

Förvaltningsrätten i Göteborg
forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 118 60 Stockholm

Motpart

Region Halland, Box 517, 301 80 Halmstad

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, i lydelsen innan den 1 januari 2024 (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Region Halland ska betala 230 000 (tvåhundra-trettio tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Region Halland (regionen) har den 30 november 2023 ingått avtal om marknadsföringstjänster och affärsutvecklingstjänster (Avtalet) med Hallands Matgille ekonomisk förening (Leverantören) utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades förutsättningar för att ingå Avtalet utan sådan annonsering. Regionen har därmed gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet.

Bakgrund och omständigheter

2. Regionen ingick Avtalet den 30 november 2023 när det undertecknades av Leverantören.¹
3. Leverantören är en ekonomisk förening och medlemmarna i föreningen är flera halländska matföretag.
4. Avtalet är benämnt "Avtal om partnerskap", se Bilaga 1. Av uppdragsbeskrivningen i Avtalet framgår bland annat att Leverantören har uppdraget att driva affärsutveckling, bidra till platsutveckling och marknadsföra Hallands matarena på lokal, regional och nationell nivå, med vidare beskrivningar av vad som ingår i uppdraget avseende kommunikation, affärsutveckling och samverkan, se Bilaga 2.
5. Avtalet gäller ett år, från och med den 1 januari 2024 till och med den 31 december 2024, och har en ömsesidig uppsägningstid om sex månader under avtalsperioden.
6. Avtalet har föregåtts av ett beslut hos Regionstyrelsens tillväxtutskott. Beslutet har inneburit ett beviljade av grundfinansiering till Leverantören på 3 000 000 kronor. Av beslutet framgår även att grundfinansieringen ska bidra till att uppnå de mål och insatser som beskrivs i Avtalet, se Bilaga 3.
7. Av Avtalet framgår det att syftet med grundfinansieringen är att skapa ett tydligt partnerskap mellan Leverantören och regionen för att på så sätt stärka genomförandekraften för att uppnå målsättningarna för regionens strategi för hållbar tillväxt (tillväxtstrategin).²
8. Vidare framgår av Avtalet att grundfinansieringen kan vara återkommande och beslutas varje år i samband med genomgång av årsrapport samt diskussion för kommande år. Rapportering ska ske minst en gång per år.

¹ Regionen undertecknade Avtalet den 28 november 2023.

² Hallands strategi för hållbar tillväxt 2021–2028. 2024. Region Halland. <https://www.regionhalland.se/utveckling-och-tillvaxt/strategi-for-hallbar-tillvaxt>. Hämtad 2024-08-19.



9. Finansieringen betalas ut två gånger per år i förskott. Leverantören ska inkomma med en hållbarhetsanalys och en handlingsplan innan medel betalas ut (rekvisition).

Regionens inställning under utredningen

10. Regionen har huvudsakligen anfört följande under utredningen.
11. Regionen har beviljat ett antal aktörer ett bidrag för att dessa ska kunna jobba långsiktigt och strategiskt för att bidra till genomförandet av målen i tillväxtstrategin.
12. Aktörerna har valts ut utifrån vilka prioriteringar i tillväxtstrategin de arbetar med, hur de levererat inom projektverksamhet, hur de når ut till sina respektive målgrupper, vilken roll de har i innovations- och företagsstödsystemet och hur de bedöms medverka till önskad måluppfyllelse.
13. Ingen av aktörerna som beviljats grundbidrag är vinstdrivande företag och den verksamhet som bedrivs hos dessa organisationer är av allmänt näringslivsfrämjande karaktär. En förutsättning för grundfinansieringen är att medlen ska gå till stödmottagarens icke-ekonomiska verksamhet och att eventuellt ekonomiskt överskott ska återinvesteras i verksamheten. Tjänsterna i Avtalet är inte heller sådana som tillhandahålls på en konkurrensutsatt marknad.
14. Ingen annonsering har skett då grundfinansieringarna inte handlar om köp av tjänst utan utgör ett bidrag till de utvalda aktörerna. Regionen anser att bidragen faller utanför upphandlingslagstiftningen eftersom de inte innehåller den typ av ekonomiska villkor som skulle medföra att de blir upphandlingspliktiga kontrakt. Regionen menar även att Avtalet inte innebär rättsligt bindande skyldigheter eller att Avtalet kan åberopas i domstol. Regionen menar även att det faktum att bidraget ges i förhand inte möjliggör att innehålla betalning enligt Avtalet.
15. Unionsrätten är inte tillämplig på att regionen utför en del av regionens tillväxtstrategi avseende regional utveckling genom bidrag.

Regionen har gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet

Unionsrättens tillämplighet

16. Regionen har anfört att unionsrätten inte är tillämplig på att regionen utför en del av regionens tillväxtstrategi genom bidrag.
17. Avtalet innebär inte ett sätt för regionen att organisera sig rättsligt utan innebär ett köp av tjänster från en leverantör. Det regionen anfört om rätten för regionen att självständigt organisera sig innebär inte att Avtalet är

undantaget från unionsrätten. För att en sådan befogenhetsöverföring som regionen anför ska undanta unionsrättens tillämplighet krävs bland annat att den offentliga makten överförs, att organet till vilket befogenheten överförs är ekonomiskt självständigt och att den ursprungliga myndigheten inte fortfarande har det huvudsakliga ansvaret.³ Det är inte aktuellt i detta fall då den upphandlande myndigheten fortfarande har ansvaret för regional utveckling och att Leverantören vare sig har någon offentlig makt eller ekonomisk självständighet.

Allmänt om bidrag och upphandlingspliktiga offentliga kontrakt

18. Ett offentligt kontrakt omfattas av reglerna i LOU och ska som huvudregel annonseras i enlighet med reglerna i LOU (10 kap. 1 § LOU). Bidrag som saknar ekonomiska villkor omfattas däremot inte av reglerna i LOU och tilldelningen av bidrag behöver därför inte annonseras.
19. Enligt EU-domstolens rättspraxis föreligger ett offentligt kontrakt, dvs. ett avtal med ekonomiska villkor som omfattas av upphandlingslagstiftningen, om en upphandlande myndighet har ingått ett avtal med en leverantör som reglerar att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag.⁴
20. Om utbetalningen av ett bidrag är förenat med krav på prestation där den upphandlande myndigheten har direkt ekonomiskt intresse av föremålet för avtalet och avtalet är ömsesidigt förpliktande är avtalet upphandlingsrättsligt att beteckna som ett offentligt kontrakt och inte som ett bidrag.⁵
21. En ytterligare omständighet som talar för att det är ett offentligt kontrakt och inte ett bidrag är om den upphandlande myndigheten väljer ut mottagare av bidraget.⁶

Avtalet är ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor

22. Regionen har anført att grundfinansieringen inte avser köp av tjänst utan ett bidrag. Regionen har anført att bidraget faller utanför upphandlingslagstiftningen eftersom det inte innehåller den typ av ekonomiska villkor som skulle medföra att det blir ett upphandlingspliktigt kontrakt.

³ Se bl.a. EU-domstolens dom den 21 december 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, p. 49.

⁴ Se EU-domstolens domar den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, p. 47–49, den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, p. 45–47; den 21 december 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, p. 43 och den 10 september 2020, Tax-Fin-Lex, C-367/19, EU:C:2020:685, p. 25–26.

⁵ Se bl.a. EU-domstolens domar den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, p. 51 och den 21 december 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, p. 43.

⁶ Se EU-domstolens domar den 1 mars 2018, Tirkkonen, C-9/17, EU:C:2018:142, p. 29 och den 2 juni 2016, Falk Pharma, C-410/14, EU:C:2016:399, p. 38.



23. Inledningsvis kan konstateras att Avtalet är betecknat som ett avtal och har ingåtts skriftligen mellan regionen och Leverantören.
24. Avtalet omfattar utförande av tjänster i fråga om uppdrag avseende marknadsföring, affärsutveckling och utvecklingsrådgivning. Det är tjänster som erbjuds på en konkurrensutsatt marknad. I sammanhanget kan noteras att andra upphandlande myndigheter har annonserat upphandlingar av marknadsföringstjänster för regional turism, se Bilaga 4. Eftersom Leverantören tillhandahåller tjänsterna på en konkurrensutsatt marknad är Leverantören att betrakta som en leverantör i upphandlingsrättslig mening.⁷
25. Av Avtalet framgår beskrivningar av de prestationer som Leverantören förväntas utföra inom de olika delarna av uppdraget, exempelvis att Leverantören ska upprätta en årlig marknadsplan avseende kommunikationstjänsterna och arbeta med utvecklingsinsatser som prioriteras i den halländska strategin för hållbar utveckling samt ge stöd till olika aktörers verksamheter avseende affärsutvecklingstjänsterna.⁸ Avtalet innehåller även regleringar avseende planering och uppföljning av prestationerna, såsom att Leverantören ska prestera en hållbarhetsanalys och en handlingsplan innan medel betalas ut samt att utbetalningen sker i samband med uppföljning av Avtalet. Leverantören ska även delta på olika möten och vara med på samverkansforum, se bilaga 1 och bilaga 2.
26. Konkurrensverket anser att dessa förpliktelser är förhållandevis detaljerat angivna och i sammanhanget för långtgående för att Avtalet ska anses vara ett bidrag upphandlingsrättsligt.
27. Det finns inga avtalade sanktioner för det fall att fullgörande inte skulle ske. Det är dock inte avgörande för bedömningen av om det faktiskt föreligger förpliktelser enligt Avtalet. Bedömningen får göras mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet.
28. Av Avtalet framgår att det ska ske en årlig rapportering som grund för beslut om fortsatt bidrag. Rapporteringen avser inte Leverantörens verksamhet som sådan, utan är kopplad till Leverantörens prestation enligt Avtalet. Regionen sätter således upp krav på prestation innan ytterligare betalning sker.
29. Möjligheten att säga upp Avtalet är också en omständighet som talar för att Avtalet är förpliktigande. Villkoret är inte är begränsat till en av parterna och är således ömsesidigt.

⁷ 1 kap. 16 § LOU och HFD 2020 ref. 15, p. 22.

⁸ *Regional utvecklingsstrategi för Halland*. 2024. Region Halland. <https://www.regionhalland.se/om-region-halland/vision-mal-och-uppdrag/regional-utvecklingsstrategi-2035>. Hämtad 2024-08-19.



30. Det faktum att det inte finns några avtalade sanktioner för det fall fullgörande inte sker innebär således inte att Leverantören saknar förpliktelser gentemot regionen. Som framgår ovan finns det uttryckliga förpliktelser i Avtalet vilket gör det tydligt att det inte är en ren bidragssituation. I praktiken får Leverantören anses vara skyldig att utföra tjänsterna i Avtalet.⁹
31. Konkurrensverket bedömer därför att det i och med ingåendet av Avtalet har uppstått rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär mellan regionen och Leverantören. Det saknar i detta avseende betydelse att betalningen för tjänsterna sker innan de utförs.
32. Syftet med Avtalet är bland annat att uppnå målsättningarna i regionens tillväxtstrategi. Tillväxtstrategin utgör en del av regionens utvecklingsstrategi, alltså en del av arbetet i syfte att uppnå målet med den regionala utvecklingspolitiken. Att målen uppfylls är något som följer av regionens uppdrag och ansvar enligt lag.¹⁰ Genom ingåendet av Avtalet tillgodoser alltså regionen behovet av att uppfylla näringspolitiska mål.
33. Konkurrensverket anser därför att regionen har ett direkt ekonomiskt intresse av att få tjänsterna utförda.
34. Slutligen kan det även konstateras att regionen är den part som tagit initiativet till Avtalet och som har valt ut Leverantören för grundfinansieringen.
35. Mot ovan bakgrund anser Konkurrensverket att Avtalet som ingåtts mellan Regionen och Leverantören utgör ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor. Avtalet innebär tillhandhållande av tjänster från Leverantören och innebär en prestation mot vederlag. Avtalet är vidare av direkt ekonomiskt intresse för Regionen. I och med ingåendet av Avtalet har det uppstått rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär mellan parterna. Det har även skett ett urval av aktörer som finansierats.
36. Avtalet är således ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor i upphandlingsrättslig mening.

⁹ Jfr EU-domstolens dom den 28 maj 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, p. 40. Jfr även Kammarrätten i Stockholms dom den 7 juli 2020 i mål nr 8538-19 och Kammarrätten i Göteborgs beslut den 9 oktober 2018 i mål nr 295-18.

¹⁰ Av förordningen (2017:583) om regionalt utvecklingsarbete följer bland annat att arbetet ska bedrivas i syfte att uppfylla målet för den regionala utvecklingspolitiken och att det är regionerna som har ansvaret för det regionala utvecklingsarbetet. Vidare framgår av förordningen att det i lagen (2010:630) om regionalt utvecklingsansvar anges vilka uppgifter som regionerna har att utföra. Såväl lagen som förordningen anger att regionerna ska utarbeta och fastställa en strategi för länets utveckling (regional utvecklingsstrategi, också kallat RUS).



Upphandlingens värde

37. Upphandlingen avser ett kontrakt avseende olika tjänster (1 kap. 21 § LOU).
38. En upphandlings värde är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen, inklusive optionsklausuler och förlängningsklausuler (5 kap. 3 § LOU).
39. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse tidpunkten när anbudsfordran skickas ut eller, om sådan inte krävs, tidpunkten när den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingen (5 kap. 5 § LOU).
40. Regionen har angett att upphandlingens värde är 3 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket ifrågasätter inte detta, utan anser att regionens uppskattning ska ligga till grund för upphandlingens värde.
41. Upphandlingens värde var därmed 3 000 000 kronor.

Inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt

42. Upphandlingen avser köp av tjänster. Upphandlingens värde översteg det aktuella tröskelvärdet (5 kap. 1 § LOU).¹¹ Upphandlingen skulle därför ha annonserats om inte något undantag från annonseringskravet var tillämpligt (10 kap. 1 § LOU).
43. Eftersom Avtalet är att anses som ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor och inte ett bidrag, som regionen anført, anser Konkurrensverket att det saknats förutsättningar för att ingå Avtalet utan föregående annonsering. Regionen har inte åberopat något annat undantag från annonseringskravet och det har inte under utredningen framkommit något annat skäl till varför upphandlingen av Avtalet inte behövde annonseras. Upphandlingen av Avtalet är således en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

44. Vid en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU).

¹¹ Tröskelvärdet för tjänstekontrakt var 2 236 731 kronor när Avtalet upphandlades, se tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.



45. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.¹² Avgiften syftar till att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹³
46. Den upphandlande myndigheten måste inte ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt för att en avgift ska dömas ut.¹⁴ Bristande kännedom om rättsläget eller misstag om lagstiftningens innehåll ursäktar inte en överträdelse.¹⁵
47. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst tio tusen kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU).
48. Avgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.¹⁶ Särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är, det vill säga överträdelsens sanktionsvärde.¹⁷ Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁸ Någon avgift ska inte beslutas i ringa fall och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).
49. Av förarbetena framgår följande om sanktionsvärdet.¹⁹ Både försvårande och förmildrande omständigheter ska beaktas. Det bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör till exempel påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Sanktionsvärdet kan anses vara högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör också beaktas. Upprepade otillåtna direktupphandlingar bör till exempel ses som försvårande. Om den upphandlande myndigheten har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan det i vissa fall ses som förmildrande.
50. Värdet på upphandlingen av Avtalet var 3 000 000 kronor. Avgiften kan därför bestämmas till högst 300 000 kronor (3 000 000 kronor x 0,1).

¹² Se skäl 13 och artikel 2e.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (Ändringsdirektivet) samt prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 49.

¹³ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och prop. 2023/24:3 s. 45.

¹⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 192 och 368 samt prop. 2023/24:3 s. 36.

¹⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 368.

¹⁶ Se prop. 2009/10:180 s. 369 och prop. 2023/24:3 s. 49 f. Se även HFD 2014 ref. 69.

¹⁷ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och 370 samt prop. 2023/24:3 s. 50.

¹⁸ Se HFD 2014 ref. 69 och prop. 2023/24:3 s. 29 och 74.

¹⁹ Se prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.

51. En otillåten direktupphandling är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen.²⁰ Sanktionsvärdet för regionens överträdelse är därför som utgångspunkt högt.²¹
52. Regionen har dömts att betala upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling vid ett tidigare tillfälle.²² Det är en försvarande omständighet som höjer den aktuella överträdelsens sanktionsvärde.
53. Det har inte framkommit några förmildrande eller försvarande omständigheter i övrigt.
54. Vid en sammantagen bedömning, där upphandlingens värde och alla övriga omständigheter beaktas, anser Konkurrensverket att en avgift på 230 000 kronor är en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Hampus Stefansson
Sakkunnig jurist

²⁰ Se skäl 13 till Ändringsdirektivet, prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 52 f.

²¹ Se prop. 2009/10:180 s. 197. Jfr även HFD 2014 ref. 69 samt Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

²² Se Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 25 november 2020 i mål nr 12651-20.



Bilagor

- Bilaga 1 Avtalet
- Bilaga 2 Uppdragsbeskrivning Matgillet i Halland
- Bilaga 3 Beslut Regionstyrelsens tillväxtutskott
- Bilaga 4 Exempel på upphandlingar av marknadsföringstjänster för regional turism