

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

**MOTPART**

Skellefteå Kraftaktiebolag, 556016-2561

Ombud: Advokaterna [REDACTED] och [REDACTED]  
Advokatfirman Kahn Pedersen KB**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Skellefteå Kraftaktiebolag ska betala 1 200 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

**YRKANDEN, M.M.**

Skellefteå Kraft AB (Skellefteå Kraft) ingick den 6 april 2023 ett ramavtal om ”Driva, etablera, styra och utbilda enligt styr- och samverkansmodellen pm3” (refnr UH/23/62) med PÅ i Stockholm AB (PÅ) utan föregående annonsering.

**Konkurrensverket** ansöker om att Skellefteå Kraft ska betala 1 200 000 kr i upphandlingsskadeavgift och för fram att ramavtalet med PÅ utgör en otillåten direktupphandling. Skälen för ansökan framgår av bilaga 1.

**Skellefteå Kraft** anser att ansökan ska avslås och uppger att det har funnits förutsättningar att upphandla genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med tillämpning av undantagen för tekniska skäl och för ensamrätt enligt 6 kap. 7 § lagen (2016:1145) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF. För det fall att förvaltningsrätten bedömer att upphandlingsavgift ska utgå yrkar Skellefteå Kraft att avgiften ska fastställas till ett avsevärt lägre belopp än 1 200 000 kr på grund av förmildrande omständigheter.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET****Rättsliga utgångspunkter**

Den 1 januari 2024 trädde nya regler om upphandlingsskadeavgift i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna gäller dock de äldre bestämmelserna fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före det datumet. Det innebär att LUF i dess lydelse före den 1 januari 2024 ska tillämpas i detta mål.

Upphandlingar ska som regel annonseras. Därigenom ska alla leverantörer få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. (10 kap. 1 §). Detta gäller såvida inget av undantagen från annonseringsskyldigheten i 6 kap. 5–12 §§ LUF är tillämpligt.

Om en upphandlande enhet har haft en skyldighet att konkurrensutsätta en upphandling enligt 10 kap. 1 § LUF och ändå slutit avtal med en leverantör utan sådan föregående annonsering får en allmän förvaltningsdomstol – efter ansökan från Konkurrensverket – besluta att enheten ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LUF).

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 LUF)

En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller att det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt. 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. (6 kap. 7 § LUF)

I skäl 50 direktiv 2014/24/EU<sup>1</sup> anges bl.a. följande.

Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling

---

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

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 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 enheten 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).

**Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning**

Frågan i målet är om Skellefteå Kraft har genomfört en otillåten direktupphandling genom att den 6 april 2023 ingå avtal med PÅ samt om det i så fall finns skäl för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift kom in till domstolen den 17 november 2023 och att ansökan därmed kommit in i rätt tid.

Det är ostridigt mellan parterna att upphandlingen omfattas av LUF:s tillämpningsområde och att avtalets värde uppgår till 16 880 000 kr. Det saknas skäl för förvaltningsrätten att göra någon annan bedömning i denna del. Förvaltningsrätten kan konstatera att värdet på upphandlingen överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tröskelvärdet.

Skellefteå Kraft har i förvaltningsrätten invänt att Konkurrensverket, i egenskap av ansökande tillsynsmyndighet på området, har bevisbördan för att samtliga förutsättningar för att utdöma upphandlingsskadeavgift föreligger samt att rättssäkerhetsperspektivet vid sanktionsmål medför att beviskravet på Konkurrensverket ska ställas högt. Enligt Skellefteå Kraft har Konkurrensverket dessutom bevisbördan för att det funnits en konkurrens på marknaden att uppsöka.

Konkurrensverket delar inte denna bedömning och uppger att ansökan har baserats på att Skellefteå Kraft inte förmått säkerställa att det saknats konkurrens och därmed inte visat att förutsättningarna för att tillämpa undantagen för tekniska skäl och ensamrätt varit uppfyllda.

Enligt förvaltningsrätten är utgångspunkten att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift. En upphandlande enhet som i ett mål om

upphandlingsskadeavgift invänder mot Konkurrensverkets uppgifter genom att hävda att ett visst undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpligt, kan dock inte förhålla sig passiv till ansökan utan måste presentera omständigheter som ger stöd för ett sådant påstående. Det kan sedan, beroende på tyngden i den upphandlande enhetens invändning, bli aktuellt för Konkurrensverket att motbevisa en sådan invändning. Det bör då vara tillräckligt att verket gör sannolikt att enhetens invändning inte ska godtas. (Jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20 och den 16 februari 2023 i mål nr 3095-22).

### **Har Skellefteå Kraft gjort en otillåten direktupphandling?**

Konkurrensverket anser att undantagen från annonseringsplikt på grund av tekniska skäl och ensamrätt enligt 6 kap. 7 § första stycket 2 och 3 samt andra stycket LUF inte varit tillämpliga och att Skellefteå Kraft därmed har gjort en otillåten direktupphandling. Vidare saknas enligt Konkurrensverket en tillräcklig och dokumenterad marknadsanalys till stöd för att endast PÅ kunde tillhandahålla sådana tjänster som omfattas av ramavtalet, enbart en sökning på Google och ett begränsat antal hemsidor anses inte vara tillräckligt.

Konkurrensverket påtalar även att det är fråga om en upphandling som överstiger tröskelvärdet som därmed är av gränsöverskridande intresse samt att omständigheten att leverantören själv uppgett att det på grund av ensamrätt saknas andra leverantörer saknar relevans, eftersom bristande konkurrens ska baseras på objektiva fastställda bedömningar om att det endast finns en leverantör som kan leverera en viss vara eller tjänst.

Enligt Konkurrensverket ska bedömningen av om undantagen för ensamrätt och tekniska skäl kan användas göras utifrån funktionen för det som upphandlas. Skellefteå Krafts slutsats att det varit omöjligt att byta leverantör eller system är baserad på egna subjektiva bedömningar. Ett krav på att något

ska vara kompatibelt med befintligt system innebär inte per se att det saknas rimliga alternativ. Härutöver hävdar verket att det är sannolikt att flera leverantörer skulle kunna samarbeta för att tillhandahålla helhetslösningen som avser dels, utbildningar, dels konsulttjänster, även om dessa komponenter är tätt förbundna.

Skellefteå Kraft uppger att man sedan mer än tio år tillbaka använt sig av Pm3-modellen för att ha översikt och kontroll över den mängd olika IT-system som används i verksamheten samt att det under dessa år byggts upp en betydande intern kompetens och erfarenhet hos personalen att använda modellen för samverkan mellan operativ verksamhet och IT-system. Enligt Skellefteå Kraft fanns ett oundgängligt behov av att fortsätta styrningsarbetet enligt Pm3-modellen för att inte förlora den systematik som införts sedan 2012.

Det existerade enligt Skellefteå Kraft inte någon annan potentiell anbudsgivare på marknaden som hade kunnat delta vid ett annonserat upphandlingsförfarande med ett anbud som uppfyllde kravställningen och kunnat konkurrera om kontraktet. Skellefteå Kraft uppger vidare att leverantören PÅ har Pm3 som sitt registrerade varumärke och äger rätten till Pm3-modellen, varmed PÅ är ensam om att kunna utbilda och certifiera sina kunder enligt Pm3-modellen.

Enligt Skellefteå Kraft föregicks bedömningen om att det inte existerade några andra leverantörer som kunde utföra de aktuella tjänsterna av omfattande efterforskningar bland de konsultföretag på marknaden som är potentiella anbudsgivare vid upphandlingar av IT-tjänster, varför Konkurrensverkets påståenden om marknadsundersökningen är felaktiga.

Skellefteå Kraft uppger vidare att nämnda informationsinhämtning bestod av en sökning på de 282 största konsultföretagen enligt Konsultkollen samt att man på respektive konsultföretags hemsida kontrollerat om företaget

tillhandahåller tjänster som har någon koppling till Pm3-modellen. I ca 90 procent av fallen fanns inte några sådana uppgifter och för de företag man fick ”träffar” på var det inget av dem som tillhandahöll tjänster för etablering och implementering av Pm3-modellen i organisationer.

Enligt Skellefteå Kraft är det helt uteslutet att det existerar någon utländsk leverantör som kan utföra de tjänster som omfattas av ramavtalet, varför en marknadsundersökning utanför Sveriges gränser garanterat skulle vara resultatlös. Skellefteå Kraft menar också att tjänsterna skyddas av faktisk ensamrätt samt att denna inte upphör så snart flera leverantörer går ihop om att tillhandahålla tjänsterna.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Av praxis från EU-domstolen framgår att för att undantaget om ensamrätt ska vara tillämpligt är det inte tillräckligt att en vara eller tjänst är skyddad av ensamrätt. Det ska i princip inte heller vara möjligt för någon annan att genomföra uppdraget (se C-328/92 Kommissionen mot Spanien, punkt 17). Enligt förvaltningsrättens bedömning innebär detta att det är funktionen hos det som ska upphandlas som är avgörande för om undantaget för ensamrätt är tillämpligt.

Förvaltningsrätten finner ingen anledning att ifrågasätta Skellefteå Krafts uppgift om att leverantören PÅ har upphovsrätt till de verktyg som är en förutsättning för att upprätthålla Pm3-modellens funktion hos beställaren. Detta innebär dock inte att funktionen hos det som ska anskaffas enligt avtalet, alltså en styr- och samverkansmodell inklusive tillhörande tjänster, skyddas av en sådan ensamrätt som avses i 6 kap. 7 § första stycket 3 LOU.

Skellefteå Kraft har visserligen genomfört en marknadsundersökning. Såvitt framkommit har sökningarna gjorts via hemsidan Konsultkollen och därefter på hemsidor hos de leverantörer där träff erhållits. Att Skellefteå Kraft,



förutom kontroll via hemsidan, företagit några ytterligare kontakter med dessa leverantörer har inte framkommit. Skellefteå Krafts sökningarna har vidare, såvitt framkommit, även begränsats till varumärket Pm3. Några övriga undersökningar av hela den inre marknaden för att ta reda på om det finns andra leverantörer som kan tillhandahålla de tjänster som motsvarar Skellefteå Krafts behov synes inte heller ha gjorts.

Skellefteå Kraft uppger att det med hänsyn till den långa tid som Skellefteå Kraft använt sig av Pm3-modellen har funnits ett oundgängligt behov av att fortsätta styrningsarbetet enligt Pm3-modellen. Av Skellefteå Krafts beskrivning av föremålet för upphandlingen framgår emellertid inte att ett ingående av avtal med en annan leverantör skulle kunna leda till oproportionerliga tekniska svårigheter eller kostnader för Skellefteå Kraft. Det kan således inte uteslutas att ett liknande system från en annan leverantör än PÅ hade kunnat tillgodose Skellefteå Krafts behov. Det finns således inte stöd för att det varit absolut nödvändigt för Skellefteå Kraft att tilldela just PÅ ramavtalet.

Förvaltningsrätten finner att Konkurrensverket i tillräcklig mån lag fram omständigheter som medför att det ålegat Skellefteå Kraft att visa att förutsättningar funnits för tillämpning av undantagen för tekniska skäl och för ensamrätt. Härvid har Skellefteå Kraft inte kunnat prestera underlag för att det har genomförts en tillräcklig marknadsundersökning, och inte heller som omfattat hela den inre marknaden. Skellefteå Kraft har heller inte enligt förvaltningsrättens bedömning visat att det inte funnits rimliga alternativ till upphandlingsföremålet.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att undantagen i 6 kap. 7 § första stycket 2 och 3 LUF inte visats vara tillämpliga. Eftersom det därmed saknats förutsättningar för att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering har

Skellefteå Kraft i strid med LUF genomfört en otillåten direktupphandling. Det finns därför grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

### **Upphandlingsskadeavgiftens storlek**

Konkurrensverket framför i denna del bl.a. följande. 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 är försvårande eller förmildrande och som kan påverka storleken på upphandlingsskadeavgiften.

Skellefteå Kraft uppger sammanfattningsvis bl.a. att om förvaltningsrätten, mot Skellefteå Krafts bestridande, skulle finna att en överträdelse ägt rum, är den överträdelsen i så fall av så ringa natur att upphandlingsskadeavgiften bör fastställas till ett avsevärt lägre belopp än vad Konkurrensverket yrkat.

Skellefteå Kraft hänvisar bl.a. till att man gjort en omfattande marknadsundersökning, att rättsläget är oklart när det gäller hur omfattande och djupgående efterforskningar som måste göras innan användandet av undantagen för tekniska skäl och ensamrätt, att PÅ innehar ensamrätt och upphovsrätt avseende varumärket Pm3 samt att upphandlingen tillkännagetts genom en annonserad förhandsinsyn.

### **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 LUF som Skellefteå Kraft 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 Skellefteå Kraft 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 överträdelserna kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.

Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelserna kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelserna anses mindre allvarliga. Förhållanden hos den upphandlande enheten, som exempelvis ett upprepat beteende, bör ses som en försvårande omständighet. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet. (Prop. 2009/10:180 s. 197 f.)

Skellefteå Kraft har genomfört en otillåten direktupphandling. Det rör sig alltså om en av de allvarigaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket betyder att sanktionsvärdet är högt. Det har enligt förvaltningsrättens bedömning inte kommit fram vare sig försvårande eller förmildrande omständigheter. En upphandlingsskadeavgift om 1 200 000 kr får utifrån upphandlingens värde och omständigheterna i övrigt därför anses som en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion för Skellefteå Kraft. Förvaltningsrätten bifaller därmed Konkurrensverkets ansökan i sin helhet.

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

Karin Granholm  
Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Kristin Persson.