

Förvaltningsrätten i Karlstad
forvaltningsrattenikarlstad@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Örebro, Box 1613, 701 16 Örebro

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 Örebro ska betala 370 000 (trehundra-sjuttiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Region Örebro har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 23 november 2022 ingå avtal om kromatografisystem (Avtalet) med LabLogic Systems Limited (Leverantören) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades.¹ Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Region Örebro (Regionen) publicerade den 7 oktober 2022 ett meddelande om frivillig förhandsinsyn.² Av detta framgick att Regionen avsåg att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering avseende kromatografiutrustning med tillhörande mjukvara för kvalitetsanalyser av radioaktiva läkemedel. Som skäl för valet av förfarande angavs i meddelandet tekniska skäl, med förklaringen att systemet måste tillåta att data hämtas direkt ur en databas av Regionens LIMS, dvs. laboratorieinformationssystem, för att kunna säkra dataintegriteten. Den 30 november 2022 meddelade Regionen att den hade beslutat att tilldela Leverantören ett kontrakt den 18 november 2022.³
3. Regionen hade dessförinnan genomfört en annonserad upphandling, avseende kromatografiutrustningen, som avbröts med motiveringen att inga giltiga anbud hade inkommit.⁴ I direktupphandlingsformuläret angavs att de två inkomna anbuden inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav.⁵
4. Regionen har under utredningen uppgett sammanfattningsvis följande om den annonserade upphandlingen och valet att genomföra ett förhandlat förfarande utan annonsering.
5. Inför det förhandlade förfarandet, men efter den annonserade upphandlingen, bedömde Regionen att det måste vara ett krav att mjukvaran som sammanställer resultaten från analyserna skulle tillåtas att hämta data direkt ur vissa andra mjukvarors databaser. Detta hade inte varit ett obligatoriskt krav i den annonserade upphandlingen, men Regionen förstod vikten av detta inför det förhandlade förfarandet, varför upphandlingen startade om med en ny kravspecifikation. Regionen drog slutsatsen att bara Leverantören skulle kunna uppfylla det kravet, mot bakgrund av den marknadsöversikt som den hade gjort och en "Request for Information" (RFI) som publicerades tidigare under 2022.⁶

¹ Bilaga 1.

² Bilaga 2.

³ Bilaga 3.

⁴ Se bilaga 4.

⁵ Se bilaga 5.

⁶ Se bilaga 6.



- RFI:n annonserades via Merzell TendSign och publicerades i TED, varvid Regionen fick in tre svar. Marknadsöversikten innebar att Regionen stämde möte med de företag som hade svarat för att kunna ställa fler frågor och ge dem möjligheten att utveckla sina svar. Regionen bokade också möte med företag som inte hade lämnat svar, men som Regionen erfarenhetsmässigt visste skulle kunna uppfylla dess behov. Mötena dokumenterades inte i handlingar som diarieförs eller sparas efter avslutad upphandling. Regionen bedömde efter marknadsöversikten att endast två företag skulle kunna uppfylla dess behov.

Vad Regionen har anfört

- Regionen har, utöver vad som har framkommit ovan, anfört sammanfattningsvis följande i fråga om en överträdelse av upphandlingsreglerna har skett och om storleken på en eventuell upphandlingsskadeavgift.
- Det framgår såväl av den begränsade mängden anbud som gavs in vid den annonserade upphandlingen som av det begränsade intresse som visades i samband med RFI:n att konkurrensen om att leverera till Regionen var begränsad.
- Regionen insåg efter att ha avbrutit den annonserade upphandlingen att ett utvärderingskriterium, möjligheten att hämta data direkt från en databas, var av så kritisk betydelse att det var nödvändigt att upphöja det till ett obligatoriskt krav. Att det var av stor vikt beror på att alternativen, att manuellt dokumentera data alternativt att tillåta webbservice, av olika skäl inte är önskvärda med avseende på det ansvar och de skyldigheter som Regionen har.
- En manuell hantering av omfattande och komplicerade uppgifter skulle innebära en stor risk för mänskliga misstag. Enligt regelverket EUDraLex vol 4, vilken verksamheten måste följa, krävs att all manuell dokumentation granskas av ytterligare en person, vilket är både tidsödande och kostnadsdrivande. Det ger heller ingen garanti för att mänskliga misstag helt elimineras, vilket i förlängningen kan riskera patientsäkerheten.
- En hantering via webbservice innebär i stället att man inför mer komponenter än nödvändigt i systemet, utifrån säkerhetsrisker och ökad komplexitet. Webbservice innebär bl.a. en risk utifrån Wsdl (Web Services Description Language), där man kan utläsa vilka parametrar de exponerade funktionerna i webbtjänsten använder. En webbservice kräver dessutom omstart då och då för att fungera.
- Ändringen till ett obligatoriskt krav var alltså absolut nödvändig och förde också med sig den olyckliga konsekvensen att det vid tecknandet av Avtalet



endast fanns en leverantör som tillhandahöll ett system som stödjer detta. Detta styrks av det anbudssvar som bifogades det enda konkurrerande anbudet i den annonserade upphandlingen, av vilket framgick att systemet inte kunde hämta data direkt från databasen, utan endast genom en webbservice.

13. Av de regelverk som gäller för aktuella system följer att det måste vara noggrant validerat för att visa att de ställda kraven uppfylls. Det är en process som tar mycket resurser och tid, och det förefaller därför osannolikt att en leverantör skulle bygga om sitt system bara för att kunna sälja det till Regionen, ur ett tidsperspektiv och ett ekonomiskt perspektiv. Rimligen hade det då redan skett i samband med annonseringen av upphandlingen.
14. Hade det varit fråga om att Regionen enbart hade tagit bort eller mjukat upp ett obligatoriskt krav, hade det förstås varit rimligt att marknaden fått en möjlighet att justera sig efter kraven. I det här fallet har ett obligatoriskt krav tillkommit, vilket bara uppfylls av en leverantör och det kan därmed inte sägas vara nödvändigt att marknaden, genom konkurrensutsättning, måste beredas möjlighet att bemöta det justerade kravet.
15. Av dessa anledningar framgick det tydligt för Regionen att endast Leverantören skulle kunna erbjuda en lösning som motsvarade Regionens uppdaterade kravställning. Eftersom systemet har stor betydelse för Regionens verksamhet och tidsutrymmet på grund av den avbrutna upphandlingen var begränsat fanns heller inte tid att invänta att någon annan leverantör på marknaden skulle utveckla eller förändra sitt system. Det fanns med andra ord inga andra rimliga alternativ eller utvägar.
16. För att ändå ge andra leverantörer möjligheten att invända mot den av Regionen dragna slutsatsen, annonserades Regionens intentioner om att ingå avtal genom en annons om frivillig förhandsinsyn. Eftersom ingen leverantör hörde av sig eller på annat sätt framförde några invändningar, talar det starkt för att ingen leverantör var intresserad av att justera sin produkt för att den skulle motsvara Regionens kravställning.
17. Det är förvisso korrekt att undantagen från LOU ska tillämpas med restriktivitet men de kan inte heller vara helt omöjliga att tillämpa. Regionen har i förevarande fall genomfört en marknadsundersökning där aktuella leverantörer har identifierats, genomfört en annonserad upphandling där leverantörerna själva har redogjort för att de inte kan erbjuda den produkt som Avtalet avser och slutligen annonserat en frivillig förhandsinsyn för att kontrollera att det inte finns någon leverantör som Regionen förbisett eller någon leverantör som är intresserad av att justera sitt system. Dessa tre delar kan möjligen inte var och en anses som tillräckligt för att bevisa att det finns skäl att tillämpa undantaget men tillsammans pekar alla åt samma håll,



nämligen att det bara finns en leverantör som kan leverera det system som efterfrågas och att det helt och hållet hänför sig till de tekniska specifikationerna.

18. I vart fall rör det sig om ett ringa fall med flera förmildrande omständigheter. Regionen har i största möjliga mån strävat efter och genomfört flertalet åtgärder för att undersöka och säkerställa att det inte var möjligt att konkurrensutsätta systemet. Regionen anser att en eventuell överträdelse inte är klar, då den skiljer sig från en otillåten direktupphandling där marknaden överhuvudtaget inte är tillfrågad eller ges en möjlighet att lämna synpunkter. Med hänsyn taget till detta, och att det för alla inblandade parter är svårt att exakt fastslå hur omfattande och tydlig bevisning som krävs för att kunna tillämpa undantaget, talar förhållandena i aktuell upphandling för att förmildrande omständigheter finns.

Avtalet mellan Regionen och Leverantören utgör en otillåten direktupphandling

Övergripande bestämmelser

19. LOU gäller för upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.⁷
20. Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör och som avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggtreprenader.⁸
21. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.⁹ En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹⁰
22. Det finns vid offentlig upphandling ett antal möjliga upphandlingsförfaranden som får användas under vissa förutsättningar. Dessa är öppet och selektivt förfarande, förhandlat förfarande med och utan föregående

⁷ 1 kap. 2 § LOU.

⁸ 1 kap. 15 § LOU.

⁹ 4 kap. 1 § första meningen LOU.

¹⁰ 4 kap. 2 § LOU.

annonsering, konkurrenspräglad dialog samt förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.¹¹

23. Ett förhandlat förfarande utan annonsering får användas bland annat om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens.¹² 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.¹³ 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.¹⁴
24. Av skäl 50 i upphandlingsdirektivet framgår bland annat att förhandlade förfaranden utan föregående annonsering, med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen, endast bör 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.¹⁵ Detta innebär att den upphandlande myndigheten måste kunna presentera bevis för att berättiga tillämpningen av undantaget.¹⁶ Generella uttalanden är inte tillräckliga, utan det krävs utförliga förklaringar för att uppfylla bevisbördan.¹⁷

¹¹ 6 kap. 1 § LOU.

¹² 6 kap. 14 § första stycket 1–3 LOU.

¹³ Se EU-domstolens dom i mål C-394/02, Kommissionen mot Grekland, p. 34–39.

¹⁴ Se skäl 50 till Direktiv 2014/24/EU (upphandlingsdirektivet).

¹⁵ Mål 199/85 Kommissionen mot Italien, p. 14; jfr även HFD 2017 ref. 74.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.



26. Eftersom ett av syftena med upphandlingslagstiftningen är att öppna upp den inre marknaden för konkurrens, 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.¹⁸

Det finns inte skäl för att göra undantag från annonseringsplikten i ärendet

27. Konkurrensverket har efterfrågat en tydlig redogörelse för hur Regionen har gjort bedömningen att undantaget för tekniska skäl har varit tillämpligt på Avtalet och hur Regionen har kommit fram till att det inte finns någon konkurrens på den aktuella marknaden.

28. Regionen har uppgett att Leverantören är den enda leverantören på marknaden som kan uppfylla kravet avseende mjukvarans kompatibilitet med antingen Oracle 12c Release 2 eller Oracle 19c alternativt Microsoft SQL Server 2012 eller nyare, och tillåta att data hämtas direkt från databasen.

29. Regionen har inte presenterat något underlag som visar att det enbart är Leverantören som har möjlighet att leverera ett kromatografisystem utifrån det behov som regionen har valt att tillgodose genom Avtalet. Den marknadsundersökning som Regionen uppger sig ha gjort är inte tillräcklig för att visa detta ens är sannolikt. Frågeställningen avseende mjukvaran är för allmänt hållen för att utifrån den kunna dra slutsatsen att endast en leverantör kan uppfylla aktuella krav. I den RFI som låg till grund för Regionens bedömning fanns inte heller någon fråga om det krav som var avgörande vid bedömningen att det bara fanns en potentiell leverantör, dvs. kravet att data ska hämtas direkt från databasen.

30. Vidare har Regionen uppgett att den hade kontakt med fyra olika leverantörer inför den annonserade upphandlingen, men den har inte gett in någon dokumentation eller förklaring till resultatet av kontakten med dessa leverantörer.

31. Eftersom Regionens kravspecifikation ändrades först efter att den annonserade upphandlingen hade avbrutits, har marknaden inte fått tillfälle att bemöta de justerade kraven. Det finns flera faktorer, t.ex. affärsmässiga, tekniska eller juridiska, som avgör om en leverantör väljer att agera vid en annonserad upphandling eller vid ett meddelande om förhandsinsyn. Dessa faktorer är således inte med nödvändighet kopplade till leverantörens möjlighet att leverera enligt kraven, och frånvaron av anbud eller andra reaktioner kan alltså inte med någon större grad av säkerhet visa att det inte har funnits andra potentiella leverantörer. Även därför kan resultatet av

¹⁸ Se mål C-275/08 Kommissionen mot Tyskland, p. 63.



marknadsundersökningen, efterföljande möten med leverantörer eller den annonserade upphandlingen inte anses visa att undantaget för tekniska skäl har varit tillämpligt. Det som Regionen anför visar således inte att det inte finns andra leverantörer på marknaden som kan tillgodose behovet.

32. Det är inte heller tillräckligt att Regionen gör en uppskattning av rimligheten i att en leverantör anpassar sina system efter kraven. Även om det skulle stämma att skapandet av ett system innefattar ett valideringssystem som gör processen långsammare och dyrare, säger det inget om i vilken grad olika leverantörer har utrymme för sådana ändringar.
33. Det kan därmed inte anses vara visat att det som skulle upphandlas endast kunde tillhandahållas av Leverantören. Undantaget för tekniska skäl var alltså inte tillämpligt vid avtalets ingående.
34. Det har inte heller framkommit några andra omständigheter som utgör skäl för att göra undantag från annonseringsplikten, under förutsättning att upphandlingens värde inte understiger direktupphandlingsgränsen.

Avtalets värde

35. Värdet av en upphandling ska beräknas enligt bestämmelserna i 5 kap. LOU.¹⁹ Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.²⁰ Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.²¹ Värdet av ett ramavtal ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet under löptiden.²²
36. Enligt uppgift i Regionens annons om frivillig förhandsinsyn var upphandlingens värde uppskattat till cirka 5 200 000 kronor. Regionen har vidare under utredningen inkommit med underlag av vilket framgår att Avtalet omfattar ett kromatografisystem och en option om serviceavtal under nio (9) år. Kromatografisystemets värde uppgår till 2 486 719 kronor och optionens värde uppgår till 2 759 832 kronor (306 648 kronor x 9 år). Konkurrensverket har därför beräknat upphandlingens värde till 5 246 551 kronor exklusive mervärdesskatt.

¹⁹ 1 kap. 4 § LOU.

²⁰ 5 kap. 3 § LOU.

²¹ 5 kap. 5 § LOU.

²² 5 kap. 14 § LOU.



37. Upphandlingens värde överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tillämpligt tröskelvärde. Upphandlingen skulle därför ha föregåtts av en annonsering i Sverige såväl som i EU.²³

Upphandlingsskadeavgift

Tillämpliga bestämmelser

38. Vid en otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan från Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.²⁴
39. Det finns inga krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.²⁵
40. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde.²⁶
41. När sanktionsvärdet för en överträdelse ska fastställas tas hänsyn till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Bland annat beaktas hur klar överträdelsen kan anses vara. Detta eftersom omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Överträdelsen ses i sådana fall som 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 genomföra 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.²⁷ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²⁸
42. Om det rör sig om ett ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.²⁹

²³ 10 kap. 1 § och 5 a § LOU och 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

²⁴ 21 kap. 1 § 3 och 2 § LOU.

²⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 368.

²⁶ 21 kap. 4 § LOU.

²⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369 f.

²⁸ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197; även exempelvis HFD 2014 ref. 69.

²⁹ 21 kap. 5 § LOU.



Upphandlingsskadeavgiftens storlek

43. Upphandlingsskadeavgiften kan, mot bakgrund av det beräknade värdet på Avtalet, som det framgår av punkt 36 ovan, uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 524 655 kronor ($5\,246\,551 \times 0,1$). I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde.
44. Regionen har anfört att det, om en bedömning skulle göras att det är fråga om en otillåten direktupphandling, ska anses vara ett ringa fall eller i vart fall finns förmildrande omständigheter.³⁰ Regionen har genomfört en oannonserad upphandling, med hänvisning till tekniska skäl, vilket har avsett krav som inte har funnits angivna vare sig i den tidigare upphandlingen eller i RFI:n. Vad regionen har anfört kan inte anses utgöra förmildrande omständigheter.
45. Det har, såvitt framkommit under utredningen, inte heller i övrigt framkommit vare sig försvårande eller förmildrande omständigheter som bör inverka på sanktionsavgiften. Med hänsyn till detta bedömer Konkurrensverket att 370 000 kronor utgör en avskräckande och proportionerlig sanktion för den otillåtna direktupphandlingen.

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

46. 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.³¹ Avtalet slöts den 23 november 2022, och ansökan ska således ha kommit in senast den 23 november 2023. Ansökan har således getts in i tid.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Stefan Olsen Siri
Processråd

³⁰ So ovan, p. 18.

³¹ 17 kap. 7 § LOU.



Bifogas

Bilaga 1 – Avtalet

Bilaga 2 – Meddelande om frivillig förhandsinsyn

Bilaga 3 – Efterannonsering angående kontrakt

Bilaga 4 – Direktupphandlingsformulär

Bilaga 5 – Meddelande om tilldelning av kontrakt – Resultat av upphandlingsförfarandet

Bilaga 6 – RFI