



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2025-04-15
Meddelad i Göteborg

Mål nr
13361-24

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Region Halland

Ombud: Advokat [REDACTED] och Advokat [REDACTED]
Advokatfirman Lindahl KB

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,
förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Region Halland ska betala
230 000 kronor i upphandlingsskadeavgift.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Besöksadress
Sten Sturegatan 14
Telefon
031 - 732 70 00

Öppettider
måndag–fredag
08:00–16:00

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

E-post
forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
Webbplats
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

ANSÖKAN

Region Halland (regionen) har den 30 november 2023 ingått ett avtal om marknadsföringstjänster och affärsutvecklingstjänster med Hallands Matgille ekonomisk förening (Hallands Matgille) utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Konkurrensverket ansöker om att regionen ska betala 230 000 kronor i upphandlingsskadeavgift. Skälen för ansökan framgår av bilaga 1.

PARTERNAS INSTÄLLNING M.M.**Region Halland**

Regionen bestrider bifall till ansökan och yrkar i första hand att ansökan ska avslås. Om förvaltningsrätten bedömer att upphandlingsskadeavgift ska utgå yrkar regionen i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta om en lägre upphandlingsskadeavgift än den som Konkurrensverket yrkar.

En grundläggande förutsättning för att upphandlingsplikt föreligger är att den upphandlande myndigheten avser att ingå ett kontrakt med en leverantör. Kontrakt är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås med en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer och som avser anskaffning av varor, tjänster eller byggentreprenader. Enligt EU-rätten krävs det att fem kriterier måste vara uppfyllda för att ett kontrakt ska klassificeras som ett offentligt kontrakt. Bedömningen ska inte bara göras utifrån avtalsvillkorens lydelse utan även utifrån deras syfte. Transaktionen i sin helhet bör bedömas. Om någon del brister, till exempel om det inte är fråga om rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär, innebär det att det inte är fråga om ett kontrakt och rättshandlingen omfattas därmed inte av upphandlingsplikt. Enbart finansiering av en verksamhet, och då särskilt genom bidrag, omfattas inte av reglerna för offentlig upphandling. Bidrag kan ibland

vara knutna till en skyldighet att återbetala beloppen om de inte används för det avsedda syftet. Finansiering av en verksamhet, som förvisso kan ha ett visst ändamål, omfattas inte heller av reglerna för offentlig upphandling.

Unionsrätten är inte tillämplig på omständigheten att regionen valt att genomföra en del av sin tillväxtstrategi genom att lämna stöd. Detta med hänsyn till att regionens organisering av offentliga befogenheter inom en stat, inte omfattas av unionsrätten. Av artikel 4.2 i Fördraget om Europeiska unionen (FEU) framgår att unionen ska respektera medlemsstaternas nationella identitet vari det lokala och regionala självstyret ingår. Av artikel 1.6 i direktiv 2014/24 följer också att överenskommelser, beslut eller andra rättsliga instrument för överföring mellan upphandlande myndigheter eller grupper av upphandlande myndigheter av befogenheter och ansvar för fullgörande av ett offentligt uppdrag som inte innebär att avtalade prestationer fullgörs mot ersättning ska ses som en del av den berörda medlemsstatens interna organisation och därmed inte påverkas av direktivet. EU-domstolens avgöranden på området kan inte tolkas strängare bara för att överföringen sker mellan en myndighet och ett privat rättssubjekt, jämfört med en överföring mellan två myndigheter. Det finns inget som hindrar en myndighet från att överföra befogenheter till ett privat rättssubjekt. Regionen har därför överfört befogenheter till ett ekonomiskt självständigt organ genom avtalet och de åtgärder som Hallands Matgille ska genomföra, befrias regionen från att genomföra. Det finns inget ekonomiskt intresse av att uppgifterna som omfattas av befogenheterna utförs. Därtill är avtalet inte ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor på det vis som avses för att det inte ska röra sig om överföring av befogenheter.

Avtalet med Hallands Matgille om partnerskap har inte slutits i strid med LOU. Förutsättningarna för att besluta om upphandlingsskadeavgift är därmed inte uppfyllda och någon sådan kan därmed inte dömas ut. Avtalet utgör inte något kontrakt i LOU:s mening och omfattas därför inte av upphandlingsplikt. Det är korrekt att regionen och Hallands Matgille skriftligen har ingått avtalet. Det

utgör dock endast en formaliserad överenskommelse som dokumenterar parternas samarbete. Avtalets benämning är inte relevant och medför inte att det rör sig om ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor (se EU-domstolens dom i mål C-220/05 Aurox m.fl. och mål C-220/06 Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia).

Avtalet avser inte en anskaffning utan är ett stöd som utgår utan krav på motprestation. Reglerna om offentlig upphandling är inte avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel utan enbart utbetalningar i syfte att anskaffa tjänster m.m. genom ett offentligt kontrakt. Det innebär att kontraktet i detta fall måste avse en anskaffning av tjänster vilket förutsätter att kommunen agerar köpare/uppdragsgivare och Hallands Matgille agerar säljare/uppdragstagare. Regionens utbetalning av medel görs i syfte att ge ekonomiskt stöd för att främja och möjliggöra ett långsiktigt och strategiskt arbete i enlighet med regionens tillväxtstrategi. Strategin innehåller bland annat mål om att positionera Halland för att attrahera besökare, kompetenser, investeringar och flera innovativa företag till regionen. Hallands Matgille fungerar som en plattform/ett verktyg för att, på samma vis som andra halländska utvecklingsaktörer, bidra till att positionera Halland och därigenom uppfylla mål inom tillväxtstrategin, inte att agera leverantör av tjänster till regionen. Tillväxtstrategin har utarbetats i bred samverkan med olika aktörer, inklusive kommuner, främjande organisationer, myndigheter och föreningar. Stödet är en del av samverkan och är inte en anskaffning av tjänster.

Konkurrensverkets uppfattning om att avtalet omfattar anskaffning av tjänster som erbjuds på en konkurrensutsatt marknad är felaktig och saknar stöd i avtalet. Regionen har inte specificerat att marknadsföring, affärsutveckling och utvecklingsreglering regleras i avtalet. Hallands Matgille agerar som en samverkanspartner och arbetar självständigt samt utan vinstintresse för att främja utvecklingen inom ett regionalt utvecklingsområde. Hallands Matgille utgör genom sitt samarbete med det lokala näringslivet, kommunerna och

forskningen en motor och innovationskraft inom sitt område och bidrar därmed till genomförandet av tillväxtstrategin. Den kommunikation och utveckling som bedrivs hos Hallands Matgille är integrerad med det utvecklingsarbete som sker på den halländska matarenan som består av mängder av företag, kommuner och regionen. För att undvika suboptimering av resurser förutsätts ständig samverkan mellan nämnda aktörer, såväl nationellt som regionalt. Hallands Matgilles verksamhet är av allmänt näringslivsbefrämjande karaktär och en förutsättning för att stödet ska utgå är att medlen ska bidra till Hallands Matgilles icke ekonomiska verksamhet och att eventuellt ekonomiskt överskott ska återinvesteras i verksamheten.

Att andra myndigheter annonserat upphandlingar av marknadsföringstjänster för regional turism är irrelevant. Detta eftersom Hallands Matgille, inom ramen för avtalet, inte tillhandahåller marknadsföringstjänster och dels då det inte behöver vara en fråga om kontrakt i upphandlingsrättslig mening enbart för att en tjänst konkurrensutsatts av andra upphandlande myndigheter (se EU-domstolens mål C-9/17 Tirkkonen). Upphandlande myndigheter är fria att konkurrensutsätta tjänster och det behöver inte innebära att det är en upphandlingspliktig tjänst. Det framgår också tydligt av villkoren i avtalet att stödet inte får användas för att delfinansiera verksamhet med kommersiella tjänster/produkter på en befintlig kommersiell marknad och att detta ska redovisas tydligt. Det finns inte en öppen konkurrensutsatt marknad för den typ av verksamhet som Hallands Matgille bedriver inom ramen för avtalet. Finansieringen är inte heller avsedd för regionens egna behov och det rör sig därför inte om en tjänsteanskaffning i upphandlingsrättslig mening.

Initiativet till den aktuella tillväxtstrategin och de åtgärder som genomförts har tagits utifrån regionens lagstadgade skyldigheter. Att just Hallands Matgille erbjudits stöd innebär inte att ett upphandlingsrättsligt urval har gjorts (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-9/17). Stödet har kunnat erhållas av andra aktörer som bedriver motsvarande arbete.

Avtalet saknar krav på ekonomiska villkor som innebär att regionen, mot vederlag, erhåller en prestation som är av direkt intresse för regionen.

Begreppet ekonomiska villkor ska förstås så att det sker ett förvärv med någon form av motprestation som har ett ekonomiskt värde. Det måste alltså röra sig om mer än bara en utbetalning av allmänna medel. Gåvor eller bidrag utan krav på motprestation omfattas inte av upphandlingsplikt. Den omständigheten att vissa villkor uppställts i avtalet innebär inte att det rör sig om prestationer. Att Hallands Matgille ska inkomma med en hållbarhetsanalys och handlingsplan innan stöd utbetalas innebär inte att det rör sig om ersättning mot prestation. Syftet med hållbarhetsanalysen och handlingsplanen är att säkerställa att aktören arbetar på ett hållbart sätt och inte för att beskriva hur stödet ska användas eller vad som ska levereras. Det handlar om att säkerställa att stödmottagaren redan arbetar i linje med hållbara principer, vilket är en del av en ansvarsfull förvaltning av allmänna medel. De uppdrag som Konkurrensverket hänvisar till i avtalet är därtill bereda i sin karaktär och utgör snarare en ram för vad arbetet inom ramen för stödet förväntas omfatta, än specifika föreskrivna prestationer som Hallands Matgille ska leverera. Det rör sig inte om på förhand tydligt definierade tjänster eller leveranser som ska utföras på ett visst sätt, inom en specifik tidsram och enligt särskilda krav, vilket är kännetecknande för ett offentligt kontrakt som innehåller krav på motprestationer. Det är inte heller fråga om att redovisa några specifika resultat innan ytterligare utbetalningar sker.

Det som Konkurrensverket i övrigt bedömer som prestationer är olika typer av uppföljningsmöjligheter. Detta medför inte att det inte kan vara fråga om stöd/bidrag. Exempelvis ska alla projekt som finansieras av Tillväxtverket följas upp. Stödmottagare ska lämna information till Tillväxtverket som är relevant för uppföljningen och bland annat ska en läges- respektive slutrapport lämnas för att stöd ska utbetalas. Detta innebär inte att Tillväxtverkets stöd är eller blir upphandlingspliktigt. Relevant uppföljning ger allmänheten information och

olika intressenter får möjlighet att se vilka aktörer som tagit emot stöd, hur mycket och för vilka ändamål. Uppföljning av utbetalda skattemedel är därför prioriterat och lämpligt. Uppföljningsmöjligheterna utgör alltså inte prestationer som Hallands Matgille ska utge. Regionens rätt till viss insyn och uppföljning är därför inte avgörande för bedömning av kontraktets natur. I aktuellt fall utbetalas stödet i förskott och är således inte vederlag som utbetalas efter utförd prestation.

Om förvaltningsrätten anser att avtalet utgör prestationer i upphandlingsrättslig mening så är prestationerna inte av direkt ekonomiskt intresse för regionen. Regionen tillhandahåller stödet för att främja Hallands Matgilles verksamhet, som i sig bedrivs huvudsakligen i syfte att tillgodose ett eget behov som föreningen har i sin verksamhet. Stödet bidrar också till målen i regionens tillväxtstrategi men de aktiviteter som genomförs med stödet riktas inte mot regionens behov som uppdragsgivare. Hallands Matgille bedriver sin verksamhet i enskild regi och utan regionens initiativ. Verksamheten är inte heller beroende av finansiering från regionen och hade bedrivits oaktat regionens stöd. På motsvarande vis är genomförandet av tillväxtstrategin inte avhängigt Hallands Matgilles verksamhet.

De ömsesidiga skyldigheterna som föreligger enligt ett kontrakt ska vara rättsligt verkställbara. EU-domstolen har uttalat att ett avtal genom vilket en upphandlande myndighet juridiskt sett inte är skyldig att tillhandahålla någon prestation i utbyte mot den prestation som dess medkontrahent har åtagit sig att utföra inte omfattas av direktivets begrepp ”kontrakt med ekonomiska villkor”. Det är ostridigt att avtalet inte har några avtalade sanktioner för det fall att fullgörande av prestationerna inte skulle ske. Varken regionen eller Hallands Matgille är juridiskt skyldiga att tillhandahålla någon prestation. Sådana villkor finns normalt i upphandlingspliktiga kontrakt. Hallands Matgille kan inte rättsligt kräva att regionen utbetalar stöd och regionen kan inte rättsligt kräva att Hallands Matgille vidtar några åtgärder. Ingen av parterna har några

möjligheter att rättsligt kräva verkställighet av någon del av avtalet. Åtgärder utvärderas först i efterhand och stödet utbetalas i förskott, vilket är sedvanligt vid givande av stöd/bidrag. Avtalet ger regionen rätt att ompröva stödet inför varje nytt finanseringsår och att fatta beslut om huruvida fortsatt stöd ska beviljas. Den årliga omprövningen görs inte under ett pågående finanseringsår. Att det finns en omprövningsrätt innebär inte att det föreligger ömsesidiga förpliktelser som kännetecknar ett offentligt kontrakt. Att det finns möjlighet att säga upp avtalet ändrar inte denna bedömning. Det är snarare en rimlig komponent då det ger parterna flexibilitet och möjlighet att avsluta samarbetet om förutsättningarna förändras eller om avtalet inte längre tjänar sitt syfte. Eftersom avtalet inte har några rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär omfattas inte avtalet om av upphandlingsplikt.

För det fall att förvaltningsrätten beslutar om upphandlingsskadeavgift ska domstolen besluta om ett lägre belopp än det som Konkursverket yrkar. Detta eftersom beloppet är oproportionerligt högt. Om domstolen bedömer att avtalet omfattas av upphandlingsplikt handlar det inte om en uppenbar överträdelse utan snarare om en komplex gränsdragning mellan offentligt kontrakt och stöd/bidrag. Det föreligger inte några försvårande omständigheter. Vid det tidigare tillfälle då regionen dömts att betala en upphandlings-skadeavgift kunde det på motsvarande vis som nu ifrågasättas om det ens förelåg en upphandlingsplikt. Det har varken då eller nu rört sig om uppenbara otillåtna direktupphandlingar, utan snarare bedömningar om var gränsen går för vad som omfattas av upphandlingsplikt. Det har dessutom passerat åtskilliga år sedan den förra upphandlingsskadeavgiften utdömdes.

Den yrkade upphandlingsskadeavgiften ligger mycket nära den högsta möjliga avgiften på 10 procent av kontraktsvärdet. En så hög avgift kan rimligen endast utdömas i särskilt graverande fall (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69). Även en väsentligt lägre avgift hade i detta fall

varit effektiv och avskräckande och därmed uppfyllt upphandlings-skadeavgiftens syften.

Konkurrensverket

Konkurrensverket vidhåller sin ansökan och tillägger bl.a. följande. Unionsrätten är tillämplig på upphandlingen av avtalet. Det har inte skett en befogenhetsöverföring som undantar unionsrätten. I nuvarande situation rör det sig inte om överföring mellan två myndigheter. Den praxis från EU-domstolen som gäller överföring av befogenheter bygger på att det är en myndighets uppgifter som överförs oberoende av om dessa uppgifter genomförs av en myndighet eller ett privat rättssubjekt. Bedömningen att ett uppdrag som tilldelas från en upphandlande myndighet avser ett offentligt kontrakt och inte en överföring av befogenheter stärks av det faktum att det rör sig om ett avtal mellan ett privat rättssubjekt och en myndighet jämfört med ett avtal mellan två myndigheter. EU-domstolens praxis avseende överföring av befogenheter mellan myndigheter talar snarare emot att det aktuella avtalet är undantaget unionsrätten. Inga av de kriterier som EU-domstolen ställer upp för att avtalet ska anses avse en sådan befogenhetsöverföring som är undantagen unionsrätten är uppfyllda (se bl.a. EU-domstolens dom Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483 och EU-domstolens dom Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985).

Avtalet innebär inte att det sker en befogenhetsöverföring avseende ett helt område. Av uppdragsbeskrivningen framgår att Hallands Matgille ska bli en partner till regionen där Hallands Matgille blir en del av regionens verktyg för att uppfylla Hallands strategi för en hållbar tillväxt. Hallands Matgille är således endast en del av ett verktyg för att utföra en del av regionens uppgifter avseende utvecklingen av regional turism. Hallands Matgille övertar inte regionens uppgifter eller det ekonomiska ansvaret. Eftersom det inte sker någon överföring av befogenheter genom att Hallands Matgille ges rätt att

marknadsföra regionen och eftersom avtalet reglerar prestationer mot ersättning, är unionsrätten tillämplig på avtalet.

Avtalet innehåller ömsesidigt bindande förpliktelser och utgör ett offentligt kontrakt i LOU:s mening och skulle således ha annonserats. Att regionen betecknat avtalet som ett avtal och i bilagan uppdragsbeskrivning angett ”uppdraget innefattar” visar att det objektivt sett är ett avtal om uppdrag som ska utföras talar starkt för att detta var regionens ursprungliga avsikt. Utveckling av regional turism är en del av regionens uppdrag. Avtalet innebär att specifika tjänster ska genomföras för regionen som ett led i regionens uppdrag avseende regional turism.

Det stämmer inte att avtalet är ett stöd utan krav på motprestation som endast är förenat med vissa krav på rapportering. Det framgår av avtalet att Hallands Matgille ska inkomma med en hållbarhetsanalys och handlingsplan innan pengar betalas ut. När denna handlingsplan och hållbarhetsanalys har överenskommits blir den en del av avtalet eftersom det ska rapporteras innan ytterligare pengar betalas ut. Av avtalet och uppdragsbeskrivningen framgår vidare att Hallands Matgille ska utföra ett antal uppdrag. I uppdragsbeskrivningen är detta listat under tre rubriker: Kommunikation kring den halländska maten; Affärsutveckling måltidsturism och Samverkan. Under rubrikerna listas vad uppdragen innefattar. Resultatet av uppdragen ska senare rapporteras innan ytterligare medel betalas ut. Utbetalning av medel sker två gånger under avtalet. Det stämmer att vissa av uppdragen är beredare beskrivna men det finns inget krav i LOU på viss detaljnivå för att det ska kunna vara fråga om ett offentligt kontrakt. Vissa uppdrag är mer detaljerat beskrivna. Dessa uppdrag skulle inte utföras på det sätt som regionen specificerat om inte regionen betalade ut ersättning till Hallands Matgille. Regionen och Hallands Matgille ska även ha ett nära samarbete och regelbundna avstämningar enligt en bestämd agenda vid fyra tillfällen under avtalstiden för att parterna ska ha en samsyn om vad som ska genomföras. Regionen kan i samband med detta och i

kombination med den granskning och uppföljning som regionen gör styra Hallands Matgille att utföra tjänsterna i avtalet och tydligare definiera de tjänster som regionen har ett behov av. Det är således tydligt att det dels finns förpliktelser enligt avtalet och att det både ska ske en motprestation innan pengarna betalas ut över huvud taget och en motprestation för att pengar fortsatt ska betalas ut. Det är korrekt att det inte finns några explicita sanktioner i avtalet men detta krävs inte för att det ska finnas ömsesidiga förpliktelser i ett avtal.

Regionen menar att den andra delen av stödet betalas ut automatiskt utan krav på ytterligare inlämning av dokumentation. Såsom avtalet och uppdragsbeskrivningen är formulerade skulle det vara möjligt att innehålla den andra betalningen om kraven i avtalet, uppdragsbeskrivningen och handlingsplanen inte skulle ha uppfyllts eller genomförts i enlighet med hållbarhetsanalysen. En reglering där stöd betalas ut i två delbetalningar får antas ha just funktionen att resten av stödet inte ska betalas ut om inte leverantören utför sina åtaganden enligt avtalet. Följden av att dela upp en betalning i två delar gör att upplägget går att använda som påtryckning och kontroll för att de tjänster som ska utföras också utförs.

Om Hallands Matgille inte skulle utföra tjänsterna enligt avtalet har regionen möjlighet att innehålla betalning men även att kräva påföljder utifrån allmänna avtalsrättsliga principer. Dessutom finns det en ömsesidig rätt att säga upp avtalet. Det hade inte funnits någon anledning att ha med en uppsägningsmöjlighet om avtalet inte reglerade ömsesidiga förpliktelser. Det är därmed tydligt att avtalsförhållandet mellan regionen och Hallands Matgille präglas av att det innebär ett uppdrag med tjänster som ska utföras och sker inte detta så kan regionen innehålla betalning och säga upp avtalet och utöver det även kräva påföljder utifrån allmänna avtalsrättsliga principer. Avtalet ger därtill regionen möjlighet att begära återbetalning om de avtalade tjänsterna inte utförs.

Regionen anför att avtalets syfte inte är att tillgodose ett på förhand definierat behov från regionen. Eftersom det av avtalet och uppdragsbeskrivningen tydligt framgår vad som ska utföras och att avtalet syftar till att uppfylla regionens tillväxtstrategi, delar inte Konkurrensverket regionens bedömning. Sammantaget är avtalet ett offentligt kontrakt med ömsesidiga förpliktelser som går att göra gällande rättsligt. Avtalet är således ett offentligt kontrakt som är upphandlingspliktigt.

Den yrkade avgiften är ändamålsenlig och proportionerlig. Rättsläget är inte oklart när det gäller innebörden av de aktuella undantagen eller regionens skyldighet att följa annonseringskravet i detta fall. I övrigt har inte regionen åberopat några förmildrande omständigheter och inte heller har några sådana kommit fram under Konkurrensverkets utredning. Upprepade överträdelser är en försvårande omständighet både enligt förarbeten och praxis (jfr Kamrarrätten i Stockholms dom den 7 juli 2020 i mål nr 8538-19 och Kamrarrätten i Göteborgs beslut den 9 oktober 2018 i mål nr 295-18). Den tidigare domen avseende upphandlingsskadeavgift vann laga kraft den 17 december 2020, vilket är mindre än fyra år tillbaka från det att ansökan i aktuellt mål gavs in. Sammantaget är den yrkade avgiften en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för överträdelsen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 LOU i dess lydelse före den 1 januari 2024 ska tillämpas i målet.

Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt (1 kap. 2 § LOU).

Med *kontrakt* avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och
2. avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad (1 kap. 15 § LOU).

Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader (1 kap. 16 § LOU).

I 10 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet genom en anbudsinfordran ska informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling.

En allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), 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 § (21 kap. 1 § 3 LOU).

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3 (21 kap. 2 § andra stycket LOU).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Vid fastställande av avgiftens 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. 4 och 5 §§ LOU).

Förvaltningsrättens bedömning*Undantagen unionsrätten*

Regionen gör gällande att det avtal som tecknats mellan regionen och Hallands Matgille utgör en sådan befogenhetsöverföring från regionen till Hallands Matgille som enligt praxis från EU-domstolen inte ger upphov till ett offentligt upphandlingskontrakt. Regionen gör således gällande att avtalet utgör en sådan åtgärd som rör medlemsstaternas interna organisation och som således omfattas av den frihet som medlemsstaterna säkerställs enligt artikel 4.2 i FEU.

För en befogenhetsöverföring enligt 4.2 FEU krävs det att den offentliga makten överförs, att organet till vilken befogenheten överförs är ekonomiskt självständigt och att den ursprungliga myndigheten inte fortfarande har det huvudsakliga ansvaret över åtgärden (EU-domstolens dom Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985). I aktuellt fall rör det sig inte om överföring mellan två myndigheter och regionen har inte överlämnat ansvaret för regional utveckling och turism till Hallands Matgille. Det framgår av avtalet att Hallands Matgille blir en samarbetspartner och ett verktyg för regionen att nå sina tillväxtmål, snarare än att Hallands Matgille övertar regionens ansvar för utveckling av regional turism. Någon befogenhetsöverföring som undantas unionsrätten har därmed inte gjorts.

Är avtalet ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor?

För att det ska vara fråga om ett offentligt kontrakt i upphandlingsrättslig mening krävs att ett avtal med ekonomiska villkor har ingåtts mellan en myndighet och en leverantör som innebär att den upphandlande myndigheten som ingår kontraktet erhåller en prestation som är av direkt ekonomiskt intresse för myndigheten mot vederlag. Ett väsentligt kännetecken för att det är fråga om ett offentligt kontrakt är att kontraktet är ömsesidigt förpliktande (EU-domstolens avgörande i mål nr C-796/18, EU:C:2020:395, punkt 40).

Begreppet ska kontrakt tolkas vidsträckt och omfatta såväl alla former av ersättningar som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att bl.a. utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning. Definitionen av kontrakt och det nationella regelverk vari direktivbestämmelserna tillämpas ska tolkas på så sätt att direktivens ändamålsenliga verkan säkerställs (mål C-399/98 *Ordine degli architetti*, p. 52, 55 och 85). Det är inte den rättsliga beteckningen av en viss avtalsrelation i sig som är viktig utan innebörden av denna tolkad i funktionella termer. När det gäller tolkningen av begreppet kontrakt saknas det därför betydelse hur parterna har valt att benämna en viss överenskommelse (EU-domstolens avgörande i mål nr C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 54).

För att ta ställning till om ett visst agerande eller en viss transaktion mellan en myndighet och en eller flera leverantörer som innefattar flera moment kan kvalificeras som ett offentligt kontrakt behöver transaktionen bedömas i sin helhet med beaktande av dess syfte (EU-domstolens avgörande mål nr C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 37).

Med begreppet ekonomiska villkor avses att varje part åtar sig att utföra en prestation i utbyte mot en annan (EU-domstolens avgörande mål C-367/19 *Tax-Fin-Lex*, p. 25).

Avtalet mellan regionen och Hallands Matgille har ingåtts skriftligen mellan parterna och är betecknat som ett avtal. Avtalet förefaller ha ingåtts efter att regionen gjort en form av urval vilket talar för att det rör sig om ett offentligt kontrakt snarare än ett bidrag till Hallands Matgille (jfr EU-domstolens avgöranden C-410/14 *Falk Pharma* och C-9/17 *Tirkkonen*).

Avtalet omfattar utförande av tjänster i fråga om olika uppdrag avseende marknadsföring, affärsutveckling och utvecklingsrådgivning. Avtalet innebär

att Hallands Matgille ska genomföra vissa specifika tjänster för regionen som ett led i regionens uppdrag avseende regional turism. Förvaltningsrätten bedömer att detta är tjänster som erbjuds på en konkurrensutsatt marknad. Eftersom Hallands Matgille erbjuder tjänster på en konkurrensutsatt marknad är Hallands Matgille att betrakta som en leverantör i upphandlingsrättslig mening (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2020 ref. 15).

Av avtalet och uppdragsbeskrivningen framgår beskrivningar av uppdrag som Hallands Matgille förväntas utföra. Även om flera av uppdragen är generellt beskrivna är delar av dem tydligt formulerade. Således framgår det av avtalet vilka prestationer som Hallands Matgille enligt avtalet förväntas utföra. I avtalet finns bestämmelser om planering och uppföljning av uppdragen och att Hallands Matgille ska delta på olika möten och vara med på samverkansform. Förvaltningsrätten anser i likhet med Konkurrensverket att de förpliktelser som framgår av avtalet är för långtgående och i delar för detaljerade för att avtalet ska anses vara ett bidrag.

I avtalet saknas avtalade sanktioner men det framgår att det ska göras en årlig rapportering som grund för beslut om fortsatt bidrag. Rapporteringen är kopplad till Hallands Matgilles prestation i avtalet. Det är svårt att se vad regionen skulle ha för incitament att fortsätta betala ut stöd om den var missnöjd med prestationen. Regionen bedöms genom detta förfarande i praktiken ha ställt upp krav på prestation för att ytterligare betalning ska ske. I avtalet finns ett ömsesidigt villkor som möjliggör att avtalet kan sägas upp. Detta talar för att avtalet är förpliktigande för parterna. Även om det saknas sanktioner i avtalet får Hallands Matgille anses vara skyldig att utföra tjänsterna som framgår i avtalet. Genom avtalet har det därmed uppstått rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär mellan regionen och Hallands Matgille.

Mot bakgrund av att syftet med avtalet är att uppnå målsättningarna i regionens tillväxtstrategi bedöms regionen ha ett direkt ekonomiskt intresse av att få tjänsterna utförda.

Förvaltningsrätten bedömer sammantaget att avtalet är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor. Avtalet innebär att Hallands Matgille tillhandahåller tjänster och en prestation mot vederlag. Avtalet är av direkt ekonomiskt intresse för regionen och genom avtalet har det uppstått rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär mellan regionen och Hallands Matgille. Avtalet är därmed ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor i upphandlingsrättslig mening.

Upphandlingsplikt och undantag

Avtalet avser ett tjänstekontrakt och uppgår till ett värde på 3 000 000 kr. Avtalets värde översteg det vid tidpunkten gällande tröskelvärdet och skulle därför annonserats som en upphandling. Upphandlingslagstiftningen innehåller inget undantag för tjänster av de slag som omfattas av avtalet och det finns i övrigt inget tillämpligt undantag från annonseringskravet i aktuellt fall. Eftersom regionen inte annonserat upphandlingen var upphandlingen av avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Eftersom regionen genomfört en otillåten direktupphandling finns det grund för att besluta om en upphandlingsskadeavgift.

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.

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 LOU som regionen 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.

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 överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarig. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten, som exempelvis ett upprepat beteende, bör ses som en försvårande omständighet. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet (se förarbetsuttalandena i prop. 2009/10:180 s. 197 f.).

Regionen har genomfört en otillåten direktupphandling. Det rör sig alltså om en av de allvarigaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket betyder att sanktionsvärdet är högt. Att regionen tidigare fått en upphandlingsskadeavgift utdömd på grund av en otillåten direktupphandling är en försvårande omständighet. Det har enligt förvaltningsrättens inte kommit fram några förmildrande omständigheter. En upphandlingsskadeavgift om 230 000 kronor bedöms med anledning av detta och utifrån upphandlingens värde och omständigheterna i övrigt vara en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion för regionen. Förvaltningsrätten bifaller därför Konkurrensverkets ansökan i sin helhet.

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

Niklas Karlsson
Rådman

Föredragande i målet har varit specialistföredragande Carolina Svensson.