



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2013-02-22
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
25296-12

KONKURRENSVERKET	
2013 02 25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

TDC Sverige AB, 556465-8507
Box 799
191 27 Sollentuna

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

MOTPART

Huddinge kommun
141 85 Huddinge

Ombud: Advokat Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår TDC Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 315966

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

1. YRKANDEN M.M.

Huddinge kommun (nedan kommunen) har genomfört en upphandling av "Kommunikation som tjänst [dvs. en ny telefonlösning] samt systemstöd för servicecenter". Upphandlingen genomfördes genom ett förhandlat upphandlingsförfarande med föregående kvalificering och annonsering enligt 4 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling med antagande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Upphandlingens syfte var att senast den 13 juni 2013 ha upphandlat och implementerat en ny telefoni-lösning samt nytt stödsystem för servicecenter från en huvudleverantör. Anbud i upphandlingen inkom från DGC Access AB (nedan DGC) och TDC Sverige AB (nedan TDC). Ett tilldelningsbeslut meddelades den 20 november 2012 av vilket framgår att DGC antogs som vinnande anbud.

TDC ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett i form av att ny anbudsutvärdering ska ske utan beaktande av DGC:s anbud. I andra hand yrkar DGC att upphandlingen ska göras om.

Till grund för sitt förstahandsyrkande anför TDC följande. Av DGC:s anbud framgår att DGC avser att utnyttja kommunens WAN och LAN för att leverera sina telefonitjänster. DGC uppfyller därför inte ska-kravet i punkt 5.5 i anbudsinbjudan. Av DGC:s anbud framgår att DGC kräver en längre leveranstid för att leverera nya fasta och/eller mobila anknytningar än tre arbetsdagar. DGC uppfyller därför inte ska-kravet i punkt 5.16 i Anbudsinbjudan. DGC har offererat två mobiltelefoner som inte har bas-funktion för videosamtal. DGC uppfyller därför inte ska-kraven i punkt 5.11 d och 8.7.1 i anbudsinbjudan. Grunderna som anges ovan medför var för sig att DGC:s anbud rätteligen skulle ha förkastats från utvärdering i upphandlingen. Då så inte har skett har kommunen agerat i strid med lika-behandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. TDC har

lidit eller riskerar att lida skada enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU eftersom TDC skulle ha kunnat antas som leverantör i upphandlingen för det fall DGC:s anbud rätteligen hade förkastats.

Till grund för sitt andrahandsyrkande anför TDC följande. Kommunen har i upphandlingen använt sig av utvärderingskriteriet ”Kvalitet på liknande utförda uppdrag”, innebärande utvärdering med hjälp av referenter. De sex aktuella referensfrågorna avser huvudsakligen bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra tjänsterna i fråga. Ett sådant utvärderingskriterium är inte ägnat att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utformningen av aktuellt utvärderingskriterium har lämnat ett så stort utrymme för godtycklighet att leverantörerna saknat möjlighet att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Utformningen av aktuellt utvärderingskriterium strider därför mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. TDC har riskerat att lida skada enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU eftersom TDC vid en korrekt utförd upphandling skulle ha kunnat antas som leverantör.

Kommunen bestrider TDC:s yrkanden och anser att ansökan om ingripande enligt LOU ska avslås.

2. SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

2.1 Utgångspunkter för bedömningen

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

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Av 12 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 16 kap. 6 § LOU första stycket framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det med anledning av vad sökanden har anfört i målet finns skäl att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

De frågor som förvaltningsrätten har att bedöma i detta mål är om DGC uppfyller ska-kraven som uppställs i det i målet aktuella förfrågningsunderlaget, om det strider mot LOU att DGC tillåts att ange uppgifter efter anbudstidens utgång samt om kommunens utvärderingskriterier innebärande utvärdering med hjälp av referenser strider mot LOU.

2.2 Uppfyller DGC kravet på att kommunens befintliga WAN och LAN inte ska utnyttjas för telefoni?

TDC har anfört i huvudsak följande.

Av DGC:s anbud framgår att DGC avser att utnyttja kommunens WAN och LAN för att leverera sina telefonitjänster. DGC uppfyller därför inte ska-kravet i punkt 5.5 i anbudsinbjudan. Av den till DGC:s anbud bifogade systemskissen framgår att kommunens WAN ska utnyttjas i strid mot ska-kravet i punkt 5.5 i förfrågningsunderlaget. I systemskissen ges en översikt av hur DGC avser leverera sina telefonitjänster i upphandlingen. Det framgår tydligt av systemskissen att kommunens WAN kommer att utnyttjas för leverans av DGC:s telefonitjänster i upphandlingen genom att det anges att länken mellan DGC:s nätverk och kommunens användare av tjänsten utgörs av "Huddinge kommun WAN". Vidare framgår av DGC:s anbud att kommunens LAN kommer att utnyttjas i strid med ska-kravet i punkt 5.5 i förfrågningsunderlaget. Dessa skrivningar återfinns i DGC:s anbud i beskrivningen av anknytningstjänsten "DGC Centrex" och "LAN-analys".

DGC har i sitt anbud gjort en "friskrivning" innebärande att förfrågningsunderlaget har företräde framför avvikelser i anbudet. Ett sådant tolkningsföreträde som DGC har bifogat sitt anbud omöjliggör en verklig kontroll av att ska-kraven är uppfyllda vilket strider mot transparens- och lika-behandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU samt praxis från EU-domstolen (EU-domstolens dom i mål nr C-448/01, EVN). En annan ordning skulle

innebära att kontroll av ska-krav inte längre skulle vara relevant, eftersom den upphandlande myndigheten inte skulle kunna diskvalificera en anbudsgivare som inte uppfyllde ska-kraven men friskrivit sig på det sätt som DGC försökt göra (se Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2147-11).

Kommunen har ställt muntliga och skriftliga frågor till DGC för ytterligare klarlägganden och DGC har intygat för kommunen att telefonitjänster levereras i ett separat WAN för telefoni. Kommunen har därmed uppenbarligen inte ansett det stå klart att kommunens WAN inte kommer att utnyttjas vid DGC:s leverans av telefonitjänster, eftersom kommunen då inte skulle ha ansett sig behöva ställa förtydligande frågor i detta avseende. Kommunens påstående, att det framgår av DGC:s anbud att telefonitjänsterna levereras i ett separat WAN, är därmed helt ogrundat.

I vart fall innebär detta att DGC tillåtit att göra en otillåten komplettering av sitt anbud på så sätt att DGC efter kompletteringen uppfyller ett ska-krav som vid anbudstidens utgång inte uppfylldes. Kompletteringar av anbud får enligt 9 kap. 8 § LOU endast tillåtas om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2467-09 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2147-11). DGC:s komplettering får alltså inte beaktas vid prövningen av DGC:s anbud, vilket innebär att DGC alltjämt brister i uppfyllelse av ska-kravet i punkt 5.5 i förfrågningsunderlaget. DGC:s anbud ska därför diskvalificeras från utvärdering i upphandlingen.

Kommunen har anfört i huvudsak följande.

Kommunen har i punkt 5.5 i sitt förfrågningsunderlag som ett ska-krav angett att kommunens befintliga WAN och LAN inte ska utnyttjas för telefoni. DGC har svarat "ja" på detta ska-krav. DGC har även bifogat en systemskiss och övergripande tjänstebeskrivningar som visar hur telefoni-

tjänsterna levereras i ett separat WAN från DGC till kommunen. Denna systemskiss har bifogats för att möta kravet i förfrågningsunderlaget, avsnitt 3.8 "Anbudssvarets utformning" och tjänstebeskrivningarna har bifogats för att möta kravet i avsnitt 5.7 "Rätt att avropa anbudsgivarens övriga produkter och tjänster".

Det finns inte någonting i den systemskiss som DGC har bifogat till sitt anbud som indikerar att DGC i sin lösning skulle använda kommunens befintliga WAN och/eller LAN. I skissen har DGC angett "Huddinge kommun WAN" för att beskriva att tjänsterna levereras i ett separat WAN åt just Huddinge kommun, dvs. att det är ett " eget " WAN som byggs upp för Huddinge kommun.

För att undvika missförstånd och feltolkningar har DGC dessutom lämnat ett tydligt tolkningsföreträde i anbudet där bolaget anger att systemskissen i anbudet ska ses som en översiktlig och generell lösningsdesign framför de av DGC offererade telefonitjänsterna och att de bifogade tjänstebeskrivningarna i anbudet ska ses som generell information om DGC:s tjänster. Samtliga ska- och bör-krav i Huddinge kommuns förfrågningsunderlag äger företräde framför eventuella avvikelser i systemskissen och samtliga tjänster i DGC:s anbud erbjuds Huddinge kommun utan reservationer, tillägg, förändringar etc. i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Kommunen har trots ovanstående förtydligande från DGC ändå ställt både muntliga och skriftliga frågor till DGC för ytterligare klarlägganden. DGC har då intygat för kommunen att deras telefonitjänster levereras i ett separat WAN för telefoni och att bifogad systemskiss och bifogade tjänstebeskrivningar ska ses som generell information och att det är förfrågningsunderlaget, som accepteras i sin helhet, som äger företräde.

Förvaltningsrättens bedömning.

Av punkt 5.5 i förfrågningsunderlaget framgår följande: "Kommunens befintliga WAN och LAN ska ej utnyttjas för telefoni. Anbudsgivaren skall därmed tillhandahålla lämpliga nättjänster och infrastruktur för sin offererade lösning, och kostnaden skall vara inkluderad i anbudspriset"

DGC har svarat "ja" på frågan om bolaget uppfyller ska-kravet i punkt 5.5 i förfrågningsunderlaget. Det har inte framgått att anbudsgivarna varit tvungna att bifoga handlingar till styrkande av att de uppfyller detta ska-krav.

Förvaltningsrätten anser inte att begreppet "Huddinge kommun WAN" i systemskissen måste tolkas som att det innebär att DGC avser att utnyttja kommunens eget WAN. Innebörden av detta uttryck skulle lika väl kunna vara att DGC tillhandahåller Huddinge kommun ett separat WAN. Förvaltningsrätten anser därför att TDC inte har visat att DGC kommer att utnyttja kommunens WAN i strid mot ska-kravet i punkt 5.5 i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten övergår till att pröva om DGC:s anbud innebär att DGC kommer att utnyttja kommunens befintliga LAN i strid mot punkten 5.5 i förfrågningsunderlaget.

I uppgifter i tjänstebeskrivningarna "DGC Centrex" och "LAN-analys" som bifogats till DGC:s anbud framstår det som att DGC använder sig av sina kunders LAN. I beskrivningen av anknytningstjänsten "DGC Centrex" under rubriken "Förutsättningar för att Tjänsten skall fungera", anges bl.a. följande: "För att ansluta kunds utrustning till DGC Centrex krävs att kunds LAN är direktanslutet till DGC:s nät med en fast förbindelse från DGC". "Det krävs även att kunds lokala IP NÄT är anpassat enligt instruktioner från DGC". "Att kundens LAN, inklusive

brandvägg är förberett för VOIP/SI-trafik". Att kundens LAN är förberett för s.k. Quality of service (QoS)". I beskrivningen av tjänsten LAN-analys anges bl.a. följande "Förberedande studie av kunds lokala nätverksmiljö med syfte att säkerställa tjänstekvalitet". Vidare anges att en av funktionerna som ingår i tjänsten LAN-analys är "Portinventering för anslutning av IP-telefoner". Vidare framgår att "kund skall ha ett befintligt LAN".

DGC har emellertid lämnat ett förbehåll i anbudet där bolaget anger att systemskissen i anbudet ska ses som en översiktlig och generell lösningsdesign för de av DGC offererade telefonitjänsterna och att de bifogade tjänstebeskrivningarna i anbudet ska ses som generell information om DGC:s tjänster. Samtliga ska- och bör-krav i Huddinge kommuns förfrågningsunderlag äger företräde framför eventuella avvikelser i systemskissen och samtliga tjänster i DGC:s anbud erbjuds Huddinge kommun utan reservationer, tillägg, förändringar etc. i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Frågan blir därför om ett sådant förbehåll strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU samt praxis från EU-domstolen.

EU-domstolen har fastslagit att respekten för principen om likabehandling av anbudsgivare kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (jfr EU-domstolens dom i mål nr C-243/89, "Stora Bält-målet" se särskilt p 37-44).

I Kammarrättens i Göteborg mål nr 6845-12 hade ett bolag i sitt anbud bekräftat att det uppfyllde ett visst ska-krav som uppställdes i förfrågningsunderlaget men bolaget hade inte ingett något bevis till stöd för detta. I förfrågningsunderlaget hade inte uppställts något krav på att anbudsgivaren skulle styrka riktigheten i sitt svar. Kammarrätten ansåg att bolaget därmed hade uppfyllt det aktuella ska-kravet och att myndigheten

genom att utesluta bolagets anbud vid utvärderingen, p.g.a. att bolaget inte styrkt riktigheten i sitt svar, hade brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Kommunen har anfört att de nu aktuella tjänstebeskrivningarna endast ingavs för att uppfylla punkt 5.7 i förfrågningsunderlaget, enligt vilken kommunen vill ha möjlighet men inte skyldighet att avropa anbudsgivarens övriga produkter och tjänster som inte är kravställda i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten konstaterar att detta inte framgår av handlingarna i målet men anser ändå att det förbehåll som DGC har gjort, innebärande att förfrågningsunderlagets ska-krav äger företräde framför eventuella avvikelser i anbudet, inte är i strid mot de grundläggande principerna i LOU eller praxis från EU-domstolen. Genom förbehållet kan kommunen kontrollera att DGC:s anbud uppfyller ska-kraven. DGC:s förbehåll är därmed förenligt med ska-kraven i förfrågningsunderlaget i enlighet med EU-domstolens praxis i det ovan anförda s.k. "Stora Bält-målet".

Kommunen har inte krävt att anbudsgivarna skulle styrka att de uppfyllde de aktuella ska-kraven i förfrågningsunderlaget. Därmed finns en likhet med förhållandena i ovan angivna mål i Kammarrätten i Göteborg. Förvaltningsrätten anser, vid en jämförelse med nämnda mål, att DGC genom att i sitt anbud svara "ja" på punkt 5.5 i förfrågningsunderlaget om att kommunens LAN inte ska utnyttjas har uppfyllt ska-kravet.

Förvaltningsrätten övergår till att pröva om DGC har tillåtits att göra en otillåten komplettering enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU.

Kommunen har efter att DGC avgett sitt anbud ställt följande fråga till DGC: "Er förbindelse mellan Huddinge kommun och DGC, ingår denna i priset?" (dvs. om WAN- och LAN-förbindelsen ingår i priset). TDC har svarat: "Ja den förbindelsen ingår i lösningen och telefonitjänsterna

levereras i en separat VRF som är helt avskild från såväl Huddinge kommuns som andra kunders övriga datakommunikationstjänster”.

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att DGC uppfyller ska-kravet i punkt 5.5 i förfrågningsunderlaget. Därför anser förvaltningsrätten att kommunens fråga och DGC:s svar på denna utgör ett tillåtet klargörande enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU, eftersom DGC:s svar inte har inneburit att några nya sakuppgifter tillförts anbudet (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 26-12). Kommunen hade därmed fog för sin inställning att det aktuella ska-kravet var uppfyllt utan komplettering.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att DGC:s anbud uppfyller kravet på att kommunens befintliga WAN och LAN inte ska utnyttjas för telefoni som ställs i punkten 5.5 förfrågningsunderlaget och att någon otillåten komplettering inte har skett.

2.3 Uppfyller DGC ska-kravet på leveranstid av mobila och fasta anknnytningar?

TDC har anfört bl.a. följande. DGC uppfyller inte ska-kravet i punkt 5.16 i förfrågningsunderlaget på en leveranstid om högst tre arbetsdagar för att leverera nya fasta och/eller mobila anknnytningar. TDC hänvisar till det som bolaget anfört ovan, nämligen att ett sådant förbehåll som DGC har gjort omöjliggör en verklig kontroll av att ska-kraven är uppfyllda vilket strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU samt praxis från EU-domstolen. Den kompletterande fråga som kommunen ställt till DGC är i strid med 9 kap. 8 § andra stycket LOU.

Kommunen har i denna del anfört bl.a. följande. DGC har svarat ”ja” på samtliga ska-krav som framgår av punkt 5.16 i förfrågningsunderlaget. Kommunen hänvisar till vad den anfört ovan, nämligen att DGC tydligt

kommunicerat att till anbudet bifogade tjänstebeskrivningar endast ska ses som en generell information om DGC:s tjänster som svar på avsnitt 5.7 i förfrågningsunderlaget. Samtliga ska-krav i kommunens förfrågningsunderlag, som DGC har accepterat i sin helhet, har företrädare framför eventuella avvikelser i systemskissen och tjänstebeskrivningarna. Kommunen har ställt en kontrollfråga till säkerställande av att ska-kravet i punkt 5.16 i förfrågningsunderlaget är uppfyllt och DGC har bekräftat detta. Den kontrollfråga som kommunen ställt till DGC är inte i strid med 9 kap. 8 § andra stycket LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Av punkt 5.16 i förfrågningsunderlaget framgår att ett ska-krav är att anbudsgivarna garanterar en leveranstid om högst tre arbetsdagar för att leverera nya fasta och/eller mobila anknytningar. DGC har svarat ja på frågan om bolaget uppfyller ska-kravet i punkt 5.16 i förfrågningsunderlaget. Som redan sagts har anbudsgivarna inte varit tvungna att styrka att de uppfyller detta ska-krav.

Som ovan anförts, i avsnitt 2.2 i denna dom, anser förvaltningsrätten att det förbehåll som DGC har lämnat innebär att förfrågningsunderlaget äger företrädare framför eventuella avvikelser som framgår av den till DGC:s anbud bifogade tjänstebeskrivningen. Förvaltningsrätten anser därför att DGC har uppfyllt ska-kravet i punkt 5.16 i förfrågningsunderlaget.

Det har vidare framgått i avsnitt 2.2 i denna dom att förvaltningsrätten anser att det är tillåtet för en upphandlande myndighet att ställa en fråga till anbudsgivare för att säkerställa att ett ska-krav är uppfyllt så länge anbudet inte tillförs några nya sakuppgifter i strid mot 9 kap. 8 § andra stycket LOU. Kommunen har uppgett att den har ställt en fråga till DGC för att säkerställa att ska-kravet i punkten 5.16 i förfrågningsunderlaget var

uppfyllt utan att ange exakt hur detta gick till. Förvaltningsrätten anser, trots att kommunen inte har inkommit med precisa uppgifter om vilken fråga kommunen ställt och vilket svar kommunen fått av DGC, att det inte har framkommit att anbudet har tillförts några nya sakuppgifter i strid mot 9 kap. 8 § andra stycket LOU. Förvaltningsrätten anser därför att DGC:s anbud uppfyller ska-kravet på leveranstid i punkten 5.16 i förfrågningsunderlaget och att någon otillåten komplettering inte har skett.

2.4 Uppfyller de av DGC erbjudna mobiltelefonerna ska-kraven rörande basfunktion för videosamtal?

TDC har anfört bl.a. följande. DGC har erbjudit två mobiltelefoner av märket Samsung som inte har funktion för videosamtal och DGC uppfyller därmed inte kravet avseende basfunktion videosamtal, vilket strider mot ska-kraven i punkterna 5.11 d och 8.7.1 i förfrågningsunderlaget. Det är omöjligt att genomföra ett videosamtal utan att det finns en kamera på telefonens framsida. I en redogörelse från Samsung, som ingetts i målet, framgår tydligt att de båda aktuella mobiltelefonerna ”saknar dedikerad kamera för videosamtal”. Ingen av de aktuella mobiltelefonerna som DGC offererat kan alltså användas för videosamtal. I Samsungs skrivelse av den 3 december 2012 anges vidare, avseende mobiltelefonen ”Samsung Galaxy XCover S5690”, att möjlighet till videosamtal kan ges genom ”att installera ett antal olika applikationer”. Det framgår tydligt att denna mobiltelefonmodell inte har en basfunktion för videosamtal, utan att flera olika applikationer krävs. Av punkt 5.11 d och punkt 8.7.1 i anbuds- inbjudan framgår tydligt att videosamtal ska vara en basfunktion i de offererade mobiltelefonerna. I vart fall är det visat att mobiltelefonen ”Samsung Galaxy XCover S5690” inte uppfyller ska-kraven avseende basfunktion för videosamtal.

Kommunen har anfört bl.a. följande. DGC har svarat ja på att bolaget uppfyller ska-kraven avseende videosamtal. De offererade mobiltelefonmodellerna "Samsung Galaxy XCover S5690" och "Samsung Galaxy XCover S2710" stödjer båda videosamtal. Av i målet ingivet intyg från Samsung framgår att funktion för videosamtal är fullt möjlig för offererade modeller. Det ska poängteras att kravet i förfrågningsunderlaget inte är formulerat så att stöd för videosamtal måste vara utformat på något visst sätt. Exempelvis fordras inte någon dedikerad videokamera på telefonens framsida såsom TDC tycks påstå. Kravet i förfrågningsunderlaget är inte mer långtgående än att funktionen ska finnas. Om funktionen kräver installation av applikationer eller inte är ovidkommande, under förutsättning att det ingår i anbudet.

Förvaltningsrättens bedömning

Av punkt 5.11 d i förfrågningsunderlaget framgår att videosamtal är en av de basfunktioner som de mobila terminalerna som erbjuds i upphandlingen ska ha. Av punkt 8.7.1 anbudsinbjudan framgår att "Mobiltelefon, avancerad (smartphone)" och "Mobiltelefon för tuffare miljöer" ska ha minst basfunktioner enligt punkt 5.11 d i anbudsinbjudan.

DGC har i sitt anbud uppgett att deras telefoner uppfyller ska-kravet för videosamtal. Att ska-kravet är uppfyllt stöds även av det intyg från Samsung daterat den 3 december 2012 som kommunen har ingett i målet. I detta intygas bl.a. att de av DGC erbjudna mobiltelefonmodellerna "Samsung Galaxy Xcover GT-S5690" och "Samsung Galaxy Xcover 2710" kan användas för videosamtal med telefonens inbyggda kamera trots att de inte har en dedikerad videokamera på telefonens framsida (dvs. en kamera avsedd speciellt för detta ändamål).

Förvaltningsrätten anser vid en samlad bedömning att det inte är visat att det är en absolut förutsättning att det finns en kamera, speciellt avsedd för videosamtal, på telefonens framsida för att de aktuella ska-kraven ska anses uppfyllda. TDC har därmed inte heller i detta avseende visat att någon bestämmelse i LOU åsidosatts.

2.5 Har utvärderingen skett i strid med LOU p.g.a. otillåtna frågor till referenterna?

TDC har bl.a. anfört följande.

Kommunen har i upphandlingen använt sig av utvärderingskriteriet ”Kvalitet på liknande utförda uppdrag”, innebärande utvärdering med hjälp av referenser. De sex aktuella referensfrågorna avser huvudsakligen bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra tjänsterna i fråga. Ett sådant utvärderingskriterium är inte ägnat att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utformningen av aktuellt utvärderingskriterium strider därför mot 1 kap. 9 § LOU samt praxis från EU-domstolen och kammarrätterna (EU-domstolens dom i mål C-532/08 ”Lianakis-domen och i mål nr C-513/99, Concordia, Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 5512-08 och i mål nr 3582-09, Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 3474-08 samt Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3005-12).

En absolut förutsättning för att få använda referenser i utvärderingsfasen är att utvärderingen avser att komma fram till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket innebär att referenstagningen måste avse upphandlingsföremålet. Redan referensfrågornas ordalydelse hindrar att en sådan koppling till upphandlingsföremålet finns som krävs för att referensfrågorna ska få användas i utvärderingsfasen. Fem av totalt sex referensfrågor i upphandlingen (referensfrågorna 1, 3, 4, 5 och 6) avser ”leverantörens förmåga”. Att utvärdera leverantörens förmåga i olika

avseenden står i uppenbar strid med vad EU-domstolen har fastställt i Lianakis-domen. Redan härav följer att anbudsinsbjudan strider mot 1 kap. 9 § LOU. Sammanfattningsvis avser samtliga de referensfrågor som har använts i utvärderingsfasen i upphandlingen huvudsakligen anbudsgivarnas förmåga att utföra tjänsterna som upphandlingen avser och syftar därmed inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kommunen har bl.a. anfört följande.

Tilldelningskriterierna är i enlighet med rättspraxis från EU-domstolen och LOU:s regler. Det följer av praxis såsom den slutligen bestämts av EU-domstolen och i efterföljande domar i svenska domstolar, att det är tillåtet att ha referenser som tilldelningskriterium (se exempelvis Kammarrätten i Göteborgs domar av i mål nr 5910-08 och 7332-08). Förutsättningen är att utvärderingen avser att komma fram till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket innebär att referenstagningen måste avse upphandlingsföremålet. I den aktuella upphandlingen är tilldelningskriteriet direkt kopplat till upphandlingsföremålet. Det är kvaliteten på själva tjänsten som upphandlas som utvärderas (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6411-08).

Samtliga de frågor som ställts i upphandlingen har direkt koppling till den tjänst som upphandlas, dvs. upphandlingsföremålet, och syftet är att kommunen ska kunna värdera kvaliteten i offererade tjänster. Vid köp av telefoni som tjänst ingår i upphandlingsföremålet att den tillträdande leverantören måste "sätta upp tjänsten" dvs. implementera tjänsten. Implementering sker vanligen i projektform och innebär ett stort arbete, såväl i tids- som resursåtgång och ekonomiskt. Leverantörens förmåga att driva implementationsprojekt samt att genomföra implementeringar är alltså en viktig del av upphandlingsföremålet. Det lämpligaste sättet för en beställare att värdera detta är genom referenser. Då framkommer normalt

tydligt vilken vana och vilken förmåga en leverantör har i detta hänseende. Var och en av de frågor som ställts till referenterna har en direkt koppling till upphandlingsföremålet och är därmed tillåten enligt LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

En anbudsprövning inleds med kvalificeringsfasen. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderings- eller tilldelningsfasen, där tilldelning sker i enlighet med kriteriet lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Även om det teoretiskt sett inte är uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet sker samtidigt, har EU-domstolen fastslagit att det är fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser (se mål C-31/87 Beentjes).

Av ordalydelsen i 12 kap. 1 § LOU framgår att uppräknningen av kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte är uttömmande. Detta val kan dock endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se bl.a. EU-domstolens avgörande C-19-00 SIAC Construction och C-513/99 Concordia).

EU-domstolen har i mål C-532/08 "Lianakis-domen" anfört bl.a. att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga, inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning. Vidare fastslog EU-domstolen i samma mål att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och alltså inte utgör kriterier för tilldelning.

Av punkt 3.12.1 i det aktuella förfrågningsunderlaget framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas i upphandlingen. Kommunen har i upphandlingen använt sig av utvärderingskriteriet ”Kvalitet på liknande utförda uppdrag”, innebärande utvärdering med hjälp av referenser. Av punkt 3.12 i förfrågningsunderlaget framgår att kommunen har ställt upp två utvärderingskriterier i upphandlingen; Pris (viktat till 70 %) och kvalitet på liknande utförda uppdrag (viktat till 30 %). Förutsättningarna för referenstagningen, och frågorna som ska ställas till referenterna för att avgöra kvalitet på likande utförda uppdrag, anges i bilaga 5 till anbudsinvitan. Referensfrågorna har följande lydelse.

1. Hur nöjd eller missnöjd är du med leverantörens förmåga att implementera er nya telelösning?
2. Hur nöjd eller missnöjd är du med leverantörens mobiltäckning?
3. Hur nöjd eller missnöjd är du med anbudsgivarens förmåga att leverera tjänster och produkter på överenskommen tid och till överenskommen kostnad?
4. Hur nöjd eller missnöjd är du med anbudsgivarens förmåga att lämna service och support på sina tjänster och produkter?
5. Hur nöjd eller missnöjd är du med leverantörens förmåga att snabbt återkomma till dig med ett bra svar på dina frågor?
6. Hur nöjd eller missnöjd är du med leverantörens förmåga att hålla och dokumentera driftmöten?

Kammarrätten i Göteborg uttalar följande i mål nr 4851-12.

”Av EU-domstolens avgöranden C-532/06, Lianakis och C-199/07 ERGA framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Däremot kan något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärdering varken utläsas av LOU eller av EU-rättslig praxis, så länge som referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid bedömningen av det

ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är kvalitet och pris av avgörande betydelse och sambandet mellan erfarenhet/kompetens och kvalitet är varierande från bransch till bransch. Avgörande är om erfarenhet kan förväntas leda till ökad kvalitet för den vara eller tjänst som upphandlas”.

Utvärderingskriterier avseende referenser kan alltså tillåtas i upphandlingar när de syftar till att ta reda på hur anbudsgivaren tidigare utfört sin tjänst och hur nöjda kunderna har varit men de får inte gälla anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 7332-12).

I det ovan angivna målet från Kammarrätten i Göteborg (mål nr 4851-10) som rörde en upphandling av anläggande av konstgräs, hade den upphandlande myndigheten anfört att anläggande av konstgräs är tekniskt komplicerat och att tidigare erfarenhet av sådant arbete bedömdes komma att inverka på kvaliteten på slutresultatet. Av förfrågningsunderlaget i ovan anförda mål framgick att referensobjekt och erfarenheter från konstgräs- fotbollsplaner samt motsvarande entreprenader utvärderades för att bedöma i vilken grad anbudsgivaren kunde förväntas ha tillräcklig kompetens att uppnå den kvalitet beställaren efterfrågade.

I det ovan angivna målet hade kommunen frågat referenterna om utförd entreprenads kvalitet, om entreprenaden färdigställts enligt överenskommen tidsplan, om entreprenaden utförts till avtalat pris, om leverantörens skötsel av entreprenaden och om leverantörens uppföljning under garantitiden. Kammarrätten ansåg att dessa kriterier inte var huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet, utan till föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst som anbudsgivaren erbjöd. Referensupptagningen hade alltså syftat till att ta reda på hur anbudsgivaren tidigare har utfört sin tjänst och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten och inte till att bedöma anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Mot denna

bakgrund ansåg kammarrätten inte att anbudsutvärderingen hade påverkats av ovidkommande hänsyn i strid mot kraven i 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten anser att det i nu aktuellt mål rör sig om en upphandling av teletjänster där implementeringen är tids- och resurskrävande och där tidigare erfarenhet av sådant arbete kan komma att inverka på kvaliteten på slutresultatet. Kommunen har frågat referenterna hur nöjda de är med anbudsgivarens förmåga att implementera telelösningar, anbudsgivarens mobiltäckning, anbudsgivarens förmåga att leverera tjänster och produkter på överenskommen tid och till överenskommen kostnad, anbudsgivarens förmåga att lämna service och support på sina tjänster och produkter, anbudsgivarens förmåga att snabbt återkomma med ett bra svar på frågor, samt anbudsgivarens förmåga att hålla och dokumentera driftmöten. Förvaltningsrätten anser att de kriterier som uppställs i referensfrågorna inte är huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet, utan till föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst som anbudsgivarna erbjuder. Referensupptagningen har alltså syftat till att ta reda på hur anbudsgivaren tidigare har utfört sin tjänst och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten och inte till att bedöma anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att anbudsutvärderingen inte har påverkats av ovidkommande hänsyn i strid mot EU-rättslig praxis och kraven i 1 kap. 9 § LOU.

2.6 Har poängsättningen av referenser skett i strid mot LOU?

TDC har anfört bl.a. följande. Kommunen har brutit mot LOU genom att inte använda en tillräckligt definierad poängskala vid utvärderingen av referenser. Det anges överhuvudtaget inte i referensbilagan eller i förfrågningsunderlaget i övrigt vad referenterna ska beakta vid poängsättningen av de olika referensfrågorna. Utformningen av förfrågnings-

underlaget i denna del har därför lämnat ett stort utrymme för godtycklighet och anbudsgivarna har saknat möjlighet att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärdering av kriteriet ”kvalitet på liknande utförda uppdrag” (se EU-domstolens dom i mål nr C-19/00, SIAC och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3582-09). Anbudsinbjudan strider därför mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Kommunen har bl.a. anfört att utvärderingen har skett på ett transparent och förutsebart sätt i enlighet med LOU:s regler. Poängtilldelningen har beskrivits i förfrågningsunderlaget och har därmed varit transparent.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i RÅ 2002 ref 50. Regeringsrätten har då uttalat bl.a. följande. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr EU-domstolens dom i mål nr C-19/00, SIAC).

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget framgår av referensbilagan, som ovan angetts, att sex frågor ställs till de tre referenter som anbudsgivarna skulle ange i anbudet. Referenterna ska ange sin uppfattning om anbudsgivaren för samtliga delfrågor enligt följande: ”mycket nöjd” vilket

ger 8 poäng, ”nöjd” vilket ger 4 poäng, ”godkänt” vilket ger 2 poäng och ”ej nöjd (underkänd)” vilket ger 0 poäng.

Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget på denna punkt hade kunnat utformas tydligare men anser dock att vad som fordras för de respektive poängen beskrivs tillräckligt tydligt och att utrymmet för godtycke hos referenterna är begränsat. I vart fall är poängsättningen tillräckligt precis för att LOU:s krav på transparens och förutsebarhet ska anses uppfyllda (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4851-12 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5512-08).

2.7 Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte har framkommit att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. TDC har alltså inte lidit eller kunnat komma att lida skada enligt 16 kap. 16 § LOU. TDC:s ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

3. HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (3109/1a LOU)



Per Eskilsson

Rådman

Cindra Lindblom har föredragit målet.