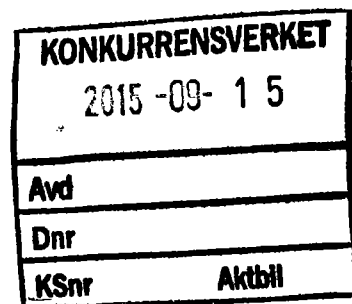




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-09-15
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1191-15



SÖKANDE

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

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

MOTPART

1. Region Östergötland, 232100-0040
Upphandlingscentrum
581 91 Linköping

Ombud för 1: advokaten Walter Sköldstam
Svensk Juristpartner
G:a Rådstugugatan 30
602 24 Norrköping

2. Tele2 Sverige AB
Box 62
164 94 Kista

Ombud för 2: Katarina Areskoug

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Region Östergötlands upphandling
Kommunikation som tjänst med referensnummer UC-2013-217 ska göras
om.

Dok.Id 221426

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Kammarkollegiet genomförde 2013 upphandling av ramavtalet Kommunikation som tjänst med diarienummer 96-77-2012. Ramavtalets giltighetstid är 24 månader (17 december 2013–31 december 2015). Ramavtalsperioden kan förlängas med maximalt 36 månader (till och med den 31 december 2018).

Region Östergötland (Regionen) har i förfrågan den 11 november 2014 angett att avrop från ramavtalet genomförs genom förnyad konkurrensutsättning (referensnummer är UC-2013-217). Det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för Regionen ska antas. Kontraktets slutdatum ska vara den 31 mars 2019. Därefter kan kontraktet förlängas med maximalt 36 månader.

Anbud inkom från Tele2 Sverige AB (Tele2), TDC Sverige AB (TDC) och TeliaSonera Sverige AB, där samtliga kvalificerades. Av tilldelningsbeslut den 10 februari 2015 framgår att Regionen har antagit Tele2 som leverantör och att avtalet ska träda i kraft den 1 april 2015.

I ansökan om överprövning av upphandlingen yrkar TDC i första hand att avropet inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid anbudet från Tele2 inte beaktas. TDC yrkar i andra hand att avropet ska göras om.

Regionen och Tele2 yrkar att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Skriftväxlingen i målet är omfattande. Parternas inlagor är innehållsrika och försedda med rättslig argumentation med hänvisningar till olika

rättskällor. Förvaltningsrätten har tagit del av allt parterna anfört, även sådant som inte redovisas i domen.

TDC

Tele2 har inte offererat någon webbportal. Anbudet uppfyller därmed inte de obligatoriska kraven i upphandlingen. Regionen har vidare brutit mot LOU genom att ge Tele2 möjlighet att genomföra otillåtna förtydliganden och kompletteringar av sitt anbud. Anbudet borde inte ha beaktats vid utvärderingen.

Avropsavtalstiden uppgår till maximalt sju år. Det föreligger inga särskilda skäl för att motivera en avtalstid överstigande fyra år. Vidare överstiger avropsavtalstiden ramavtalets maximala löptid om fem år. Om en längre avropsavtalstid hade varit behövlig, skulle Regionen ha angett en längre ursprunglig avropsavtalstid än fyra år. Förutsatt att avtalen förlängs maximalt kommer avropsavtalet att gälla i tre år och tre månader efter att ramavtalet har löpt ut. Om ramavtalet inte förlängs kommer avropsavtalet att kunna gälla i sex år och tre månader efter att ramavtalet har löpt ut.

Regionen har använt ramavtalet på ett otillbörligt och konkurrensbegränsande sätt. Avropsavtalets löptid spelar stor roll för hur prissättningen i anbudet utformas. Om löptiden varit förenlig med LOU, hade TDC haft andra förutsättningar att utforma sitt anbud. Tele2:s anbudspris är endast cirka 8 procent lägre än anbudet från TDC. Vidare innebär avropsavtalets löptid att de tjänster som omfattas av avropet kan sättas ur spel på ett otillbörligt sätt under minst två år och tre månader. Eftersom TDC inte har möjlighet att konkurrera om tjänsterna under denna tid, riskerar bolaget åtminstone att lida skada.

Rättelse kan inte meddelas av förvaltningsrätten om det föreligger grund för att avropet ska göras om. Om förvaltningsrätten finner att avropets avtalstid strider mot LOU och/eller Direktivet behöver förvaltningsrätten således inte pröva frågorna om Tele2:s ursprungliga anbud uppfyller skallkraven eller om Tele2:s kompletteringar kan beaktas.

Om förvaltningsrätten delar uppfattningen att det inte föreligger särskilda skäl för längre avtalstid än fyra år och att Regionen inte fullgjort sin bevisbörda i detta avseende, behöver förvaltningsrätten inte pröva frågan om avropets avtalstid får överstiga det underliggande ramavtalets löptid. Inte heller behöver förvaltningsrätten pröva om det föreligger en otillbörlig och konkurrensbegränsande användning av ramavtalet på grund av att avropsavtalet kan komma att löpa under lång tid efter det att ramavtalet löpt ut.

Regionen

Anbudet från Tele2 uppfyllde samtliga krav i upphandlingen vid anbudslämnandet. Regionen har endast begärt ytterligare beskrivning av hur webbportalen fungerar. Tele2 har därvid varken inkommit med några uppgifter som ersätter tidigare lämnade uppgifter eller uppgifter som saknar koppling till tidigare lämnade uppgifter. Det är således fråga om redan lämnade uppgifter som konkretiserats.

Regionen har valt att ange avropsavtalets löptid till fyra år med möjlighet till tre års förlängning pga. särskilda skäl. Avtalet innebär höga investeringskostnader för den leverantör som tilldelas kontraktet. Även om den nuvarande tekniska plattformen är tillräcklig för Regionens behov i dag är det inte säkert att den täcker framtida behov. Leverantören måste om denne finner det nödvändigt ha möjlighet att byta ut plattformen för att effektivisera driften av lösningen. För att en leverantör ska ha möjlighet att

genomföra ett byte, särskilt om bytet sker några år efter avtalsstart, krävs en lång avskrivningstid. En kort avtalstid kan avskräcka leverantörer från att delta i upphandlingen. Ett plattformbyte kräver vidare lång planeringstid, eftersom bytet är komplext. Dessutom är en lång avtalstid viktig från patientsynpunkt, eftersom ett plattformbyte kräver driftstopp med risk för störningar. Upphandlingen rör all telefoni i Regionen. Det är viktigt att telefonin fungerar, särskilt med tanke på att vårdpersonals personsökare omfattas av upphandlingen. En stor störning var tredje eller fjärde år kan få allvarliga konsekvenser. Regionen kommer även att göra investeringar i sin personal i form av utbildning kring det nya systemet som behöver tid för att betala av sig. Regionen har tillsammans med nuvarande leverantör, TDC, utvecklat plattformen och förlängt avropsavtalet med två år, eftersom plattformsutvecklingen bl.a. innebär en stor investering. Regionen har även angett optioner i förfrågningsunderlaget som kan komma att åberopas under avtalstiden. Avropandet av optioner behöver inte kräva ett plattformbyte, men väl en utveckling av plattformen. Med tanke på att avrop av option kan ske under hela avtalstiden finns det anledning att kunna förlänga avtalet.

Tilldelning av kontrakt utifrån ramavtal ska ske i enlighet med ramavtalsvillkoren. I ramavtalet liksom i Kammarkollegiets vägledning för tillämpning ramavtalet anges att löptiden för avrop får vara längre än ramavtalet, som är fem år. TDC har ingått ramavtalet med Kammarkollegiet och borde därför vara medvetet om att detta.

Tele2

Tele2 har offererat en webbportal i enlighet med avropsförfrågans krav och uppfyller därmed samtliga krav i upphandlingen. Någon otillåten komplettering av Tele2:s anbud har inte gjorts. TDC har inte kunnat visa

att Tele2:s anbud inte uppfyllde kraven. Det finns därmed inte grund för att utesluta Tele2:s anbud från upphandlingen.

Det saknas rättsligt stöd för att upphandlingen ska göras om. Det är inte otillåtet att avropa ett avtal som sträcker sig längre än fyra år eller att uppställa en avtalstid som är längre än avtalstiden i ramavtalet, så länge det finns särskilda skäl för den längre avtalstiden. I nu aktuellt fall finns det särskilda skäl för en längre avtalstid.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten finner anledning att först pröva om förfrågningsunderlaget med avseende på avropsavtalets löptid står i överensstämmelse med LOU.

Bestämmelser m.m.

I artikel 32.2 femte stycket Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (Direktivet) anges att en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Av förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 333) framgår att Direktivet i denna del inte genomfördes särskilt i LOU med hänvisning till att kraven i artikeln torde följa redan av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande (Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive corresponding to document CC/2005/03 rev 1 of 14.7.2005, s. 5) angett att kontrakt som avropas med stöd av ett ramavtal ska ha samma längd som ramavtalet. I doktrinen har i

anslutning till tolkningsmeddelandet uttalats att ramavtalets löptid begränsar avropskontraktets längsta möjliga löptid (Rosén Andersson m. fl., Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, 2:a uppl., 2015, s. 300).

I skäl 62 till det ännu inte i svensk lag införlivade nya LOU-direktivet (Europaparlaments och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG) anges bl.a. följande. Det bör klargöras att kontrakt som grundas på ett ramavtal visserligen måste tilldelas innan själva ramavtalet löper ut, men att löptiden för de enskilda kontrakt som grundas på ett ramavtal inte behöver sammanfalla med löptiden för det ramavtalet utan i förekommande fall får vara kortare eller längre. Det bör i synnerhet vara tillåtet att fastställa löptiden för de enskilda kontrakt som grundas på ett ramavtal med beaktande av faktorer såsom den tid som behövs för deras fullgörande, när underhåll av utrustning med en uppskattad ekonomisk livslängd på mer än fyra år ingår eller när det behövs omfattande utbildning av personal för att fullgöra kontraktet.

Förvaltningsrättens bedömning

Giltighetstiden för ett avropsavtal får av konkurrensskäl inte vara hur lång som helst. Det finns också tidsmässiga begränsningar som följer av förhållandet mellan avropsavtalet och det underliggande ramavtalet. Rättsläget kan inte anses helt klarlagt när det gäller frågan om avropsavtalets giltighetstid får vara längre än giltighetstiden för det underliggande ramavtalet.

I målet har framkommit att den maximala löptiden inklusive förlängningar är fem år för ramavtalet och sju år för avropsavtalet. Avropsavtalets löptid överstiger således ramavtalets. Möjlig giltighetstid för de båda avtalen är dessutom längre än fyra år (jfr 5 kap. 3 § LOU). Vidare har det

framkommit att avropsavtalet kan komma att gälla i mer än sex år efter att ramavtalet löpt ut, om ramavtalet inte förlängs. TDC gör gällande att avropsavtalets längd bl.a. får konkurrensbegränsande effekter. Med hänsyn till avropsavtalets giltighetstid och till den möjliga giltighetstiden i förhållande till ramavtalet, anser förvaltningsrätten att det ankommer på Regionen att visa att den aktuella avropsavtalstiden är påkallad.

Regionen har i huvudsak åberopat att den upphandlade tjänsten är tekniskt komplicerad, att det kan komma att krävas ytterligare investeringar i samband med ett eventuellt byte av teknisk plattform, att optioner kan komma att avropas senare under avtalstiden och att det finns behov av att säkerställa en kontinuitet i tjänsteleveransen. TDC har invänt att Regionen inte styrkt att det föreligger skäl för den valda avtalstiden och framhållit bl.a. att det inte föreligger något samband mellan upphandlingsföremålet och avtalstiden.

Med beaktande av vad TDC har invänt är de av Regionen åberopade omständigheterna enligt förvaltningsrättens mening inte tillräckliga för att konstatera att det finns skäl av sådan art att det är motiverat med en avropsavtalstid som överstiger fyra år, är längre än ramavtalets löptid och dessutom kan komma att gälla långt efter att ramavtalets löptid har passerat. Förvaltningsrätten anser sammantaget att avropsavtalstiden utgör en sådan otillbörlig användning av ramavtalet som medför att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Avtalstiden står därmed i strid med 1 kap. 9 § LOU. På grund av avtalstidens konkurrensbegränsande effekter riskerar TDC att lida skada.

Vid angivna förhållanden finns grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom den brist som framkommit är att hänföra till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Vid detta slut finner förvaltningsrätten – med hänsyn till hur TDC utformat sin talan – vidare att det saknas anledning att pröva om anbudet från Tele2 uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen.

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

Magnus Wickström

Föredragande har varit Carl Hultsberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

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

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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

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

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

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