



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2017-06-09
Meddelad i Uppsala

Mål nr E
5785-16

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Swedavia Airport Telecom AB, 556951-8193

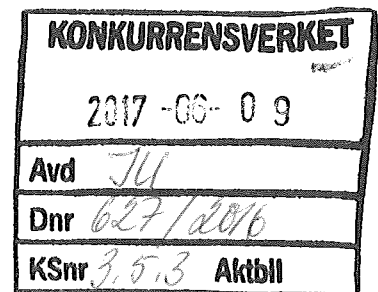
Ombud: Advokat Ulrica Salomon och bitr. jurist Lukas Granlund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Swedavia Airport Telecom AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om 3 500 000 kr.



Dok.Id 207942

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Konkurrensverket har den 9 november 2016 ansökt om att Swedavia Airport Telecom AB ska betala upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten har i beslut den 20 januari 2017 funnit att Konkurrensverkets ansökan kommit in i rätt tid.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten ska besluta att Swedavia Airport Telecom AB ska betala 3 500 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för sin ansökan anför Konkurrensverket i huvudsak följande.

Förvaltningsrätten i Uppsala har, i mål nr 2484-15 om överprövning av giltigheten av ett avtal som ingåtts mellan Swedavia Airport Telecom AB (Airport Telecom) och Swedish Radio Supply AB, fastställt att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft. Domen överklagades till Kammarrätten i Stockholm, men målet avskrevs efter att båda parterna återkallade sina överklaganden.

Airport Telecom har utan föregående annonsering ingått ett avtal om inköp av hård- och mjukvara för kommunikationssystemet Airport radio, vilket är ett markradiosystem avsett för flygplatser. Som skäl för direktupphandling angavs att inköpet reglerades av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och att det s.k. telekomundantaget i 1 kap. 4 § LOU var tillämpligt. Förvaltningsrätten fann dock att LUF var tillämplig lag. I LUF finns inte något undantag som motsvarar 1 kap. 4 § LOU, varför upphandlingen skulle ha genomförts som ett annonserat förfarande. Avtalet hade således ingåtts i strid mot annonseringsskyldigheten i LUF men fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I en sådan situation ska Konkur-

rensverket enligt 17 kap. 2 § första stycket LUF ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande enheten ska betala en upphandlings-skadeavgift.

Någon prövning av den underliggande domen, dvs. Förvaltningsrätten i Uppsalas dom i mål nr 2484-15, ska inte göras i förevarande mål. Det följer av lagen att någon sådan överprövning inte ska göras av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift, vilket också bekräftats av Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2014 ref. 49. Mål om obligatorisk upphandlingsskadeavgift handlar inte om att pröva om en överträdelse faktiskt begåtts utan endast om att fastställa ett sanktionsvärde. Dessa mål utgör således inte någon form av alternativa resningsförfarande, även om sanktionsvärdet skulle kunna bedömas som obefintligt i rena undantagsfall, där det framstår som uppenbart att den underliggande domen är felaktig. Det kan i sammanhanget inte heller bortses från att Airport Telecom återkallat sitt överklagande av förvaltningsrättens dom och således inte uttömt sina rättsmedel. Istället är det först nu, inom ramen för prövningen av överträdelsens sanktionsvärde, som bolaget driver frågan om vilken lagstiftning som var tillämplig på den aktuella upphandlingen.

Konkurrensverkets uppfattning är att bedömningen i den underliggande domen är korrekt. Inte heller kan rättsläget anses ha varit oklart. Av utredningen i domen framgår tydligt att den upphandling av utrustning för markradio-system som är aktuell i förevarande mål är av sådan art att den är nödvändig för bedrivande av flygplatsverksamhet. Enligt Konkurrensverkets mening utgör därför upphandlingen sådan verksamhet som omfattas av 1 kap. 10 § 2 LUF. Även om gränsdragningen kan vara vansklig anser Konkurrensverket att den inte kan anses vara det i förevarande mål.

Att det inte är fråga om ett återkommande beteende är i sig inte en förmildrande omständighet. Det förhåller sig istället så att upprepade överträdelser

kan anses utgöra en försvårande omständighet vid bedömningen av sanktionsvärdet.

Att ett avtal fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Airport Telecom har genom att dess ingångna avtal fått bestå redan fått tillgodoräkna sig att det förelåg tvingande hänsyn. Det kan inte ha varit lagstiftarens avsikt att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned så snart det i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet har fastställts att det förelegat ett tvingande hänsyn till ett allmänintresse (se de olika skrivningarna i prop. 2009/180 del 1 s. 198 f. angående sanktionsvärde, avgiftens storlek och eftergift när det föreligger tvingande hänsyn). En sådan ordning skulle dessutom riskera att vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Kammarrätten i Göteborg har funnit i dom den 26 februari 2014, mål nr 5703-13, och i dom den 2 december 2014, mål nr 4915-13, att det faktum att ett avtal fått bestå av tvingande hänsyn inte utgjorde en förmildrande omständighet.

Enligt uppgift från Airport Telecom uppgår kontraktets samlade värde till 46 350 000 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed högst uppgå till 4 635 000 kr, dvs. tio procent av kontraktsvärdet. Konkurrensverket anser att den aktuella överträdelsen bör bedömas som en otillåten direktupphandling utan några särskilda försvårande eller förmildrande omständigheter. Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 3 500 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Airport Telecom yrkar att upphandlingsskadeavgiften ska fastställas till ett lägre belopp än vad som framgår av Konkurrensverkets ansökan. Till grund

för sin talan anför Airport Telecom att det föreligger förmildrande omständigheter och utvecklar sin inställning i huvudsak enligt följande.

Rättsläget är oklart. I målet rörande avtals ogiltighet var frågan inte vilken lag som var tillämplig, det var parternas gemensamma uppfattning att LOU var tillämplig lag för anskaffningen. Airport Telecom hade därför inte till fullo redovisat de omständigheter som var relevanta för denna fråga, utan endast angett omständigheter till stöd för att telekomundantaget i 1 kap. 4 § LOU var tillämpligt. Det bör därför framhållas att Airport Telecoms verksamhet är inom telekommunikationssektorn. Airport Telecom bedriver sin verksamhet som teleoperatör med tillstånd från Post- och telestyrelsen. Verksamheten är jämförbar med vilken aktörs som helst, den enda skillnaden är att Airport Telecom driver sina telekommunikationsnät inom geografiska gränser som är flygplatser. Tjänsterna är emellertid helt öppna för vilken potentiell kund som helst att ansluta sig till. I LUF undantogs telekommunikationssektorn helt från lagens tillämpningsområde. Det går med fog att ifrågasätta förvaltningsrättens dom. Markradiosystemet anskaffades huvudsakligen för att erbjuda tjänster som inte är nödvändiga för bedrivande av flygplatsens verksamhet. Att markradiosystemet också behövdes för själva flygplatsverksamheten, och därför av tvingande hänsyn fick bestå, förändrar inte det faktum att det huvudsakligen anskaffades i syfte att erbjuda tjänster utanför flygplatsverksamhet i LUF:s mening. Att Swedavia AB bedriver flygplatsverksamhet bör inte påverka bedömningen, eftersom huvudregeln måste anses vara att det är varje juridisk person för sig och dess verksamhet som ska bedömas enskilt. Skälen till att Airport Telecom valde att återkalla överklagandet av domen var helt kommersiella. Även om den rådande uppfattningen i enlighet med HFD 2014 ref. 49 är att domstolen i ett efterföljande upphandlingsskadeavgiftsmål inte ska överpröva slutsatsen om en otillåten direktupphandling genomförts, ska domstolen beakta det mycket oklara rättsläge som fanns före domen om ogiltighet vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Återkallandet av Airport Telecoms överklagande gjordes endast av kommersiella skäl. Enligt Airport Telecoms mening är det inte rimligt att endast av detta skäl inte låta sanktionsvärdet påverkas för det fall domstolen instämmer i bedömningen att rättsläget varit oklart. Ett sådant synsätt skulle verka onödigt processdrivande genom att upphandlande myndigheter/enheter, trots att domslutet inte går den upphandlande myndigheten/enheten emot eftersom avtalet får bestå på grund av tvingande hänsyn, tvingas överklaga domen endast på grund av att det oklara rättsläget inte kommer att beaktas vid fastställandet av sanktionsvärdet.

Det är fråga om en engångsföreteelse. I HFD 2014 ref. 69 beaktade kammarrätten att det rörde sig om en engångsföreteelse och detta synsätt var ingenting som Högsta förvaltningsdomstolens dom förändrade. Således ska det faktum att det inte handlar om ett upprepat beteende beaktas vid rättens bedömning i sänkande riktning. Uppfattningen att det enbart kan bli fråga om att denna omständighet kan bli aktuell i höjande riktning delar inte Airport Telecom.

Som framgår av förvaltningsrättens dom fick avtalet bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Det framgår uttryckligen av förarbetena att det faktum att det är en situation där ett avtal fått bestå av tvingande hänsyn kan vara en situation där sanktionsvärdet är lågt (prop. 2009/10:180 s. 198). Det ska framhållas att det var mycket tidskritiskt att få ett fungerande markradiosystem på plats på vissa av Swedavia AB:s flygplatser.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Allmän förvaltningsdomstol ska enligt 17 kap. 1 § 3 LUF besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående

annonsering enligt 7 kap. 1 § samma lag. Enligt 17 kap. 4 § LUF ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt 17 kap. 5 § LUF särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

Konkurrensverket anser att Airport Telecoms överträdelse är av normalgraden, medan Airport Telecom anser att det finns förmildrande omständigheter som motiverar en lägre upphandlingsskadeavgift än den Konkurrensverket ansökt om. Airport Telecom anser att förvaltningsrätten vid fastställande av upphandlingsskadeavgift ska beakta att rättsläget vid avtalets ingående var oklart, att det rör sig om en engångsföreteelse och att avtalet fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Det kan konstateras att domstolen inte i ett efterföljande upphandlingsskadeavgiftsmål ska överpröva slutsatsen att en otillåten direktupphandling genomförts (HFD 2014 ref. 49). Airport Telecom har emellertid anfört att det osäkra rättsläget som förelåg när direktupphandlingen genomfördes bör beaktas. Airport Telecom anser att det med fog går att ifrågasätta förvaltningsrättens dom och har framhållit att anledningen till att målet aldrig materiellt prövades av kammarrätten var att Airport Telecom återkallade överklagandet av kommersiella skäl.

Förvaltningsrätten anser att det inte finns skäl att ifrågasätta de slutsatser som rätten kommit fram till i mål nr 2484-15. Enligt förvaltningsrättens uppfattning står det klart att det aktuella markradiosystemet primärt inköptes för att flygplatsverksamheten skulle kunna bedrivas och att inköpet av markradiosystemet således omfattades av LUF. Skulle valet av vilken juridisk person inom Swedaviakoncernen som köpte markradiosystemet varit avgörande, skulle det innebära att koncernen vid utförandet av sitt uppdrag skulle

kunnat betinga sig en rätt att välja vilken lag som var tillämplig endast genom den organisatoriska utformningen av sin verksamhet. Det kan dessutom konstateras att även om LUF inte skulle ha varit tillämplig hade för tillämpning av telekomundantaget i 1 kap. 4 § LOU krävts att markradiosystemet köpts in huvudsakligen för att utöva verksamhet inom telekommunikationssektorn (se beaktandesats 21 och art. 13, direktiv 2004/18/EG).

Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att rättsläget inte var osäkert på sätt som skulle ha utgjort skäl att anse direktupphandlingen som mindre allvarlig. Att Airport Telecom valde att inte gå vidare i kammarrätten ändrar i sammanhanget inte bedömningen. Inte heller ankommer det på förvaltningsrätten att i föreliggande mål göra en mer ingående prövning av det slut som rätten kom till i mål nr 2484-15.

Airport Telecom har vidare åberopat att direktupphandlingen utgjort en engångsföreteelse. Förvaltningsrätten anser i likhet med Konkurrensverket att det faktum att en överträdelse inte tidigare påvisats inte i sig pekar i förmildrande riktning, utan att det snarare är så att upprepade överträdelser verkar i försvårande riktning, vilket synes ha varit lagstiftarens syfte. I förarbetena (prop. 2009/10:180 del I s. 198) anges bl.a. att omständigheter såsom att det är fråga om t.ex. upprepat beteende avseende att företa otillåtna direktupphandlingar bör ses som försvårande omständigheter. Uttalandet citerades även av Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2014 ref. 69.

Inte heller är det tillräckligt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse för att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned. Airport Telecom har visserligen anfört att det varit mycket tidskritiskt att få ett fungerande markradiosystem på vissa av Swedavia AB:s flygplatser. Det kan dock konstateras att förvaltningsrätten i mål nr 2484-15 prövade om det förelåg en sådan synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses att en annonsering var omöjlig (4 kap. 2 § 4 LUF) och fann

att det inte framkommit sådana omständigheter som visade att så var fallet. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte i föreliggande mål finns en sådan utredning som visar att direktupphandlingen med hänsyn till brådskan framstod som ursäktlig. Rätten anser att redan det faktum att ett avtal fått bestå på grund av tvingande hänsyn inte i sig motiverar att upphandlingsskadeavgiften sätts ned, om det inte finns stöd för en sådan slutsats i övriga omständigheter. Förarbetsuttalandena bör enligt förvaltningsrättens uppfattning inte förstås på ett sådant sätt som att det generellt skulle föreligga förmildrande omständigheter så snart ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I Kammarrätten i Göteborgs domar den 26 februari 2014, mål nr 5703-13, och den 2 december 2014, mål nr 4915-13, utgjorde inte det faktum att ett avtal fått bestå på grund av sådana tvingande hänsyn en förmildrande omständighet.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att inte annat framkommit än att storleken på den av Konkurrensverket begärda upphandlingsskadeavgiften är väl avvägd. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas och Airport Telecom ska betala en upphandlingsskadeavgift om 3 500 000 kr.

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

Per-Erik Nistér
f.d. rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.



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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.