



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 12

DOM
2013-06-26
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
5250-13

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Post- och telestyrelsen
Box 5398
102 49 Stockholm

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KONKURRENSVERKET	
2013-07-02	
Avd	SU
Dnr	101/2013
KSnr	3.5.3 Aktbil 5

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller delvis ansökan på så sätt att Post- och telestyrelsen åläggs att betala en upphandlingsskadeavgift om 10 000 kronor.

Dok.Id 363118

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Post- och telestyrelsen (PTS) har i uppdrag att tillhandahålla hjälpmedel till personer med funktionsnedsättning. En av dessa tjänster är förmedlingstjänsten ”bildtelefoni.net”. Tolkcentralen vid Örebro läns landsting (ÖLL) var tidigare leverantör av tjänsten enligt avtal med PTS. Avtalet var giltigt t.o.m. den 31 december 2011.

PTS annonserade den 30 mars 2011 en ny upphandling avseende tjänsten ”bildtelefoni.net”. Två anbud kom in; ett från ÖLL och ett från Verbaldigitalius AB (VeAB). Enligt tilldelningsbeslut från PTS skulle VeAB:s anbud antas. ÖLL ansökte om överprövning av upphandlingen och Förvaltningsrätten i Stockholm beslutade den 1 september 2011 att VeAB:s anbud skulle uteslutas från upphandlingen. Kammarrätten i Stockholm upphävde dock sedermera förvaltningsrättens beslut i dom den 6 mars 2012.

Under den pågående överprövningsprocessen i kammarrätten kom det till PTS kännedom att VeAB:s underleverantör hade sagt upp sitt avtal med VeAB. PTS bedömde därför att VeAB inte längre hade någon leveranskapacitet och meddelade den 19 mars 2012 ett nytt tilldelningsbeslut genom vilket ÖLL tilldelades avtalet. Även detta tilldelningsbeslut blev föremål för överprövning efter ansökan av VeAB, men Förvaltningsrätten i Stockholm avslog VeAB:s ansökan den 25 juni 2012.

Med anledning av de pågående överprövningsprocesserna ingick PTS den 22 december 2011 ett tillfälligt avtal med ÖLL avseende löpande leverans av tjänsten ”bildtelefoni.net”. Skälet till att avtal tecknades med just ÖLL

var att det bolaget – mot bakgrund av att VeAB var på väg att förlora sitt underleverantörsavtal – bedömdes vara den enda leverantören på marknaden med kapacitet att driva tjänsten. Det tillfälliga avtalet gällde med en uppsägningstid på sex månader och kunde maximalt löpa under sex månader från det att PTS tecknat ett nytt avtal med den leverantör som slutgiltigt tilldelats kontrakt i den pågående upphandlingen. VeAB ansökte om överprövning av det tillfälliga avtalet med yrkande att det skulle ogiltigförklaras. Förvaltningsrätten fann i dom den 19 juli 2012 att avtalet visserligen ingåtts genom en otillåten direktupphandling, men beslutade att det skulle få bestå med hänvisning till tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Det tillfälliga avtalet med ÖLL upphörde att gälla den 31 december 2012. Från och med den 1 januari 2013 började det nya upphandlade avtalet med ÖLL att löpa, i enlighet med det andra tilldelningsbeslutet.

Det tillfälliga avtalets kontraktsvärde har av PTS beräknats till 29 913 000 kronor. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta denna uppgift.

Upphandlingsskadeavgift

Konkurrensverket ansöker om att PTS ska åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift om 75 000 kr. Till stöd för sin talan uppger Konkurrensverket bl.a. följande.

Omständigheterna i målet är inte sådana att det skulle framstå som orimligt eller stötande att en upphandlingsskadeavgift påförs. Det saknas därför skäl att underlåta att påföra eller efterge en sådan avgift enligt 17 kap. 5 § andra stycket lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Utrymmet för att underlåta att påföra en avgift bör inte vara större när det rör sig om överträdelser inom det icke-direktivstyrda området. Det finns heller inte

något utrymme för förvaltningsrätten att i nu aktuellt mål göra en ny prövning av om PTS gjort sig skyldig till en överträdelse eller inte. För att eftergift ska kunna komma i fråga, bör istället nya omständigheter ha framkommit och den upphandlande myndigheten bör dessutom kunna visa att det inte var möjligt att åberopa dessa under domstolens prövning av avtalets ogiltighet. Några sådana nya uppgifter har inte framkommit i detta mål.

PTS avsikt torde hela tiden ha varit att genomföra en annonserad upphandling för att tillgodose sina behov av tjänsten ”bildtelefoni.net”. Det första tilldelningsbeslutet meddelades sju månader innan det befintliga avtalet löpte ut, men det tog nästan femton månader från den tidpunkten till dess att ett avtal slutligen kunde tecknas. Med hänsyn till bl.a. dessa omständigheter anser Konkurrensverket att det föreligger skäl att bestämma upphandlingsskadeavgiften till ett belopp som väsentligt understiger vad som bör gälla vid en otillåten direktupphandling av normalgraden. Avgiften bör därför bestämmas till 75 000 kr, motsvarande 0,25 procent av det ingångna avtalets kontraktsvärde.

PTS bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan med yrkande

- i första hand att myndigheten inte ska åläggas att betala någon upphandlingsskadeavgift då överträdelsen måste anses vara ringa,
- i andra hand att synnerliga skäl föreligger och att upphandlingsskadeavgiften ska efterges helt och
- i tredje hand att avgiften ska bestämmas till 10 000 kr.

Till stöd för sin talan uppger PTS bl.a. följande.

Avsikten var aldrig att genomföra en otillåten direktupphandling. PTS hade genomfört en offentlig upphandling i enlighet med reglerna i LOU och fattat ett tilldelningsbeslut sju månader före det att avtalet som skulle

ersättas löpte ut. I och med överprövningen kunde dock avtal inte tecknas. När PTS förstod att överprövningen inte skulle bli klar inom denna tid fanns det inte något annat val än att direktupphandla. PTS hoppades i det längsta att slippa detta och direktupphandlingsavtalet tecknades därför inte förrän i slutet av år 2011, bara några dagar innan det gamla avtalet löpte ut. Vid det laget fanns endast en leverantör på marknaden som kunde leverera tjänsten och PTS ansåg därför att det inte fanns någon som kunde lida skada av direktupphandlingen. PTS såg dessutom till att begränsa omfattningen av direktupphandlingen så mycket som möjligt genom att skriva ett tillfälligt avtal som innebar att tjänsten levererades löpande med sex månaders uppsägningstid. Så fort det gavs möjlighet att teckna avtal i enlighet med det slutliga tilldelningsbeslutet, så PTS upp direktupphandlingsavtalet. Detta ledde i praktiken till en uppsägningstid på fyra månader. Den överträdelse myndigheten gjort sig skyldig till måste sammantaget anses vara ringa och därför ska det inte dömas ut någon upphandlingsskadeavgift.

Om förvaltningsrätten ändå anser att överträdelsen inte är ringa, måste det i vart fall anses ha legat utanför PTS kontroll att överprövningen av upphandlingen tog så lång tid som 15 månader. Det bör mot den bakgrunden i vart fall anses föreligga synnerliga skäl för att efterge avgiften. Det bör i detta sammanhang även beaktas att det inte hade haft någon betydelse om det första tilldelningsbeslutet hade fattats ett år före det att den upphandlade tjänsten skulle tas i bruk. Det hade ändå inte varit tillräckligt med hänsyn till den långa domstolsprocessen om 15 månader. Det bör även beaktas att PTS inte hade någon valmöjlighet att avstå från att driva tjänsten under den tid som det pågick en domstolsprocess. Detta eftersom tjänsten är nödvändig på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse.

Vid fastställande av en upphandlingsskadeavgifts storlek ska hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I det här fallet genomfördes direkt-



upphandlingen i avvaktan på en överprövningsprocess. PTS gjorde allt för att begränsa avtalets längd och värde och det förelåg dessutom tvingande hänsyn till ett allmänintresse. För att begränsa skadan och för att kunna säga upp avtalet med relativt kort varsel fick PTS inte heller den rabatt som myndigheten annars skulle ha haft. PTS har således även drabbats negativt av direktupphandlingen, något som bör ses som en förmildrande omständighet. Sammantaget är således omständigheterna sådana att – för det fall att en avgift ska dömas ut – upphandlingsavgiften bör bestämmas till lägsta möjliga belopp.

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholm har i ett tidigare avgörande den 19 juli 2012 (mål nr 3186-12), som har vunnit laga kraft, fastställt att avtalet mellan PTS och ÖLL fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Förvaltningsrätten får i och med detta besluta att PTS ska betala en upphandlingsskadeavgift, 17 kap. 1 § andra punkten LOU. Vid fastställandet av avgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas och om det finns synnerliga skäl får avgiften efterges. (17 kap. 5 § LOU)

Förvaltningsrätten konstaterar att ändringsdirektivet¹ kräver att en alternativ sanktion till ogiltighet i en sådan här situation påförs samt att regeringen uttalat att upphandlingsskadeavgift ska påföras även för upphandlingar som inte omfattas av direktivet (prop. 2009/10:180 s. 186 och 370).

Tidsutdräkten i överprövningarna gjorde att PTS ingick ett tillfälligt avtal i avvaktan på en slutlig prövning av upphandlingen. Den överträdelse som

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

PTS gjort sig skyldig till beror därför snarare på allmänna omständigheter än på ett medvetet kringgående av upphandlingsreglerna. Med hänsyn till det och att avtalet fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse är det enligt förvaltningsrättens mening fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är mycket lågt. PTS har dessutom i den situation som uppkom genom att teckna ett tillfälligt avtal ansträngt sig för att begränsa eventuell skada.

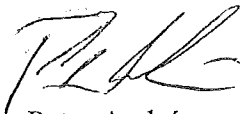
Det aktuella kontraktsvärdet uppgår ostridigt till 29 913 000 kronor och upphandlingsavgiften ska därmed uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 2 991 300 kronor (10 procent av kontraktsvärdet), 17 kap. 4 § LOU.

Med hänsyn till de förmildrande omständigheter som finns i det här fallet bör avgiften sättas till lägsta tänkbara belopp, dvs. 10 000 kronor.

Konkurrensverkets ansökan ska således delvis bifallas på så sätt att PTS åläggs att betala en upphandlingsskadeavgift om 10 000 kronor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Peter Andréén

Rådman

Håkan Jöngren har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU

