



KLAGANDE
1. Trafikverket

Ombud: Verksjurist Peter Rosenberg
Juridik och planprovning
Trafikverket
781 89 Borlänge

2. TDC Sverige AB, 556465-8507

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

MOTPART

Tele2 Sverige Aktiebolag, 556267-5164

Ombud: Chefsjurist Stefan Backman
Tele2 Sverige Aktiebolag
Box 62
164 94 Kista

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 17 december 2014 i mål nr 4896-14,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och
säkerhetsområdet, LUF5

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar TDC Sverige AB:s överklagande.

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår Tele2 Sverige
Aktiebolags ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2015-04-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Trafikverket yrkar i första hand att Tele2 Sverige Aktiebolags (Tele2) ansökan om överprövning ska avslås och i andra hand att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten.

TDC Sverige AB (TDC) yrkar i första hand att Tele2:s ansökan om överprövning ska avslås och i andra hand att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten för förnyad handläggning.

Tele2 bestrider bifall till Trafikverkets överklagande och anser att TDC:s överklagande ska avvisas.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

Trafikverket anger som grund för talan att TDC uppfyller det ska-krav som målet gäller, att Tele2 inte har lidit skada samt att förvaltningsrättens prövning av om TDC uppfyller ska-kravet är ofullständig. Till stöd för förstahandsyrkandet anför verket även bl.a. följande. Det är en felaktig utgångspunkt att TDC inte skulle ha lämnat en fullständig lista över underleverantörer eftersom frågan i målet är just om Tele2 är en underleverantör till TDC eller inte. I LUFSS sammankopplas användningen av begreppet underleverantör med underleverantörskontrakt. I 14 kap. 1 § LUFSS anges att den utvalda anbudsgivaren ska ha möjlighet att välja sina underleverantörer för samtliga underleverantörskontrakt och av 2 kap. 24 § samma lag följer att ett underleverantörskontrakt ska föreligga mellan en anbudsgivare som valts ut för ett kontrakt och en eller flera underleverantörer. Härav följer att en underleverantör är någon som anbudsgivaren anlitar med anledning av en särskild upphandling. Om anbudsgivaren sedan tidigare har ett avtal med en leverantör, som inte är specifikt knutet till den aktuella upphandlingen, är det inte fråga om ett underleverantörskontrakt i den mening som avses i LUFSS. TDC:s avtal med

Tele2 löper sedan juli 2012. Det har alltså inte ingåtts med anledning av upphandlingen. Dessutom får det samma betydelse för samtliga av TDC:s kunder. Förvaltningsrätten har förbisett att denna typ av tjänst definieras i huvudavtalet såsom tjänster av en allmän karaktär som berör ett flertal av leverantörens kunder. Vidare följer av 2 kap. 24 § LUFSS att en underleverantör ska tillhandahålla tjänster enligt det upphandlade kontraktet. I detta avseende har TDC angett två underleverantörer i sitt anbud, vilka ska utföra komplettering av viss hårdvara samt viss felsökning. Det påstods inte av Tele2 i förvaltningsrätten att Tele2 skulle utföra någon del av den tjänst som TDC ska leverera till verket.

Varken Tele2, TDC eller verket har under upphandlingens gång tillämpat begreppet underleverantör på det sätt som förvaltningsrätten gjort och som Tele2 nu gör gällande. Med detta synsätt skulle en anbudsgivare vara tvungen att ange varje leverantör som överhuvudtaget levererar någon vara eller tjänst som har minsta betydelse för anbudsgivarens anbud, t.ex. elektricitet. Inte heller Tele2 har angett de bolag som tillhandahåller nätkapacitet till Tele2. Att nätbolagen är delägda bolag vars resurser Tele2 förfogar över innebär inte att dessa bolag inte skulle behöva anges som underleverantörer. Även Tele2:s anbud borde således ha förkastats om Tele2:s tolkning av p 9 i anbudsförslaget hade varit korrekt. Därmed kan Tele2 inte anses ha lidit någon skada.

Till stöd för sin talan åberopar verket även Kammarkollegiets Vägledning för avrop från Fasta och mobila operatörstjänster samt transmissions-tjänster inför Kammarkollegiets upphandling Kommunikation som tjänst (KST 2013).

Tele2 hänvisar till vad bolaget anfört i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande. Det är ostridigt att TDC inte inkommit med en komplett lista på bolagets avsedda underleverantörer eftersom TDC inte angett någon underleverantör för mobilnät trots att TDC saknar möjlighet att producera

sådan nätkapacitet på egen hand och trots att det som upphandlas är just mobiltelefonitjänster. Den enda fråga som är tvistig är således huruvida TDC varit skyldigt att ange sådan underleverantör. Förvaltningsrätten kom till slutsatsen att en underleverantör av delar som inte hade haft direkt samband med den upphandlande tjänsten inte hade behövt anges, men att ett undantag av aktuellt slag i vart fall inte kunde gälla en underleverantör av mobilnät när det var mobiltelefonitjänster som upphandlades. I upphandlingar av andra tjänster än mobiltelefoni skulle underleverantörer av mobilnät däremot sannolikt kunna utelämnas. Mot bakgrund av att förvaltningsrätten korrekt bedömt att ett avtal om mobilnät har ett direkt samband med den upphandlade tjänsten har rätten inte behövt ta ställning till om det rör sig om en tjänst som ett flertal av TDC:s kunder har tillgång till eller inte.

Verkets tolkning av 2 kap. 24 § LUFSS ter sig verklighetsfrämmande. Det finns med en sådan tolkning inte någon möjlighet för upphandlande enheter att överblicka de underleverantörer som anbudsgivaren avser att använda sig av, vilket förtar avsikten med att kräva att underleverantörer ska anges. Det finns andra orsaker till att begreppet underleverantörskontrakt är nogsamt definierat i LUFSS eftersom LUFSS innefattar möjligheter för myndigheter att ställa krav på att underleverantörer ska nyttjas för de upphandlande tjänsterna och att leverantören i sin tur ska upphandla underleverantörer genom konkurrensutsättning. I ett sådant sammanhang blir det relevant att underleverantörskontrakt avser sådana kontrakt som ingås på grund av upphandlingen. I förevarande sammanhang blir en sådan tillämpning dock missvisande.

Verket har självt definierat vad en underleverantör ska anses vara i upphandlingen genom att i ett formellt svar i samband med ansökningsinbjudan förklara att *samtliga underleverantörer* ska anges. Även detta medför att 2 kap. 24 § LUFSS saknar betydelse i målet.

Verket påstår helt ogrundat att Tele2 inte har något bestämmande inflytande i de nätbolag som Tele2 äger och finansierar till 50 procent och i vilka Tele2 innehar hälften av alla styrelseposter. Det är skillnad på att vara delägare i två nätbolag och därmed ha en garanterad nätkapacitet och att som TDC vara helt beroende av att avtal finns på plats och förlängs under avtalsperioden för att de upphandlade tjänsterna ska kunna levereras. Tele2:s anbud lider således inte av samma brist. Även skaderekvisitet är således uppfyllt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I det nu aktuella målet har förvaltningsrätten i sitt avgörande enbart förordnat att rättelse ska ske genom en ny prövning av anbudet. Förordnandet innebär inte att någon anbudsgivare utesluts. Mot bakgrund härav angår beslutet inte TDC på ett sådant sätt att bolaget har talerätt. TDC:s överklagande ska därför avvisas.

När det gäller sakfrågan i målet gör kammarrätten följande bedömning.

Tele2 har till stöd för sin ansökan åberopat p 9 i Bilaga A4 – Anbudsformulär där det anges att anbudsgivaren ska bifoga en lista på underleverantörer anbudsgivaren avser att använda under avtalstiden. Tele2 menar att TDC inte angett någon underleverantör som ska tillhandahålla ett landsomfattande mobilnät och därför inte uppfyller skravet.

Trafikverket menar att den lista som efterfrågas inte avser sådana leverantörer som inte har ett direkt samband med de tjänster som upphandlas och att det i övrigt inte finns något krav på att listan ska vara fullständig. Trafikverket har åberopat definitionen av underleverantörskontrakt i 2 kap. 24 § LUFSS samt definitionerna av underleverantör som

anges i p 17.1 i huvudavtalet och i Kammarkollegiets Vägledning för avrop från Fasta och mobila operatörstjänster samt transmissionstjänster.

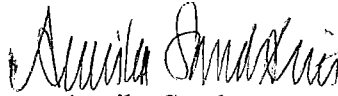
Innehållet i p 17.1 i huvudavtalet redovisas av Trafikverket i förvaltningsrättens dom.


I vägledningen från Kammarkollegiet, avsnitt 3.1, anges följande. Underleverantören är en juridisk person som bistår leverantören med tjänster och funktioner som omfattas av ramavtalet. Ett företag som endast levererar produkter eller tjänster som inte är direkt hänförliga till upphandlingsföremålet är inte en underleverantör inom ramen för denna upphandling. Tillverkare av produkter, speditionsfirmor, ägare av kanalisation, stamnät, korskopplingar, radionät eller dylikt behöver inte anges som underleverantörer.

Mot bakgrund av vad som framkommit i målet ligger det närmast till hands att, med utgångspunkt i Kammarkollegiets vägledning, som underleverantörer i den nu aktuella upphandlingen betrakta endast de företag vars produkter eller tjänster är direkt hänförliga till upphandlingsföremålet och vars leveranser är helt nödvändiga för att huvudleverantören ska kunna hålla sin del av avtalet med den upphandlande enheten. Detta överensstämmer också med det underleverantörsbegrepp som används i p 17.1 i huvudavtalet och definitionen i 2 kap. 24 § LUFSS.

Tele2 eller annat företag som anlitas av TDC för att tillhandahålla mobilnät kan därmed inte anses vara sådan underleverantör som ska redovisas i den lista som anges i p 9 i anbudsformuläret. TDC har således uppfyllt det aktuella ska-kravet och Trafikverkets prövning av anbudet har skett i enlighet med principerna för upphandling i LUFSS. Trafikverkets överklagande ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Elsa Nihlén
kammarrättsråd
referent


Elin Ruthström
tf. kammarrättsassessor

Fredrik Sellberg
kammarrättsfiskal
föredragande



SÖKANDE

Tele2 Sverige AB, 556267-5164
Box 62
164 94 Kista

MOTPART

Trafikverket
Box 810
781 28 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse görs på så sätt att en ny prövning av anbuderna genomförs.

Dok.Id 126954

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

YRKANDE M.M.

Trafikverket genomför upphandling avseende telefonitjänster och anknytande IT-tjänster genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). Tilldelningsbeslut fattades den 29 september 2014 varvid TDC Sverige AB (TDC) antogs som leverantör.

Tele2 Sverige AB (Tele2) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas genom ny anbudsprövning vid vilken TDC:s anbud förkastas. Trafikverket har antagit anbud från TDC trots att TDC inte uppfyllt samtliga ställda ska-krav. Härigenom har Trafikverket brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 11 § LUFS. Tele2 har lidit eller kan komma att lida skada av Trafikverkets underlåtenhet att förkasta TDC:s anbud.

Trafikverket bestrider bifall till Tele2:s yrkande. Tele2 har enligt Trafikverket inte på långt när förmått visa att den vinnande leverantören inte uppfyller det obligatoriska krav som målet gäller.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning.

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Tele2 anført är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUFS och att detta medfört att Tele2 lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUFS). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionallitet (1 kap. 11 § LUFS).

Vad parterna har anfört

Tele2 har anfört i huvudsak följande. Upphandlingen avser olika former av elektroniska kommunikationstjänster såsom t.ex. växelplattform och operatörstjänster i form av anslutning till fasta och mobila telenät för tillhandahållande av olika former av abonnemang, såsom t.ex. mobilabonnemang och mobila bredbandsabonnemang. Av punkten 9 i "Bilaga A4 - Anbudsformulär" framgår att anbudsgivaren ska bifoga en lista på underleverantörer som anbudsgivaren avser att använda under avtalstiden. TDC har här listat två stycken underleverantörer. Dessa två leverantörer ska enligt anbudet svara för utbyte/komplettering av hårdvara respektive tillhandahållande av en positioneringstjänst. TDC anger ingen underleverantör som ska tillhandahålla ett landsomfattande mobilnät. TDC saknar tillgång till s.k. frekvenser varför de inte kan bygga ett eget rikstäckande mobilnät. TDC är beroende av en underleverantör för att kunna tillhandahålla Trafikverket de mobila tjänster som omfattas av upphandlingen. TDC har inte uppfyllt ska-kravet då ingen underleverantör angivits avseende mobilnät.

Trafikverket har anfört i huvudsak följande. Av punkten 17.1 i huvudavtalet följer att leverantören har rätt att anlita underleverantör för tjänsterna eller ersätta en underleverantör med en annan underleverantör, om Trafikverket på förhand skriftligen godkänt anlitaandet av underleverantören. Vidare framgår att leverantören får, även utan sådant förhandsgodkännande, anlita eller ersätta anlita leverantör med (i) sådan på förhand godkänd underleverantör som är förtecknad i lista som upprättats i samband med avtalstecknandet, eller (ii) sådan underleverantör vars tjänster inte har ett direkt samband med tjänsterna utan är av en allmän karaktär och berör ett flertal av leverantörens kunder. Punkten 9 i "Bilaga A4" ger inte något annat besked än att anbudsgivaren ska bifoga en lista på de underleverantörer som anbudsgivaren avser att använda under avtalstiden. TDC har inkommit med en sådan lista. Vad som har eller inte har förtecknats har dock ingen självständig betydelse. Något krav på absolut fullständighet förekommer inte.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är ostridigt i målet att TDC inte har lämnat en fullständig lista över underleverantörer. Fråga är om TDC:s anbud trots det kan anses ha uppfyllt det aktuella ska-kravet.

Trafikverket har anfört att de inte har krävt en uttömmande lista och att i vart fall underleverantörer som levererar tjänster som inte har direkt samband med tjänsten som upphandlas inte behöver tas upp. Förvaltningsrätten konstaterar att anbudsformuläret är utformat så att underleverantörer ska anges och det med företagsnamn, organisationsnummer, adress samt beskrivning av tjänst eller produkt som underleverantören ska leverera. Syftet med ska-kravet måste enligt förvaltningsrättens mening vara att Trafikverket vill veta vilka leverantörer som ska leverera vad. Av den anledningen borde TDC tagit med även underleverantör som levererade mobilnät.

Kvar är då frågan om mobilnät kan anses utgöra en tjänst som inte har ett direkt samband med tjänsten som upphandlas. Då tjänsten som upphandlas är telefonitjänster och anknyttande IT-tjänster är det svårt att påstå att tjänsten mobilnät inte har något direkt samband med tjänsten som upphandlas. TDC kan i förevarande fall inte leverera tjänsten utan att ha ett kontrakt med en underleverantör som levererar ett mobilnät. Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten att TDC:s anbud inte uppfyller det aktuella ska-kravet.

Genom att ändå anta TDC:s anbud har Trafikverket brutit mot principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 11 § LUFS. Tele2 får anses ha lidit eller kan komma att lida skada av förfarandet och det finns således grund för ingripande. Med hänsyn till att aktuell brist hänför sig till prövningen av anbudet och inte till upphandlingens konkurrensuppsökande skede anser förvaltningsrätten att det är tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att anbudsprövningen görs om.

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

Lennart Andersson, rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.