



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 5

DOM
2023-09-18
Meddelad i Stockholm

Mål nr
19352-22

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Tyresö kommun

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Med delvis bifall till Konkurrensverkets ansökan beslutar förvaltningsrätten att Tyresö kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 350 000 kr.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten, med stöd av 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, ska besluta att Tyresö kommun ska betala 450 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Skälen för ansökan framgår av bilaga 1 (till ansökan fogade underbilagor har här uteslutits).

Tyresö kommun (kommunen) bestrider, genom dess kommunstyrelse, bifall till det yrkade beloppet och yrkar att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till hälften av det belopp som framgår av ansökan. Kommunen bestrider vidare att det är kommunen som är den upphandlande myndigheten. Kommunen anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Kommunen medger att det har skett en otillåten direktupphandling i samband med att kommunen förlängde ett tidigare avtal om hyra av virtualiseringsplattform och köp av tillhörande tjänster. Kommunen anser dock att det vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska tas hänsyn till den situation som coronapandemin gav upphov till för kommunens räkning. Kommunen hänvisar i denna fråga till det som anförts i ärendet hos Konkurrensverket. Kommunen anser att det är kommunstyrelsen som är den upphandlande myndigheten eftersom det är nämnderna som är de beslutande myndigheterna i kommunen generellt och nämnderna, enligt kommunens styrdokument, beslutar om inköp på sina områden.

Konkurrensverket vidhåller sin ansökan och anför bl.a. följande.

Konkurrensverket har inget ytterligare att anföra i målet i fråga om det föreligger grund för upphandlingsskadeavgift och om den aktuella överträdelsens sanktionsvärde, utan vidhåller i de delarna vad som anförts i ansökan.

Frågan om det är Tyresö kommun eller kommunstyrelsen i Tyresö kommun som är upphandlande myndighet har ingen direkt betydelse i målet, vare sig i fråga om upphandlingens värde eller för att det finns tidigare felaktiga upphandlingar som utgör försvårande omständigheter. Det finns inte heller hinder mot att döma ut en avgift oavsett om det är kommunen eller kommunstyrelsen som är upphandlande myndighet. Frågan skulle dock kunna betyda betydelse för eventuella framtida processer.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU följer att 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 § LOU.

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

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 följer 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.

Förvaltningsrättens bedömning*Frågan om vem som är den upphandlande myndigheten*

Förvaltningsrätten instämmer i Konkurrensverkets inställning att det är kommunen som är att anse som upphandlande myndighet i det aktuella fallet. Förvaltningsrätten gör denna bedömning bl.a. mot bakgrund av vad som framkommit om att upphandlingen har gjorts för att täcka kommunens behov samt då det har varit kommunen som har varit avtalspart i de i målet aktuella avtalen. Förvaltningsrätten anser därför att kommunen är rätt motpart i målet.

Finns det grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift?

Konkurrensverket har till stöd för sin ansökan åberopat att kommunen den 30 september 2021, utan föregående annonsering, har ingått ett avtal med Teknik i Media Datacenter Stockholm AB (Datacenter) om hyra av virtualiseringsplattform och köp av tillhörande tjänster, trots att förutsättningarna för detta saknades. Konkurrensverket har i ansökan fört fram att kommunen, under 2020 till 2022, har löst behovet av en virtualiseringsplattform genom att ingå ett flertal avtal med Datacenter utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning i denna fråga än den som Konkurrensverket har gjort och som också vitsordats av kommunen. Förvaltningsrätten anser därför att kommunen/kommunstyrelsen, genom att ingå de aktuella avtalen om virtualiseringsplattform utan föregående annonsering, har genomfört en otillåten direktupphandling och att det därmed finns grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift. Fråga är då till vilket belopp upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Med hänsyn till att det har rört sig om en otillåten direktupphandling anser förvaltningsrätten att överträdelsen inte kan anses som ringa. Enligt rättens mening finns det därför inte skäl att sätta ned avgiften till noll med hänsyn till att det har varit fråga om en ringa förseelse. Några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte gjorts gällande och har inte heller i övrigt kommit fram. Upphandlingsavgiftens storlek ska därmed enligt 21 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Det är ostridigt att upphandlingens totala värde uppgår till 5 729 730 kr. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom intervallet 10 000 kr–572 973 kr ($5\,729\,730 \times 0,1$). Inom de angivna beloppsramarna har domstolen ett utrymme att fastställa avgiftens storlek.

Av förarbetena till LOU framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Hänsyn ska tas till både förmildrande och försvårande omständigheter. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara.

Otillåten direktupphandling anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis

lång tid eller högt värde. Vikt kan också läggas vid om avtalet i fråga fortfarande är giltigt. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida vara fråga om ett upprepat beteende i fråga om att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat förfarande bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållandet att den upphandlande myndigheten på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet (se prop. 2009/10:180 s. 196 f. och s. 369 f.).

Kommunen har i ärendet hos Konkurrensverket anfört att pandemin bl.a. medförde en ökad arbetsbelastning för dess upphandlingsenhet och IT- och digitaliseringsstab samt att kommunen under pandemin var tvungen att omfördela resurser till andra områden. Förvaltningsrätten anser att det inte finns skäl att ifrågasätta vad kommunen har anfört om att den har tvingats till svåra prioriteringar till följd av pandemin. Vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek bör det, enligt rättens mening, finnas utrymme att ta hänsyn till de utmaningar som uppstått för kommunen till följd av pandemins utbrott. Enligt förvaltningsrättens mening får det som kommunen har anfört om ökad arbetsbelastning under pandemin därmed anses utgöra en sådan förmildrande omständighet som ska beaktas vid bestämmande av den i målet aktuella överträdelsens allvarlighetsgrad.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i målet anser förvaltningsrätten att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till ett delvis lägre belopp än det som yrkats av Konkurrensverket. Förvaltningsrätten anser att ett belopp om 350 000 kr får anses väl avvägt i förhållande till den konstaterade överträdelsen och vad som i övrigt kommit fram i målet. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas på så sätt att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift om 350 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR-05).

Christoffer Andersson Calafatis

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.