörjats efter den 1 februari 2022. LOU i sin nuvarande lydelse är därför tillämplig.

³ Se HFD 2018 ref. 67. Jfr artikel 5.2 och skäl 20 i direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet).

Avtalen utgör en otillåten direktupphandling

Avtalens karaktär och upphandlingens värde

21. Avtalen utgör ramavtal och omfattar leverans av varor (jfr 1 kap. 20 och 24 §§ LOU).
22. Av 5 kap. 3 § LOU följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet på options- och förlängningsklausuler ska inbegripas som om de utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt. Enligt 5 kap. 14 § LOU ska värdet av ett ramavtal uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet under löptiden.
23. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfördran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet (5 kap. 5 § LOU). Enligt 5 kap. 6 § LOU får metoden för att uppskatta en upphandlings värde inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.
24. I bilaga 2 anges värdet av upphandlingen uppgå till 9 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt. SLSO har under utredningen anfört att värdet på avtalet med Pearson uppgår till cirka 1 100 000 kronor per år och att värdet på avtalet med Hogrefe uppgår till cirka 1 300 000 kronor per år. Med en avtalstid om fyra år (inklusive förlängningsoptioner), medför detta ett värde på 9 600 000 kronor exklusive mervärdesskatt.
25. Total beställningsbar omfattning för upphandlingen uppgår dock till 9 900 000 kronor exklusive mervärdesskatt (se bilaga 1). Eftersom en upphandlande myndighet av transparens- och likabehandlingsskäl ska ange ett maximalt värde för en upphandling av ramavtal, bedömer således Konkurrensverket att värdet på upphandlingen uppgår till 9 900 000 kronor.⁴
26. Upphandlingen, som överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som relevant tröskelvärde⁵, skulle därmed som huvudregel ha annonserats enligt 10 kap. 1 § LOU.

⁴Jfr mål C-23/20 *Simonsen & Weel*, p. 62–63, 71 och 74 samt HFD 2022 ref. 4.

⁵ Tröskelvärdet för upphandling av varor under 2022 är 2 236 731 kronor. Direktupphandlingsgränsen är 700 000 kronor.

Undantag från annonsering

27. Huvudregeln enligt 10 kap. 1 § LOU är att upphandlingar ska annonseras och att alla leverantörer ska få möjlighet att lämna anbud. För att upphandlingar vars värde överskrider direktupphandlingsgränsen ska få genomföras utan föregående annonsering, krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁶

Tillämpliga bestämmelser m.m. avseende ensamrätt enligt 6 kap. 14 § 3 LOU

28. Enligt 6 kap. 14 § 3 LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör därför att det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt. Ett sådant förfarande får endast användas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen (6 kap. 14 § andra stycket LOU).
29. 6 kap. 14 § LOU genomför artikel 32.2 (b) i LOU-direktivet. Av skäl 50 i LOU-direktivet framgår bland annat att med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående annonsering endast användas under mycket exceptionella omständigheter. Endast objektivt exklusiva situationer kan motivera användningen av förfarandet, där den exklusiva situationen inte har skapats av den upphandlande myndigheten själv med tanke på det framtida upphandlingsförfarandet. Vidare bör upphandlande myndigheter som åberopar detta undantag motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar, såsom att använda alternativa distributionskanaler, inklusive utanför den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns, eller överväga till sin funktion jämförbara varor.
30. Enligt EU-domstolen kan undantaget om ensamrätt inte tillämpas generellt. Det kräver mer än att bara produkten i fråga är skyddad av upphovsrätt eller andra exklusiva rättigheter, produkten ska även enbart kunna tillverkas eller tillhandahållas av en enda leverantör. Undantaget omfattar således bara produkter där det inte finns någon konkurrens på marknaden.⁷
31. EU-domstolen slog i mål 199/85 *kommissionen mot Italien* bland annat fast att det är den upphandlande myndigheten som måste visa att alla villkor i

⁶ Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *kommissionen mot Tyskland*, p. 58, mål C-385/02 *kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134. Se även HFD 2019 ref. 65 och HFD 2017 ref 66.

⁷ C-328/92 *kommissionen mot Spanien*, p. 17.

undantagsbestämmelserna är uppfyllda.⁸ Detta innebär att den upphandlande myndigheten måste kunna presentera bevis för att berättiga tillämpningen av undantaget.⁹ Generella uttalanden är inte tillräckliga, utan det krävs utförliga förklaringar för att uppfylla bevisbördan.¹⁰ Den upphandlande myndigheten ska visa dels att det föreligger ensamrätt i den meningen som avses i undantagsbestämmelsen, dels att ensamrätten gjorde det absolut nödvändigt att upphandla viss leverantör.¹¹ För att kunna tillämpa undantaget om ensamrätt, måste således den upphandlande myndigheten visa att leverantören har såväl en juridisk ensamrätt som en faktisk ensamrätt.¹²

32. För att kunna bedöma om det bara finns en leverantör som kan tillhandahålla ett visst kontraktsföremål, bör en betydande undersökning av marknaden på i vart fall EU-nivå genomföras.¹³ Det räcker inte att göra egna bedömningar om att en viss leverantör kan komma i fråga med hänsyn till de krav som ställs i en viss upphandling.¹⁴ I sitt förslag till avgörande i mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland* uttalade generaladvokaten att upphandlingsreglernas syfte är att dra nytta av de möjligheter som finns på den europeiska marknaden och att detta syfte motverkas om upphandlande myndigheter underlåter att annonsera anskaffningar för att se om det finns andra leverantörer på marknaden.¹⁵
33. När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den en stor frihet, under förutsättning att kraven har en koppling till det som upphandlas och inte strider mot de grundläggande principerna.¹⁶ En upphandling får exempelvis inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och den får inte heller utformas

⁸ Mål 199/85 *kommissionen mot Italien*, p. 14.

⁹ Se bl.a. mål C-318/94 *kommissionen mot Tyskland*, p. 13; mål C-328/92 *kommissionen mot Spanien*, p. 16; och mål C-57/94 *kommissionen mot Italien*, p. 23. Jfr även p. 64 i generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-337/98 *kommissionen mot Frankrike*.

¹⁰ Mål C-385/02 *kommissionen mot Italien*, p. 21–22. Italien hade åberopat tekniska skäl och innehållet i ett utlåtande från myndigheten för bygg- och anläggningsarbeten om att arbetena i fråga var komplicerade och vanskliga. EU-domstolen fann dock inte att detta visade att arbetet uteslutande kunde anförtros endast en leverantör.

¹¹ Se mål C-57/94 *kommissionen mot Italien*, p. 24. Detta mål rörde undantaget för tekniska skäl, vilket – i likhet med undantaget för ensamrätt – avser en situation där endast en viss leverantör kan komma i fråga.

¹² Se Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 2 uppl., 2015, s. 258, där det anges att det som avses med ensamrätt inte endast är juridisk ensamrätt, utan även faktisk ensamrätt.

¹³ Se mål C-275/08 *kommissionen mot Tyskland*, p. 63. I den franska versionen av detta avgörande anges "recherches sérieuses", vilket motsvarar "significant research" på engelska (Konkurrensverkets kursivering). Notera även skrivning i mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, p. 36, "det enda företag i gemenskapen som förfogade över nödvändiga kunskaper för att utföra de aktuella arbetena" (Konkurrensverkets kursivering).

¹⁴ Se mål C-275/08 *kommissionen mot Tyskland*, p. 61–62. Jfr även mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, p. 35–36 samt däri hänvisade punkter i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁵ Förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs i mål C-394/02, p. 44.

¹⁶ RÅ 2010 ref. 78.

i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).¹⁷

Det aktuella undantaget är inte tillämpligt

34. SLSO:s processkartor omfattar myndighetens önskade nivå på testerna, det fastställda behovet. Utifrån dessa krav har SLSO – genom att tillfråga specialister och systemansvariga i klinisk verksamhet – undersökt vilka leverantörer som kan tillhandahålla nämnda behov. Genom att kontakta de båda leverantörerna direkt, har SLSO fått uppgift om att efterfrågade produkter omfattas av ensamrätt. Någon dokumentation har inte förelagts.
35. Det är inte tillräckligt att en produkt är skyddad av ensamrätt. Som nämnts ovan kräver EU-domstolen även att det endast är en specifik leverantör som har möjlighet att framställa och tillhandahålla det som omfattas av ensamrätten. Det ska således inte finnas någon konkurrens på den relevanta marknaden (faktisk ensamrätt).
36. Av mailkorrespondensen mellan SLSO och leverantörerna i bilaga 4 (som skedde efter det att Konkurrensverket inlett en granskning av direktupphandlingen i fråga), framgår att det finns andra aktörer och att leverantörerna har konkurrenter. SLSO har inte tillhandahållit någon dokumentation som objektivt styrker leverantörernas ensamrätt, utan har förlitat sig på leverantörernas egna uppgifter om respektive tester.
37. SLSO har således inte visat att leverantörerna har sådan ensamrätt som avses i undantagsbestämmelsen och att det bara finns en enda leverantör på den inre marknaden som kan tillverka och tillhandahålla produkterna i fråga (se punkt 31–32 ovan).
38. För det första har undersökningen av leverantörer begränsats till två svenska leverantörer; någon betydande undersökning av marknaden på EU-nivå på sätt som krävs av EU-domstolen har inte skett.
39. För det andra har förekomsten av ensamrätt baserats på SLSO:s egna bedömningar utifrån myndighetens ställda krav. Konkurrensverket erinrar om att förekomsten av ensamrätt är något som ska baseras på *objektivt* fastställda bedömningar om att det endast finns en leverantör som kan tillverka och leverera viss vara.¹⁸ Det är således inte tillräckligt att förlita sig på att ensamrätt föreligger med stöd av de subjektiva bedömningar som

¹⁷ Jfr art. 18.1 andra stycket LOU-direktivet.

¹⁸ Jfr skäl 50 i LOU-direktivet om att endast *objektivt* exklusiva situationer kan motivera användningen av ett förfarande utan föregående annonsering, där den exklusiva situationen inte har skapats av den upphandlande myndigheten själv med tanke på det framtida upphandlingsförfarandet.

gjorts av de av SLSO tillfrågade specialisterna och systemansvariga i klinisk verksamhet utifrån SLSO:s preferenser (processkartor).

40. Av bilaga 4 följer även att en av leverantörerna är återförsäljare av test i Sverige. Det går inte att utesluta att återförsäljare av de aktuella testerna finns i andra länder. Om det finns licenser i andra länder för andra aktörer att tillhandahålla dessa tester, kan det inte sägas att det endast finns en leverantör.¹⁹ Någon juridisk ensamrätt föreligger i sådana fall inte.
41. Alldeles oavsett om leverantörerna har juridisk ensamrätt, kan den faktiska ensamrätten ifrågasättas (se ovan). Enligt Konkurrensverkets uppfattning har SLSO inte uppfyllt bevisbördan för att det aktuella undantaget är tillämpligt.
42. En upphandlande myndighet har, som nämnts ovan, stor frihet att ställa krav på ett visst kontrakt föremål vid utformningen av en upphandling. Det ska dock erinras om att upphandlande myndigheter har att beakta likvärdiga eller rimliga alternativ (jfr bestämmelserna om tekniska specifikationer i 9 kap.; 6 kap. 14 § andra stycket; samt 4 kap. 2 § LOU). Detta särskilt om den "idealiska" specifikationen av ett visst kontrakt föremål medför att konkurrensen i princip utesluts.²⁰
43. Genom att annonsera anskaffningen och låta anbudsutvärderingen avgöra vilket eller vilka av anbuderna som bäst uppfyller myndighetens fastställda behov, hade marknaden kunnat prövas och LOU:s krav på likvärdiga eller rimliga alternativ kunna beaktas.²¹ Den frivilliga förhandsinsynen ersätter inte ett annonserat förfarande.
44. Det kan slutligen noteras att såväl Region Jönköping som Region Dalarna har annonserat upphandlingar av psykologiska test och kartläggningsinstrument, [bilaga 5](#). Dessa upphandlingar resulterade i fem respektive två anbud och flera leverantörer tilldelades ramavtal i respektive upphandling, [bilaga 6](#). Av upphandlingsdokumentationen i Region Jönköpings upphandling, [bilaga 7](#), framgår vidare att testen avsåg bedömningar och behandlingar inom samma typ av områden som anges i punkt 8 ovan.²²
45. Något annat undantag från annonseringsplikten har inte framkommit under utredningen.

¹⁹ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, tredje upplagan, s. 1070.

²⁰ Arrowsmith, s. 1070.

²¹ Arrowsmith, s. 1070. Jfr även generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, p. 44.

²² Se punkt 2.1.1 och 2.4 i bilaga 7.

Upphandlingsskadeavgift

46. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.²³ Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.²⁴
47. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.²⁵

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

48. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.²⁶ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.²⁷
49. Upphandlingens värde uppgår till 9 900 000 kronor. Upphandlingsskadeavgiften ska därför som lägst uppgå till 10 000 kronor och som högst till 990 000 kronor ($9\,900\,000 \cdot 0,1$).
50. 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.²⁸
51. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.²⁹
52. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande

²³ 21 kap. 1 § 3 LOU.

²⁴ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

²⁵ A. prop. s. 196–197.

²⁶ 21 kap. 4 § LOU.

²⁷ HFD 2014 ref. 69.

²⁸ 21 kap. 5 § LOU.

²⁹ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.³⁰ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.³¹

53. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde.
54. Omständigheterna i övrigt är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken försvårande eller förmildrande. Det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges.
55. SLSO anser att avtalstiden samt ett lågt kontraktvärde bör betraktas som förmildrande. Konkurrensverket instämmer inte. En avtalstid om två år, med option om att förlänga två gånger med ett år i taget (dvs. maximalt fyra år), kan inte anses vara kort. Vidare kan sanktionsvärdet enligt förarbetena anses vara högre om avtalen avser ett högt värde. Avsaknaden av ett högt värde innebär dock inte att det kan tillgodoräknas SLSO som en förmildrande omständighet. Detsamma gäller beträffande frånvaro av uppsåt att kringgå upphandlingslagstiftningen. Ansvaret är strikt.³²
56. SLSO gör även gällande att rättsläget är oklart utifrån hur en marknadsundersökning ska se ut och vilka underlag som krävs för att visa på ensamrätt. Konkurrensverket anser att det av EU-rättspraxis och principen om undantagens restriktiva tolkning är tydligt att det måste läggas fram "positiva" bevis på objektiva omständigheter som talar för att endast en leverantör, på grund av ensamrätt, kan tillverka eller tillhandahålla viss produkt. Se även punkt 40 om att det kan ifrågasättas om juridisk ensamrätt föreligger.
57. Åtgärder vidtagna i efterhand, såsom att Avtalen har sagts upp och en ny upphandling har påbörjats, påverkar inte sanktionsavgiften i sänkande riktning.³³
58. Konkurrensverket ifrågasätter inte att SLSO har tagit till sig av det som hänt i förevarande fall och ser självfallet positivt på det. Reglerna om

³⁰ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

³¹ A. prop. s. 197.

³² A. prop. s. 192 ff och 368.

³³ En förutsättning för att sanktionsvärdets storlek ska påverkas i sänkande riktning är att avslutande av ett avtal i förtid inte sker med anledning av och efter det att Konkurrensverket har inlett en granskning, jfr HFD 2014 ref. 69 där parterna kom överens om att avsluta ett avtal i förtid efter det att Konkurrensverket inlett sin granskning av det aktuella avtalet.

upphandlingsskadeavgift har emellertid inte endast ett "individualpreventivt" syfte för den upphandlande myndighet som påförs en avgift, utan fyller även ett allmänpreventivt syfte genom att förmå upphandlande myndigheter generellt att avhålla sig från att genomföra otillåtna direktupphandlingar. Om upphandlande myndigheter skulle påföras lägre avgifter så snart de uppger att man tagit till sig den kritik som tillsynsmyndigheten framfört, skulle avgiftens allmänpreventiva funktion riskera att urholkas.

59. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 770 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt och ansökan saknar därför namnunderskrift.

Marie Östman
Chefsjurist

Anna Görgård
Processråd

Bifogas

Bilaga 1 – Beslut om att inleda upphandling

Bilaga 2 – Meddelande om frivillig förhandsinsyn

Bilaga 3 – Avtalen

Bilaga 4 – Mailkorrespondens mellan SLSO och leverantörerna

Bilaga 5 – Region Jönköpings och Region Dalarnas meddelanden om upphandling

Bilaga 6 – Region Jönköpings och Region Dalarnas tilldelningsbeslut

Bilaga 7 – Region Jönköping - upphandlingsdokument, 2020-10-31