

Förvaltningsrätten i Uppsala
forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Uppsala, 751 85 Uppsala

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 Region Uppsala kommun ska betala 600 000 (sexhundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Region Uppsala (Regionen) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 24 november 2022, utan föregående annonsering, ingå avtal med GoGift (Leverantören) avseende presentkort (Avtalet).¹ Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades, utgör Avtalet en otillåten direktupphandling.

Den upphandlande myndigheten

2. Såväl den offert som ligger till grund för Avtalet som den faktura som skickades med anledning av avtalet har varit ställda till Region Uppsala. Det framgår inte heller av utredningen i övrigt att någon annan enhet inom Regionen ska ha varit upphandlande myndighet. Konkurrensverket gör således bedömningen att Regionen är att betrakta som upphandlande myndighet enligt LOU i ärendet.

Bakgrund till och sammanfattning av den aktuella upphandlingen

3. Regionen har i fråga om upphandlingen och bakgrunden själv anfört nedanstående uppgifter eller lämnat dokument i vilka uppgifterna framkommer. Konkurrensverket har inte funnit skäl att ifrågasätta dessa uppgifter, som därför läggs till grund för denna beskrivning.
4. Regionen beslutade under 2022 att ge alla anställda vid Regionen ett presentkort värt 500 kronor. Julgåvan skulle enligt dokumentation uppfylla följande krav.²
 - Julgåvan ska inte kunna bytas in mot pengar.
 - Julgåvan måste täcka in så många intresseområden som möjligt för Regionens anställda.
 - Julgåvan ska kunna nyttjas inom hela Uppsala län.
 - Leverantören ska kunna leverera julgåvan fysiskt till alla anställda.
5. I syfte att identifiera leverantörer som kunde leverera presentkort enligt Regionens krav genomförde Regionen en undersökning av potentiella leverantörer. Mot bakgrund av resultatet av undersökningen begärde Regionen en offert från två leverantörer, varvid Regionen bedömde att endast Leverantören kunde tillhandahålla presentkort enligt kraven. Regionen beslutade därför att acceptera Leverantörens offert.
6. Avtalet anger att det avser bl.a. leverans av 15 850 "SuperPresentkort" om 500 kronor per kort, för vilka Regionen betalar Leverantören. Leverantören blir inte återbetalningsskyldig för Superpresentkort som inte utnyttjas.

¹ Bilaga 1 a och 1 b.

² Bilaga 2.



Vad Kommunen har anfört

Inledning

7. Regionen har anfört i första hand att det inte har varit fråga om en otillåten direktupphandling och att det inte finns skäl för en upphandlingsskadeavgift samt i andra hand att det i vart fall inte finns skäl för en högre avgift än tiotusen kronor. Regionens inställning i dessa delar kan sammanfattas enligt följande.
 - Värdet av upphandlingen uppgår till högst 313 600 kronor, vilket understiger direktupphandlingsgränsen, då upphandlingen endast avser *förmedling* av värdehandlingarna presentkort och inte leverans av varor eller tjänster.
 - Även om det skulle anses ha förelegat en otillåten direktupphandling föreligger ingen egentlig konkurrensskada, då det är gåvotagarnas/konsumenternas preferenser som styr vilken leverantör som anlitas, och det är vidare ytterst osannolikt att en enskild aktör sammantaget skulle kunna erhålla någon större summa från Regionens gåvotagare.
8. Regionen har under utredningen utvecklat sin inställning enligt sammanfattningsvis följande.

Avtalets innehåll och värde

Superpresentkortet utgör inte varor eller tjänster

9. Regionen menar att avtalet innebär att Leverantören utfärdade en värdehandling, Superpresentkortet, till gåvotagarna. Leverantören genomförde sedan ett utbyte av Superpresentkortet mot presentkort enligt gåvotagarnas anvisningar genom att tillhandahålla en portal över internet och lösa in Superpresentkortet till deras nominella belopp och växla dem mot presentkort med motsvarande belopp hos av gåvotagarna valda företag.
10. Leverantören utfärdade därmed en värdehandling till gåvotagarna och gjorde ett åtagande gentemot Regionen rörande förmedling. Leverantören har inget ansvar för att gåvotagarna faktiskt erhåller varor och tjänster enligt inlösta presentkort, och den svarar således inte för leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster gentemot gåvotagarna. Återbetalning till Regionen har skett när leverans av Superpresentkortet inte har kunnat genomföras.
11. Superpresentkortet i sig utgör endast värdehandlingar, och inte någon vara eller tjänst. Konsumentverket har beskrivit presentkort som ett slags betalningsmedel, och Superpresentkortet betraktas i sin egenskap av så kallade flerfunktionsvouchers inte som en vara eller tjänst enligt de



gemenskapsrättsliga skattereglerna, dvs. EU:s mervärdesskattedirektiv. Vidare finns "presentkort" inte upptaget bland CPV-koderna.

Upphandlingens föremål är en förmedlingstjänst

12. Det är enligt Regionen uppenbart att upphandlingen inte innehåller någon skyldighet rörande leverans av varor, då Leverantören inte har något ansvar för att varor levereras. Det framgår av beskrivningen ovan att föremålet för upphandlingen är en förmedlingstjänst, men upphandlingen innehåller därutöver inte några tjänstekontrakt.
13. Det är ovisst exakt vilket belopp som tjänsten uppgår till, då värdet i en tidigare offert bestämdes till 313 600 kronor exklusive mervärdesskatt, men Regionen fakturerades senare till ett lägre belopp än det totala värdet av de utfärdade Superpresentkortet, vilket svarar mot att beräkna värdet av förmedlingstjänsten till noll kronor.

Beräkningsbas för upphandlingsskadeavgift

14. Om Regionen skulle bedömas ha direktupphandlat presenter, bör en reducering med hänsyn till mervärdesskatten göras på hela summan 8 000 000 kronor. Värdet exklusive mervärdesskatt uppgår då till 6 400 000 kronor. Att superpresentkortet inte omfattas av mervärdesskatt beror på att det är en värdehandling och ingen vara eller tjänst som kan beskattas enligt mervärdesskattereglerna. Gåvotagaren kommer dock i slutänden att betala mervärdesskatt då beställning görs från inväxlade presentkort. Presentkortets värde avser att täcka även den mervärdesskatt som betalas av gåvotagaren.

Sanktionsvärde

15. Om en överträdelse skulle anses ha ägt rum måste sanktionsvärdet anses vara mycket lågt enligt Regionen. De offentliga medel som Regionen har avsatt måste anses ha en försumbar effekt på marknaden. Det är gåvotagarnas eget val som konsumenter som har styrt hur medlen har använts och vilka varor och tjänster som har införskaffats. Därmed bör upphandlingsskadeavgiften på sin höjd kunna uppgå till 10 000 kronor.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Övergripande bestämmelser

16. LOU gäller för upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.³
17. Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör och som avser

³ 1 kap. 2 § LOU.

leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggtreprenader.⁴ Med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.⁵

18. Av praxis från EU-domstolen framgår att ett avtal utgör ett offentligt kontrakt, om avtalet reglerar ett utbyte av prestationer i form av att en upphandlande myndighet åtar sig att utge ersättning för att en leverantör ska utföra en prestation som är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. Vidare krävs att det i och med avtalet uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär mellan parterna.⁶ Av praxis och relevanta förarbeten framgår vidare att det inte krävs att en anskaffning är avsedd för ett offentligt ändamål för att denna ska omfattas av upphandlingslagarnas tillämpningsområde.⁷ En anskaffning förutsätter inte heller att äganderätten för något övergår mellan leverantören och den upphandlande myndigheten, utan begreppet "anskaffa" ska förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av varorna, tjänsterna eller byggtreprenaden.⁸ Det saknar betydelse om leverantörens prestation kommer den upphandlande myndigheten eller tredje man till godo.⁹
19. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.¹⁰ En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹¹
20. Det finns vid offentlig upphandling ett antal möjliga upphandlingsförfaranden som får användas under vissa förutsättningar. Dessa är öppet och selektivt förfarande, förhandlat förfarande med och utan föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog samt förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.¹²

⁴ 1 kap. 15 § LOU.

⁵ 1 kap. 20 § LOU.

⁶ Se bland annat EU-domstolens dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, EU-domstolens dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, p. 45-47 och EU-domstolens dom av den 21 december 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, p. 43.

⁷ EU-domstolens dom av den 15 juli 2010, Kommissionen mot Tyskland, C-271/08, EU:C:2010:426, p. 68-80. Se även artikel 1.1 och 1.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet) och prop. 2015/16:195 s. 934.

⁸ Prop. 2015/16:195 s. 317 och 933 och skäl 4 till LOU-direktivet.

⁹ Prop. 2015/16:195 s. 934.

¹⁰ 4 kap. 1 § första meningen LOU.

¹¹ 4 kap. 2 § LOU.

¹² 6 kap. 1 § LOU.

Avtalets innehåll

Avtalet i stort

21. Regionen och Leverantören har inte ingått något skriftligt avtal av vilket de närmare villkoren för Leverantörens tillhandahållande av Superpresentkort framgår. Följande har dock framkommit om Avtalet.
22. Genom Avtalet åtar sig Leverantören att tillhandahålla ett presentkort, Superpresentkortet, till Regionen och se till att detta presentkort kan bytas mot andra presentkort med syftet, om än inte garantin, att dessa ska kunna bytas mot varor och tjänster. Till det kommer att det framgår av Leverantörens villkor att Superpresentkortet kan bytas mot fysiska produkter på Leverantörens hemsida.¹³
23. Regionen har ett direkt ekonomiskt intresse av att Leverantören presterar i enlighet med Avtalet, bland annat av att presentkortet som Leverantören tillhandahåller kan bytas in mot varor och tjänster, så att de anställda får den julgåva som Regionen har utlovat i egenskap av arbetsgivare. Regionen åtar sig genom Avtalet att i utbyte mot Leverantörens prestation utge ersättning till Leverantören för presentkortet och för tjänster som hör till presentkortet, exempelvis leverans av dessa.
24. Genom Avtalet uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidig karaktär bestående i bland annat att Leverantören är skyldig att se till att Superpresentkortet kan bytas mot presentkort som är avsedda att kunna bytas mot varor och tjänster motsvarande det värde som Regionen har överfört till Leverantören och att Regionen är skyldig att utge ersättning för denna prestation till Leverantören. Ersättningen påverkas inte av om gåvotagarna slutligt löser in Superpresentkortet eller inte, utan ersättningen utgår oavsett om så sker eller inte.¹⁴

Avtalet innefattar köp av varan Superpresentkort

25. Regionen har anfört den inte har upphandlat Superpresentkortet i sig, med motiveringen att dessa varken är varor eller tjänster, utan endast utgör värdehandlingar som förmedlas av Leverantören till gåvotagarna. Det framgår dock av handlingarna i utredningen att Regionen har köpt produkten Superpresentkort från Leverantören och inte endast en förmedling av dessa. Superpresentkortet är Leverantörens egen produkt, och även om det kan bytas mot andra presentkort är en förutsättning för detta att det görs på Leverantörens egen hemsida. Leverantören har själv beskrivit sig som en återförsäljare av presentkort och förfarandet är i det närmaste att likna vid att

¹³ Se bilaga 3.

¹⁴ Regionen har på fråga från Konkurrensverket uppgett att Regionen inte kan återfå medel för outnyttjade presentkort från GoGift då det inte överenskommit något med GoGift kring hanteringen av dessa. (Handling nr 24 i Konkurrensverkets akt i utredningsärendet 31/2023).



gå in i en affär för att köpa en produkt i affären. Det framgår även av handlingarna att Superpresentkortet kan växlas mot Leverantörens egna produkter.

26. Vidare är köpet och det slutliga värdet av Avtalet inte beroende av om presentkortet utnyttjas eller inte. Regionen har förbundit sig att betala 500 kronor per presentkort till Leverantören, oavsett om kortet senare används för att köpa andra varor eller tjänster eller inte.
27. Regionen har hänvisat till mervärdesskatterättsliga bestämmelser som skäl för att inte bedöma Superpresentkortet som varor. Dessa bestämmelser reglerar dock inte upphandlingar och har andra syften än det upphandlingsrättsliga regelverket. De kan således inte användas för att avgöra en upphandlingsrättslig fråga. Om presentkort av samma typ som Superpresentkortet skulle vara undantagna lagens tillämpningsområde skulle det möjliggöra att ett indirekt urval av varor och produkter kan göras genom inköp av presentkort i stället för en upphandling av dessa varor, med stor risk för att bestämmelserna på detta sätt kan kringgås.
28. Det framstår, mot bakgrund av det anförda, som klart att Superpresentkortet utgör en vara.¹⁵

Upphandlingens värde

Rättsliga förutsättningar

29. Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas.¹⁶ Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de har 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.¹⁷
30. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.¹⁸

Det offererade beloppet ska räknas med i bedömningen av värdet

31. Regionen har anförat att värdet av Superpresentkortet inte ska ingå i beräkningen av värdet av upphandlingen. Som framgår ovan är det dock

¹⁵ För en motsvarande bedömning, se Förvaltningsrätten i Karlstad, mål nr 2785-22, 2023-06-21 (domen är överklagad).

¹⁶ 5 kap. 3 § LOU.

¹⁷ 5 kap. 6 § LOU.

¹⁸ 5 kap. 5 § LOU.



klart att dessa utgör varor som ska anses omfattas av upphandlingen. Även värdet av dessa ska alltså tas med i beräkningen.

32. Regionen har under utredningen inkommit med underlag av vilket framgår att Leverantören har offererat ett pris om 8 000 000 kronor inklusive mervärdesskatt. Regionen har anfört att, för det fall även värdet av Superpresentkortet ska tas med i beräkningen, det fakturerade beloppet som understiger det offererade ska lägga till grund för bedömningen.
33. Den relevanta tidpunkten för beräkningen av värdet är, som har nämnts ovan, när anbudsfordran skickas ut eller när upphandlingen påbörjas. I förevarande ärende finns ingen tidigare uppskattning av värdet än tidpunkten för offerten, som också torde ha varit det värde som Regionen utgick från när den hade att ta ställning till hur den skulle fortsätta med upphandlingen. Konkurrensverket bedömer mot den bakgrunden att uppskattningen av upphandlingens värde vid den relevanta tidpunkten i detta specifika fall kan göras utifrån uppgifterna i offerten.
34. Leverantören har offererat ett pris om 8 000 000 kronor *inklusive* mervärdesskatt. Det aktuella värdet motsvarar 7 921 600 kronor *exklusive* mervärdesskatt. I den fortsatta bedömningen utgår Konkurrensverket från att det uppskattade värdet vid den relevanta tidpunkten uppgår till 7 921 600 kronor.
35. Upphandlingens värde överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tillämpligt tröskelvärde. Upphandlingen skulle därför ha annonserats i TED och en registrerad annonsdatabas, förutsatt att något annat undantag inte har varit tillämpligt.¹⁹

Det har inte förelegat undantag från kravet på annonsering

36. Regionen har, utöver vad som anförts om att avtalet faller under direktupphandlingsgränsen, inte anfört att något undantag har kunnat tillämpas för att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering. Det har inte heller framkommit några omständigheter som visar att något undantag har varit tillämpligt.

Upphandlingsskadeavgift

37. Vid en otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan från Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.²⁰
38. Det finns inga krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut.

¹⁹ 10 kap. 1 § och 5 a § LOU och 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

²⁰ 21 kap. 1 § 3 och 2 § LOU.

Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.²¹

39. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde.²²
40. När sanktionsvärdet för en överträdelse ska fastställas tas hänsyn till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Bland annat beaktas hur klar överträdelsen kan anses vara. Detta eftersom omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Överträdelsen ses i sådana fall som 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 genomföra 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.²³ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²⁴
41. Om det rör sig om ett ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.²⁵
42. Regionen har anfört att upphandlingsskadeavgiften bör minimeras på grund av att ingen konkurrensskada har skett. Regionen menar att den inte har valt ut en särskild leverantör som erbjuder en viss produkt och att upphandlingen, som den är utformad, har haft minimala konsekvenser ur konkurrenssynpunkt, eftersom de anställda gör ett fritt val från ett brett spektrum på hela konsumentmarknaden.
43. Upphandlingsregelverket finns dock till bland annat för att skydda konkurrensen, och det krävs inte, för tillämpligheten av den, att någon skada i det enskilda fallet kan påvisas. Om en felaktig direktupphandling har gjorts betyder det i normala fall att det finns en stor risk för att andra potentiella leverantörer inte har fått en möjlighet att konkurrera i upphandlingen på lika villkor. Detta fall är inget undantag.

²¹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 368.

²² 21 kap. 4 § LOU.

²³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369 f.

²⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197; även exempelvis HFD 2014 ref. 69.

²⁵ 21 kap. 5 § LOU.



44. Regionen har gjort ett urval bland leverantörer vid ingåendet av avtalet med Leverantören, nämligen vid urvalet av leverantör av presentkort, och det kan inte med någon grad av säkerhet uteslutas att ingåendet av avtalet har påverkat konkurrensen på marknaden negativt. Det finns här även anledning att påpeka att det av skäl 50 i upphandlingsdirektivet framgår att förhandlade förfaranden utan föregående annonsering endast bör användas under mycket exceptionella omständigheter, med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen. Ett förfarande, som det som Regionen har använt sig av, anses således typiskt sett i sig ha skadliga effekter på konkurrensen. Vad Regionen har anfört om konkurrensskadan i detta fall kan således inte betraktas som förmildrande omständigheter.
45. Som framgår ovan utgår Konkurrensverket från att värdet av upphandlingen uppgår till 7 921 600 kronor. Det medför att upphandlingsskadeavgiften avseende avtalet kan uppgå till högst 792 160 kronor (7 921 600 kronor x 0,1).
46. Det är i detta fall fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Såvitt framkommit under utredningen föreligger inte några försvårande eller förmildrande omständigheter som bör inverka på sanktionsavgiften.
47. Konkurrensverket menar, mot bakgrund av det anförda, att 600 000 kronor utgör en proportionerlig sanktion för den otillåtna direktupphandlingen.

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt, och ansökan saknar därför namnunderskrifter.

Marie Östman
Chefsjurist

Stefan Olsen Siri
Processråd

Bifogas

Bilaga 1 a – Offert från Leverantören

Bilaga 1 b – Accept av Leverantörens offert

Bilaga 2 – Direktupphandling – dokumentation

Bilaga 3 – Leverantörens villkor