



KLAGANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Tyresö kommun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 18 september 2023
i mål nr 19352-22, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avvisar Tyresö kommuns yrkande om att Kommunstyrelsen ska anses vara upphandlande myndighet.
 2. Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar att Tyresö kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 450 000 kr.
-

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att upphandlingsskadeavgiften bestäms till 450 000 kr och för bl.a. fram följande. Med hänsyn till överträdelsens allvar och att kommunen under lång tid inte har vidtagit några åtgärder för att genomföra en korrekt upphandling kan en avgift om 350 000 kr inte anses utgöra en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion. Det är inte fråga om en upphandling av varor eller tjänster som har anskaffats för verksamheter som har ett direkt samband med pandemin. Det rör sig i stället om att kommunen under i vart fall ett och ett halvt år har prioriterat bort att göra en annonserad upphandling av virtualiseringstjänster. Det har inte framkommit några omständigheter som visar att det inte har varit möjligt eller mycket svårt för kommunen att, under den i sammanhanget långa tidsperioden, förbereda och genomföra en annonserad upphandling. Konkurrensverket har bevisbördan för att det finns förutsättningar för att besluta om en upphandlingsskadeavgift. När detta har skett borde det dock finnas ett krav på den upphandlande myndigheten att i tillräcklig grad visa de förmildrande omständigheter som den åberopar och att tydligt visa på sambandet mellan dessa och den felaktiga upphandlingen.

Tyresö kommun anser att överklagandet ska avslås och yrkar att Kommunstyrelsen ska anses vara den upphandlande myndigheten. Kommunen för fram bl.a. följande. Det fanns ett behov av att upprätthålla olika kommunala verksamheter och de funktioner som kunde administrera verksamheterna samt att underlätta distansarbete, distansundervisning och digital kommunikation. Allt detta medförde ett ökat tryck på kommunens IT- och digitaliseringsstab. Det ökade behovet av fungerande effektiva digitala tjänster och support till användare var märkbart under hela pandemin. Digitaliseringstjänsterna var i direkt mening nödvändiga för att mer operativ verksamhet skulle kunna upprätthållas. Kommunens förmåga och prioriteringar påverkades av hur verkligheten såg ut.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för prövningen

Kommunen yrkar att det är Kommunstyrelsen som ska anses vara upphandlande myndighet. Kommunen har dock inte överklagat förvaltningsrättens dom. Yrkandet ska därför avvisas.

Frågan i målet är vilket belopp upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till i intervallet mellan det belopp som förvaltningsrätten har beslutat och vad Konkurrensverket har yrkat, dvs. 350 000 kr–450 000 kr.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

I målet är det fråga om en otillåten direktupphandling vilket i sig talar för att sanktionsavgiften borde fastställas till ett högt belopp. Upphandlingen avser virtualiseringstjänster. Det är alltså inte fråga om varor eller tjänster som har anskaffats för verksamheter som har ett direkt samband med pandemin, t.ex. sjukvårdsmaterial. Av utredningen framgår att kommunen, vid ett flertal tillfällen under år 2020 och 2021, har direktupphandlat tjänsterna utan föregående annonsering. Även om Konkurrensverket endast har lagt ett av avtalen till grund för sin ansökan om upphandlingsskadeavgift anser kammarrätten att denna omständighet till viss del får anses vara försvårande.

Kammarrätten ifrågasätter inte att kommunens arbetssituation var ansträngd under pandemin. Den aktuella upphandlingen genomfördes dock ett och ett halvt år efter pandemins utbrott. Vid denna tidpunkt borde kommunen ha hunnit anpassa sin verksamhet efter de nya förhållandena och fördelat om resurser så att en upphandling i enlighet med lagen hade kunnat genomföras. Några uppgifter som tyder på att en annonserad upphandling legat nära i tiden finns inte heller. Tvärtom har kommunen uppgett att den

haft för avsikt att förlänga avtalet ytterligare. Kammarrätten gör därför den bedömningen att hög arbetsbelastning till följd av pandemin inte kan anses vara en förmildrande omständighet i det aktuella fallet.

Det har inte kommit fram att det funnits några andra förmildrande omständigheter. Vid en samlad bedömning anser kammarrätten att en avgift om 450 000 kr är en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Konkurrensverkets överklagande ska därför bifallas och upphandlingsskadeavgiften fastställas till 450 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Cecilia Silfverhjälm
kammarrättsråd
ordförande

Johan Axelsson
kammarrättsråd

Anna Laaksonen
tf. assessor
referent