



**SÖKANDE**

TeliaSonera Sverige AB, 556430-0142  
169 94 Solna

Ombud: Olof Larsberger och Carl Norén  
Kastell Advokatbyrå AB  
Box 7169  
103 88 Stockholm

**MOTPART**

Region Västerbotten, 222000-2436  
Box 443  
901 09 Umeå

Ombud: Martin Bogg och Anna Ulfsson  
Advokatfirman Delphi  
Box 1432  
111 84 Stockholm

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016-11-11	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Region Västerbotten (Regionen) genomför en upphandling av telekommunikationstjänster (dnr 15225) och har beslutat att anta Tele2 Sverige Aktieföretag (Tele2) som leverantör. Regionen agerar som inköpscentral för ett stort antal organisationer i Västerbotten och Norrbotten. Upphandlingsförfarande är förhandlat förfarande och tilldelningsgrund ekonomiskt mest fördelaktiga anbud.

Av Regionens utvärderingsprotokoll framgår att anbudet från TeliaSonera Sverige AB rangordnats som nummer två med ett jämförelsetal om 23 910 286,00 och att det vinnande anbudets jämförelsetal var 18 210 770,00.

TeliaSonera Sverige AB (Telia) yrkar i förvaltningsrätten i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Regionen motsätter sig bifall till ansökan.

## UTREDNINGEN

### Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlagets Utvärderingsmodell anges bl.a. följande.

#### *Krav 1.0.5*

Det ska framgå av anbudet om underleverantör kommer att anlitas av anbudsgivaren för att utföra uppdraget.

Accepterar ni detta och har ni angett underleverantör/er i kommentarsfältet nedan?

#### *Krav 1.0.9*

Anbudsgivaren ska beskriva erbjudna tilläggstjänster, som anbudsgivaren tror kan vara intressanta för beställaren, om sådana finns.

Beskrivning av tjänster samt prissättning på dessa lämnas i bilaga Prissbilaga\_15225.xlsx, flik Övriga tjänster 2016.

Är detta krav uppfyllt?

#### *Krav 3.0.2*

Uppfyller ni kraven som ställs i bilaga "Växeltjänster i operatörens nät.docx".

*Krav på bilaga 3.0.5*

Bifoga utförlig beskrivning på er växeltjänst samt tillhörande tjänster.

*Bedömning 2.0.5*

*Geografisk täckning och kapacitet*

Anbudsgivaren ska redovisa möjligheten för hur de avropande organisationerna kan påverka det publika mobilnätet i Västerbotten och Norrbotten för att förbättra täckningen/kapacitet där deras verksamhet har behov av bättre täckning och/eller kapacitet i det publika mobilnätet.

Förbättringarna kan vara av två varianter:

- a) Permanent förbättring av täckning/kapacitet i område där avropande organisationer har problem.
- b) Tillfälligt utökad täckning/kapacitet i samband med stora återkommande event såsom t.ex. Åsele/Jokkmokks marknad eller i samband med ett tillfälligt event som t ex SM-veckan Piteå.

*Verifiering*

Verifiering sker genom att redovisa minst 1 referens för respektive variant a och b och där förändringar av det publika mobilnätet har genomförts och det genererat en märkbar förbättring för referenserna.

0 poäng Kan ej påverka

1 poäng Kan påverka

2 poäng Kan påverka med verifiering av tillfällig lösning 1 referens

3 poäng Kan påverka med verifiering av tillfällig lösning 1 referens samt även kan påverka med verifiering av permanent lösning med 1 referens

*Definition*

Ger ett avdrag/påslag på jämförelsetalet med angiven definition.

<i>Poäng</i>	<i>Beskrivning</i>	<i>Värde</i>
0	Kan ej påverka	0,00
1	Kan påverka	-800 000,00
2	Kan påverka med verifiering av tillfällig lösning 1 referens	-1 600 000,00
3	Kan påverka med verifiering av tillfällig lösning 1 referens samt även kan påverka med verifiering a	-2 400 000,00

*Mätning 2.0.9*

*Geografisk täckning och kapacitet*

Mobil täckning avseende 2G, 3G och 4G ska fylla de upphandlande organisationernas verksamhetsbehov av tal- och datatrafik inom hela det geografiska område som de är verk-samma i.

Som exempel på verksamhet med stora behov av tillgång till mobiltelefoni oavsett var man befinner sig, kan nämnas hemtjänsten och hemsjukvården som behöver ha tillgång till både tal och data när de arbetar i fält. Det finns också många andra verksamheter som utför sina uppdrag utanför tätbebyggt område och som har mobiltelefonen som enda kommunikationslänk.

Redovisningen av mobilnätens täckning och kapacitet skall baseras på de nivåer som definerats i branschöverenskommelsen mellan Konsumentverket och de nätägande mobiloperatörerna. Överenskommelsen finns att ladda ned på Konsumentverkets webbplats med diarienummer 2014/315. Den innebär att täckningen ska redovisas i tre nivåer bastäckning, god täckning och mycket god täckning för respektive nät 2G, 3G och 4G.

För utvärderingen kommer vi att använda god täckning för tal (2G + 3G) respektive data (3G + 4G). Ni ska därför ange hur stor yta (procent av total yta) som ni erbjuder god täckning för tal (2G + 3G) respektive data (3G + 4G) i Norr- och Västerbottens län. Ni skall inte redovisa respektive nät utan den totala täckningen av dessa avseende god täckning för tal respektive data.

Redovisningen ska anges som procentsats med en (1) decimal för respektive kommun i de båda länen i bilaga Utvärdering täckning.xlsx.

De angivna procentsatserna kommer att sammanvägas till en slutlig reduktionssumma i cell A5 i fliken "Summa reduktion täckning" som ni för över till nedanstående ruta "Ange antal kr".

*Definition*

Utvärdering genom mätning i intervallet 1 – 4930000 kr där varje kr ger ett avdrag med 1. Minvärdet 1 ger minsta möjliga avdrag 1. Maxvärdet 4930000 ger fullt avdrag 4930000.

**Parternas anföranden**

Telia anför bl.a. följande.

*Sammanfattande grunder*

Regionen har inlett förhandlingar med Tele2 trots att anbudet inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav. Syftet med ett förhandlat förfarande är inte att bereda anbudsgivare möjlighet att läka brister avseende obligatoriska krav.

Tele2 har särbehandlats under förhandlingsfasen genom att de återkommande getts möjlighet att avhjälpa brister i anbudet. Det är inte tillåtet att – på sätt som Tele2 getts möjlighet att göra – tillföra ett anbud nya sakuppgifter och på så sätt läka brister avseende obligatoriska krav.

Regionen har slutligen antagit anbudet från Tele2 trots att detta anbud vid anbudsgivning – och alltså vid tilldelningen – inte uppfyllt samtliga ställda obligatoriska krav i upphandlingen.

Härigenom har Regionens brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling enligt 1 kap. 9 § LOU.

Telia har lidit, eller kan komma att lida, skada av Regionens brott mot LOU.

*Förhandling för att "läka brister"*

En huvudprincip inom offentlig upphandling är att fastställda obligatoriska krav inte får frångås.

I EU-domstolens avgörande i mål C-561/12, Nordecon, fastslogs att principerna om transparens och likabehandling även gäller i ett förhandlat förfarande. EU-domstolen gjorde bedömningen att det *inte* är tillåtet att förhandla med anbudsgivare om anbud som inte uppfyller de bindande kraven i de ”tekniska specifikationerna” för upphandlingen (punkten 39).

Med andra ord: Det är inte tillåtet att inleda förhandlingar med en anbudsgivare vars anbud inte uppfyller ”bindande villkor”. En motsatt ordning skulle innebära att sådana villkor inte fyllde någon funktion. I kommentarer till EU-domstolens avgörande har domen uppfattats på så sätt att förhandlingar aldrig kan användas för att tillrättalägga anbudsbrister, oavsett vilken typ av obligatoriskt krav det är frågan om (se bl.a. Linder och Sigfridsson: ”Ingen förhandling om anbud som inte klarar bindande krav”, publicerad på Upphandling24:s webbplats den 27 januari 2014). Således: Förhandlingar får inte användas i syfte att ”läka” brister i ett anbud. Om ett anbud inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav ska det förkastas och den anbudsgivare som inkommit med anbudet ska överhuvudtaget inte inbjudas till några förhandlingar.

Ingen av de rättskällor som Regionen hänvisat till – 4 kap. 3 § LOU, det nya LOU-direktivet, doktrinuttalandena av Arrowsmith, Andersson m.m. – ger något stöd för påståendet att det skulle vara tillåtet att använda förhandlingar i offentlig upphandling i syfte att läka brister i förhållande till obligatoriska krav.

*Tele2 uppfyller inte samtliga obligatoriska krav*

Tele2 har inte uppfyllt obligatoriska krav rörande:

- underleverantörer (krav 1.0.5)
- beskrivning och prissättning av tilläggstjänster (krav 1.0.9)
- växeltjänst (krav 3.0.2 och 3.0.5)

- beskrivning av geografisk täckning och kapacitet (bedömning 2.0.5 och mätning 2.0.9)

*Krav 1.0.5*

Tele2 har i anbudet uppgett att man inte åberopar någon underleverantör och följaktligen inte angett någon i anbudet.

Av protokollet från April-dialogen framgår dock att Tele2 *kommer* att använda sig av underleverantör för vissa tilläggstjänster. Denna underleverantör skulle rätteligen ha angetts i anbudet.

Upphandlingen rör som bekant telekommunikationstjänster rörande såväl mobil som fast telefoni. För att kunna tillhandahålla sådana tjänster krävs tillgång till såväl mobil som fast telekapacitet. Såvitt gäller fast telefoni krävs bl.a. tillgång till kopparaccess. På fasttelefonisidan är Tele2 i behov av att hyra koppar, alternativt köpa en förädlad tjänst, av företag inom Telia-koncernen för att kunna leverera de 4 400 stycken företagsabonnemang och 300 stycken anknytningsledningar som efterfrågats i upphandlingen. Det råder således ingen tvekan om att Tele2, för att kunna utföra uppdraget, kommer att behöva anlita underleverantörer. Ett företag som – exempelvis genom en grossisttjänst – möjliggör leverans av sådana förbindelsetjänster som efterfrågats är upphandlingsrättsligt att bedöma som en underleverantör.

*Krav 1.0.9*

Tele2 har i anbudet uppgett att man accepterar kravet och hänvisat till ”bilaga Tele2 Tilläggstjänster”.

Av protokollet från April-dialogen framgår att Tele2 i anbudet offererat vissa tilläggstjänster men att dessa tjänster inte prissatts. Vidare framgår att Tele2 beretts tillfälle att komplettera med ”utförligare beskrivning” av tjäns-

terna ifråga. Dessa tilläggstjänster skulle rätteligen ha varit prissatta och beskrivna på ett tillfredsställande sätt redan i anbudet.

Regionen bestrider att man skulle ha ställt ett obligatoriskt krav på prissättning av erbjudna tilläggstjänster. Regionen bortser härvid ifrån det obligatoriska kravet i Krav 1.0.6 om att anbudet ska innehålla fullständiga prisuppgifter. Någon begränsning i fråga om vilka tjänster som ska prissättas framgår inte utan kravet omfattar även erbjudna tilläggstjänster. Således: I den mån tilläggstjänster *kan* prissättas – dvs. om det finns ett pris att ange – så ska priset även framgå av anbudet.

Regionen påstår även att Tele2:s ”komplettering” med prisuppgifter avseende tilläggstjänster kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrenssnedvridning. Detta eftersom tilläggstjänster inte hade behövt erbjudas alls. Påståendet är felaktigt. I själva verket utgör detta ett tydligt exempel på nya uppgifter avseende obligatoriska krav som tillförts Tele2:s anbud i efterhand.

Ett krav att ange pris för en viss tjänst kan knappast omfatta tjänster för vilka det inte går att ange något pris ytterligare parametrar förutan. Häri ligger skillnaden mellan de tjänster som Tele2 inte prissatt och de tjänster som Telia inte prissatt. Tele2 *har* i efterhand – efter uppmaning av Regionen – prissatt offererade tjänster och hade således kunnat göra det redan i anbudet. Detta har *inte* varit fallet med de fåtal tilläggstjänster som Telia inte prissatt i anbudet.

#### *Krav 3.0.2 och Krav 3.0.5*

Regionen har således ställt obligatoriska krav på (i) växeltjänstfunktioner och tilläggstjänster i enlighet med vad som framgår av Växeltjänstbilagan och (ii) en beskrivning av anbudsgivarens växeltjänst och tillhörande tjänster.

Tele2 har i anbudet angett att kravet uppfylls och till anbudet bifogat bilagan ”Tjänsteutbud växeltjänster”.

Av protokollet från April-dialogen framgår att Tele2 inte offererat en, utan tre, växeltjänster och att Regionen inte kunde avgöra huruvida ställda obligatoriska krav verkligen var uppfyllda. Av protokollet från Maj-dialogen framgår vidare att denna osäkerhet kring kravuppfyllelsen kvarstod även vid denna tidpunkt.

Det kan således konstateras att Tele2 i anbudet inte offererat en växeltjänst i enlighet med vad Regionen efterfrågat. Tele2 har i sin beskrivning heller inte förmått visa att ställda obligatoriska krav på efterfrågad växeltjänst enligt Växeltjänstbilagan faktiskt uppfylls.

Krav 3.0.2 och krav 3.0.5 måste rätteligen läsas i ett sammanhang. I den mån en anbudsgivares beskrivning av offererad växeltjänst enligt krav 3.0.5 avviker från ställda obligatoriska krav enligt Växeltjänstbilagan kan knappast anbudsgivaren ifråga anses ha uppfyllt aktuella obligatoriska krav. Detta oaktat om anbudsgivaren ”intygat” att kravet uppfylls. Regionens eget agerande med de återkommande kompletteringsförfrågningarna bekräftar också att kraven ska uppfattas på detta sätt.

Tele2 har erbjudit flera alternativa växeltjänster. Erbjudandet är upphandlingsrättsligt att bedöma som ett alternativt utförande, för vilket det inte givits utrymme i upphandlingen. Alternativa utföranden är inte tillåtna med mindre än att det angetts i annonsen (6 kap. 9 § andra stycket LOU). Avgörande för frågan om alternativt utförande är inte huruvida ställda krav är uppfyllda utan istället om anbudsgivaren offererat *en* eller *flera* lösningar.



*Bedömning 2.0.5*

Regionen har således ställt ett obligatoriskt krav på redovisning av hur de avropande organisationerna kan påverka täckningen och kapaciteten i det publika mobilnätet i Västerbotten och Norrbotten.

Tele2 har i anbudet hänvisat till bilaga "Tele2 Bilaga Täckningsreferens B Jokkmokks marknad och Täckningsreferens A Tjintokk testanläggning".

Av protokollet från April-dialogen framgår att Regionen gjort bedömningen att det av Tele2:s beskrivning inte framgår hur de avropande myndigheterna kan påverka täckning och kapacitet och efterfrågat en komplettering i denna del. Enligt Regionen har Tele2 således inte förmått leva upp till aktuellt obligatoriskt krav.

*Mätning 2.0.9*

I Branschöverenskommelsen definieras begreppet "god täckning" enligt följande (punkten 2.1): "Innehåller en marginal för dämpning av signalen på 8 dB jämfört med Bastäckning". Begreppet "Bastäckning" definieras i samma punkt som "utomhustäckning för mobilterminalen fritt utan kroppsdämpning".

Regionen har således ställt ett obligatoriskt krav på redogörelse av mobilnätets täckning och kapacitet och att denna redogörelse ska göras i enlighet med Branschöverenskommelsen. Detta har bl.a. inneburit ett obligatoriskt krav på redogörelse utifrån förutsättningen att "god täckning" innebär en "marginal för dämpning av signalen på 8 dB jämfört med Bastäckning".

Tele2 har i anbudet hänvisat till en bilaga "Tele2 Bilaga Utvärdering Täckning".

Av protokollet från April-dialogen framgår att Tele2 – i strid mot aktuellt obligatoriskt krav – utgått från 2 dB i sin redogörelse av ”god täckning” i anbudet. Tele2 uppfyller således inte heller detta obligatoriska krav.

Tele2 har, efter anbudstidens utgång och på uppmaning av Regionen, inkommit med nya uppgifter om täckning.

I förevarande fall är det inte fråga om något ”beräkningsfel” eller liknande. Vad Tele2 har gjort är att använda sig av en helt annan metod än den som föreskrivits av Regionen i förfrågningsunderlaget. Tele2:s underlåtenhet att redovisa i enlighet med det obligatoriska kravet i Mätning 2.0.9 är således inte att bedöma som ”uppenbar felräkning” eller ”uppenbart fel” i den mening som avses i 9 kap. 8 § LOU.

Regionen anför bl.a. följande.

#### *Inledning och bakgrund*

I upphandlingen inkom fyra anbudsansökningar. Samtliga ansökningar uppfyllde ställda krav varför alla fyra leverantörer bjöds in till att lämna anbud.

Totalt inkom anbud från tre leverantörer. Därefter vidtog förhandlingar i form av anbudsdialoger med de två leverantörer som bedömdes som möjliga vinnare – Telia och Tele2. Anbudsdialogen genomfördes i syfte att utreda oklarheter i de inkomna anbuden. Anbudsdialogen genomfördes efter utvärderingen av anbuden. Samtliga anbud ansågs uppfylla ställda krav och ingen anbudsdialog har förts med en anbudsgivare som inte uppfyllde alla skalkrav. Inga utvärderingspoäng har förändrats eller påverkats efter de genomförda dialogerna.

*Möjligheter till förtydligande och komplettering är vidsträckta i ett förhandlat förfarande*

Telia anför att det inte är tillåtet att inom ramen för ett förhandlat förfarande tillåta förtydliganden och kompletteringar av anbud för att läka brister i anbudet. Vad Telia anför är dock felaktigt.

EU-domstolens uttalande i mål C-561/12, Nordecon, avser inte om det går att läka brister i ett anbud, utan om det är tillåtet att uppta förhandling med anbud som innehåller ett otillåtet alternativt utförande och sedan ändra de tekniska kraven i enlighet med det alternativa utförandet. Att ett sådant förfarande strider mot de allmänna principerna är knappast någon överraskning. Regionen har inte accepterat något alternativt utförande varför målet saknar betydelse.

Tvärtom vad Telia anför är själva syftet med en förhandling att anpassa och ändra inkomna anbud till kraven i upphandlingen, något som EU-domstolen även betonar i avgörandet. Detta syfte framgår också av bestämmelsens (4 kap. 3 § LOU) uttryckliga lydelse.

Att läka brister i anbud är till och med ett skäl enligt 4 kap. 2 § punkten 1 LOU för att övergå till ett förhandlat förfarande från t.ex. ett öppet förfarande. Av denna anledning är det således uppenbart att möjligheterna att komplettera och ändra anbud i ett förhandlat förfarande är väsentligen större än t.ex. i ett öppet förfarande.

Det sagda innebär att möjligheterna till förtydliganden och kompletteringar av inkomna anbud är mycket vidsträckta inom ramen för ett förhandlat förfarande, vilket även bekräftas av såväl svensk som internationell juridisk doktrin:

”Inom ramen för ett förhandlat förfarande, där anbudens löpande anpassas och justeras till följd av förhandlingsdiskussioner parterna emellan, bör kompletteringar kunna tillåtas i högre utsträckning, under förutsättning givetvis att kompletteringen inte utgör en väsentlig ändring av underlaget.”  
(Rosén Andersson, Muhlenbock, Willquist & Svensson, Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, s. 370)

”Discussions may also help economic operators to understand the contracting authority’s own priorities and requirements, and adjust initial tenders accordingly (as again may happen in competitive dialogue). [...] discussions about the contracting authority’s preferences might help bidders adjust their proposal to achieve a better balance between cost and level or type of service provision. [...] Negotiations could also be useful to resolve matters that arise because of errors or misunderstanding on offers made during the procedure.”  
(Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement - regulation in the EU and UK, 3 u., s. 1007)

Som framgått ovan är möjligheterna till förtydliganden och kompletteringar enligt 9 kap. 8 § LOU vidsträckta inom ramen för ett förhandlat förfarande, bl.a. för att läka brister i anbudens och anpassa dessa till kraven i den aktuella upphandlingen. De förtydliganden och kompletteringar som skett i upphandlingen har därmed under alla omständigheter skett i förenlighet med LOU. Regionen vill dock betona att det är dess bestämda uppfattning att Tele2:s anbud uppfyllde samtliga obligatoriska krav redan vid anbudets inlämnande.

Sammanfattningsvis visar följande omständigheter att möjligheten till förtydligande och komplettering är vidsträckta i ett förhandlat förfarande, innebärande att anbud kan anpassas till kraven i upphandlingen:

- (i) Den uttryckliga lydelsen i 4 kap. 3 § LOU,
- (ii) Möjligheten enligt 4 kap. 2 § punkten 1 LOU att vid brister i anbud övergå till ett förhandlat förfarande,
- (iii) Art. 29.7 i Direktiv 2014/24/EU,
- (iv) EU-domstolens dom i mål C-561/12, Nordecon, p.34

- (v) Falk, Jan-Erik, Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, 3 u., s. 167,
- (vi) Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement - regulation i the EU and UK, 3 u., s. 1007, och
- (vii) Rosén Andersson, Muhlenbock, Willquist & Svensson, Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, s. 370

*Tele2:s anbud uppfyller samtliga skall-krav*

Telia har inte visat att Tele2:s anbud inte uppfyller något skall-krav innan anbudsdialog eller korrigerings gjordes. En begäran om förtydligande innebär inte att ett anbud automatiskt inte uppfyller skall-kravet ifråga, utan avser just att reda ut oklarheter i anbudet, att erhålla en bättre förståelse av anbudet. Redan vid detta konstaterande saknar Telias ansökan grund och ska avslås. Skälet till att Telia förlorat upphandlingen är att anbudet är oerhört mycket dyrare än Tele2:s anbud. Skillnaden i offererat anbudspris uppgår till dryga 10 000 000 kr.

*Krav 1.0.5*

Som framgår av kravets uttryckliga lydelse ska endast underleverantörer som ska anlitas för uppdragets genomförande anges – dvs. den/de tjänster som ingår i utvärderingen av anbudet. För icke-obligatoriska tilläggstjänster, som inte utvärderas, behöver därmed inga underleverantörer anges.

Av såväl anbudet som anbudsdialogen framgår att Tele2 kommer att leverera uppdraget med personal anställda hos Tele2. Tele2 har därmed uppfyllt kravet ifråga. Att det för vissa – frivilliga – tilläggstjänster kan komma att anlitas underleverantörer, som inte omfattas av uppdraget och utvärderingen av anbudet, är inget som behöver anges i anbudet.

Telia har angett att Tele2 inte har uppfyllt skall-kravet genom att inte ha listat leverantör för kopparförbindelser. Att Tele2 – och Telia för den delen – t.ex. behöver en leverantör av el, hyra, kontor eller andra basala tjänster/varor – inbegripet hyra av koppartråd, är inte sådana leverantörer som

leverantören måste ange i anbudet och som Regionen har intresse av att ta del av.

Tele2:s förhållande med kopparleverantören är inte specifikt kopplad till denna upphandling utan givet det tidigare monopolet är Tele2 – precis som andra operatörer, inklusive Telia – beroende av leverans av kopparförbindelser för sin verksamhet. Detta leverantörsförhållande har således inte specifik betydelse för just Regionen i denna specifika upphandling utan är något som berör samtliga Tele2:s kunder. Tjänster som är av allmän karaktär och som berör ett flertal kunder ska inte listas som underleverantör.

*Krav 1.0.9*

Det är inte ett skall-krav att prissätta erbjudna tilläggstjänster. Något sådant skall-krav kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget. Att Regionen ändå begärde att få se priserna i fråga är ett resultat av Regionens affärsmässiga beteende då denna, för det fall tilläggstjänsterna i framtiden skulle komma att avropas, på förhand ville veta kostnaden för dessa.

Det kan vidare konstateras att tilläggstjänster inte ingår i utvärderingen av anbudet och således inte heller har påverkat vilken anbudsgivare som tilldelas avtal. Det har inte funnits krav i upphandlingen på tilläggstjänsterna som sådana, vare sig vad gäller dess innehåll, prissättning, antal eller kvalitet. Varken tilläggstjänsterna i sig eller dess priser ingår i utvärderingen av anbudet. En anbudsgivare har därmed ytterst inte behövt ange några tilläggstjänster alls.

Regionen kan konstatera att även Telia uppfattat kravet på detta sätt eftersom inte heller de lämnat prisuppgifter för alla tilläggstjänster.

Mot bakgrund av att tilläggstjänsterna inte omfattas av uppdraget som upphandlas och därmed inte heller av utvärderingen av anbudet ska ingen leve-

rantörs anbud förkastas på grund av att en icke-obligatorisk tilläggstjänst inte prissatts. Det kan vidare ifrågasättas om det ens är möjligt att prissätta alla typer av tilläggstjänster när Regionens behov inte specificerats.

Mot bakgrund av att några tilläggstjänster inte hade behövt erbjudas alls och att priserna för eventuellt erbjudna tilläggstjänster inte utvärderas, har den begäran om komplettering som Regionen möjligen kan anses ha begärt inte skett med någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Sammanfattningsvis hade Tele2 kunnat lämna det aktuella kravet helt obesvarat och ändå uppfylla kravet, eftersom det är helt upp till anbudsgivarens skönsmässiga bedömning huruvida en tilläggstjänst skulle vara av intresse för Regionen samt att det inte finns något krav på att tillhandahålla tilläggstjänster.

Telia för fram sin egen tolkning av kravet. Denna innebär att i den mån tilläggstjänster kan prissättas ska priset framgå av anbudet. Tolkningen är anpassad till Telias anbud och får stå för dem. Regionen bestrider att kravet ska tolkas på detta sätt. Det finns inget krav att alla tilläggstjänster ska prissättas.

Det kan konstateras att omständigheten att vissa tilläggstjänster inte går att prissätta är just ett av skälen till att det inte finns något krav att prissätta tilläggstjänsterna. Ett annat är att tilläggstjänsterna inte ingår i utvärderingen. Krav som inte går att uppfylla eller har relevans i utvärderingen bör av förklarliga skäl inte uppställas.

#### *Krav 3.0.2 och 3.0.5*

Enligt den uttryckliga lydelsen av krav 3.0.5 ställs inga krav på beskrivningens beskaffenhet. Anbudsgivaren behöver således inte med beskrivningen styrka att kraven i p. 3.0.2 är uppfyllda, eftersom någon hänvisning till p.

3.0.2 inte görs. Det enda som krävs är att anbudsgivaren bifogar en beskrivning. Tele2 har bifogat en sådan utförlig beskrivning, varför kravet är uppfyllt. Den begäran om ytterligare information som Regionen tillställt Tele2 går utöver vad som faktiskt krävs enligt kraven och kan därmed omöjligen föranleda uteslutning av Tele2:s anbud.

Vad gäller Telias invändning att Tele2 offererat ett alternativt utförande genom att presentera tre olika växeltjänster, kan följande konstateras. Ett alternativt utförande föreligger endast i den situationen att den offererade lösningen inte uppfyller ställda skall-krav på tjänsten eller varan:

”Att i anbudet medta även produkter som inte uppfyller de obligatoriska kraven får anses som ett alternativt förslag till lösning på utförande av offererade produkter”.

(Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 2237-12).

Detta framgår även av förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 349) till LOU:

”Har en anbudsgivare gett in ett anbud som helt följer förfrågningsunderlaget och dessutom ett anbud med ett alternativt förslag till lösning skall således myndigheten, om den i annonsen om upphandling inte angett att den godtar alternativa anbud, förkasta det anbud som innehåller ett alternativt förslag till lösning. Enbart det anbud som följer specifikationerna i förfrågningsunderlaget kan beaktas.”

Tele2 har i krav 3.0.2 i anbudet intygat att samtliga krav vad gäller växel-tjänst är uppfyllda. Samtliga tre växeltjänster som offererades uppfyller kraven i upphandlingen. Vid detta konstaterande kan det omöjligen röra sig om ett otillåtet alternativt utförande enligt 6 kap. 9 § LOU. Av protokollet från Maj-dialogen framgår vidare att angivet takpris gäller för samtliga lösningar. Att i en sådan situation förtydliga vilken av lösningarna som primärt offereras utgör endast ett tillåtet förtydligande enligt 9 kap. 8 § LOU.



Att uppfyllelse av obligatoriska skall-krav, i synnerhet tekniska sådana, endast ska intygas av anbudsgivarna är oerhört vanligt. Det är även helt i enlighet med bestämmelserna i LOU att göra på det sättet. Upphandlande myndighet har ingen kontrollskyldighet av sådana krav utan har rätt att förlita sig på leverantörens intygande. I upphandlingen finns inget krav på att krav 3.0.2 och 3.0.5 ska styrkas i anbudet. Anbudsgivarna ska endast tillhandahålla en beskrivning.

*Bedömning 2.0.5*

Kravet ifråga är ett bör-krav. Om inga referenser anges medför det endast att 0 poäng erhålls och att inget avdrag från anbudssumman görs vid utvärderingen, inte att anbudet förkastas. För att erhålla poäng i enlighet med börkravet är det dock obligatoriskt för anbudsgivaren att uppfylla rekvisiten i börkravet ifråga – därmed används också ordet ska i dessa sammanhang. Detta innebär dock inte att börkravet förvandlas till ett skall-krav.

Tele2 har bifogat minst en referens för variant a och b och uppfyller därmed kravet.

Regionen har, för att få en bättre förståelse av Tele2:s tänkta verksamhet som ny potentiell leverantör, ställt frågor inom ramen för anbudsdialogen. Dessa frågor och begäran om information sträcker sig längre än vad anbudsgivarna faktiskt ska presentera i anbudet. Telia har utelämnat det faktum att redovisning endast ska ske genom att ange referenser, vilket Tele2 också har gjort. Att Regionens efterfrågat information utöver vad som framgår av kravet ifråga kan naturligtvis inte föranleda ett förkastande av Tele2:s anbud.

*Mätning 2.0.9*

Det aktuella kravet avser utvärdering av leverantörernas mobiltäckning. Ju bättre täckning en leverantör har, desto högre avdrag på anbudspriset och tvärtom.

Kravet ifråga utgör ett bör-krav och kan inte föranleda att ett anbud förkastas. Om täckningen inte fylls i medför detta endast att inget avdrag på anbudssumman erhålls, inte att anbudet förkastas. Av detta följer att inte heller beräkningsfel i en beskrivning kan föranleda förkastande.

Det ska i denna del poängteras att även om Tele2 inte skulle ha erhållit något avdrag alls på anbudssumman skulle jämförelsetalet ändå vara lägre än Telias.

**TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER**

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. (1 kap. 9 § LOU)

Vid förhandlat förfarande med föregående annonsering skall en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 §. (4 kap. 3 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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. (16 kap. 6 § LOU)

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Telia menar i huvudsak att det vinnande anbudet från Tele2 inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav samt att Tele2 under förhandlingsfasen getts möjlighet att läka dessa brister vilket inte är tillåtet.

Den första frågan som förvaltningsrätten avser att pröva är om det är tillåtet för en upphandlande myndighet att vid förhandlat förfarande använda förhandlingsfasen för att "läka" anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav.

EU-domstolen har i mål C-561/12, Nordecon, uttalat att det inte är tillåtet för den upphandlande myndigheten att förhandla med anbudsgivarna om anbud som inte uppfyller de bindande kraven i de tekniska specifikationerna i upphandlingen (punkten 39).

Enligt förvaltningsrättens mening måste domen från EU-domstolen förstås så att det inte är tillåtet för en upphandlande myndighet att förhandla med anbudsgivare om anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Så har domen även tolkats av bl.a. Linder och Sigfridsson: "Ingen förhandling om anbud som inte klarar bindande krav", publicerad på Upphandling24:s webbplats den 27 januari 2014 och, av allt att döma, även av JP Infonet enligt deras lagkommentar till 4 kap. 3 § LOU.

På grund av det anförda anser förvaltningsrätten att övervägande skäl talar för att det varit tillåtet för Regionen att inleda förhandlingar med Tele2 endast om anbudet uppfyllt samtliga obligatoriska krav. Nästa fråga som uppkommer i målet är därmed om anbudet från Tele2 uppfyllt samtliga obligatoriska krav.

Telia menar att anbudet från Tele2 brustit i uppfyllande av ett antal krav.

Vad gäller *Krav 1.0.5* avseende underleverantörer har Tele2 i anbudet uppgett att man inte åberopar någon underleverantör. Telia menar bl.a. att Tele2 inte uppfyllt kravet eftersom leverantör av kopparförbindelser, vilket behövs för den fasta telefonin, inte angetts. Förvaltningsrätten anser i likhet med vad som anförts av Telia att leverantör av el eller andra basala tjänster inte är att anse som underleverantör. I enlighet härmed bör inte heller leverantör av den aktuella tjänsten, vilken är av allmän karaktär och berör ett flertal av Tele2:s kunder, ses som underleverantör. Vidare kan inte anses framgå av kravet att underleverantör ska anges även för icke-obligatoriska tilläggs-tjänster som inte utvärderas. Förvaltningsrätten finner således att Regionen haft fog för sin bedömning att Tele2:s anbud uppfyllt kravet ifråga. Det bör också tilläggas att en upphandlande myndighet måste anses ha visst tolkningsföreträde avseende omfattningen av ett krav som den själv ställt upp.

Vad gäller *Krav 1.0.9* avseende erbjudna tilläggstjänster menar Telia att anbudet från Tele2 inte uppfyller kravet då offererade tilläggstjänster inte varit prissatta och beskrivna på ett tillfredsställande sätt i anbudet. Regionen menar att det inte är något skall-krav att prissätta erbjudna tilläggstjänster och att något sådant skall-krav inte kan utläsas av förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten noterar att kravet utifrån den faktiska ordalydelsen kan förstås på det sättet, i vart fall är kravet lite oklart i den delen. Vidare har det inte ställts något krav på beskrivningens innehåll. Därtill kommer att det skulle vara väl långtgående och ingripande att förkasta ett anbud som inte prissatt tilläggstjänster, som inte varit obligatoriska att offerera och inte ingår i utvärderingen av anbuden.

Vad gäller *Krav 3.0.2 och Krav 3.0.5* menar Telia att Tele2 i sin beskrivning i anbudet inte visat att ställda obligatoriska krav på efterfrågad växeltjänst uppfylls samt att Tele2 erbjudit flera alternativa växeltjänster vilket inte är tillåtet. Förvaltningsrätten noterar att det i *Krav 3.0.5* inte hänvisas till *Krav 3.0.2*. Det kan inte heller anses vara underförstått att kraven ska läsas i ett

sammanhang på så sätt att beskrivningen enligt Krav 3.0.5 ska visa att kraven i den bilaga (Växeltjänstbilagan) som anges i Krav 3.0.2 uppfylls. Det enda som krävs i Krav 3.0.5 är att en utförlig beskrivning på anbudsgivarens växeltjänst bifogas. Detta krav måste anses vara uppfyllt. Tele2 har i anbudet uppgett att Krav 3.0.2 uppfylls, vilket innebär ett intygande att kraven i Växeltjänstbilagan uppfylls. Det har inte visats i målet att kravet inte uppfylls.

Den omständigheten att Tele2 i lämnad beskrivning presenterat tre olika växeltjänster kan enligt förvaltningsrättens mening inte med automatik anses innebära att det är fråga om ett otillåtet alternativt utförande. Då det i målet inte framkommit annat än att samtliga tre växeltjänster uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen kan det inte vara frågan om något otillåtet alternativt utförande, jfr det av Regionen åberopade uttalandet i prop. 2006/07:128 s. 349. Vidare har framkommit att samma takpris gäller för samtliga lösningar. Förvaltningsrätten anser vidare att de förtydliganden som begärts av Regionen avseende pris och vilken lösning som primärt offereras utgör tillåtna förtydliganden i en förhandlingsfas i ett förhandlat förfarande.

Vad gäller *Bedömning 2.0.5* och *Mätning 2.0.9* menar Telia att det är fråga om obligatoriska krav som inte uppfylls av Tele2. Förvaltningsrätten noterar dock att det av förfrågningsunderlaget klart och tydligt framgår att det är fråga om utvärderingskriterier eller bör-krav. Den omständigheten att ordet ska används i ett bör-krav innebär i normalfallet endast att något måste vara uppfyllt för att erhålla poäng. Då det således är fråga om bör-krav följer att icke uppfyllande av kraven endast påverkar poängsättningen av anbudet. Vad gäller *Bedömning 2.0.5* kan förvaltningsrätten dock konstatera att Tele2:s anbud uppfyllt kraven för att erhålla 3 poäng varför poängsättningen varit korrekt. Vad gäller *Mätning 2.0.9* kan konstateras att även om Tele2:s anbud skulle ha erhållit minvärdet 1 och följaktligen inte någon reduktion

alls från anbudssumman skulle utvärderingsresultatet ändå inte påverkas. Anbudet skulle ändå erhålla lägst jämförelsetal. Telia kan således inte ha lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av eventuella felaktigheter avseende poängsättningen för det kriteriet. Eftersom skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU inte är uppfyllt finns ingen anledning för förvaltningsrätten att pröva huruvida poängsättningen avseende det kriteriet varit felaktig.

På grund av det ovan anförda, och då inte vad som i övrigt anförts av Telia medför att förfarandet kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, ska ansökan avslås.

---

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

  
Lena Bergsdorf  
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.

