

Förvaltningsrätten i Härnösand
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Västernorrland, 871 85 Härnösand

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 Region Västernorrland ska betala 210 000 (tvåhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Region Västernorrland (Regionen) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 2 september 2022 ingå avtal om Laserskrivare för kassetter till Patologi med Cellab Nordia AB (Cellab) utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Regionen publicerade den 22 juli 2022 ett meddelande om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering (s.k. frivillig förhandsinsyn). Kontraktsföremålet angavs som laserskrivare för kassetter till verksamheten för patologi och cytologi vid Sundsvalls sjukhus. Vidare angavs att endast en leverantör finns på marknaden på grund av tekniska skäl. Köparen efterfrågar en laserskrivare för kassetter till Patologi som också klarar kravet att få plats på liten utsedd yta.
3. Den 2 september 2022 ingick Regionen avtal med Cellab (Avtalet), se bilaga 1. Avtalet som baseras på leverantörens offert, se bilaga 2, avser köp av tre laserskrivare inklusive leverans och installation samt option på ytterligare två skrivare inom två år och option på serviceavtal inklusive reservdelar. Avtalet omfattar möjlighet att under avtalstiden och eventuellt förlängningstid köpa leverantörsspecifika tillbehör enligt prislista.
4. Av utredningen framgår att Regionens inköp avser skrivare av modell VEGA framtagen av Fa Tech Diagnostics, se produktblad till Cellabs offert, bilaga 3.
5. Enligt upphandlingsrapporten har upphandlingen genomförts som ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 14 § LOU på grund av att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Vidare anges att kraven som motiverar tillämpningen av undantaget för tekniska skäl är skrivarens funktion som laserskrivare samt skrivarens storlek för att passa i verksamhetens lokaler.
6. Regionen har under utredningen anfört bl.a. följande. Befintlig skrivare för kassetter motsvarar inte framtida krav i verksamheten gällande digital arkivering. För att uppfylla framtida krav har verksamheten identifierat följande behov och motiv till val av skrivare:
 - En laser-klossskrivare ger en beständigare märkning än en bläckstråleskrivare. Detta innebär att patientsäkerheten stärks genom minskning av risken att kloss-ID försvinner helt eller delvis i nedströms processer.
 - En skrivare med 2D-kod och 600 DPI utgör en högre upplösning vilket innebär en säkrare QR-kod.



- En kompakt benchtop-maskin, något som är av vikt då det på laboratoriet råder platsbrist.

Avtalet mellan Regionen och Cellab utgör en otillåten direktupphandling

7. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt eller ramavtal (1 kap. 2 § LOU). Avtalet avser både köp av varor (laserskrivare och reservdelar) och tjänster (option gällande service och underhåll) och utgör därmed ett blandat kontrakt (2 kap. 1 § 1 LOU).
8. Om ett blandat kontrakt avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i LOU ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet. För ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna (2 kap. 2 § LOU).
9. Utifrån de uppgifter som framkommit under utredningen angående värdet på Avtalet utgör huvudföremålet köpet av skrivarna (se punkt 13-14 nedan). Därmed ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för varor.
10. Det framgår av utredningen att Avtalet inte har föregåtts av någon annonsering.
11. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga.

Upphandlingens värde

12. Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats (5 kap. 3 § LOU). Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga (5 kap. 6 § LOU).
13. Avtalet omfattar tre skrivare samt option på ytterligare två skrivare och option om serviceavtal under sju år. Därutöver kan reservdelar beställas under Avtalets löptid. Regionen har under utredningen uppgett att inköpsvärdet för de tre skrivare som Avtalet omfattar uppgår till [REDACTED]



kronor (tre skrivare VEGA a [REDACTED] kronor inkl. tillbehör på [REDACTED] kronor). Enligt Regionen kan optionen på köp av ytterligare två skrivare endast lösas in i de fall Regionen beviljar investeringsmedel för ytterligare inköp, vilket inte har skett. Av 5 kap. 3 § LOU framgår dock att vid beräkningen av värdet av en upphandling ska optioner beaktas som om de utnyttjats. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta Regionens uppskattade värde för en skrivare och tillbehör och beräknar därför värdet på fem skrivare till [REDACTED] kronor samt tillbehör till dessa till [REDACTED] kronor, dvs. totalt [REDACTED] kronor exklusive mervärdesskatt.

14. Regionen har vidare uppgett att skrivarna omfattas av en garantitid under ett år och att servicekostnaden därför ska räknas på sex år. Då skrivarna bedöms vara stabila uppskattar Regionen att värdet på optionen av reservdelar och tillbehör är minimal. Uppskattat värde på serviceavtal för förebyggande underhåll uppgår till [REDACTED] kronor för samtliga tre skrivare som Regionen avropat från aktuellt avtal ([REDACTED] kronor per maskin under dess livslängd: tre maskiner x [REDACTED] kronor). Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta Regionens uppskattade värde för serviceavtal men beräknar värdet på fem skrivare (tre skrivare samt option på två skrivare, se p 13 ovan). Värdet för serviceavtal uppgår därmed till [REDACTED] kronor exklusive mervärdesskatt.
15. Sammantaget beräknar Konkurrensverket värdet på upphandlingen till 2 544 500 kronor exklusive mervärdesskatt ([REDACTED] kronor + [REDACTED] [REDACTED]).
16. Värdet överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tröskelvärdet.¹

Något undantag från annonseringsskyldigheten föreligger inte

17. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar enligt LOU ska tolkas restriktivt.²

Vad Regionen anför

18. Regionen har under Konkurrensverkets utredning gjort gällande att undantaget för tekniska skäl i 6 kap. 14 § LOU är tillämpligt. Till stöd för detta har Regionen uppgett att en behovs- och marknadsanalys har gjorts av verksamheten. Det finns en god kännedom om marknaden utifrån mässor och information via branschspecifika nyhetsflöden. Kontakter har tagits med samtliga leverantörer på marknaden. Av de tre leverantörerna som i dag tillhandahåller skrivare för ändamålet, Dalab, Cellab och Histolab, framkom

¹ För upphandlingar som avser varor och som påbörjades under 2022 är tröskelvärdet 2 236 731 kronor och direktupphandlingsgränsen 700 000 kronor.

² Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-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 prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.



att en leverantör slutat sälja produkten och att en leverantör har för avsikt att ta bort produkten på grund av bristfällig funktionalitet. En demo avböjdes av denna leverantör då det inte var klarlagt om problemen gick att lösa. Produkten skriver inte med laserteknik vilket var ett krav Regionen ställde. Cellab kunde dock lämna anbud på en skrivare med laserteknik och med 2D-kod. Trilab och Sakura är två andra leverantörer av kassettskrivare. Deras produkter skriver med bläckstråleteknik och lever därmed inte upp till Regionens krav om laserteknik.

19. Vidare har Regionen gjort en marknadsanalys via upphandlingsverktyget Mercell Tendsign som innehåller en databas med samtliga myndigheters upphandlingar som annonserats i Europa. Via denna databas har en research gjorts för att se hur marknaden ser ut, vilka typer av laserskrivare för kassetter som upphandlats, vilka leverantörer av laserskrivare för kassetter som finns, vilka kravställningar de haft mm. Efter att ha tagit del av andra myndigheters upphandlingar från Sverige och Europa i Mercell Tendsigns databas har Regionen kunnat konstatera att det inte finns några andra leverantörer som lämnat anbud för den typ av laserskrivare som Regionen har behov av. I den senaste upphandlingen av kassettskrivare med laserteknik och 2D-kod som genomfördes av Region Jönköpings län år 2021 inkom endast en anbudsgivare (Cellab).
20. Regionen anser att det bör vara tekniskt nära nog omöjligt för en ny aktör att inom rimlig tid framställa en laserskrivare med den kvalitetssäkring innefattande 2D-kod som Regionen efterfrågar. Anskaffningen avser en medicinteknisk produkt som ska vara CE-godkänd och uppfylla krav för in vitro-diagnostik. Det är en omfattande process vilken sannolikt inte skulle hinna slutföras inom den tid Regionen har behovet av skrivare.
21. Regionen har sedan tidigare en laserskrivare av aktuellt fabrikat och en enhetlig instrumentering är att föredra då dessa ska kopplas upp mot Regionens befintliga informationssystem som kräver stödjande IT-installationer för att fungera. I samband med genomförd annonsering av förhandssynen framkom det inte att det fanns någon annan aktör på marknaden som var intresserad av att delta i annonserad upphandling.

Undantaget för tekniska skäl

22. Av 6 kap. 14 § 2 LOU, som genomför art. 32.2 b ii i Direktiv 2014/24/EU, följer att en upphandlande myndighet får tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör, eftersom det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens.³ Det ska vidare inte finnas något rimligt alternativ och

³ Se även skäl 50 till Direktiv 2014/24/EU.



avsaknaden av konkurrens får inte bero på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

23. För att detta undantag ska kunna tillämpas krävs således i första hand att två kumulativa villkor är uppfyllda. Det krävs att de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär, och att det med anledning av upphandlingens tekniska karaktär är nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet.⁴ Det kan vara fråga om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan leverantör att uppnå erforderlig fullgörandenivå, eller att det krävs specifik kunskap eller verktyg som endast en leverantör har. Det kan också röra sig om särskilda driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas för att det som upphandlas ska fungera.⁵
24. Av skäl 50 i direktivet framgår bl.a. att med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående annonsering endast användas under mycket exceptionella omständigheter. Om den exklusiva situationen har uppstått av tekniska skäl bör de definieras och motiveras ytterst noggrant från fall till fall. Upphandlande myndigheter som åberopar undantaget bör 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 byggtreprenader, varor och tjänster.
25. Det är den upphandlande myndigheten som måste visa att alla villkor i en undantagsbestämmelse är uppfyllda.⁶ Detta innebär att den upphandlande myndigheten måste kunna presentera bevis för att berättiga tillämpningen av undantaget.⁷ Generella uttalanden är inte tillräckliga, utan det krävs utförliga förklaringar för att uppfylla bevisbördan.⁸
26. Eftersom ett av syftena med upphandlingslagstiftningen är att öppna upp den inre marknaden för konkurrens så blir undantaget inte tillämpligt bara för att det saknas konkurrens på marknaden i Sverige. Det krävs att det saknas alternativa leverantörer på marknaden även i andra länder inom den

⁴ Se EU-domstolens dom i mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*, p. 34–39.

⁵ Se skäl 50 till Direktiv 2014/24/EU.

⁶ Mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, p. 14.

⁷ 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*.

⁸ 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.



inre marknaden. En betydande undersökning av marknaden på i vart fall EU-nivå bör genomföras.⁹

Det aktuella undantaget är inte tillämpligt

27. Konkurrensverket kan ha förståelse för att en enhetlig instrumentering är att föredra. Vid bedömningen av om det är nödvändigt att anlita viss leverantör i den mening som aktualiserar undantaget för tekniska skäl i LOU är det emellertid inte tillräckligt att det är mer effektivt att en viss leverantör tillhandahåller det som efterfrågas. Det krävs att enbart en leverantör kan tillgodose behovet. En upphandlande myndighet har stor frihet att ställa krav på ett visst kontraktsföremål vid utformningen av en upphandling.¹⁰ Upphandlande myndigheter har dock en skyldighet att beakta likvärdiga eller rimliga alternativ.¹¹
28. Det kan vidare ifrågasättas om det uppställda kravet på skrivarens storlek är ett krav av sådan tillräcklig teknisk komplexitet som medför att konkurrens saknats av tekniska skäl.
29. Det finns inte heller stöd för att endast Cellab kunde tillhandahålla en skrivare som motsvarar de krav som Regionen ställt. Det saknas en dokumenterad marknadsanalys. Det kan vidare inte vitsordas att den marknadsanalys som Regionen påstår sig ha genomfört skulle ge en heltäckande bild av samtliga leverantörer som kunde tänkas ha varit intresserade av och ha haft kompetensen att leverera en sådan skrivare. Att sökningar i aktuellt upphandlingsverktyg enbart skulle resultera i en leverantör kan ha fler förklaringar än att det enbart skulle finnas denna leverantör på marknaden. Detta får även stöd av den omständigheten att den skrivarmodell som Regionen anskaffat utvecklats och saluförts av två internationella bolag.¹²
30. Upphandlande myndigheter ska ta tillvara de konkurrensmöjligheter som finns. Det ställs höga krav på myndighetens framförhållning och leverantörer ska ges en viss möjlighet att anpassa sina tjänster och produkter för att svara mot myndighetens behov.¹³ Det är därför även möjligt att en annan leverantör, svensk eller europeisk, skulle ha kunnat utveckla sitt utbud inom rimlig tid och offerera en skrivare i enlighet med Regionens kravspecifikation om upphandlingen i fråga hade annonserats. Det handlar inte nödvändigtvis

⁹ 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).

¹⁰ RÅ 2010 ref. 78.

¹¹ 6 kap. 14 § andra stycket och reglerna om specifikationer i 9 kap. LOU.

¹² Fa-Tech Diagnostics Europe BV och Epredia. Se även bilaga 3 i p 4. Konkurrensverket noterar att bolagen är gemensamt ägda.

¹³ Se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 4 november 2019 i mål nr 1591-19.



om att utveckla en ny skrivare som uppfyller ställda krav utan även om att kunna sälja eller bli återförsäljare av den aktuella skrivarmodellen.¹⁴

31. Den frivilliga förhandsinsynen ersätter inte ett annonserat förfarande.
32. Konkurrensverket bedömer att det som framkommit under utredningen och vad Regionen anfört innebär att det inte är fråga om en sådan situation där det som skulle upphandlas endast kunde tillhandahållas av viss leverantör i den mening som avses i 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. Undantaget för tekniska skäl var alltså inte tillämpligt vid Avtalets ingående.
33. Eftersom det inte heller föreligger omständigheter som talar för att något annat undantag från kravet på annonsering har varit tillämpligt utgör Avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

34. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU). 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.¹⁵
35. 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.¹⁶

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

36. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (21 kap. 7 § LOU).
37. Avtalet undertecknades den 1 respektive den 2 september 2022. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 2 september 2022 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste lämnas in till förvaltningsrätten inom ett år från det datumet.

¹⁴ På Epredias hemsida anges att företaget har ett antal distribution partners runt om i Europa, https://epredia.com/about/distribution-partners/wpbdp_category/all-categories/. Cellab är en sådan partner.

¹⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196–197.



Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

38. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Beräkningen av värdet ska ske enligt 5 kap. (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁷ Konkurrensverket har beräknat upphandlingens värde till 2 544 500 kronor (se punkt 15 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 254 450 kronor ($2\,544\,500 \times 0,1$).
39. 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).
40. 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.¹⁸
41. 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 till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹⁹ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²⁰
42. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget är klart. Det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges.
43. Konkurrensverket konstaterar vidare att Regionen tidigare har genomfört otillåtna direktupphandlingar.²¹ Detta utgör enligt Konkurrensverket en

¹⁷ Se HFD 2014 ref. 69.

¹⁸ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

¹⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

²⁰ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

²¹ Förvaltningsrätten i Härnösands dom i mål 2748-16 och Förvaltningsrätten i Umeås dom i mål 1916-19.

försvårande omständighet som ska påverka sanktionsvärdet i höjande riktning.

44. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 210 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Maria Andersson Müller
Processråd

Bifogas

- Bilaga 1 Avtal den 2 september 2022 om Laserskrivare för kassetter till Patologi
- Bilaga 2 Offert Cellab för Region Västernorrland
- Bilaga 3 Produktblad Fa-Tech Vega Laser cassettes marker