



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2024-04-18
Meddelad i Uppsala

Mål nr
875-24

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Räddningsnämnden i Uppsala kommun

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, i lydelsen innan den 1 januari 2024, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Rådningnämnden i Uppsala kommun (nämnden) ska betala 280 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket för fram bl.a. följande. Nämnden har ingått avtal om hydrauliska räddningsverktyg med Wennergren Maskin AB (WMAB) utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades förutsättningar för att ingå avtalet utan sådan annonsering. Nämnden har därmed gjort en otillåten direktupphandling av avtalet.

Under 2019 ingick Uppsala kommun och WMAB ett ramavtal om hydrauliska räddningsverktyg efter en annonserad upphandling. Ramavtalet kunde som längst gälla till och med den 31 december 2023. Den 18 augusti 2023 publicerades ett meddelande om frivillig förhandsinsyn där det framgick att nämnden avsåg att direktupphandla ett avtal med WMAB, vilket innebar att avtalet som ingicks 2019 förlängdes med fyra år. Den 1 september 2023 ingick nämnden och WMAB avtalet. Nämnden har angett att avtalets värde är 4 miljoner kr. Upphandlingens värde översteg tröskelvärdet och den skulle därför ha annonserats om inget undantag var tillämpligt.

Nämnden har inte visat att det av tekniska skäl inte funnits någon konkurrens. Undantaget ska tolkas restriktivt och är bara avsett att användas under mycket exceptionella omständigheter där det redan från början står klart att en annonserad upphandling inte skulle leda till ökad konkurrens eller ett bättre upphandlingsresultat. Undantaget kan inte användas om en vara eller tjänst kan tillhandahållas av flera leverantörer inom EU.

Det finns flera leverantörer av räddningsverktyg inom EU, inklusive flera leverantörer av Holmatros verktyg. Nämnden har dock angett WMAB som den enda som säljer verktygen i Sverige. Nämndens uppfattning verkar vara ett

antagande baserat på WMAB:s beskrivning. Denna beskrivning är inte objektiv och visar inte heller att det saknades leverantörer inom EU som hade kunnat konkurrera om avtalet i en annonserad upphandling. Enligt beskrivningen har Holmatro organiserat sig med en generalagent i varje land. Det finns dock inget som visar att andra generalagenter faktiskt skulle vara förhindrade att lämna anbud i en annonserad upphandling eller att de skulle sakna möjlighet att leverera verktyg och underhåll som uppfyller tillämpliga krav och normer. Som utgångspunkt är det inte tillåtet att förhindra återförsäljare som tilldelats olika territorier att delta i offentliga upphandlingar i en annan återförsäljares territorium. Det talar starkt emot nämndens påstående om att det saknades konkurrens.

Annonseringen av meddelandet om frivillig förhandsinsyn visar inte heller att det saknades konkurrens om avtalet. Det är inte säkert att det saknas konkurrens bara för att ingen leverantör invänder efter att en frivillig förhandsinsyn har annonserats. En frivillig förhandsinsyn kan inte ersätta en gedigen marknadsundersökning eller en annonserad upphandling.

En annonserad upphandling kan i och för sig ingå som en del av den marknadsundersökning som ligger till grund för att använda undantaget för tekniska skäl. Den annonserade upphandlingen 2019 ger dock inte stöd för att undantaget fick användas för att direktupphandla 2023. Nämnden vet inte varför det bara var WMAB som lämnade anbud i den annonserade upphandlingen. Marknaden kan dessutom ha förändrats under de fyra år som gick mellan upphandlingarna. Nämnden kontrollerade dock inte detta inför direktupphandlingen.

Nämnden har gjort en otillåten direktupphandling, vilket är en av de allvarligaste överträdelsena av upphandlingslagstiftningen. Det finns inga försvårande eller förmildrande omständigheter som ytterligare höjer eller sänker överträdelsens sanktionsvärde. Att ingen leverantör ansökte om

överprövning av direktupphandlingen är inte en förmildrande omständighet. En upphandlingsskadeavgift om 280 000 kr är en proportionerlig sanktion för överträdelsen. Det skulle inte vara orimligt eller stötande att ta ut en upphandlingsskadeavgift. Omständigheterna visar tvärtom att det är motiverat och ändamålsenligt. Det finns därför inte synnerliga skäl för att efterge avgiften och överträdelsen är inte heller ringa.

Nämnden anser att ansökan ska avslås och för fram bl.a. följande. Nämnden har i första hand utfört upphandlingen på ett korrekt sätt. I andra hand har eventuella brister varit av sådan art att de ska bedömas som ringa och upphandlingsskadeavgift ska därmed inte utgå. Under alla förhållanden föreligger synnerliga skäl, varför eftergift ska beviljas.

Brandförsvaret använder sedan 2005 hydrauliska räddningsverktyg och tillbehör av märket Holmatro, vilket innebär att det finns en väl uppbyggd infrastruktur där alla räddningsfordon är anpassade för räddningsverktyg från Holmatro. Eftersom alla tillverkare av räddningsutrustning har egna säkerhetscertifieringar och standard är det omöjligt att kombinera utrustning från olika leverantörer.

Nämnden genomförde 2019 en upphandling och då inkom anbud endast från WMAB. När avtalstiden närmade sig sitt slut beslutade nämnden att förlänga avtalet efter att ha annonserat om frivillig förhandsinsyn. Nämnden har inte agerat i strid mot annonseringsplikten eftersom förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillämpligt med anledning av tekniska skäl. Detta eftersom det som upphandlades endast kan tillhandahållas av en viss leverantör. Av tekniska skäl finns det inte någon konkurrens. Det finns inte heller något riktigt rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens beror inte på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Nämnden har mycket god kännedom om marknaden för räddningsverktyg och har gjort noggranna överväganden inför beslutet om att tillämpa undantaget från annonsering på grund av tekniska skäl. Denna kunskap har tagits som självklar och har därför inte dokumenterats inför beslutet om att tillämpa undantaget avseende tekniska skäl.

Nämnden har inhämtat ett expertutlåtande som bekräftar att det är omöjligt att kombinera utrustning av olika märken samt att WMAB, som generalagent i Sverige, är den enda leverantören som kan tillhandahålla Holmatro-utrustning till svensk räddningstjänst. Att det endast är WMAB som kan tillhandahålla Holmatro-utrustning till svensk räddningstjänst framgår även av organisationsbeskrivningen. Generalagenter från andra länder kan inte sälja Holmatro-utrustning till nämnden. Nämnden har därmed bevisat att det som upphandlats endast kan tillhandahållas av en leverantör på grund av att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Att det inte finns några andra potentiella leverantörer inom EU bekräftas ytterligare av att det vid den tidigare annonserade upphandlingen endast inkom anbud från WMAB. Att direktupphandlingen inte har blivit föremål för överprövningar ger ytterligare stöd för att det inte fanns några andra potentiella leverantörer.

Det enda alternativ som finns till att fortsätta med Holmatro-utrustning är att köpa in helt ny utrustning av ett annat märke. Detta är dock inte ett rimligt alternativ. Ett byte av leverantör skulle innebära att nämnden tvingas att byta ut all nuvarande utrustning eftersom det inte skulle gå att kombinera olika fabrikat. Det skulle medföra orimligt höga investeringskostnader och utbildningskostnader. Kostnaderna för ett leverantörsbyte beräknas till 17 miljoner kr, vilket ska sättas i relation till att upphandlingens värde är 4 miljoner kr.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2024 trädde en ny lydelse av 21 kap. LOU i kraft. Eftersom den i målet aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2024 är det dock enligt övergångsbestämmelserna lydelsen före den 1 januari 2024 som ska tillämpas i målet.

En upphandlande myndighet ska enligt 10 kap. 1 § LOU 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 10 kap. 2 § LOU, en förhandsannons. Särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 12–19 §§ LOU.

Av 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU framgår att 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. Enligt bestämmelsens andra stycke får ett sådant förfarande användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Av 21 kap. 1 § 3 LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlings-skadeavgift), om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 6 § LOU.

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

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt 21 kap. 5 § LOU särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Förvaltningsrättens bedömning

Undantag med anledning av tekniska skäl

Det är ostridigt att nämnden slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten har inledningsvis att ta ställning till om nämnden fått använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering eftersom det som upphandlades endast kunnat tillhandahållas av WMAB därför att det av tekniska skäl inte funnits någon konkurrens.

Enligt EU-domstolens praxis ska undantaget för tekniska skäl tolkas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan tillämpas. Den upphandlande myndigheten måste inte endast visa att det finns tekniska skäl, utan även att de tekniska skälen gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas ett visst företag (se mål C-57/94 Kommissionen mot Italien).

Nämnden har bl.a. grundat sin bedömning att det på grund av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens på dels egen kännedom om marknaden, vilken inte dokumenterats (jfr 12 kap. 14 § LOU), dels uppgifter från WMAB. Nämndens odokumenterade kännedom om marknaden kan enligt förvaltningsrätten inte läggas till grund för bedömningen att det inte funnits någon konkurrens. Att WMAB, som tilldelats avtalet, uppger att det inte finns någon annan leverantör

kan enligt förvaltningsrätten inte heller anses tillräckligt för att visa att det av tekniska skäl saknades konkurrens. Av de handlingar i målet som beskriver Holmatros försäljningsorganisation framkommer vidare inte några uppgifter om att generalagenter i andra länder är förhindrade från att lämna anbud i en upphandling i ett land där de själva inte är verksamma. Detta utesluts inte heller av att generalagenten ansvarar för att översätta vissa dokument till svenska eller att vissa normer ska följas. Vad som framgår av nämndens expertutlåtande föranleder ingen annan bedömning.

Nämndens annonserade upphandling 2019 talar visserligen för att det då inte fanns någon konkurrens. Det måste dock beaktas att marknaden kan ha förändrats sedan dess. Att det då inte lämnades anbud av fler leverantörer än WMAB medför inte per automatik att det flera år senare inte finns någon konkurrens. Förvaltningsrätten anser att inte heller den omständighet att ingen leverantör har invänt mot meddelandet om frivillig förhandsinsyn utgör tillräckligt stöd för att det ska anses visat att det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att nämnden inte har visat att andra generalagenter i EU var förhindrade från att konkurrera i upphandlingen. Nämnden har således inte visat att det som upphandlats endast kunde tillhandahållas av WMAB därför att det av tekniska skäl inte fanns någon konkurrens. Nämnden har inte heller visat att en alternativ lösning skulle medföra att all utrustning hade behövt bytas ut och att det inte fanns något rimligt alternativ till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förutsättningarna för att besluta att nämnden ska betala en upphandlingsskadeavgift är därför uppfyllda.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Upphandlingens värde var 4 000 000 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därför bestämmas till högst 400 000 kr.

Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till (se prop. 2009/10:180 s. 369–370).

Bestämmelsen i 21 kap. 5 § andra stycket LOU bör komma till användning endast i sällsynta fall. Utrymmet att betrakta en överträdelse som ringa är ytterst begränsat (se prop. 2009/10:180 s. 198). Förvaltningsrätten konstaterar att nämnden har genomfört en otillåten direktupphandling, vilket är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet (se prop. 2009/10:180 s. 197). Det är inte fråga om en ringa överträdelse. Den omständighet att nämnden har annonserat ett meddelande om frivillig förhandsinsyn föranleder ingen annan bedömning.

Med synnerliga skäl avses situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det är en ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall (se prop. 2009/10:180 s. 198). Förvaltningsrätten anser att det inte har framkommit några omständigheter i målet som talar för att det föreligger synnerliga skäl att efterge upphandlingsskadeavgiften.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att det inte har framkommit några förmildrande eller försvårande omständigheter och att det av Konkurrensverket yrkade beloppet framstår som väl avvägt i förhållande till överträdelsen och vad som i övrigt framkommit i målet. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-03)

Felix Holmgren
förvaltningsrättsfiskal

Målet har beretts av förvaltningsrättsnotarien Johan Ed.