



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2016-04-27
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2865-15



Ankomstdatum
2016-04-28

SÖKANDE

NetNordic Enterprise Communication AB, 556232-1215
Box 23048
104 35 Stockholm

Ombud: Advokat Jonas Forzelius
Time Advokatbyrå KB
Box 590
114 11 Stockholm

MOTPARTER

1. Industristiftelsen, 829500-4264
c/o Växjö kommun, Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

2. Stiftelsen Kommunhus i Tingsryd, 829500-1534
Box 140
362 22 Tingsryd

3. Tingsryds Energi AB, 556132-8013
c/o Växjö kommun, Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

4. Tingsryds kommun, 212000-0621
Box 88
362 22 Tingsryd

5. Tingsryds kommunföretag AB, 556876-5035
c/o Växjö kommun, Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

6. Tingsryds Utveckling & Fastighets AB, 556730-6583
c/o Växjö kommun, Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

7. Tingsrydsbostäder AB, 556872-6938
c/o Växjö kommun, Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

Dok.Id 129059

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

8. Vidingehem AB, 556404-7677
Löpanäsvägen 4
360 40 Rottne

9. Värends Räddningstjänstförbund, 222000-1396
Box 1232
351 12 Växjö

10. Växjö Energi AB, 556187-5203
c/o Växjö kommun, Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

11. Växjö Fastighetsförvaltning AB, 556087-6038
Nygatan 34
352 31 Växjö

12. Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

13. Växjö kommunföretag AB, 556602-4641
c/o Växjö kommun, Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

14. Växjöbostäder AB, 556935-3534
Box 241
351 05 Växjö

Ombud för 1-14: Växjö kommun
Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller överklagandet och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Upphandlingsenheten vid Växjö kommun har genomfört en upphandling kallad ”växeltjänst för telefoni – Kommunikation som tjänst”. Upphandlingen har skett inom ramen för inköpssamverkan i Kronobergs län. Deltagande myndigheter har varit Växjö kommun samt Tingsryds kommun (Kommunerna) inklusive de bolag och stiftelser som enligt förfrågningsunderlaget ingått i upphandlingen. Upphandlingen har skett genom ett öppet förfarande enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Enligt tilldelningsbeslut den 18 augusti 2015 hade tre anbud inkommit varav två kvalificerades till anbudsutvärdering. Annat bolag än NetNordic Enterprise Communication AB (NetNordic) tilldelades uppdraget. NetNordic har enligt beslutet diskvalificerats p.g.a. att referenserna inte styrker erfarenhet av hela den efterfrågade tjänsten.

YRKANDEN M.M.

NetNordic ansöker om överprövning av upphandlingen. I första hand yrkas att utvärderingen görs om och att även NetNordics anbud ingår i denna utvärdering. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. NetNordic anför bl.a. följande. Kommunerna har felaktigt diskvalificerat NetNordics anbud. Lämnade referensuppdrag uppfyller ställda krav på utförande, kapacitet, volym, support, teknik och funktionalitet. Alternativt är Kommunernas bedömning av lämnade referenser oproportionerligt sträng. NetNordic har på detta sätt negativt särbehandlats i jämförelse med övriga anbudsgivare. Kravet på referensuppdrag har varit så otydligt formulerat att det brister i transparens. Dessutom är kravet oproportionerligt. Detta eftersom det saknar relevans för bedömningen av om leverantören har tidigare erfarenhet. Av underlaget framgår inte vad referensuppdragen ska uppfylla för att anses likvärdiga. Det framgår inte heller vilka frågor som avses att ställas till referenspersonerna. Kommunerna har inte redovisat på vilket sätt referensupp-

dragen brister. Det är oväsentligt vem som rent bokföringsmässigt äger en viss hårdvara. Det samma gäller ansvaret som en leverantör tar för den utförda tjänsten. För liknande tjänster skiljer sig det bokföringsmässiga ägaransvaret från fall till fall. Ibland äger kunden bokföringsmässigt hårdvaran. Ibland äger kunden bokföringsmässigt hårdvaran men den är leasad från tredje part. Leverantören kan äga hårdvaran bokföringsmässigt. Det händer att leverantören äger hårdvaran men att tredje part leasar den. Kunden kan ibland äga viss hårdvara och leverantören en annan. Tjänsterna är likvärdiga beroende på vilket ansvar leverantören tar för hårdvara i form av servicenivåer m.m. Det ansvar kommunerna förväntar sig av leverantören i aktuell upphandling är likvärdig med det ansvar som tagits i angivna referensuppdragen. Leverantören får enligt punkt 7.1.1.1 i aktuell upphandling välja om den tekniska plattformen ska placeras hos leverantören eller i Växjö kommuns datahall. NetNordic har valt en placering i datahallen. Förutom det bokföringsmässiga ägandet av tekniska plattformen, skiljer sig inte angivna referensuppdrag från den lösning som efterfrågas och offereras i upphandlingen. Kommunerna har berett sig en fri och skönsässig prövning av anbuderna avseende referenskravet. Enbart Växjö kommun och dess bolag har i aktuell upphandling ett uppskattat behov av 4 700 anknnytningar. De referensuppdrag som Tele2 har angett avser 2 000, 2 000 och 3 000 anknnytningar. Dessa uppdrag är därför inte likvärdiga avseende kapacitet och volym. De referensuppdrag som lämnats av TDC har sekretessbelagts av kommunerna. NetNordic gör ändå gällande utan vetskap att anbudet från TDC inte uppfyller ställda krav. Genom Kommunernas agerande har NetNordic lidit eller kan komma att lida skada. NetNordics anbudspris var lägst och skulle vid en utvärdering ha fått full poäng avseende kriteriet kvalitet.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Enligt punkt 3.1.7 i förfrågningsunderlaget ska leverantören ha erfarenhet att leverera efterfrågade tjänster. Detta innebär att alla delar av uppdraget ska verifieras genom att ange referensuppdrag. Tjänsten innebär följande enligt

punkt 1.1.2. Upphandlingen avser nyttjanderätt till en växeltjänst, med därtill hörande tjänster. Syftet med denna upphandling är att teckna avtal med en leverantör för tillhandahållande av kommunikation som tjänst (KST). I upphandlingen efterfrågas gemensam tjänsteplattform, organisation och processer. Det ingår även gemensam teknisk plattform med telefonväxel, stödsystem och contact center. Tjänsten ska inkludera full support på tekniska plattformen samt användarsupport för beställning, felanmälan och handhavande frågor. Utöver detta ska hantering för fakturering samt administration och användarregister ingå. Leverantören kommer att ha fullt ägar- och driftsansvar för den tekniska plattform som krävs för att realisera tjänsterna. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt vad som efterfrågas. En del av tjänsten avser att leverantören ska ha ett fullt ägar- och driftsansvar. Detta framgår av punkt 1.1.2, 5.2.1 och 6.1.1. Innebörden och betydelsen av ägar- och driftsansvar är en väsentlig del i begreppet KST. Enligt Kammarkollegiets definition innebär begreppet att leverantören äger och drifvar den plattform som upprätthåller tjänsterna. Angivna referenser har efterfrågats i syfte att verifiera att referensuppdragen är likvärdiga de efterfrågade i upphandlingen. Avsikten har varit att verifiera att bolaget har förmåga och kapacitet att leverera uppdraget. Syftet har inte varit att kontrollera hur nöjd referenten varit med leverantörens utförande. De angivna referenterna har inte verifierat att NetNordic haft kapacitet i form av organisation och system för att hantera administration och fakturering för KST. Inte heller kunde styrkas att erfarenhet fanns avseende ägaransvar för växelplattformar. För att kunna leverera en KST-lösning krävs inte enbart den tekniska kompetensen. Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ansvarar för samtliga licenser, eventuella royaltybetalningar o.s.v. som krävs samt eventuella uppgraderingar och övriga investeringar. Ägar- och driftansvaret är leverantörens oavsett telefoniplattformens placering. Vad som anförs angående brist på volym och kapacitet hos Tele2 saknar betydelse eftersom NetNordic inte kvalificerats. TDC uppfyller ställda krav. Syftet med kommunikation som tjänst (KST) är att kunden överlåter ägande och drift samt risker för-

knippat med detta till leverantören. På så sätt köps en flexibel tjänst. Ansvaret för beslut om investeringar, uppgraderingar och förvaltning ligger hos leverantören. Av förfrågningsunderlaget har det framgått att det är ett obligatoriskt krav att anbudsgivare för efterfrågad tjänst ska inneha ett ägar- och driftsansvar. Syftet med referenser är att garantera anbudsgivarens förmåga att kunna fullfölja uppdraget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anför, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt även om den upphandlande myndigheten följt övriga bestämmelser i LOU. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I tilldelningsbeslutet angavs att NetNordic inte uppfyllde kraven på erfarenhet av liknande verksamhet. Kommunerna har anförts att NetNordic uteslu-

tits med anledning av att bolaget inte har haft erfarenhet av ägar- och driftsansvar samt kapacitet i form av organisation och system för att hantera administration och fakturering för KST.

Av bland annat punkt 6.1.1 i förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska ha fullt ägar- och driftsansvar för den tekniska plattform som krävs för tjänsterna. Samtidigt anges dock att kommunen avser att fortsätta äga sitt contact-center system Trio Enterprise och avser att ansvara för serverdriften. För att visa att kravet uppfylls anges i punkt 3.1.7 att leverantören ska redovisa tre relevanta referensuppdrag. Redovisningen är ett obligatoriskt krav. Uppdragen ska vara jämförbara avseende utförande, kapacitet, volym, support, teknik och funktionalitet. En utförligare beskrivning över vad som anses som jämförbart anges inte i underlaget. Den upphandlade tjänsten avser fullt ägar- och driftsansvar. Enligt förvaltningsrättens mening är det därför naturligt att tolka in att likvärdigt uppdrag bl.a. avser erfarenhet av eget fullt ägar- och driftsansvar. Kravets formulering får anses tillräckligt tydlig på den punkten. Det är ostridigt att NetNordic inte uppfyller detta krav.

NetNordic hävdar även att ovanstående krav är oproportionerligt eftersom kravet inte är relevant vid bedömningen av leverantörens erfarenhet. Det ansvar som bolaget har tagit i tidigare referensuppdrag är likvärdigt det efterfrågade. Kommunerna menar att syftet med kommunikation som tjänst (KST) är att kunden överlåter ägande och drift samt risker förknippat med detta till leverantören. På så sätt köps en flexibel tjänst. Ansvaret för beslut om investeringar, uppgraderingar och förvaltning ligger hos leverantören. Kravet på tidigare referenser menar kommunerna syftar till att garantera anbudsgivarens förmåga att kunna fullfölja uppdraget. Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet är fri att ställa krav på tjänsten och anbudsgivaren, förutsatt att detta inte sker i strid mot gällande principer i LOU. NetNordic påtalar att det finns andra lösningar på hur tjänsten kan utföras. Alltför långtgående krav som inte har en tydlig och affärsmässig

koppling till kontraktsföremålet kan strida mot proportionalitetsprincipen. Det aktuella kravet avser referenser som styrker att anbudsgivaren haft tidigare erfarenhet av fullt ägar- och driftansvar. Kravet har således enligt förvaltningsrättens mening koppling till det nu aktuella uppdraget. Fråga är dock om krav på tidigare erfarenhet trots detta kan anses proportionerligt, d.v.s. om kravet är nödvändigt för att uppnå de eftersträvade syftena. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3477-09). Kommunernas förklaring till referenskravet visar inte att ett mindre strängt krav inte varit möjligt att välja. Kommunerna har således inte visat att det inte varit möjligt att enbart ställa krav på tidigare driftsansvar. Genom att uppställa det aktuella referenskravet har kommunerna således handlat i strid med proportionalitetsprincipen. Kommunerna har härigenom genomfört upphandlingen på ett sätt som strider mot 1 kap. 9 § LOU. Fråga är därmed om NetNordic har lidit eller kan komma att lida skada av överträdelsen. Den aktuella överträdelsen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet, varför skaderekvisitet är förhållandevis lågt ställt. Det kan heller inte krävas att sökande bolaget ska göra sannolikt att denne skulle komma i fråga som huvudleverantör, om de påstådda bristerna inte hade förelegat. Överträdelsen har enligt förvaltningsrättens mening medfört att NetNordics möjlighet att tilldelas kontrakt har försämrats, varför bolaget härigenom får anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada. Det finns därför skäl för ingripande mot upphandlingen enligt LOU, varvid någon annan åtgärd än att låta upphandlingen göras om inte kan komma ifråga.

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

Per Hansson
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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, midsommarafteon, julafton eller nyårsafteon räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.