



**KLAGANDE**

Tele2 Business AB, 556465-8507

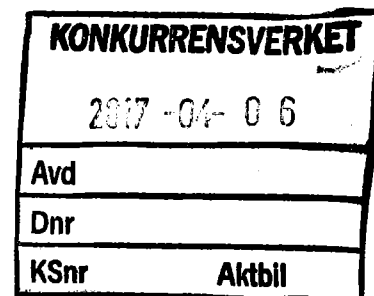
Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Mikael Dubois  
Hamilton Advokatbyrå KB  
Box 715  
101 33 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Landstinget i Värmland  
Upphandling och avtal  
651 82 Karlstad

2. Region Värmland

Ombud: Landstinget i Värmland  
Upphandling och avtal  
651 82 Karlstad



**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 22 september 2016  
i mål nr 4937-4938-15, se bilaga A

**SAKEN**

Överprövning av offentlig upphandling

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår Landstinget i Värmlands och Region Värmlands yrkande om att Tele2 Business AB:s överklagande ska avvisas i fråga om ny åberopad grund för ansökan om överprövning.

Kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

---

**YRKANDEN**

Tele2 Business AB (T2B) yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Landstinget i Värmland och Region Värmland anser att överklagandet ska avslås samt att en av T2B åberopad ny grund för ansökan, påstående om tillåten avtalstid, ska avvisas.

**T2B:S TALAN I KAMMARRÄTTEN**

*Förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning av MVNO-kravet*  
MVNO-kravet medför en snedvridning av konkurrensen på den annars fungerande svenska telekommernaden, och omöjliggör för MVNO-operatörer att konkurrera på lika villkor med de operatörer som direkt eller indirekt äger/deläger ett mobilnät. Kravet strider således mot lika-behandlingsprincipen och 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. MVNO-kravet är inte lämpligt eller effektivt för att uppnå dess syfte. Vidare är kravet inte nödvändigt för att uppnå syftet som eftersträvas med kravet. MVNO-kravet medför dessutom en oproportionerlig negativ effekt. Kravet strider således mot proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

*Upphandlingens avtalstid strider mot 5 kap. 3 § LOU*

I 5 kap. 3 § LOU anges att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Vid beräkning av ramavtalstiden ska även förlängningsoptioner medräknas.

Med ramavtal avses enligt 2 kap. 15 § LOU ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte

att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod. Skillnaden mellan ett ramavtal och ett vanligt kontrakt är att ramavtal inte har någon fastställd volym.

En omständighet som i praxis bedömts vara av stor betydelse för frågan om ett ramavtal är för handen, och som är en naturlig konsekvens av att inga garanterade volymer finns, är att den upphandlande myndigheten måste göra en beställning/ett avrop för att leverans av upphandlad tjänst eller vara ska komma i fråga. Det förhållandet att avrop ska ske efter överenskommelse mellan parterna, eller att leverantören skulle tillhandahålla vissa tjänster efter separat beställning från upphandlande myndighet, har i praxis ansetts innebära att ett ramavtal är för handen.

Det avtal som upphandlingen avser är visserligen inte rubricerat som ett ramavtal. Detta är dock inte avgörande för frågan om avtalet de facto är att betrakta som ett ramavtal i LOU:s mening. Det finns en rad omständigheter i upphandlingen som visar att den avser ett ramavtal, varpå några exempel ges nedan:

- Enligt punkt 2 i avtalsmallen kan avtalet användas av landstinget, regionen och andra privata vårdgivare.
- Enligt punkt 2.1 i avtalsmallen garanteras inga volymer i upphandlingens avtal.
- Enligt punkt 4 i avtalsmallen ska avtalet användas för senare avrop av de tjänster som avtalet omfattar.

Att inga volymer garanteras anges på flera ställen i upphandlingens underlag, varpå några exempel ges nedan:

- På två ställen på s. 17 i föreskrifterna anges "Landstinget garanterar inga volymer".
- I första stycket på s. 18 i föreskrifterna anges "Landstinget garanterar inga volymer".

- I punkt 2.1 i avtalsmallen anges ”Eventuellt angivna behov är uppskattade och inga volymer garanteras”.
- I samtliga tre prisflikar i upphandlingens prisbilaga – avseende anknytningspriser, trafikpriser och MFN-priser – anges som sista mening i informationsrutan ”Landstinget garanterar inga volymer”.

Förekomsten av historiska data – såsom nulägesbeskrivning och volymer från tidigare år – är endast en indikation för anbudsgivaren. Några volymer har inte garanterats avseende någon av de delar som ska prissättas i upphandlingen.

Sammantaget är det uppenbart att upphandlingen avser ett ramavtal enligt LOU. Vid sådant förhållande blir bestämmelserna i 5 kap. LOU tillämpliga. Då det inte föreligger några särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år, strider upphandlingens avtalstid således mot 5 kap. 3 § LOU. Det kan konstateras att det är landstinget som har bevisbördan för att sådana särskilda skäl som avses i 5 kap. 3 § LOU föreligger (se prop. 2006/07:128 s. 334).

När det gäller särskilda skäl för en avtalstid som är längre än fyra år hänvisar landstinget och regionen till att byggande av MFN-nät och byte/uppgradering av telefonväxlar kräver investeringar som ska skrivas av under avtalstiden. För det första ska understrykas att landstinget och regionen inte visat att påstådda investeringar krävs, vilka belopp dessa investeringar skulle uppgå till eller att investeringarna kräver en avtalstid som sträcker sig längre än fyra år. Landstinget och regionen har bevisbördan för samtliga dessa omständigheter och enbart ett påstående om att vissa investeringar krävs kan inte godtas. Redan härav följer att det inte föreligger särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år. Dessutom är de investeringar som landstinget och regionen hänvisar till (i den mån de skulle krävas), och frågan om vilken avskrivningstid som ska tillämpas, frågor

som kan hanteras av den enskilde leverantören inom ramen för prissättningen i upphandlingen.

Landstinget och regionen anger uttryckligen att inga volymer garanteras beträffande MFN-nät. Eventuella investeringskostnader som avser MFN-nät kan således inte kräva en avtalstid som överstiger fyra år, då det inte ens är fastställt om, och i sådant fall i vilken utsträckning, MFN-nät kommer att byggas under avtalstiden. Vidare ska påpekas att 23–25 miljoner kronor endast utgör drygt 17 procent av upphandlingens totala värde (143 500 000 kr). Även om upphandlingens avtalstid hade varit maximalt fyra år, hade den påstådda investeringskostnaden endast utgjort drygt 30 procent av upphandlingens totala värde. En sådan investeringskostnad kan i sig inte motivera en avskrivningstid om mer än fyra år, utan är istället att betrakta som sådana investeringar som kan hanteras genom det anbudspris som leverantörerna offererar. Vidare ska understrykas att det pris som Telia offererat i upphandlingen, vad avser såväl byggnation av MFN-nät som tillhandahållande av tjänsten för dessa MFN-nät, är drygt 11 miljoner kronor. Det är således uppenbart att landstingets och regionens uppskattning av investeringskostnaderna är kraftigt överdriven, då den enda anbudsgivaren i upphandlingen angivit en kostnad som är mindre än hälften så stor som vad landstinget och regionen anfört.

T2B har inte haft möjlighet att lämna anbud i upphandlingen på grund av MVNO-kravets utformning. T2B hade emellertid kunnat inkomma med ett anbud i upphandlingen om avtalstiden hade varit kortare, eftersom T2B:s MVNO-avtal vid sådant förhållande hade varit tillräckligt långt för att uppfylla MVNO-kravet. Om den maximala avtalstiden i upphandlingen hade varit fyra år eller kortare – vilket krävs enligt 5 kap 3 § LOU – hade alltså T2B kunnat inkomma med anbud i upphandlingen helt oavsett om MVNO-kravet i sig kan anses strida mot LOU eller inte. Avtalstiden i upphandlingen har således utgjort ett direkt hinder för T2B att inkomma med anbud i upphandlingen. Det är sammantaget uppenbart att T2B

åtminstone riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § första stycket LOU, till följd av att upphandlingens avtalstid strider mot 5 kap. 3 § LOU, eftersom T2B utestängs från möjligheten att konkurrera om de aktuella tjänsterna under en längre tid än vad som är tillåtet enligt 5 kap. 3 § LOU.

Upphandlingen ska således rätteligen göras om.

### **LANDSTINGETS OCH REGIONENS TALAN I KAMMARRÄTTEN**

#### *MVNO-kravet*

Landstingets och regionens MVNO-krav utgör inget onaturligt konkurrens-  
hinder på det sätt som T2B påstår. Kravet strider därför inte mot lika-  
behandlingsprincipen.

T2B har inte i något av sina yttranden förmått visa vad som är normala eller generella avtalstider på vare sig den svenska eller den europeiska telekom-  
marknaden. Landstinget och regionen har emellertid visat att T2B har ett  
MVNO-avtal med Telia med en löptid på 6 år. Att den av landstinget  
aviserade kommande avtalstiden och T2B:s eget slutdatum för sitt eget  
MVNO-avtal inte sammanfaller tidsmässigt är inget som landstinget kan  
klandras för. Att detta förhållande föreligger leder självfallet inte till  
konstaterandet att ett onaturligt konkurrens hinder föreligger.

T2B påstår att den negativa effekten är oproportionerlig då det funnits  
mindre ingripande åtgärder. Landstinget har redan visat att det inte finns  
mindre ingripande åtgärder. I vart fall har de åtgärder som T2B föreslagit,  
garantier eller kortare avtalstid, inte varit relevanta.

#### *Avtalet är inget ramavtal*

T2B:s nya grund bör avvisas. T2B kan inte göra sannolikt att man inte  
kunnat åberopa den nya grunden redan i förvaltningsrätten eller att man haft

en giltig ursäkt för att inte återropa den nya grunden redan i förvaltningsrätten.

Av intresse är att göra skillnad på vanliga upphandlingskontrakt och på ramavtal. Upphandlingskontrakt omfattas inte av 5 kap. 3 § LOU.

Om ett ramavtal med en leverantör innehåller samtliga villkor för senare anskaffningar kan det betraktas som ett upphandlingskontrakt. Ett sådant ramavtal kan vara bindande för parterna på samma sätt som ett upphandlingskontrakt. Det är inte föremål för förnyad konkurrensutsättning eftersom samtliga villkor för avrop är fastställda. Ingen annan än den ende leverantören kan därför få ta del av ett avrop. Det är därför det anses vara bindande för parterna och ska betraktas som ett upphandlingskontrakt.

Landstingets och regionens syfte med upphandlingen har varit och är alljämt att teckna avtal med endast en leverantör och det framtida avtalet är i överensstämmelse med den definition på upphandlingskontrakt som finns i 2 kap. 10 § LOU. Syftet har inte varit i överensstämmelse med den definition på ramavtal som framgår av 2 kap. 15 § LOU.

Kammarrätten i Jönköping har i mål nr 1871-13 ansett att den där aktuella upphandlingen som bestod bl.a. av bastjänster för telefoni, internet och interna nätverk är att hänföra till vanliga kontrakt och inte till ramavtal. Kammarrätten fann därför att bestämmelsen om begränsad avtalstid för ramavtal enligt 5 kap. 3 § LOU inte var tillämplig på tillhandahållna tjänster för telefoni, internet och interna nätverk. Då landstingets och regionens upphandling omfattar telefoni, internet och MFN-nät ska samma synsätt tillämpas på detta avtal. Avtalet är inget ramavtal utan ett vanligt upphandlingskontrakt.

Inga avrop av tjänster kommer att ske. Tvärtom ingår alla tjänster under den aviserade avtalstiden och priserna är fasta.

Av de administrativa föreskrifterna framgår av punkt 1.9.5 att MFN-byggnation på Centralsjukhuset i Karlstad påbörjas direkt efter avtalsstart och driftstart sker senast tolv månader därefter och för Arvika och Torsby gäller att MFN ska vara driftsatt senast 18 månader efter avtalsstart. Ingen av dessa MFN-byggnationer kräver några särskilda avrop eller beställningar före leverans.

Att kommande avtal omfattar landstinget och regionen är givet eftersom dessa är upphandlande myndigheter. Därutöver anges att avtalet ska kunna användas av privata vårdgivare med vilka landstinget har avtal. Anledningen till detta är att enligt likabehandlingsprincipen ska landstinget erbjuda egna vårdcentraler och privat drivna vårdcentraler samma utbud av tjänster. Landstinget har därvidlag inget annat val än att låta privata vårdgivare med vilka landstinget har avtal att nyttja avtalet.

Att landstinget och regionen inte garanterar några volymer är självklart eftersom landstinget inte kan garantera en viss volym i den tjänst som upphandlas. Landstinget kan omöjligt veta hur många användare som kommer ha behov av att inom befintlig upphandlad telefoniplattform förändra sin anknytningstjänst till en annan befintlig tjänst. T.ex. kan inte garanteras att landstinget eller regionen ringer x antal minuter till land y eller att en sköterska vill byta sin fasta telefon till en mobil anknytning därför att arbets sättet förändrats och behov av mobilitet därmed ökat.

Antalet anknytningar inom landstinget har legat fast på cirka 7 000 stycken (+ - 300) under lång tid. Den förväntade avvikelser från de i förfrågningsunderlaget angivna volymerna är således försumbar.

Om det ändå skulle antas att vissa avrop sker inom avtalet som indikerar viss ramavtalskaraktär ger överviktsprincipen till resultat att denna



ramavtalsdel är en försumbar liten andel både i ekonomiskt hänseende och i andel av det totala antalet tjänster som är fast reglerade att utföras under avtalstiden och som är fast prissatta.

Även om kammarrätten finner att avtalet är ett ramavtal som omfattas av 5 kap. 3 § LOU så finns särskilda skäl för att tillåta en längre avtalstid än fyra år.

Byggnad av MFN-nät innebär investeringar från leverantörens sida och som ska skrivas av under avtalstiden. Även byte av telefonväxlar medför investeringar som ska skrivas av under avtalstiden.

En leverantörs investeringskostnader för byggande av det flertal MFN-nät som efterfrågas på flera orter i Värmland uppgår till 23–25 miljoner kronor. Den ekonomiska livslängden, dvs. avskrivningstiden för nät och antennutrustning, är 10 år, dvs. längre tid än landstingets maximala avtalstid. För telefonväxlar kan inte anges något exakt belopp på investeringen, eftersom landstinget och regionen inte känner till vinnande leverantörs investeringsutrymme och vad som ryms inom ramen för leverantörens lämnade anbudspriser där priset på telefonväxlar inte är särredovisat. Avskrivningstiden för telefonväxlar kan dock beräknas till cirka 7 år, dvs. lika lång tid som avtalstiden.

För det fall att kammarrätten ändå skulle finna att den planerade avtalstiden står i strid med 5 kap. 3 § LOU skulle en rättelse med kammarrättens förordnande om en annan avtalstid kunna vara ett alternativ till att göra om upphandlingen.

Bolaget kan inte anses lida skada av den påstått felaktiga avtalstiden i sig. Avtalstiden i sig har inte medfört att bolaget gått miste om möjligheten att tilldelas kontrakt.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

*Finns det skäl att avvisa ny grund?*

De upphandlande myndigheterna anser att överklagandet ska avvisas beträffande den nya grunden för ansökan om överprövning. Av rättsfallet HFD 2013 ref. 5 framgår emellertid att i mål om överprövning av offentlig upphandling är en kammarrätt inte förhindrad att pröva omständigheter som återopats först där. Avvisningsyrkandet ska således avslås.

*MVNO-kravet*

Beträffande MVNO-kravet gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten.

*Avser upphandlingen ett ramavtal?*

T2B anser att landstingets och regionens upphandling avser ett ramavtal, eftersom det enligt bolaget inte innehåller några garanterade volymer och förutsätter en beställning eller ett avrop för att leverans ska ske. Landstinget och regionen däremot anser att avtalet inte är ett ramavtal, eftersom det är direkt bindande för båda parter och innebär att även volymen är garanterad.

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader (2 kap. 13 § LOU).

Med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod (2 kap. 15 § LOU).

I förarbetena till lagstiftningen (jfr prop. 2006/07:128 s. 160) anges bland annat följande om begreppet ramavtal. En förutsättning för att ett offentligt kontrakt skall föreligga är att parterna är ömsesidigt förpliktade; den

upphandlande enheten åtar sig att anskaffa en viss prestation mot en viss ersättning från sin medkontrahent och medkontrahenten (leverantören) åtar sig att tillhandahålla prestationen. Om kontraktet har ingåtts med flera leverantörer skall myndigheten vara förpliktad i förhållande till var och en av dem. Definitionen av begreppet ramavtal innehåller däremot inte något krav på ömsesidig bundenhet. I enlighet med det nu anförda synes ramavtal kunna vara av tre slag. Ett slag är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare anskaffningar på grundval av ramavtalet och som är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet och som alltså kan betraktas som upphandlingskontrakt (bindande ramavtal). Ett annat är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt men som inte är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet (ej bindande ramavtal). Ett ytterligare slag är ramavtal som inte innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt.

I punkten 2.1 i den i denna upphandling aktuella mallen för upphandlingskontrakt anges följande. Eventuellt angivna volymer är uppskattade och inga volymer garanteras. Skulle landstingets avrop enligt detta avtal under respektive överstiga beräknad kvantitet ska detta inte betraktas som avtalsbrott från landstingets sida utan leverantören är skyldig att leverera det verkliga behovet. Under punkten 4 i samma mall anges i fråga om avtalsform att detta är ett avtal för senare avrop.

I punkten 1.1.1 i de administrativa föreskrifterna anges att det totala värdet för ingående tjänster i denna upphandling under aktuell avtalsperiod inklusive optionsår beräknas uppgå till ca 143 500 000 kr. Vidare anges att Landstinget i Värmland och Region Värmland under avtalsperioden inte kommer att kunna garantera viss volym och att antagen leverantör är skyldig att leverera det verkliga behovet.

Även i förfrågningsunderlaget i övrigt anges på flera ställen att några volymer inte garanteras. Landstinget och regionen har också i yttranden till

kammarrätten anfört att det är självklart att landstinget och regionen inte garanterar några volymer eftersom landstinget inte kan garantera en viss volym i den tjänst som upphandlas.

I fråga om byggandet av MFN-nät finns det mycket som talar för att i vart fall vissa av dessa ska börja byggas direkt efter avtalsstart, och att det således beträffande dessa inte krävs något avrop. Möjligen kan detsamma gälla för vissa andra mindre omfattande tjänster. Med tanke på vad parterna uppgett i fråga om storleken på kostnaden för MFN-nät i förhållande till upphandlingens totala värde kan det dock inte anses sannolikt att de tjänster som har en garanterad volym utgör den övervägande delen av avtalet.

Kammarrätten bedömer sammantaget att avtalet till övervägande del inte garanterar någon volym beträffande tjänster som ska levereras. Avtalet ska därför anses vara ett ramavtal i den mening som avses i LOU. Det innebär att 5 kap. LOU är tillämpligt.

*Finns det särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år?*

Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl (5 kap. 3 § LOU).

I ovan refererade proposition anförs bland annat följande på sid 334. Paragrafen motsvarar artikel 32.2 fjärde stycket i direktivet. Enligt den bestämmelsen får ett ramavtal "inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet". Det är oklart vad som menas med "vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet". Beaktandesats 11 ger ingen ledning vid tolkningen av bestämmelsen. Regeringen är, i likhet med utredningen, av uppfattningen att ett krav på att särskilda skäl skall finnas bör motsvara direktivets undantagsfall. Det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl skall vara

hänförliga till föremålet för upphandlingen. Utredningen har ansett att det är svårt att ange något exempel när bestämmelsen kan tillämpas. Enligt regeringens mening kan det vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka skall betala sig under avtalstiden.

Av utredningen i målet framgår att det aktuella avtalet är avsett att gälla fem år och tre månader, med möjlighet till förlängning i 24 månader. Dessutom anges i avtalsmallen att landstinget kan förlänga ytterligare max sex månader om en överprövning försenar en kommande upphandling. Totalt sett innebär det en möjlig avtalstid om sju år och nio månader. Kammarrätten anser att hela denna tid ska beaktas vid bedömningen av om avtalstiden strider mot 5 kap. 3 § LOU. Tiden överskrider klart tidsgränsen för ramavtal om fyra år som anges där.

Landstinget och regionen anser att det finns särskilda skäl för den längre avtalstiden. Kammarrätten konstaterar att det är dessa parter som har bevisbördan för att så är fallet.

Som särskilda skäl anges att byggande av MFN-nät och telefonväxlar innebär investeringar från leverantörens sida som ska skrivas av under avtalstiden. Det påstås att avskrivningstiden för dessa är tio respektive sju år.

Kostnaden för byggande av MFN-nät och telefonväxlar förefaller vara relativt stor, men normalt får det antas att en investeringskostnad kan täckas genom en justering av priset i avtalet. För att på grund av stora investeringar med lång avskrivningstid göra undantag och tillåta att ett ramavtal löper under längre tid än fyra år måste, enligt kammarrättens mening, krävas att omständigheterna i det enskilda fallet är sådana att inget annat skulle vara

ekonomiskt försvarbart eller att detta krävs för att inte hämma konkurrensen på marknaden. Landstinget och regionen har inte visat att så är fallet. Det finns därför inte särskilda skäl för en avtalstid som överstiger fyra år.

*Har T2B lidit eller riskerat att lida skada på grund av den för långa avtalstiden och finns det skäl för ingripande mot upphandlingen?*

Mot bakgrund av att långa ramavtal anses förhindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen får samtliga potentiella leverantörer, däribland T2B, anses lida skada genom att inte ha möjlighet att konkurrera om kontrakt under den tid som anses oskälig enligt LOU.

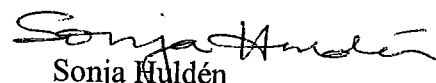
Eftersom felet har uppstått i det konkurrensuppsökande skedet kan det inte läkas genom rättelse. Upphandlingen ska därför göras om.

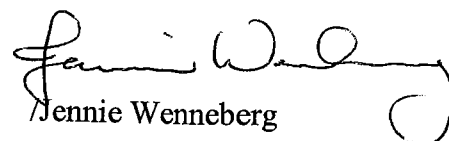
---

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

  
Gertrud Forkman

  
Lennart Berglund  
referent

  
Sonja Huldén

  
Jennie Wenneberg



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I KARLSTAD**

**DOM**  
2016-09-22  
Meddelad i Karlstad

Mål nr  
4937-15  
4938-15

**SÖKANDE**

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

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

Advokat Fredrik Linder  
Hamilton Advokatbyrå KB  
Box 715  
101 33 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Landstinget i Värmland  
Upphandling och avtal  
651 82 Karlstad

2. Region Värmland, 222000-1362  
Ombud :  
Landstinget i Värmland  
Upphandling och avtal  
651 82 Karlstad

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår TDC Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 166032

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: <a href="mailto:forvaltningsrattenikarlstad@dom.se">forvaltningsrattenikarlstad@dom.se</a> <a href="http://www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se">www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se</a>	054-14 85 30	måndag–fredag 08:00-16:00

### BAKGRUND

Landstinget i Värmland (landstinget) och Region Värmland genomför genom landstinget en offentlig upphandling av kommunikation/telefoni som tjänst. Beräknad avtalslängd är fem år med option om förlängning maximalt 24 månader (administrativa föreskrifter 1.1.1). Vidare anges i mall för upphandlingskontrakt att landstinget äger rätt att förlänga avtalstiden i lämplig omfattning, dock högst sex månader i det fall en överprövning enligt lagen om offentlig upphandling föranleder försening vid kommande upphandling.

I kravspecifikationen 2.2 anges som obligatoriskt krav att om leverantören inte äger ett eget mobilnät eller ett samägt mobilnät, utan är s.k. virtuell operatör (MVNO), ska leverantören redovisa vilken operatör som är underleverantör samt vem som är nätägare. Leverantören ska bifoga bevis på att det finns ett avtal tecknat under hela den avtalstid som landstinget avser att teckna avtal, inklusive eventuell förlängningsoption.

Vidare anges i kravspecifikationen 2.9 såsom ett utvärderingskriterium följande. Landstinget strävar efter att få tillgång till högsta möjliga kapacitet, funktionalitet, flexibilitet, skalbarhet och långsiktighet avseende mobila tjänster och trafik. För att skapa förutsättningar för detta bör leverantören ha tillgång till egenägd fysisk infrastruktur.

Ja innebär att leverantören har tillgång till egenägd fysisk infrastruktur.

Nej, leverantören har inte egenägd fysisk infrastruktur.

Ja = 0 procent påslag

Nej = 100 procent påslag

Vid anbudstidens utgång hade enligt upphandlingsrapporten anbud kommit in från Tele2 Sverige AB (Tele2) och TeliaSonera Sverige AB (Telia), varav ett anbud varit ofullständigt och inte utvärderats. Dock anges i upphandlingsrapporten även att Tele2 meddelat att bolaget inte kommer att lämna



anbud. Efter genomförd utvärdering har landstinget beslutat teckna avtal med Telia med hänvisning till att Telias anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav och är det för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga.

#### **PARTERNAS TALAN**

**TDC Sverige AB** (TDC) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om på grund av att kraven i 2.2 och 2.9 strider mot upphandlingslagstiftningens principer om likabehandling och proportionalitet samt att TDC såsom MVNO riskerar lida skada till följd av detta. I ansökningsanför TDC som skäl för yrkandet i huvudsak följande.

#### ***Beskrivning av den svenska telekommarknaden***

På den svenska telekommarknaden finns i dagsläget ett fåtal leverantörer som är direkta eller indirekta ägare eller delägare i ett nät för mobiltelefoni, och ett relativt stort antal leverantörer som är virtuella mobiloperatörer, s.k. "MVNO-operatörer" (Mobile Virtual Network Operator). MVNO-operatörerna avtalar med de operatörer som är direkta eller indirekta ägare/delägare av mobilnät om att hyra in sig på de senare operatörernas mobilnät och MVNO-operatörerna får därigenom tillgång till dessa mobilnät (nu beskrivna avtal benämns nedan "MVNO-avtal"). Det förhållandet att en leverantör själv eller tillsammans med någon annan direkt eller indirekt äger mobilnät tillför inte någon fördel vad gäller funktionalitet eller kapacitet, jämfört med vad en MVNO-operatör som använder samma mobilnät kan erbjuda kunden. Möjligheten att sluta MVNO-avtal innebär alltså att operatörer utan eget/delägt mobilnät kan konkurrera på lika villkor med operatörer som direkt eller indirekt äger/deläger mobilnät. De MVNO-avtal som sluts på den svenska telekommarknaden har generellt sett en löptid om ca 3-4 år. Därefter finns vanligen möjligheter att ytterligare förlänga avtalet i fråga.

I många stora offentliga upphandlingar av telekomtjänster i Sverige har krav utformats på så sätt att konkurrensen på lika villkor, mellan MVNO-opera-

törer och operatörer som direkt eller indirekt äger/deläger mobilnät, bibehålls. Ett exempel är Statens inköpscentraler vid Kammarkollegiet ("SI") senaste upphandling av ramavtal för kommunikation som tjänst 2013, från vilket samtliga statliga myndigheter och dessutom ca 150 kommuner och mer än 20 landsting och kommunalförbund har rätt att avropa. För att försäkra sig om att MVNO-operatörer hade tillgång till mobilnät, ställdes ett krav i denna upphandling om att MVNO-operatörer skulle komma in med ett samarbetsavtal eller ett intyg som visar att MVNO-operatören har rätt att nyttja aktuellt mobilnät. Det fanns dock inget krav att MVNO-operatörerna skulle visa att de har tillgång till mobilnät under hela ramavtalsperioden, inklusive eventuell förlängning. TDC är en av de leverantörer som antagits som leverantör i SI:s ramavtalsupphandling för kommunikation som tjänst. Det kan noteras att SI har regeringens uppdrag att ingå ramavtal som är avsedda för samtliga statliga myndigheter, och - när det gäller IT och telekom - även för kommuner och landsting.

***MVNO-kravet strider mot likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU***  
Det strider mot likabehandlingsprincipen att ställa höga krav som endast ett fåtal leverantörer har möjlighet att uppfylla, om inte kraven är sakligt motiverade av upphandlingsföremålet (jfr EU-domstolens dom i mål C-513/99, Concordia). Vidare kräver likabehandlingsprincipen att det inte ställs krav i en upphandling som snedvrider konkurrensen på en annars fungerande marknad, på ett sätt som inte återspeglar de normala förhållandena på denna marknad.

TDC har i nuläget ett MVNO-avtal med TeliaSonera Mobile Networks AB, som ger TDC rätt att nyttja det 2G-, 3G- och 4G-nät som Telia nyttjar. Detta MVNO-avtal löper t.o.m. den 13 mars 2019. Därefter förlängs MVNO-avtalet per automatik om ingen av parterna aktivt säger upp avtalet inom viss tid. Detta MVNO-avtal ingicks den 13 mars 2015.

Den maximala avtalstiden i upphandlingen kan komma att löpa t.o.m. den 31 september 2023. Med beaktande av att upphandlingens anbudstid löpte mellan den 25 september - 4 november 2015 har alltså en MVNO-operatör -

för att överhuvudtaget kunna komma in med ett anbud i upphandlingen - varit tvungen ha ett MVNO-avtal som sträcker sig över nästan åtta år (november 2015 - september 2023). Något sådant MVNO-avtal är inte praktiskt möjligt att sluta på den svenska telekommarknaden. Såvitt TDC känner till har inget MVNO-avtal på den svenska telekommarknaden någonsin löpt med en garanterad avtalstid som är i närheten av åtta år eller längre. MVNO-kravet innebär således att MVNO-operatörer inte kan komma in med anbud i upphandlingen p.g.a. att de inte kan visa att de har tillgång till mobilnät under hela upphandlingens maximala avtalstid (jfr kravet i SI:s upphandling av kommunikation som tjänst 2013, där det inte ställdes upp något dylikt tidskrav).

Vidare vill TDC understryka följande. Det finns överhuvudtaget inget krav i upphandlingen på de operatörer som direkt eller indirekt äger/deläger mobilnät att garantera tillgången till mobilnät under hela den maximala avtalstiden i upphandlingen. Således kan dessa operatörer avhända sig hela/delar av sitt ägande beträffande mobilnät och/eller tillstånd, för att sedan hyra in sig hos köparen under avtalstidens gång. Vid sådant förhållande blir alltså den säljande operatören en MVNO-operatör men utan att ha behövt intyga tillgång till mobilnät under hela den maximala avtalstiden i upphandlingen, till skillnad från de aktörer som är MVNO-operatörer vid anbudstidens utgång. Det nu beskrivna förhållandet innefattar i sig en allvarlig olikbehandling i strid med likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

***MVNO-kravet strider mot proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU***  
Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas och krav som ställs i en upphandling ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts skall genomföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen (EU-domstolens dom den 13 juli 1994 i mål C-131/93 Kommissionen mot Tyskland). EU-domstolen har också i skilda sammanhang uttalat att reglerna ska tolkas i "funktionella termer", dvs. det är den

praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som skall bedömas. En bedömning måste göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, eller om något mindre ingripande alternativ finns. Dessutom måste bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är proportionerlig i förhållande till syftet med åtgärden. Båda dessa krav måste vara uppfyllda för att ett krav ska anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Bevisbördan för att det inte finns något mindre ingripande alternativ än det som har valts ligger på den upphandlande myndigheten (jfr bl.a. Kammarrättens i Stockholm avgörande av den 27 oktober 2009 i mål nr 4846-09). Landstinget har inte angivit vilket syfte MVNO-kravet är ägnat att uppfylla, men det får antas att syftet med MVNO-kravet är att säkerställa att den leverantör som antas i upphandlingen har tillgång till mobilnät under hela avtalstiden inklusive eventuell förlängning.

Det är en mycket ingripande åtgärd att kräva att en MVNO-operatör visar att tillgång finns till mobilnät under hela den maximala avtalstiden i upphandlingen (dvs. nästan åtta år), eftersom det i praktiken är omöjligt att ingå ett sådant MVNO-avtal. Frågan är alltså till en början om det finns något mindre ingripande alternativ än MVNO-kravet för att uppnå det ovan beskrivna syftet.

Syftet med MVNO-kravet skulle kunna hanteras exempelvis genom garantier förenade med tydliga och hårda sanktioner i upphandlingens avtal, istället för att ställa upp MVNO-kravet. Detta har TDC påpekat för Finansinspektionen ("FI") i oktober 2015 i samband med FI:s avrop från Kammarkollegiets ramavtal Kommunikation som tjänst 2013, där FI ursprungligen ställt upp ett krav i avropet som till sin innebörd var identiskt med MVNO-kravet i upphandlingen. FI beslutade efter TDC:s påpekande att ta bort sitt krav och ersätta detta med följande skrivningar:

- Anbudsgivaren ska garantera att utlovad mobilnätstäckning inom Sverige inte försämras under avtalsperioden.

- Anbudsgivaren ska garantera att inga driftstörningar sker vid eventuellt byte av underleverantör av mobilnät.
- Anbudsgivaren ska garantera att ingen funktionalitet försämras eller får driftstörningar i samband med eventuellt byte av underleverantör av mobilnät.
- Anbudsgivaren ska ombesörja kostnadsfria SIM-kortsbyten på plats hos FI om detta behövs i samband med eventuellt byte av underleverantör av mobilnät.

Genom dessa förändringar har TDC fått möjlighet att komma in med anbud i FI:s avrop, samtidigt som FI uppfyller sitt syfte att säkerställa att antagen leverantör har tillgång till mobilnät under avtalsperioden. FI:s hantering av sitt avrop visar tydligt att det finns mindre ingripande åtgärder än MVNO-kravet för att uppfylla MVNO-kravets syfte.

Den negativa effekt som MVNO-kravet skapat är att MVNO-operatörer har utestängts från möjligheten att lämna anbud och därmed konkurrera om tilldelningen i upphandlingen. Denna negativa effekt skulle enligt TDC:s uppfattning inte ha varit proportionerlig i förhållande till MVNO-kravets syfte även om detta varit den minst ingripande åtgärden. I förevarande fall står det emellertid klart att det finns mindre ingripande åtgärder, vilket gör det uppenbart att den negativa effekten är oproportionerlig.

#### *Skada*

Som framgår ovan strider MVNO-kravet mot LOU i flera avseenden. MVNO-kravet skulle således rätteligen inte ha ställts i upphandlingen. Om MVNO-kravet inte ställts upp hade TDC haft möjlighet att komma in med anbud i upphandlingen och antas som leverantör. Det är uppenbart att TDC åtminstone riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § första stycket LOU.

#### *Förtydligande i yttrande*

I yttrande anför TDC följande. TDC kan vidare konstatera att landstinget medger att det som enligt utvärderingskriteriet i 2.9 ger ett "mervärde" - och alltså innebär att ett prispåslag undviks - är just ägandet/delägandet av ett

mobilnät ("egenägd fysisk infrastruktur"). Vad TDC huvudsakligen vänder sig mot i detta avseende är att mervärdet ges till själva ägandet av infrastrukturen och inte till förutsättningarna för att uppnå utvärderingskriteriets syften. I utvärderingskriteriet i 2.9 beskriver landstinget vilka egenskaper som eftersträvas (kapacitet, funktionalitet m.m.). Dessa egenskaper kan uppnås av en MVNO-operatör i lika hög utsträckning som en aktör som direkt eller indirekt äger/deläger sitt mobilnät, t.ex. genom att på avtalsmässig väg överenskomma med operatören som direkt eller indirekt äger/deläger mobilnätet om sådana möjligheter. Såsom utvärderingskriteriet i 2.9 nu är utformat är det emellertid uteslutet att MVNO-operatörer kan undgå ett prispåslag. Landstinget har således i strid med likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU premierat ägandet i sig och inte anbudsgivarnas möjlighet att erbjuda de egenskaper som eftersträvas av landstinget.

**Landstinget** bestrider bifall till TDC:s ansökan och anför i huvudsak följande. TDC påstår att det förhållandet att en leverantör själv eller tillsammans med någon annan direkt eller indirekt äger mobilnät inte tillför någon fördel vad gäller funktionalitet eller kapacitet, jämfört med vad en MVNO-operatör som använder samma mobilnät kan erbjuda kunden. Påståendet är felaktigt eftersom om TDC inte kan garantera att bolaget ens har ett MVNO-avtal med en nätägare under avtalstiden så innebär det i praktiken att man inte kan garantera vare sig de av landstinget efterfrågade funktionerna eller den av landstinget efterfrågade kapaciteten, eller ens att ett kommande avtal skulle kunna fullgöras under avtalstiden. Vidare anger TDC att MVNO-avtal generellt har en avtalstid på 3-4 år samt vanligen möjligheter till förlängning av avtalstiden. För landstinget är inte vanligen möjligheten till förlängning av avtalstiden gott nog. Därav följer att det i 2.2 anges att MVNO-operatör ska redovisa vilken operatör som är underleverantör och vem som är nätägare samt att leverantören ska bifoga bevis på att det finns ett avtal för den avtalstid, inklusive option om förlängning, som angetts.

*Likabehandlingsprincipen*

Det föreligger ingen rätt eller skyldighet för leverantör att lämna anbud. En förutsättning för att vinna framgång vid deltagande i en offentlig upphandling är att leverantören kan tillhandahålla det som den upphandlande myndigheten efterfrågar. Landstinget har inte uteslutit någon leverantör genom att ställa det krav på bevisning som återfinns i 2.2. Flera leverantörer finns som är ägare eller delägare av mobilnät. Som exempel nämns Telia, Tele2, Telenor och Tre. TDC som inte är mobilnätsägare har haft och har samma möjligheter som andra MVNO-operatörer att skriva avtal med långa avtals-tider om nyttjande av mobilnät. Tele2, Telenor och Tre är egna eller sam-ägda nätägare och har inte heller lämnat anbud. Leverantörernas skäl att inte lämna anbud är okända för både landstinget och TDC. I vart fall måste andra skäl än landstingets infordrande av bevisuppgift så som det anges i 2.2 vara orsak till att bolagen inte lämnat anbud. Att endast ett anbud inkommit är således inget skäl som i sig visar att infordrande av bevisuppgift ställts i strid med likabehandlingsprincipen.

TDC anger att bolaget har ett MVNO-avtal med TeliaSonera Mobile Networks AB som löper till och med den 13 mars 2019 och som därutöver förlängs med automatik. Landstinget ser inget hinder mot att TDC:s MVNO-avtal med Telia således förlängs till att täcka den avtalstid som landstinget angett i sin mall för upphandlingskontrakt. I vart fall finns inget i landstingets infordrande av bevisuppgift så som det formulerats i 2.2 som utgjort något hinder för TDC att lämna anbud eftersom man vid anbudstidens utgång har ett gällande MVNO-avtal med Telia som löper till och med den 13 mars 2019 med automatisk förlängning. Det är det som framgår av anbudshandlingarna vid anbudstidens utgång som är föremål för landstingets bedömning. Landstinget har inte i infordrande av bevisuppgift i 2.2 ställt krav på att TDC ska visa att man har tillgång till mobilnät under hela avtalstiden på sätt som TDC påstår i sin ansökan. Av landstingets infordrande av bevisuppgift som anges i 2.2 framgår att TDC har haft att visa att det finns ett avtal tecknat under den avtalstid som landstinget avser att teckna avtal. Om

ett anbud hade kommit in från TDC där TDC åberopat gällande Teliaavtal med automatisk förlängning så hade detta eventuellt kunnat medföra att landstinget ansett att kravet i 2.2 varit uppfyllt.

Som en del i landstingets strävan att på bästa sätt uppnå landstingets syften har landstinget uppställt ett antal utvärderingskriterier varav ett kriterium anges i 2.9. För att en MVNO-operatör ska kunna utvärderas på ett korrekt och likvärdigt sätt anser landstinget att utvärderingskriterierna ska åter spegla hela den tilltänkta avtalsperioden. Om MVNO-operatören skulle byta samarbetspartner eller byta nätägare under den tilltänkta avtalstiden så kommer den genomförda utvärderingen inte spegla den täckning, prestanda och tillgänglighet som landstinget tidigare utvärderat på. Det som anges i 2.9 är inte ett obligatoriskt krav som leverantör måste uppfylla utan ett utvärderingskriterium där det anges att landstinget strävar efter att få tillgång till högsta möjliga kapacitet, funktionalitet, flexibilitet, skalbarhet och långsiktighet avseende mobila tjänster och trafik. För att skapa förutsättningar för detta bör leverantören ha tillgång till egenägd fysisk infrastruktur. En egenägd fysisk infrastruktur premieras således på så sätt att det i utvärderingen anses tillföra ett mervärde vilket visar sig i att något fiktivt prispåslag på anbudspriset inte tillkommer om leverantör kan visa att de tillhandahåller en egen fysisk infrastruktur. Landstinget väljer själv sina utvärderingskriterier. Det utvärderingskriterium som anges i 2.9 är relevant och förenligt med proportionalitetsprincipen, det är icke diskriminerande och inte heller i övrigt i strid med likabehandlingsprincipen.

### **SKÄL FÖR AVGÖRANDET**

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU



besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

*Förvaltningsrättens bedömning*

I målet är fråga om det obligatoriska krav som landstinget ställt i kravspecifikationen 2.2 samt utvärderingskriteriet i 2.9 strider mot principerna om likabehandling och proportionalitet och i så fall mot 1 kap. 9 § LOU. Såsom kravet i 2.2 får tolkas innebär det enligt förvaltningsrättens mening att TDC under nuvarande förhållanden inte uppfyllt detsamma då TDC inte kunnat visa att bolaget har avtal tecknat under hela den avtalstid som landstinget avser att teckna avtal, inklusive eventuell förlängningsoption. Förvaltningsrätten delar således inte landstingets uppfattning att om ett anbud kommit in från TDC där TDC åberopat gällande Teliaavtal med automatisk förlängning, detta eventuellt hade kunnat medföra att kravet i 2.2 varit uppfyllt.

Vidare framgår av bland annat en dom från Kammarrätten i Stockholm den 13 januari 2016 i mål nr 7561-15 att en prövning av upphandlingen mot proportionalitetsprincipen bör ske utifrån syftet med ett uppställt krav, om kravet är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå detta syfte, om det kan anses nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet samt om kravet kan leda till att konkurrensen begränsas på ett sätt som inte är nödvändigt genom att potentiella leverantörer inte kvalificerar sig eller avhåller sig från att lämna anbud i upphandlingen.

Vad gäller kravet i 2.2 har det enligt förvaltningsrättens mening inte framkommit annat än att den avtalslängd på fem plus två år samt sex månader som ska läggas till grund för prövningen i sig är förenlig med de aktuella principerna och 1 kap. 9 § LOU. Såsom TDC anfört får syftet med kravet i 2.2 antas vara att säkerställa att den leverantör som antas i upphandlingen har tillgång till mobilnät under hela avtalstiden inklusive eventuell förlängning. Syftet med detta krav bör enligt förvaltningsrättens mening även bedömas tillsammans med utvärderingskriterierna i 2.8 och 2.10 angående täckning och antal surfzoner. Ett byte av nätägare under avtalsperioden skulle kunna medföra att en MVNO-operatör levererar en mindre kvalificerad tjänst än vad man offererat i sitt anbud och som legat till grund för utvärderingen av anbudet. Även om det i och för sig är möjligt att reglera byte av nätägare/underleverantör i avtalet på sätt som TDC uppgett att Finansinspektionen gjort i en upphandling så kan det vara svårt eller omöjligt att uppfylla detta krav ifall MVNO-operatören inte fortsätter med samma nätägare efter att vid anbudstiden gällande MVNO-avtal löpt ut.

Vid bedömningen av kravet i 2.2 i förhållande till likabehandlingsprincipen bör också beaktas att det är fråga om ett omfattande uppdrag med ett beräknat totalt värde av 143 500 000 kronor. Det är inte självklart att alla leverantörer som vid anbudstidens utgång har ett MVNO-avtal ska ha samma möjligheter som etablerade nätägare att delta i en upphandling av sådant format även om det inte framkommit annat än att TDC i och för sig synes ha tillräcklig förmåga för att komma ifråga för uppdraget. Förvaltningsrätten anser vidare att MVNO-avtalens generella avtalstid om 3-4 år såsom TDC anfört inte nödvändigtvis bör medföra att kravet i 2.2 strider mot 1 kap. 9 § LOU. Detta då även en kortare tid för avtalet i denna upphandling kan medföra svårigheter att uppfylla kravet ifall avtalsperioderna inte löper parallellt. Som landstinget anfört bör det vara möjligt med längre MVNO-avtal eller eventuellt förlängningsklausuler för pågående uppdrag för att garantera kontinuitet vad gäller täckning och prestanda m.m. Att som upphandlande myn-

dighet vara hänvisad till sådana krav som TDC förespråkar skulle enligt förvaltningsrättens mening medföra en begränsning av myndighetens i praxis uttalade frihet att uppställa krav som myndigheten anser vara lämpliga för upphandlingen.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att kravet i 2.2 är sakligt motiverat och möjligt för MVNO-operatörer att uppfylla, varför kravet inte innebär någon otillåten begränsning av tänkbara leverantörer då det finns ett flertal nätägare som kunnat konkurrera om uppdraget. Förvaltningsrätten finner därför att kravet inte strider mot likabehandlingsprincipen på sätt som TDC anfört och detta utgör således inte grund för ingripande. Att nätägare, såsom TDC framhållit, kan avhända sig äganderätten och i stället hyra in sig som MVNO-operatör, föranleder inte någon annan bedömning då det i alla upphandlingar är möjligt för leverantören att avhända sig resurser som krävs för uppdragets utförande varför några fullständiga garantier för att uppdraget blir utfört sällan eller aldrig går att få. Detta utgör emellertid inte skäl för att avstå från krav som är ägnade att så långt möjligt säkerställa att uppdraget utförs i enlighet med vad som förutsätts i upphandlingen. Att vara nätägare eller ha ett MVNO-avtal som avser hela avtalsperioden innebär även att leverantören själv råder över sina resurser på ett annat sätt än vad som är fallet om MVNO-avtalet kan upphöra genom att parterna inte kommer överens om en förlängning och ett likvärdigt avtal med annan nätägare inte kommer till stånd.

Beträffande proportionalitetsbedömningen anser förvaltningsrätten med hänvisning till vad som anförts att kravet i 2.2 är nödvändigt för att säkerställa att leverantören har tillgång till de nätresurser som offereras i anbudet under hela avtalsperioden. De alternativ som TDC anger att exempelvis Finansinspektionen använt sig av ger enligt förvaltningsrättens mening inte samma förutsättningar som kravet i 2.2. Förvaltningsrätten anser vidare att det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå syftet med kravet. Kort-

siktigt innebär kravet en begränsning vad gäller MVNO-operatörernas faktiska möjlighet att konkurrera om uppdraget då MVNO-avtalen synes vara otillräckliga för att en sådan leverantör ska kunna komma ifråga men på längre sikt kan motsvarande krav från fler upphandlande myndigheter leda till dessa avtal ändras så att MVNO-operatörer kan uppfylla motsvarande krav i större utsträckning. Då kravet i sig enligt förvaltningsrättens mening är motiverat blir bedömningen att det är proportionerligt och därmed förenligt med principen om proportionalitet. Förvaltningsrätten finner således vad gäller kravet i 2.2, att landstinget inte har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Skäl för ingripande på grund av att TDC sannolikt inte skulle ha uppfyllt alla obligatoriska krav och därför kan antas ha avstått från att lämna anbud föreligger därmed inte.

Vad gäller utvärderingskriteriet i 2.9 kan först framhållas att det inte har samma avgörande betydelse som kravet i 2.2 då det enbart kan medföra fiktivt ekonomiskt påslag i den delen, även om detta i och för sig kan få stor betydelse i utvärderingen. Förvaltningsrätten anser också att utformningen av kriteriet kunde gjorts mer lik utformningen av kravet i 2.2 så att det funnits möjlighet för MVNO-operatörer att visa samma möjlighet till utveckling av tjänsten som nätägare. Emellertid har TDC som anförts inte uppfyllt alla obligatoriska krav och den brist som kan anses föreligga i utformningen av 2.9 har därmed inte medfört att TDC riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU. Vid dessa förhållanden saknas skäl mot ingripande även på grund av utvärderingskriteriet i 2.9 och därmed ska TDC:s ansökan om överprövning avslås.

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

Hans-Erik Jonasson  
f.d. lagman



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I 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.

## 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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;**

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.