



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 17

DOM
 2013-07-05
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 7570-13

KONKURRENSVERKET	
2013-07-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

TDC Sverige AB, 556465-8507
 Box 799
 191 27 Sollentuna

Ombud: Advokat Fredrik Linder och Jur.kand. Nike Berlin
 Hamilton Advokatbyrå KB
 Box 715
 101 33 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting
 Box 22550
 104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Dok.Id 356054

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.

Stockholms läns landsting, Stockholms läns Sjukvårdsområde (SLSO) utför en upphandling avseende telekommunikation som tjänst – nätbaserad telefoni (upphandlingen). Upphandlingen genomfördes som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av upphandlingsrapportens tilldelningsbeslut från den 21 mars 2013 framgår att SLSO antar anbud från TeliaSonera Sverige AB (Telia).

TDC Sverige AB (TDC) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför TDC i huvudsak följande. Upphandlingen har utformats på ett sätt som gynnar Telia på bekostnad av övriga potentiella anbudsgivare, vilket omöjliggör för andra anbudsgivare att lämna konkurrenskraftiga anbud. Detta strider mot likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Telia tillhandahåller idag Telia Centrex (Centrex) till SLSO. Den befintliga infrastruktur som SLSO hänvisar till i upphandlingen är således Centrex. Centrex är en analogt nätbaserad företagstelefonitjänst. Växel-funktionaliteten finns inbyggd i Telias telestationer. Talet överförs analogt och kunders telefonabonnemang ansluts till telestationen med kopparförbindelser, som innehas och uteslutande tillhandahålls av Telias helägda dotterbolag Skanova. Krav 2:2 i Kravspecifikationen innebär ett förbud mot leverans av annan fast telefoni än analog telefoni. Den enda nätbaserade tjänst som realiserats analogt är Centrex. De kopparförbindelser som därvid erfordras för att åstadkomma en motsvarande tjänst som efterfrågas i upphandlingen tillhandahålls uteslutande av Telia/Skanova. Leverantörer som vill lämna anbud i upphandlingen är således beroende av Telia/Skanova om de överhuvudtaget ska ha möjlighet att lämna ett anbud i upphandlingen. Det skulle för TDC vara förenat med orimliga kostnader att få relevant access till de kopparförbindelser som erfordras. TDC saknar därför, i likhet med övriga potentiella leverantörer förutom Telia, möjlighet

att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Potentiella leverantörer kan således inte konkurrera på lika villkor som Telia i upphandlingen. Detta bekräftas i upphandlingen av att det endast är Telia som lämnat anbud. Genom upphandlingens utformning har SLSO helt uteslutit möjligheten för leverantörer att offerera en gångbar modern telefonlösning baserad på IP eller kundplacerade företagsväxlar. Detta trots att TDC och andra aktörer på marknaden hade kunnat offerera sådana lösningar som tillgodoser SLSO:s behov.

Förutsättningarna för hur telefonitjänster i upphandlingen får offereras under avtalstiden är otydliga och underlaget strider därför mot transparensprincipen och 1 kap 9 § LOU. Med beaktande av de uppgifter som SLSO har lämnat avseende möjligheten att använda kundplacerad utrustning har det varit helt omöjligt för anbudsgivarna att avgöra i vilken utsträckning det är tillåtet att använda kundplacerad utrustning i upphandlingen. Att tydlig information finns i denna del är helt grundläggande för att ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen ska kunna lämnas. Vidare definieras det inte i upphandlingen vad som avses med "befintlig infrastruktur".

Skall-kravet i punkt 2:2 i Kravspecifikationen, att all fast telefoni ska vara analog, har TDC tolkat som att IP-telefoni inte är möjligt att offerera i upphandlingen. Vad SLSO har anfört i processen tyder emellertid på att SLSO inte haft avsikten att utesluta IP-telefoni. Det är dock mycket otydligt dels i vilken utsträckning IP-telefoni får användas i den offererade lösningen, och dels i vilken utsträckning det är möjligt för anbudsgivarna att under avtalsperioden övergå till IP-telefoni. Att tydlig information finns i denna del är helt grundläggande för att ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen ska kunna lämnas.

Huvudregeln vid offentlig upphandling är öppet eller selektivt förfarande. I vissa undantagsfall, som anges i lagtexten, kan en upphandlande myndighet i stället använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering.

ring. Regeln ska tolkas restriktivt. Den upphandlande myndigheten som avser att använda förhandlat förfarande med föregående annonsering har bevisbördan för att förfarandet är tillämpligt. TDC noterar att SLSO inte någonstans i upphandlingsdokumentationen har angett några skäl för beslutet att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering. SLSO har inte ens specificerat vilken av punkterna i 4 kap. 2 § LOU som SLSO menar är tillämpligt. Enligt TDC finns redan på denna grund skäl att ifrågasätta SLSO:s val av det aktuella förfarandet. Det saknas enligt TDC förutsättningar att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering i upphandlingen. TDC vill vidare understryka att en upphandlande myndighet enligt 9 kap. 12 § LOU är skyldig att för varje upphandling upprätta ett protokoll där det bl.a. ska framgå skälen till att förhandlat förfarande väljs. Sammantaget är det TDC:s uppfattning att SLSO inför upphandlingen inte undersökt om det förelegat förutsättningar för att använda förhandlat förfarande och att det som anförts är efterhandskonstruktioner för att motivera SLSO:s val av upphandlingsförfarande.

Delkriterierna *Upphandlingsmål*, *Tillgänglighetsmål*, *Förvaltningsmål* och *Samverkansmål* som innefattas i utvärderingskriteriet *Kvalitet*, är otydligt utformade och strider mot transparensprincipen och 1 kap 9 § LOU. Beskrivningarna av vad anbudsgivarens redovisning för vart och ett av delkriterierna ska innehålla är mycket allmänt hållna och ospecificerade. Det framgår inte av utvärderingsmallen vad som ska tas hänsyn till vid utvärderingen av de olika delkriterierna. Otydligheterna innebär en stor risk för att potentiella anbudsgivare uppfattar det avsedda innehållet på helt olika sätt, vilket i sin tur skulle leda till att anbuden i upphandlingen inte blir jämförbara med varandra.

Delkriteriet *Referenser*, som innefattas i utvärderingskriteriet *Kvalitet*, får inte användas i utvärderingsfasen i upphandlingen. Vidare har SLSO:s användning av delkriteriet *Referenser* inneburit att SLSO har sammanblandat

kvalificerings- och utvärderingsfasen i upphandlingen. Delkriteriet *Referenser* innebär endast att anbudsgivaren ska redogöra för en referenskund samt vissa uppgifter om vad den levererade tjänster har innefattat. Sådana uppgifter avser uppenbarligen endast anbudsgivarens erfarenheter och kvalifikationer och har ingen som helst koppling till det i upphandlingen förevarande kontraktsföremålet. Delkriteriet *Referenser* är således otillåtet att använda i utvärderingsfasen i upphandlingen och strider mot praxis från EU-domstolen, svensk kammarrättspraxis och LOU.

Om de brister i en upphandling som anförts i en överprövning är sådana att de påverkat det konkurrensuppsökande skedet, och upphandlingen således ska göras om, kan sökandens skada vara abstrakt beskriven, varvid det är tillräckligt att leverantören kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud om bristerna inte förelegat. I upphandlingen har åberopats brister som avser det konkurrensuppsökande skedet. Samtliga brister som TDC åberopat i målet är sådana grundläggande delar i upphandlingen att skaderekvisitet måste avses vara uppfyllt.

SLSO bestrider TDC:s ansökan. SLSO anför i huvudsak följande. Kraven samt innehållet i övrigt i upphandlingen har inte utformats för att gynna en leverantör. Kraven har utformats efter det behov som SLSO har och detta behov kan uppfyllas av flera leverantörer på marknaden. Upphandlingen har därför inte på något sätt begränsat den konkurrens som föreligger på marknaden. Det är korrekt att Telia idag är den befintliga leverantören av telefoni till SLSO. Att krav har uppställts på att fortsätta med befintlig infrastruktur innebär däremot inte att Telia är den enda leverantören som kan uppfylla detta krav. TDC gör en felaktig tolkning när bolaget försöker inkludera Telia Centrex i begreppet "befintlig infrastruktur". Med befintlig infrastruktur avses de cirka 265 fastighetsnät som används av SLSO samt analoga telefoner som SLSO äger. Det är inte heller som TDC gör gällande fråga om orimliga kostnader för annan leverantör än Telia att få relevant

access till de kopparförbindelser som erfordras. Koppar förbindelserna kan hyras av Skanova eller leverantören kan tillhandahålla egen koppartråd. Det är allmänt känt och vedertaget att alla har rätt att köpa kopparanslutningar av Skanova till av Post- och Telestyrelsen reglerade priser, vilket innebär att alla aktörer betalar samma pris för förbindelser som köps av Skanova. Däremot skulle det vara förenat med kostnader för SLSO att övergå till IP-telefoni, eftersom varken SLSO:s fastighetsnät eller IT-organisation har förutsättningar för IP. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vad det är som ska köpas in.

Att SLSO eventuellt har varit otydlig i inlagorna till förvaltningsrätten medför inte på något sätt att förfrågningsunderlaget varit otydligt. Det framgår tydligt vad som efterfrågas, vilken status det är på fastighetsnäten m.m. TDC gör gällande att bolaget har tolkat att Telias nätbaserade tjänst "Telia Centrex" ska utgöra del av infrastrukturen. Det är både semantiskt tveksamt och orimligt att tolka att en konkurrerande leverantörs tjänst ska ingå i upphandlande myndighets infrastruktur.

Enligt LOU gäller att öppet eller selektivt förfarande ska tillämpas vid upphandling. Det finns dock möjligheter att använda andra förfaranden under vissa förutsättningar. I 4 kap. 2 § LOU anges när förhandlat förfarande med föregående annonsering kan tillämpas. I denna upphandling har både punkten 2 och punkten 3 ansett vara tillämpliga. Upphandlingen avser en nätbaserad telekommunikationstjänst med ett stort antal användare – cirka 11 000 personer – och med intensiv användning av tjänsten. Under 2011 inkom cirka 17 miljoner samtal till SLSO. Olika leverantörer kan uppfylla kraven olika. Detta särskilt då telefonitjänsten efter ett initialt skede kan komma att förändras och den befintliga infrastrukturen överges. Här blir den tekniska utvecklingen och anbudsgivarnas innovationsförmåga av särskild vikt. SLSO är härigenom tvungen att förlita sig på anbudsgivarnas kompetens och innovation. För att beställaren ska kunna för-

stå samt anpassa anbudsgivarnas innovativa lösningar till uppställda krav krävs att förhandlingar genomförs. Tjänsten ska användas av ett stort antal användare, vilket ställer höga krav på leveransen av en komplex helhetslösning av telefoni som tjänst. Det stora antalet användare av tjänsten finns utspridda i länet, på olika verksamheter med olika behov. Det diversifierade behovet är omfattande, vilket påverkar tjänstens innehåll. Karaktären av tjänsten är sådan att kraven inte kan anges på detaljnivå. Det har inte varit möjligt att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag som möjliggör valet av det bästa anbudet vid tillämpningen av något av normalförfarandena enligt LOU. Det har inte varit möjligt att genomföra upphandlingen utan kontakter med anbudsgivarna. SLSO har inte heller kunnat uppskatta ett totalpris på upphandlingskontraktet. Det har funnits utrymme för anbudsgivarna att föreslå olika varianter och tillvägagångssätt för tjänsten och därmed för priset.

Förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell uppfyller LOU:s krav samt rättspraxis. TDC anför hypotetiska resonemang om hur anbudsgivare eventuellt kan uppfatta saker olika. Vad som efterfrågas uppfyller även kravet på transparens. Det finns inget förbud mot att tillämpa referenser i utvärderingen. Enligt fastlagd praxis kan referenser användas både som ett kvalificeringskrav och i utvärderingen av anbudet. I utvärderingsfasen används referenser för att bedöma hur bra leverantören kan utföra själva uppdraget. Det är även på detta sätt SLSO har uppställt kravet på referens.

Skaderekvisitet är inte uppfyllt eller bevisat. Särskilt inte då TDC inte lämnade anbud och synes i efterhand läsa förfrågningsunderlag och SLSO:s inlagor nogsamt och försöker hitta felaktigheter i saker av liten betydelse för upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

Enligt huvudregeln i 4 kap. 1 § LOU ska offentlig upphandling ske genom öppet eller selektivt förfarande. Under vissa angivna förutsättningar kan emellertid den upphandlande myndigheten använda sig av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 och 3 LOU får ett sådant förfarande användas om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg, samt för finansiella och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden.

Enligt 9 kap. 12 § LOU ska en upphandlande myndighet för varje upphandling upprätta ett protokoll där bl.a. ska framgå skälen till att förhandlat förfarande enligt bestämmelserna i 4 kap. 2-8 §§ tillämpas.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen

Det är upphandlande myndighet som beslutar om vad som ska upphandlas och ställer upp de krav som anses vara nödvändiga för att syftet med upphandlingen ska uppnås. Myndigheten måste utifrån den egna verksamhetens förutsättningar och krav på hur verksamheten ska fungera ges utrymme att utforma ett förfrågningsunderlag som man uppfattar, genom konkurrensutsättning, kan tillgodose realistiska krav. Allt under förutsättning att det inte sker i strid mot LOU eller de unionsrättsliga principerna.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69 framgår att som huvudprincip i mål om offentlig upphandling bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på. Förvaltningsrätten är således bunden av de omständigheter sökanden lagt till grund för sin talan. Förvaltningsrätten är dock inte bunden av de yrkanden som framförts eller den ordning i vilken de uppställts.

Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU följer att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud. Detta medför bl.a. att krav och utvärderingskriterier i en upphandling ska tillämpas likadant gentemot samtliga leverantörer som deltar i upphandlingen. Att godkänna en leverantör trots att dennes anbud inte uppfyller de krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten är inte tillåtet (se t.ex. EU-domstolens mål C-243/89 Stora Bält).

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och ändamålsenliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas (jfr bl.a. prop. 2006/07:128 s. 132). Av EU-domstolens praxis följer att bedömningen av om proportion-

alitetetsprincipen åsidosatts ska utföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen i tre steg. Till en början bedöms om åtgärden i fråga är lämplig och effektiv för att åstadkomma det uppgivna syftet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen bedöms huruvida den negativa effekten som åtgärden medför, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Av punkten 2.1 i Anbudsinbjudan framgår att syftet med den aktuella upphandlingen är följande.

Syftet med upphandlingen, ”Spår 1” är att bädda för ”Spår” två genom att initialt dra nytta av befintlig infrastruktur och system och därmed ha en något mer defensiv tekniskstrategi. [...]. Denna upphandling ska alltså resurseffektivt och med bibehållen eller förbättrad driftsäkerhet skapa tid och möjligheter för ”Spår 2”.

Av punkten 2:2 avseende skall-kraven i Kravspecifikationen framgår följande.

All fast telefoni ska vara analog.

Av punkterna 4:1 och 4:4 avseende skall-kraven i Kravspecifikationen framgår följande.

Beställarens befintliga fastighetsnät och spridningsnät ska användas i föreslagen lösning.

Beställarens befintliga analoga fasta telefoner ska kunna nyttjas i föreslagna lösningen.

TDC har anfört att den enda nätbaserade tjänsten som realiserats analogt är "Telia Centrex", och att de kopparförbindelser som därvid erfordras för att åstadkomma en motsvarande tjänst som efterfrågas i upphandlingen tillhandahålls av Skanova. Detta medför enligt TDC att bolaget är beroende av Skanova om de överhuvudtaget ska ha möjlighet att lämna ett anbud i upphandlingen. TDC har även anfört att SLSO helt uteslutit möjligheten för leverantörer att offerera en gångbar modern telefonilösning baserad på IP-telefoni eller kundplacerade telefonväxlar.

Förvaltningsrätten finner inte att det har framkommit något som tyder på att SLSO skulle ha agerat i strid med likabehandlings- eller proportionalitetsprincipen i den mening som avses i LOU. Att ställa ett krav på att använda befintlig infrastruktur på det sätt som gjorts i punkten 2.4 i Kravspecifikationen framstår som en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det med upphandlingen angivna syftet. Det måste även anses vara nödvändigt för SLSO att dra nytta av befintlig infrastruktur för att undvika omfattande omstruktureringskostnader samt för att uppnå syftet med upphandlingen. Förvaltningsrätten finner inte att "befintlig infrastruktur" kan tolkas, så som TDC gjort gällande, att det är Telias tjänst Centrex som avses. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten inte att åtgärden från SLSO:s sida medför en sådan negativ effekt för TDC som är oproportionerlig i förhållande till upphandlingens angivna syfte.

Förvaltningsrätten finner vidare att kravet på att all fast telefoni ska vara analog framstår som en lämplig och effektiv åtgärd. Det får antas att SLSO har utfört den aktuella upphandlingen utifrån sina behov och gällande förutsättningar. Därvid får det även antas att SLSO i nuläget inte har möjlighet att använda andra tekniska lösningar än fast analog telefoni. Mot denna

bakgrund framstår det även som nödvändigt för SLSO att använda fast analog telefoni för att uppnå syftet med upphandlingen. Trots att SLSO i viss mån givit otydliga uppgifter om möjligheterna att använda kundplacerade telefonväxlar, framgår det tydligt av punkten 2.2 i Kravspecifikationen att detta inte varit en efterfrågad tjänst. Då förutsättningarna för att använda IP-telefoni eller kundplacerade företagsväxlar inte efterfrågats kan heller inte denna åtgärd anses medföra någon negativ effekt för TDC, som är oproportionerlig i förhållande till upphandlingens angivna syfte.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att upphandlingen inte strider mot likabehandlings- eller proportionalitetsprincipen. Det saknas således anledning att ingripa enligt LOU på dessa grunder.

Transparensprincipen

Det är den upphandlande myndigheten som avgör vilka krav som ska ställas på en tjänst som ska upphandlas och det måste finnas ett utrymme för myndigheten att anpassa beskrivningen av den aktuella tjänsten i förfrågningsunderlaget. Kraven i förfrågningsunderlaget bör tolkas med utgångspunkt i hur en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare uppfattar anvisningen (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo och Kamrätten i Stockholm mål nr 2391-12).

Av punkten 3.1:1 i Kravspecifikationen framgår följande.

Tjänsten ska med få undantag erbjudas utan kundplacerad aktiv utrustning.

Enligt förvaltningsrättens mening kan ovanstående krav inte tolkas på annat sätt än att tjänsten ska erbjudas utan denna funktion för att uppfylla

skall-kraven. Kravet är enligt förvaltningsrätten således inte otydligt i fråga om den begränsade möjligheten att använda kundplacerad aktiv utrustning och strider därför inte mot transparensprincipen i detta hänseende.

Vad gäller anbudsgivarens möjlighet att erbjuda IP-telefoni i stället för fast analog telefoni gör förvaltningsrätten följande bedömning. Syftet med den aktuella upphandlingen ("Spår 1") är, enligt punkten 2.1 i Anbudsinbjudan, att bädda för "Spår två" genom att initialt dra nytta av befintlig infrastruktur och system. Av punkten 2:2 i Kravspecifikationen framgår tydligt att den offererade tjänsten ska levereras genom fast analog telefoni. Kravet måste, så som tidigare anförts, utgå ifrån SLSO:s behov och förutsättningar. Förvaltningsrätten finner inte att TDC visat att kravet på fast analog telefoni på något sätt kan frångås inom ramen för den aktuella upphandlingen. Inte heller i övrigt ger utredningen tillräckligt stöd för att det aktuella kravet inte är obligatoriskt i leverantörens anbud. Vad som härutöver anförts om möjligheterna att i framtiden utveckla tjänsten tekniskt föranleder ingen annan bedömning.

Delkriterierna i Anbudsinbjudan

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket inte träds för när. Högsta förvaltningsdomstolen angav vidare att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

Anbudsgivare i SLSO:s upphandling av telefoni bör i utvärderingen på ett antal punkter redogöra för sin verksamhet och lämna referenser. När det gäller kriterierna för "Redogörelser för helhetslösningar och tillämpning" ska anbudsgivaren beskriva hur anbudsgivaren genom föreslagen lösning kommer att uppnå ett upphandlingsmål, ett tillgänglighetsmål, ett förvaltningsmål och ett samverkansmål. En utvärdering av anbudsgivarnas beskrivningar ska därefter ske genom att de olika beskrivningarna betygssätts efter en fyrstegsskala.

Att de olika kriterierna och dess utvärdering skulle, som TDC befarar, innebära att anbudsgivarna inte har kunnat förutse vad som tillmäts betydelse i utvärderingen och att det på så sätt det skett en otillåten särbehandling av anbudsgivare har TDC inte visat. Förvaltningsrätten finner att det torde ha stått klart för anbudsgivarna hur utvärderingen skulle komma att genomföras utifrån beskrivningen av de olika bör-kraven samt betygsskalan. Att utvärderingen görs efter anbudsgivarens insikt om SLSO:s behov vad gäller de olika delkriterierna kan i vart fall inte innebära, såsom TDC anför, att utvärderingen brister i förutsebarhet och transparens. Det saknas således anledning att ingripa enligt LOU på den grunden.

Delkriteriet Referenser

En anbudsprövning inleds med kvalificeringsfasen. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderings- eller tilldelningsfasen, där tilldelning sker i enlighet med kriteriet lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Även om det teoretiskt sett inte är uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet sker samtidigt, har EU-domstolen fastslagit att det är fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser (se mål C-31/87 Beentjes). Av ordalydelsen i 12 kap. 1 § LOU framgår att uppräkningskriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan för att fastställa det

ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte är uttömmande. Detta val kan dock endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se bl.a. EU-domstolens avgörande C-19-00 SIAC Construction och C-513/99 Concordia).

EU-domstolen har i mål C-532/08 "Lianakis-domen" anfört bl.a. att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga, inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning. Vidare fastslog EU-domstolen i samma mål att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och alltså inte utgör kriterier för tilldelning.

Av punkten 1.14 i Anbudsinbjudan framgår att SLSO kommer att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med avseende på kvalitet och pris. Kriteriet kvalitet består i sin tur av två delar, nämligen "bör-kravs uppfyllande" och en "redogörelse för helhetslösningar och tillämpningar". Den sistnämnda delen innebär bl.a. en utvärdering med hjälp av referenser. Förutsättningarna för referenstagningen och frågorna som ska besvaras anges i bilaga 3 till Anbudsinbjudan. Anbudsgivarna ska enligt bilagan redovisa följande för respektive referens.

1. Kund.
2. Kortfattad beskrivning av levererad tjänst.
3. Antal mobila anknötningar.
4. Andel fasta analoga anknötningar.
5. Andel övriga fasta anknötningar.
6. Antal köer och agenter.
7. Antal kundadresser.

Kammarrätten i Göteborg uttalar följande i mål nr 4851-12. ”Av EU-domstolens avgöranden C-532/06, Lianakis och C-199/07 ERGA framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Däremot kan något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärdering varken utläsas av LOU eller av EU-rättslig praxis, så länge som referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är kvalitet och pris av avgörande betydelse och sambandet mellan erfarenhet/kompetens och kvalitet är varierande från bransch till bransch. Avgörande är om erfarenheten kan förväntas leda till ökad kvalitet för den vara eller tjänst som upphandlas”.

Utvärderingskriterier avseende referenser kan alltså tillåtas i upphandlingar när de syftar till att ta reda på hur anbudsgivaren tidigare utfört sin tjänst och hur nöjda kunderna har varit men de får inte gälla anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål 3582-09).

Förvaltningsrätten anser att det i nu aktuellt mål rör sig om en upphandling av teletjänster där implementeringen är tids- och resurskrävande och där tidigare erfarenhet av sådant arbete kan komma att inverka på kvaliteten på slutresultatet. SLSO har frågat referenterna om en kortfattad beskrivning av den levererade tjänsten, om hur många mobila, fasta analoga samt övriga anknäringar tjänsten omfattat, om antalet köer och agenter samt om antalet kundadresser. Förvaltningsrätten anser att de kriterier som uppställs i referensfrågorna inte huvudsakligen är hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer, förmåga och kapacitet att utföra uppdraget, utan till föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst som anbudsgivarna erbjuder. Referensupptagningen har alltså syftat till att ta reda på hur anbudsgivaren tidigare

har utfört sin tjänst och det torde finnas en direkt koppling mellan erfarenhet och kvalitetsnivån på den upphandlade tjänsten. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att anbudsutvärderingen inte har påverkats av ovidkommande hänsyn i strid mot EU-rättslig praxis och kraven i 1 kap. 9 § LOU.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till frågan om det i upphandlingen har varit omöjligt att på förhand ange ett totalpris.

Förvaltningsrätten konstaterar att bestämmelsen i 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU är en undantagsbestämmelse som ger den upphandlande myndigheten en möjlighet att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering i situationer då det krävs mer flexibla lösningar för att genomföra ett särskilt komplicerat projekt. För att bestämmelsen ska kunna tillämpas krävs att det inte är möjligt att ange något totalpris i förväg. Bestämmelsen avser upphandlingsföremålet och svårigheten att bedöma totalpris i förväg ska vara hänförlig till detta. I direktivet (2004/18/EG) anges som exempel större integrerade projekt för infrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering vars ekonomiska och rättsliga uppläggning inte kan fastställas i förväg. Det kan även vara fråga om större och komplicerade IT-upphandlingar eller upphandlingar som rör outsourcing av IT-funktioner, med en hög grad av oförutsebara element. I förarbetena till bestämmelsen nämns som exempel reparationsuppdrag där omfattningen av reparationerna inte kommer fram förrän uppdraget har inletts (prop. 2006/07:128 s. 324).

En förutsättning för att kunna tillämpa bestämmelsen är att det ska vara objektivt svårt att fastställa ett pris på förhand. Att den upphandlande myndigheten saknar kompetens att skapa en realistisk prisnivå på föremålet för

upphandlingen är irrelevant. Av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, lydelse av artikel 30 (1) (b) framgår att det är fråga om en undantagsbestämmelse. Enligt den engelska versionen av direktivet anges att förevarande bestämmelse är tillämplig i ”exceptional cases”.

SLSO har som skäl för valt förfarande bl.a. anfört att upphandlingen avser en nätbaserad telekommunikationstjänst med ett stort antal användare – cirka 11 000 personer – och med intensiv användning av tjänsten. Vidare anförs att det kan vara svårt att överblicka insatserna för kommande övergång till alternativa lösningar till analog telefoni innan den processen är påbörjad. SLSO anför även att det sammanfattningsvis finns ett flertal parametrar i upphandlingen som gör det svårt att uppskatta ett totalpris i förväg.

Förvaltningsrätten anser att SLSO i det befintliga förfrågningsunderlagets kravspecifikation förhållandevis detaljerat har kunnat ange vad som efterfrågas när det gäller krav på tjänsten, tillgänglighet, leverans m.m. Förvaltningsrätten kan inte finna att SLSO har förmått visa att upphandlingsföremålet är så pass komplicerad eller att upphandlingen innehåller så hög grad av oförutsebara moment att det inte är möjligt att ange något totalpris i förväg. I den bedömningen har förvaltningsrätten främst beaktat att SLSO inte kunnat anföra vilka faktorer kopplade till den upphandlade tjänsten som föranlett svårigheterna att på förväg kunna ange ett pris. SLSO har i stället hänvisat till att det kan vara svårt att överblicka en framtida process och kostnaden för denna process. Förvaltningsrätten anser inte att SLSO genom dessa argument visat att ett förhandlat förfarande varit motiverat med hänsyn till svårigheter att på förväg ange ett totalpris.

Nästa fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om upphandlingen kan anses omfatta intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden (4 kap. 2 § första stycket 3 LOU). Ett vanligt exempel på en sådan tjänst som faller in under bestämmelsen är komplicerade IT-tjänster.

De telefonitjänster som SLSO har upphandlat kan anses utgöra en sådan intellektuell tjänst som avses. Frågan är dock om tjänsterna är av en sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom ett öppet eller selektivt förfarande. Bevisbördan härför vilar på SLSO.

SLSO:s upphandling avser nätbaserad telekommunikation för cirka 11 000 användare och omfattar abonnemang inklusive trafik, stödfunktioner och servicetjänster. SLSO har bl.a. anfört att tjänsten ska användas av ett stort antal användare, vilket ställer höga krav på leveransen av en komplex helhetslösning av telefoni som tjänst. SLSO uppger vidare att det stora antalet användare av tjänsten finns utspridda i Stockholms län, på olika verksamheter med olika behov vilket innebär SLSO:s behov som är diversifierade och omfattande.

Förvaltningsrätten finner att SLSO i förevarande mål inte visat att den upphandlade telefonitjänsten varit så avancerad, komplex eller av så dynamisk karaktär att SLSO inte kunnat utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för ett öppet eller selektivt förfarande. Det förhållandet att den upphandlade tjänsten är omfattande vad gäller antalet användare, del-tjänster och geografisk räckvidd kan inte per automatik medföra att tjänsten är av den art som avses i 4 kap. 2 § första stycket 3 LOU. Inte heller

den omständigheten att telefoni som tjänst är ett komplext område där utvecklingen går fort medför att ett förhandlat förfarande är motiverat.

Mot denna bakgrund kan det inte anses ha varit omöjligt att på förhand ange ett totalpris eller varit så svårt att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag att SLSO haft fog för att använda ett förhandlat förfarande.

Skyldighet för SLSO att upprätta ett protokoll

Enligt 9 kap. 12 § LOU ska en upphandlande myndighet för varje upphandling upprätta ett protokoll där det bl.a. ska framgå skälen till att förhandlat förfarande enligt bestämmelserna i 4 kap. 2-8 §§ tillämpas. Av utredningen i målet framgår att SLSO underlåtit att upprätta ett sådant protokoll. SLSO har såldes brutit mot bestämmelserna i LOU även i denna del.

Skada

I 16 kap. 6 § LOU regleras förutsättningarna för domstol att ingripa mot upphandlingen med stöd av vad som anförts i ansökningen. För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökande anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål 96-13).

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU följer ett krav på orsakssamband mellan å ena sidan den upphandlande myndighetens överträdelse och å andra sidan den skada som den sökande leverantören har lidit eller kan komma att lida. Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grund av vad sö-

kanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). Även en leverantör som har avstått från att lämna anbud på grund av att kraven i upphandlingen strider mot de grundläggande principerna, kan ha lidit skada av sådana överträdelser (Asplund, A. m.fl., *Överprövning av upphandling*, 2012, s. 213).

Förvaltningsrätten anser visserligen att upphandlingen strider mot bestämmelserna i LOU genom tillämpningen av förhandlat förfarande med föregående annonsering. TDC har dock inte omnämnt, och det har inte heller framkommit av utredningen i övrigt, på vilket sätt TDC:s möjligheter att lämna ett anbud sett annorlunda ut om ett öppet eller selektivt förfarande tillämpats eller hur det förhandlade förfarandet på annat sätt medfört att TDC har lidit eller kunnat komma att lida skada. TDC:s argumentering om varför bolaget inte kunnat lämna ett anbud tar i stället enbart sikte på att Anbudsinsbjudan och utvärderingen inte genomförts i enlighet med de krav som ställs upp i LOU.

TDC har enligt förvaltningsrättens mening inte klargjort på vilket sätt SLSO:s val av förfarande har medfört skada eller risk för skada för TDC. Mot denna bakgrund föreligger inte skäl till ingripande enligt LOU på grund av SLSO:s val av upphandlingsförfarande. TDC har heller inte visat på vilket sätt de har lidit eller kunnat komma att lida skada av att SLSO underlåtit att upprätta ett protokoll i enlighet med 9 kap. 12 § LOU.

TDC:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Charlotte Hedberg

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Anna Eriksson Vallin.



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 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.