



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I HÄRNÖSAND**

**DOM**  
2023-08-29  
Meddelad i Härnösand

Mål nr  
1810-23 E

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

**MOTPART**

Region Västernorrland

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,  
förkortad LOU

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Region Västernorrland ska  
betala 210 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

---

**ANSÖKAN**

**Konkurrensverket** ansöker om att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU ska besluta att Region Västernorrland (regionen) ska betala 210 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för ansökan framförs i huvudsak följande.

Regionen har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 2 september 2022 ingå avtal med Cellab Nordia AB (Cellab) om laserskrivare för kassetter till verksamheten för patologi och cytologi vid Sundsvalls sjukhus utan föregående annonsering. Konkurrensverket beräknar värdet på upphandlingen till 2 544 500 kr, vilket överstiger direktupphandlingsvärdet och tröskelvärdet.

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 deras storlek för att passa i verksamhetens lokaler. Regionen har även hänvisat till att den sedan tidigare har en laserskrivare av aktuellt fabrikat och 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. Upphandlande myndigheter har dock en skyldighet att beakta likvärdiga eller rimliga alternativ. 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.

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 saluförs av två internationella bolag.

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 om att utveckla en ny skrivare som uppfyller ställda krav utan även om att kunna sälja eller bli återförsäljare av den aktuella skrivarmodellen. Den frivilliga förhandsinsynen ersätter inte ett annonserat förfarande eller en i förhand genomförd marknadsanalys.

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. 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.

Det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges. Regionen har tidigare genomfört otillåtna direktupphandlingar, vilket utgör en försvårande omständighet. Vid en sammantagen bedömning anser

Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 210 000 kr är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

### REGIONENS INSTÄLLNING

**Regionen** motsätter sig Konkurrensverkets ansökan och yrkar i första hand att det inte ska beslutas om upphandlingsskadeavgift. I andra hand yrkas att avgiften ska efterges alternativt sättas ned. Regionen framför i huvudsak följande.

Undantaget om tekniska skäl i 6 kap. 14 § LOU är tillämpligt. Det har således inte förelegat någon skyldighet att annonsera upphandlingen och det saknas grund för upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverkets uppskattning av upphandlingens värde är för högt. Avgiftens storlek ska därför i vart fall sättas ned.

Regionen upphandlade år 2022 laserskrivare för enheten Patologi. I avtalet åtar sig leverantören att leverera tre laserskrivare. Regionen har sedan tidigare en laserskrivare av aktuellt fabrikat. En enhetlig instrumentering är att föredra då skrivarna ska kopplas upp mot regionens befintliga laboratorieinformationssystem, som kräver stödjande IT-installationer för att fungera. Innan förhandsinsynen publicerades genomförde regionen en behovs- och marknadsanalys. I samband med marknadsanalysen hade regionen kontakt med tre leverantörer: Dalab, Cellab och Histolab. Dalab kunde inte lämna anbud på en skrivare med laserteknik och 2D-kod. Cellab kunde lämna anbud på en skrivare med laserteknik och 2D-kod. Histolab kunde lämna anbud på en kassettskrivare som inte skrev med laserteknik. Ytterligare två leverantörer, Trilab och Sakura, hade produkter som inte levde upp till regionens krav på laserteknik.

Regionen har även gjort en marknadsanalys via upphandlingsverktyget Merzell Tendsign. Verktyget innehåller en databas med samtliga myndigheters upphandlingar som annonserats i Europa. Via denna databas har regionen kunnat se vilka typer av laserskrivare för kassetter som upphandlats, vilka leverantörer av laserskrivare för kassetter som finns och vilka kravställningar de haft. Efter

att ha tagit del av andra myndigheters upphandlingar från Sverige och Europa i Merzell Tendsigns databas kunde regionen konstatera att det inte fanns några andra leverantörer som lämnat anbud för den typ av laserskrivare som regionen hade behov av.

Regionen bedömde därför att undantaget om tekniska skäl var uppfyllt och i syfte att undersöka om regionen gjort rätt bedömning publicerades en förhandsinsyn i Tenders Electronic Daily, där offentliga upphandlingar i EU publiceras. I samband med genomförd annonsering av förhandsinsynen framkom det att det inte fanns någon annan aktör på marknaden som var intresserad av att delta i en annonserad upphandling av kassettskrivare med laserteknik och 2D-kod.

Den option på köp av ytterligare två skrivare kan endast lösas in i de fall Regionen beviljar investeringsmedel för ytterligare inköp, vilket inte skett. Konkurrensverkets uppskattning av upphandlingens beräknade värde till minst 2 850 000 kr är därför för högt. Avgiftens storlek ska därför sättas ned med hänsyn till avtalets värde.

## **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

### **Tillämpliga bestämmelser**

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt bl.a. 10 kap. 1 §. Det framgår av 21 kap. 1 § 3 LOU.

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. Detta anges i 21 kap. 4 § LOU.

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).

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. Detta framgår av 21 kap. 5 § LOU.

En upphandlande myndighet ska genom en anbudsinfordran informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling eller, i de fall som regleras i 2 §, en förhandsannons. Detta framgår av 10 kap. 1 § LOU.

En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Ett sådant förfarande får användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Detta följer av 6 kap. 14 § första stycket 2 och andra stycket LOU.

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ får informera om sin avsikt genom en annons. Det framgår av 10 kap. 5 § LOU.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

*Finns det förutsättningar att besluta om upphandlingsskadeavgift?*

Av handlingarna i målet framgår att avtalet mellan regionen och Cellab omfattar leverans och installation av tre laserskrivare samt vissa förbrukningsartiklar. Därutöver innefattar avtalet en option på serviceavtal inklusive reservdelar för skrivarna samt en option på ytterligare två skrivare inom två år.

Avtalet innefattar därmed en upphandling av både varor och tjänster och utgör därför ett s.k. blandat kontrakt (jfr 2 kap. 1 § 1 LOU). För ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet, vilket bestäms utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna (jfr 2 kap. 2 § LOU).

Av handlingarna framgår att värdet av skrivarna överstiger värdet av tjänsterna kopplade till köpet av skrivarna, varför upphandlingen ska genomföras i enlighet med bestämmelserna för varor.

Konkurrensverket har beräknat det totala värdet av upphandlingen till 2 544 500 kr. Vid beräkningen har Konkurrensverket med stöd av 5 kap. 3 § LOU räknat in optionerna om serviceavtal och reservdelar samt två ytterligare skrivare. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Konkurrensverkets beräkning. Värdet av upphandlingen överstiger därmed tröskelvärdet för varor och tjänster på 2 236 731 kr (jfr 1 kap. 4 § LOU) samt direktupphandlingsgränsen på 700 000 kr (jfr 19 a kap. 2 § LOU).

Av detta följer att bestämmelserna i 19 och 19 a kap. LOU om bl.a. direktupphandling inte är tillämpliga (jfr 1 kap. 4 § andra stycket LOU). Regionen har i stället haft att förhålla sig till 10 kap. 1 § LOU, där det anges att en upphandlande myndighet genom en anbudsinfordran, i form av en annons eller förhandsannons, ska informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt, under förutsättning att det inte förelegat något undantag från annonseringsplikten enligt 6 kap. 12–19 §§ LOU.

Regionen har gjort gällande att undantaget i 6 kap. 14 § LOU varit tillämpligt i det aktuella fallet, dvs. att regionen haft rätt att använda ett förhandlat förfar-

ande utan föregående annonsering, då det som upphandlats endast kunnat tillhandahållas av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte funnits någon konkurrens.

Av praxis från EU-domstolen framgår att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan tillämpas. Av denna praxis framgår vidare att tolkningen ska vara restriktiv och att det endast är i rena undantagsfall som en upphandlande myndighet kan använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering (se bland annat mål 199/85 Kommissionen mot Italien, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien och mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland).

Regionen har bl.a. gjort gällande att den sedan tidigare har en laserskrivare av aktuellt fabrikat och att en enhetlig instrumentering är att föredra då skrivarna ska kopplas upp mot regionens befintliga informationssystem. I denna del har det dock inte framkommit att det varit direkt nödvändigt för regionen att ha skrivare av samma fabrikat utifrån särskilda driftskompatibilitetskrav. Det har inte heller framkommit att det inte funnits likvärdiga alternativ (jfr 6 kap. 14 § andra stycket).

Regionen har vidare gjort gällande att den genomfört en marknadsanalys innefattande kontakt med tre leverantörer av s.k. kassettskrivare samt en sökning i en databas över samtliga myndigheters upphandlingar som annonserats i Europa. I denna del saknas det dock en dokumentation av marknadsanalysen (jfr 12 kap. 14 § LOU). Konkurrensverket har vidare invänt att sökningen i databasen inte fångat upp inköp under direktupphandlingsgränsen och upphandlingar som annonserats på andra plattformar nationellt eller internationellt, samt inte heller laserskrivare som ingått i ett större paket av produkter. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Konkurrensverkets invändningar och regionen har inte heller bemött dessa.



Regionen har även gjort gällande att den publicerat en s.k. förhandsinsyn och att det av denna framkom att det inte fanns någon annan aktör på marknaden som var intresserad av att delta i en annonserad upphandling av kassettskrivare med laserteknik och 2D-kod. Konkurrensverket har i denna del invänt att en sådan förhandsinsyn inte kan ersätta en i förhand genomförd marknadsanalys.

Den rättsliga följderna av annonsering om avsikten att tilldela kontrakt utan föregående annonsering är att leverantörer ges en möjlighet att ansöka om överprövning av en upphandling innan avtal har slutits. Som Konkurrensverket framfört kan det dock finnas flera olika faktorer som väger in när ett företag överväger om det ska begära överprövning av en upphandling. Det faktum att det inte kom några klagomål eller synpunkter från andra leverantörer i samband med annonseringen kan därför inte tas till intäkt för att det rent faktiskt inte fanns några andra leverantörer av den specifika typ av skrivare som regionen efterfrågat.

Konkurrensverket har vidare anfört att det inte nödvändigtvis handlar om att utveckla en ny skrivare som uppfyller ställda krav utan även om att kunna sälja eller bli återförsäljare av den aktuella skrivarmodellen. Regionen har inte heller i denna del närmare bemött Konkurrensverkets uppgifter.

Förvaltningsrätten bedömer vidare att Regionen inte visat att kravet på skrivarnas storlek utgör ett sådant tekniskt skäl som avses i 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU.

Förvaltningsrätten bedömer därför sammantaget att regionen inte har förmått visa att undantaget i 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU från kravet på annonsering av upphandlingen varit tillämpligt. Det har inte framkommit att något annat undantag från annonseringsplikten varit tillämpligt. Förvaltningsrätten gör därmed bedömningen att det föreligger förutsättningar för att besluta

om upphandlingsskadeavgift med stöd av 21 kap. 1 § 3 LOU, eftersom regionen har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering i strid med 10 kap. 1 § LOU, en s.k. otillåten direktupphandling.

*Avgiftens storlek m.m.*

Som framgår av 21 kap. 5 § LOU ska det i ringa fall inte beslutas om upphandlingsskadeavgift. Avgiften får även efterges om det finns synnerliga skäl. I förarbetena till bestämmelsen (prop. 2009/10:180, del 1, s. 198) anges att det endast bör vara i rena undantagsfall som en överträdelse kan anses vara ringa samt att med synnerliga skäl åsyftas situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Enligt förvaltningsrätten kan regionens överträdelse inte anses som ringa och det framstår inte heller som orimligt eller stötande att ta ut avgiften.

Med beaktande av avtalets värde kan upphandlingsskadeavgiften som högst uppgå till 254 450 kr. Som lägst kan avgiften uppgå till 10 000 kr (jfr 21 kap. 4 § LOU). Konkurrensverket har yrkat att avgiften ska bestämmas till 210 000 kr.

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är (jfr 21 kap. 5 § LOU). I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 197–198) anges bl.a. följande. Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Vidare kan

avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde.

Regionen har genom sitt avtal med Cellab genomfört en otillåten direktupphandling. Det rör sig alltså om en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Förvaltningsrätten anser inte att rättsläget är oklart. Regionen har inte presenterat någon dokumentation av marknadsanalysen. Regionen har även tidigare påförts upphandlingsskadeavgift för otillåten direktupphandling (se Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 25 november 2016 i mål nr 2748-16 E). Förvaltningsrätten konstaterar vidare att avtalsperioden sträcker sig till 2029 och avser därmed en lång tid.

Regionen har framfört att värdet av avtalet har beräknats för högt av Konkurrentverket och att avgiften därför ska sättas ned. Förvaltningsrätten har dock kommit fram till att Konkurrentverket haft fog för sin beräkning av värdet av upphandlingen, och det aktuella värdet kan inte anses utgöra en förmildrande omständighet.

Sammantaget bedömer förvaltningsrätten att den yrkade upphandlingsskadeavgiften om 210 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till allvaret av överträdelserna. Konkurrentverkets ansökan ska därför bifallas och regionen betala 210 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

---

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05).

Yohann Gilbert  
rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Mattias Holmgren.