



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Nickolina Hamrin Lönkvist

DOM
2013-02-28
Meddelad i
Jönköping

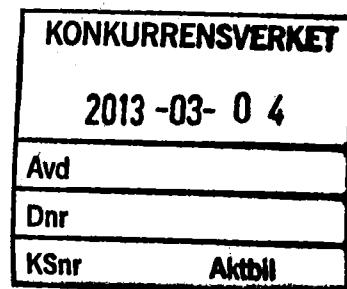
Mål nr
5581-12
5583 -- 5594-12
Domare 1:1

SÖKANDE

AllTele Allmänna Svenska Telefonaktiebolaget (publ), 556626-2407
Box 42017
126 12 Stockholm

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

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



MOTPARTER, se bilaga 1

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Essunga, Skövde, Falköping, Grästorp, Gullspång, Herrljunga, Hjo, Karlsborg, Tibro, Tidaholm, Töreboda, Vara och Vårgårda kommuns upphandling av fast- och mobil telefoni ska göras om.

BAKGRUND

Essunga, Skövde, Falköping, Grästorp, Gullspång, Herrljunga, Hjo, Karlsborg, Tibro, Tidaholm, Töreboda, Vara och Vårgårda kommuner inbjöd leverantörer att lämna in ansökan om deltagande i anbudsgivningen avseende telefoni. Upphandlingen administrerades på uppdrag av övriga upphandlande myndigheter av Skövde kommuns upphandlingsenhet (kommu-

Dok.Id 92453

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

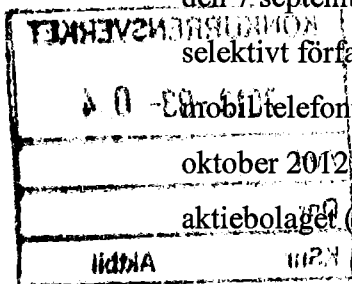
E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

nen). Kvalificerade leverantörer inbjöds att inkomma med anbud senast den 23 maj 2012 med planerat avtalstecknande den 2 juli 2012. Förfrågningsunderlaget kompletterades genom ett PM där sista anbudsdag förlängdes till 30 augusti 2012 med planerat avtalstecknande den 1 november 2012. Det angavs att anbuden skulle vara giltiga till och med den 30 november 2012. På grund av semester förlängdes anbudstiden ytterligare till den 7 september 2012. Upphandlingen, som handläggs enligt reglerna om selektivt förfarande enligt LOU, omfattar tillhandahållande av fast- och mobiltelefoni under ett visst antal år. Genom tilldelningsbeslut den 22 oktober 2012 har annan leverantör än AllTele Allmänna Svenska Telefonaktiebolaget (publ) (AllTele) tilldelats kontraktet.



YRKANDEN M.M.

AllTele yrkar att upphandlingen ska göras om och anför slutligt bl.a. följande. Den information som lämnats i förfrågningsunderlaget avseende dels när avtal ska slutas, dels vilka aktörer som kan komma att sluta avtal i upphandlingen är mycket otydlig och skapar en betydande osäkerhet beträffande upphandlingens omfattning. Förfrågningsunderlaget strider därför mot transparensprincipen.

Upphandlingens omfattning har varit omöjligt att förutse

I punkten 1.1.1 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande ”Ett huvudavtal kommer att tecknas mellan utsedd leverantör och Skövde kommun. Övriga upphandlande myndigheter, som ingår i upphandlingen, tecknar sedan ett likalydande underavtal med den utsedda leverantören. En avropande myndighet kan under avtalstiden för huvudavtalet välja tidpunkt, när det egna underavtalet skall tecknas. Detta kommer att göras med hänsyn till nu gällande avtal, som går ut vid en senare tidpunkt än vid starten för huvudavtalet och efter överenskommelse med utsedd leverantör”. I

punkten 1.1.2 i förfrågningsunderlaget, under rubriken upphandlande myndighet och övriga deltagare anges bl.a. följande.” *Även de upphandlande myndigheternas kommunala bolag, kommunalförbund och stiftelser skall ges möjlighet att ansluta sig till huvudavtalet ovan inkl deras eventuella egna växlar. Varje köpare tecknar varsitt likalydande avtal med leverantör*”. Av punkten 1.1.3 i förfrågningsunderlaget framgår att begreppet köparen i förfrågningsunderlaget innefattar samtliga upphandlande myndigheter. I punkt 2.1.1 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande: ” *I dagsläget har köparen tillsammans: mobilabonnemang: ca 4700 st, företagsabonnemang: ca 2000 st, mobilt bredband: ca 610 st, antal anknytningar i växlar, inkl Mobil anknytning: ca 8700 st, antal Mobila anknytningar: ca 1760 st (fördelat på nio kommuner)*”. Härutöver anges också växeltyp, anslutning till växlar och fakturaformat för de olika kommunerna.

I punkt 2.2.1.1 i förfrågningsunderlag anges en adressförteckning avseende huvudväxlar för var och en av kommunerna. Här anges också bl.a. följande. ” *Adresser till köparens kommunala bolag, kommunalförbund och stiftelser finns ej angivna ovan, men anlutningar till deras eventuellt egna växlar ska ingå i avtalet*”.

Konkurrensverkets yttrande och Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 1857-12

I Konkurrensverkets yttrande av den 30 maj 2012 i Förvaltningsrättens i Stockholm dom, mål nr 1857-12 avsåg frågan huruvida alla avropsberättigade upphandlande myndigheter måste anges redan i förfrågningsunderlaget när en inköpscentral upphandlar ramavtal i eget namn, samt huruvida upphandlade myndigheter kan ansluta till eller frånträda ett sådant ramavtal under dess löptid. I punkterna 49-52 och 54-55 i Konkurrensverkets yttrande anges bl.a. följande. I punkten 49 skriver Konkurrensverket att då det föreligger osäkerhet om deltagande myndigheters och enheters av-

ropsvolymen i ett ramavtal innebär inte det att tillskapandet av ytterligare osäkerheter rörande de ekonomiska förutsättningarna för ramavtalet kan eller bör godtas. Av punkten 50 framgår att det i den aktuella ramavtalsupphandlingen finns i den andra bilagan till förfrågningsunderlaget myndigheter och enheter uppräknade som inte anmält intresse att delta i ramavtalet. Dessa myndigheter och enheter har enligt förfrågningsunderlaget möjlighet att själva avgöra om de i något senare skede under avtalsperiodens löptid önskar avropa från ramavtalet. I punkten 51 skriver Konkursverket att om samtliga avropsberättigade myndigheter och enheter i ramavtalet på detta sätt inte har angetts tydligt, skapar en osäkerhet för leverantörer om vilka som kommer att använda ramavtalet och därmed de ekonomiska förutsättningarna för avtalet. Denna osäkerhet är inte en följd av inneboende egenskaper hos ramavtal generellt utan av SKI:s utformning av upphandlingen [...]. I punkten 52 anges att de 1 077 upphandlande myndigheter och enheter som endast återfinns i den andra bilagan – och som inte anmält intresse i förväg att delta i ramavtalet – enligt Konkursverket inte anses utgöra parter i ramavtalet, eftersom SKI inte kan binda en myndighet eller enhet till ett ramavtal utan att denna själv aktivt, innan upphandlingen av ramavtalet annonseras, har förpliktat sig att använda avtalet [...]. Konkursverket anger vidare i punkten 54 att det i en ramavtalsupphandling är tillåtet att ange en lista över myndigheter och enheter som får avropa från ramavtalet, under förutsättning att dessa i förväg aktivt har förpliktat sig till detta eller om de på andra förutsebara grunder kommer att använda ramavtalet. Det är däremot inte tillåtet att ange en lista över myndigheter och enheter som kan komma att avropa från ramavtalet, när dessa inte aktivt i förväg har förpliktat sig till detta eller på andra förutsebara grunder kan förutsättas komma att använda ramavtalet. Punkt 55 anger att det sätt genom vilket SKI i den aktuella upphandlingen har angett kretsen avropsberättigade myndigheter och enheter i den andra bilagan till att även avse myndigheter och enheter som inte anmält intresse, är således inte förenligt med LOU. Detta gäller i princip och oavsett antalet myndig-

heter och enheter som i det enskilda fallet återfinns i en förteckning med motsvarande innebörd som i den andra bilagan i förevarande upphandling [...]. I förfrågningsunderlaget i mål 1857-12 hade angivits att ett antal myndigheter/enheter kommer att tillämpa ramavtalet från start och vissa myndigheter/enheter från ett senare datum. Vidare angavs att även andra upphandlande myndigheter/enheter än de som initialt meddelat intresse kunde komma att tillämpa ramavtalet under avtalsperioden. Vidare framgår på sidan 21 i förvaltningsrättens dom i mål 1857-12 att förvaltningsrätten anser att de skrivningar som SKI har använt sig av i det aktuella förfrågningsunderlaget leder till betydande osäkerhet avseende de angivna myndigheternas och enheternas status som avropsberättigade. På sidan 22 i domen anges att den information som SKI har lämnat i det aktuella förfrågningsunderlaget om vilka som ska anses vara avropsberättigade i ramavtalet är så otydligt att detta i sig strider mot transparensprincipen. Osäkerheten i fråga om mängden och identiteten på de avropsberättigade myndigheterna och enheterna måste anses leda till betydande svårigheter för en potentiell anbudsgivare att beräkna värdet av att delta i hela eller delar av upphandlingen och att därefter utforma sitt anbud. Förvaltningsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om.

Bristande transparens i förfrågningsunderlaget

Av vad som anges i punkt 1.1.1 i förfrågningsunderlaget framgår att 12 av de totalt 13 upphandlande kommunerna i upphandlingen är förpliktade att teckna avtal i upphandlingen först vid den tidpunkt under huvudavtalets gång som kommunerna själva i efterhand väljer. Med beaktande av den avtalstid som anges i punkt 1.6.1 i förfrågningsunderlaget kan avtalstiden för 12 av de totalt 13 upphandlande kommunerna således bli vilken som helst i upp till sex år (2+2+2). Detta innebär en mycket stor osäkerhet i fråga om längden på de avtal som 12 av de 13 kommunerna avser att teckna och därmed om upphandlingens totala omfattning. Redan det som

nu anförts innebär att förfrågningsunderlaget står i klar strid med transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. I förfrågningsunderlaget anges vidare att samtliga upphandlande kommuners bolag, kommunalförbund och stiftelser ska ges möjlighet att ansluta sig till huvudavtalet. Enligt en undersökning som AllTele företagit uppgår kommunernas totala antal bolag (inklusive dotterdotterbolag) kommunalbolag och stiftelser till mer än 40 stycken. Kommunernas bolag, kommunförbund och stiftelser har inte förpliktigt sig till att sluta avtal i upphandlingen. Anbudsgivarna kan endast förutse att bolagen, kommunalförbunden och stiftelserna ska ges möjlighet att ansluta sig till avtalet i upphandlingen vilket leder till en betydande osäkerhet i fråga om mängden och identiteten på de upphandlande myndigheter som kan komma att teckna avtal i upphandlingen. Dessutom har det varit omöjligt för anbudsgivarna i upphandlingen att överhuvudtaget beakta bolagens, kommunalförbundens och stiftelsernas specifika förutsättningar inför ett eventuellt avtalstecknande i upphandlingen eftersom antalet abonnemang, anknnyningar, växeltyp, adresser m.m. inte har angivits för någon av bolagen, kommunalförbunden eller stiftelserna. Sammantaget är förfrågningsunderlaget i denna del mycket otydligt och strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Konkurrensverkets yttrande i mål nr 1857-12 avsåg ett ramavtal vilket kan sägas ha en viss inneboende osäkerhet avseende avropsvolymen. I förevarande fall är det fråga om ett upphandlingskontrakt utan liknande inneboende osäkerheter, vilket gör otydligheterna kring antal upphandlade myndigheter och upphandlingens omfattning än mer påtaglig. Sammanfattningsvis har anbudsgivarna i upphandlingen inte kunnat förutse när 12 av de totalt 13 upphandlande kommunerna kommer att teckna avtal i upphandlingen och inte heller om/när något av kommunernas mer än 40 bolag, kommunalförbund och stiftelser kommer att välja att sluta avtal i upphandlingen. Detta innebär att förfrågningsunderlaget i dessa delar är mycket otydligt utformat och strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Skada

Förfrågningsunderlaget innehåller flera otydligheter vilka har omöjliggjort för anbudsgivarna att förutse mängden/identiteten på de aktörer som kan sluta avtal i upphandlingen, samt under vilken tid dessa avtal kan komma att löpa. Dessa otydligheter innebär betydande svårigheter för anbudsgivarna att beräkna värdet av att delta i upphandlingen och att därefter utforma sina anbud. Om otydligheterna inte förelegat hade AllTele och övriga anbudsgivare kunna lämna anbud baserat på en förutsebar omfattning av upphandlingen. Det står klart att AllTele har lidit eller kan komma att lida skada enligt vad som anges i 16 kap. 6 § första stycket LOU.

Kommunen anser att AllTeles yrkande ska lämnas utan bifall och anför bl.a. följande. AllTele har inte framfört de nu åberopade grunderna i processens gång eller i begäran om överprövning. De omständigheter de nu åberopar för sin talan, var tydligen inte uppenbara vid tillfället för begäran om överprövning. Det kan då ifrågasättas om de påstådda bristerna verkligen är så allvarliga att upphandlingen måste göras om.

Bristande transparens i förfrågningsunderlaget

När det gäller yrkandet om kontraktstiden bör påpekas att avtalet är ett upphandlingskontrakt och inte ett ramavtal. Kontraktstiden kan således löpa längre än den för ramavtal angivna maxtiden om fem år. Kommunen har i förfrågningsunderlaget beskrivit att avtalen i respektive kommun löper ut vid olika tillfällen och att nytt avtal kommer att synkroniseras med avslutande av de gamla. Detta brister inte i transparens. I förfrågningsunderlaget 1.1.6 anges avtalstiden 2+2 år. Avtalets längd räknas från huvudavtalets driftstart. Vidare anges på sidan 9 i förfrågningsunderlaget att oberoende av startdatum för respektive enhet gäller samma slutdatum för alla köpare, nämligen 30 september 2014. Information om kontraktstiden är tydlig. Osäkerhet om avtalsstart kan föreligga i många hänseenden, t.ex.

vid överprövningar som drar ut på tiden. Detta medför dock inte att upphandlingen måste göras om p.g.a. bristande transparens. Förhållandet att de upphandlande myndigheterna har möjlighet att påbörja köp under avtalet vid en senare tid än kommunen är vanligt förekommande i upphandlings-sammanhang. Förfrågningsunderlaget har annonserats i tillbörlig ordning och är tydligt på så sätt att det anger vad kommunerna kommer att lägga vikt vid vid utvärderingen för att leverantörerna ska kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud (se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom mål nr 1225-12). Att det i förfrågningsunderlaget anges att även kommunala bolag m.fl. kan ansluta sig är inte en brist av sådan art eller omfattning att leverantörerna inte kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det framgår uttryckligen på sidan två i förfrågningsunderlaget vilka de upphandlande myndigheterna är. Det anges även vilka utöver dessa som har rätt att ansluta sig till huvudavtalet. AllTele hänvisar till Förvaltningsrättens i Stockholms dom den 10 oktober 2012 i mål nr 1857-12 och tillhörande yttrande från Konkurrentverket. Varken Konkurrentverkets yttrande eller förvaltningsrättens dom är prejudicerande. I det aktuella fallet rörde det sig om ett ramavtal med upp till 1077 avtalsparter. Den upphandlande myndigheten var även en inköpscentral, där möjliga avtalsparter inte hade uttryckt intresse av att delta i den aktuella upphandlingen. Detta förhållande går inte att jämföra med aktuell upphandling, där det anges vilka bolag, förbund och stiftelser som faktiskt ägs av de upphandlande myndigheterna ska ges rätt att ansluta sig. Det framgår med önskad tydlighet av förfrågningsunderlaget vad som ska upphandlas och av vilka. AllTele har således kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud utifrån den information som lämnats i förfrågningsunderlaget. När det gäller upphandlingar rörande telefoni finns det alltid en osäkerhet kring omfattningen. Det går inte att ange ett faktiskt volymåtagande. Inköpsbehovet hinner förändras innan avtalsstart och det förändras under avtalet. I förfrågningsunderlaget anges hur behovet ser ut idag för att anbudsgivarna ska få en möjlighet att se en förmodad miniminivå. Det faktum att det kan tillkomma något bolag är endast en marginell

förändring och en normalt aktsam anbudsgivare i telefoniupphandlingar förstår att volymer inte går att garantera och lämnar sitt anbud därefter. AllTele har lämnat in ett korrekt anbud utifrån förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och det är inte på grund av påstådda oklarheter däri som de inte fick kontraktet. De har således inte lidit skada på denna grund.

Skada

AllTele har inte visat att de lidit skada. Grunden för överprövning kom först efter en andra granskning av en advokatbyrå och kan således inte anses ha påverkat Allteles möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud vid tiden för anbudslämnande. Det bör påpekas att AllTele är nuvarande huvudleverantör och har god information om omfattningen av uppdraget och avtalsparterna. AllTele har lämnat anbud, de har fört diskussioner om innehåll och tjänster under processens gång. Eventuell oklarhet i förfrågningsunderlaget har inte lett till att AllTele förhindrats att lämna anbud, det har inte lett till osäkerhet kring hur och vad som ska utvärderas eller hur det ska ske. Efter påpekan har kommunen ånyo granskat Allteles anbud och kan konstatera att ett misstag har gjorts på så vis att AllTele faktiskt inte är kvalificerade. Enligt 3.2.2 i förfrågningsunderlaget så ska leverantören ge en preliminär förteckning över projektledare och medarbetare som kommer att medverka i projektet. Varje medarbetare ska redovisas med meritförteckning och referenspersoner. AllTele har inte lämnat referenspersoner på de medarbetare som de uppgivit. De är således inte kvalificerade och kan därför inte anses ha lidit skada.

AllTele har även tillagt bl.a. följande. Kommunen anför i sitt yttrande att det framgår av förfrågningsunderlaget att nytt avtal för respektive kommun kommer att synkroniseras med avslutande av de gamla. Detta är ett felaktigt påstående om innehållet i förfrågningsunderlaget. I punkt 1.1.1 anges att underavtal kommer att tecknas med hänsyn till nu gällande avtal vilket

inte är detsamma som att avtalstecknande kommer att synkroniseras med avslutandet av de nu löpande avtalen. Vidare anges uttryckligen i punkt 1.1.1 i förfrågningsunderlaget att en avropande myndighet kan under avtalstiden för huvudavtalet välja tidpunkt när det egna underavtalet ska tecknas. Det föreligger således en mycket stor osäkerhet i fråga om när avtalen för 12 av 13 upphandlande kommuner kommer att tecknas och därmed givetvis även avseende dessa avtals löptid. Eftersom startdatum för nu nämnda underavtal inte har gått att förutse har det ingen betydelse att dessa avtals slutdatum sammanfaller med huvudavtalets slutdatum, d.v.s. Skövde kommuns avtal. Att andra myndigheter har förfarit på liknande sätt i andra upphandlingar har ingen som helst relevans för prövningen i detta mål. Sammantaget är informationen i förfrågningsunderlaget avseende när 12 av 13 upphandlande kommuner i upphandlingen ska sluta avtal alltför otydlig och skapar en betydande osäkerhet beträffande upphandlingens omfattning. Förfrågningsunderlaget strider därmed mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Kommunen anför vidare bl.a. att det framgår uttryckligen vilka de upphandlande myndigheterna är. Det anges vidare även vilka övriga enheter som ska ges rätt att ansluta sig till huvudavtalet. Förfrågningsunderlaget specificerar inte vilka övriga enheter som ska ges rätt att ansluta sig till huvudavtalet. Det anges i punkt 1.1.2 att även upphandlande myndigheters kommunala bolag, kommunalförbund och stiftelser ska ges möjlighet att ansluta sig till huvudavtalet. Vilka dessa bolag, kommunalförbund och stiftelser är samt hur många aktörer det rör sig om har AllTele själva i efterhand undersökt. I förfrågningsunderlaget anges vidare att ovan nämnda bolag, kommunalförbund och stiftelser ska ges möjlighet att ansluta sig till huvudavtalet. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget under vilka förutsättningar anslutning kommer att ske eller när anslutning i sådant fall skulle ske. Det framgår ingenstans i förfrågningsunderlaget att något av de aktuella bolagen, kommunalförbunden eller stiftelserna i förväg har uttryckt intresse av att delta i upphandlingen. Det hade dessutom inte heller varit tillräckligt för att uppfylla kraven på transparens eftersom

det framgår av punkt 54 i Konkurrensverkets yttrande att det inte är tillåtet att ange en lista över myndigheter och enheter som kan komma att avropa från ramavtalet när dessa inte aktivt i förväg har förpliktat sig till detta. Kommunen anför att det inte går att ange ett faktiskt volymåtagande, att dagsbehovet i förfrågningsunderlaget anges för att ge anbudsgivarna möjlighet att se en förmodad miniminivå och att det faktum att det kan tillkomma något bolag endast är en marginell förändring. Anbudsgivarna har kunnat beakta antal abonnemang, anknytningar, växeltyp m.m. men detta har inte varit fallet för övriga bolag, kommunalförbund eller stiftelser. Om det hade framgått tydligt vilka bolag, kommunalförbund och stiftelser som skulle sluta avtal i upphandlingen hade samma information givetvis kunnat lämnas även för dessa aktörer. AllTele och övriga anbudsgivare hade då kunnat utforma sitt anbud utifrån mer förutsebara förutsättningar. Såsom förfrågningsunderlaget nu varit utformat har AllTele varit förpliktat att leverera till mer än 40 bolag, kommunalförbund och stiftelser utan att överhuvudtaget kunna förutse om avtal ska slutas, när avtal i sådant fall kan komma att slutas eller omfattningen av sådana leveranser. Antalet aktörer som en anbudsgivare ska leverera till i upphandlingen kan således variera från 13 stycken till över 53 stycken utan förutsebarhet för anbudsgivarna. Detta kan inte anses utgöra en marginell förändring. Informationen i förfrågningsunderlaget avseende vilka aktörer utöver upphandlande kommuner som kan komma att sluta avtal i upphandlingen är alltför otydlig och skapar en betydande osäkerhet beträffande upphandlingens omfattning. Förfrågningsunderlaget strider därmed mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. De återopade bristerna i förfrågningsunderlaget har uppmärksammat av AllTele i samband med utformningen av AllTeles anbud i upphandlingen. AllTele har dock inte haft någon skyldighet att påpeka detta under upphandlingens genomförande. Kommunen har gjort en ny granskning av AllTeles anbud och konstaterat att AllTele inte är kvalificerat samt att AllTele därför inte kan anses lida skada. Det finns en omfattande och tydlig praxis från kammarrätterna innebärande att invändningar

som den upphandlande myndigheten framför först i en överprövningsprocess om att den leverantör som begär överprövning inte uppfyller alla skall-krav inte kan prövas inom ramen för ett mål där det är leverantören ifråga som begärt överprövning (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs domar mål nr 3764-10 och 4904-09). I Kammarrätten i Stockholms dom med mål nr 5929-10 hade den upphandlande myndigheten först i förvaltningsrätten gjort gällande att leverantören som begärt överprövning inte uppfyllde samtliga ska-krav och att leverantören på grund härav inte kunde lida skada enligt LOU. Kammarrätten hänvisade till de båda domarna från Kammarrätten Göteborg som nämnts ovan och gjorde samma bedömning av processramen. Kommunens invändningar att AllTele brister i uppfyllande av ett ska-krav kan inte beaktas inom ramen för prövningen i målet.

Kommunen har även tillagt bl.a. följande. AllTele menar i sitt yttrande att kontraktstiden "kommer att synkroniseras med avslutandet av de gamla" inte betyder samma sak som att det kommer att tecknas med "hänsyn till nu gällande". Kommunen har inte för avsikt att teckna avtal under pågående kontraktstid, d.v.s. ha två parallellt löpande avtal och leverantörer. Inte heller har kommunen för avsikt att ha ett glapp mellan två kontrakt. Det får anses att en normalt aktsam leverantör förstår vad som menas med formuleringen. Eventuell brist kring avtalspart är inte av sådan omfattning att leverantörerna inte kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud. AllTele menar att det kan tillkomma betydligt fler avtalsparter än vad som anges i förfrågningsunderlaget. Här kan dock anföras att det inte är antalet som bör vara styrande då de möjliga bolagen som kan vilja anslutas inte alls har så många användare. Volymen, antalet abonnemang etc. som kan tillkomma är, trots att avtalsparterna är fler, marginell. Det rör sig om i sammanhaget få användare. När det gäller AllTeles skada anser kommunen att den grund som AllTele åberopar nu inte kan ha påverkat AllTele under anbudsprocessen. När det gäller AllTeles diskvalificering och vad som i övrigt anföras hänvisas till tidigare yttrande.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada allmän förvaltningsdomstol överpröva 1. en upphandling, och 2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

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

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll – utifrån de omständigheter som sökanden har anfört – av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt att den upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i LOU. I 16 kap. 5 § LOU anges vidare att en upphandling ska göras om eller rättas under förutsättning att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. All-Tele gör bl.a. gällande att det inte klart framgår av förfrågningsunderlaget dels när avtal ska slutas, dels vilka aktörer som kan komma att sluta avtal i

upphandlingen och att de på grund av detta inte har kunnat lämna ett anbud baserat på en förutsebar omfattning av upphandlingen.

Inledningsvis kan konstateras att AllTeles invändning gällande förfrågningsunderlagets otydligheter avseende förutsebarheten för när avtal kommer att tecknas med 12 av de 13 kommunerna inte bedöms vara så oklart och otydligt formulerat att de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket träds för när. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således inte i denna del.

Frågan är då om förfrågningsunderlagets utformning avseende vilka aktörer som kan sluta avtal i upphandlingen är så otydligt utformat att det strider mot principerna i LOU. Ett förfrågningsunderlag ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref 50 uttalat att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket inte träds för när.

I det aktuella förfrågningsunderlaget anges under punkten 1.1.2 följande:

Även de upphandlande myndigheternas kommunala bolag, kommunalförbund och stiftelser skall ges möjlighet att ansluta sig till huvudavtalet ovan inkl deras eventuella växlar. Varje köpare tecknar varsitt likalydande avtal med leverantör.

I förfrågningsunderlaget (punkt 2.1.1) anges den i nuläget totala omfattningen av fast- och mobil telefoni hos köparen, siffrorna inkluderar dock inte omfattningen hos bolag, kommunalförbund och stiftelser som enligt förfrågningsunderlaget (se punkt 1.1.2) även kan omfattas av avtalet.

Av transparens- och likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att en

leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Såsom ovan angivits finns ett visst utrymme för att godta även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade under förutsättning att inte principerna i LOU träds för när. Förfrågningsunderlaget i den nu aktuella upphandlingen innehåller sådana otydligheter att det har omöjliggjort eller i vart fall väsentligt försvårat för AllTele att förutse mängden/identiteten på de aktörer som kan sluta avtal i upphandlingen. Detta innebär också att AllTele har haft svårt att bedöma upphandlingens omfattning och därmed haft svårigheter i att beräkna värdet av att delta i upphandlingen. Förfrågningsunderlagets utformning i denna del bedöms med hänsyn till det ovan anförda vara så oklart och otydligt formulerat att kraven på förutsebarhet och transparens har åsidosatts.

För att det ska föreligga förutsättningar för ingripande enligt LOU krävs, vid sidan av en överträdelse av någon bestämmelse i LOU, även att sökanden lidit eller kan komma att lida skada av åtgärden. AllTele har på grund av de konstaterade bristerna förlorat möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud baserat på en förutsebar omfattning av upphandlingen och har på grund av det lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed.

Eftersom de brister förvaltningsrätten har funnit i upphandlingen har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det inte tillräckligt att upphandlingen rättas. AllTeles ansökan om överprövning enligt LOU ska således bifallas på så vis att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 3109/1D LOU)



Bo Johansson



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Nickolina Hamrin Lönkvist

DOM
2013-02-28
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
5581-12
5583 -- 5594-12
Domare 1:1

Sida 16 (16)

BILAGA 1

1. Skövde kommun
2. Essunga kommun
3. Falköpings kommun
4. Grästorps kommun
5. Gullstångs kommun
6. Herrljunga kommun
7. Hjo kommun
8. Karlsborg kommun
9. Tibro kommun
10. Tidaholms kommun
11. Töreboda kommun
12. Vara kommun
13. Vårgårda kommun

Adress motparter 1 – 13:
Skövde kommun
Upphandlingsenheten
541 83 Skövde

Dok.Id 92453

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	--	--------------------------------	---