



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2013-04-10
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 25974-12

SÖKANDE

Verbaldigitalius AB, 556759-1143
 Bothultsvägen 1
 461 79 Upphärad

MOTPART

Post- och telestyrelsen
 Box 5398
 102 49 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2013-04- 1 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning av ett avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 342199

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.

Post- och telestyrelsen (PTS) tecknade den 31 augusti 2012 avtal med Örebro läns landsting (ÖLL) avseende drift av förmedlingstjänsten Bildtelefoni.net från och med den 1 januari 2013.

Verbaldigitalius AB (Verbaldigitalius) yrkar i första hand att avtalet ska ogiltigförklaras och inte bestå. I andra hand yrkas att avtalet ogiltigförklaras. Till stöd för ansökan anförs bl.a. följande.

Civilrättsligt avtal mellan Verbaldigitalius och PTS

Verbaldigitalius anbud har accepterats genom tilldelningsbeslut av den 1 juni 2011, varigenom bindande avtal har uppkommit. Något angivande i förfrågningsunderlag eller på annat sätt om att tilldelningsmeddelandet inte skulle utgöra en accept i avtalslagens mening eller att civilrättsligt bindande avtal skulle uppkomma först vid tecknande av upphandlingskontrakt har inte angetts.

I punkten 6.4 i förfrågningsunderlaget hänvisas till offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och anges bl.a. följande.

Efter att tilldelningsbeslut har fattats gäller enligt 31 kap. 16 § samma lag sekretess bl.a. ”hos myndighet för uppgift om affärs- eller driftsförhållande för enskild, som [...] trätt i affärsförbindelse med myndigheten, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs”.

Detta visar att Verbaldigitalius i och med tilldelningsbeslutet har ”... trätt i affärsförbindelse med myndigheten”.

Ett civilrättsligt avtal har uppkommit genom tilldelningsbeslutet och PTS därigenom meddelade accept. Avtalet med ÖLL ska därför ogiltigförklaras.

Tvingande hänsyn till allmänintresse

Tjänsten Biltelefoni.net blev en tjänst den 1 januari 2008 i och med en föregående upphandling av tjänsten. Tjänsten har endast funnits i fyra år. Användare av tjänsten kan klara sig utan den utan fara för hälsa eller liv. I dag kan tjänsten inte ens prioritera samtal till 112. Tjänsten är inte heller tillgänglig dygnet runt. Det finns ca 30 000 teckenspråksanvändare. Sveriges Dövas Riksförbund uppskattar att det runt varje döv person kan finnas tre till tio personer som använder teckenspråk i varierande grad. Det innebär att det finns ca 90 000–300 000 användare av teckenspråket. Enligt statistik från PTS finns det ca 3 700 unika användare av Bildtelefoni.net räknat på årsbasis. Det innebär att tjänsten endast används av ca 1–4 % av det totala antalet användare av teckenspråket. Det finns inte tvingande hänsyn till allmänintresse för att avtalet ska bestå.

Avtalets längd

Enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är max längd på avtal fyra år. I och med att PTS valt att teckna avtal med ÖLL om fem år och en månad strider avtalet mot LOU. Det finns inga synnerliga skäl. Avtalet ska därför ogiltigförklaras.

Tilläggsavtal

Som ett tilläggsavtal till avtalet har PTS och ÖLL överenskommit nya villkor utöver upphandlingsunderlaget. Dels har PTS tillfört att "... Leverantören kan därför inte hållas ansvarig för den direkta eller indirekta påverkan dessa har på tjänstens tillgänglighet och funktion via den accessform som berörs av en sådan förändring", dels att PTS inte kommer att rikta krav mot ÖLL med anledning av att avtal tecknas före laglighetsmålet vunnit laga kraft. Den "... direkta eller indirekta påverkan..."

handlar här om förändringar i proprietära protokoll och/eller proprietära klienter. Tillägget innebär att 15 ska-krav utgår/ändras från tidigare underlag för upphandlingen. En sådan stor förändring kan knappast tolkas på annat sätt än att leverantörers möjlighet att lämna anbud vid upphandlingen väsentligen har förändrats. Om de ändrade ska-kraven också varit gällande för upphandlingen går det inte att utesluta att fler leverantörer lämnat anbud.

Därtill har PTS avtalat om att eventuella krav mot ÖLL inte ska ställas om det senare kommer fram att så borde ha skett. Även detta tilläggslofte borde ha funnits i det ursprungliga upphandlingsunderlaget och även gälla för andra leverantörer. Det innebär också att flera villkor i avtalet inte längre blir gällande. Tilläggsavtalet stipulerar att om laglighetsprövningen går ÖLL emot kommer inte PTS kräva ekonomiskt ansvar av ÖLL. Detta innebär att om ÖLL inte kan leverera i tid eller att tjänsten på annat sätt inte är tillgänglig, utgår inte vite i enlighet med avtalet. Tilläggsavtalet strider mot likabehandlingsprincipen och ska därför förklaras ogiltigt. Följden av att ett avtal ogiltigförklaras blir att ett eventuellt tilldelningsbeslut upphör att gälla samt att avtalet blir civilrättsligt ogiltigt och att alla prestationer som hunnit utbytas mellan avtalsparterna ska återgå. Med PTS tilläggsavtal, om borttagande av detta LOU-krav, är avtalet i strid med LOU och ska därför förklaras ogiltigt. Principerna om likabehandling och transparens har inte efterlevts av PTS. Om förvaltningsrätten kommer fram till att det finns grund till att tolka villkorsförändringen till den grad att ett nytt upphandlingsförfarande föreligger, är det en ogiltig direktupphandling enligt LOU då ingen annonsering genomförts, de fem grundläggande principerna inte följts och beloppsgränsen för direktupphandlingen överskridits.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM

Avtalsspärr

Enligt beslut från Kammarrätten i Göteborg får ÖLL inte ingå avtal i förvarande upphandling. PTS är härigenom förhindrat att tilldela ÖLL kontrakt. En verkställighet av ett kontrakt, som nu är ett faktum, bryter därmed mot gällande verkställighetsförbud (domstolstrots). Av LOU framgår att om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning av en upphandling ingår avtal i strid med LOU ska rätten överpröva avtalets giltighet. PTS efterlever inte vad LOU stipulerar och avtalet ska därför ogiltigförklaras. PTS medverkar indirekt till att ÖLL begår överträdelse av verkställighetsförbudet då PTS väljer att teckna avtal med ÖLL.

Verbaldigitalius har leveranskapacitet

Verbaldigitalius har hela tiden informerat både rätten och PTS att man kan uppfylla sina åtaganden. Förvaltningsrätten i Stockholm konstaterade i domen i mål nr 6526-12 att Verbaldigitalius kunde uppfylla sina åtaganden minst till och med augusti 2012. Med PTS nya tilldelningsbeslut hävdade PTS felaktigt att leveranskapacitet skulle finnas vid avtalstecknandet. Enligt förfrågningsunderlaget skulle leveranskapacitet finnas först vid driftsättningen av tjänsten – inte vid avtalstecknandet. Verbaldigitalius hade leveranskapacitet och har lidit skada.

ÖLL saknar leveranskapacitet

ÖLL, med underleverantören nWise, har inte leveranskapacitet, och ÖLL och nWise bryter mot upphovsrättslagen. nWise har inte rättighet att bygga klientprodukterna myMMX, MMX PRO och myMMX Touch med komponenter som styrs av GNU Public License (GPL), vilket är en förutsättning för att tjänsten Bildtelefoni.net ska fungera för presumtiva användare. Orsaken till att nWise inte får använda upphovsrätten är att nWise bryter mot de villkor som GPL ställt. Eftersom ÖLL fortsätter driva tjänsten Bildtelefoni.net pågår det en brottslig verksamhet. Enligt avtalet

mellan PTS och ÖLL har PTS rätt att med omedelbar verkan häva avtalet om det föreligger avvikelser från tillgängligheten av Bildtelefoni.net. Tillgängligheten för Bildtelefoni.net borde vara lika med ingen då man inte har rätt till fortsatt drift med nuvarande klientprodukter. ÖLL har/hade inte leveranskapacitet, varken i dag eller när anbudet för tjänsten lämnades.

Verbaldigitalius har upplyst om att Förvaltningsrätten i Karlstad i dom 2013-04-05, mål nr 1061-12, dömt att ÖLL:s anbud på tjänsten Bildtelefoni.net ska upphävas enligt kommunallagen (1991:900) och att domen ännu inte vunnit laga kraft.

PTS bestrider Verbaldigitalius yrkanden och yrkar, för det fall att förvaltningsrätten anser att det finns förutsättningar för att ogiltigförklara avtalet, att avtalet ändå ska bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. Till stöd för sin inställning anför PTS bl.a. följande.

Civilrättsligt bindande avtal

Det faktum att det skulle finnas ett annat civilrättsligt bindande avtal är inte en sådan omständighet som kan föranleda en ogiltighetsförklaring av ett avtal enligt LOU. Det finns således inte laglig grund att ogiltighetsförklara avtalet på denna grund.

Avtalstidens längd

Den övre gräns som anges i LOU avseende avtalstid reglerar hur länge ett ramavtal får gälla. Upphandlingen av Bildtelefoni.net är inte en upphandling av ramavtal och det finns därför inte någon övre tidsgräns för hur lång tid avtalet får gälla.

Tillägg till avtalet med ÖLL

PTS motsätter sig att det som är benämnt som *Samsyn "Avtal avseende drift av förmedlingstjänsten Bildtelefoni.net"* skulle vara otillåtna eller så

omfattande ändringar av avtalet eller omfattningen av och ansvaret för tjänsten att den inte skulle vara densamma som under upphandlingen. Den första delen i samsynsklausulen gäller ÖLL:s ansvar om vissa programvaror som ingår i tjänsten skulle av anledningar som ÖLL inte kan påverka ligga nere. Detta tillägg till avtalet är inget som innebär en ändring i tjänsten som sådan utan ett förtydligande av hur delar av avtalet ska tolkas. Det var aldrig avsett att den vinnande leverantören skulle ansvara för driftstopp som de själva inte alls kunde råda över. PTS är även av uppfattningen att det faktum att detta tillägg inte ingick i själva förfrågningsunderlaget inte är en sådan omständighet som hade någon betydelse för leverantörers möjlighet att lämna anbud vid upphandlingen. Den andra delen av samsynsklausulen hänför sig till den laglighetsprovning som pågår mot ÖLL. Vid upprättandet av förfrågningsunderlaget kunde myndigheten rimligen inte förväntat sig att det fanns någon leverantör som riskerade att få en laglighetsprovning mot sig och därmed göra ett förbehåll om detta redan i förfrågningsunderlaget. Det tillägg som sedan gjordes till avtalet lades till för att visa att både PTS och ÖLL var medvetna om att det föregick en laglighetsprovning mot ÖLL. Det anges inte att PTS avsäger sig alla möjligheter att ställa krav på ÖLL, utan endast att PTS inte kommer att rikta krav mot ÖLL med anledning av att avtal tecknats före laglighetsprovning har vunnit laga kraft. Inte heller detta tillägg är något som påverkat övriga leverantörers möjlighet att lämna anbud.

Domstolstrots

Kammarrätten i Göteborgs beslut riktade sig inte till PTS utan till ÖLL. Detta har även konstaterats av förvaltningsrätten i mål nr 6526-12. PTS har därför inte gjort sig skyldig till domstolstrots eller brutit mot någon avtals-spärr. Vid tidpunkten för avtalsskrivning hade kammarrätten dessutom redan avgjort målet slutligt och återförvisat det till Förvaltningsrätten i Karlstad, och något motsvarande beslut från förvaltningsrätten finns inte.

Avtalet ska bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse

Om förvaltningsrätten skulle komma till slutsatsen att avtalet trots allt ska ogiltigförklaras ska avtalet ändå bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. Förvaltningsrätten i Stockholm konstaterade i mål nr 3186-12 att tjänsten är av sådan art och betydelse för användarna att tvingande hänsyn föreligger och att det avtal som då hade direktupphandlats var tvunget att bestå.

Verbaldigitalius har inte lidit skada

Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom i mål nr 6526-12 konstaterat att Verbaldigitalius inte har kapacitet att leverera tjänsten. Eftersom Verbaldigitalius inte hade någon leveranskapacitet hade bolaget aldrig kunnat tillhandahålla tjänsten och kan därmed inte anses ha lidit någon skada. Det saknas alltså även i detta avseende förutsättningar för att ogiltighetsförklara avtalet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 16 kap. 15 § första stycket i LOU (i dess lydelse före den 1 november 2011) framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering när en sådan annonseringskyldighet förelegat enligt samma lag. Det ställs i sådant fall inte upp något skaderekvisit. Av tredje stycket samma paragraf framgår bl.a. att ett avtal också ska förklaras ogiltigt om det slutits i strid med ett interimistiskt beslut eller bestämmelserna om avtalsspärr. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Eventuellt civilrättsligt bindande avtal mellan PTS och Verbaldigitalius

Eventuell förekomst av ett civilrättsligt bindande avtal mellan PTS och Verbaldigitalius är inte någon omständighet som kan medföra att ett avtal förklaras ogiltigt i enlighet med 16 kap. 15 § LOU, i tillämplig lydelse. Det finns följaktligen inte någon grund för att förklara avtalet ogiltigt på grund av vad Verbaldigitalius anfört i denna del.

Avtalets längd

Verbaldigitalius har anfört att avtalet ska ogiltigförklaras på grund av att avtalstiden överstiger fyra år. Som PTS har anfört finns det inte någon övre gräns i LOU för hur långt ett avtal får sträcka sig, förutom för ramavtal. Det aktuella avtalet är inget ramavtal och det strider således inte mot LOU att avtalstiden överstiger fyra år. Ett avtals längd är heller inte en sådan omständighet som kan leda till att ett avtal förklaras ogiltigt enligt 16 kap. 15 § LOU, i tillämplig lydelse. Någon grund för att förklara avtalet ogiltigt finns således inte på grund av vad Verbaldigitalius anfört i detta avseende.

Kan avtalet ogiltigförklaras p.g.a. Kammarrätten i Göteborgs beslut?

Kammarrätten i Göteborg förordnade genom beslut den 11 november 2011 i mål nr 5733-11 att fortsatt verkställighet av ÖLL:s lämnade anbud inte fick ske. Kammarrättens beslut är inte ett sådant interimistiskt beslut som avses i 16 kap. 15 § LOU, i tillämplig lydelse, och som kan leda till att avtalet förklaras ogiltigt enligt LOU. Avtalet kan följaktligen inte ogiltigförklaras på denna grund.

Leveranskapacitet

Vad Verbaldigitalius har anfört angående att ÖLL skulle sakna leveranskapacitet utgör inte någon sådan grund som kan leda till att avtalet förklaras ogiltigt enligt 16 kap. 15 § LOU, i tillämplig lydelse. Avtalet kan således inte ogiltigförklaras på grund av vad Verbaldigitalius anfört i denna del.

Tillägget till avtalet

Beträffande det tillägg till avtalet som ÖLL och PTS har tecknat, som benämns *Samsyn "Avtal avseende drift av Förmedlingstjänsten Bildtelefoni.net"*, har Verbaldigitalius anfört bl.a. att det innebär en sådan stor förändring att andra leverantörers möjlighet att lämna anbud väsentligen har förändrats, att det borde ha funnits med i det ursprungliga upphandlingsunderlaget och även gälla för andra leverantörer samt att det utgör en otillåten direktupphandling.

EU-domstolen har i mål C-454/06 (Presstext), bl.a. uttalat att i syfte att säkerställa insyn i förfarandena och likabehandling av anbudsgivarna ska ändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt i den mening som avses i direktiv 92/50, om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet (p. 34). EU-domstolen anger vidare att en ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs (p. 35).

Enligt förvaltningsrättens bedömning innebär den första delen av tillägget till avtalet inte annat än ett klargörande att leverantören inte ska hållas ansvarig för viss påverkan av tjänsten som orsakats av specifika förändringar utanför leverantörens kontroll, och att detta inte kan anses uppvisa någon i sammanhanget betydande skillnad från de ursprungliga villkoren. Den del av tillägget som gäller att PTS inte kommer att rikta

krav mot ÖLL med anledning av att avtal tecknats innan en laglighetsprövning har vunnit laga kraft kan inte heller anses utgöra någon sådan betydande skillnad. Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten således att tillägget till avtalet inte uppvisar sådana betydande skillnader från villkoren i det ursprungliga avtalet att de kan anses utgöra en ny upphandling och nytt ingående av kontrakt. Det saknas således skäl att ogiltigförklara avtalet på grund av vad Verbaldigitalius anfört beträffande tillägget till avtalet.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis gör förvaltningsrätten bedömningen att det inte finns förutsättning att förklara det aktuella avtalet mellan PTS och ÖLL ogiltigt på grund av vad Verbaldigitalius har anfört. Mot denna bakgrund saknas det anledning att bedöma om det föreligger tvingade hänsyn till allmänintresse. Verbaldigitalius ansökan ska följaktligen avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Susanne Bagge

Rådman

Martin Nyman 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 uppge 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