



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-06-25
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 6526-12
 Enhet 14

SÖKANDE

Verbaldigitalius AB, 556759-1143

Ombud: Advokat Ulf Hökeberg
 Advokatfirman Fylgia KB
 Box 55555
 102 04 Stockholm

MOTPART

Post- och telestyrelsen
 Box 5398
 102 49 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2012-06-25	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Verbaldigitalius AB:s ansökan.

Dok.Id 244017

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegeluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND

Post- och telestyrelsen (PTS) genomför en upphandling av ramavtal avseende förmedlingstjänsten bildtelefoni.net, dnr 11-3053. I tilldelningsbeslut den 1 juni 2011 meddelade PTS att **Verbaldigitalius AB:s (Bolaget)** anbud skulle antas. Örebro Läns landsting (Landstinget) ansökte om överprövning och yrkade om rättelse på så sätt att Bolaget skulle uteslutas från upphandlingen. Förvaltningsrätten i Stockholm meddelade i dom den 1 september 2011 i mål nr 11905-11 att Landstingets ansökan skulle bifallas. Efter att Bolaget och PTS överklagat domen meddelade Kammarrätten i Stockholm i dom den 6 mars 2012 i mål nr 5119-12 att förvaltningsrättens dom ska upphävas. Landstinget har därefter överklagat kammarrättens dom till Högsta förvaltningsdomstolen, som ännu inte beslutat om prövningstillstånd ska meddelas. PTS meddelade nytt tilldelningsbeslut den 19 mars 2012 där Landstingets anbud antogs och Bolagets anbud diskvalificerades. PTS angav som skäl för att Bolagets anbud skulle diskvalificeras bl.a. att då TSP AB sagt upp underleverantörsavtalet med Bolaget, saknar Bolaget leveranskapacitet vid tidpunkten för avtalstecknande och uppfyller därmed inte de krav som ställts i förfrågningsunderlaget.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att tilldelningsbeslutet den 19 mars 2012 upphävs, varvid tidigare tilldelningsbeslut den 1 juni 2011 och Kammarrättens i Stockholm dom den 6 mars 2012 i mål nr 5119-11 ska stå fast. Alternativt yrkar Bolaget att det nya tilldelningsbeslutet daterat den 19 mars 2012 upphävs och att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

PTS bestrider Bolagets yrkanden. I det fall förvaltningsrätten skulle bedöma att tilldelningsbeslutet den 19 mars 2012 ska upphävas anser PTS att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

Bolaget anför till stöd för sin talan bl.a. följande. PTS bryter i den nu aktuella tilldelningen mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och i direktiv 2008/18/EG om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn, särskilt mot principen om likabehandling.

PTS har genom tilldelningsbeslut den 19 mars 2012 tilldelat Landstinget kontrakt i upphandlingen trots att detta inte kan ske, dels genom att Landstinget av formella skäl är förhindrat att teckna avtal i upphandlingen och därigenom rent faktiskt inte ens utgör leverantör i LOU:s mening, dels genom att Landstingets anbud inte uppfyller för upphandlingen ställda krav då domstol förbjudit Landstinget att ingå avtal med åberopad underleverantör. PTS är härigenom förhindrat att tilldela Landstinget kontrakt. En verkställighet av PTS nya tilldelningsbeslut skulle genom tecknande av kontrakt med Landstinget bryta mot gällande verkställighetsförbud (domstolstrots).

Landstinget står vidare för närvarande utan underleverantör och Landstinget saknar den leveranskapacitet som krävs. Även Landstinget saknar således för närvarande sådan leveranskapacitet "vid tidpunkten för avtals-tecknande" som PTS har åberopat som grund för att diskvalificera Bolaget i den nya tilldelningen.

Det aktuella kravet på leveranskapacitet utgör ett kontraktsvillkor och det åligger därför Bolaget att tillse att Bolaget från avtalsstart har erforderlig kapacitet att fullgöra kontraktet under kommande avtalsperiod.

Det är genom agerandet från Landstinget, genom dess ansökan om överprövning, som den aktuella upphandlingen dragit ut på tiden och som medfört att TSP AB sagt upp avtalet med Bolaget. Bolaget delgavs TSP AB:s uppsägning av underleverantörsavtalet den 21 februari 2012 och uppsägningstiden är sex månader. Vid tidpunkten för det nu överprövade tilldelningsbeslutet den 19 mars 2012 hade Bolaget således leveranskapacitet, eftersom Bolagets avtal med TSP AB fortfarande gäller. Bolaget hade även vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet den 19 mars 2012 betydande rådrum att inrätta sig efter TSP AB:s uppsägning. Att Bolaget saknar leveranskapacitet vid ett avtalstecknande är således felaktigt. PTS skulle ha gett Bolaget möjlighet att visa att Bolaget på annat sätt har erforderlig leveranskapacitet, exempelvis genom att anställa tolkar i egen regi. I den aktuella upphandlingen finns inget krav på att just underleverantörer ska anlitas för delar av tjänsten.

Av det angivna avtalet framgår i § 28 andra stycket även en rätt för part att utan motpartens godkännande överlåta avtalet eller rättigheter och/eller skyldigheter till bolag eller annan enhet inom samma koncern som parten ingår i. Bolaget skulle således alternativt kunna bedriva erforderlig tolkverksamhet genom dotterbolag. Av § 16 i samma avtal anges vidare att leverantör med PTS skriftliga medgivande får byta ut underleverantör. Det finns alltså olika möjligheter för Bolaget att, ensamt eller i samråd med PTS, lösa frågan om leveranskapacitet även om underleverantören TSP AB från slutet av augusti 2012 inte längre är tillgänglig för Bolaget.

Bolaget har vidare samma identitet som förelåg vid kvalificeringen. Bolaget har samma organisationsnummer och samma ledning. Inte heller i övrigt har förekommit något som medfört att Bolagets identitet förändrats. Förekomsten eller icke av underleverantörer påverkar inte en anbudsgivares identitet.

De påtalade felaktigheterna är av sådan art och omfattning att förfarandet är oförenligt med gällande upphandlingslagstiftning. Bolaget har härigenom skadats eller riskerar att lida skada. PTS tilldelningsbeslut den 19 mars 2012 ska därför upphävas.

PTS anför till stöd för sin inställning bl.a. följande. Bolaget kan inte anses ha leveranskapacitet, då bl.a. underleverantören av tolktjänster sagt upp avtalet med Bolaget, samt då Bolaget inte längre har samma identitet som förelåg vid kvalificeringen. Med anledning härav fattade PTS den 19 mars 2012 nytt tilldelningsbeslut. Då underleverantörsavtalet är uppsagt har Bolaget har inte längre samma identitet som förelåg vid tidpunkten för kvalificeringen. Detta är tillräcklig grund för PTS att utesluta Bolaget.

PTS har aldrig haft för avsikt att teckna avtal med Landstinget i det fall de har ett interimistiskt beslut mot sig. PTS avvaktar dom i de parallella målen innan avtal eventuellt kommer att tecknas.

Det stämmer att Bolaget delgavs uppsägning av underleverantörsavtalet den 21 februari 2012 och att uppsägningstiden är sex månader. PTS visste dock med säkerhet vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet den 19 mars 2012 att underleverantören TSP AB inte skulle leverera i enlighet med avtalet, varken under uppsägningstiden eller efter.

PTS vill påpeka att det i tilldelningsbeslutet fattat den 19 mars 2012 finns en otydlighet vad gäller vid vilken tidpunkt leverantören ska inneha leveranskapacitet. I det nya tilldelningsbeslutet som fattades den 19 mars 2012 uppger PTS att Bolaget saknade leveranskapacitet vid avtalstecknandet trots att PTS inte i förfrågningsunderlaget ställt krav på detta. Det saknar dock betydelse, eftersom underleverantörsavtalet med TSP AB är uppsagt saknar Bolaget leveranskapacitet såväl vid avtalstecknandet som under

kommande avtalsperiod. Till följd av detta saknar det betydelse att kravet på leveranskapacitet utgör ett kontraktsvillkor.

Ett byte av underleverantör med avgörande roll för uppdragets genomförande, som sker innan dess att avtal tecknas, innebär en sådan väsentlig förändring att det inte längre kan anses föreligga identitet mellan anbudsgivaren såsom denne framgick vid tiden för anbuds lämnande jämfört med vid tiden efter att underleverantörsbytet skett, dvs. anbudsgivaren är inte längre densamma efter bytet. Det råder ingen tveksamhet om att TSP AB utgör en central roll för uppdragets utförande. Skulle PTS tillåta att Bolaget istället för byte av underleverantör exempelvis anställer egen personal skulle Bolaget behöva inge ett nytt anbud. Ett sådant nytt anbud skulle närmast ses som en otillåten komplettering av anbud och PTS skulle bryta mot likabehandlingsprincipen om kompletteringen skulle godtas.

Då Bolaget inte kan anses ha leveranskapacitet, och då Bolaget inte längre har samma identitet som vid tiden för kvalificeringstillfället, fattade PTS den 19 mars 2012 nytt tilldelningsbeslut. Att det är möjligt för PTS att självmant ompröva och ändra tidigare meddelade tilldelningsbeslut framgår tydligt av flera avgöranden från kammarrätterna.

Vidare anser PTS att påståendet att TSP AB sagt upp avtalet med Bolaget p.g.a. att den aktuella upphandlingen dragit ut på tiden inte är sanningsenligt. Det var bl.a. samarbetssvårigheter som låg bakom uppsägningen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska

behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Den 1 november 2011 ändrades lydelsen av bestämmelser i 16 kap. LOU. Av övergångsbestämmelser framgår att äldre lydelse ska tillämpas för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

I 16 kap. 5 § LOU i dess lydelse före den 1 november 2011 anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är huruvida det varit möjligt för PTS att ändra sitt den 1 juni 2011 fattade tilldelningsbeslut.

PTS har anfört att grunden för att ett nytt tilldelningsbeslut fattades var att Bolaget inte längre kan anses ha leveranskapacitet, eftersom underleverantören av tolktjänster sagt upp avtalet med Bolaget, samt då Bolaget inte längre har samma identitet som vid kvalificeringen.

Bolaget har anfört att dess leveranskapacitet och identitet vid tiden för tilldelningsbeslutet den 19 mars 2012 alltså var densamma som vid kvalificeringen.

Så länge något kontrakt inte slutits kan en upphandlande myndighet ändra sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut, under förutsättning att grund för rättelse eller omprövning föreligger och det inte görs i syfte att kringgå upphandlingsreglerna eller så att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna träds för när (jfr t.ex. Kammarrätten i

Sundsvalls domar den 6 februari 2004 i mål nr 2831-03 och den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06).

I målet är ostridigt att underleverantörsavtalet sades upp den 21 februari 2012 och att avtalet hade sex månaders uppsägningstid. Även om avtalet med underleverantören vid tiden för tilldelningsbeslutet den 19 mars 2012 alltså alltjämt gällde, så skulle avtalet löpa ut i augusti 2012. Förvaltningsrätten gör bedömningen att en upphandlande myndighet har skäl att ändra sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut ifall den vinnande anbudsgivaren kommer att mista sin leveranskapacitet. PTS har därför inte agerat i strid mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna genom att meddela ett nytt tilldelningsbeslut.

Den fråga förvaltningsrätten härfter har att ta ställning till är huruvida PTS i övrigt agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att förkasta Bolagets anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i regel är vid anbudstidens utgång som en leverantör har att visa att uppställda skall-krav är uppfyllda. I och med att PTS i tilldelningsbeslutet den 1 juni 2011 meddelade att Bolagets anbud skulle antas måste PTS ha ansett att Bolaget uppfyllde samtliga krav i upphandlingen. PTS har i det nya tilldelningsbeslutet ändrat detta ställningstagande på grund av omständigheter som inträffat åtta månader efter det först fattade tilldelningsbeslutet.

Att lägga senare tillkomna omständigheter till grund för ett nytt tilldelningsbeslut medför enligt förvaltningsrätten en risk för att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna träds för när. Emellertid anser förvaltningsrätten att en förlust av en underleverantör, vilket leder till att anbudsgivaren mister sin leveransförmåga, är en omständighet som utgör godtagbart skäl för att förkasta ett anbud. Då Bolagets avtal med dess un-

derleverantör sagts upp, och då Bolaget inte visat att det på annat sätt alltjämt har leveranskapacitet, anser förvaltningsrätten att PTS inte agerat i strid mot LOU genom att förkasta Bolagets anbud.

Bolaget har vidare anfört att Landstinget av formella skäl är förhindrat att teckna avtal i upphandlingen och inte utgör leverantör i LOU:s mening samt att Landstinget saknar den leveranskapacitet som krävs.

Förvaltningsrätten konstaterar att det pågår parallella rättsprocesser rörande olika aspekter av den aktuella upphandlingen. Vad gäller frågan om Landstinget har en sådan leveransstatus som avses i LOU, så har frågan prövats av Kammarrätten i Stockholm i en dom den 6 mars 2012 i mål nr 5119-11. Kammarrätten kom fram till att Landstinget har en sådan leveransstatus som avses i LOU och förvaltningsrätten saknar skäl att göra en annan bedömning.

Förvaltningsrätten anser vidare att det mot bakgrund av vad som framkommit i målet inte är visat att Landstinget skulle sakna kapacitet att faktiskt kunna leverera förmedlingstjänsten bildtelefoni.net i enlighet med sitt anbud. Frågan huruvida Landstinget överhuvud taget får lämna anbud enligt LOU är föremål för en laglighetsprövning vid Förvaltningsrätten i Karlstad i mål 1061-12. Emellertid anser förvaltningsrätten att denna fråga för närvarande inte påverkar Landstingets faktiska leveranskapacitet. Att Kammarrätten i Göteborg i beslut den 11 november 2011 i mål 5733-11 förordnat att fortsatt verkställighet av Landstingets avlämnade anbud inte får ske (inhibition) medför inte någon annan bedömning. Det därmed inte är visat att PTS agerat i strid mot LOU genom att anta Landstingets anbud.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att det mot bakgrund av vad som anförts i målet inte finns förutsättningar för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1A LOU)

Mats Clémentz

Rådman

Föredragande har varit Nils Henriksson.



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 var till 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