

Förvaltningsrätten i Göteborg
Box 53197
400 15 Göteborg

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Västra Götalandsregionen, Regionens Hus, 462 80 Vänersborg

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Västra Götalandsregionen ska betala 250 000 (tvåhundrafemtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

**Grunder**

1. Västra Götalandsregionen (VGR) har den 1 juli 2021 ingått ett ramavtal om inköp av digitala utbildningar gällande kollektivavtal och arbetsrätt utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Den 24 maj 2021 publicerade VGR ett frivilligt meddelande om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering ("frivillig förhandsinsyn")¹, se bilaga 1. Av den frivilliga förhandsinsynen framgick att VGR avsåg att teckna ett ramavtal med Adda Kompetens AB² (Leverantören) avseende digitala utbildningar gällande kollektivavtal och arbetsrätt. Avtalets värde uppskattades till 2 550 000 kronor.
3. VGR motiverade valet av förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt artikel 32 i direktiv 2014/24/EU³ (LOU-direktivet) med att konkurrens saknades av tekniska skäl.⁴ Enligt VGR fanns det ingen annan leverantör på marknaden som kunde tillhandahålla utbildningar utifrån den expertkunskap som Leverantören innehar som arbetsgivarorganisation för Sveriges Regioner.
4. Den 1 juli 2021 ingick VGR ett ramavtal med Leverantören (Avtalet), se bilaga 2. Avtalet gäller under tre år från och med den 1 juli 2021, med möjlighet till förlängning i ytterligare ett år.
5. VGR har under Konkurrensverkets utredning bland annat anfört följande. VGR genomförde en marknadsundersökning, om än en icke nedskrivna sådan, och försäkrade sig om att det inte finns någon annan leverantör som kunde erbjuda upphandlingsföremålet, dvs. en kvalitativ utbildning inom aktuellt kollektivavtal. VGR:s behov kräver en expertkompetens som VGR inte har kunnat finna hos någon annan leverantör än hos Leverantören. Då det inte funnits några alternativa leverantörer inom efterfrågat område vidhåller VGR att bestämmelsen om direktupphandling till följd av tekniska skäl är tillämplig. Eftersom avtal har tecknats med Adda, som i sin roll som dotterbolag till VGR:s arbetsgivarorganisation SKR, har tagit fram en utbildning för sina medlemmar som inte erbjuds på den kommersiella marknaden så ska utbildningen anses omfattas av ensamrätt i form av

¹ Se 10 kap. 5 § LOU. I EU-rätten benämns ett sådant meddelande frivillig förhandsinsyn, vilket det även tidigare gjorts i svensk rätt. Begreppen användas synonymt.

² I annonsen benämnt vid sitt tidigare namn SKL Kommentus Media AB.

³ Motsvarande bestämmelse finns i 6 kap. 14 § LOU.

⁴ Se bilaga 1, Section IV: Procedure, punkt IV.1.1).

upphovsrätt. Undantaget från annonsplikten enligt bestämmelsen om ensamrätt i 6 kap. 14 § LOU är därmed också tillämplig.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Avtalet omfattas av LOU

6. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. Ett kontrakt i LOU:s mening är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer.
7. Av 1 kap. 21 § LOU framgår att med tjänstekontrakt avses ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än de som avses i 1 kap. 9 §, dvs. byggtreprenad. Avtalet utgör således ett tjänstekontrakt.
8. Enligt meddelandet om frivillig förhandsinsyn omfattar avtalet följande CPV-koder: 80500000 Utbildningstjänster och 80570000 Personlighetsutvecklande utbildning.⁵ Dessa CPV-koder är upptagna i bilaga 2 a. Tillämpligt tröskelvärde och tillämplig direktupphandlingsgräns är därmed 7 701 675 kronor respektive 2 156 469 kronor enligt vid tiden gällande värden.
9. Konkurrensverket bedömer att Avtalet omfattas av LOU, att det är fråga om ett tjänstekontrakt och att det avser sådana särskilda tjänster som anges i bilaga 2 a till LOU.

Avtalets värde

10. Av 5 kap. 3 § LOU följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Enligt 5 kap. 6 § LOU får metoden för att uppskatta en upphandlings värde inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga. Avtalets värde överstiger aktuell direktupphandlingsgräns men understiger tröskelvärdet (jfr punkt 8).
11. Enligt 19 kap. 1 § LOU⁶ ska bestämmelserna i 19 kap. LOU tillämpas om upphandlingen består av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 a. Av 19 kap. 37 § LOU följer att värdet av en upphandling ska uppskattas till det

⁵ Se bilaga 1, Section II: Object, punkt II.1.2) och II.2.2).

⁶ Den 2 februari 2022 trädde nya regler för upphandlingar under tröskelvärdena och upphandlingar av sociala och andra särskilda tjänster ikraft. De upphävda reglerna gäller dock för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet. Hänvisningar sker därmed till vid tiden för upphandlingen gällande lydelse.

totala belopp som ska betalas i upphandlingen. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.

12. Av Avtalet framgår att VGR under det första året ska betala 200 000 kronor i form av ett baspris och att detta är det lägsta belopp som kan komma att utbetalas, se bilaga 2, punkten 1.11 och bilaga 3. Till detta tillkommer deltagaravgifter för de olika utbildningarna som erbjuds.
13. År 1 uppskattas licenskostnaden för köpta utbildningar uppgå till 650 000 kronor. Detta innebär att totalkostnaden för det första året uppgår till 850 000 kronor (200 000 + 650 000). För resterande avtalsår uppskattas licenskostnaden till 850 000 kronor.⁷
14. VGR har uppskattat Avtalets värde till 850 000 kronor per år. Avtalet kan som längst löpa i fyra år. Avtalets värde är således 3 400 000 kronor (850 000 x 4).⁸
15. Konkurrensverket, som inte finner skäl att frångå uppskattningen, bedömer mot denna bakgrund att Avtalets sammantagna värde uppgår till 3 400 000 kronor. Värdet överstiger således vid tidpunkten gällande direktupphandlingsgräns.

Undantag från annonseringsskyldigheten

16. Eftersom upphandlingen avser ett tjänstekontrakt som omfattas av bilaga 2 a och upphandlingens värde inte överstiger aktuellt tröskelvärde ska upphandlingen genomföras enligt reglerna i 19 kap. 35–39 §§ LOU.⁹
17. Avtalet skulle därmed ha annonserats i enlighet med 19 kap. 36 § LOU under förutsättning att något av undantagen från annonseringsplikten inte var tillämpligt. Särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 12–19 §§ LOU. Undantag från skyldigheten att annonsera ska tolkas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som måste visa att alla villkor i undantagsbestämmelserna är uppfyllda.

Förutsättningarna för att tillämpa undantaget för tekniska skäl var inte uppfyllda

18. Enligt 6 kap. 14 § 2 LOU kan en upphandling undantas från annonseringsskyldigheten om, för det första, det som upphandlas bara kan tillhandahållas av en leverantör och, för det andra, det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Avsaknad av konkurrens får inte bero på av

⁷ Se bilaga 3.

⁸ Att beloppet skiljer sig från det belopp som angavs i den frivilliga förhandsinsynen beror enligt VGR på en felräkning.

⁹ Se 19 kap. 1 § andra stycket LOU.

upphandlande myndighet utformade krav på så sätt att en konstgjord begränsning av konkurrensen uppstår.

19. Det räcker inte att den leverantör som tilldelats kontraktet har den mest effektiva förmågan och kapaciteten att leverera det som kontraktet avser. Det krävs i stället att det endast är den aktuella leverantören som överhuvudtaget har förmåga och kapacitet att leverera det som efterfrågas. Det räcker inte heller att upphandlingsföremålet påstås vara komplext för att visa att arbetet endast kan utföras av en leverantör. Den exklusiva situationen får vidare, som anförts ovan, inte ha skapats av den upphandlande myndigheten.
20. VGR har under utredningen anförts bland annat följande. Den aktuella utbildningen ska tillgodose myndighetens behov av utbildning om kollektivavtal och huvudöverenskommelser för chefer och personal inom HR, och inkluderar juridiska kommentarer, rättspraxis samt bakomliggande diskussioner från jurister/förhandlare till de specifika kollektivavtal som berör just VGR. För att kunna ha den kompetens som behövs ska god kunskap även finnas inom frågor som hur avtal samexisterar med varandra och hur dessa ibland ersätter lagstiftning. God kännedom och kunskap krävs även i frågor om lön och löneberäkning samt tolkning och tillämpning av Allmänna bestämmelser. VGR:s behov kräver således en expertkompetens som VGR inte har kunnat finna hos någon annan leverantör än hos Leverantören. Genom att Leverantören är del av en av de förhandlande parterna (SKR) för de avtal som utbildningen är uppbyggd kring har man en unik kompetens inom nu aktuellt område. Det är vidare endast genom den nu valda tekniska lösningen som VGR garanteras åtkomst till det uppdaterade materialet.
21. Enligt VGR visade den genomförda undersökningen inför att Avtalet ingicks på att ingen annan leverantör hade den efterfrågade kompetensen gällande utbildningen och kunde uppfylla kraven på teknisk lösning.
22. Som anförts ovan (punkt 17) ska undantaget för tekniska skäl tillämpas restriktivt och kunna motiveras ytterst noggrant.¹⁰ Enligt Konkurrensverkets bedömning har VGR inte kunnat visa att den efterfrågade utbildningen endast kan tillhandahållas av Leverantören. Inte heller kravet på den specifika tekniska lösningen tillsammans med utbildningen eller separat för sig medför att endast den utpekade leverantören kan tillgodose behovet av att få kontinuerliga uppdateringar av utbildningens innehåll. Någon dokumentation från VGR:s undersökning eller någon dokumentation i övrigt som visar på att det inte finns någon annan leverantör på marknaden som skulle kunna leverera det som efterfrågats har inte presenterats.

¹⁰ Se skäl 50 i LOU-direktivet.

23. Konkurrensverket bedömer mot denna bakgrund att undantaget för tekniska skäl inte var tillämpligt när Avtalet ingicks.

Förutsättningarna för att tillämpa undantaget för ensamrätt var inte heller uppfyllda

24. Undantag på grund av ensamrätt enligt 6 kap. 14 § 3 LOU innebär att en upphandling kan undantas från annonseringsskyldigheten om, för det första, det som upphandlas bara kan tillhandahållas av en leverantör och, för det andra, det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör. Avsaknad av konkurrens får inte bero på att upphandlande myndighet utformat krav på så sätt att en konstgjord begränsning av konkurrensen uppstår.
25. VGR har under utredningen bland annat anfört att innehållet som ligger till grund för utbildningen är specifikt framtaget för SKR:s medlemmar och att informationen därmed inte är offentlig för kommersialisering.
26. Konkurrensverket gör i denna del följande bedömning.
27. För att undantaget från annonseringsskyldighet på grund av ensamrätt ska vara tillämpligt krävs det mer än att den aktuella tjänsten i fråga är skyddad av immateriella rättigheter. Tjänsten ska utöver det endast kunna tillhandahållas av en enda leverantör. Att Leverantören kan inneha vissa immateriella rättigheter för sitt utbildningsmaterial innebär inte att ensamrätt för att utbilda inom kollektivavtal eller arbetsrätt föreligger. Enligt Konkurrensverkets bedömning har VGR inte kunnat visa att den inköpta utbildningen skyddas av sådan ensamrätt som avses i 6 kap. 14 § 3 LOU och att likvärdiga alternativ inte fanns.

Något undantag från annonseringsskyldigheten förelåg inte

28. Under utredningen har det inte framkommit att något annat undantag från annonseringsskyldighet i LOU har varit tillämpligt. Eftersom inget av undantagen från annonseringsskyldighet i LOU var tillämpligt bedömer Konkurrensverket sammanfattningsvis att VGR inte hade rätt att ingå Avtalet utan föregående annonsering enligt 19 kap. 36 § LOU. Avtalet har därmed tilldelats genom en otillåten direktupphandling.

Upphandlingskadeavgift

29. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU). Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller

missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.¹¹

30. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹²
31. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Beräkningen av värdet ska ske enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹³ Konkurrensverket har beräknat upphandlingens värde till 3 400 000 kronor (se punkt 15 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 340 000 kronor (3 400 000 x 0,1).
32. 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 (21 kap. 5 § LOU).
33. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹⁴
34. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹⁵ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁶

¹¹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196–197.

¹³ Se HFD 2014 ref. 69.

¹⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

¹⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

¹⁶ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

35. Konkurrensverket gör inte gällande att det föreligger några försvårande omständigheter som ska påverka avgiftens storlek i det aktuella ärendet. Det föreligger inte heller några förmildrande omständigheter. Konkurrensverket bedömer mot denna bakgrund att en upphandlingsskadeavgift på 250 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Natacha Otte Widgren

Bifogas

Bilaga 1 – Annons med meddelande om förhandsinsyn

Bilaga 2 – Avtal mellan Västra Götalandsregionen och Adda Kompetens AB den 1 juli 2021

Bilaga 3 – Underlag inför beslut om upphandling