



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

Enhet 2

DOM
2023-06-21
Meddelad i Karlstad

Mål nr
2785-22

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Region Värmland

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Region Värmland ska betala 1 290 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

ANSÖKAN

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Region Värmland (regionen) ska betala 1 290 000 kr i upphandlingsskadeavgift och anför bl.a. följande.

Regionen har beslutat att tillhandahålla en gåva till sina anställda. Gåvan skulle avse ett värde om 2 000 kr per anställd och den skulle tillhandahållas i form av presentkort. Regionen har under perioden den 24–31 augusti 2021 slutit avtal om presentkort med Aktiva Arvika, Centrum Karlstads Utveckling AB och Näringslivsföreningen Torsby alltid tillsammans, Hammarö Köpmannaförening/Skoghalls Folkets hus förening u.p.a., Hela Hagfors näringslivsförening, Omtänksamma Kristinehamn ideell förening och Säffle Köpmannaförening utan föregående annonsering. Avtalen utgör otillåten direktupphandling. För leverantörernas del innebar avtalen åtaganden om att tillhandahålla ett visst antal presentkort som var laddade med 2 000 kr per kort och som kunde bytas mot varor och tjänster till detta värde inom ”centrumhandel i Värmland” på viss ort som specificerats i kravbilagan till avtalen. För regionens del innebar avtalen åtaganden om att erlagga en ersättning till leverantörerna om 2 000 kr per presentkort, samt en mindre kostnad för administration.

LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § och 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar av kontrakt och ramavtal över tröskelvärdet (2 197 545 kr) respektive direktupphandlingsgränsen (615 312 kr) annonseras. För att det ska röra sig om ett kontrakt enligt LOU ska avtalet innebära att den upphandlande myndigheten väljer vilken leverantör som ska utföra tjänsterna eller leverera varorna. Att det ska röra sig om en anskaffning och att det ska föreligga ekonomiska villkor innebär att den upphandlande myndigheten ska ha ett direkt ekonomiskt intresse av den avtalade prestationen, att leverantören ska åta sig att utföra den

prestation som är föremål för kontraktet mot ett vederlag, och att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär mellan parterna. Vid bedömningen av om det föreligger ett direkt ekonomiskt intresse har det inte någon avgörande betydelse om anskaffningen är avsedd för ett offentligt ändamål. Det saknar också betydelse om leverantörens motprestation kommer den upphandlande myndigheten eller tredje man till godo.

Av avtalen framgår att det rör sig om sådana avtal med ekonomiska villkor, av direkt ekonomiskt intresse för regionen, som utgör ramavtal, eller möjligen kontrakt, i den mening som avses i LOU. Avtalen innebär att regionen anskaffar presentkort åt sina anställda av leverantörerna mot ersättning, att leverantörernas åtaganden i avtalen möjliggör för regionen att ge en gåva till sina anställda, och att det i vart fall senast i samband med avrop uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Avtalen innebär att regionen väljer vilken leverantör som ska tillhandahålla presentkortet och som åtar sig att korten går att använda i centrumhandeln i den ort som specificeras i respektive avtal. Huruvida leverantörerna tillgodoser samtliga åtaganden på egen hand, eller genom underentreprenörer, saknar betydelse för bedömningen.

Av värdeberäkningsreglerna i 19 kap. LOU följer att värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Avtalen innehåller priser för presentkort och administration, men saknar totalt angivet värde. Mot bakgrund av att avtalen reglerar att ”avrop” ska ske i nära anslutning till att avtalen slöts anser Konkurrensverket att avropat värde i detta specifika fall kan användas för uppskattning av värdet vid den relevanta tidpunkten. Konkurrensverket utgår därför från att värdet uppgår till minst det avropade värdet. Regionen har anskaffat presentkort från Aktiva Arvika till ett värde om 1 763 024 kr (878 x (2 000 kr + 8 kr för förmedling/

administration)), från Centrum Karlstads Utveckling AB till ett värde om 13 815 040 kr (6 880 x (2 000 kr + 8 kr för förmedling/administration)), från Hela Hagfors näringslivsförening till ett värde om 214 000 kr (107 x 2 000 kr), från Näringslivsföreningen Torsby alltid tillsammans till ett värde om 1 361 424 kr (678 x (2 000 + 8 kr för förmedling/administration)), från Omtänksamma Kristinehamn ideell förening till ett värde om 769 830 kr (383 x (2 000 kr + 10 kr för förmedling/administration)), samt från Säffle Köpmannaförening till ett värde om 380 855 kr (190 x (2 000 kr + 4,5 kr för förmedling/administration)). Från Hammarö Köpmannaförening/Skoghalls Folkets Hus förening saknas av någon anledning avrop, men det får antas att det vid avtalstidpunkten uppskattades att det skulle nyttjas. Det är därför inte sannolikt att det har saknat värde. Det sammanlagda värdet av avtalen är således minst 18 304 173 kr. Av omständigheterna följer att avtalen utgör delkontrakt i samma upphandling. De avser samma avtalsföremål, har ingåtts nära i tid, och syftet har varit att tillgodose regionens samlade behov av presentkort till anställda.

Det sammanlagda värdet av upphandlingen av avtalen överstiger såväl direktupphandlingsgräns som tillämpligt tröskelvärde. Detta talar för att bestämmelserna om krav på annonsering i 10 kap. LOU ska tillämpas på upphandlingen av avtalen. Eftersom upphandlingen består av delkontrakt ska emellertid de särskilda bestämmelserna om beräkning av värde vid delkontrakt beaktas. Detta medför att även bestämmelserna om krav på annonsering i 19 kap. LOU aktualiseras. Värdet av delkontrakten med Aktiva Arvika, Centrum Karlstads Utveckling AB och Näringslivsföreningen Torsby alltid tillsammans överstiger var för sig 80 000 euro. Det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt är 16 939 488 kr. Upphandlingen av dessa delkontrakt omfattas av bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet och borde därför ha föregåtts av annonsering enligt 10 kap. LOU om inget undantag var tillämpligt. Värdet av delkontrakten med Hammarö Köpmannaförening/Skoghalls Folkets Hus förening, Hela Hagfors näringslivsförening, Omtänksamma

Kristinehamn ideell förening och Säffle Köpmannaförening understiger var för sig 80 000 euro. Det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt uppskattas till 1 364 685 kronor, vilket understiger 20 procent av värdet av alla delkontrakt ($18\,304\,173 \times 0,2 = 3\,660\,835$). Upphandlingen av dessa delkontrakt omfattas därför av bestämmelserna om upphandling i 19 kap. LOU. Eftersom det rör sig om direktupphandlingar av samma slag som har gjorts under samma räkenskapsår ska värdet av samtliga delkontrakt beaktas vid beräkningen av värdet i denna del. Värdet av dessa delkontrakt överstiger direktupphandlingsgränsen och upphandlingen borde därför i denna del ha annonserats enligt 19 kap. 9 § LOU. Det har inte framkommit några omständigheter som talar för att avtalen omfattas av något undantag från kraven på annonsering.

Upphandlingens värde är 18 304 173 kr. Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 1 830 417 kr ($16\,939\,488 \times 0,1$) + ($1\,364\,685 \times 0,1$). Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt. Omständigheterna är varken förmildrande eller försvårande. Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 1 200 000 kr (avtalen med Aktiva Arvika, Centrum Karlstads Utveckling AB och Näringslivsföreningen Torsby alltid tillsammans) samt 90 000 kr (avtalen med Hammarö Köpmannaförening/Skoghalls Folkets Hus förening, Hela Hagfors näringslivsförening, Omtänk-samma Kristinehamn ideell förening och Säffle Köpmannaförening) är en lämplig och proportionerlig sanktion för aktuella överträdelser.

PARTERNAS TALAN

Regionen motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Regionen har gjort en korrekt beräkning av avtalsvärdet och har inte utfört en otillåten direktupphandling. De 2 000 kronorna är inte en ersättning till leverantörerna för utfört arbete. Angiven summa per presentkort är uteslutande den summa som skulle laddas på de aktuella presentkorterna. Summorna har med andra ord

ingenting att göra med leverantörerna. Den ersättning leverantörerna fått för att tillhandahålla tjänsten är de summor avtalen omfattar, dvs. en administrativ avgift för utförandet av tjänsten att ladda presentkortet med avtalad summa, samt i vissa fall även kostnadstäckning för det plastkort som summorna laddades på. Ingen del av 2 000 kr per presentkort har enligt avtal gått till leverantörerna av den administrativa tjänsten. Av kravbilagan framgår tydligt att regionen med uttrycket ”pris” avser pris för administration, vilket omfattar plastkortet, övriga kostnader såsom paketering och liknande. Det framgår av upphandlingsdokumenten att det är en tydlig skillnad på priset för plastkortet som ingår i de administrativa tjänsterna, och det värde som enligt avtal ska laddas på de kort som köps. Offererat pris för tjänsten, inbegripet kostnaden för de fysiska presentkortet som gått till de anställda, varierar enligt anbuden mellan 0 och 10 kr. Det torde därmed vara visat att priset för presentkortet inte är 2 000 kr.

Det laddade värdet har oavkortat gått till de anställda i form av gåva. Det värde presentkortet laddats med är en gåva från regionen till de anställda. Benefika transaktioner omfattas inte av LOU, se exempelvis Ds 2009:30, s. 333. Regionens hade ett behov av administrativ hjälp med att hantera värdekopplingen till presentkortet, samt med att få desamma levererade för vidare distribution till de anställda. Regionens skulle inte komma att förvärva äganderätt och/eller nyttjanderätt till de varor och/eller tjänster som eventuellt skulle komma att köpas av de anställda privat. Regionens skulle inte komma att garanteras rättslig tillgång till de varor och/eller tjänster som eventuellt skulle komma att köpas av de anställda privat med presentkortet, varken för offentlig användning eller annan användning. Regionens kunde inte heller påräkna någon ekonomisk fördel i en eventuell framtida användning eller överlåtelse av sådana varor och/eller tjänster som de anställda eventuellt införskaffar med gåvan privat. Gåvan innebar tvärtom en ren kostnad för Regionens. Regionens saknar direkt ekonomiskt intresse av de gåvor som de anställda köpt för de pengar regionens givit dem i gåva, och dessa summor bör därför inte omfattas av reglerna i LOU.

Avtalets värde utgörs av den sammanlagda förmedlingsavgiften enligt avtalen, dvs. 240 000 kr. Detta ligger under tröskelvärdet för kravet på annonserad upphandling. Upphandlingen har inte utgjort en otillåten direktupphandling.

Att regionen inte på något vis får del av eller fördel av eller på annat sätt har vinning av de gåvor som delats ut till de anställda, samt att regionen agerat i enlighet med intentionerna i den tillfälliga lagen, torde utgöra förmildrande omständigheter.

Konkurrensverket vidhåller ansökan och tillägger följande. Av fakturerings- och betalningsvillkoren framgår att regionen ska betala hela ersättningen för presentkortet till leverantörerna. Upphandlingen har således inte endast avsett förmedling av presentkort utan även själva presentkortet till ett värde av 2 000 kr per kort. Presentkortet utgör en specifik produkt med särskilda egenskaper. De kan endast användas för köp till ett visst belopp, i en centrumhandel i en viss kommun och inom en viss tid. Även om presentkortet har ett ekonomiskt värde kan de därför inte jämföras med pengar. Varje avtal har ingåtts mellan regionen och en leverantör. De näringsidkare vars varor och tjänster presentkortet ska kunna bytas mot omfattas inte av avtalen. Presentkortet kan jämföras med julklappar eller andra förmåner som en arbetsgivare tillhandahåller sina anställda i personalvårdande syfte. Presentkortet har således utgjort ett behov i regionens verksamhet vilket har tillgodosetts genom avtalen med leverantörerna. Det framgår klart av avtalen att regionen förfogar rättsligt över presentkortet genom att skänka dem till de anställda. Mot denna bakgrund måste regionen också anses ha haft ett direkt ekonomiskt intresse av att leverantörerna presterat i enlighet med avtalen och att de anställda har fått de presentkort som regionen har utlovat. Att regionen saknar ägande- eller nyttjanderätt till de varor och tjänster som de anställda i sin tur kan ha köpt för presentkortet har ingen betydelse för denna bedömning, eftersom det inte är dessa varor och tjänster som omfattas av avtalen. Upphandlingens värde ska beräknas på hela den avtalade ersättningen till leverantörerna.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Av 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), i för målet tillämplig lydelse, framgår att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala 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. 9 § eller 36 § första stycket.

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

Av 21 kap. 5 § LOU framgår att 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.

I förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.) framgår bl.a. följande om fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Vid bestämmande av upphandlingsskadeavgiften ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Vad gäller otillåtna direktupphandlingar så anses dessa vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och motiverar en avgift hänförlig till den högre skalan av avgiftsramen. 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. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Förmildrande omständigheter kan föranleda att upphandlingsskadeavgiften bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte alls döms ut. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. 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.

Beträffande fall då eftergift kan komma i fråga p.g.a. synnerliga skäl framgår följande i förarbetena till lagen. Denna möjlighet ska användas restriktivt och främst ses som en ventil för rena undantagsfall. Regeln är avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande myndigheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar alltså inte rätt till direktupphandling a. prop. s. 370).

Förvaltningsrättens bedömning

Regionen har upphandlat presentkort till regionens anställda. Presentkorten ska laddas med 2 000 kr. Det framgår av avtalen mellan regionen och leverantörerna av presentkorten att "Leverantören åtar sig att till Region Värmland leverera presentkort till ett värde av 2 000 sek i enlighet med detta avtal och övriga handlingar som legat till grund för detta avtal, offertförfrågan samt enligt de villkor som framgått av den dialog som förts mellan regionen och leverantören". Därtill kommer en mindre administrativ kostnad. Utredningen visar inte annat än att regionen ska betala hela ersättningen för presentkorten till leverantörerna. Upphandlingen har således inte endast avsett förmedling av presentkort (kostnad för administration) utan även presentkorten till ett värde av 2 000 kr per kort. Genom förvärvet har regionen fått äganderätt till presentkorten med dess därpå laddade värde. Att ge presentkort till anställda och därigenom visa uppskattning för de anställdas insatser i regionens verksamhet får anses ligga inom ramen för regionens ekonomiska intresse såsom arbetsgivare. Det saknar betydelse för frågan huruvida ett kontrakt föreligger mellan regionen och leverantörerna av presentkorten att regionen senare har överlåtit presentkorten i gåva till de anställda eller att regionen inte har någon äganderätt till de inköp som de anställda sedermera kommer att göra.

Avtalen avser samma avtalsföremål och har ingåtts nära i tid. Avtalen utgör därvid delkontrakt i samma upphandling och det sammanlagda värdet av upphandlingen av avtalen ska därmed beaktas vid bestämmandet av värdet av upphandlingen. Det sammanlagda värdet av presentkortet överstiger gränsen för direktupphandling. Det är således fråga om en otillåten direktupphandling. Grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift föreligger därmed.

När det gäller sanktionsavgiftens storlek framgår av ovan återgivna förarbetsuttalanden att ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Exempelvis anses otillåtna direktupphandlingar vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses högt.

I nu aktuellt fall har det i enlighet med det ovan sagda gjorts en otillåten direktupphandling vilket anses vara en allvarlig överträdelse. Det finns därmed grund för att påföra regionen en upphandlingsskadeavgift. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift i enlighet med vad Konkurrensverket har yrkat är en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Det har inte framkommit synnerliga skäl för att efterge avgiften. Ansökan ska därför bifallas.

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

Carina Ludvigsson

Rådman

Föredragande: Lars Överström