



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2016-12-22
Meddelad i Jönköping

Mål nr
2289-16

SÖKANDE

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

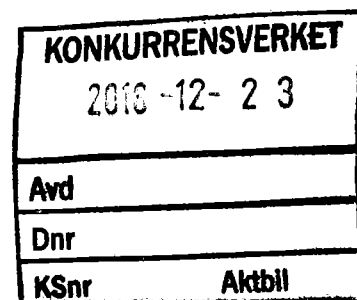
Ombud: Advokat Fredrik Linder och
Advokat Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Skogsstyrelsen
551 83 Jönköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 205376

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

BAKGRUND, YRKANDE M.M.

Skogsstyrelsen genomför ett avrop genom förnyad konkurrensutsättning av Statens inköpscentral vid Kammarkollegiets ramavtal *Kommunikation som tjänst, dnr:2015/0029*. Skogsstyrelsen avropar en leverantör för att täcka myndighetens behov av telefoni och datakommunikation. Genom tilldelningsbeslut tilldelades TeliaSonera Sverige AB kontraktet. Anbudet från TDC förkastades med hänvisning till att bolaget inte uppfyllde kontrollkravet.

TDC ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Skogsstyrelsen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

TDC

Bakgrund

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet (SI) har efter upphandling slutit ett ramavtal benämnt ”kommunikation som tjänst 2013 (dnr 96-77-2012) med vissa leverantörer, däribland TDC. I punkt 4.2.4.5 i förfrågningsunderlaget till upphandlingen av ramavtalet, vilket utgör en av ramavtalets handlingar anges bl.a. följande.

”Anbudsgivaren ska ange vilket eller vilka nät som abonnemang kan tillhandahållas i. Om anbudsgivaren inte har eget mobilnät eller är delägare i ett ska ett samarbetsavtal eller ett av operatör och anbudsgivaren signerat intyg bifogas som visar att anbudsgivaren har rätt att nyttja någon operatörs mobilnät. Av intyget ska det även framgå i vilket eller vilka nät abonnemang tillhandahålls i.”

Avropet har gjorts från Ramavtalet och genomförts som en förnyad konkurrensutsättning enligt 5 kap. 7 § LOU. Enligt punkt 1.1.1 i Avropsförfrågan avropar Skogsstyrelsen en leverantör för att täcka myndighetens behov av telefoni och datakommunikation. Vidare framgår av punkt 1.1.4 i Avropsförfrågan att Avropet är uppdelat i två delar; anbud kan lämnas på del A (telefoni) och/eller del B (datakommunikation). Anbud kan även lämnas på båda delar (del C). I punkt 1.1.4 i Avropsförfrågan (p.5) framgår vidare att det finns möjlighet att lägga anbud på båda sektionerna A och B separat, och till ett samlat pris.

Avtalstiden anges i punkt 1.1.5 i Avropsförfrågan:

”Avtalstiden avser en första period om tre år med option om tre år samt en option om en gång till två månader. Optionen med en gång till två månader avser att tillämpas om leverantörsbyte sker redan efter tre år eller att efter avtalsslut på 6 år ge möjlighet att förlänga avtalet månadsvis till dess att nytt avtal kan träda i kraft”

I punkt 4.10.2 (kontrollkravet) i Avropsförfrågan anges följande:

”Anbudsgivaren skall kunna garantera kontroll över det mobila nätet under hela avtalstiden i vilket man erbjuder tjänster, för att på bästa sätt stötta ett mobilt arbetssätt med högsta möjliga kvalitet, tillgänglighet, möjlighet att påverka utvecklingen av mobila nätet. Beskriv i väl utmärkt bilaga hur ägandet hanteras (direkt eller indirekt) och att kontroll säkerställs under hela avtalstiden, beskriv också de variabler och den tidsförbrukning som skogsstyrelsen måste räkna med om utbyggnad/justering av mast måste ske. Styrk gärna era påståenden med avtal gällande behörighet och service, dock bör det erinras om att handlingar som inkommer i ett anbud kan klassas som offentliga handlingar. Vid eventuellt avtalstecknande kommer handlingar begäras in av avtalspart för att säkerställa att kravet uppfylls”.

TDC inkom den 2 mars 2016 med avropssvar i Avropet, och offererade pris för delarna A, B och C. I bilaga 31 till TDC:s avropssvar gav

TDC följande svar avseende Kontrollkravet:

”Genom avtal med TeliaSonera Sverige AB köper TDC radiokapacitet och levererar TDC Mobiltjänsten i Telias radionät, vi producerar emellertid mobiltjänsterna på egna mobilväxlar och andra nätelement som genom egen nätinfrastruktur är sammankopplad med Telias mobilnät. TDC tillhandahåller mobil abonnemang i 2G, 3G och 4G näten. Enligt avtalet innebär det att TDC:s mobilkunder har tillgång till Telias mobilnät och radioresurser med samma prioritet som Telias egna kunder. Därmed har vi full kontroll över de tjänster som vi levererar till våra kunder över avtalstiden. TDC har lång erfarenhet av kundprojekt som inneburit förändringar och påverkan på täckning

och kapacitet över hela landet. Nedan ges en beskrivning av vilka möjligheter TDC har till sådana förändringar och påverkan, samt hur dessa förändringar genomförs i praktiken”.

Skogsstyrelsen begärde den 10 mars 2016 information från TDC, varvid bl.a. följande angavs:

I bilaga 31 anger ni att ni har full kontroll av telefontäckningen över hela avtalsperioden. Var god att uppge avtalsperiodens ingång (ingångsdatum skall vara tidigare än 2 mars 2016 (anbudsdagen). Var god ange slutdagen för avtalsperioden. Avtalsperioden skall inkludera 1. 30 juli 2016 t.o.m. 30 juli 2019 samt 2. Minst (i fall av option) 30 juli 2016 tom 30 juli 2020 (i de fall optionsåret utfaller istället för avtal om 3 år). Avtalsperioden bör också innehålla avtalad tid för full kontroll av telefonitäckningen för avtalsperioden 30 juli 2016 t.o.m. 30 juli 2023 (3 år + 3 år + 12 månader).

TDC besvarade begäran den 10 mars 2016. Skogsstyrelsen begärde den 11 mars 2016 ytterligare information från TDC, varvid bl.a. följande angavs.

”Ni har i ert anbud intygat att ni garanterar kontroll av den täckning på vilken ni baserar er anbud del A på. Skogsstyrelsen har valt att inte begära in avtalshandlingar förrän vid avtalstecknande. Detta innebär dock fortfarande att Skogsstyrelsen måste kvalificera ert anbud för att kunna genomföra en utvärdering. För skogsstyrelsen räcker det med att ni anger datumen för avtalens tid (start och slut) för att kvalificeras. Därav ska ni också kunna styrka de datum på vilka ni avtalat för kontroll. Datumen är den lägsta nivå Skogsstyrelsen kan komma på som ger en säkerhetskontroll som kan genomföras och sedan dubbelkontrolleras vid avtalstecknande. Var god och ange datumen (startdag och slutdag) för vilken ni har avtal för och som kan påvisa er kontroll i enlighet med avtalsperioden nedan:

- 1) 30 juli 2016 tom 30 juli 2019
- 2) 30 juli 2016 tom 30 juli 2020
- 3) 30 juli 2016 tom 30 juli 2023.

Utöver TDC inkom två ytterligare leverantörer med avropssvar i Avropet; DGC Access Aktiebolag och TeliaSonera Sverige AB. Tilldelningsbeslut i avropet meddelades den 2 maj 2016. Av tilldelningsbeslutet framgår att Telia antagits som leverantör i avropet. Enligt diskvalificeringsprotokoll daterat den 20 april 2016 har TDC:s avropssvar förkastats. Sammantaget framgår av Protokollat att anledningen härtill är att TDC inte ansetts uppfylla kontrollkravet. I protokollet anges bl.a. följande på s. 3-4.

”En avtalsperiod om direkta sju år vid avtalstecknande uppfyller inte kraven på att vara proportionerligt. Avtalet är uppdelat för att säkerställa verksamhetens behov av tid för att föra in ett nytt arbetssätt/kommunikationsplattform balanserat mot marknadens möjlighet

att garantera kontroll. Skogsstyrelsen har trots möjlighet att kräva en initial period om 4 år, valt 3 år för att öka tidsramen för leverantörer som påkallar underleverantörers kapacitet att teckna avtal med underleverantörer för perioder som återstår av avtalet efter den initiala perioden.”

”Det av TDC påkallade underleverantörsavtalet har ingåtts väl i tid för avropet och var giltigt vid anbudets inkommande. Kontrollen av den kapacitet som TDC påkallar går dock ut innan den första initiala perioden om 3 avtalsår efter anbudets giltighet går ut, 30 juli 2019. TDC borde säkerställt att de innehade kontrollen för lägst den initiala perioden. Hur detta skulle genomföras har inte krävts i underlaget vilket lämnar stort utrymme för att upprätta avtal eller liknande för att garantera att skall-kravet uppfyllts.”

Grunder

Kontrollkravet utgör en väsentlig avvikelse från ramavtalskravet

Kontrollkravet är ett helt nytt obligatoriskt krav i avropet som inte förekommit i ramavtalsupphandlingen. Kontrollkravet ställer mer långtgående krav på leverantörerna än Ramavtalskravet. Det förhållandet att Skogsstyrelsen ställt kontrollkravet i avropet utgör en väsentlig avvikelse från villkoren i ramavtalet. Kontrollkravet strider därför mot 5 kap. 2 § LOU

Ramavtalskravet i punkt 4.2.4.5 innebär att ett intyg eller ett avtal skulle ges in i Ramavtalsupphandlingen som visade att en MVNO-operatör hade rätt att nyttja en operatörs mobilnät. Det finns emellertid inget krav i ramavtalsupphandlingen att MVNO-avtalet skulle ha en viss löptid. TDC inkom i ramavtalsupphandlingen med efterfrågat intyg, uppfyllde ramavtalskravet och antogs som leverantör i ramavtalsupphandlingen. Det anges också uttryckligen i tilldelningsbeslutet avseende ramavtalsupphandlingen att TDC uppfyllt samtliga kvalificeringskrav i ramavtalsupphandlingen. TDC har ett MVNO-avtal med Telia, vilket innebär att TDC alltså uppfyller Ramavtalskravet i enlighet med vad som anges i punkt 8.1 i Ramavtalet.

Kontrollkravet i punkt 4.10.2 i avropet innebär att det krävs att en MVNO-operatör har ett MVNO-avtal som har en viss löptid, åtminstone

t.o.m. den 30 juli 2019. Skogsstyrelsen har ansett att TDC inte uppfyllt kontrollkravet. Vid en jämförelse mellan Ramavtalskravet och Kontrollkravet framgår att det finns en avgörande skillnad. Kontrollkravet innebär ett krav att MVNO-avtal måste ha viss löptid, medan ramavtalskravet överhuvudtaget inte innefattar något krav på viss tidsperiod under vilken den ska gälla eller då ett intyg ska vara giltigt.

Kontrollkravet är väsentligt mer långtgående än ramavtalskravet, och utgör i praktiken ett helt nytt obligatoriskt krav jämfört med villkoren i ramavtalet och en tydlig förändring av den kvalificering som skett i ramavtalsupphandlingen. TDC uppfyllde Ramavtalskravet och antogs som en av leverantörerna i Ramavtalet. Om nya obligatoriska krav ställs i avrop från Ramavtalet som TDC inte uppfyller – som nu gjorts genom Kontrollkravet – blir det förhållande att TDC antagits som leverantör i Ramavtalsupphandlingen helt meningslöst för TDC. Kontrollkravet innebär således i praktiken en tydlig förändring av den kvalificering som skett i Ramavtalsupphandlingen, vilket utgör en väsentlig avvikelse från villkoren i Ramavtalet.

Finansinspektionen (FI) ställde, i samband med FI:s avrop från Ramavtalet i oktober 2015, upp ett krav som innebar att MVNO-operatörer måste ha ett MVNO-avtal som gäller under hela det aktuella avropets avtalstid. TDC skickade den 14 oktober 2015 ett brev till FI där TDC anförde att FI:s krav stod i strid med 5 kap. 2 § LOU av samma skäl som i förevarande mål. FI beslutade att ta bort sitt krav, och istället ersätta det med att leverantören skulle ge vissa garantier. TDC vill understryka att FI i Frågor och Svar avseende aktuellt krav hänvisar till av TDC framförd synpunkt att deras ursprungliga krav ”avviker väsentligt från Kammarkollegiets förfrågningsunderlag punkt 4.2.4.5. Det är således uppenbart att anledningen till att FI avlägsnade sitt krav var att FI ansåg att kravet stod i strid med 5 kap. 2 § LOU på så sätt som TDC anført. TDC vill också

påpeka att flera andra myndigheter – t.ex. Försäkringskassan och Lantmäteriet – har avropat från ramavtalet, och inte alls ställt upp något krav på att en MVNO-operatör ska ha ett MVNO-avtal med viss löptid. Sammantaget är det uppenbart, med beaktande av vad TDC anfört, att kontrollkravet utgör en väsentlig avvikelse från villkoren i ramavtalet. Kontrollkravet strider därför mot 5 kap. 2 § LOU.

TDC uppfyller kravet på att tillgång till mobilnät ska uppfyllas under ramavtalets löptid eftersom TDC har ett MVNO-avtal med Telia som alltså löper. Det är först om TDC någon gång i framtiden skulle stå utan tillgång till mobilnät, som det skulle kunna argumenteras för att Ramavtalets krav inte uppfylls av TDC. Det finns emellertid inget krav i Ramavtalsupphandlingen som säger att TDC i nuläget måste kunna visa att man har tillgång till mobilnät vid en viss tidpunkt i framtiden. Det förhållandet att TDC inte i nuläget kan visa upp ett MVNO-avtal som ger TDC garanterad tillgång till mobilnät efter den 13 mars 2019 är således inte något brott mot de krav och villkor som angivits i Ramavtalsupphandlingen. Kontrollkravet i Avropet däremot, innebär att TDC måste ha ett MVNO-avtal som sträcker sig t.o.m. den 30 juli 2019. Därmed utgör kontrollkravet en avvikelse från Ramavtalet. Avvikelsen är väsentlig, eftersom innebörden av kontrollkravet är att ett helt nytt obligatoriskt krav jämfört med villkoren i ramavtalet ställts upp i avropet.

Det har inte varit tillåtet att ställa upp kontrollkravet, eftersom kontrollkravet utgör en väsentlig avvikelse från ramavtalet i strid med 5 kap. 2 § LOU. Om kontrollkravet rätteligen inte hade ställts upp, hade TDC uppfyllt samtliga obligatoriska krav i avropet och därvid kunnat antas som leverantör i avropet. Med beaktande härav har TDC konkretiserat varför TDC lidit, eller åtminstone riskerat att lida, skada till följd av kontrollkravet ställts upp i strid med 5 kap. 2 § LOU.

Kontrollkravet strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9§ LOU

Kontrollkravet är oförutsebart och lämnar stort utrymme för godtycke på ett sätt som inte hade kunnat förutses av TDC. Skogsstyrelsens utformning och tillämpning av kontrollkravet strider därför mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Enligt punkt 4.10.2 i Avropsförfrågan innefattar kontrollkravet att anbudsgivaren ska garantera kontroll över mobilnätet under hela avtalstiden och att anbudsgivaren ska beskriva hur denna kontroll säkerställs.

Sådan garanti och beskrivning som efterfrågas i kontrollkravet har TCD redogjort för i bilaga 31 till TDCs avropssvar. I kontrollkravet anges ingenting om att ett MVNO-avtal ska föreligga, och än mindre att ett sådant MVNO-avtal ska ha en viss löptid. Det anges heller inte om ”hela avtalstiden” innefattar endast avropets initiala löptid det vill säga tre år eller om ”hela avtalstiden” innefattar en eller flera av de förlängningsmöjligheter som anges i punkt 1.1.5 i Avropsförfrågan, det vill säga förlängning med totalt ett år, tre år eller fyra år. Det kan noteras att det visserligen nämns att handlingar kommer att begäras in vid eventuellt avtalstecknande för att säkerställa att kravet uppfylls. Denna skrivning utgör dock inget krav på leverantören att en viss typ av avtal ska föreligga. TDC vill understryka att Skogsstyrelsen själv, i protokollet bl.a. medger att det inte krävs i underlaget hur kontrollen över mobilnätet enligt kontrollkravet skulle garanteras. TDC delar helt denna uppfattning. Vad Skogsstyrelsen istället har gjort är att i efterhand genom Skogsstyrelsens begäran nr 1 och 2 samt i protokollet, redogöra för hur kontrollkravet skulle uppfyllas. Den slutliga tillämpningen av kontrollkravet är enligt följande: Anbudsgivare som är MVNO-operatör ska ha ett MVNO-avtal som löper under hela avropets avtalstid. De förlängningsoptioner som

anges i punkt 1.1.5 i Avropsförfrågan innefattas inte i begreppet ”hela avtalstiden” och MVNO-avtalet måste således löpa t.o.m. den 30 juli 2019. Om MVNO-avtalet har förlängningsoption får denna förlängningsoption inte medräknas vid bedömningen av MVNO-avtalets löptid.

Ingen av de omständigheter som har haft betydelse för kontrollkravets uppfyllande har angivits i avropsförfrågan. Kontrollkravets innebörd har klargjorts först i efterhand av skogsstyrelsen, i och med att protokollet meddelades. Skogsstyrelsen har successivt preciserat de närmare förutsättningarna för uppfyllandet av kontrollkravet i efterhand efter att avropstiden löpt ut. Vad Skogsstyrelsen i praktiken har krävt för att kontrollkravet ska vara uppfyllt är att TDCs MVNO-avtal med Telia ska ha en garanterad löptid tom 2019-07-30. Något sådant krav anges emellertid inte överhuvudtaget i avropsförfrågan. Det hade varit mycket enkelt för Skogsstyrelsen att ange i avropsförfrågan vad kontrollkravet i själva verket innebar. Då hade förutsättningarna för att uppfylla kontrollkravet varit klara för TDC och övriga anbudsgivare. Med den nuvarande formuleringen av kontrollkravet, har det varit omöjligt för TDC att förutse ett krav på att ett MVNO-avtal skulle ha en viss löptid, och än mindre vilken löptid som skulle anses föreligga. Detta eftersom det givetvis är möjligt att garantera kontroll över mobilnätet, utan att för den skull ha ett avtal med en sådan garanterad löptid som krävs enligt Skogsstyrelsens senare tillämpning av kontrollkravet. Sådan tillgång garanteras också av TDC, på så sätt som angivits i bilaga till TDCs avropssvar i avropet. Här kan också påpekas att det i praktiken aldrig förekommer att en MVNO-operatör ofrivilligt står utan MVNO-avtal. Detta har t ex aldrig någonsin inträffat för TDC under ca 10 års tid som MVNO-operatör på den svenska telekommarknaden.

TDC har lidit skada av denna brist i förutsebarheten. Om kontrollkravets innebörd hade uttryckts i avropsförfrågan hade TDC kunnat föra förhand-

lingar med Telia om att förlänga den initiala avtalstiden i TDCs MVNO-avtal med Telia i ytterligare några månader, för att på så sätt kunna uppfylla kontrollkravet. Den bristande utformningen av kontrollkravet har medfört att TDC åtminstone riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU.

Skogsstyrelsen

Kontrollkravet utgör en väsentlig avvikelse från ramavtalskravet

I förfrågningsunderlaget till Kammarkollegiets ramavtalsupphandling (se 1.1.4 Avropsordning”) framgår att

”Kund avgör vilka kriterier, utifrån upphandlingsunderlaget, bilaga Allmänna villkor och bilaga Kravkatalog, som är relevanta för det specifika avropstillfället, om dessa behöver preciseras samt vilken vikt de ska tillmätas. Kund avgör vilket avropssvar som är det ekonomiskt mest fördelaktiga genom att ställa och precisera krav som är relevanta för det specifika avropstillfället. Kund kan välja att i sitt avrop omformulera krav i upphandlingen från utvärderingskriterier (bör-krav) till obligatoriska krav samt anpassa utvärderingsmodellen”.

I likhet med texten i förfrågningsunderlaget anges även i vägledningen till ramavtalet under punkt 4.1. ”Avropsordning förnyad konkurrensutsättning” att:

”Myndigheten avgör vilka villkor och krav utifrån upphandlingsunderlaget, bilaga Allmänna villkor och bilaga Kravkatalog, som är relevanta för det specifika avropstillfället, om dessa behöver preciseras samt vilken vikt de ska tillmätas.”

Ramavtalet öppnar således upp för att upphandlande myndigheter ska ha möjligheter att under vissa förutsättningar precisera sina krav och kriterier för att på så vis tillmötesgå sina specifika behov. Det får också anses ligga i sakens natur att enskilda krav preciseras i samband med att ett faktiskt behov uppstår hos en avropande myndighet.

Av Kammarkollegiets krav i ramavtalsupphandlingen, punkt 4.2.4.5. ”Mobilnät” framgår följande. ”Mobila abonnemang ska minst kunna tillhandahållas i något av 2 G, 3G eller 4 G näten. Anbudsgivaren ska ange vilket

eller vilka nät som abonnemang kan tillhandahållas i.” Kravet påtalar vikten av att anbudsgivare som inte har ett eget mobilnät eller är delägare i ett ska kunna säkerställa rätten att nyttja annan operatörs mobilnät. En annan tolkning skulle medföra stor osäkerhet hos upphandlande myndigheter vid användning av ramavtalet.

Av punkt 8.1 i ramavtalet framgår vidare att ramavtalsleverantören under hela ramavtalsperioden ska uppfylla den kapacitet och de krav som framgår i ramavtalet samt uppfylla de krav som ramavtalsleverantören angav att de uppfyllde i sitt anbud vid tilldelning av ramavtalet. Av punkt 5.3. i ramavtalet framgår att förekomsten av att ramavtal upphört att gälla inte påverkar giltigheten av kontrakt som ingåtts under ramavtalets giltighetstid. Kravet i punkt 4.2.4.5. i förfrågningsunderlaget till Kammarkollegiets ramavtal kan därmed inte anses inskränka upphandlande myndighets möjlighet att ställa krav på att anbudsgivare ska kunna garantera kontroll under viss angiven tid.

Det framgår av Ramavtalet att Ramavtalsleverantören under hela ramavtalsperioden ska uppfylla den kapacitet och de krav som framgår i Ramavtalet samt uppfylla de krav som Ramavtalsleverantören angav att de uppfyllde i sitt anbud vid tilldelning av ramavtalet. Kravet på att ha ett samarbetsavtal som visar att anbudsgivaren har rätt att nyttja någon operatörs mobilnät gäller således inte bara under kvalificeringsfasen för ramavtalsupphandlingen utan gäller under flera år. Ett sådant krav är förståeligt eftersom en upphandlande myndighet, som väljer att nyttja ramavtalet vill kunna säkerställa att anbudsgivare som inte har egna nät också har rätt och därmed möjlighet att tillhandahålla efterfrågad tjänst under den av myndigheten aviserade avtalsperioden. Eftersom samarbetsavtal likt andra typer av avtal som regel kan sägas upp har skogsstyrelsens tillämpning av kravet om garanterad kontroll under avtalstiden varit befogad och relevant. Kravet om garanterad kontroll har bara avsett kontraktets första tre (3) år. Skogsstyrelsens tillämpning av

kontrollkravet är därmed förenligt med Ramavtalet och i högsta grad relevant för att en upphandlande myndighet ska kunna säkerställa leverans av efterfrågade tjänster under avtalsperioden.

Kontrollkravet strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9§ LOU

Ett av kraven i avropsförfrågan är att anbudsgivare ska kunna garantera kontroll över det mobila nätet under hela avtalstiden. För att visa att kravet om kontroll är uppfyllt ska anbudsgivare redogöra och beskriva i en separat bilaga hur ägandet hanteras (direkt eller indirekt) och att kontroll säkerställs under hela avtalstiden.

TDC har som svar på Skogsstyrelsens krav bifogat en bilaga. Av bilagan framgår att TDC ingått avtal med TeliaSonera Sverige AB för att kunna utföra en del av åtagandet. Av bilagan framgår däremot inte om avtalet mellan parterna är giltigt under en månad, ett halvår eller annan tid varför Skogsstyrelsen valt att kontrollera om kravet är uppfyllt eller inte. Av inkomna svar från TDC har framgått att TDC kan garantera kontroll över det mobila nätet fram till och med den 13 mars 2019. Därefter är bolaget beroende av att TeliaSonera accepterar en förlängning av avtalet. Av avropsförfrågan punkt 2.3.3 framgår att sista dag för att lämna anbud var 2016-03-02. Vidare framgår av punkt 2.3.4 i avropsförfrågan att anbud ska vara giltiga fram till och med 2016-07-30. Eftersom Skogsstyrelsen föreskrivit en initial avtalsperiod om tre (3) år innebär det att avtalstiden kan sträcka sig fram till 2019-07-30. För att uppfylla ställt krav borde TDC därmed ha säkerställt att de hade en garanterad kontroll över det mobila nätet fram till och med 2019-07-30. Den av TDC redovisade garanterade kontrolltiden understiger därmed avtalstiden om tre år varför bolaget inte uppfyllt ett obligatoriskt krav i avropsförfrågan. Skogsstyrelsen har därmed haft grund för att förkasta TDC:s anbud.

Av avropsförfrågan (punkt 1.1.5 Avtalstid) framgår att Skogsstyrelsen kontrakt kan komma att gälla under sju (7) år förutsatt att optionerna i avtalet nyttjas. Att avropande myndigheter har möjlighet att teckna kontrakt som sträcker sig längre än fem (5 år) framgår av punkt 5.3. i Ramavtalet. Förutsättningarna för kontraktets potentiella längd har därmed varit klara och tydliga inför anbudsinslämning. TDC borde därmed ha haft goda skäl att förankra eventuella utfästelser hos sin avtalspartner inför anbudsinslämning. Tillämpningen av kontrollkravet har vidare bara kommit att omfatta den initiala tre-årsperioden av avtalstiden. TDC har trots detta inte lyckats uppfylla kravet varför Skogsstyrelsen haft skäl att förkasta anbudet.

En grundförutsättning för att TDC ska kunna göra utfästelser om garanterad kontroll över mobilnätet är beroende av att bolaget tecknat samarbetsavtal med en nätägare. Skogsstyrelsens tillämpning av kontrollkravet är bara en naturlig följd av kravets ordalydelse, dvs. för att TDC ska kunna garantera kontroll över det mobila nätet under avtalstiden krävs att bolaget också har tecknat ett samarbetsavtal med en nätägare som sträcker sig över avtalstiden. För en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare torde kontrollkravet inte föranleda några särskilda oklarheter.

TDC valde själv att i sitt anbud hänvisa till ett avtal som enligt bolaget skulle garantera kontroll över det mobila nätet under avtalstiden. TDCs resonemang om bristande transparens och att tillämpningen av kravet innebär ett nytt obligatoriskt krav blir därför missvisande.

Ramavtalet ger upphandlande myndighet möjlighet att i samband med avrop precisera sina krav utifrån myndighetens specifika behov. Vidare framgår av punkt 5.3 i Ramavtalet att förekomsten av att ramavtalet upphört att gälla påverkar inte giltigheten av Kontrakt som ingåtts under ramavtalets giltighetstid. Kontrakt kan emellertid inte ingås efter det att ramavtalsperioden har upphört. Detta hindrar dock inte att leverans kan ske vid en senare tid-

punkt, under förutsättning att kontrakt tecknas inom ramavtalsperioden. Kontrakt kan tecknas på mer än fem (5) år om kunden kan motivera detta utifrån de unionsrättsliga principerna och LOU. En upphandlande myndighet som tecknar sitt kontrakt innan ramavtalets utgång därmed ha ett giltigt kontrakt under minst en femårsperiod. Eftersom kontrakt kan överstiga ramavtalets giltighetstid med åtminstone fem år måste upphandlande myndighet rimligtvis ha möjlighet att ställa vissa krav på både ramavtalsleverantörerna och tjänsten under en sådan tidsperiod.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Rättslig reglering

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

I 5 kap. 2 § LOU stadgas att vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet.

Enligt 5 kap. 7 § LOU ska, om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Förvaltningsrättens bedömning

TDC har gjort gällande att kontrollkravet i punkt 4.10.2 i förfrågningsunderlaget till avropet innebär en väsentlig avvikelse från villkoren i ramavtalet och då specifikt kravet i punkt 4.2.4.5 i förfrågningsunderlaget till ramavtalet, vilket är en del av ramavtalet, enligt punkt 4.1 i ramavtalet. Skogsstyrelsen hävdar att det inte rör sig om en väsentlig avvikelse utan endast en precisering av aktuellt villkor i ramavtalet.

I punkt 4.2.4.5 i förfrågningsunderlaget till ramavtalet anges bl.a. följande.

Mobila abonnemang ska minst kunna tillhandahållas i något av 2G, 3G eller 4G näten. Anbudsgivaren ska ange vilket eller vilka nät som abonnemang kan tillhandahållas i. Om anbudsgivaren inte har eget mobilnät eller är delägare i ett ska ett samarbetsavtal eller ett av operatör och anbudsgivaren signerat intyg bifogas som visar att anbudsgivaren har rätt att nyttja någon operatörs mobilnät.

I punkt 4.10.2 i förfrågningsunderlaget till avropsavtalet anges bl.a. följande.

Anbudsgivaren skall kunna garantera kontroll över det mobila nätet under hela avtalstiden i vilket man erbjuder tjänster... Beskriv i väl utmärkt bilaga hur ägandet hanteras (direkt eller indirekt) och att kontroll säkerställs under hela avtalstiden.

Förvaltningsrätten är av uppfattningen att Statens inköpscentral inte kan antas ha menat annat med ramavtalskravet än att anbudsgivaren ska ha tillgång till mobilnät under hela avtalstiden; något båda parter för övrigt är överens om. Kontrollkravet, i dess ordalydelse, kan inte anses vara en utvidgning av detta krav utan får anses innebära samma sak. Därmed kan inte kontrollkravet anses utgöra en väsentlig avvikelse från villkoren i ramavtalet.

Hade ordalydelsen i kontrollkravet i stället varit sådan som kravet sedermera kommit att preciseras av Skogsstyrelsen – nämligen att anbudsgivare som

inte har tillgång till ett eget nät måste kunna visa upp ett MVNO-avtal med löptid som sträcker sig i vart fall t.o.m. den 30 juli 2019 – hade kravet enligt förvaltningsrättens mening utgjort en väsentlig avvikelse från villkoren i ramavtalet. Detta då det av ramavtalskravet inte går att utläsa att det uppställs ett krav på att intyg eller samarbetsavtal ska ha en viss giltighetstid eller löptid. Genom kontrollkravet, i dess av Skogsstyrelsen tillämpade betydelse, ändras ett krav som styr kvalificeringen i ramavtalsupphandlingen och den yttre ramen för att tilldelas kontrakt vidgas. Dock bör det enligt förvaltningsrättens mening vara det i förfrågningsunderlaget till avropet uppställda kravet i dess ordalydelse som ska jämföras med ramavtalskravet, då frågan om väsentlig avvikelse ska avgöras, varför kontrollkravet enligt resonemanget i föregående stycke inte ska anses utgöra en väsentlig avvikelse från villkoren i ramavtalet.

Nästa fråga blir då om kontrollkravet kan anses vara så pass otydligt och oförutsägbart att det strider mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen, vilket TDC vill göra gällande.

TDC menar att kontrollkravet kan delas upp i två delar. Den ena delen innebär att anbudsgivaren ska garantera kontroll över mobilnätet under hela avtalstiden. Den andra delen innebär att anbudsgivaren ska beskriva hur kontrollen säkerställs. TDC anser sig ha garanterat kontroll och likaledes beskrivit på vilket sätt i bilaga 31 till anbudet. TDC hävdar emellertid att kravet är otydligt, då det inte framgår hur kontrollen över mobilnätet ska garanteras. Det går inte att utläsa av kravet att anbudsgivaren, för det fall anbudsgivaren inte har ett eget nät, vid anbudslämnandet måste ha ett MVNO-avtal med viss löptid och inte heller vad som avses med ”hela avtalstiden”. Det går heller inte att utläsa av kontrollkravet att om ett MVNO-avtal har förlängningsoption får denna förlängningsoption inte medräknas vid bedömningen av MVNO-avtalets löptid.

Skogsstyrelsen har å sin sida anfört följande till stöd för att kontrollkravet är tydligt och förutsägbart. Ett samarbetsavtal är en grundförutsättning för att TDC ska kunna göra utfästelser om garanterad kontroll över annan leverantörs mobilnät. Skogsstyrelsens tillämpning av kontrollkravet är bara en naturlig följd av kravets ordalydelse. Eftersom Skogsstyrelsen föreskrivit en initial avtalsperiod om tre år innebär det att avtalstiden kan sträcka sig fram till 2019-07-30. För att uppfylla ställt krav borde TDC därmed ha säkerställt att bolaget hade en garanterad kontroll över det mobila nätet fram till och med 2019-07-30.

Parterna tycks vara överens om att den slutliga innebörden av kontrollkravet, som det har kommit att tillämpas, är att en MVNO-operatör ska ha ett MVNO-avtal som löper t.o.m. den 30 juli 2019 och att om MVNO-avtalet har förlängningsoption får denna inte medräknas vid bedömningen av MVNO-avtalets löptid. För att kontrollkravet ska anses tillräckligt tydligt och förutsägbart måste en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare kunna utläsa denna betydelse ur kravet.

Förvaltningsrätten anser att uttrycket ”garantera kontroll över mobilnätet under hela avtalstiden”, lämnar utrymme för tolkning. Det är inte orimligt att tro att kontroll över nätet skulle kunna garanteras på flera olika sätt. Det är heller inte orimligt att betrakta ett MVNO-avtal med en förlängningsoption som sträcker sig över avtalstiden som en garant för kontroll över mobilnätet. Att ett MVNO-avtal med löptid t.o.m. den 30 juli 2019 (exklusive förlängningsoption) måste föreligga för en MVNO-operatör kan inte anses vara tillräckligt förutsebart och tydligt framgå av kontrollkravet. Förvaltningsrätten anser således att kontrollkravet står i strid med transparensprincipen.

Om kontrollkravet varit tydligt formulerat hade det eventuellt varit möjligt för TDC att tillse att det kunde uppfyllas på sätt som Skogsstyrelsen avsett

och att därmed utforma sitt anbud på annat sätt. TDC får anses ha gjort sannolikt att bolaget i vart fall kan komma att lida skada till följd av att Skogsstyrelsen utformat kontrollkravet på sätt som skett.

Eftersom ett krav i förfrågningsunderlaget således utformats i strid med transparensprincipen och felet därmed uppstått i det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. TDC:s ansökan ska således bifallas.

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

Sofia Blomkvist

Rådmannen Sofia Blomkvist har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.



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

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

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

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

