



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Föredraganden
Antonia Eriksson

DOM
2017-12-14
Meddelad i Falun

Mål nr
4146-4160-17

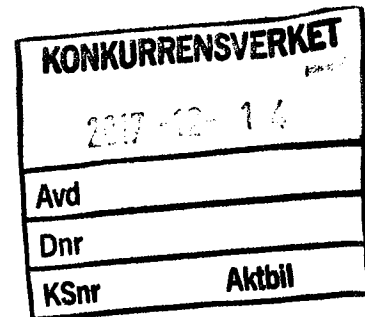
SÖKANDE

Tele2 Sverige AB, 556267-5164

Ombud: Advokat Mikael Dubois och Advokat Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPARTER

Borlänge kommun (mål nr 4146-17)
Falu kommun (mål nr 4147-17)
Gagnef kommun (mål nr 4148-17)
Hedemora kommun (mål nr 4149-17)
Ludvika kommun (mål nr 4150-17)
Sätters kommun (mål nr 4151-17)
Avesta kommun (mål nr 4152-17)
Leksands kommun (mål nr 4153-17)
Malung-Sälens kommun (mål nr 4154-17)
Mora kommun (mål nr 4155-17)
Orsa kommun (mål nr 4156-17)
Rättviks kommun (mål nr 4157-17)
Smedjebackens kommun (mål nr 4158-17)
Vansbro kommun (mål nr 4159-17)
Älvdalens kommun (mål nr 4160-17)



Ombud för samtliga motparter: Upphandlingscenter
Ludvika kommun
771 82 Ludvika

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 208983

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax
023-383 00 80

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Den gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan i Ludvika kommun genomför såsom ombud för flertalet kommuner (i det följande Kommunerna) en upphandling av dalagemensam telefoni (dnr GNU 2017/93). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 15 september 2017 varvid Telenor Sverige AB (Telenor) antogs som vinnande leverantör.

Tele2 Sverige AB (Tele2) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid anbudet från Telenor inte ska beaktas. Tele2 anför i korthet följande till stöd för sitt yrkande. Telenor kommer att använda bolaget Mitel som underleverantör, vilket inte har angetts i anbudet. Det är också sannolikt att Telenor kommer att använda Daxacom som underleverantör. Eftersom Telenor inte uppgett att någon leverantör kommer att användas är anbudet inte fullständigt, eftersom det är ett ska-krav att det ska anges i anbudet. Genom att Kommunerna har ställt en fråga om underleverantörer kommer att användas har Telenor tillåtit inkomma med ett förtydligande i strid med LOU. Om Telenors anbud rätteligen skulle ha förkastats i upphandlingen skulle Tele2 ha placerats som nummer ett i anbudsutvärderingen och kunnat antas som vinnande leverantör. Tele2 har därför åtminstone riskerat att lida skada på grund av Kommunernas agerande

Kommunerna yrkar att Tele2:s ansökan ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning**

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Tele2 anfört är visat att Kommunerna har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Tele2 lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § och 20 kap. 6 § LOU samt RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten anser att målet är så utrett som dess beskaffenhet kräver.

Användande av Mitel som underleverantör

Vad parterna anför

Tele2 har gjort gällande att Telenor använder sig av Mitel som underleverantör, men inte uppgett detta i sitt anbud trots att det är ett ska-krav att ange underleverantörer. Tele2 har lyft fram bl.a. följande. Upphandlingen avser en gemensam telefonlösning för kommunerna, i vilken kärnan är den telefoniplattform, innefattande såväl hårdvara som mjukvara, som leverantören baserar sin lösning på. Den telefoniplattform som Telenors anbud i upphandlingen baseras på levereras av företaget Mitel. Eftersom Kommunerna har bekräftat detta i e-postkorrespondens med Tele2 efter tilldelningsbeslutet förutsätts att det är ostridigt i målet att telefoniplattformen tillhandahålls av Mitel för att Telenor ska hålla sin del av avtalet. Det är således uppenbart att Mitel kommer att användas i den offererade lösningen. Redan av detta följer att Mitel är en underleverantör till Telenor i den mening som avses i anbudsförfrågans ska-krav. Även vid jämförelse med kammarrättspraxis avseende begreppet underleverantör är det tydligt att Mitel ska betraktas som en underleverantör i upphandlingen. Tele2 använder företaget Cisco som leverantör avseende telefoniplattform, varför det varit uppenbart att ange Cisco som underleverantör. Vad kommunerna gör gällande innebär att

de är av uppfattningen att den Mitel-baserade lösningen skulle vara delad med andra kunder och att de tjänster som Mitel levererar inte är "särskilda för beställarna i avtalet eller för någon annan av anbudsgivarnas kunder". Denna beskrivning är felaktig och det finns krav som Kommunerna ställt i upphandlingen och som medför att den Mitel-baserade lösningen som offereras måste vara unik och ha haft en aktiv roll i lösningens utformning.

I punkten 5.1.1. d) i anbudsförfrågan anges följande. "Gällande den levererade lösningen, skall kommunerna inom 6 månader (från releasedatum i Sverige) erbjudas senaste version/release utan kostnad". Om den plattform som Mitel tillhandahåller skulle vara gemensam för fler kunder än Kommunerna skulle detta krav medföra att även andra kunder fick denna version/release av lösningen, vilket i sin tur skulle kunna medföra att befintliga funktioner som nyttjas av annan kund ändras eller försvinner. Mitels plattform kan således inte vara gemensam, utan måste vara unik för kommunerna.

I punkt 10.2 b) i anbudsförfrågan anges följande. "Licenser för telefonist och Contact Centerhandläggare skall kunna dedikeras per kommun. Varje kommun äger då ett vist antal telefonist/contact Centerhandläggarelicenser. Kommunen ska då alltid ha tillgång till licenserna och därmed ha tillgång till funktionen". För att garantera tillgång till nu aktuell funktion, måste Mitel veta hur alla kunder i lösningen använder aktuella licenser. Om det som offereras i upphandlingen skulle vara en delad lösning, som kommunerna påstår, skulle alla kunder dela på ett antal licenser. Om det totala antalet samtidigt inloggande handläggare överstiger det antalet totala licenser, så skulle inte tillgång till tjänsten medges. För att säkerställa uppfyllande av detta krav måste alltså den Mitel-baserade lösningen i upphandlingen vara unik för kommunerna. Mitel måste också till följd av detta krav ha kännedom om vilka kunder som nyttjar den lösning som Mitel tillhandahåller, d.v.s. kommunerna.

Den fysiska placeringen av plattformen i serverhallar har inte någon som helst betydelse för frågan om Mitel ska anses vara en underleverantör till Telenor eller inte. Att kommunerna nyttjar Mitels lösning, via Telenor som anbudsgivare, bekräftar i sig att Mitel måste ses som en underleverantör i upphandlingen.

Kommunerna har gjort gällande att underleverantörer i LOU:s mening inte avser sådana produkter eller tjänster som används av leverantörer allmänt över hela verksamheten. Om anbudsgivare skulle behöva ange leverantörer av insatsvaror och tjänster som underleverantörer skulle det vara närmast ogörligt att lämna anbud till offentlig sektor. Även bolaget borde dela den uppfattningen eftersom deras eget anbud inte innehåller t.ex. leverantör av elektricitet till företaget, leverantör av banktjänster för att förmedla betalningar, leverantörer av telefonitjänster utanför Sverige, samt medel för transporter avseende tekniker på plats. Samtliga tjänster passar in i den beskrivning som Tele2 hänvisar till i sin ansökan om överprövning. Att Tele2 angett att de använder Cisco saknar relevans i målet.

Den så kallade Mitel-lösningen som används av vinnande anbudsgivare är ostridigt ett resultat av ett avtalsförhållande med företaget Mitel som inkluderar både hårdvaran och mjukvaran. Mitel-lösningen är dock en integrerad del av vinnande anbudsgivares tjänsteutbud som innebär att anbudsgivaren kan utföra uppdraget självständigt gentemot beställarna. De IT-tjänster vinnande anbudsgivare införskaffar från Mitel är inte på något sätt särskilda för beställarna i avtalet eller någon annan av anbudsgivarens kunder. Lösningen realiserar via en gemensam och centralt placerad tjänsteplattform i anbudsgivarens serverhallar och är tillgänglig för samtliga kunder. Lösningen kräver inte ens att Mitel har kännedom om vilka kunder anbudsgivaren har eller om dessa kunder nyttjar den lösning Mitel tillhandahåller till anbudsgivaren eller inte. Leverantören som tillhandahåller Mitel-lösningen är därmed inte att anse som underleverantör på det sätt som Tele2 gör gällande. Kommu-

nerna bestrider att Mitels lösning är direkt hänförlig till upphandlingsföremålet. Vad Tele2 anser att begreppet ”integrerad” innebär kan Kommunerna inte uttala sig om, men för Kommunerna innebär det endast att Mitels lösning är något som ingår i Telenors tjänsteutbud, precis på samma sätt som en betalningsplattform, kopparförbindelser och mobilnät har varit integrerade delar i andra situationer.

Förvaltningsrättens bedömning

LOU saknar en definition av begreppet underleverantör. Begreppet har inte heller definierats i något av upphandlingsdokumenten i nu aktuella upphandling. I Kammarkollegiets vägledning för avrop från fasta och mobila operatörstjänster samt transmissionstjänster, vilket Kammarrätten i Sundsvall hänvisat till i mål nr 5-15 (dom den 22 april 2015), anges att en underleverantör är en juridisk person som bistår leverantören med tjänster och funktioner som omfattas av ramavtalet. Ett företag som endast levererar produkter eller tjänster som inte är direkt hänförliga till upphandlingsföremålet är inte en underleverantör inom ramen för upphandlingen. Tillverkare av produkter, speditorsfirmor, ägare av kanalisation, stamnät, korskopplingar, radionät eller dylikt behöver inte anges som underleverantör.

Tolkningen av begreppet underleverantör bör ske utifrån den enskilda upphandlingens utformning och förutsättningar. Telefoniplattformen är såvitt framgår i målet en integrerad del av Telenors offererade lösning. Enligt förvaltningsrättens mening är den telefoniplattform som tillhandahålls av Mitel således inte direkt hänförlig till upphandlingsföremålet på ett sådant sätt att Mitel ska anses vara Telenors underleverantör i den nu aktuella upphandlingen. Huruvida den del av lösningen som tillhandahålls av Mitel är unik för den specifika upphandlingen liksom om Telenor är i behov av tjänsten är enligt förvaltningsrättens mening inte avgörande för frågan om Mitel ska anses vara en underleverantör. Det förhållande att Mitel angetts som underleverantör i tidigare upphandlingar indikerar enligt förvaltningsrättens me-

ning inte att Mitel även i denna upphandling kan anses vara underleverantör. Mot bakgrund av vad som har förts fram i målet finner förvaltningsrätten inte att det föreligger skäl att förkasta Telenors anbud till följd av att bolaget inte angett Mitel som underleverantör i anbudet.

Användande av Daxacom som underleverantör

Vad parterna anför

Tele2 har gjort gällande att Telenor i flera tidigare upphandlingar har använt sig av personal som är anställd av Daxacom vid leverans av sådana Mitel-baserade kommunikationstjänster som är föremål för upphandlingen. Tele2 har i denna del lyft fram följande. Det finns krav i upphandlingen som Telenor inte har tillräcklig kompetens att uppfylla utan att anlita underleverantörer. Ett exempel är kravet att det ska vara möjligt med call-back med besked om uppringningstid. För uppfyllande av denna typ av krav har Telenor tidigare använt sig av just Daxacom som underleverantör. Tele2 misstänker därför att Daxacom är en underleverantör till Telenor även i nu aktuella upphandlingar. Tele2 har utan framgång försökt ta del av de av Telenors anbudshandlingar som skulle kunna visa detta, vilka är 4.5 beskrivning av lokalisation av drift lagring m.m., 4.7 referensuppdrag, 5.4 beskrivning av offererad lösning, 18.2 bemanning av införandeprojekt, 18.2 projektledare CV samt 18.2 införandeplan. Tele2 hemställer därför med hänvisning till HFD 2015 ref. 55 att förvaltningsrätten för att kunna göra en effektiv granskning av målet måste fordra in handlingarna.

Kommunerna har gjort gällande att Telenor enligt anbudet inte behöver anlita Daxacom som underleverantör för fullgörandet av uppdraget under det upphandlande kontraktet.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att Tele2 har försökt ta del av Telenors anbudshandlingar som skulle kunna visa om Daxacom kan anses vara en underleverantör till Telenor. Kammarrätten i Sundsvall avslog den 20 november 2017 i mål nr 2129-17 Tele2:s överklagande av Kommunernas beslut att inte lämna ut de av Telenors anbudshandlingar som enligt Tele2 kan visa om Daxacom är underleverantör eller inte.

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2015 ref. 55 anført att det ankommer på rätten att ta ställning till om rätten med utgångspunkt i vad parterna anført behöver information för att kunna göra effektiv prövning. I ett sådant fall måste domstolen anses vara skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar enligt 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten.

En utgångspunkt för förvaltningsrättens bedömning av om handlingar ska begäras in bör vara att invändningarna framstår som rimligt befogade. Det bör således finnas en konkretiserad risk för att den upphandlande myndigheten har frångått de upphandlingsrättsliga principerna för att förvaltningsrätten ska fordra in handlingar från den upphandlande myndigheten. Tele2:s påstående om att Daxacom har angetts som Telenors underleverantör i andra upphandlingar ger inte förvaltningsrätten anledning att begära in Telenors anbud för att kontrollera om Daxacom kan vara involverat i Telenors tjänsteutbud och i förekommande fall om Daxacom över huvud taget kan anses vara en underleverantör.

Otillåten komplettering*Vad parterna anför*

Tele2 har gjort gällande att det i Telenors anbud helt saknas uppgifter om underleverantör, vilket är ett krav i upphandlingen. Tele2 har anført föl-

jande. Om Telenor bedömt att inga underleverantörer kommer att användas i upphandlingen har det ankommit på Telenor att lämna in denna uppgift till Kommunerna. Eftersom Telenor inte uppgivit någonting har Telenor inte uppfyllt upphandlingens ska-krav. I e-postmeddelande till Telenor har Kommunerna uppgett att ”gällande Telenors anbud noterades det under anbudsprövningen att ingen lista med underleverantörer var med i anbudet. Därför togs kontakt med Telenor, och de förtydligade vid samtal 2017-09-14 att deras lösning inte omfattar några underleverantörer. Därmed uppfyller anbudet det aktuella skallkravet”. Det är således först efter anbudstidens utgång och efter att kommunerna kontaktat Telenor som de angivit att inga underleverantörer kommer användas. Dessutom följer av vad Kommunerna anfört att det är deras egen uppfattning att Telenor uppfyllt skakraven först efter att förtydligandet inkommit. Telenor har således tillåtits att göra ett förtydligande i strid med 4 kap. 9 § LOU. Om detta förtydligande inte hade tillåtits så hade Telenor inte uppfyllt skakravet i anbudsförfrågan. Eftersom så inte har skett har Kommunerna brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

Kommunerna har gjort gällande att det inte finns någonting i upphandlingsdokumentet som innebär ett obligatoriskt krav på att anbudsgivare uttryckligen ska ange att underleverantör inte ska användas, utan enbart att anbudsgivare ska ange vilka eventuella underleverantörer som ska användas om detta planeras. Kommunerna har anfört följande. Av det följer att det inte finns någon information att ta in och därmed kan inte heller någon information tillföras anbudet i strid mot de grundläggande principerna. Hade Kommunerna krävt ett uttryckligt nekande svar av de anbudsgivare som inte avsåg anlita någon underleverantör hade det ålegat Kommunerna att uttryckligen ange detta. Det har Kommunerna inte gjort varför det vore i strid med LOU att utesluta Telenor på grund av att anbudsgivaren inte uttryckligen angett att några underleverantörer inte skulle anlitas. Meddelandet som skickades till Telenor den 19 september byggde ostridigt på en fråga till

vinnande leverantör, men frågan ställdes endast för att säkerställa att nämnden uppfattat anbudet på rätt sätt. Kommunerna har ingen anledning att ifrågasätta en anbudsgivares besked om att ingen underleverantör ska användas. Vinnande anbudsgivare uppfyllde alla krav redan vid anbudsinlämningen och ordet ”därmed” i e-postsvaret till Telenor har getts en orimlig innebörd i ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens bedömning

Av punkten 4.3 c) i anbudsförfrågan framgår att ”anbudsgivaren skall i anbudet lista vilka underleverantörer/entreprenörer som kommer att användas i den offererade lösningen”. Enligt förvaltningsrättens mening är kravet inte formulerat på sådant sätt att det uttryckligen ska anges om underleverantörer inte kommer att användas. Det förhållandet att Telenor inte har angett att bolaget inte kommer använda sig av någon underleverantör kan således inte leda till att anbudet ska förkastas med hänvisning till att det inte uppfyller de i upphandlingen uppställda kraven.

Enligt 4 kap. 9 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En sådan åtgärd ska vara förenlig med principerna om likabehandling och proportionalitet.

I målet är ostridigt att Kommunerna ställt en fråga till Telenor om underleverantörer kommer att användas i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening rör det sig om ett förtydligande av anbudet. Mot bakgrund av att det inte framgår av anbudsförfrågan att leverantören ska ange om underleverantörer inte kan komma att användas, samt att Telenor inte heller har angett några underleverantörer, har det genom förtydligandet inte heller framkommit några uppgifter som förefaller vara nya. Enligt förvaltningsrättens be-

dömning kan förtydligandet således inte vara oförenligt med principerna om likabehandling och proportionalitet.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte att det är visat att Kommunerna agerat i strid mot LOU genom att anta Telenor som vinnande leverantör i upphandlingen. Tele2:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1C LOU).

Eva Karlsson Helghe
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

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

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

