

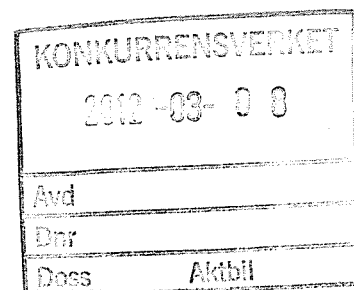


KLAGANDE

1. Verbaldigitalius AB, 556759-1143

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

2. Post- och telestyrelsen
Box 5398
102 49 Stockholm



MOTPART

Örebro läns landsting (habiliteringen Tolkcentralen)

Ombud: Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 1 september 2011 i mål nr 11905-11, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår Verbaldigitalius AB yrkande om återförvisning.
2. Kammarrätten avslår Verbaldigitalius AB:s och Post- och telestyrelsens yrkanden om avvisning av Örebro läns landsting talan.
3. Kammarrätten bifaller Verbaldigitalius AB:s och Post- och telestyrelsens överklaganden i övrigt samt upphäver förvaltningsrättens dom.

4. Kammarrätten upphäver det interimistiska förordnandet i beslutet den 9 september 2011.

YRKANDEN M.M.

Verbaldigitalius AB (bolaget) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och i första hand återförvisar målet till förvaltningsrätten för förnyad handläggning, i andra hand avvisar Örebro läns landstings talan samt i tredje hand avslår landstingets talan. Bolaget anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Förvaltningsrättens dom har gått bolaget emot och har en sådan betydelse för bolagets ställning som anbudsgivare i den pågående upphandlingen att den angår bolaget i den mening som avses i 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291). Med hänsyn till Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) beslut den 7 juni 2011 i mål nr 471-11 har bolaget därför rätt att överklaga förvaltningsrättens dom. Bolaget gör gällande att det innehar partsställning, eller i vart fall sådan partsliknande ställning, som medför att förvaltningsrätten hade bort kommunicera samtliga handlingar som tillförts målet genom annan med bolaget. I förevarande mål har förvaltningsrätten endast kommunicerat landstingets ansökan med bolaget. Genom underlåtenheten att kommunicera ytterligare handlingar med bolaget har förvaltningsrätten gjort sig skyldig till ett sådant rättegångsfel som medför att målet måste återförvisas.

Bolaget åberopar samma omständigheter som bolaget och Post- och telestyrelsen (PTS) har framfört i förvaltningsrätten. På grund av de inskränkningar i landstingets kompetens som följer dels av 2 kap. 1 § kommunallagen (1991:900), KL, dels av 2 kap. 7 § samma lag, saknar landstinget behörighet att avge anbud och ingå avtal för de rikstäckande tjänster som PTS upphandling avser. Landstinget har inte ställning av leverantör i den mening som avses i 16 kap. 1 § LOU (numera 16 kap. 4 §) eftersom landstinget genom lag är förhindrad att ingå upphandlingskontrakt i den aktuella upphandlingen.

Som PTS har funnit vid utvärderingen uppfyller bolaget samtliga s.k. skall-krav i upphandlingen. Bolaget har även lämnat det för PTS både prismässigt lägsta och ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, varför PTS korrekt antagit bolagets anbud. I förvaltningsrättens dom anges att förvaltningsrätten anser att kravet på erfarenhet som uppställs i förfrågningsunderlaget, Erfarenhetskrav A och Erfarenhetskrav B, innebär att båda uppdragen ska ha genomförts under minst två år under de senaste tre åren räknat från tidpunkten för anbudsinlämnandet. Bolaget hänvisar i den delen till vad bolaget och PTS har framfört i förvaltningsrätten. Såsom kraven är utformade är det tydligt att kravet att uppdraget ska ha utförts under de tre senaste åren refererar till utvecklingsuppdrag inom området videokommunikation, dvs. krav B. Skulle treårskravet anses hänförligt till såväl Erfarenhetskrav A som B ska treårskravet under alla förhållanden tolkas på det sätt som PTS gör gällande. I Erfarenhetskrav B står att uppdragen ska ha utförts under de senaste tre åren. Det står inte att uppdragen ska ha utförts i sin helhet under de tre senaste åren. Sålunda räcker det att en del av uppdraget har utförts under de tre senaste åren räknat från tidpunkten för anbudsinlämnande. Som PTS påpekat hade givetvis, om hela uppdraget måste ha utförts inom treårsperioden, detta tydliggjorts i förfrågningsunderlaget.

PTS yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och i första hand avvisar landstingets talan samt i andra hand lämnar den utan bifall. Till stöd för sin talan anför PTS bl.a. följande. Landstingets anbud i upphandlingen innebär i sig ett överskridande av landstingets kompetens eller behörighet, i förhållande såväl till lokaliseringsprincipen i 2 kap. 1 § KL som till förutsättningarna för att få bedriva näringsverksamhet enligt 2 kap. 7 §. Eftersom landstinget sålunda genom lag är förhindrat att ingå avtal eller att ens ensidigt förplikta sig genom ett anbud kan landstinget inte ha ställning av leverantör i den aktuella upphandlingen i den mening som avses i LOU. Landstinget kan därför inte heller anses ha talerätt. Förvaltningsdomstolarna är i överprövningsmål enligt LOU och lagen

(2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster skyldiga att i sak pröva samtliga de omständigheter som är av relevans för frågan om en leverantör kan anses ha talerätt enligt respektive lag. Detta gäller även omständigheter som har att göra med offentliga organs kompetens att över huvud taget ägna sig åt verksamhet av det aktuella slaget. Det aktuella kompetensöverskridandet skulle i annat fall inte kunna angripas i t.ex. de fall där landstinget till äventyrs inte ens fattat något beslut som kan bli föremål för laglighetsprövning enligt de särskilda regler som gäller härför. Landstingets anbud är inte civilrättsligt bindande eftersom det innebär ett överskridande av landstingets kompetens och behörighet. Av de unionsrättsliga direktiven på området och av de svenska upphandlingslagarna följer att anbud måste vara civilrättsligt bindande för att kunna beaktas i en upphandling. Landstingets anbud skulle därför rätteligen ha uteslutits och det kan i vart fall inte komma i fråga att anta anbudet genom att teckna ett upphandlingskontrakt på grundval av det samma. Landstinget kan därför inte anses ha lidit någon skada på grund av de påstådda överträdelserna av LOU.

Förvaltningsrätten har bifallit landstingets talan endast såvitt avser påstådd överträdelse av LOU gällande Erfarenhetskrav A och B. Frågan gäller innebörden av uttrycket ”*Uppdragen ska ha utförts under de senaste tre (3) åren räknat från tidpunkten för anbudsinlämnande*”, närmare bestämt om de tvååriga referensuppgifterna i sin helhet eller endast till viss del ska ha utförts under denna period. Det har med formuleringen inte avsetts att uppställa något krav på att referensuppgifterna i sin helhet ska ha varit genomförda under denna begränsade period om endast tre år. Så har inte heller kravet språkligt uttryckts. Ett sådant krav hade varit orimligt och hade undanröjt möjligheterna till en effektiv konkurrensutsättning.

I enlighet med det anförda instämmer PTS i vad bolaget har yrkat i andra- och tredjehand liksom i det som angetts som grund för dessa yrkanden. Vad

gäller bolagets yrkande om återförvisning anser PTS däremot att det saknas skäl att återförvisa målet till förvaltningsrätten.

Örebro läns landsting bestrider bifall till överklagandena och anför som grund för bestridandet bl.a. följande. Förvaltningsrättens har gett bolaget tillfälle att yttra sig avseende de väsentliga punkterna i överprövningsmålet. Hanteringen hos förvaltningsrätten av denna fråga har varit helt riktig. Den medför inte att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten.

Landstingets anbud är giltigt och landstinget (genom Tolcentralen) är leverantör i LOU:s mening. PTS har kvalificerat landstinget som leverantör innan tilldelningsbeslutet. Frågan om landstingets kompetens att driva bildtelefoni kan inte prövas av domstol annat än i den form som gäller för laglighetsprövning. En sådan fråga avgörs av förvaltningsrätterna i särskild form och sammansättning samt kan endast ske i enlighet med reglerna i 10 kap. KL. Det bestrids dessutom att det skulle vara fråga om kompetensöverskridande verksamhet. Ordet "leverantör" är ett mycket vitt begrepp. Det räcker med att någon anser sig kunna lida skada för att talerätt ska föreligga enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU (numera 16 kap. 4 och 20 §§). Att utförande av tjänsten bildtelefoni skulle vara kompetensöverskridande är en felaktig uppfattning. Det finns ett mycket stort intresse för och en skyldighet hos landstinget att utföra denna tjänst, bl.a. eftersom det som faktiskt utförs till stor del avser vardagstolkning vilket är en för landstinget obligatorisk verksamhet i enlighet med 3 b § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL.

PTS äger inte rätt att få omständigheter rörande kompetensfrågan prövad i upphandlingsmålet. Länsinwånare kan få frågan prövad inom ramen för laglighetsprövning. I annat fall kan prövningen aktualiseras om Konkurrensverket skulle anse att landstingets verksamhet på ett otillåtet sätt begränsar konkurrensen och begär prövning i Stockholms tingsrätt. Ett företag som anser att konkurrensen begränsas kan, om Konkurrensverket meddelat att

verket avstår från process, begära prövning i samma tingsrätt. Lagstiftaren har exkluderat upphandlingsmål från möjligheten till laglighetsprövning enligt 16 kap. 3 § LOU (numera 16 kap. 19 §), vilket tydligt visar att frågan om kompetensen ska avgöras i särskild ordning. Landstinget/Tolkcentralen är alltjämt den enda tänkbara leverantören av bildtelefoni, eftersom inte någon annan har kvalificerat sig till utvärdering. PTS har inte någon gång under de nästan 15 år som bildtelefonin utvecklats ifrågasatt att landstinget inte skulle äga rätt att utföra tjänsten. Anbudet är civilrättsligt giltigt om inte behörig domstol genom lagakraftvunnen dom funnit något annat. Några leverantörskrav som motsvarar det krav som PTS nu ställer efter det att en överprövningsprocess inletts har inte uppställts i förfrågningsunderlaget. Hårdare krav på leverantör, t.ex. att frågan om den kommunala kompetensen ska ha fastställts genom en lagakraftvunnen dom, kan inte i efterhand uppställas.

Bolaget uppfyller inte alla de obligatoriska skall-kraven i upphandlingen, varför förvaltningsrättens underkännande av bolaget som anbudsgivare ska fastställas. I annat fall åsidosätts likabehandlingsprincipen. Endast uppdraget Teletal är att se som kvalificerande erfarenhet enligt Erfarenhetskrav A, men det uppdraget uppfyller inte tidskravet. Kravet omfattar ”ansvar för att driva” förmedlingstjänst, vilket inte något annat uppdrag hos bolaget eller annan som bolaget har angett som underleverantör avser. Tidskravet om ”två år de senaste tre åren” är proportionerligt och ändamålsenligt eftersom tjänsten avser ett stort antal dagliga uppdrag och därtill – oavsett överprövningen – ska vara igång den 1 januari 2012.

Vidare framgår inte av anbudet vilken underleverantör som uppfyller respektive krav, trots att det är ett skall-krav i sig enligt förfrågningsunderlaget punkt 2.1.2. Landstinget vidhåller vad som har anförts i förvaltningsrätten om erfarenhetskraven. Båda ”uppdragen”, dvs. ”ansvar att driva tjänst såsom förmedlingstjänst som inkluderar tolkning av samtal eller callcenter” samt ”utvecklingsuppdrag inom området för video-

kommunikation” ska ha genomförts under minst två år under de senaste tre åren räknat från tidpunkten för anbudets inlämnande. I överklagandet har bolaget genom uppställningen av texten i kraven fått det att framstå som att tidskravet bara ska ha omfattat Erfarenhetskrav B. Varken bedömt enligt bokstaven, språkligt eller proportionellt går det att försvara bolagets argumentation. Att tidskravet omfattar båda erfarenhetskraven är dessutom såväl välmotiverat som proportionellt mot bakgrund av den tekniska utvecklingen och omfattningen av uppdraget.

Bolaget kan inte sägas ha redogjort för de olika debiteringsmöjligheterna i sitt anbud. Det uppfyller därför inte kravet i förfrågningsunderlaget. Anbudet borde diskvalificeras även på denna grund. Såvitt gäller bolagets Skypekoppling, som måste ske genom SkypeKit, framgår det av anbuds-texten att den är orimlig i sig. Eftersom beskrivningen ska vara tekniskt realiserbar och den inte är det är inte det skall-kravet uppfyllt. Anbudet borde därför ha uteslutits.

Bolaget har i yttrande anfört bl.a. följande. I avsnitt 2.1.5 i landstingets anbud anges som underleverantör nWise AB. I sitt anbud har landstinget inte ens påstått att ett annonserat upphandlingsförfarande genomförts i vilket nWise AB tilldelats kontrakt för landstingets åberopade anskaffningar från detta bolag. Under sådana förhållanden kan landstinget knappast anses ha visat att landstinget, när kontraktet ska fullgöras, förfogar över de resurser nWise AB uppges tillhandahålla (15 kap. 15 a § LOU). Landstinget har således inte visat att i upphandlingen ställda krav på teknisk förmåga och kapacitet uppfylls, varför landstinget rätteligen inte kan tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Av rättsfallet RÅ 2003 ref. 98 framgår att kompetensenligheten av ett kommunalt beslut om att lämna anbud till någon annan kan prövas rättsligt inom ramen för laglighetsprövning enligt 10 kap. KL. Frågan om

lagligheten av landstingets beslut att lämna anbud till PTS ligger för närvarande för prövning i ett mål hos Kammarrätten i Göteborg.

Landstingets anbud uppfyller inte skall-kraven i förfrågningsunderlaget punkterna 2.1.2. och 2.1.5 genom att det inte anges om det är anbudsgivaren landstinget eller underleverantören nWise AB som innehar respektive erfarenhet samt då det inte angetts hur länge nWise AB bedrivit sin verksamhet eller vilka delar av tjänsten som detta bolag ska utföra.

Ett landstings verksamhet får inte bedrivas med vinstsyfte (2 kap. 7 § KL). Det innebär att landstinget inte har lidit eller kan komma att lida skada genom eventuella felaktigheter i upphandlingen.

PTS har i yttrande anfört bl.a. följande. Landstinget förväxlar genomgående ett besluts eller en åtgärds förvaltningsrättsliga verkan och dess civilrättsliga verkan. I detta överprövningsmål är det beslutets civilrättsliga verkan som är av intresse. Vad landstinget har anfört om den stadgade ordningen för laglighetsprövning enligt 10 kap. KL saknar därför relevans. Att frågan om verkningarna av ett kompetensöverskridande kan och ska prövas även prejudiciellt i annat mål än om laglighetsprövning har stöd i både doktrin och rättspraxis. I exempelvis rättsfallet NJA 1992 s. 375 konstaterade Högsta domstolen att en kommun inte var bunden av ett åtagande eftersom det var fråga om kompetensöverskridande, trots att någon talan om laglighetsprövning inte hade förts eller var aktuell på annat sätt.

PTS vidhåller att den tolkning av tidskravet beträffande erfarenheten som landstinget gör är orimlig. Den är otänkbar redan av det skälet att den onödigtvis skulle begränsa konkurrensen. Det ankommer i första hand på den upphandlande myndigheten att utforma kravnivåerna med hänsyn bl.a. till proportionalitetsprincipen. PTS har gjort en samlad bedömning av vilka minimikrav som rimligen måste ställas och vilka möjligheter som funnits att uppnå en effektiv och kvalificerad konkurrens inom dessa ramar. På grund-

val härav har det aktuella kravet formulerats och utformats. Det har inte uppställts något krav på att referensuppdragen i sin helhet skulle ha genomförts under den begränsade tidsperioden.

Bolaget har i sitt anbud åberopat underleverantör (IVÉS). Av anbudet kan i denna del utläsas att IVÉS har erfarenhet bl.a. av utvecklingsuppdrag inom området videokommunikation vilket även har förklarats i bolagets inlagor. PTS har inte haft laglig möjlighet att efter egen bedömning i strid med anbudets innehåll dra slutsatsen att kravet i denna del inte skulle vara uppfyllt.

I anbudets redogörelse för de olika underleverantörerna och deras respektive erfarenhet framgår tydligt vilken erfarenhet som innehas av respektive underleverantör. PTS har därför utan vidare kunnat konstatera inte bara att bolaget genom dess olika underleverantörer förfogar över de kravställda erfarenheterna under A respektive B, utan också vilken underleverantör som innehar aktuell erfarenhet. Det faktum att bolaget inte redaktionellt har gjort det ännu tydligare genom att uttryckligen sortera in leverantörerna under A och B saknar varje praktisk betydelse och har inte kunnat berättiga PTS att utesluta bolaget eller att förkasta anbudet. Förfrågningsunderlaget innehåller inte heller något krav på att uppgifterna skulle presenteras med just en sådan disposition. Det avgörande är att det av anbudet tydligt framgår vilken underleverantör som besitter respektive erfarenhet.

Bolaget och dess anbud uppfyller också samtliga övriga krav som har uppställts i upphandlingen.

Landstinget har i yttranden anfört bl.a. följande. De av bolaget åberopade nya omständigheterna att landstingets underleverantör är ”ogiltig”, att landstinget inte uppfyller kravet i förfrågningsunderlaget punkt 2.1.5, att anbudet inte anger vilken av anbudsgivare och underleverantör som uppfyller respektive krav på erfarenhet, att det i anbudet saknas uppgifter om de

delar respektive underleverantör ska göra samt att verksamheten bedrivs med vinstsyfte och därför inte är tillåten bör avvisas. Åberopande av nya omständigheter hos andra instans i upphandlingsmål är inte tillåtet (Kammarrätten i Stockholms dom den 22 september 2011 i mål nr 3323-11).

Bolagets och PTS uppfattning om landstingets verksamhet saknar relevans. För att anbudet ska underkännas krävs en lagakraftvunnen dom i behörig domstol. Intill dess är landstingets verksamhet och anbudet giltiga, både civilrättsligt och förvaltningsrättsligt. Det påstådda kompetensöverskridandet ska inte prövas i upphandlingsmålet. Det finns två möjligheter att angripa anbudet respektive avtalet. Antingen genom laglighetsprövning eller vid prövning enligt konkurrenslagen (2008:579). Vad gäller påståendet att landstingets anbud inte är civilrättsligt bindande förtjänar det att påpekas att Tolkcentralen under 15 års tid utvecklat bildtelefonin i samarbete med PTS med syfte att underlätta vardagstolkningen. PTS har aldrig under denna tid ifrågasatt landstingets kompetens. Talerätten för landstinget i upphandlingsmålet är mot denna bakgrund självklar och lika självklart är att landstinget lider skada genom PTS felaktiga tilldelningsbeslut.

För Erfarenhetskrav A räcker det med att ha ansvarat för driften av ett callcenter under två år de senaste tre åren. Ett mycket stort antal företag uppfyller det kravet men däremot inte bolaget. Det finns även många företag som uppfyller Erfarenhetskrav B. Det räcker med att ha bedrivit utvecklingsprojekt inom videokommunikation under minst två år de senaste tre åren. Bolaget utpekar i sitt anbud varken anbudsgivare eller underleverantör att ha bedrivit utvecklingsprojekt inom videokommunikation. I upphandlingen krävs att anbudsgivaren, själv eller med hjälp av underleverantörer, uppfyller både Erfarenhetskrav A och B samt uttryckligen anger vilket bolag som uppfyller respektive krav. I den aktuella upphandlingen har två anbud lämnats in, varav det ena – bolagets – inte

uppfyller de ställda kraven varför landstinget/Tolkcentralen är den enda tänkbara leverantören.

Bolaget har i ett kompletterande yttrande anfört bl.a. följande. Kammar-rätten i Göteborg har i beslut den 15 november 2011 i mål nr 5733-11 angående laglighetsprövning förordnat att fortsatt verkställighet av landstingets avlämnade anbud inte får ske (inhibition). Landstingets talan ska enligt bolagets mening avvisas eftersom landstinget inte är att anse som "leverantör" på grund av att landstinget enligt KL:s reglering är förhindrad att tillhandahålla aktuella tjänster på marknaden till staten (genom PTS). Frågan om landstinget får lämna anbud måste kunna bedömas av kammar-rätten i upphandlingsmålet inom ramen för domstolens officialprövning.

Vad avser landstingets yrkande om avvisning av nya åberopade omständigheter fick bolaget inte del av något processmaterial i förvaltningsrätten efter ingivandet av yttrandet den 5 juli 2011 eller möjlighet att inkomma med ytterligare yttrande. Det som bolaget har anfört i kammarrätten hade bolaget kunnat göra i förvaltningsrätten om kommunikering skett av de yttranden som där tillförts målet och bolaget då beretts möjlighet att yttra sig häröver.

Det framstår som i högsta grad osäkert om landstinget förfogar över nWise AB:s resurser, särskilt med beaktande av att den av landstinget åberopade Avsiktsförklaringen ("Letter of Intent") är föremål för ogiltighetstalan.

PTS har i ett kompletterande yttrande anfört bl.a. följande. Påståendet att frågan om kompetensöverskridande, vid sidan av laglighetsprövning enligt KL, endast skulle kunna prövas av Stockholms tingsrätt och endast på talan av Konkurrensverket är felaktigt. Konkurrenslagstiftningen har inte på något sätt undanröjt allmänna domstolars eller förvaltningsdomstolars kompetens att exempelvis prejudiciellt pröva frågor om behörighetsöverskridanden av det slag som är aktuella i detta mål. En rättshandlings

civilrättsliga ogiltighet är ett resultat av tillämpliga rättsregler. Ogiltigheten kräver inte i sig att förhållandet manifesteras i en dom. Frågan om ett anbuds civilrättsliga giltighet faller inom ramen för LOU och har därför att prövas av de domstolar som anvisas för prövning av överträdelse mot den lagen.

Landstinget har i kompletterande yttranden anfört bl.a. följande. Bolaget har tillerkänts talerätt i överprövningsprocessen i och med den nya praxis som gäller efter HFD:s beslut den 7 juni 2011. Till följd härav har bolaget rätt att försvara sitt anbud och att inte behöva riskera att tappa ett kontrakt på grund av omständigheter som bolaget inte haft tillfälle att bemöta. Bolaget har dock inte tillerkänts talerätt för att angripa andra anbudsgivares bud. Kammarrätten ska därför enligt landstingets mening endast beakta de omständigheter som bolaget har anfört i förvaltningsrätten.

Beslutet om inhibition i laglighetsprövningsmålet som Kammarrätten i Göteborg har meddelat gäller för närvarande, men det ska inte läggas till grund för en bedömning i upphandlingsmålet. Såvitt gäller landstingets kompetens måste landstinget bedriva vardagstolkning i enlighet med 3 b § HSL. En internetbaserad tjänst har inte någon geografisk begränsning utan är rikstäckande. Det räcker för att lokaliseringsprincipen ska anses vara uppfylld att det antingen finns en geografisk anknytning eller att tjänsten kommer landstingets invånare till gagn.

Bolaget har i senare inlagor åberopat nya omständigheter som inte varit aktuella tidigare i processen. Dessa ska i enlighet med vad som tidigare har anförts inte beaktas. De nya omständigheterna medför inte heller skäl för återförvisning av målet till förvaltningsrätten. Landstinget/Tolkcentralen och nWise AB har en sedan länge fungerande avtalsrelation. Någon skyldighet för landstinget att genom ett annonserat förfarande upphandla de tjänster som nWise AB ska utföra finns inte enligt 4 kap. 5 § 2 LOU.

Landstinget hänvisar till de handlingar som gett in till HFD i samband med överklagandet av Kammarrätten i Göteborgs beslut den 11 november 2011. Omfattningen av prövningen som ska göras i målet framgår av landstingets ansökan om överprövning till förvaltningsrätten. Föremålet för denna prövning är om bolaget uppfyllt kvalificeringskraven och anbudet mött samtliga skall-krav. Vad PTS efter kvalificeringen och tilldelningen ändrat uppfattning om ska inte omfattas av prövningen i målet. Anbudet från landstingets har i samband med tilldelningsbeskedet befunnits uppfylla samtliga krav och utvärderats. Anbudet är giltigt fram till dess att det av behörig domstol konstaterats att det är ogiltigt. Den frågan kan inte prövas i upphandlingsmålet.

Vardagstolkningen är en samhällstjänst som måste upprätthållas och om vars utveckling landstinget och PTS samarbetat. Landstinget anser att det har förelegat en skyldighet för landstinget/Tolkcentralen att avge anbud av hänsyn till de döva och hörselskadade i Sverige. Bolaget är inte en behörig anbudsgivare och uppfyller inte heller kraven i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har i ett kompletterande yttrande anfört bl.a. följande. Inhibitionsbeslutet 11 november 2011 innebär att landstinget för närvarande saknar rättslig befogenhet att ingå avtal med PTS. Redan av det skälet saknar landstinget talerätt i överprövningsmålet. Landstinget riskerar inte att lida någon skada genom PTS beslut att inte tilldela landstinget det aktuella kontraktet eftersom landstinget ändå inte är behörigt att teckna avtal med PTS.

Av 3 b § HSL framgår att landstingets ansvar bl.a. är att erbjuda de som är bosatta inom landstinget eller som är kvarskrivna enligt 16 § folkbokföringslagen (1991:481) och stadigvarande vistas där tolktjänst för vardagstolkning för barndomsdöva, dövblinda, vuxendöva och hörselskadade. Landstinget har således inte möjlighet att lämna anbud till staten (PTS) i den aktuella upphandlingen avseende tjänsten Bildtelefoni.net,

eftersom det är en nationell tjänst som huvudsakligen riktar sig till andra än de som är bosatta inom Örebro läns landsting. Det förefaller som att landstinget anser sig ha ensamrätt att utföra de efterfrågade tjänsterna. Därmed skulle upphandlingen vara obehövlig. Bolaget delar dock inte detta synsätt.

Landstinget har i ett kompletterande yttrande anfört bl.a. följande. Enligt bolagets anbud ska all tolkning i tjänsten utföras av TSP AB (TSP). TSP har sagt upp parternas avtal om tolktjänster. Bolaget kommer inte att förfoga över resurserna när kontraktet ska fullgöras och kan inte leverera tjänsten som anbudet angett. Omständigheterna har inträffat och kommit till landstingets kännedom sedan processen i kammarrätten inletts, varför landstinget inte haft möjlighet att åberopa dessa tidigare.

Ett felaktigt inhibitionsbeslut, som gäller för viss tid och meddelats av en annan domstol i ett förfarande som påbörjats efter det att upphandlingsmålet inletts, innebär inte att landstinget saknar talerätt i upphandlingsmålet. Vardagstolkningen är en obligatorisk verksamhet för landstinget och det är inte en fråga om enbart en statlig angelägenhet vilket innebär att landstinget har kompetens för bildtelefonin.

Såvitt gäller underleverantörerna och hur dessa knyts till anbudsgivarna är det relevant vilket krav PTS har ställt och hur det kravet besvarats i anbudet. Landstinget har uppfyllt kravet. Det kan inte vara meningen att anbudet inte blir giltigt för att en annonserad upphandling av underleverantörer inte skett.

Bolaget har i kompletterande yttranden anfört bl.a. följande. I laglighetsprövningsmålet har landstinget uppgett att undertecknandet av anbudet har skett i den ordning som PTS föreskrivit, men inte på grund av att beslut fattats på viss nivå inom landstinget eller av viss person enligt delegationsordning. Då något beslut inte fattats inom landstinget att lämna anbud kan det knappast föreligga något för landstinget bindande anbud.

I underleverantörsavtalet mellan bolaget och TSP anges bl.a. att avtalet gäller under hela den avtalstid som bolaget har med PTS, inklusive eventuella förlängningar, samt att uppsägningstiden är sex månader. Underleverantörsavtalet gäller således alltjämt. Bolaget saknar inte de resurser, såsom teknik och tolkar, som anbudet anger. Bolaget hänvisar också till att Högsta förvaltningsdomstolen den 20 december 2011 beslutat att inte meddela prövningstillstånd i det överklagade målet rörande inhibitionsfrågan.

Landstinget har i ett kompletterande yttrande anfört bl.a. följande. Bildtelefonitjänsten avser en pågående verksamhet där det grundläggande beslutet fattades för flera år sedan och som det då hade gått att ansöka om laglighetsprövning av. Något nytt beslut om verksamheten har inte behövts fattas. Det lämnade anbudet är bindande gentemot PTS.

Bolagets avtal med underleverantörerna avseende samtliga tolktjänster löper med sex månaders uppsägningstid liksom nuvarande avtal avseende bildtelefonitjänsten. Bolaget är enligt anbudet bundet vid att det är TSP och ingen annan som levererar tjänsten. Uppsägningen av avtalet från TSP medför att underleverantör enligt anbudet inte kommer att finnas efter utgången av uppsägningstiden.

PTS och Tolkcentralen vid Örebro läns landsting har i avvaktan på prövningen i pågående rättsprocesser förlängt avtalet för förmedlingstjänsten bildtelefoni.

Bolaget har i ett kompletterande yttrande anfört bl.a. följande. Det bestrids att det skulle finnas ett tidigare beslut av landstinget utifrån vilket nu aktuell anbudsgivning enbart utgör ren verkställighet. Bolaget vidhåller att TSP kommer att fullgöra underleverantörsavtalet om bolaget ges möjlighet att teckna kontrakt med PTS. De resurser som krävs för att fullgöra kontraktet

kommer bolaget att förfoga över och bolaget kan leverera tjänsten till PTS i enlighet med anbudet.

Kammarrätten har i beslut den 9 september 2011 interimistiskt förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I förvaltningsrättens dom återges i tillämplig lydelse de bestämmelser i LOU som är aktuella i målet.

Yrkandet om återförvisning

Verbaldigitalius AB har gjort gällande att bolaget innehade partställning, eller i vart fall en sådan partsliknande ställning som medförde att förvaltningsrätten borde ha kommunicerat samtliga handlingar med bolaget som tillförts målet genom annan. Genom att inte kommunicera samtliga handlingar med bolaget har förvaltningsrätten därmed, enligt bolagets uppfattning, gjort sig skyldig till sådant rättegångsfel som medför att målet måste återförvisas.

Av utredningen framgår att bolaget under förvaltningsrättens handläggning av landstingets ansökan om överprövning fick underrättelse om denna och om PTS yttrande med anledning av ansökan jämte vissa därefter inkomna yttranden från landstingets och PTS. Kammarrätten finner, med beaktande av att bolaget kommunicerades huvuddelen av inkomna handlingar i förvaltningsrätten att det inte finns skäl att återförvisa målet för ny handläggning. Bolagets yrkande härom ska därför avslås.

Landstingets talerätt

Såsom förvaltningsrätten har funnit i den överklagade domen motsvarar begreppet leverantör i LOU av upphandlingsdirektivens ”ekonomisk aktör” och begreppet ska ges en vid tolkning. Örebro läns landsting, genom Tolkcentralen, har därmed enligt kammarrätten en sådan leverantörsstatus som avses i LOU. Vad som har anförts i fråga om bl.a. kommunal kompetens och otillåten näringsverksamhet påverkar enligt kammarrättens mening för närvarande inte prövningen enligt LOU av upphandlingsmålet. Kammarrätten noterar dock att ett överklagande avseende fråga om laglighetsprövning enligt KL rörande landstingets anbud är föremål för handläggning vid Kammarrätten i Göteborg i mål nr 5733-11.

Yrkandena om avvisning av landstingets talan ska därför avslås.

Kammarrättens prövning av målet i övrigt

Bolaget har hos kammarrätten anført att landstingets anbud inte uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget ifråga om landstingets underleverantör nWise AB samt att ett annonserat upphandlingsförfarande inte genomförts avseende denna underleverantör. Kammarrätten konstaterar att den frågan har varit föremål för prövning av Förvaltningsrätten i Karlstad genom dom den 10 februari 2012 (mål nr 4477-11) vilken är överklagad till Kammarrätten i Göteborg (mål nr 1141-12). Frågan kan därför inte prövas i nu aktuellt mål.

Såvitt gäller det som landstinget har åberopat beträffande bolaget och dess underleverantör TSP finner kammarrätten att prövningen i upphandlingsmålet måste utgå från de förhållanden som rådde vid tilldelningsbeslutet och att bolagets anbud vid tidpunkten för avlämnandet uppfyllde det skall-krav som avser den aktuella underleverantören och att vad som senare inträffat inte ska bli föremål för prövning i nu förevarande mål.

Det som landstinget har anfört i målet angående bolagets verksamhet och de uppgifter som lämnats rörande denna, om alternativ för debitering och om användningen av Skype medför inte någon annan bedömning än den som förvaltningsrätten gjort i den överklagade domen.

Förvaltningsrätten har i domen funnit att PTS inte följt likabehandlingsprincipen vid bedömningen av bolagets anbud i vissa delar. Det gäller dels tiden för utförandet av det kvalificerande uppdraget Teletal under Erfarenhetskrav A, dels att bolaget i anbudet inte angett vilken leverantör som i övrigt innehar den erfarenhet som krävs enligt A och/eller B i förfrågningsunderlagets punkt 2.1.2.

I förfrågningsunderlaget anges såvitt nu är av intresse följande.

2.1.2 Krav på tidigare erfarenhet - uppdrag

Erfarenhetskrav A

Anbudsgivare, eller underleverantör, **ska** ha utfört minst ett (1) uppdrag med ansvar att driva tjänst, såsom förmedlingstjänst som inkluderar tolkning av samtal eller call-center, genom elektronisk kommunikation. Uppdraget **ska** ha varat under minst två (2) år.

Erfarenhetskrav B

Anbudsgivare, eller underleverantör, **ska** ha utfört minst ett (1) utvecklingsuppdrag inom området videokommunikation under sammanlagt minst två (2) år.

Uppdragen **ska** ha utförts under de senaste tre (3) åren räknat från tidpunkten för anbudsinlämnande.

I anbudet **ska** minst följande uppgifter anges beträffande uppdragen:

- uppdragets omfattning och karaktär
- period för utförande (start- samt sluttidpunkt)
- referensperson och kontaktuppgifter såsom namn, telefonnummer och e-postadress.

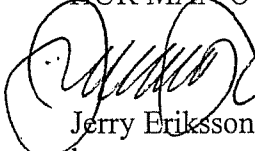
När det gäller frågan om tiden för utförande av referensuppdrag enligt punkt 2.1.2 finner kammarrätten att formuleringen ger visst utrymme för olika tolkningar. Den tolkning som upphandlande myndighet hävdar är den avsedda, nämligen att det är tillräckligt att någon del av åberopat uppdrag har utförts under en period av tre år närmast före tidpunkten för anbuds-

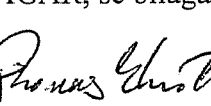
inlämnandet, får enligt kammarrättens mening anses rymmas inom formuleringen och kan inte anses orimlig samt bör därför i förevarande fall läggas till grund för prövningen. Bolaget har åberopat förmedlingstjänsten Teletal, vilken till viss del utförts under den aktuella treårsperioden. Skall-kravet i Erfarenhetskrav A har således när det gäller tiden för uppdragets utförande uppfyllts av bolaget.

Enligt kammarrättens mening framgår det vidare av beskrivningen i bilaga 12 till anbudet av den åberopade underleverantören IVÉS att denne har lämnat tillräckliga uppgifter om referensuppdrag beträffande området videokommunikation för att också Erfarenhetskrav B ska vara uppfyllt. Att det inte uttryckligen i anbudet har angetts vilken åberopad underleverantör som hänför sig till kategorin förmedlingstjänst (A) eller videokommunikation (B) innebär inte heller på grund av vad som sammantaget kan utläsas av anbudet att skall-kravet åsidosatts.

Såväl bolaget som landstinget har således vid tidpunkten för anbuds-lämnandet uppfyllt de skall-krav som uppställts i punkt 2.1.2. i förfrågningsunderlaget. PTS har följaktligen vid utvärdering av anbud och tilldelande av upphandlingskontrakt förfarit riktigt samt inte avvikit från de i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska kraven. På grund härav och då förfrågningsunderlaget inte heller i övrigt kan anses ha sådana brister att det strider mot de principer som uppställs i LOU och gemenskapsrätten ska bolagets och PTS överklaganden bifallas i nu aktuella delar.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Jerry Eriksson
lagman
ordförande


Thomas Ekroth
kammarrättsråd
referent


Maria Ringvall
kammarrättsråd

Johan Nykvist
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2011-09-01
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11905-11
Enhet 17

SÖKANDE

Örebro läns landsting, habiliteringen Tolkcentralen
Box 1613
701 16 Örebro

Ombud: Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Post- och Telestyrelsen
Box 5398
102 49 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig
upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan
rättelse gjorts på så sätt att Verbaldigitalius AB utesluts från deltagande i
utvärderingen av anbuden.

Dok.Id 151965

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegehuddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Post- och Telestyrelsen genomför en upphandling av förmedlingstjänst bildtelefoni.net. I tilldelningsbeslut 2011-06-01 meddelades att kontrakt avsågs att tecknas med Verbaldigitalius AB.

Örebro läns landsting, habiliteringen Tolkcentralen (nedan landstinget eller Tolkcentralen) ansöker om överprövning av beslutet och yrkar att upphandlingen får avslutas förs sedan rättelse vidtagits på så sätt att Verbaldigitalius AB utesluts från upphandlingen.

Landstinget anför i huvudsak följande som stöd för sin talan. Överprövningsförfarandet är tillgängligt för var och en som har eller har haft intresse av att få sluta visst avtal och som har lidit eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse. PTS har kvalificerat Tolkcentralen till utvärdering efter lämnat anbud. Tolkcentralen har behörighet att ingå avtal (och avge anbud) avseende bildtelefoni.net. Anbudet är civilrättsligt gällande och bindande. En upphandlande myndighet eller en förvaltningsdomstol som prövar om upphandlingen skett i enlighet med lagen kan diskvalificera anbudsgivare endast på i LOU angivna grunder. Någon sådan grund är inte aktuell. Talerätt föreligger för Tolkcentralen, som dels har intresse av att få sin sak prövad, dels har behörighet att avge anbud och dels rättskapacitet att ingå avtal. Denna behörighet påverkas inte av att laglighetsprövning pågår. Om en lagakraftvunnen dom i laglighetsprövningen skulle komma att underkänna Tolkcentralens verksamhet för att den överskrider den kommunala kompetensen blir frågan om befintliga avtals bestånd en fråga mellan Tolkcentralen och avtalsparten. Ett giltigt och behörigt anbud har lämnats av Tolkcentralen. Tolkcentralen lider därför skada om den som enda kvalificerande anbudsgivare inte får teckna kontrakt.

Avseende överträdelse av bestämmelserna i LOU anför landstinget vidare i huvudsak följande. Verbaldigitalius AB uppfyller inte samtliga kvalificeringskrav avseende erfarenhetskrav A och B i förfrågningsunderlaget punkten 2.1.2. Varken Verbaldigitalius AB eller någon angiven underleverantör har under de senaste tre åren utfört minst ett uppdrag under två år med ansvar för att driva förmedlingstjänst inklusive tolkning av samtal eller callcenterverksamhet genom elektronisk kommunikation. Kravet omfattar ansvar att driva förmedlingstjänst inklusive tolkning av samtal, inte att man har teknisk lösning för förmedlingstjänster. Av det vinnande anbudet framgår att endast uppdraget Teletal är kvalificerade avseende erfarenhetskrav A till sitt innehåll. Inget av de övriga referensobjekten avser efterfrågad erfarenhet.

Teletaluppdraget uppfyller emellertid inte det uppställda tidskravet. Den erfarenhet som åberopas har dessutom inte utförts av anbudsgivaren eftersom Verbaldigitalius AB startade sin verksamhet först i juli 2008. Såvitt gäller erfarenhetskrav B avseende videokommunikation finns det inte något kvalificerande uppdrag angivet och inte heller angivet vilken underleverantör som uppfyller erfarenhetskrav B. Därutöver finns inte någon referens i anbudet som avser utvecklingsprojekt inom videokommunikation under minst angiven tidsperiod.

Förutom att Verbaldigitalius AB inte är kvalificerad enligt erfarenhetskraven så har inte Verbaldigitalius AB uppgett hur länge företaget har bedrivit sin verksamhet. I anbudet anges att Verbaldigitalius AB har verkat inom sin bransch i arton år. Bolaget bildades genom nybildning 2008-05-28 och antog sin nuvarande verksamhet i juni 2008. Även om uppgiften ska tolkas som svar på förfrågningsunderlagets krav på beskrivning av hur länge företaget bedrivit verksamhet så är uppgiften felaktig och vilseledande. Avser tidsuppgiften eventuell tidigare erfarenhet hos någon nu anställd i företaget är det inte relevant.

Verbaldigitalius AB har inte heller lämnat någon redogörelse avseende alternativ för debitering utan endast uppgett att man uppfyller kravet. Förslag till utveckling av en tidigare levererad tjänst och hur debitering efter en sådan utveckling kan ske i den delen är något helt annat än en redogörelse för debiteringsalternativ.

Kraven att teckenspråkiga användare ska kunna nå tjänsten via Skype och att leverantören ska visa i anbudet hur det kravet uppfylls genom att beskriva hur kravet realiserats tekniskt är inte heller uppfyllda. Den funktion som beskrivs går inte att genomföra. Det skulle innebära ett brott mot Skype-kits licensvillkor.

Post- och telestyrelsen (PTS) bestrider bifall till ansökan om överprövning på följande grunder. Landstingets ansökan bör i första hand avvisas på grund av bristande talerätt. Detta eftersom landstinget inte kan sägas vara leverantör i den mening som avses i LOU. Landstinget har inte kompetens att ingå avtal för de rikstäckande tjänster som upphandlingen avser vilket medför att landstinget saknar talerätt enligt LOU. För det fall att förvaltningsrätten finner att talerätt föreligger står det ändå klart att landstinget varken har lidit eller riskerar att lida någon skada eftersom det anbud som lämnats av företrädare för landstinget överskrider landstingets kompetens och därmed inte kan sägas vara bindande. Det är ett grundläggande och ovillkorligt krav enligt LOU att anbud i en upphandling är civilrättsligt bindande. Landstingets ansökan bör därför i andra hand ogillas. Även om förvaltningsrätten finner att talerätt och att risk för skada föreligger, ska landstingets talan i tredje hand ogillas på den grunden att PTS inte har överträtt någon bestämmelse i LOU. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att landstinget har talerätt enligt LOU, att landstinget lämnat ett bindande och förpliktande anbud, och att PTS i något avseende brutit mot bestämmelserna i LOU, ska landstingets yrkande i fjärde hand ogillas eftersom landstinget inte har lidit eller riskerat att lida någon skada till följd av överträdelsen. Om förvaltningsrätten finner grund

och skäl för ingripande enligt LOU, vitsordas att ingripande sker i form av rättelse.

PTS anför bl.a. följande angående landstingets talerätt. Upphandlingen avser tjänster som ska tillhandahållas i *hela* riket och för invånare i *samtliga* kommuner och landsting. Tjänsterna är en statlig angelägenhet. De har ingen specifik koppling till Örebro läns landsting. På grund av lagstadgade inskränkningar i landstingets kompetens som följer av dels 2 kap. 1 § kommunallagen, dels av 2 kap. 7 § samma lag, saknar landstinget behörighet att avge anbud och ingå avtal för de rikstäckande tjänster som nu är föremål för upphandling. Landstinget kan därför inte ha ställning som *leverantör* i den mening som avses i 16 kap. 1 § LOU. Landstinget är genom lag förhindrat att ingå upphandlingskontraktet i fråga. Landstinget saknar därför talerätt enligt LOU. Landstinget saknar behörighet att förplikta sig genom aktuellt anbud. Anbudet är därför enligt vanliga behörighetsregler inte heller civilrättsligt gällande. Som en direkt konsekvens av detta kan det aldrig komma ifråga att anta det (ogiltiga) anbud som lämnats av landstinget. Anbudet kan inte beaktas under utvärderingen. Det är därför också uteslutet att landstinget har lidit eller kan komma att lida sådan skada som avses i 16 kap. 5 § LOU till följd av de påstådda överträdelserna. – PTS hänvisar till Förvaltningsrättens i Karlstad pågående laglighetsprövning i mål nr 2356-11.

Angående påstådd överträdelse av LOU anför PTS vidare i huvudsak följande. Det är tillräckigt att det åberopade uppdraget i någon del har pågått under den senaste treårsperioden för att erfarenhetskrav A ska vara uppfyllt. Förfrågningsunderlaget är utformat på ett sådant sätt att så många aktörer som möjligt ska kunna uppfylla kravet utan att för den skull göra avkall på den erfarenhet som faktiskt erfordras för att utföra tjänsten. Om kravet skulle ha den innebörd som landstinget påstår skulle det inte ha varit proportionerligt i förhållande till syftet med upphandlingen. Även om

Verbaldigitalius AB registrerades som bolag under år 2008 så förtar det inte relevansen eller giltigheten av det uppdrag som Verbaldigitalius AB har åberopat. I betydande del har det nybildade aktiebolaget under den aktuella treårsperioden utfört det åberopade uppdraget. Det råder dessutom identitet mellan den verksamhet som den ensamme ägaren till Verbaldigitalius AB tidigare bedrev i enskild firma och den verksamhet som det nybildade bolaget därefter bedrev. Ändringen av bolagsform påverkade inte innehållet i verksamheten som hela tiden bedrivits av samma personal. En organisation eller juridisk person kan inte besitta erfarenheter. Det skulle ha stridit mot principerna om proportionalitet och likabehandling att inte tillåta Verbaldigitalius AB att tillgodoräkna sig den föregående identiska verksamhet som bedrivits i enskild firma av samme ägare och samma personal om nu detta hade behövts. Verbaldigitalius AB har också på sätt som föreskrivs i förfrågningsunderlaget åberopat en underleverantör, IVÉS, för uppfyllelse av erfarenhetskrav B. Denna underleverantör har lämnat relevanta och tillräckliga uppgifter om referensuppdrag beträffande videokommunikation.

Avseende beskrivning av verksamheten har Verbaldigitalius AB genom att i sitt anbud uppge att det verkat inom sin bransch i arton år och ange vem som är ägare till företaget uppfyllt kravet att ange hur länge företaget har bedrivit sin verksamhet. Dessutom har uppgiften infordrats endast upplysningsvis och skulle inte på något sätt bli föremål för någon prövning eller utvärdering.

Av förbiseende har inte noterats att anbudet från Verbaldigitalius AB saknar redogörelse för alternativ för debitering under själva avsnittet 10.2.2. Genom att Verbaldigitalius AB har uppfyllt kravet i avsnitt 10.2.1 har bolaget uppfyllt förutsättningarna för att tillämpa olika alternativ för debitering av användarna, enligt vad som efterfrågas i avsnittet 10.2.2. Detta förhållande, i kombination dels med innehållet i den av bolaget tillhandahållna tjänsten *Ring Direkt*, och dels med den beskrivning av olika

alternativ för samtalshantering som lämnas i bolagets anbud, får anbudet anses innehålla en fullt tillräcklig redogörelse av det slag som efterfrågas.

Avseende Skype kan följande anföras. Kravet utgör ett kontraktsvillkor och behöver inte vara uppfyllt då avtal tecknas, utan först vid en senare tidpunkt under avtalets löptid. Det är med andra ord inte ett skall-krav vars uppfyllande ska bedömas under upphandlingsprocessen. För det fall villkoret skulle bedömas utgöra ett skall-krav som ska vara uppfyllt bör följande framhållas. Verbaldigitalius AB har i sitt anbud uttryckligen förklarat att kravet uppfylls och även beskrivit hur detta kommer att realiseras. Beskrivningen är fullt tillräcklig i förhållande till det vaga och inte närmare specificerade kravet i avsnittet 3.5.2. Det har inte uppställts några krav på tekniska specifikationer, redogörelse för mjukvarulicenser eller liknande. Anbudet är inte behäftat med några brister som skulle kunna berättiga PTS att förkasta det på den grund som landstinget åberopar.

Verbaldigitalius AB har beretts tillfälle att yttra sig över landstingets ansökan. Verbaldigitalius AB anför att landstingets ansökan i första hand bör avvisas och i andra hand att ansökan bör ogillas. Bolaget anför i huvudsak följande. Tolkcentralen har inte rätt att lämna anbud eftersom den inte är någon leverantör i den mening som avses i LOU och därmed inte har någon talerätt. Inte heller kan den komma att lida skada eftersom det saknas rätt att ingå avtal om utförande av de aktuella tjänsterna. Förfrågningsunderlagets erfarenhetskrav att uppdragen ska ha utförts under de tre senaste åren avser endast erfarenhetskrav B. Det står inte att uppdragen ska ha utförts i sin helhet under de tre senaste åren. Det räcker följaktligen att en del av uppdraget utförts under de senaste tre åren räknat från tidpunkten för anbudsinlämnande. Vad gäller erfarenhetskrav A och B så har underleverantören IVÉS utfört två uppdrag, Webbsite för Orange Frankrikes döva användare samt Websourd som angetts i anbudet i bilaga 12 flik O. Även underleverantören Omnitor har erfarenhet som motsvarar kraven men det har inte angetts i anbudet eftersom kravet redan uppfyllts

av Verbaldigitalius AB och IVÉS. Underleverantören IVÉS har även utfört ett stort antal andra uppdrag som kan räknas in som grund för erfarenhetskrav A och B. Dessa anges också i anbudet i bilaga 12, flik O.

I anbudet finns efterfrågad beskrivning av hur länge verksamheten bedrivits vilket är arton år under samma namn och med samma målgrupp men i två olika bolagsformer. År 2008 övergick verksamheten från enskild firma till aktiebolagsform. Detta är klart redovisat genom registreringsbevis.

Redogörelse av debiteringsalternativ finns och beskriver att användning av Ring Direkt-konceptet och egna telefonnummer till brukarna ger debiteringsalternativ. Kravet på alternativ till debitering uppnås genom att uppfylla skall-kravet i punkt 10.2.1, funktion för att generera kostnadsposter (CDR). CDR är standard i telekommunikationsbranschen och kan systemet generera kostnadsposter enligt denna standard är alla alternativ utöver debitering via tillgänglighetsoperatörer möjliga. En sådan redogörelse som krävs har lämnats men inte i form av en särskild redogörelse under ett specifikt avsnitt i anbudet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 2 kap. 11 § första stycket LOU framgår att det med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor och tjänster eller utför byggentreprenader.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU anges att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Tolkcentralens talarätt

Begreppet leverantör i LOU motsvaras av upphandlingsdirektivens ”ekonomisk aktör” och ska ges en vid tolkning. Definitionen innefattar alla fysiska eller juridiska personer som vill delta i en upphandling. Av utredningen i målet framgår inte annat än att landstinget, som är en juridisk person, genom Tolkcentralen tillhandahåller tjänster på en marknad. Landstinget genom Tolkcentralen har därmed enligt förvaltningsrätten en sådan leverantörsstatus som avses i LOU.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt LOU. I upphandlingsprocessen är det myndighetens beslut som angrips och det är myndighetens upphandling som påstås brista i ett eller flera hänseenden. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer varje leverantör som har intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av den påstådda överträdelsen, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan (EU-domstolen i målet C-26/03, Stadt Halle m.fl., punkt 41).

Landstinget, som såsom ovan konstaterats är en juridisk person med kompetens att ingå bindande avtal, har genom Tolkcentralen intresse av att tilldelas aktuellt offentligt kontrakt. Landstinget har såsom leverantör ansett sig lida skada i förevarande upphandling. Således föreligger även talerätt enligt 16 kap. 1 § LOU. Vad parterna i övrigt anfört rörande talerätten, närmare bestämt rörande kommunal kompetens och otillåten näringsverksamhet, påverkar enligt förvaltningsrätten inte förevarande prövning enligt LOU.

Uppfyllande av skall-krav

Ett anbud som inte uppfyller samtliga s.k. skall-krav får inte antas, eftersom detta skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivare (jfr t.ex. mål C-243/89, kommissionen mot Danmark).

Uppgift om företagets verksamhet

Av förfrågningsunderlagets punkt 2.1.1 framgår bl.a. att det med anbudet ska bifogas en uppgift om hur länge företaget har bedrivit sin verksamhet. Verbaldigitalius AB har i sitt anbud bl.a. uppgett att det verkat inom sin bransch i arton år och att ägaren till företaget är Bengt Olsen. Enligt förvaltningsrätten får därmed Verbaldigitalius AB anses ha uppfyllt kravet på att lämna en kortfattad beskrivning av företaget och uppgift om hur länge verksamheten bedrivits. En upphandlande myndighet är inte skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud är riktiga om det inte ställts krav på att uppgifterna som lämnats i anbudet ska vara styrkta, jfr Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 981-11. I det aktuella förfrågningsunderlaget finns inget särskilt krav på att lämnade uppgifter ska vara styrkta. Argumentationen rörande vilseledande uppgifter i anbudet från Verbaldigitalius AB är här därför inte relevant för bedömning om PTS brutit mot likabehandlingsprincipen. Ansökan i den delen ska således avslås.

Alternativ för debitering

Av förfrågningsunderlagets punkt 10.2.2 framgår att leverantören i anbudet ska redogöra för vilka alternativ för debitering av användare som kan realiserats i tjänsten. Av svarsmallen framgår inte annat än att redogörelse ska lämnas i anbud. Enligt förvaltningsrätten framgår det klart och tydligt av ordalydelsen att det är fråga om att redogöra för alternativ för debitering som senare *kan* vara möjliga att realisera i tjänsten. Det kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget eller av svarsmallen annat än att uppgifterna ska finnas i det anbud som lämnas, något krav på hur redogörelsen ska ske finns inte. Av Verbaldigitalius ABs anbud framgår att tjänsten *Ring Direkt* bl.a. innebär att tjänstens brukare erhåller ett telefonnummer för taltelefoni som automatiskt kopplar in tjänsten och att det kan ge möjlighet till debitering av samtalskostnader för brukarna på ett rättvist sätt om så önskas. Enligt förvaltningsrätten får Verbaldigitalius AB därigenom anses ha redogjort sådana debiteringsmöjligheter i sitt anbud.

Skype

Av förfrågningsunderlagets punkt 3.5.2 framgår bl.a. att teckenspråkiga användare ska kunna nå tjänsten via Skype och att kravet ska vara uppfyllt senast 2012-03-31. Enligt svarsmallen ska anbudsgivarna visa genom beskrivning i anbudet hur kravet uppnås. Verbaldigitalius AB har uppgett i sitt anbud att tjänsten kommer att vara nåbar via Skype och lämnat en beskrivning för hur kravet uppnås. Landstinget har påpekat att den lämnade beskrivningen inte är förenlig med de licensvillkor som finns för användning av Skype. Det ankommer emellertid inte på upphandlande myndighet att verifiera anbudsgivarnas villkor för användning av licenser och dylikt om sådant krav inte ställts i förfrågningsunderlaget. Dessutom framgår det att Verbaldigitalius har möjlighet att till 2012-03-31 införskaffa eventuellt behov av licenser. Landstingets talan i den delen avslås därmed.

Erfarenhetskrav A och B

Av förfrågningsunderlagets punkt 2.1.2 framgår bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska, i anbudet, ange vilken leverantör (anbudsgivaren eller eventuell/ -a underleverantör/ -er) som innehar respektive erfarenhet.

Erfarenhetskrav A

Anbudsgivare, eller underleverantör, ska ha utfört minst ett (1) uppdrag med ansvar att driva tjänst, såsom förmedlingstjänst som inkluderar tolkning av samtal eller call-center, genom elektronisk kommunikation. Uppdraget ska ha varat under minst två (2) år.

Erfarenhetskrav B

Anbudsgivare, eller underleverantör, ska ha utfört minst ett (1) utvecklingsuppdrag inom området videokommunikation under sammanlagt minst två (2) år.

Uppdragen ska ha utförts under de senaste tre (3) åren räknat från tidpunkten för anbudsinlämnande.

I anbudet ska minst följande uppgifter lämnats beträffande uppdragen: uppdragets omfattning och karaktär, period för utförande (start- och sluttidpunkt), referensperson och kontaktuppgifter såsom namn, telefonnummer och e-postadress.

Verbaldigitalius AB har besvarat kriterierna under punkten 2.1.2 bl.a. enligt följande. Förmedlingstjänsten Teletal drevs på uppdrag av kommunikationsmyndigheten Post- och telestyrelsen. Förmedlingstjänsten Teletal innebar att förmedla telefonsamtal till och från talskadade och personer med kognitiva problem att uttrycka sig. Uppdraget pågick under perioden 2005-09-01 till 2009-08-31. – I bilaga 12 till Verbaldigitalius AB:s anbud beskrivs underleverantören IVÉS.

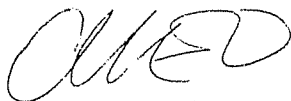
Kraven på erfarenhet som ställs upp i förfrågningsunderlaget innebär enligt förvaltningsrätten att de båda uppdragen, förmedlingstjänst respektive utvecklingsuppdrag inom området videokommunikation, ska ha genomförts under minst två år under de tre senaste åren räknat från tidpunkten för anbudsinlämnande. Tiden för anbudsinlämnande var den 11

maj 2011. Det innebär att ett kvalificerande uppdrag kan utföras under två år mellan 2008-05-11 och 2011-05-11.

Verbaldigitalius AB har i sitt anbud uppgett avseende erfarenhetskrav A att uppdraget Teletal pågick under perioden 2005-09-01 till 2009-08-31. Det uppdraget har således inte genomförts under minst två år under de senaste tre åren räknat från den 11 maj 2011. Enligt förvaltningsrätten uppfyller därmed inte Verbaldigitalius AB skall-kravet avseende erfarenhetskrav A genom att referera till Teletal-uppdraget. Verbaldigitalius AB har i anbudet hänvisat till sina och underleverantörers samlade resurser och kapacitet enligt respektive företags beskrivning, bl.a. i bilaga 12 till ansökan. Även om uppgifter om underleverantören IVÉS beskrivs i bilaga 12 till anbudet så framgår det enligt förvaltningsrätten inte av anbudet *vilken* leverantör som innehar erfarenhetskrav A och eller B. PTS har följaktligen inte följt likabehandlingsprincipen vid bedömningen av bolagets anbud såväl avseende tiden för kvalificerande uppdraget Teletal avseende erfarenhetskrav A respektive genom att Verbaldigitalius AB inte angett vilken leverantör som i övrigt innehar erfarenhetskrav A och eller B.

Förvaltningsrätten konstaterar att PTS vid anbudens kvalificering inte har funnit att Tolkcentralen inte skulle vara behörig att lämna anbud och har heller inte till förvaltningsrätten åberopat att det finns behörighetskrav hos landstinget uttryckta i förfrågningsunderlaget som inte är uppfyllda. Att PTS inte följt likabehandlingsprincipen har därmed inneburit att landstinget åtminstone kan komma att lida skada i den mening som avses i LOU. Bristen kan inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten förordnar därför att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Verbaldigitalius AB utesluts från deltagande i utvärderingen av anbudet.

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



Maria Ek Oldsjö

Rådman

Föredragande har varit Cecilia Östergren.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.