



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



**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.

Upphandlingskadeavgiftens 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. Upphandlingskadeavgiften 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 upphandlingskadeavgiften 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.

ANSÖKAN

2022-09-29

Dnr 650/2022

1(11)

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 5

INKOM: 2022-09-29

MÅLNR: 19352-22

AKTBIL: 1

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Tyresö kommun, 135 81 Tyresö

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 Tyresö kommun ska betala 450 000 (fyrahundrafemtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Tyresö kommun (Kommunen) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 30 september 2021 ingå avtal om hyra av virtualiseringsplattform och köp av tillhörande tjänster (Avtalet)¹ från Teknik i Media Datacenter Stockholm AB (Datacenter) utan föregående annonsering.²

Bakgrund och omständigheter

Den upphandlande myndigheten

1. Av 1 kap. 22 § LOU framgår att med upphandlande myndighet avses en statlig eller kommunal myndighet, där myndighet ska jämföras med bland annat beslutande församling i en kommun. Av HFD 2018 ref. 67 följer att en kommunal nämnd kan vara en egen upphandlande myndighet, under förutsättning att nämnden genomför upphandlingar självständigt och agerar självständigt i förhållande till kommunen.
2. Kommunen har anfört att kommunstyrelsen är upphandlande myndighet, sammanfattningsvis med hänvisning till att den har beslutanderätt i fråga om upphandlingar och har en egen budget. Konkurrensverket gör dock bedömningen att det är Tyresö kommun som ska ses som upphandlande myndighet i LOU:s mening.
3. Kommunen har inte visat på några styrdokument av vilka det uttryckligen framgår att kommunstyrelsen eller övriga nämnder är egna upphandlande myndigheter eller får disponera sina anslag helt självständigt. Upphandlingen har också gjorts för att täcka Kommunens behov, och det framgår av avtalen att det är Kommunen som är avtalspart i de aktuella avtalen.
4. Mot bakgrund av det anförda måste Kommunen och inte kommunstyrelsen anses vara upphandlande myndighet i målet.

Bakgrund till och sammanfattning av den aktuella direktupphandlingen

5. Under våren 2020 ingick Kommunen två avtal med Datacenter. Enligt uppgift från Kommunen ingicks avtalen utan föregående annonsering.
6. Det ena avtalet angav ramarna för samarbetet (Huvudavtalet).³ Huvudavtalets förstasida är daterad den 17 mars 2020, men undertecknat den 24 mars 2020 respektive 28 april 2020. Till Huvudavtalet är underavtal

¹ Bilaga 1; Avtalet utgörs av en överenskommelse i form av e-postmeddelanden som är uttryckta som en förlängning av tidigare ingånget avtal. Detta e-postmeddelande, liksom andra till andra till ansökan bilagerade e-postmeddelanden, har sänts in till Konkurrensverkets utredare som i sin tur har skrivit ut det, varför namnet på Konkurrensverkets föredragande jurist förekommer i bilagan, men den delen utgör inte en del av originalmeddelandet.

² Teknik i Media Datacenter Stockholm AB har under 2020 bytt namn till Videnca AB. För tydlighetens skull används namnet Datacenter genomgående.

³ Bilaga 2.

kopplade, vilka specificerar villkoren för varje enskild tjänst som tillhandahålls av Datacenter, och tillkommande avtal ska undertecknas av båda parter. Huvudavtalet löper från och med undertecknande till den 31 augusti 2020, men är i tillämpliga delar i kraft så länge som något av underavtalen är i kraft.⁴ I Huvudavtalet är inte närmare specificerat vilka it-tjänster som Datacenter ska leverera.

7. Det andra avtalet, som är ett underavtal till Huvudavtalet, specificerade de produkter och tjänster, dvs. hyra av en virtualiseringsplattform och tillhörande tjänster, som Kommunen anskaffade (Underavtal 1).⁵ Även Underavtal 1 är på första sidan daterat den 17 mars 2020 men undertecknat den 24 mars 2020 respektive 28 april 2020. Det upphörde att gälla den 31 augusti 2020.⁶
8. Den 21 december 2020 ingick Kommunen ytterligare ett underavtal med Datacenter som omfattade on-line backup (Underavtal 2).⁷ Underavtal 2 är utformat som ett tillsvidareavtal, och tjänsterna som köps in är andra än de som specificeras i Underavtal 1.
9. Kommunen har vidare vid olika tillfällen, efter att Underavtal 1 löpte ut den 31 augusti 2020, med ett intervall på några månader tecknat flera skriftliga avtal med Datacenter med i huvudsak samma villkor som Underavtal 1. Dessa avtal har av Kommunen betecknats som förlängningar och har ingåtts skriftligen via e-post vid olika tidpunkter till och med den 30 september 2021.⁸ Ett av dessa är Avtalet som ligger till grund för denna ansökan (se punkt 11 nedan).
10. Därutöver har ett tillägg till Underavtal 1 tecknats den 19 februari 2021 (Tilläggsavtalet).⁹ Avtalet innefattar dels en förlängning av Underavtal 1, dels ett tillägg till avtalet avseende en utökning av så kallade VMware-Licenser för plattform. De förlängningar av Underavtal 1 som har skett därefter har innefattat de förändringar som följer av Tilläggsavtalet.
11. Den 30 september 2021 ingick Kommunen Avtalet utan föregående annonsering. Under utredningen har Kommunen upplyst Konkurrensverket om att Avtalet löpte fram till den 31 januari 2022. Övriga villkor i Avtalet framgår av tidigare tecknade avtal.

⁴ P. 3 i Huvudavtalet.

⁵ Bilaga 3.

⁶ P. 1 och 2, jfr p. 5 i Underavtal 1.

⁷ Bilaga 4.

⁸ Bilaga 1 och bilaga 5–8. Notera att bilaga 5 saknar bekräftelse på anbud. Då fakturor tyder på att tjänsterna levererats, antas att accept av anbudet skett.

⁹ Bilaga 7.

12. Konkurrensverket har under utredningen inhämtat uppgifter om de utbetalningar som Kommunen har gjort till Datacenter avseende hyra av virtualiseringsplattform och köp av tilläggstjänster.¹⁰ Utredningen visar att Kommunen, även efter det att Avtalet löpte ut, har hyrt och köpt tjänster av Datacenter. Kommunen har under utredningen hos Konkurrensverket uppgett att den avser att förlänga avtalen med Datacenter att gälla som längst till och med den 15 mars 2023.

Vad Kommunen har anfört

13. Kommunen instämmer i att det inte finns något giltigt skäl att under ett och halvt år inte utannonsera en upphandling av det aktuella slaget. Det har däremot funnits skäl att skjuta på annonseringen en viss tid, och det har under den tiden funnits goda skäl att genom avtal ändå hyra den aktuella virtualiseringsplattformen. De främsta effekterna av Coronaepidemin var inte "hemarbete", utan en ökad arbetsbelastning för kommunen, inklusive upphandlingsenheten och framförallt IT och digitaliseringsstaben. För centralt placerade tjänstemän innebar pandemin förvisso hemarbete, men också en kraftigt ökad arbetsbelastning och ett ökande behov av att prioritera bland befintliga arbetsuppgifter.
14. Alla kommuner har uppdrag att bedriva samhällsviktig verksamhet, vilket gällde även under pandemin. Under pandemin var det stort fokus på hur man skulle kunna upprätthålla funktioner inom dessa verksamheter, både utifrån aspekten att man måste säkerställa att de kunde bemannas och att de skulle uppfylla gällande krav för att förhindra smittspridning. Till detta kom aspekten att digitala verktyg och användningen av dessa utvecklades mycket under pandemin. Kommunen ser ingen orsak för Konkurrensverket att ifrågasätta att Tyresö kommun, under pandemin, var tvungen att omfördela resurser till dessa områden. Vad gäller förhindrande av smittspridning fanns också behov av att bevaka vissa verksamheter, som idrottsanläggningar och bibliotek m.m. Därutöver var "normal" lagstiftning fortfarande tillämplig – med undantag för de restriktioner som lades på restauranter m.fl. – och kommunerna var tvungna att upprätthålla sin biståndsbedömning och sina olika tillsynsfunktioner samt hitta former för dem.
15. Kommunerna behövde också upprätthålla sitt beslutsfattande och sin kommunikation med kommuninvånare. Det uppstod alltså ett stort behov av att finna nya arbetsformer för beslutande politiska organ och att utveckla formerna för digitalt beslutsfattande och digitala sammanträden. För IT och digitaliseringsstaben, som var den som behövde göra beställningen av upphandling i detta fall, innebar dessutom de ökande

¹⁰ Bilaga 9.

kraven på tekniska lösningar för kommunikation i förvaltningen ett extra arbete i sig.

16. Sammantaget ledde således det beskrivna sammanhanget till hemarbete men också till en ökad arbetsbelastning. Detta utgör inte en ursäkt, men utgör en förmildrande omständighet att beakta vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Övergripande bestämmelser

17. Den 1 februari 2022 trädde nya upphandlingsrättsliga bestämmelser i kraft genom lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Äldre bestämmelser gäller dock fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.
18. Det aktuella avtalet ingicks den 30 september 2021, och Tyresö kommun påbörjade således upphandlingen innan dess. Eftersom nu aktuell upphandling påbörjats före den 1 februari 2022 ska ändringarna i LOU som trädde i kraft den 1 februari 2022 inte tillämpas.
19. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.¹¹ 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.¹²
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.¹³

Avtalets karaktär

21. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.¹⁴ Ett kontrakt i LOU:s mening är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer.¹⁵ Med tjänstekontrakt avses ett

¹¹ 4 kap. 1 § första meningen LOU.

¹² 4 kap. 2 § LOU.

¹³ 6 kap. 1 § LOU.

¹⁴ 1 kap. 2 § LOU.

¹⁵ 1 kap. 15 § LOU.

kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än byggentreprenad.¹⁶

22. Avtalet bygger huvudsakligen på villkoren i de ursprungliga avtalen som i sig omfattar både köp av varor och tjänster.¹⁷ Själva uppsättningen och migreringen av virtualiseringsplattformen ägde dock rum i samband med ingåendet av Underavtal 1. Det som Kommunen har köpt genom Avtalet utgörs enbart av tjänster. Bedömningen grundar sig i att Avtalet på olika sätt reglerar driften av den redan uppsatta och migrerade virtualiseringsplattformen. Även övervakning och licenser som avtalats hänförs till kategorin tjänst.¹⁸ Konkurrensverket gör därmed bedömningen att Avtalet utgör ett tjänstekontrakt.
23. Avtalet borde mot bakgrund av det anförda ha föregåtts av annonsering enligt LOU, förutsatt att upphandlingens värde översteg tröskelvärdet respektive direktupphandlingsgränsen, och att något särskilt undantag inte är tillämpligt.

Avtalets värde

Rättsliga förutsättningar

24. Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.¹⁹ I detta fall framgår inte kontraktsvärdena av respektive avtal.
25. Värdet av tjänstekontrakt som regelbundet återkommer ska uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret alternativt det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen.²⁰ Metoden för uppskattningen av upphandlingens värde får inte väljas med avsikten att undvika överskridande av tröskelvärdena.²¹ En upphandling får delas upp, så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga, endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.²²

¹⁶ 1 kap. 21 § och 1 kap. 9 § LOU.

¹⁷ Se bilaga 2 och 3.

¹⁸ Se bilaga 3.

¹⁹ 5 kap. 3 § LOU.

²⁰ 5 kap. 11 § LOU.

²¹ 5 kap. 6 § LOU.

²² 5 kap. 7 § LOU.



26. Om värdet av en upphandling är högre än tillämpligt tröskelvärde ska upphandlingen genomföras enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena. För kommunala myndigheter uppgick 2021 års tröskelvärde för tjänstekontrakt till 2 197 545 kronor exklusive mervärdesskatt. Direktupphandlingsgränsen uppgick vid tillfället till 615 312 kronor.

Avtalets värde överstiger gällande direktupphandlingsgräns och tröskelvärde

27. Kommunen har genom ett flertal avtal som har ingåtts med Datacenter under 2020 till 2022 löst behovet av en virtualiseringsplattform. Det rör sig om i stort sett samma behov och i stort sett likalydande avtal.²³ Som redogjorts för ovan har de ursprungliga avtalen förnyats genom flera på varandra följande avtal med ett intervall på tre till fem månader. Den aktuella varan och tjänsterna har införskaffats från samma leverantör och har ett naturligt samband med varandra. Konkurrensverket bedömer mot denna bakgrund att samtliga avtal rör samma sak. Tilläggsavtalet har ett direkt samband till virtualiseringsplattformen och måste därmed ses som en påbyggnad av redan existerande tjänster.²⁴

28. Även Underavtal 2 bedöms ha ett direkt samband med tidigare ingångna avtal. Underavtal 2 hänför sig framförallt till Huvudavtalet. Den backup-lösning som tillhandahålls av Datacenter genom Underavtal 2 har ett direkt samband med data som sparas eller behandlas genom Datacenters virtualiseringsplattform. Backuplösningen kan därför inte ses som en fristående tjänst utan anknytning till de övriga avtalen ingångna med Datacenter.²⁵

29. Vid uppskattningen av Avtalets värde ska därför värdet av samtliga inköp som Kommunen har gjort under den föregående tolv månadersperioden beaktas²⁶, dvs. september 2020–september 2021. Avtalets värde i denna del uppskattas till 2 609 250 kronor.²⁷

30. Värdet av Underavtal 2, som inte medräknats i punkt 29 ovan, löper parallellt och beräknas separat då det är ett tillsvidareavtal. Bestämmelsen i 5 kap. 13 § andra stycket LOU ska tillämpas i denna del. Vid beräkningen har medelvärdet av de månatliga utbetalningar som gjorts multiplicerats med 48.²⁸ Medelvärdet blir 65 010 kronor/månad och det sammanlagda kontraktsvärdet 3 120 480 kronor (48 x 65 010).²⁹

²³ Bilaga 1 och 5–9.

²⁴ Jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 februari 2014, mål nr 2510-13 och HFD 2017 ref. 74.

²⁵ Jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 februari 2014, mål nr 2510-13 och HFD 2017 ref. 74.

²⁶ 5 kap. 11 § 1 LOU.

²⁷ Bilaga 9 och 10.

²⁸ Medelvärdet är beräknat mellan perioden 29 april 2021 till 6 maj 2022.

²⁹ Bilaga 9.

31. Upphandlingens totala värde uppgår således sammanfattningsvis till 5 729 730 kronor (2 609 250 + 3 120 480) exklusive mervärdesskatt. Värdet överstiger därmed såväl direktupphandlingsgränsen som tillämpligt tröskelvärde. Avtalet skulle sett till detta värde ha annonserats enligt bestämmelserna i 10 kap. LOU.

Det har inte förelegat skäl för undantag från kravet på annonsering av upphandlingen

32. För att upphandlingar vars värde överskrider tillämpligt tröskelvärde ska få genomföras utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.
33. Det är tillåtet för en upphandlande myndighet att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU om det beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig. Undantaget ska tolkas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att villkoren är uppfyllda.³⁰
34. Att under ett och ett halvt år inte annonsera en upphandling av detta slag, även under de förutsättningar som covid-19-pandemin medförde, utgör inte synnerlig brådska. Konkurrensverket har förståelse för att Kommunen på grund av den uppkomna situationen under covidpandemin har befunnit sig i en svår situation. Även under dessa förhållanden torde dock Kommunen, under den förhållandevis långa tid som löpte från att pandemin bröt ut, ha kunnat uppskatta behovet av virtualiseringsplattformens kapacitet och genomföra en upphandling i god tid innan den 30 september 2021. Detta gäller även vid beaktande av den mängd uppgifter som en kommun har och hade även under pandemin. Underlåtenheten att annonsera Avtalet bör således tillskrivas Kommunens bristande planering och inte att Kommunen har varit i synnerlig brådska.³¹
35. Det har inte heller framkommit att något övrigt undantag från annonseringsskyldigheten i LOU har varit tillämpligt på Avtalet. Avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

³⁰ HFD 2017 ref. 66. Jfr prop. 2009/10:180 s. 198 och 370.

³¹ Jfr skäl 50 LOU-direktivet och HFD 2017 ref. 66.

Upphandlingsskadeavgift

36. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan från Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.³²
37. 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. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.³³
38. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.³⁴ Konkurrensverket bedömer att upphandlingens värde uppgår till 5 729 730 kronor exklusive mervärdesskatt. Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 572 973 kronor (5 729 730 x 0,1).
39. När sanktionsvärdet för en överträdelse ska fastställas tas hänsyn till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Hur klar överträdelsen kan anses vara är också något som vägs in. 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.³⁵ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.³⁶
40. Om det rör sig om ett ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.³⁷
41. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Av utredningen framgår vidare att Kommunen vid ett flertal tillfällen under flera år har direktupphandlat tjänsterna för att täcka sitt behov av en it-lösning och att någon

³² 21 kap. 1 § 3 LOU.

³³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

³⁴ 21 kap. 4 § LOU.

³⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

³⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

³⁷ 21 kap. 5 § LOU.

upphandling ännu inte har annonserats. Att Kommunen under lång tid direktupphandlat ska i viss mån ses som en försvårande omständighet.³⁸

42. Kommunen har anfört att den svåra situationen under covidpandemin ska ses som en förmildrande omständighet. Som nämnts ovan har Konkurrensverket förståelse för att pandemin har medfört en pressad situation, men även med beaktande av denna har kommunen haft god tid på sig att genomföra en annonserad upphandling. Kommunen har, såvitt har framkommit av utredningen, inte vidtagit några åtgärder under denna tid för att kunna genomföra en upphandling avseende de aktuella tjänsterna. Situationen under covidpandemin kan mot denna bakgrund inte ses som en förmildrande omständighet.
43. Såvitt har framkommit under utredningen föreligger i övrigt varken några försvårande eller förmildrande omständigheter som bör inverka på sanktionsavgiften.
44. Vid en sammantagen bedömning av samtliga relevanta omständigheter i ärendet bedömer Konkurrensverket att 450 000 kronor utgör en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Tidsfristen för ansökan

45. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska lämnas till förvaltningsrätten inom ett år från att avtalet som ansökan avser ingicks.³⁹ Avtalet ingicks den 30 september 2021.⁴⁰ Med hänsyn till det ovanstående måste en eventuell ansökan om upphandlingsskadeavgift avseende Avtalet lämnas in till Förvaltningsrätten i Stockholm senast den 30 september 2022.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Stefan Olsen Siri

Bifogas

- Bilaga 1 – Avtal den 30 september 2021.
Bilaga 2 – Huvudavtalet.
Bilaga 3 – Underavtal 1.

³⁸ Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 22 augusti 2022 i mål nr 4926-21.

³⁹ 21 kap. 7 § LOU.

⁴⁰ Bilaga 1.



Bilaga 4 – Underavtal 2.

Bilaga 5 – Avtal den 31 augusti 2020.

Bilaga 6 – Avtal den 30 november 2020.

Bilaga 7 – Avtal den 19 februari 2021 (Tilläggsavtalet).

Bilaga 8 – Avtal den 14 juni 2021.

Bilaga 9 – Utbetalningar till Datacenter 2020–2022.

Bilaga 10 – Tyresö kommuns skrivelse med förtydligande/förklaring av fakturor.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter:

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.