



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Lena Lundblad

DOM
2014-02-13
Meddelad i
Växjö

Mål nr
3810-13

SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Catharina Baerselman och
jur.kand. Arvid Bard Bringéus
Bird & Bird Advokat KB
Box 7714
103 95 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2014-02-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

1. Landstinget i Kalmar län
Västerviks sjukhus
SF - upphandlingsenheten
593 81 Västervik

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

Ombud för 2–13: Landstinget i Kalmar län

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen om offentlig upphandling
(LOU)

Dok.Id 86388

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår DGC Access AB:s ansökan.

Det interimistiska beslutet den 18 oktober 2013 ska inte längre gälla.

BAKGRUND

Landstinget i Kalmar län, Borgholms kommun, Emmaboda kommun, Hultsfreds kommun, Högsby kommun, Kalmar kommun, Mönsterås kommun, Mörbylånga kommun, Nybro kommun, Oskarshamns kommun, Regionförbundet i Kalmar län, Torsås kommun och Västerviks kommun (Landstinget m.fl.) genomför en upphandling avseende datakommunikation. Landstinget i Kalmar län är handläggande myndighet.

Enligt tilldelningsbeslut den 14 juni 2012 antogs det anbud som lämnats av TeliaSonera Sverige AB (Telia). DGC Access AB (DGC) ansökte om överprövning och yrkade att förvaltningsrätten skulle förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett genom ny utvärdering varvid anbudet från Telia skulle uteslutas.

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

Landstinget meddelade nytt tilldelningsbeslut den 30 november 2012. Telia ansökte om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet och yrkade att upphandlingen skulle göras om.

Förvaltningsrätten förordnade den 27 mars 2013, i mål nr 4630–4641-12 och 4687–4688-12, att upphandlingen skulle göras om.

Upphandlingen genomförs genom förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LOU. Upphandlingen annonserades i september 2013. Intresserade leverantörer kunde ansöka om att få lämna anbud i upphandlingen senast den 28 oktober 2013.

I ansökan, som inkom till förvaltningsrätten den 17 oktober 2013, ansöker DGC om överprövning och omedelbart beslut om att yrkat att avtal inte får ingås innan något annat bestämts. Förvaltningsrätten har i beslut den 18 oktober 2013 beslutat att avtal inte får ingås innan rätten beslutar något annat.

YRKANDEN M.M.

DGC:S ansökan

DGC yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. I punkt 2.3.4 i ansökningsinbjudan anges att sökandena ska ha flera års erfarenhet av att leverera WAN-kommunikation. Minst ett av referensuppdragen ska avse minst 300 anslutningar för offentlig förvaltning innefattandes motsvarande landsting eller region med landstingsverksamhet. Kravet att minst ett av uppdragen ska vara utfört åt ett landsting eller region med landstingsverksamhet står inte i proportion till föremålet för upphandlingen. Föremålet för upphandlingen är att tillgoda behovet av datakommunikation mellan och inom de i upphandlingen ingående kommunerna och landstinget/regionförbundet i Kalmar län. De tjänster som efterfrågas i upphandlingen, att leverera WAN-kommunikation, skiljer sig inte från att i samma storleksordning leverera WAN-kommunikation till annan beställare. Kravet på att minst ett av uppdragen ska ha utförts åt ett landsting går således utöver vad som är nödvändigt för upphandlingen. Kravet strider därför klart mot proportionalitetsprincipen. Idag finns det inte många landsting som har 300 anslutningar samt få andra (om ens någon) leverantörer än Telia som uppfyller det ställda kravet. Kravet strider således även mot likabehandlingsprincipen, eftersom det ger Telia otillbörliga konkurrensfördelar framför övriga leverantörer, eller i vart fall utan objektivt godtagbara skäl utestänger andra leverantörer från deltagande i upphandlingen. Landstinget m.fl. har således genom att ställa

kravet på att anbudssökande ska ha levererat åt landsting eller region med landstingverksamhet brutit mot 1 kap. 9 § LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna. Bolaget lider därigenom skada.

Landstinget m.fl. tillämpar förhandlat förfarande utan att förutsättningar härför föreligger. I och med att den förra upphandlingen fick göras om först sedan tilldelningsbeslut meddelats (och således anbudet utvärderats) har Landstinget m.fl. en mycket god bild av totalpriset. Vidare var samtliga villkor i den förra upphandlingen fastställda i underlaget och det saknas anledning att tro att de inte skulle kunna fastställas även denna gång. Det är inte fråga om något särskilt komplicerat projekt som skulle kunna inkludera oförutsebara element. Det är vidare inte fråga om upphandling av intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag. Av intresse är vidare att de förhandlingar som genomfördes i den förra upphandlingen uteslutande handlade om pris. Förhandlat förfarande borde för övrigt inte heller ha tillämpats i den upphandling som avbröts för att göras om. Det är inte möjligt inom ramen för ett förhandlat förfarande med föregående annonsering att föra förhandlingar om utformningen av förfrågningsunderlaget. Det bestrids att ansökningsinbjudan uttryckligen anger att integrationen ingår i det som upphandlas. DGC kan komma att lida skada, då förhandlingarna endast kan komma att röra priset och då risken finns att Landstinget m.fl. styr utgången genom att avsluta förhandlingarna när den leverantör landstinget önskar träffa avtal med ligger lägst i pris.

Landstinget m.fl.

Landstinget m.fl. yrkar att förvaltningsrätten ska avslå ansökan och anföra bl.a. följande. Det står klar att DCG feltolkat det obligatoriska kravet enligt ansökningsinbjudan punkt 2.3.4. Kravet innebär inte att de 300 anslutningarna måste härröra från en referens motsvarande landsting eller region med landstingsverksamhet. Enligt den uttryckliga ordalydelsen räcker det i princip med att det finns en anslutning som innefattar motsvarande landsting eller region med landstingsverksamhet. Kravet är till skillnad från att kräva en "liknande referens" som föremålet för upphandlingen i fråga ett transparent och objektivt mätbart sätt att uttrycka ett referenskrav på en liknande (i förevarande fall dessutom mindre långtgående) referens som föremålet för upphandlingen i fråga. I PM Frågor och svar, som distribuerades via leverantörsportalen, upplystes om att frågeställaren feltolkat det aktuella kravet, då alla de minst 300 anslutningarna från offentlig förvaltning enligt kravets ordalydelse inte behövde härröra från just motsvarande landsting eller region med landstingsverksamhet. Syftet med kravet är att tillförsäkra att de leverantörer som inbjuds till anbudsgevningen har den kapacitet, förmåga och de förutsättningar som erfordras för att under hela avtalstiden kontraktsevenligt kunna leverera efterfrågade tjänster. Kravet har varit motiverat med hänsyn till kontaktsföremålet, vilket främst avseende Landstinget i Kalmar län innefattar synnerligen samhälls- och patientkritisk verksamhet. Det låter sig inte göras att rakt av jämställa andra referensuppdrag som inte innefattar liknande kritisk verksamhet. Landstinget m.fl. haft fog för att på ett transparent sätt kräva minst en liknande referens som föremålet för upphandlingen i fråga.

Förhandlat förfarande är den sedvanliga upphandlingsformen vid dylika telekomupphandlingar av denna storlek, kritiskhet och komplexitet. Varje ny upphandling är en egen, ny unik upphandling helt frikopplad från andra upphandlingar som publicerats tidigare. Förfrågningsunderlaget kommer att innehålla ett stort antal optioner. Att avropa ej i konkurrens utvärderade

optioner under pågående avtalsperiod är endast tillåtet under synnerligen restriktiva rekvisit. Då kommunerna inte vet hur prisbilden i inkomna anbud kommer att se ut i förhållande till tillgängliga budgetmedel och hur kostnadseffektiva lösningar som anbudsgivarna förmår presteras är det av yttersta vikt för kommunerna att inom ramen för en förhandling kunna lyfta in optioner i utvärderingen för att säkerställa bästa möjliga prisbild men framförallt för att via optionerna säkerställa bästa tekniskt möjliga lösningar på legalt sätt. DCG har inte på ett objektivt sätt klargjort på vilket sätt DCG skall komma att lida skada med anledning av upphandlingsförfarandet.

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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Fråga om upphandlingen strider mot proportionalitets- eller likabehandlingsprincipen

Av upphandlingsföreskrifterna i ansökningsinbjudan punkt 2.3.4 framgår bl.a. följande. Anbudssökande ska ha teknisk, organisatorisk och yrkesmässig kapacitet som svarar mot uppdragets omfattning och innehåll. Anbudssökande

ska bifoga en förteckning över de viktigaste tjänsteuppgifterna som utförts under de tre senaste åren. Minst ett av referensuppgifterna ska avse minst 300 anslutningar för offentlig förvaltning innefattandes motsvarande landsting eller region med landstingsverksamhet. I PM Frågor och svar, som Landstinget m.fl. hänvisar till, klargörs att alla de minst 300 anslutningarna för offentlig förvaltning inte behöver avse motsvarande landsting eller region med landstingsverksamhet som kravet är uttryckt.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på en leverantör än vad som behövs för att uppnå ändamålet med den aktuella upphandlingen. Kravet ska således ha ett naturligt samband med det som upphandlas och stå i proportion till de behov som ska tillgodoses (jfr prop. 2006/07:128 s. 132, 155-156).

Enligt förvaltningsrättens bedömning har DGC inte, mot vad Landstinget m.fl. har anfört, visat att det aktuella kravet är mer långtgående än vad som behövs för att uppnå ändamålet med upphandlingen. Kravet strider således inte mot proportionalitetsprincipen. DCG har inte heller visat att kravet utestänger anbudsgivare från upphandlingen utan godtagbara skäl eller att det endast är en anbudsgivare som har möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. Kravet strider därmed inte heller mot likabehandlingsprincipen. Ansökan om överprövning kan inte bifallas på de i dessa delar angivna grunderna.

Frågan om förhandlat förfarande får användas i upphandlingen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska vid offentlig upphandling öppet eller selektivt förfarande användas. Den upphandlande myndigheten får dock enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU använda förhandlat förfarande med föregående annonsering om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg. Enligt 4 kap 2 § första stycket 3 får förhandlat förfarande med föregående annonsering användas för finansiella

och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden. Möjligheten att använda upphandling genom ett förhandlat förfarande med föregående annonsering utgör således undantag. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att förutsättningarna för undantagets tillämpning är uppfyllda. För att ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU ska kunna ske är det dock inte tillräckligt att den upphandlande enhetens skäl för sitt val av förfarande eventuellt är otillräckliga. Omständigheterna måste också visa att valet av förfarande medför skada eller risk för skada för den sökande. Det ankommer på den som ansöker om åtgärden att klart och konkret ange dessa omständigheter (jfr. HFD 2013 ref. 53).

DGC anför i denna del att förhandlingarna endast kan komma att röra priset och att risken finns att Landstinget m.fl. styr utgången genom att avsluta förhandlingarna när den leverantör landstinget önskar träffa avtal med ligger lägst i pris. Den risk för skada som DGC åberopar förutsätter på så sätt att förhandlingarna kommer att föras så att skadan uppstår och är inte en följd av valet av upphandlingsförfarande som sådant. Omständigheterna visar därför inte att valet av förfarande medför risk för att DGC ska lida skada. Det saknas då anledning att göra någon prövning av Landstingets m.fl. val av förhandlat förfarande. Ansökan om överprövning kan således inte heller bifallas på den nu angivna grunden.

Vid angiven utgång ska förvaltningsrättens interimistiska förordnande av den 18 oktober 2013 upphöra att gälla.

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

Magnus Hansson



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, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

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

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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