


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2019-06-14

Meddelad i Stockholm

Mål nr

24276-18

SÖKANDE

Tele2 Sverige AB, 556267-5164

Box 62

164 94 Kista

MOTPART

Försvarets materielverk

115 88 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019 06 17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Försvarets materielverks avrop från Kammarkollegiets ramavtal ”Kommunikation som tjänst” (dnr 96-77-2012) ska göras om.

Dok.Id 1068115

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: avd30.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstidmåndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) har, genom en förnyad konkurrensutsättning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU), gjort ett avrop från Kammarkollegiets ramavtal "Kommunikation som tjänst" (dnr 96-77-2012). Tilldelningsbeslut har inte meddelats i upphandlingen. Förvaltningsrätten beslutade den 31 oktober 2018 att FMV inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Av förfrågningsunderlaget framgår att FMV kommer att tilldela kontrakt till den anbudsgivaren som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga erbjudandet i enlighet med utvärderingsgrunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet (16 kap. 1 § punkten 1 ÄLOU) och som uppfyller samtliga obligatoriska krav i avropet.

Tele2 Sverige AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Försvarets materielverk (FMV) yrkar att ansökan ska avslås.

Till stöd för sin ansökan anför bolaget bl.a. att FMV har uppställt ett oproportionerligt krav avseende att anbudsgivaren måste erbjuda roaming i hela världen.

Förvaltningsrätten prövar först frågan om FMV har uppställt ett oproportionerligt krav avseende att anbudsgivaren måste erbjuda roaming i hela världen.

Bolaget anför följande till stöd för sin talan. FMV har angivit att anbudsgivaren får sakna roamingavtal med högst två länder av alla angivna länder samt att roamingavtal måste finnas för de 90 länder med störst trafik. Detta är inte möjligt, eller åtminstone alltför ingripande för att uppfylla syftet med upphandlingen, då förhållandena i flera länder är sådana att träffa roamingavtal på kommersiella villkor är ytterst begränsade. För att agera enligt proportionalitetsprincipen borde skall-kravet endast omfatta de länder som det är nödvändigt att erbjuda roamingavtal med.

Bolaget finner det även opassande att för det fall att roamingavtal saknas för något av de angivna länderna ska trafikvolymen för landet som listas närmast ovanför ökas med det saknade landet.

Det är helt obegripligt varför just landet över i listan ska användas som beräkningsgrund för anbudsgivaren. Denna hantering är helt ologisk och blir dessutom helt olika för de olika anbudsgivarna. Det kan inte anses rimligt att alla anbudsgivare ska ges olika beräkningsgrunder för sina anbud.

FMV anger Namibia som ett exempel och detta innebär att en leverantör som inte kan erbjuda roaming ska ange angiven trafikvolym för Namibia för landet som ligger över Namibia i FMV:s lista. Landet ovanför Namibia är Monaco, vilket innebär en betydligt lägre kostnad för anbudsgivaren. Därmed gynnas en anbudsgivare som inte kan erbjuda roaming i Namibia i enlighet med förfrågningsunderlaget. Följaktligen ges denne anbudsgivare en otillbörlig fördel, varför denne gynnas på bekostnad av övriga anbudsgivare som faktiskt kan erbjuda roaming i Namibia.

I situationen när det angår ett EU-land bedömer FMV att det rör sig om 2 procent av fallen där anbudsgivaren behandlas olika. Detta kanske måhända är sant, men FMV kan omöjligen uttala sig om kostnaderna för dessa 2 procent. Kostnaderna för att tillhandahålla roaming i ett visst land kan vara

enorma för en teleoperatör. Att då en leverantör som inte har roaming att erbjuda i landet ska få en otillbörlig fördel genom att slippa denna enorma kostnad är inte i enlighet med likabehandlingsprincipen.

Upphandlingen genomförs i strid med likabehandlings- och proportionalitetsprincipen och upphandlingsdokumenten har inte varit tillräckligt klart och tydligt utformade. Bolaget kan inte avgöra vad FMV avser att tillmäta betydelse i upphandlingen. FMV har härigenom även gett sig själv en fri prövningsrätt av inkomna anbud. Därmed fräntas bolaget möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

FMV anför följande. Det är den upphandlande myndigheten som i egenskap av brukare av tjänsterna har bäst möjligheter att själva avgöra det faktiska behovet av vad som ska upphandlas. I FMV:s uppdrag att leverera effektiv försvarslogistik ingår att med mycket kort varsel kunna inställa sig på platser var helst i världen som behov uppstår. Det är således inte möjligt att välja ut vilka länder som en leverantör särskilt måste ha roamingavtal för eftersom s.k. nödvändiga länder varierar från en tid till en annan.

Vad beträffar den kritik av utvärderingsmodellen som bolaget anför så medger FMV att det finns en sådan risk. Bakgrunden till den valda modellen är att utjämna den uppenbara orättvisan som skulle komma att uppstå om en anbudsgivare saknade roamingavtal i ett visst land och då helt slapp att tillgodoräknas några trafik kostnader alls för det landet. Denna ”kompenserande åtgärd” är visserligen inte optimal men utifrån de särskilda ekonomiska förhållandena som råder i branschen är den ändå enligt FMV:s mening den mest lämpliga för att säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vinner.

Det oproportionerliga som bolaget hänvisar till kan bedömningsvis uppstå i cirka två procent av fallen och ger då en beloppsmässig påverkan som torde

vara mindre än en promille av upphandlingens totala belopp. Detta medför att en drabbad anbudsgivare åtminstone under inga omständigheter kan påstå att denne lidit någon skada av hur utvärderingsmodellen i denna del är utformad.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Den 1 januari 2017 trädde en ny lag (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU i kraft. Av övergångsbestämmelserna till den nya lagen framgår att den tidigare lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – ÄLOU ska tillämpas på sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom upphandlingen utgör ett avrop från ett ramavtal som upphandlades före den 1 januari 2017 är det således, vilket är ostridigt mellan parterna, ÄLOU i dess äldre lydelse som är tillämplig i målet (jfr prop. 2015/16:195 s. 918).

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § ÄLOU, dvs. om den upphandlande myndigheten har brutit mot de allmänna principerna i 1 kap. 9 § ÄLOU eller någon annan bestämmelse i ÄLOU 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.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § ÄLOU 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.

I RÅ 2002 ref. 50 så uttalade Högsta förvaltningsdomstolen bl.a. följande. De skiftade 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en normalt omsorgsfull leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse under upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

I avgörandet HFD 2018 ref. 50 har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att en upphandlande myndighet har relativ stor frihet att närmare bestämma vilka obligatoriska krav som ska gälla för en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de allmänna principer för offentlig upphandling som anges i 1 kap. 9 § ÄLOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det är den upphandlande myndigheten som beslutar om vad som ska upphandlas och ställer upp de krav som ska anses nödvändiga för att syftet med upphandlingen ska uppnås under förutsättning att det inte sker i strid mot de allmänna principerna eller ÄLOU. Förvaltningsrätten har inledningsvis att pröva om FMV:s uppställda krav på antalet länder som anbudsgivaren ska tillhandahålla roamingavtal strider mot principen om proportionalitet.

Av EU-domstolens praxis följer att bedömningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska utföras som en ”strukturerad avvägning” mellan

motstående intressen i tre steg. Det första steget innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet. Slutligen bedöms om den negativa effekten som åtgärden medför, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (jfr HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten finner att kravet på antalet länder där roamingavtal ska tillhandahållas är klart ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet med upphandlingen och detta krav är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Det har inte heller i målet framkommit att den negativa effekten som åtgärden medför, på det intresse eller rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Förvaltningsrätten finner därför inte att det har framkommit något som tyder på att förfrågningsunderlaget i detta hänseende är i strid med proportionalitetsprincipen i den mening som avses i 1 kap. 9 § ÄLOU.

Förfrågningsunderlagets ska-krav 5 kompletterades genom frågor och svar med följande. Roamingtrafik (tal och SMS) ska ingå med trafikvolym ”Baseline” enligt bilaga 4. Om roamingavtal saknas för något av de angivna länderna ska trafikvolymen ökas för landet som listas närmast ovanför ökas med volymen för det saknade landet. Högst två länder och inget av de 90 med störst trafik enligt tabellen får saknas på detta sätt. Förfrågningsunderlagets ska-krav 7 kompletterades på motsvarande sätt med följande. Om roamingavtal saknas för något av de angivna länderna ska trafikvolymen för landet som listas närmast ovanför ökas med volymen för det saknade landet. Högst två länder och inget av de 90 med störst trafik enligt tabellen får saknas på detta sätt.

Enligt förvaltningsrätten garanterar inte utvärderingsmodellen i denna del att alla anbudsgivare behandlas lika. Resultatet från utvärderingsmodellen i

denna del riskerar att ge godtyckliga resultat eftersom utfallet är beroende av om och i sådana fall vilket land en anbudsgivare saknar roamingavtal med samt vilket land som återfinns över det aktuella landet i den av FMV tillhandahållna listan. Utformningen av utvärderingsmodellen ger sålunda till resultat att anbudsgivarna inte ges samma möjligheter att utforma sina anbud och kan komma att gynnas respektive missgynnas på ett otillbörligt sätt. Förvaltningsrätten anser att utvärderingsmodellen inte är utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte det av FMV åberopade skälet till utformningen, att anbudsgivarna i annat fall slipper tillgodoräkna sig trafik kostnader, utgöra ett godtagbart sakligt skäl för denna olikbehandling. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att utvärderingsmodellen i aktuellt hänseende strider mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § ÄLOU.

Förvaltningsrätten finner att detta har medfört att bolaget i vart fall riskerat att lida skada. Det FMV har anfört gällande att det bedömningsvis kan uppstå i ca två procent av fallen och då ge en beloppsmässig påverkan som torde vara mindre än en promille av upphandlingens totala belopp föranleder ingen annan bedömning. Eftersom bristen är hänförlig till den konkurrensuppsökande delen av upphandlingen finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om. Ansökan ska därför bifallas. Det saknas skäl att pröva vad bolaget ytterligare har anfört eftersom upphandlingen brister redan i denna del.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Jan Nyrén

Rådman

Marie Englund har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

