



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2016-05-24
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
3-16

SÖKANDE

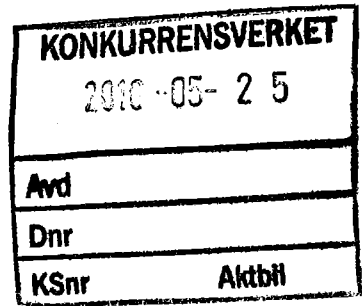
AR Internetplatsen AB, 556326-5346
Drottninggatan 1B
753 10 Uppsala

MOTPART

Tolkförmedling i Väst, 222000-2972
Box 11305
404 27 Göteborg

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 412140

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Tolkförmedling i Väst AB (fortsättningsvis TFV) genomför en upphandling av bokningssystem för beställning av tolkar och översättare, fakturering av beställare/kunder, utbetalning av arvode till utförarna av tjänsterna, m.m. Upphandlingen genomförs i form av öppet förfarande. Enligt förfrågningsunderlaget avser TFV att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Vidare framgår att den kvalitativa utvärderingen av de anbud som uppfyllt de obligatoriska kvalificeringskraven genomförs i två steg; omgång 1 innebär en utvärdering av den skriftliga presentationen av det erbjudna bokningssystemet, omgång 2 en visning och en muntlig presentation av systemet samt en genomgång av genomförandeplanen.

Av TFV:s upphandlingsrapport framgår att anbuden från två leverantörer (Artwise AB och Bokningssystemet Nya Samtid AB) blivit föremål för en fullständig utvärdering. TFV meddelade tilldelningsbeslut den 30 december 2015. Av beslutet framgår att TFV avsåg att teckna kontrakt med Artwise AB. Av handlingarna framgår att AR Internetplatsen AB (fortsättningsvis Internetplatsen) inte lämnat något anbud i upphandlingen.

YRKANDEN, M.M.

Vad Internetplatsen yrkar och anför

Internetplatsen yrkar att förvaltningsrätten ska bestämma att upphandlingen ska göras om och att de tillägsvillkor i fråga om skadestånd och vite som anges i förfrågningsunderlagets avtalstext då ska tas bort och anför i huvudsak följande.

Upphandlingen har inte utförts i enlighet med 1 kap. 9 § LOU. Förfrågningsunderlaget innehåller nämligen särskilda villkorstillägg som utesluter Internetplatsen och många andra företag från att delta i upphandlingen.

1. TFV har höjt det maximala skadeståndet till 100 basbelopp (punkt 6.17 i Anbudsförfrågan), vilket är tre gånger högre än enligt Avtal 90. 100 basbelopp innebär att skadeståndskrav kan uppgå till nästan fem miljoner kronor. Det finns ingen försäkring som täcker detta belopp. Självrisken vid dessa belopp uppgår till cirka en miljon kronor.
2. Utöver skadeståndet har även vitesbeloppet höjts. Vitesbeloppet storlek utökar leverantörens risk ytterligare och är i grunden ett omotiverat villkorstillägg i denna upphandling, vilket särskilt drabbar mindre företag.
3. Det föreligger en obalans mellan TFV:s och leverantörens skyldigheter, en obalans som möjligen större företag kan acceptera, men som mindre företag måste ta hänsyn till.
4. Det finns ingen skrivning om att vitesföreläggande ska göras. Det innebär att vite kan komma att utkrävas i efterhand vid en leveransförsening, vilket inte är den normala användningen av vite, som är ett påtryckningsmedel.
5. TFV har under år 2015 tolkat in och använt sig av samtliga punkter ovan. På ett tydligt sätt har TVF visat att den specialskrivna texten är en central strategi i TFV:s upphandlingar. På detta sätt har TFV omöjliggjort för Internetplatsen att lämna anbud i den aktuella upphandlingen.

TFV har infört ett betydande villkorstillägg jämfört med it-branschens normala upphandlingsvillkor, som anges i Avtal 90. Dessa utökade villkor medför en oproportionerligt stor risk för små och medelstora leverantörer. Tilläggsvillkoren är omotiverade och skulle, om de tillämpas, kunna försätta vinnande bolag i konkurs om bolaget missförstått ett skall-krav. Därmed skulle tilläggsvillkoren inte heller ge TFV den ersättning som avsetts. TFV har inte påvisat något verksamhetsorienterat behov för den höjda beloppsnivån. Nivån är enligt Internetplatsens uppfattning oförenlig med LOU:s krav på likabehandling och proportionalitet.

Avtal 90, som även ingår som avtalsdokument i TFV:s upphandling, reglerar fullt ut både leverantörens och kundens skyldigheter och vad som ska hända om dessa skyldigheter åsidosätts. Därför är det anmärkningsvärt och obefogat att i en offentlig upphandling utöka villkoren för leverantören och att försöka minska kundens skyldigheter. Med den nu aktuella beloppsnivån finns inga försäkringar att tillgå som täcker de tillkommande villkoren på ett sådant sätt att leverantörens existens inte skulle äventyras vid skadeståndsskyldighet. För att eliminera denna risk krävs ett aktiekapital i miljonklassen och inte några hundra tusen kronor, vilket är vanligt i branschen.

TFV:s inställning i målet

TFV anser att förvaltningsrätten ska avslå ansökningen om överprövning och anför bl.a. följande. TFV har i upphandlingen agerat korrekt och i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. TFV har i upphandlingen ställt upp ett antal tydligt formulerade krav och avtalsvillkor som inte träder principerna om likabehandling, transparens eller några andra av de grundläggande principerna förnär. Skäl för ingripande föreligger därmed inte.

Standardavtalet Avtal 90 version 2008 ges ut av IT & Telekomföretagen, en medlemsorganisation för alla företag inom IT- och telekomsektorn. Det är rimligt att anta att standardavtalet är utformat med beaktande av medlemmarnas intressen. TFV har dock bedömt att standardavtalet i ett flertal avseenden har relevanta villkor för denna upphandling och standardavtalet ligger därför som en del av kontraktshandlingarna i upphandlingen. Det finns inget regelverk som kan tvinga en upphandlande myndighet att tillämpa ett visst standardavtal. Det krävs inga synnerliga och verksamhetsorienterade skäl för att frånga branschens normala villkor, som Internetplatsen felaktigt påstår. Tvärtom är det den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov och utifrån detta står det myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget så länge detta är förenligt med unionsrätten.

TFV vitsordar att upphandlingskontraktets ansvarsbegränsning uppgår till 100 basbelopp (ca 4 450 000 kronor) och därmed är högre än begränsningen i Avtal 90 som är 35 basbelopp respektive 15 procent av kontraktssumman. TFV hävdar bestämt att upphandlingskontraktets ansvarsbegränsning är såväl proportionerlig som transparent. Vidare framgår med all önskvärd tydlighet av Avtal 90 att om det i ett avtal förekommer uppgifter som strider mot Avtal 90 har det av parterna träffade avtalet och upprättade bilagor företrädde framför de allmänna bestämmelserna, dvs. Avtal 90. Villkoret om annan ansvarsbegränsning överträder därmed inte principen om transparens heller i detta avseende.

Syftet med villkoren i upphandlingskontraktet jämte bilagor är bl.a. att fördela de risker som är förknippade med avtalet. Villkoret för ansvarsbegränsning i Avtal 90 har TFV bedömt vara ensidigt till förmån för leverantören, varför det för en balanserad riskbedömning, är nödvändigt att kräva en begränsning som är mer förmånlig för TFV. Ansvarsbegränsningen gäller för båda parter och därmed har risken i detta avseende fördelats lika mellan parterna.

TFV anser således att det är rimligt att leverantören står för kostnader för direkta skador som denne åsamkar TFV upp till ovan angivet belopp. Vid större skador står TFV för överskjutande belopp. Det finns ingen mindre ingripande åtgärd som TFV hade kunnat välja för att uppnå syftet med villkoret. Villkoret är lämpligt och effektivt för att uppnå syftet. Därmed kan villkoret inte strida mot principen om proportionalitet. Vad Internetplatsen anför om bolagets möjlighet att teckna en ansvarsförsäkring ändrar inte TFV:s bedömning. Det torde vara möjligt för en leverantör att skaffa en försäkring som täcker ansvaret enligt avtalet till en rimlig kostnad. Oavsett detta har alla leverantörer inte den kapacitet som krävs för att lämna anbud i alla upphandlingar. Det innebär inte att upphandlingen som sådan strider mot upphandlingslagstiftningen. Det bör dock uppmärksammas att samtliga

leverantörer som har lämnat anbud i upphandlingen är att betrakta som små eller medelstora företag. Dessa företag har uppenbarligen inte ansett att villkoren i upphandlingskontraktet har utgjort hinder mot att lämna anbud.

Det vore orimligt om den upphandlande myndigheten skulle tvingas bära övervägande delen av de ekonomiska konsekvenser som ett avtalsbrott kan orsaka, enbart av den anledningen att en leverantör inte anser sig ha den ekonomiska kapaciteten att försäkra sig mot de skador som leverantörer kan tänkas vålla.

Ovanstående resonemang om ansvarsbegränsningen är applicerbart även på vad Internetplatsen anför angående vitesbeloppet. Syftet med vitet är dels att kompensera för de skador som TFV skulle drabbas av vid en leveransförsening, dels att utgöra ett incitament för att leveransförseningar inte ska uppkomma. Vite kan enligt skrivningen i upphandlingskontraktet endast utgå om förseningen beror på leverantören eller något förhållande på dennes sida. Ett förseningsvite torde ingå i leverantörens affärsrisk och varje leverantör får prissätta sitt anbud bl.a. med beaktande av detta. Då summan för vitet är tydligt angiven kan den leverantör som kalkylerar med en försening ta höjd för detta i sin prissättning. Därmed föreligger ingen ökad risk för små företag jämfört med stora. Vitesregleringen är både transparent och proportionerlig. Det skulle få långtgående konsekvenser om förvaltningsrätten skulle besluta hur parterna i ett avtal ska fördela avtalets risker. Skäligheten i avtalsvillkor torde dessutom vara upp till allmän domstol att pröva.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Grundläggande bestämmelser

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förfrågningsunderlaget

I avtalsmallens avsnitt 6.4 *Kontraktshandlingar* anges följande.

Handlingarna kompletterar varandra. Förekommer mot varandra stridande uppgifter i handlingarna gäller de sinsemellan i följande ordning:

1. Skriftliga ändringar och tillägg till detta avtal
2. Detta avtal med bilagor
3. Allmänna bestämmelser Avtal 90 version 2008
3. Eventuellt kompletterat förfrågningsunderlag, osv.

I avsnittet 6.5 *Standardvillkor* anges att ”*Allmänna bestämmelser Avtal 90 version 2008 gäller exklusive de delar som regleras i detta avtal*”.

I avsnittet 6.17 *Ansvar* anges följande.

Part ansvarar för skada som denne vållar den andra Parten om skadan orsakats av fel eller försummelse. Skadestånd är begränsat till direkt förlust, dock högst med ett belopp per skadetillfälle motsvarande det belopp som är högst av 100 basbelopp. Det nu sagda gäller inte om uppsåt eller grov vårdslöshet föreligger. Begränsningen i denna punkt omfattar inte prisavdrag, räntor eller viten.

Leverantören svarar för skada som Leverantören orsakat Köparen genom vårdslöshet eller försummelse från Leverantören sida. Vid hävning av avtal på grund av väsentligt avtalsbrott från Leverantören sida är Köparen berättigad till skadestånd, utöver eventuellt vite. Leverantören ska under avtalstiden hålla en ansvarsförsäkring till betryggande belopp eller ställa säkerhet enligt gällande rätt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Frågan i målet är om regleringen i förfrågningsunderlagets avtalsmall, av avtalsparternas skyldighet att betala skadestånd och TFV:s rätt till vite vid leveransförseningar, strider mot den grundläggande principen om proportionalitet.

Det ligger i sakens natur och följer också av den upphandlingsrättsliga regleringen att det är den upphandlande myndigheten som avgör vad som ska upphandlas utifrån det behov som upphandlingen är avsedd att tillgodose. Den upphandlande myndigheten har också stor frihet att i upphandlingen ställa krav på föremålet för upphandlingen och att utforma de avtalsvillkor som ska gälla för myndigheten och anbudsgivare som tilldelas upphandlingen. Det måste som regel anses vara den upphandlande myndigheten som bäst kan bedöma hur avtalet behöver utformas för att syftet med upphandlingen ska kunna säkerställas.

Principen om proportionalitet får dock inte frångås när kraven på föremålet för upphandlingen, leverantören eller andra avtalsvillkor fastställs. Det innebär bl.a. att avtalsvilkoren måste ha en tydlig koppling till kontraktsföremålet och stå i rimlig proportion till de mål som eftersträvas med upphandlingen.

Det är ostridigt mellan parterna att det finns en tydlig koppling mellan behovet av att reglera skadeståndsskyldigheten samt rätten till vite vid leveransförseningar och föremålet för upphandlingen. Förvaltningsrätten anser inte att det finns anledning att göra någon annan bedömning. Frågan blir då om det kan anses visat att de förhöjda beloppsgränser för skadestånd och vite som anges i avtalsmallen kan anses som oproportionerliga.

Förvaltningsrätten anser inte att vad som framkommit i målet ger stöd för att de beloppsgränser för skadestånd och vite som anges i avtalsmallen skulle

vara omotiverat höga med hänsyn till de ekonomiska risker som TFV kan utsättas för vid vårdslöshet/försummelse eller leveransförseningar från leverantörens sida. Som nämnts ovan måste TFV här ha en stor frihet att bestämma vilka ekonomiska risker myndigheten är beredd att ta och får då också ta de konsekvenser som beloppsgränserna kan få för de erbjudna anbudspriserna.

Av det ovan sagda följer att TFV, genom de ändringar i förhållande Avtal 90 version 2008 som tillförts Avtalsformuläret beträffande villkoren för skadestånd och vite, inte kan anses ha brutit mot den grundläggande principen om proportionalitet eller någon annan bestämmelse i LOU. Att Internetplatsen kan ha svårt att hitta en lämplig försäkring, som i tillräcklig omfattning kan kompensera för de skadestånds- och vitesbelopp som kan komma i fråga, föranleder inte någon annan bedömning. Förvaltningsrätten anser därmed att förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU inte föreligger. Internetplatsens ansökan ska därför avslås.

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

Susanne Nilsson
Rådman

Föredragande jurist i målet har varit Per Olofsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.