



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2013-03-27
Meddelad i
Växjö

Mål nr
4630--4641-12, 4687--
4688-12

KONKURRENSVERKET	
2013 -03- 2 7	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Telia Sonera Sverige AB, 556430-0142
123 86 Farsta

Ombud: Advokat Olof Larsberger och advokat Joakim Lavér
Advokatbyrå Hannes Snellman AB
Box 7801
103 96 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget i Kalmar län
Västerviks Sjukhus, SF-Upphandlingsenheten
593 81 Västervik

2. Regionförbundet i Kalmar län
3. Borgholms kommun
4. Emmaboda kommun
5. Hultsfreds kommun
6. Högsby kommun
7. Kalmar kommun
8. Mönsterås kommun
9. Mörbylånga kommun
10. Nybro kommun
11. Oskarshamns kommun
12. Torsås kommun
13. Vimmerby kommun
14. Västerviks kommun

Ombud 2-14: Landstinget i Kalmar län

15. DGC Access AB, 556575-3042
Box 23 116
104 35 Stockholm

Ombud: Advokat Catharina Baerselman och advokat David Nilsson
Bird & Bird Advokat KB
Box 7714
103 95 Stockholm

Dok.Id 64985

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-56 02 00 E-post: fva@dom.se	0470-255 02	måndag – fredag 08:00-16:30

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ****DOM**

4630--4641-12, 4687--
4688-12

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Kalmar genomför upphandling av Datakommunikation 2012 nya Steg 2 FFU-fasen. Upphandlingen genomförs tillsammans med Regionförbundet i Kalmar län samt Borgholms, Emmaboda, Hultsfreds, Högsby, Kalmar, Mönsterås, Mörbylånga, Nybro, Oskarshamns, Torsås, Vimmerby och Västerviks kommuner. Totalt inkom fem anbudsansökningar. Kvalificerade anbudsgivare var TeliaSonera Sverige AB (Telia) och DGC Access AB (DGC). Enligt tilldelningsbeslut den 14 juni 2012 har landstinget beslutat att anta det anbud som lämnats av Telia.

DGC ansökte om överprövning och yrkade att förvaltningsrätten skulle förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett genom ny utvärdering varvid anbudet från Telia skulle uteslutas.

Förvaltningsrätten förordnade den 7 november 2012, mål nr 2389-12 och 2444--2456-12, att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse har gjorts genom ny utvärdering i vilken Telias anbud inte skulle beaktas.

Landstinget meddelade nytt tilldelningsbeslut den 30 november 2012.

Telia ansöker om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet och yrkar att upphandlingen görs om. Telia anför bl.a. följande. Förvaltningsrätten prövade inte i sin dom Telias invändningar att det förelegat brister i DGC:s anbud. Frågan om brister i DGC:s anbud - liksom frågan om övriga brister som påtalas i förevarande ansökan om överprövning - är således inte rättskraftigt avgjorda, varför det inte föreligger hinder för Telia att nu ansöka om överprövning. Telia hänvisar till Kammarrätten i Jönköpings dom den 24 oktober 2012 i mål nr 2742--2751-12. Kammarrätten konstaterade att mål om överprövning enligt LOU inte vinner sådan negativ rättskraft som

utgör hinder mot en ny överprövning av samma upphandling. Telia hänvisar vidare till Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 juni 2012 i mål nr 5010-12. – DGC har i strid med instruktionskraven i punkten 1.2 i Kravspecifikationen underlåtit att beskriva hur skall-kravet på leveranstest före påbörjande av acceptanstestning av tjänst uppfylls. DGC uppfyller således inte aktuellt skall-krav och DGC:s anbud skulle rätteligen inte ha utvärderats. Härigenom har landstinget brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. DGC hävdar att beskrivningen återfinns i DGC:s svar på punkterna 5.2 – 5.4. Punkten 5.2 tar sikte på att ett leveranstestprotokoll ska upprättas inom en viss angiven tid. Punkten 5.3 tar sikte på acceptanstestning. Någon punkt 5.4 finns inte i kravspecifikationen. Förfrågningsunderlaget har vidare varit otydligt utformat i fråga om priser och anbudsgivarna har inte behandlats lika. Upphandlingen omfattar såväl befintliga förbindelser som nya förbindelser. Anbudsgivarna ska i de enskilda prisbilagorna ange pris för ett antal förbindelser. Härvid har det uppstått stor osäkerhet för anbudsgivare för vad ”Nuvarande kapacitet” och ”Önskad kapacitet”- efterfrågad prisuppgift avser. Den närmare innebörden av begreppet ”nya förbindelser” i punkten 11.1 i Kravspecifikationen – vars prissättning ska vara enhetlig mellan beställarna – och vilka priser som ska gälla för dessa förbindelser framgår inte av förfrågningsunderlaget. Frågan är vilket pris – lämnat pris i den Generella prislistan eller lämnat pris i de Enskilda prislistorna – som gäller för en sådan ny förbindelse. Frågan är vidare vilket pris i en sådan situation som ska vara enhetligt i linje med kravet härom i punkten 11.1 i Kravspecifikationen. I samband med överprövningsprocessen inom ramen för mål 2389-12 m.fl. kom det till Telias kännedom att DGC erhållit ”förhandsbesked” rörande prissättningen i upphandlingen. DGC har således själv uttryckt en osäkerhet om hur priserna i upphandlingen ska anges. Landstinget har givit DGC vägledning i fråga om prissättning samtidigt som Telia inte fått sådan vägledning. Landstingets agerande i fråga om priser har

varit i strid med såväl principen om transparens som likabehandling. Upphandlingen avser såväl befintliga som nya förbindelser och optioner som de 14 olika upphandlande myndigheterna löpande ska kunna avropa under avtalstiden. Avgörande om ett avtal är att bedöma som ett ramavtal är istället om avtalet – som i detta fall – ger en upphandlande myndighet möjlighet att göra löpande avrop från avtalet ifråga. Det avtal som upphandlas inom ramen för upphandlingen har således formen av ett ramavtal och upphandlingen formen av ramavtalsupphandling. Detta innebär att relevanta regler i 5 kap. LOU är tillämpliga. Av punkt 4 i avtalsutkastet framgår att avtalstiden i upphandlingen har satts till totalt fem (3+2) år. Ett ramavtal får dock löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Landstinget har i förevarande fall inte motiverat behovet av en längre avtalstid än fyra år. Den valda avtalstiden kan komma att begränsa konkurrensen. DGC:s anbud skulle rätteligen ha förkastats av landstinget. I upphandlingen har det endast inkommit två anbud. Telia har mot denna bakgrund lidit eller riskerar att lida skada. Telia har även lidit eller riskerar att lida skada av den överträdelse av principerna om transparens och likabehandling som frågan om pris och avtalslängd inneburit. Det finns i upphandlingen inget giltigt anbud för landstinget att anta. Upphandlingen ska därför göras om. - DGC:s rätt att yttra sig i förevarande fall är begränsat till ett bemötande av vad Telia gjort gällande om skall-kravs brist i DGC:s anbud.

Landstinget avstår från att yttra sig.

DGC anser att Telias ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Det finns en lagakraftvunnen dom på att Telias anbud inte ska beaktas vid utvärderingen eftersom bolagets anbud inte uppfyller kraven i upphandlingen. Landstinget har vid en rättad utvärdering förkastat Telias anbud i enlighet med domen. Ett bolag vars anbud rätteligen har förkastats kan inte anses

lida skada på grund av att även annan leverantörs anbud ska förkastas oavsett hur många anbudsgivare som finns kvar vid utvärderingen (jfr Kamrarrätten i Jönköpings dom den 28 mars 2012 i mål nr 3307-11). Telia har således inte lidit skada eller kan komma att lida skada av den i målet påstådda bristen i DGC:s anbud. I ovan nämnda dom konstaterar förvaltningsrätten att Telias anbud inte uppfyllde samtliga ställda skall-krav i upphandlingen. Inte något av dessa krav har koppling till de omständigheter som görs gällande i Telias ansökan om överprövning i detta mål. Telia kan därför inte heller anses ha lidit eller kunna komma att lida skada på grund av dessa omständigheter.- DGC har i punkten 5.1 angett att kravet är uppfyllt. Av DGC:s svar på punkterna 5.2 -5.4 framgår hur DGC avser att genomföra leveranstestet. Någon särskild kommentar under punkt 5.1 behövs därför inte. Under alla förhållanden är DGC:s svar på punkten 5.1 att jämföra med Telias svar på 5.2 och 5.3, där det endast anges "Uppfyller". Anbudsgivarna har således behandlats lika. DGC anser att gällande punkt 5.2 att det är uppenbart att det är "önskad kapacitet" som ska prissättas. Förfrågningsunderlaget är transparent. Det kan inte heller i punkt 11.1 i kravspecifikationen råda oklarhet om vad som avsetts med "nya förbindelser" i detta sammanhang. Priserna i Generella Prislistan ska alltså användas vid beställarnas önskemål om förbindelse till en i upphandlingen icke specificerad leveransadress. Telia har på samma sätt som DGC lämnat högre priser för nya förbindelser/nybeställningar (Generella Prislistan) jämfört med priserna i Enskilda Prislistorna. Det bestrids att DGC genom den av Telia åberopade e-postkorrespondensen skulle ha fått någon information som strider mot vad som kan utläsas redan av förfrågningsunderlaget. Avtalet utgör inte något ramavtal i den mening som avses i LOU. Avtalet avser att helhetsåtagande för vald leverantör att under avtalstiden tillhandahålla en datakommunikationslösning. Som vid varje tid svarar mot beställarnas behov. I uppdraget är specificerat leveransadresser och önskad kapacitet och det ingår i helhetsåtagandet även att vid behov genomföra öns-

kade förändringar. Bestämmelsen om ramavtals längd i 5 kap. 3 § LOU är inte tillämplig. Om förvaltningsrätten skulle finna att det är fråga om ett ramavtal, föreligger särskilda skäl för att avtalet ska ha en längre löptid än fyra år. Avtalet kräver stora investeringar från leverantörerna och kräver stora initiala kostnader som ska betala sig under avtalets löptid.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är således principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli

aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten har i dom den 7 november 2012, mål nr 2389-12 och 2444--2456-12, funnit att anbudet från Telia bl.a. inte uppfyllt vissa skallkrav och därför beslutat att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om, varvid Telias anbud ska uteslutas från utvärderingen. Domen har vunnit laga kraft. En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Vid den aktuella upphandlingen fanns emellertid bara en anbudsgivare utöver den som begärt överprövning. Vid sådant förhållande skulle Telia kunna anses ha lidit skada om även DGC:s anbud borde ha förkastats på grund av bristande uppfyllelse av alla skallkrav eller om upphandlingen borde göras om. Förvaltningsrättens dom kan därför inte anses utgöra hinder för Telia att ansöka om överprövning (Jfr Kammarrätten i Göteborgs beslut i mål nr 5010-12).

Av punkt 11.1 i kravspecifikationen framgår att anbudsgivaren **skall** ange prisuppgifter för erbjudna tjänster i separat Prisbilaga med förbindelselista varvid bl.a. pris för nya förbindelser ska var enhetligt mellan beställare och baserat på vald kapacitet, förbindelse med kapaciteten 50 Mbit/s och viss SLA-klass ska kosta lika mycket per månad inom en kommun (t.ex. Hultsfred), som mellan två geografiskt avlägsna kommuner (t.ex. Mörbylånga – Vimmerby).

Av e-postkorrespondens mellan DGC och upphandlande myndighet framgår att DGC är osäkra på hur priserna ska anges i prisbilagan och begär att

upphandlande myndighet ska ge ett förhandsbesked angående sättet att ange priserna. Upphandlande myndighet har i svar uppgett att de inte kan ge förhandsbesked i sådana här frågor. Frågan har dock skickats vidare till arbetsgruppen, varifrån preliminärt, icke-förpliktigande besked erhållits att DGC kan skicka in som de tänkt.

Telia hävdar att innebörden av begreppet "nya förbindelser" i punkten 11.1 inte framgår av förfrågningsunderlaget och vilka priser som ska gälla för dessa förbindelser. Telia har därvid gjort gällande att förfrågningsunderlaget i detta hänseende brister i transparens och därför strider mot 1 kap 9 § LOU. Telia gör även gällande att landstinget, genom att endast ge DGC vägledning om prissättning, inte behandlat anbudsgivarna lika.

Kravet på transparens innebär bl.a. att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt på så sätt att leverantören har möjlighet att bedöma vad den upphandlande myndigheten efterfrågar. Den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt tydligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Med lika-behandlingsprincipen förstås att alla anbudsgivare ska behandlas lika, dvs. ges lika förutsättningar.

Av förfrågningsunderlaget framgår inte den närmare innebörden av "nya förbindelser". Det framgår inte heller ur prissättningen av dessa ska ske. Det är rimligt att förfrågningsunderlaget är så klart till sin innebörd att en anbudsgivare inte behöver tolka det. Det har även framkommit att DGC från landstinget begärt förhandsbesked om hur prissättning ska ske. Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget inte är så klart och tydligt utformat som de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU förutsätter. Landstinget har vidare genom att ge förhands-

besked angående priser till en anbudsgivare inte behandlat anbudsgivarna lika. Landstinget har sålunda brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU och Telia kan härigenom riskera att lida skada. Eftersom bris-terna hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva de övriga grunder för ingripande enligt LOU som Telia har gjort gällande.

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

Carl-Gustaf Juhlin

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM

4630--4641-12, 4687--
4688-12



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 3109/1D LOU