

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2 Enhet 11

DOM
2015-06-25
Meddelad i
GöteborgMål nr
4260-15**SÖKANDE**

TeliaSonera Sverige AB, 556430-0142

Ombud: Advokaterna Olof Larsberger och Joakim Lavér
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm**MOTPART**

Västra Götalandsregionen

Ombud: Roy Svensson
Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Västra Götalandsregionens upphandling avseende Teleoperatörstjänster och datakommunikationstjänster, dnr SN 245-2013, ska göras om.

Dok.Id 341180

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför en upphandling av *Teleoperatörstjänster och datakommunikationstjänster*, dnr SN 245-2013. Av tilldelningsbeslutet den 15 april 2015 framgår Tele2 har vunnit upphandlingen. Anbudet från TeliaSonera Sverige AB har inte beaktats eftersom Kammarrätten i Göteborg i dom den 10 april 2015 i mål nr 5566-14 beslutat att upphandlingen ska rättas på så sätt TeliaSonera Sverige AB:s anbud inte ska beaktas i en ny utvärdering eftersom det anbudet inte kan anses ha uppfyllt samtliga krav i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

TeliaSonera Sverige AB (TeliaSonera eller bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom att en ny utvärdering ska göras i vilken bolagets anbud ska beaktas och antas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. TeliaSonera anför i huvudsak följande.

TeliaSonera tilldelades det aktuella kontraktet i tilldelningsbeslut den 30 april 2014. Efter att Tele2 ansökt om överprövning avslog förvaltningsrätten ansökan medan Kammarrätten i Göteborg i dom den 10 april 2015 i mål nr 5566-14 beslutade att upphandlingen ska rättas på så sätt att TeliaSoneras anbud inte ska beaktas i en ny utvärdering eftersom det anbudet inte kunde anses ha uppfyllt samtliga krav i upphandlingen. VGR fattade ett nytt tilldelningsbeslut den 15 april 2015 i vilket Tele2 tilldelades kontrakt. TeliaSonera har överklagat kammarrättens dom till Högsta förvaltningsdomstolen som den 15 juni 2015 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

Förval

Centralt i detta mål liksom i Tele2:s tidigare ansökan om överprövning är punkten 2.2.5 i kravspecifikationen angående förval. Den regulatoriska innebörden av förval innebär att en slutkund, abonnenten, ges en varaktig möjlighet att ringa fasta telefonsamtal med en annan operatör, förvalsoperatören, än den operatör som slutkunden har tecknat själva abonnemanget med, abonnemangsoperatören. När väl abonnenten valt en viss operatör som förvalsoperatör så ringer abonnenten automatiskt alla samtal med förvalsoperatören. Denne fakturerar abonnenten alla samtal medan abonnemangsoperatören fakturerar abonnenten för själva abonnemanget. Systemet med förval förutsätter att abonnemangsoperatören tillhandahåller förvalsoperatören möjlighet till förval. Tidigare förelåg det enligt lag en regulatorisk skyldighet för den aktör som bedömdes ha ett betydande inflytande på marknaden för tillhandahållande av anslutning till och användning av allmänna telefontillgångar till fast nät anslutningspunkt att tillhandahålla förval. TeliaSonera var den enda operatören i Sverige som ansågs ha denna skyldighet. Förval som regulatorisk skyldighet infördes redan år 1999 i den då gällande telelagen. Sedan år 2004 erbjuder TeliaSonera andra operatörer en grossisttjänst som innebär att operatören ifråga ges möjlighet att återförsälja abonnemang i TeliaSonerans fasta telenät. Vidare har utvecklingen av IP-telefoni och förbindelser via fiber möjliggjort tillhandahållande av fast telefoni oberoende av TeliaSonerans telefontillgångar. Behovet av förval har därför till övervägande del spelat ut sin roll. Det finns inte längre någon lagstadgad skyldighet för någon operatör i Sverige att tillhandahålla förval. Sedan den 1 juli 2012 erbjuder inte TeliaSonera förval. Det är således inte längre möjligt att begära förval av TeliaSonera och därmed ha TeliaSonera som abonnemangsoperatör och annan operatör som förvalsoperatör. Däremot är de förval som är gjorda före den 1 juli 2012 alltså giltiga tills de sägs upp. TeliaSonera tillhandahåller således alltså befintliga förval.

Av punkten 2.2.5 i kravspecifikationen framgår att VGR ställt krav på förval. Detta krav är inte utformat som ett ska-krav och är således inget obligatoriskt krav och bristande kravuppfyllelse kan därför inte medföra att anbudet förkastas. Rent materiellt gäller frågan vad VGR egentligen avsett med begreppet förval i förevarande fall. VGR:s befintliga leverantör av såväl fasta som mobila operatörstjänster är Tele2. Det är således med Tele2 som VGR har befintliga abonnemang och det är följaktligen Tele2 som tillhandahåller VGR anslutningen till det fasta telenätet. För det fall VGR i punkten 2.2.5 avsett den regulatoriska innebörden av begreppet förval så skulle detta innebära att VGR ställt krav på att anbudsgivarna ska agera förvalsoperatörer i förhållande till VGR (abbonnten). Detta skulle i sin tur förutsätta att abonnemangsoperatören Tele2 skulle tillhandahålla förval och därvid möjliggöra för övriga anbudsgivare att agera förvalsoperatörer i förhållande till VGR. Tele2 har inte och har aldrig haft någon regulatorisk skyldighet och har troligtvis inte heller någon teknisk möjlighet att tillhandahålla förval. Tele2 har inte heller vad TeliaSonera förstår erbjudit någon annan att använda förvalsfunktion. Ingen leverantör har således någon möjlighet att agera förvalsoperatör i förhållande till VGR och tillhandahålla VGR förval enligt den regulatoriska betydelsen av detta begrepp. Detta inkluderar även Tele2. För det fall begreppet förval i punkten 2.2.5 i kravspecifikationen ska tolkas utifrån en regulatorisk betydelse så innebär detta att VGR ställt ett krav som innebär att inte någon leverantör kan uppfylla. Redan av denna anledning framstår det som helt uppenbart att VGR avsett någonting annat med aktuellt krav än det regulatoriska förvalet.

Det finns varken i kravspecifikationen eller i förfrågningsunderlaget någon referens till Post- och telestyrelsens föreskrifter om förval och prefixval eller i övrigt till det regulatoriska förvalsbegreppet. Upphandlingen rör teleoperatörstjänster där VGR kommer att teckna nya abonnemang med den vinnande leverantören. Det är således en abonnemangslieferantör och inte någon förvalsoperatör som varaktigt kommer att leverera i upphand-

lingen aktuella tjänster till VGR. Kravet i punkt 2.2.5 måste i stället sättas in i dess rätta sammanhang. Avsnitt 2.2 i kravspecifikationen handlar om portering. I detta avsnitt har VGR specificerat krav i samband med migrering av upphandlande tjänster från den befintliga leverantören till den nya leverantören. Det är således fråga om tillgängliga åtgärder under en interimperiod till dess att denna flytt genomförs. Inte om varaktiga lösningar, exempelvis som det regulatoriska förvalet. I den överprövningsprocess som initierades av Tele2 påstod sig VGR med kravet i punkt 2.2.5 ha efterfrågat en funktion som möjliggör att kunder under en övergångsperiod alltså kan använda sig av aktuella tjänster. Om detta kan lösas genom det regulatoriska prefixvalet eller förvalet eller på annat sätt har för VGR varit irrelevant. Vad det varit frågan om är således ett funktionskrav på växletelefoni under en övergångsperiod och inte någon permanent lösning där leverantören ska agera förvalsoperatör till en abonnemangsoperatörs abonnenter. Sett utifrån det funktionella perspektivet är kravet i punkt 2.2.5 helt logiskt och rimligt. Om kravet däremot ska tolkas som ett obligatoriskt krav att tillhandahålla det regulatoriska förvalet så kan ingen leverantör uppfylla det kravet. Kravet är i den situationen inte enbart ologiskt och kommersiellt orimligt. Kravet står i sådant fall även i strid med de grundläggande principerna för upphandling.

Upphandlingen ska i första hand rättas

VGR har i tilldelningsbeslutet från den 15 april 2015 gjort bedömningen att bolaget inte uppfyllt kravet i punkt 2.2.5 vilket är fel. Vid bedömningen om VGR handlat i strid med LOU då VGR förkastade TeliaSoneras anbud saknar kammarrättens dom i mål nr 5566-14 betydelse. Frågan om TeliaSonera uppfyller det aktuella kravet ska därför göras utifrån en materiell bedömning av ställt krav i förhållande till TeliaSoneras anbud i denna del. Inte utifrån de slutsatser som kammarrätten kommit fram till. Vid en sådan materiell bedömning kan slutsatsen bara vara den att TeliaSonera uppfyller aktuellt krav vilket är helt i linje med VGR:s tidigare bedömning i frågan.

TeliaSonera har i sitt anbud besvarat frågan om kravet i punkten 2.2.5 är uppfyllt med ett ja och lämnat beskrivning om att det som offererats är en prefixvals lösning för att på så sätt möjliggöra för VGR att fortsätta använda sig av aktuella tjänster under migreringen. TeliaSonera uppfyller därmed funktionskravet på växelteleni under övergångsperioden från befintlig till ny leverantör. VGR har således saknat grund för att förkasta bolagets anbud. Under alla förhållanden har kravet i den aktuella punkten inte utgjort något obligatoriskt krav i upphandlingen. Detta innebär att för det fall TeliaSonera inte skulle anses uppfylla kravet så har denna omständighet likväl inte utgjort grund för att förkasta bolagets anbud. VGR handlade således i strid med principerna om likabehandling och transparens när VGR förkastade Telia Soneras anbud.

Om inte TeliaSonera kan anses uppfylla kravet i punkt 2.2.5 så gör inte heller någon annan anbudsgivare det. Utdrag från övriga leverantörers anbud visar att de inte har offererat en förvalslösning i enlighet med den regulatoriska innebörden av detta begrepp. När VGR bedömde att övriga anbudslämnare uppfyllt det aktuella kravet borde VGR enligt likabehandlingsprincipen även ha godkänt TeliaSoneras anbud. Kravet strider mot de grundläggande principerna för upphandling. Att förkasta ett anbud på grund av bristande kravuppfyllelse av ett krav som är utformat i strid med LOU är oproportionerligt och strider därför i sig mot de grundläggande principerna för upphandling. TeliaSonera har lidit skada på grund av VGR:s felaktiga förkastande av bolagets anbud.

Upphandlingen ska i andra hand göras om

Om kravet i punkt 2.2.5 ska uppfattas som ett obligatoriskt krav på förval utifrån den regulatoriska innebörden av det begreppet så kan ingen leverantör uppfylla det. Ett sådant krav är inte enbart kommersiellt helt orimligt utan står i uppenbar strid med de grundläggande principerna om transparens och proportionalitet. För det fall en sittande leverantör bedöms kunna

uppfylla kravet så är detta likväl oförenligt med de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet eftersom kravet är uppenbart diskriminerande i förhållande till andra leverantörer än den sittande. Något objektiva skäl till ett sådant krav finns inte. Denna uppfattning delas av VGR, vilket VGR också framhöll i tidigare överprövningsprocess mot Tele2. Det föreligger ett direkt samband mellan den bristfälliga utformningen av kravet i punkt 2.2.5 och det förhållandet att TeliaSoneras anbud förkastats i och med det senaste tilldelningsbeslutet. Telia Sonera har lidit skada härav.

VGR bestrider TeliaSoneras yrkanden och anför i huvudsak följande. VGR har inte brutit mot någon av de EU-rättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. TeliaSonera kan därmed inte ha lidit eller riskerat att lida sådan skada som avses i LOU. VGR har i tilldelningsbeslut den 15 april 2015 tilldelat Tele2 kontraktet i upphandlingen. Aktuell upphandling har tidigare varit föremål för överprövning varvid Kammarrätten i Göteborg i dom den 10 april 2015 har upphävt förvaltningsrättens dom och har i domslutet förordnat om att upphandlingen ska rättas på så sätt att TeliaSoneras anbud inte ska beaktas i en ny utvärdering. VGR har rättat upphandlingen i enlighet med domen. Den innebörd som kammarrätten ger ska-kravet i kravspecifikationen punkt 2.2.5 innebär att det endast är Tele2 som uppfyller kravet vid utvärderingen. Vid förra tilldelningen uppfyllde såväl TeliaSonera som Tele2 kravet eftersom VGR:s uppfattning om kravet var att det avsåg en funktion och inte teknik. Om kravet, med den tolkning som Kammarrätten ger det i sin dom, skulle strida mot någon av de EU-rättsliga principerna överlämnar VGR till domstolen att bedöma.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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 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 gjorts.

Utredningen

I kravspecifikationen anges bland annat följande.

2.2 PORTERING

...

2.2.5 Förval på förbindelser

Förval ska för Beställaren kunna vara ett första steg vid portering av förbindelser för att på så sätt snabbt driftsätta avtalet vad gäller samtalstrafik.

...

Förvaltningsrättens bedömning

Kammarrätten har i dom den 10 april 2015 i mål nr 5566-14 uttalat bland annat följande. Kravet i punkt 2.2.5 i förfrågningsunderlaget har karaktären av ett ska-krav. Tele2 har framhållit att TeliaSonera offererat tjänsten pre-

fixval i stället för förval som enligt ordalydelsen i förfrågningsunderlaget är det som krävs. VGR har dock anfört att kravet avser växeltelefoni i vilket det går att i växel lägga prefix, dvs. ringande kunder kommer inte att märka någon skillnad om det finns ett prefix eller förval och att funktionen förval därmed uppfylls. Kammarrätten anser att när det som i aktuellt fall dels är ett krav vars innebörd är i hög grad oklar, dels inte uttryckligen framkommer att leverantörens beskrivning av kravet kommer att uppfyllas så måste det ankomma på den upphandlande myndigheten att närmare förklara hur den lösning med prefixval som har erbjudits kommer att uppfylla det ställda kravet på förval. Detta har inte gjorts av VGR och TeliaSonera kan därmed inte anses ha uppfyllt kravet. Upphandlingen ska därför rättas genom att TeliaSoneras anbud inte ska beaktas i en ny utvärdering.

Kammarrätten har i nämnd dom ansett att det aktuella kravet är att betrakta som ett ska-krav. Förvaltningsrätten gör i nu aktuellt mål ingen annan bedömning i den frågan.

Av punkten 2.2.5 i kravspecifikationen framgår att förval ska för VGR kunna vara ett första steg vid portering av förbindelser för att på så sätt snabbt driftsätta avtalet vad gäller samtalstrafik. Någon närmare definition om vad VGR menat med begreppet förval finns inte i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten har i ovan nämnda dom tolkat begreppet förval med utgångspunkt i Post- och telestyrelsens föreskrifter om förval och prefixval men har också i sina skäl uppgett att det aktuella kravet är ett krav vars innebörd är i hög grad oklar. TeliaSonera har i ansökan om överprövning anfört att det varken i kravspecifikationen eller förfrågningsunderlaget finns några hänvisningar till nämnda föreskrifter eller i övrigt till det regulatoriska förvalsbegreppet. TeliaSonera har vidare bland annat redogjort för hur det bolaget ser på begreppet förval och argumenterat för varför bolaget uppfyller det aktuella kravet och varför, om inte bolaget anses uppfylla kravet, andra bolag inte heller har möjlighet att uppfylla det. VGR har

i nu aktuellt mål inte utvecklat sin syn på innebörden av begreppet eller närmare bemött vad TeliaSonera har anfört.

Av vad som kommit fram i målet framstår det alltså som oklart vad kravet i kravspecifikationen punkt 2.2.5 egentligen innebär. Förvaltningsrätten anser att VGR genom sin kravställning har brutit mot transparensprincipen på så sätt som TeliaSonera har anfört i sin ansökan och det kan inte uteslutas att TeliaSonera i vart fall har riskerat att lida skada på grund av detta. Förutsättningarna för att ingripa mot upphandlingen är således uppfyllda. Eftersom upphandlingen brister i det konkurrensuppsökande skedet ska den göras om.

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

Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Markus Zander.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

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.