

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

MOTPART

Skellefteå kommun

Ombud: Advokat [REDACTED] och bitr. jurist [REDACTED]
Advokatfirman Kahn Pedersen KB**SAKEN**Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,
LOU**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att
Skellefteå kommun ska betala 280 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Den 8 juli 2022 ingick Skellefteå kommun (kommunen) och leverantören ABB AB (ABB) avtal om utrustning för kontrollrumsmiljö, 800xA Utbildningspaket, Campus, utan föregående annonsering. Tilldelningen av kontraktet föregicks av att kommunen, den 6 april 2022, lät publicera ett meddelande om frivillig förhandsinsyn enligt 10 kap. 5 § LOU, i vilket kommunen informerade om sin avsikt att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 14 § 2 och 3 LOU.

I meddelandet anges bl.a. att kommunen har för avsikt att teckna avtal om ABB:s styrsystem 800XA samt kontrollrumsmiljön EOW-i3. Vidare anges att man i upphandlingen med ABB, Skellefteå, upphandlar tjänster såsom leverans, installation, utbildning, utbildning, uppföljning samt eventuellt ett samnyttjande av utrustning och kompetenser mellan ABB och vuxenutbildningen. Det anges även att Vuxenutbildningen i Skellefteå, efter att ha studerat marknaden, har konstaterat att ABB är ensam på marknaden om att kunna erbjuda efterfrågad helhetslösning samt att ingen annan aktör kan erbjuda den helhet, omfattning och kapacitet som vuxenutbildningen är i behov av.

Konkurrensverket yrkar i en ansökan som kom in till förvaltningsrätten den 29 maj 2023 att kommunen ska betala 280 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Enligt Konkurrensverket har det saknats förutsättningar för kommunen att ingå avtal med ABB utan föregående annonsering, varför det ingångna avtalet utgör en otillåten direktupphandling. Den fullständiga motiveringen till ansökan framgår av bilaga 1.

Kommunen bestrider Konkurrensverkets yrkanden och anser att ansökan om upphandlingsskadeavgift ska avslås. Om förvaltningsrätten finner att en upphandlingsskadeavgift ska beslutas anser kommunen att denna antingen bör

efterges eller sätts ned till lägsta möjliga belopp om 10 000 kr. Som grund för sin inställning anför kommunen bl.a. att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för att förutsättningarna för att besluta om upphandlingsskadeavgift är uppfyllda samt att Konkurrensverket inte har visat att det finns någon konkurrerande leverantör som hade kunnat tillgodose kommunens behov av den aktuella tjänsten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Om en upphandlande myndighet har haft en skyldighet att konkurrensutsätta en upphandling enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §§ LOU och ändå slutit avtal med en leverantör utan sådan föregående annonsering får en allmän förvaltningsdomstol – efter ansökan från Konkurrensverket – besluta att myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift. (21 kap. 1 § 3 och 2 § andra stycket LOU)

Denna avgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §. 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. Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (21 kap. 4 §, 5 § och 7 § andra stycket LOU).

Det är ostridigt mellan parterna att upphandlingen omfattas av tillämpningsområdet för LOU, att avtalets värde uppgår till 3 700 000 kr samt att avtalet från juli 2022 inte har föregåtts av annonsering. Konkurrensverkets ansökan har även inkommit i rätt tid.

Det förvaltningsrätten ska pröva är således om kommunen har varit skyldig att annonsera upphandlingen av avtalet enligt bestämmelserna i 10 kap. LOU, eller om kommunen haft stöd i 6 kap. 14 § första stycket 2 och 3 samt andra stycket LOU, dvs. att det på grund av tekniska skäl inte finns någon konkurrens eller att det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör, för att kunna tilldela det aktuella avtalet utan sådan annonsering.

Om kommunen inte haft fog för att underlåta annonsering, och det därmed finns grund att ta ut en upphandlingsskadeavgift, ska förvaltningsrätten ta ställning till frågan om upphandlingsskadeavgiftens storlek och om det finns skäl att helt eller delvis sätta ner avgiften.

Utgångspunkten är att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för att det föreligger förutsättningar för en upphandlingsskadeavgift. När det gäller frågan om ett undantag från annonseringsskyldigheten är uppfyllt kan dock den upphandlande myndigheten behöva presentera mer omständigheter till stöd för sin sak. Det kan sedan, beroende på tyngden i den upphandlande myndighetens invändning, bli aktuellt för Konkurrensverket att motbevisa en sådan invändning. Det bör då vara tillräckligt att verket gör sannolikt att myndighetens invändning inte ska godtas (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20 och Kammarrätten i Stockholms dom den 16 februari 2023 i mål nr 3095-22).

Föremålet för upphandlingen och avtalets värde

Det uppskattade värdet av en upphandling har betydelse för frågan om vilka bestämmelser i LOU som ska tillämpas vid genomförandet av upphandlingen.

Konkurrensverket anser att avtalet avser köp av varor och tjänster enligt 1 kap. 21 och 24 §§ LOU. Konkurrensverket bedömer vidare att värdet på upphandlingen uppgår till 3 700 000 exklusive mervärdesskatt, vilket

överstiger såväl direktupphandlingsgränsen om 700 000 kr som tröskelvärdet 2 236 731 kr för år 2022.

Kommunen har invänt att Konkurrensverket inte visat att det över huvud taget förelegat någon annonseringsskyldighet, givet avtalets art och värde samt utifrån hur leverantören själv beskrivit upphandlingsföremålet. Enligt kommunen avser avtalet ett utbildningspaket för ABB:s styr-, regler- och säkerhetssystem 800xA och avtalsföremålet beskrivs även i en bilaga till offerten som ett "Utbildningssystem". Kommunen uppger som exempel att det för ett utbildningssystem enligt CPV-kod 8052000-5 (utbildningslokaler/system) gäller en direktupphandlingsgräns om 7 802 550 kr, och således inte någon annonseringsplikt.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten noterar att det såväl i ABB:s anbud daterat den 8 juli 2022, som i anbudsbilaga 2 från samma datum, anges att anbudet, dvs. upphandlingsföremålet, avser 800xA Utbildningspaket, Campus. Kommunen har vidare i ett yttrande den 23 september 2022, som svar på Konkurrensverkets begäran om en uppskattning av hur stor del av avtalets totala värde som utgör tjänster respektive varor, uppgett att uppskattningsvis 40 procent är tjänster och 60 procent varor. I kommunens meddelande om frivillig förhandsinsyn anges också CPV-koderna 4200000-6 Industrimaskiner, 42900000-5 Diverse allmänna maskiner och specialmaskiner samt 48100000-9 Programvara för särskild industri.

Mot bakgrund av vad som framkommit i utredningen anser förvaltningsrätten att det aktuella upphandlingsföremålet är av sådan karaktär att det är den lägre direktupphandlingsgränsen om 700 000 kr enligt 19 a kap. 2 § LOU som är tillämplig på upphandlingen. Kommunens invändningar i denna del föranleder således inte någon annan bedömning.

Finns skäl för undantag från kravet på annonsering?

Frågan är här efter om kommunen hade rätt att ingå ett avtal med ABB utan föregående annonsering med stöd av undantagen från annonseringsplikt på grund av tekniska skäl eller ensamrätt enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 och 3 samt andra stycket LOU.

Enligt 6 kap. 14 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska

upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att

1. syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,

2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller

3. det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör.

I bestämmelsens andra stycke anges att ett sådant förfarande får i fall som avses i första stycket 2 och 3 endast användas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

I skäl 50 direktiv 2014/24/EU¹ anges bl.a. följande.

Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling endast användas under mycket exceptionella omständigheter. Undantaget bör begränsas till fall där det redan från början står klart att ett offentliggörande antingen är omöjligt, eller där det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst på grund av att det objektivt sett endast finns

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 24 februari 2014 om offentlig upphandling och upphävande av direktiv 2004/18/EG

en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet. Endast objektivt exklusiva situationer kan motivera förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling, där den exklusiva situationen inte har skapats av den upphandlande myndigheten själv med tanke på det framtida upphandlingsförfarandet.

Om den exklusiva situationen har uppstått av tekniska skäl bör dessa definieras och motiveras ytterst noggrant. Det kan t.ex. röra sig om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan leverantör att uppnå erforderlig fullgörandenivå, eller att det är nödvändigt att använda specifik kunskap eller specifika verktyg eller medel som endast en leverantör har. Tekniska skäl kan också innebära särskilda driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas i syfte att säkerställa att de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas kommer att fungera.

Den upphandlande myndigheten måste inte bara visa att det finns tekniska skäl, utan även att de tekniska skäl som åberopas gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas ett visst företag (se bl.a. målen C-199/02 Kommissionen mot Italien, C-57/94 Kommissionen mot Italien, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland och mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland). Bevisning för detta kan exempelvis bestå av marknadsanalyser och expertutlåtande (jfr. bl.a. Kammarrätten i Stockholms domar den 3 november 2021 i mål nr 4042-21 och den 4 november 2019 i mål 1591-199).

Enligt Konkurrensverket finns det inget stöd för att endast ABB kunde tillhandahålla en sådan samlad lösning av varor och tjänster som omfattas av avtalet och det saknas även en marknadsanalys. Konkurrensverket menar att den marknadskartläggning som kommunen uppger sig ha genomfört inte skulle ge en heltäckande bild av samtliga leverantörer som kunde tänkas ha varit intresserade av och ha haft kompetensen att leverera en sådan lösning.

Att ABB uppgett sig vara ensam om att kunna leverera det som efterfrågats innebär enligt Konkurrensverket inte att kommunen kunnat utesluta att det funnits andra leverantörer på marknaden, eftersom bedömningen ska göras på objektiva grunder.

Konkurrensverket uppger vidare 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. Konkurrensverket påtalar också att den efterfrågade helhetslösningen förefaller vara av en sådan karaktär att det är sannolikt att en leverantör som inte har en färdig helhetslösning kan tillhandahålla en sådan inom rimlig tid, eller att flera leverantörer skulle kunna samarbeta för att tillhandahålla helhetslösningen.

Kommunen uppger att man innan avtalet slöts gjorde en marknadsundersökning och då fann att det inte fanns någon omfattande konkurrens avseende den eftersökta tjänsten. Enligt kommunen finns det i princip bara två tänkbara leverantörskollektiv, dels leverantörer av styrsystem, dels leverantörer av utbildning i styrsystem, och det bedömdes endast vara ABB som kunde tillhandahålla tjänsten.

Kommunen uppger att anledningen till detta för det första är att ABB garanterat innehar samtliga immateriella rättigheter som krävs för att anpassa det befintliga systemet 800xA med tillhörande kontrollrumsutrustning EOW-i3 till en sådan digital och fysisk utbildningsmiljö som kommunen tillhandahåller. För det andra är ABB:s utbildningsverksamhet, ABB University, den enda verksamhet som kan tillhandahålla en sådan bredd av utbildningar i olika applikationer av 800xA som kommunen har behov av.

Kommunen uppger även att man gjort vad som kan förväntas för att säkerställa att det saknas konkurrens på området och hänvisar dels till den

marknadsundersökning som gjorts via Google av sakkunniga tjänstemän, dels att det genomförts en annonsering om förhandsinsyn i syfte att ge potentiella leverantörer en möjlighet att reagera, men att ingen leverantör svarade på annonsen eller har hörts av därefter.

Förvaltningsrättens bedömning

Såvitt framgår av underlaget i målet består den marknadsundersökning som utförts av kommunen inför avtalstecknandet av sökningar på Google samt en förfrågan till ABB. Någon dokumentation från dessa sökningar har inte presenterats av kommunen, inte heller några närmare uppgifter om hur sökningarna genomförts eller om man eftersökt rimliga alternativ inom hela den inre marknaden.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen inte har presenterat relevanta omständigheter till stöd för att det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens vid tidpunkten för avtalstecknandet. Förvaltningsrätten anser inte heller att kommunen har presenterat tillräckliga omständigheter till stöd för att endast ABB kunde tillhandahålla en sådan lösning av tjänster som omfattas av avtalet.

Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det saknas stöd för att det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens. Det har inte heller framkommit att upphandlingsföremålet, åtminstone delvis, omfattas av ensamrätt på ett sådant sätt att undantaget för detta blir tillämpligt. Att kommunen genomfört en så kallad frivillig förhandsinsyn föranleder enligt förvaltningsrätten ingen annan bedömning.

Förvaltningsrätten bedömer sammantaget att värdet av upphandlingen är så högt att den borde ha annonserats. Det framgår inte att de varor och tjänster som regleras i det aktuella avtalet endast kunde tillhandahållas av en viss leverantör på grund av att det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens eller på grund av ensamrätt. Det förefaller i vart fall vara sannolikt att någon

leverantör, eller flera leverantörer i samarbete, inom hela den inre marknaden inom en rimlig tid skulle kunna tillhandahålla de varor och tjänster som regleras i avtalet. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att förutsättningarna för kommunen att tillämpa nämnda undantag från annonseringsplikten inte varit uppfyllda. Det är således visat att avtalet med ABB utgör en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek, m.m.

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 kr och avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. I 5 § i samma kapitel anges att det vid fastställande av upphandlingsskadeavgiften ska tas särskild hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är, att någon avgift inte ska beslutas i ringa fall och att avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

Konkurrensverket anser vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet, i enlighet med förarbeten och praxis, att en upphandlingsskadeavgift på 280 000 kr är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Det är fråga om en otillåten direktupphandling och sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt och 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 upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Kommunen anser att 280 000 kr inte är ett rimligt sanktionsvärde för kommunens agerande samt att, om förvaltningsrätten beslutar om upphandlingsskadeavgift, denna ska efterges på grund av upphandlingens värde, alternativt sättas ned till 10 000 kr då det föreligger förmildrande omständigheter.

Dessa omständigheter utgörs enligt kommunen bl.a. av att den marknadsskada som kommunens agerande lett till är begränsad, dels på grund av avtalets värde, dels med hänsyn till att inga leverantörer utom ABB visat intresse för avtalet, att kommunens marknadsundersökning gett vid handen att det inte funnits någon konkurrens samt att kommunens bedömning om att det förelegat möjlighet för direkttilldelning med hänvisning till tekniska skäl eller ensamrätt inte varit helt ogrundad.

Förvaltningsrättens bedömning

Av förarbetena framgår att bestämmelsen om att någon avgift inte ska tas ut i ringa fall bör komma till användning endast i sällsynta fall. Vidare framgår att med synnerliga skäl närmast åsyftas situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009/10:180 s. 198).

Förvaltningsrätten anser att den överträdelse av LOU som kommunen har gjort inte är att anse som ringa. Det har inte heller kommit fram sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en sanktionsavgift. Det finns därmed grund för att bestämma att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift.

En otillåten direktupphandling är en sådan förseelse som anses höra till de allvarigare formerna av överträdelser och motiverar en avgift hänförlig till den högre skalan av avgiftsramen. Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.

Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten, som exempelvis ett upprepat beteende, bör ses som en

försvarande omständighet. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet. (Prop. 2009/10:180 s. 197 f.)

Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling. Det rör sig alltså om en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket betyder att sanktionsvärdet är högt. Det har enligt förvaltningsrättens bedömning inte kommit fram vare sig försvarande eller förmildrande omständigheter. En upphandlingsskadeavgift om 280 000 kr får utifrån upphandlingens värde och omständigheterna i övrigt därför anses som en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion för kommunen. Förvaltningsrätten bifaller därmed Konkurrensverkets ansökan i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (FR-05)

Patrik Södergren

Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Kristin Persson.