

Förvaltningsrätten i Umeå
forvaltningsratteniumea@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Skellefteå kommun, 931 85 Skellefteå

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 Skellefteå kommun ska betala 280 000 (tvåhundraåttio tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Skellefteå kommun (kommunen) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 8 juli 2022 ingå avtal om utrustning för kontrollrumsmiljö, 800XA Utbildningspaket, Campus med ABB AB (ABB) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Kommunen publicerade den 6 april 2022 ett meddelande om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering (s.k. frivillig förhandsinsyn) avseende utrustning för kontrollrumsmiljö inklusive kringliggande tjänster med ABB. Av förhandsinsynen framgår att kontrollrumsmiljön är tänkt att användas för utbildning av bland annat operatörer, tekniker och ingenjörer. Utbildningen bör göras på ABB:s styrsystem 800XA inklusive kontrollrumsutrustning EOW-i3. Kommunen avser att genomföra upphandlingen som ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 och 3 LOU. Efter att ha studerat marknaden har kommunen konstaterat att leverantören är ensam om att kunna erbjuda en helhetslösning och att ingen annan aktör kan erbjuda den helhet, omfattning och kapacitet som kommunen har behov av.
3. Kommunen ingick avtal med ABB den 8 juli 2022 (Avtalet), se bilaga 1–2. Avtalet utgörs av en beställning via e-post från kommunen av grundanbudet i ABB:s offert. Offerten omfattar utrustning för kontrollrumsmiljö och tillhörande tjänster och är uppdelad på ett grundanbud på 3 700 000 kronor exklusive mervärdesskatt samt tre optioner. Av offerten med bilagor framgår att Avtalet avser utrustning för kontrollrumsmiljön, hårdvaran till systemet och mjukvara i form av tillhörande programvaror/licenser. Därutöver omfattar Avtalet projektledning i form av samordnade leveranser, installation samt service och support.
4. Kommunen har under utredningen preciserat att avtalsföremålet avser ABB:s styrsystem 800XA inklusive kontrollrumsutrustning EOW-i3 samt installation och med tillhörande utbildning.

Avtalet mellan kommunen och ABB utgör en otillåten direktupphandling

5. 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 köp av varor och tjänster (1 kap. 21 och 24 §§ LOU).



6. Det framgår av utredningen att Avtalet inte har föregåtts av någon annonsering.
7. 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 tröskelvärdet 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

8. 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).
9. Kommunen har under utredningen uppgett att Avtalets värde uppgår till 3 700 000 kronor exklusive mervärdesskatt vilket även är priset på grundanbudet i leverantörens offert som omfattas av Avtalet (se p 3 ovan).
10. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta kommunens uppskattning och bedömer att värdet på upphandlingen uppgår till 3 700 000 kronor exklusive mervärdesskatt.
11. Värdet överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tröskelvärdet.¹

Det föreligger inget undantag från annonseringsskyldigheten

12. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar enligt LOU ska tolkas restriktivt.²
13. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning gjort gällande att undantagen för tekniska skäl och ensamrätt i 6 kap. 14 § 2 och 3 LOU är tillämpliga. Till stöd för detta har kommunen anfört bland annat följande. Kontrollrumsutrustningen ska användas i utbildningar som bedrivs inom vuxenutbildningen och Yrkehögskolan i kommunen. ABB kan erbjuda en helhetslösning för processtyrning i kontrollrumsmiljö samt installation och utbildning. Den marknadsundersökning som genomförts inför beslut om inköp har visat att de arbetsplatser och industrier som har behov av

¹ För upphandlingar som avser varor och tjänster 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.



arbetskraft inom området samtliga jobbar med leverantörens styrsystem med tillhörande kontrollrumsutrustning. För att kunna tillgodose arbetslivets behov av kompetensförsörjning inom detta område finns inget rimligt alternativ till leverantörens styrsystem. Inga andra företag som levererar styrsystem har varit aktuella i den marknadsundersökning som genomförts. Eftersom kommunen är en offentlig utbildningsgivare som ska tillhandahålla utbildningar som är efterfrågade på arbetsmarknaden har marknadsundersökningen fokuserat på vilket behov av kompetens och utbildningsinsatser som företag och kommunala verksamheter i närområdet har. Kommunen genomförde inför upphandlingen en marknadskartläggning genom sökning via sökmotor på nätet. Av denna undersökning framkom att ABB är den enda leverantör som erbjuder ABB:s styrsystem 800XA inklusive kontrollrumsutrustning EOW-i3 samt utbildning. Några andra återförsäljare framgick inte av undersökningen. Kommunen kontaktade även produktägaren i sin marknadsundersökning. ABB angav att det är högst osannolikt att någon återförsäljare eller partner skulle kunna erbjuda vad som efterfrågades. ABB har angett att den helhetslösning som krävs för att kunna leverera i aktuell upphandling är de som leverantör unika med att kunna leverera.

Undantagen för tekniska skäl och ensamrätt

14. 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. Av 6 kap. 14 § 3 LOU, som genomför art. 32.2 b iii i direktivet framgår vidare att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör därför att det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt. Som en förutsättning för ett sådant förfarande ska det vidare inte finnas något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens får inte bero på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.
15. För att undantaget för tekniska skäl ska kunna tillämpas krävs 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.³ 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

³ Se EU-domstolens dom i mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*, p. 34–39.



kan också röra sig om särskilda driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas för att det som upphandlas ska fungera.⁴

16. För att undantaget för ensamrätt ska kunna tillämpas är det inte tillräckligt att en vara eller tjänst är skyddad av ensamrätt. Myndigheten måste kunna visa att det inte är möjligt för någon annan att genomföra uppdraget och att detta beror på ensamrätten. Det ska alltså vara fråga om en faktisk ensamrätt.⁵
17. Av skäl 50 i 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. 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.
18. 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
19. 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 inre marknaden. En betydande undersökning av marknaden på i vart fall EU-nivå bör genomföras.⁹

Undantagen för tekniska skäl och ensamrätt är inte tillämpliga

20. Det finns inget stöd för att endast ABB kunde tillhandahålla en sådan samlad lösning av varor och tjänster som omfattas av Avtalet. Det saknas en

⁴ Se skäl 50 till Direktiv 2014/24/EU.

⁵ Mål C-328/92 *Kommissionen mot Spanien*, p 17 samt prop. 2015/16:195 s. 998.

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.

⁹ Se mål C-275/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 63.



dokumenterad marknadsanalys. Det kan vidare inte vitsordas att den marknadskartläggning som kommunen 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 lösning. Enbart det faktum att leverantören ABB uppgett sig vara ensam om att kunna leverera det som efterfrågats innebär inte att kommunen kunnat utesluta att det funnits andra leverantörer på marknaden. Den bedömningen ska göras på objektiva grunder.

21. Vidare konstateras att det inte framkommit några omständigheter som talar för att det på grund av ensamrätt endast funnits en leverantör som kan erbjuda den helhetslösning som efterfrågas. Kommunen har inte heller redogjort för vilken form av ensamrätt som avses. Tvärtom har kommunen uppgett att det finns återförsäljare och partners till ABB:s system.
22. Bedömningen stöds även av att Konkurrensverket kunnat konstatera att det finns andra leverantörer som har licens för ABB:s styrsystem 800XA samt att andra leverantörer tilldelats kontrakt i upphandlingar avseende det aktuella systemet.
23. Den helhetslösning som efterfrågas förefaller också vara av sådan karaktär att det är sannolikt att en leverantör som inte har en färdig helhetslösning kan tillhandahålla en sådan lösning inom rimlig tid. Det är även sannolikt att flera leverantörer skulle kunna samarbeta för att tillhandahålla helhetslösningen. Konkurrensverket erinrar om att det åligger upphandlande myndigheter att organisera och planera sina upphandlingar på ett sådant sätt att upphandlingslagstiftningen kan följas. I detta ingår att ta höjd för en rimlig tid för annonsering och för leverantörens uppstart av tillhandahållande av en tjänst.
24. Den frivilliga förhandsinsynen ersätter inte ett annonserat förfarande.
25. Konkurrensverket bedömer att det som framkommit under utredningen och vad kommunen 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 eller 3 LOU. Undantagen för tekniska skäl och ensamrätt var alltså inte tillämpliga vid Avtalets ingående.
26. 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

27. 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.¹⁰
28. 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.¹¹

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

29. 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).
30. Avtalet ingicks den 8 juli 2022 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till förvaltningsrätten inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

31. 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.¹² Konkurrensverket har beräknat upphandlingens värde till 3 700 000 kronor (se punkt 10 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 370 000 kronor ($3\,700\,000 \times 0,1$).
32. 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).
33. 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.¹³

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

¹¹ A prop. s. 196–197.

¹² Se HFD 2014 ref. 69.

¹³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.



34. 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.¹⁴ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁵
35. Det är fråga om en otillåten direktupphandling och sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt. Rättsläget är klart. Det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges. Det har inte framkommit några omständigheter som enligt Konkurrensverket är försvårande eller förmildrande och som kan påverka storleken på upphandlingsskadeavgiften.
36. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 280 000 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 Anbud ABB den 8 juli 2022

Bilaga 2 Beställning Skellefteå kommun den 8 juli 2022

¹⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

¹⁵ 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.