



KLAGANDE

Telenor Sverige AB, 556421-0309
Campus Gräsvik 12
371 80 Karlskrona

Ombud: Advokat Anna Ulfsson och
jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Banverket
781 85 Borlänge

Ombud: Advokaterna John Hane och
Per-Ola Bergqvist
Foyen Advokatfirma
Box 7229
103 89 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Dalarnas läns dom den 11 februari 2010 i mål nr 2900-09,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrätten upphäver sitt intermistiska beslut den 19 februari 2010.

YRKANDEN M.M.

Telenor Sverige AB (nedan bolaget) överklagar länsrättens dom och yrkar att kammarrätten ska meddela prövningstillstånd i målet och med ändring av länsrättens dom förordna att avropet avseende telefonitjänster ska göras om. Bolaget hänvisar till vad som anförts i länsrätten vad gäller grunderna för bolagets yrkanden. I kammarrätten anför bolaget i huvudsak följande. Avropet avseende telefonitjänster har skett efter förnyad konkurrensutsättning och Banverket har brutit mot bestämmelserna i 5 kap. 7 § punkterna 1-4 lagen (lagen 2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Banverket har även brutit mot transparens- och likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Banverket har i strid mot vad som framgår av ramavtalet lagt till otillåtna utvärderingskriterier i avropet (mobiltäckning har använts och detta finns inte omnämnt bland de kriterier som får användas enligt förfrågningsunderlaget i ramavtalet). Utvärderingskriteriet mobiltäckning strider även mot 1 kap. 9 § LOU eftersom det dels ensidigt gynnar etablerade leverantörer, dels är så oklart att det varit omöjligt att på förhand veta hur anbudsutvärderingen avseende detta kriterium skulle ske. Banverket har inte givit deltagarna i den förnyade konkurrensutsättningen tillräcklig tidsfrist att inkomma med anbud. Avropet har inte skett skriftligen och upprätthåller inte krav på sekretess. Avropet har innehållit omfattande inslag av förhandling. Banverket har inte bifogat avtalsvillkor i avropet. Slutligen har Banverket tagit del av innehållet i anbuden innan sista dag för inlämnande av anbud.

Kammarrätten har den 19 februari 2010 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd och företar målet till omedelbart avgörande.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Banverket har genomfört ett avrop på grundval av Kammarkollegiets ramavtal "Kommunikation som tjänst 2008". Kammarkollegiet har träffat ramavtal med bolaget och tre andra leverantörer för den ifrågavarande tjänsten. Avropet har skett genom förnyad konkurrensutsättning. Samtliga fyra leverantörer har deltagit i Banverkets avrop.

Av förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 sid 168 f.) framgår bl.a. följande. Vid förnyad konkurrensutsättning kan det ramavtal som ligger i botten knappast vara ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet; om så vore fallet skulle utrymme för förnyad anbudsgivning inte finnas. Bundenhet i den meningen torde uppstå först genom det enskilda kontrakt som träffas efter förnyad konkurrensutsättning. Ett sådant kontrakt skulle då utgöra ett upphandlingskontrakt som, givet att tiodagarsfristen löpt ut, avskär möjligheten till överprövning och utgör startpunkt för talefristen avseende skadeståndsanspråk.

Det ramavtal som är aktuellt i detta mål förutsätter att en förnyad konkurrensutsättning ska ske. Med beaktande av det som anförts i förarbetena föreligger enligt kammarrättens mening i denna situation inte något kontrakt med avseende på ramavtalsupphandlingen i den mening som avses i regelverket om offentlig upphandling, dvs. ett sådant kontrakt som, givet att tiodagarsfristen löpt ut, avskär möjligheten till överprövning. Det föreligger därför inte något hinder för bolaget att ansöka om överprövning av avropet och inte heller något hinder mot att uppta bolagets överklagande till prövning.

Länsrätten har prövat målet enligt LOU. Särskilda upphandlingsregler gäller inom den s.k. försörjningssektorn i enlighet med lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. När det gäller regelverket om ramavtal finns detaljerade regler i 5 kap.

LOU, där det bl.a. framgår vilka förfaranderegler som exklusivt gäller för ramavtal inom denna sektor. När det gäller LUF finns en enda bestämmelse i 5 kap. 1 §, av vilken det framgår att en upphandlande enhet får ingå ramavtal med tillämpning av bestämmelserna om upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster i LUF. Ytterligare ledning när det gäller ramavtal i försörjningssektorn finns i artikel 14 direktiv 2004/17/EG där det bl.a. framgår att upphandlande enhet inte får använda ramavtal otillbörligt i avsikt att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen.

Av prop. 2006/07:128 sid. 176 f. framgår följande. Att förfarandena i försörjningsdirektivet inte reglerats på ett lika detaljerat sätt som i det klassiska direktivet kan förmodas bero på att generellt sett en större frihet tillåts vid upphandling inom försörjningssektorerna än vid upphandling inom den klassiska sektorn. - - - Ingenting hindrar att kontrakt tilldelas i enlighet med ett förfarande där leverantörerna som är parter i ramavtalet bereds tillfälle att komma in med nya anbud, under den självklara förutsättningen att de grundläggande principerna respekteras. Ett sådant förfarande kan genomföras i överensstämmelse med den klassiska lagens bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning. - - - Även vid upphandling inom försörjningssektorerna gäller att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om icke-diskriminering, öppenhet osv. ska respekteras.

Banverket har genomfört avrop enligt ett ramavtal. Banverket bedrev vid tidpunkten för avropet verksamhet inom ramen för både den klassiska sektorn och försörjningssektorerna. För att avgöra vilken lagstiftning som ska tillämpas ska en bedömning göras av för vilken verksamhet den upphandlade tjänsten är avsedd (prop. 2006/07:128 sid. 137 f). Det upphandlade i den nu aktuella pågående upphandlingen har varit avsett för försörjningssektorn varför LUF är den lagstiftning som enligt kammarrättens mening borde ha tillämpats. Att Banverket Produktion numera är ombildat till ett särskilt statligt aktiebolag föranleder ingen annan bedömning.

Kammarrätten anser inte att de brister klagandebolaget anfört i samband med avropet från Banverket är av sådan karaktär att brott mot regelverket i LUF föreligger. Inte heller i övrigt föreligger skäl att i enlighet med reglerna om upphandling besluta om rättelse eller besluta att avropet ska göras om. Överklagandet ska därför avslås.

Vid denna utgång i målet har kammarrätten bedömt att kommunikering med Banverket kan underlätas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Christer Sjödin
kammarrättslagman
ordförande

Anders Lind
kammarrättsråd

Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent

Jeanette Sundqvist
föredragande



LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN

DOM
2010-02-11
Meddelad i
Falun

Mål nr
2900-09 E
Rotel 5

SÖKANDE

Telenor Sverige AB, 556421-0309

Ombud: advokaten Anna Ulfsdotter Forssell och jur kand Erik Olsson
Advokatfirman Delphi KB, Box 1432, 111 84 Stockholm

MOTPART

Banverket

Ombud: advokaterna John Hane och Per-Ola Bergqvist
Foyen Advokatfirma, Box 7229, 103 89 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår Telenors ansökan om överprövning.

Länsrättens interimistiska beslut att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör nu att gälla. Det innebär - om inte annat bestäms senare - att någon prövning av Telenors ansökan om överprövning inte får ske efter den 21 februari 2010 om det då finns ett upphandlingskontrakt.

YRKANDEN M M

Banverket Produktion genomför en upphandling avseende telefonitjänster baserad på Kammarkollegiets ramavtal "Kommunikation som tjänst 2008". I tilldelningsbeslut den 6 oktober 2009 tilldelades Telia Sonera Sverige AB uppdraget.

I ansökan om överprövning yrkar Telenor att avropet ska göras om.

Banverket yrkar i första hand att Telenors ansökan avvisas och i andra hand att ansökan ska avslås.

Länsrätten har i ett interimistiskt beslut bestämt att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

SKÅLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 1 kap 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot dessa grundläggande principer eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts (16 kap 2 § LOU).

LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄNDOM
2010-02-11*Avvisningsyrkandet*

Den första frågan i målet gäller om det överhuvudtaget kan anses pågå någon upphandling i angiven mening. Enligt Banverket får överprövning inte ske vid avrop efter förnyad konkurrensutsättning. I den frågan har parterna anfört sammanfattningsvis följande.

Telenor

Både lagförarbeten och det bakomliggande rättsmedelsdirektivet ger stöd för att det ska vara möjligt att överpröva tilldelning av kontrakt efter förnyad konkurrensutsättning. Denna slutsats stöds även av Kammarrättens i Stockholm dom den 1 oktober 2009 i mål nr 3582-09. Rörande frågan om avvisning av talan rörande ramavtal med förnyad konkurrensutsättning uttalade kammarrätten följande.

Av utredningen i målet framgår att de ramavtal som tecknats mellan staden och de i upphandlingen antagna leverantörerna förutsätter att en förnyad konkurrensutsättning ska ske. (...) Enligt kammarrättens mening föreligger i en sådan situation som den nu aktuella inte något kontrakt med avseende på själva ramavtalsupphandlingen i den mening som avses i LOU, dvs. ett sådant kontrakt som, givet att tiodagarsfristen löpt ut, avskär möjligheten till överprövning. Följaktligen föreligger inte heller något hinder enligt 16 kap 1 § LOU mot att uppta bolagets överklagande till prövning, varför Stadens yrkande om avvisning ska avslås.

Banverket

Det finns uttalanden i förarbeten och rättsmedelsdirektivet, liksom enstaka avgöranden från lägre instanser, som ger stöd för Telenors inställning. Det är dock inte reglerat i lag att en överprövning ska kunna ske av ett avrop på ramavtal. Rättsläget kan inte sägas tillåta att överprövning sker av kontrakt tilldelade efter förnyad konkurrensutsättning.

Länsrättens bedömning

Länsrätten finner inte anledning avvika från befintlig praxis på området. Telenors ansökan ska därför prövas i sak.

Det finns således anledning att ta ställning till om Banverket Produktions upphandling innehåller de fel och brister som Telenor har påtalat i målet. Klagomålen kan delas in i sex avsnitt. Parternas argumentering och länsrättens bedömning redovisas i anslutning till respektive punkt.

Får Banverket använda utvärderingskriteriet mobiltäckning?

Telenor

Kontrakt ska tilldelas på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Vilka utvärderingskriterier som kan komma ifråga vid avrop på Kammarkollegiets ramavtal "Kommunikation som tjänst 2008" framgår också tydligt av förfrågningsunderlaget till detta ramavtal. Utvärderingskriteriet mobiltäckning finns inte angivet, vilket betyder att det inte heller kan beaktas i den förnyade konkurrensutsättningen.

Banverket

Det enda som sägs i 5 kap 7 § 4 LOU är att endast tilldelningskriterier som angivits i förfrågningsunderlaget när ramavtalet upphandlades får användas. Det innebär inte att det behöver vara samma uppsättning kriterier som tillämpades då upphandlingen av själva ramavtalet genomfördes. Inte heller behöver den inbördes viktningen följa ramavtalsupphandlingen.

LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄNDOM
2010-02-11

Det kan förvisso medges att själva ordet "mobiltäckning" inte förekommer bland de huvudkriterier, underkriterier och underunderkriterier som användes vid upphandlingen av ramavtalet. Däremot är givetvis den mobila täckningen en omständighet som utvärderades vid upphandlingen av ramavtalet.

Av "Prospekt/Avropsförfrågan" stycke 4.2 och "Information om utvärderingskriterier" framgår inledningsvis att de två huvudkriterierna är funktion (75 %) och pris (25 %). Dessa är desamma som vid upphandlingen av ramavtalet. Av en viktningmodell framgår att under utvärderingskriteriet "Funktion" har omständigheter som "Begränsningar i nyttjandet av mobila abonnemang", "Service och tillgänglighet", "Allmänna tekniska säkerhetskrav" (där det var ett krav att kunna redogöra för nationell fysisk infrastruktur och det egna kommunikationsnät som tjänsten är baserad på), "SLA inom Beställarens lokaler", "SLA inom för publika mobilnät" (för båda dessa kriterier är täckning centralt dessutom utifrån utpekad adress, kommun- läns- och nationell nivå), "Mätning av prestanda och tillgänglighet" samt "Upplevd ljudkvalitet".

Samtliga de nu uppräknade i utvärderingsmodellen ingående underkriterier är i högsta grad relevanta för avropet och torde ostridigt ingå i begreppet mobiltäckning som Banverket använt sig av. Det finns inget förbud för den upphandlande myndigheten att göra semantiska justeringar och preciseringar, så länge det är fråga om samma omständigheter som utvärderas.

Anmärkas bör att ramavtalet upphandlats och tecknats av Kammarkollegiet med bred anslutning från ett stort antal upphandlande myndigheter och enheter, vilka kan ha olika och var för sig specifika behov för den tjänst som täcks av ramavtalet. Banverket har specifika behov för sina användare av just mobiltäckning. Det är också för en sådan situation LOU – liksom

ramavtalet – öppnat för att utvärderingskriterierna preciseras för att bättre stämma överens med Banverkets behov. Något hinder för att tillmäta kriteriet mobiltäckning relativt stor vikt (50 %) har heller inte förelegat utan ryms utan vidare inom de utvärderingskriterier hänförliga till funktion rent allmänt som ramavtalet anger. Att mobiltäckning i och för sig är ett i högsta grad relevant utvärderingskriterium för Banverket för den aktuella tjänsten har för övrigt inte heller ifrågasatts av Telenor.

Telenor

Ingen av de av Banverket åberopade utvärderingskriterierna i ramavtalet inbegriper en sådan utvärdering av mobiltäckning som genomförts.

Med begränsningar i nyttjandet av mobila abonnemang avses huruvida det finns några begränsningar i själva abonnemanget som gör att en kund inte har möjlighet att använda detta inom och utom Sverige. Utvärderingskriteriet har inget med mobiltäckning att göra vilket tydliggörs om man läser de svar som erhållits från de fyra ramavtalstildelade leverantörerna avseende detta kriterium. Istället är utvärderingskriteriet kopplat till huruvida respektive teleoperatör har internationella roamingavtal etc, vilka möjliggör att abonnemanget även kan användas utomlands.

Med service och tillgänglighet avses vilket service- och underhållsåtagande anbudsgivaren kan erbjuda.

Inte heller kriteriet övervakning avser aspekter av sådan mätning av mobiltäckning som Banverket Produktions utvärderingskriterium inneburit. Istället tar detta kriterium sikte på kundservicejänster.

Allmänna tekniska säkerhetskrav är ett underkriterium till utvärderingskriteriet säkerhet. Inte heller detta kriterium innehåller moment av sådan mätning av mobiltäckning som Banverket Produktion har genomfört.

SLA är den tillgänglighetsgaranti som en leverantör utfäster. Det framgår tydligt av både Telenors och den vinnande anbudsgivaren Telia Soneras svar avseende dessa kriterier att dess uppfyllande tar sin utgångspunkt i den täckning som dessa har när det enskilda leveransavtalet ingås. Vidare villkorar båda leverantörer sina anbud med att beställaren även har viss tilläggsutrustning vilken möjliggör en högre SLA nivå i lokaler.

Att SLA och annan täckningsgrad alltid måste utgå från de förhållanden som gäller när leveransavtal ingås beror på att det finns en lång rad åtgärder som Telenor och andra leverantörer kan vidta för att förbättra täckningsgraden för den upphandlande myndigheten. I detta avseende har Telenor offererat möjligheten att koppla samman sitt nätverk med Banverkets egna nätverk MobiSir och på detta sätt kunna erbjuda en täckningsgrad som vida överstiger övriga anbudsgivares. Att Telia Sonera är befintlig leverantör har således i och med det sätt på vilket kriteriet mobiltäckning skulle utvärderas gett Telia Sonera ett försprång och en särställning i avropet som i sig står i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Mätning av prestanda och tillgänglighet och upplevd ljudkvalitet är kriterier som syftar till att säkerställa att avtalad kvalitet upprätthålls under avtalets löptid. Det ska således vara möjligt för beställaren att begära att leverantören gör mätningar under avtalets gång för att säkerställa att en god kvalitet på tjänsten upprätthålls. Kriteriet tar emellertid sikte på tjänstens kvalitet såsom den levereras, inte eventuell täckning före avtalsstart.

LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄNDOM
2010-02-11

De utvärderingskriterierna avseende mobiltäckning som använts i avropet skiljer sig således väsentligt från de utvärderingskriterier som tillåts enligt förfrågningsunderlaget.

Banverket

Ur Kammarkollegiets vägledning för ramavtalet anges att den avropande myndigheten i sitt samråd med leverantörerna översiktligt beskriver sitt behov, "t ex att det är av stor vikt för verksamheten att mobiltäckning finns för samtliga användare". Det har med andra ord förutsatts av Kammarkollegiet att mobiltäckning kan vara mer eller mindre relevant för olika avropande myndigheter i olika avtal.

Eftersom det inte går att förutse var verksamheten kommer att bedrivas går det inte att göra tekniska förberedelser som minskar eller undanröjer problemet med bristande täckning, i vart fall inte för rimliga kostnader.

Banverket bestrider att tilldelningskriteriet "begränsningar i nyttjandet av mobila abonnemang" måste tolkas så snävt som Telenor gör gällande. På svar på frågor rörande detta kriterium inför ramavtalsupphandlingen använder flera ramavtalsleverantörer ordet täckning eller täckningsgrad.

Av de frågor och svar som behandlades under avsnitt 8.1.13, 8.1.14, 8.1.15 och 8.1.16 i dokumentet Svarsformulär – kommunikation som tjänst – Ramavtalsområde A (som användes i ramavtalsupphandlingen) framgår att mobil täckning utgör ett av flera moment som krävs för att kunna erbjuda service och tillgänglighet.

LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄNDOM
2010-02-11

Tekniken att koppla ihop Telenors nätverk med MobiSIR löser inte bolagets bristande täckning under transport till och från arbetsställen vid banvallar m m.

Telenor

Om det skulle räcka att ett visst ord används i frågor och svar för att ett utvärderingskriterium skulle kunna anses omfattas av ramavtalet skulle det inte finnas några som helst begränsningar i vilka utvärderingskriterium som en upphandlande myndighet kan använda vid avrop. Med ett 90-tal olika utvärderingskriterier och en sådan bred tolkning av dessa som Banverket Produktion vill tillämpa hade det varit möjligt att tolka in vilken utvärdering som helst i ramavtalet. Det är givetvis inte detta som är syftet varken med ramavtalet eller med de regler om hur avrop ska göras. Det är i målet ostridigt att utvärderingskriteriet mobiltäckning och det sätt på vilket Banverket Produktion utvärderat detta inte, i vart fall inte utan extensiva tolkningsövningar, framgår av de många utvärderingskriterier som medges i ramavtalet.

Hade Telenor blivit tilldelade kontrakt i avropet hade bolaget vidtagit en rad tekniska åtgärder som, till skillnad från vad Banverket Produktion ogrundat påstår, är fullt ekonomiskt möjliga att genomföra och ingår i den tjänst som Telenor erbjuder sina kunder. Det är just möjligheten att vidta täckningsförbättrande åtgärder vilka garanterar funktion vid avtalsstarten som medfört att Kammarkollegiet inte har inkluderat en sådan utvärdering som Banverket Produktion har genomfört bland de valbara utvärderingskriterierna. Kammarkollegiet inser nämligen att en sådan utvärdering riskerar att bli djupt missvisande och att den inte säger något om vilken tjänst som de facto kommer att levereras.

LÄNSRÄTTEN
IDALARNAS LÄNDOM
2010-02-11*Länsrättens bedömning*

I 5 kap 7 § första stycket LOU stadgas följande. Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Frågan i denna del gäller om Banverket Produktion genom kriteriet mobiltäckning har gått utöver vad som kan betraktas som komplettering av de villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till Kammarkollegiets ramavtal "Kommunikation som tjänst 2008".

Av Kammarkollegiets vägledning för ramavtalet framgår att en inriktning i ramavtalsupphandlingen har varit att funktionalitet är överordnad teknik samt att kvalitet, kompetens, tillgänglighet och leveransförmåga väger tungt vid val av leverantörer (sid 5). Innan avropsförfrågan skickas ut kan man göra ett skriftligt samråd till leverantörerna. Man beskriver nuläget och översiktligt sitt behov, t ex att det är av stor vikt för verksamheten att mobiltäckning finns för samtliga användare (sid 18).

Med beaktande av det anförda och utredningen i övrigt finns enligt länsrättens mening inte anledning att underkänna Banverkets bedömning att kriteriet mobiltäckning, med de angivna underkriterierna täckning idag, täckning om två år och lösningsförslag vid bristande täckning, kan betraktas som en komplettering av de villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄNDOM
2010-02-11

**Strider utvärderingskriteriet mobiltäckning mot transparens- och lika-
behandlingsprinciperna?**

Telenor

Vid utvärderingen ska enligt underlaget i avropet avseende fastas vid "[t]otal värdering av täckning vid ett urval av dagens arbetsställen". Detta strider mot transparensprincipen på så vis att det inte framgår vilka arbetsställen som ska tillmätas betydelse.

Samtliga leverantörer som är antagna på ramavtalet erbjuder en god täckning för sina kunder. Det finns emellertid en rad åtgärder vilka kan vidtas för att förbättra täckningen för en specifik upphandlande myndighet och samtliga anbudsgivare har följaktligen villkorat sina anbud med sådana åtgärder.

Av denna anledning blir det ytterst missvisande att som Banverket Produktion mäta ut täckning på en rad icke angivna och anonyma orter och sedan utvärdera dessa. Sådana mätningar gynnar även ensidigt den befintliga leverantören som har insikt i var Banverket Produktion bedriver sin verksamhet och således kunnat vidta åtgärder för att säkerställa bättre täckning vid dessa ställen. Övriga leverantörer kan emellertid utan problem säkerställa motsvarande täckning vid avtalsstart genom att vidta motsvarande åtgärder. Att som Banverket Produktion ställa upp krav på mobiltäckning vid utvärderingen och om två år är helt irrelevant för tjänstens utförande. Vad som är relevant är den tjänst en leverantör kan leverera vid avtalsstart.

Detta förhållande speglas även i förfrågningsunderlaget till ramavtalet som inte innehåller något utvärderingskriterium vilket möjliggör sådan mätning som Banverket Produktion säger sig ha genomfört. Ramavtalsmyndigheten har nämligen insett att sådana mätningar inte har någon koppling till tjänstens utförande.

Även om det vore så att kriteriet mobiltäckning skulle behöva utvärderas måste den upphandlande myndigheten i en sådan utvärdering behandla alla anbudsgivare lika. Detta kan ske på olika vis, t.ex. genom att alla under samma förutsättningar får installera tilläggsutrustning som ett test och att mätningen därefter sker. För att uppnå ett bättre resultat avseende kriteriet mobiltäckning kan olika former av hjälputrustning installeras. Detta kan exempelvis ske genom förstärkt inomhustäckning eller genom sammankoppling med Banverket Produktions egna nät.

Att göra som Banverket Produktion gjorde i avropet, dvs. mäta mobiltäckning på orter där endast en av fyra anbudsgivare har tilläggsutrustning installerad, är lika besynnerligt som att mäta tillgängligheten och svarsfrekvensen hos en telefonväxel på en myndighet där endast en aktör finns representerad. Självklart får övriga icke befintliga aktörer ett mycket sämre utfall i utvärderingen. Att detta har lett till ett mycket snedvridet och felaktigt resultat i avropet framgår av Banverket Produktions upphandlingsrapport. Telia Sonera har jämfört med andra icke befintliga leverantörer fått en överlägset hög poängtilldelning för kriteriet mobiltäckning, vilket beror på att det bolaget, till skillnad från övriga, har sin tilläggsutrustning installerad. Banverket Produktion har således i denna del överträtt likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Banverket

Anbudsgivarna har fullgott kunnat avgöra vilka omständigheter som skulle läggas till grund för poängtilldelningen i detta kriterium. Av sidan 3 i "Information om utvärderingskriterier" framgår att kriteriet mobiltäckning utgörs av tre underkriterier, "Täckning idag" med en total värdering av täckning vid ett urval av dagens arbetsställen, "Täckning om två år" med en total värdering av täckning vid ett urval av dagens arbetsställen och "Lösningförslag vid bristande täckning" med en värdering av ändamålsenlighet och säkerhet.

LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄNDOM
2010-02-11

Det ska inledningsvis framhållas att samtliga anbudsgivare erhållit "Kompletterande statistikuppgifter till Prospekt/Avropsförfrågan". Av denna framgår ett förhållande som torde vara känt för anbudsgivarna – att Banverket liksom det bolag som kommer att bildas för verksamheten inom Banverket Produktion har verksamhet och järnvägsspår över hela landet, där banarbete från tid till annan sker. Spårdragningen har dessutom varit känd för anbudsgivarna. Poängsättningen i detta kriterium bygger helt på uppgifter som anbudsgivarna lämnat om sin grad av täckning. Av ytterligare intresse är att för det fall Banverket hade pekat ut särskilda orter där man bedömt att dess anställda med särskild frekvens haft att utföra banarbete från under avtalstiden, vad skulle anbudsgivare utan täckning kunna göra åt det? Varje leverantör har ju vid varje enskilt tillfälle den täckning och kapacitet man de facto har.

I stället har Banverket gjort en opartisk värdering utifrån de uppgifter som leverantörerna ingivit. Täckningskartor och en redogörelse för täckningen i vissa orter bifogas. Dessa uppgifter har legat till grund för poängtilldelningen i detta kriterium som givetvis även tagit utgångspunkt i täckning i glesbygd – där spåren går mellan tätorterna.

Telenors uppfattning i fråga om med vilken vetenskaplig precision ett anbudsutvärderingskriterium ska i detalj definieras i förväg saknar helt stöd i LOU och bakomliggande EG-direktiv jämte därtill hörande rättspraxis. Telia Sonera AB har heller inte gynnats av kriteriet annat än genom att bolaget har en mycket god täckning över hela landet möjliggjord genom kostsamma investeringar. Telia Sonera saknar vidare helt kännedom om var banarbetarna arbetar från tid till annan och har inte kunnat dra otilförliga fördelar härav.

Länsrättens bedömning

Utredningen ger inte stöd för att Banverket Produktions urval av orter eller andra poängpåverkande omständigheter beträffande utvärderingskriteriet mobiltäckning har varit så undermåligt att principerna om transparens och likabehandling har trätts för när.

Är leveranstiden för lång?

Telenor

Ramavtalets avtalsperiod är tre år medan leveransavtalstiden enligt avropsanmälan ska vara fyra år. Enligt ramavtalet 8.8 ska leveransavtalets giltighetstid dock inte överstiga ramavtalets avtalsperiod. Leveranstiden är således för lång och i strid med ramavtalet

Banverket

I ramavtalet 8.8 anges att leveransavtalets giltighetstid inte bör överstiga ramavtalets avtalsperiod. Det finns alltså inget förbud mot att göra ett avrop avseende ett leveransavtal, som sträcker sig fyra år fram i tiden, två veckor innan ramavtalets avtalsperiod är till ända.

Avropet – leveransavtalets avtalstid – står således inte i strid med vad som angivits i ramavtalet och står inte heller i strid med 5 kap 3 § LOU, den bakomliggande artikel 32.2 femte stycket i EG-direktivet 2004/18/EG och innebär inte en otillbörlig användning av ramavtalet eller medfört att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄNDOM
2010-02-11*Länsrättens bedömning*

Länsrätten instämmer i Banverkets bedömning.

Var tidsfristen att komma in med anbud för kort?

Telenor

En kort eller obekväm tid för att inkomma med anbud gynnar alltid den befintliga leverantören eftersom denne på förhand har mest insyn i den upphandlande myndighetens behov. Banverket Produktions avrop är inget undantag från denna huvudregel vilket även styrks av att det är den befintliga leverantören som tilldelats avtal trots att denne har ett väsentligt högre pris än Telenor.

Telenors upplever att avropet har präglats av ett mycket pressat tidsschema, dels på grund av låg personaltäthet på grund av semester, dels på grund av de olika workshops och delmoment som anbudsprocessen präglats av.

I avropet har Banverket Produktion valt att använda en ny och av förklarliga skäl ovanlig avropsmodell, vilken inte på något sätt framgår av ramavtalet. Vidare har Banverket Produktion använt utvärderingskriterier vilka inte heller framgår av ramavtalet. Därutöver har Banverket Produktion, vilket har inneburit att avropsförfarandet ytterligare har komplicerats, delat upp avropet i flera delmoment vilka dessutom inneburit förhandlingar och muntliga förfaranden av olika slag. Slutligen har hela detta förfarande ägt rum under sommarens semesterperiod.

Kort sagt har Telenor inte haft någon hjälp av ramavtalet då bolaget försökt utforma sitt anbud i avropet. I stället har bolaget varit tvunget att försöka förstå Banverket Produktions mycket besynnerliga förfarande efterhand som detta har rullats ut i olika workshops och förhandlingar.

Eftersom avropet i princip bara har det gemensamt med ramavtalet att det rör samma leverantörer och samma typ av tjänst är avropet i det närmaste att betrakta som en ny upphandling.

Banverket

5 kap 7 § andra stycket punkten 2 LOU anger att den upphandlande myndigheten ska ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud för varje särskilt kontrakt, med hänsyn tagen till upphandlingens art och omfattning. I den bakomliggande artikel 32.4 femte stycket i EG-direktivet 2004/18/EG anges att hänsyn ska tas till "hur komplext kontraktsföremålet är och den tid som behövs för att lämna anbud". Med detta avses att anbudstiden inte får vara så kort att endast en eller vissa leverantörer har möjlighet att utarbeta ett anbud.

Den tid leverantörerna haft på sig att inkomma med anbud sträcker sig från början av juli 2009 till den 25 augusti 2009. Denna tid är väl tilltagen och iakttar kontraktsföremålets komplexitet mer än väl. Angivandet av tidsfrist om åtta dagar gäller enbart de kompletterande avropsuppgifter som infordrades. Ifrågavarande uppgifter är just av kompletterande karaktär som inte är att anse som så omfattande eller komplexa att de i sig skulle kräva mer än åtta dagar att besvara. Leverantörerna fick åtta dagar på sig att ange styckpriser för ett antal deltjänster som finns angivna i ramavtalet. Dessa skulle sedan räknas ihop till ett helhetspris. Given tidsfrist för kompletteringar var således mer än skälig och tillräcklig.

LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄNDOM
2010-02-11

Banverket bestrider att någon av ramavtalsleverantörerna skulle ha gynnats genom de uppställda tidsfristerna.

Länsrättens bedömning

Ramavtal har tecknats med fyra leverantörer och det har inte framkommit annat än att alla har lämnat in genomarbetade anbud. Med beaktande härav och utredningen i övrigt bedömer länsrätten att det inte finns anledning att betrakta anbudstiden som så kort den strider mot LOU.

Frågor kring anbudens öppnande, skriftlig avropsförfrågan och upprätthållande av sekretess

Telenor

Stora delar av avropsförfarandet har skett muntligen. Vidare har Telenor upplevt dessa muntliga delar av avropsförfarandet som förhandlingar och även Banverket Produktion har valt att rubricera många av dessa moment som förhandlingsmoment.

Vid den första workshopen fick leverantörerna muntligen presentera sina företag och lösningar. Syftet med workshopen tycks enligt vad som angivits på sidan 8 i leverantörsinformationen att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att "löpande utvärdera anbudsgivarna; deras sätt att interagera; svara på frågor, ta sig an problemställningar, deras respons m.m.". Det är således tydligt att utvärderingen av anbuden inte endast skedde utifrån de kriterier som angivits i avropsförfrågan utan även med utgångspunkt i dessa muntliga workshops.

LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄNDOM
2010-02-11

Vidare framgår det av det dokument som Banverket Produktion självt rubricerat "Frågor och svar efter förhandlingsmöte 1" att diskussioner kring snart sett samtliga aspekter av avropet ägt rum. Av avsnitt 2.12 i avropsförfrågan framgår även att förhandlingar kommer att hållas avseende både lösning och pris. Vidare framgår av avsnitt 2.13 att Banverket Produktions val av leverantör kommer att göras efter förhandling. Vidare framgår av upphandlingsrapporten till avropet, att slutförhandling inleddes med Telia Sonera den 24 september trots att tilldelningsbeslut inte meddelades förrän den 6 oktober 2009.

Det är högst osäkert när tidsfristen för inlämnande av avropssvar de facto gick ut. Inlämnande verkar ha skett i etapper. Oavsett om det slutliga inlämningstillfället var den 25 augusti eller den 10 september står det klart att Banverket Produktion långt innan denna tidpunkt tog del av innehållet i de olika anbudsgivarnas anbud. Detta strider mot ramavtalets bestämmelser för avrop. I 5 kap 7 tredje stycket LOU finns ett uttryckligt förbud för myndigheten att ta del av innehållet i anbuderna innan svarstiden har löpt ut.

Banverket

Avropet har skett helt skriftligen och inte under workshops eller förhandlingarna. Det ska medges att ordvalet "förhandlingar" är olyckligt valt. Några förhandlingar om innehållet i ramavtalsleverantörernas slutliga och kompletterande anbud på avropet har aldrig förevarit. Dessa möten har enkom syftat till att säkerställa att avrop skulle kunna ske under ramavtalet och att ramavtalsleverantörerna kunde uppfylla de grundläggande kraven för avropet. Några anbud har inte tagits emot muntligen vid de angivna sammanträffandena, Banverket infortrade dock och tog del av just förslag för avropet, såsom angivits i Del C i "Prospekt/Avropsförfrågan". Detta var givetvis till intet förpliktande för anbudsgivarna. Banverket har inte tagit del av bindande anbud innan de angivna tidsfristerna utgick.

LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄNDOM
2010-02-11

Något generellt förbud för upphandlande myndigheter att rådgöra med leverantörer innan avrop finns inte i LOU. Att en upphandlande myndighet inte – i ett ramavtal där som i förevarande fall alla villkor inte är bestämda – skulle kunna samråda med ramavtalsleverantörerna om hur dessa tillkommande villkor ska utformas – vore absurt. Inte heller finns något hinder mot att sammanträffa med potentiella anbudsgivare förutsatt att principerna om likabehandling och den absoluta anbudssekretessen iakttas. De frågor som ställts under mötena har distribuerats till samtliga ramavtalsleverantörer med de svar som lämnats.

Kammarkollegiet har gett ut en vägledning för sådana ramavtal som målet gäller. I den kan bl a utläsas att avropande myndighet förväntas ha skriftligt samråd med de fyra ramavtalsleverantörers innan man skickar ut avropsförfrågan. Detta i enlighet med vad som också framgår av 5 kap 7 § LOU. Banverket kan inte se att det förhållandet att man haft muntliga genomgångar, dels i samrådsfasen innan avropsförfrågan skickades ut, dels som anbudsgenomgång, på något sätt strider mot LOU.

Länsrättens bedömning

Det har inte framkommit anledning att ifrågasätta Banverkets beskrivning och klassificering av de workshops och andra kontakter mellan myndigheten och leverantörerna som har ägt rum. Vid sådant förhållande kan inte anses visat att Banverket Produktions agerande, såvitt nu är ifråga, strider mot LOU.

Ska avtalsvillkor bifogas avropet?

Telenor

Det har inte funnits några avtalsvillkor bifogade till förfrågningsunderlaget utan dessa har framtagits genom förhandling med leverantörer efter det att

LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄNDOM
2010-02-11

tiden för inkommande med anbud löpt ut. Samtliga villkor för kontraktets fullgörande har alltså inte varit tydliga då anbudsgivarna utformat sina anbud. När samtliga villkor för en upphandling inte är förutsebara utifrån förfrågningsunderlaget gynnar detta automatiskt den leverantör som har störst insyn i den upphandlande myndighetens verksamhet, dvs. den befintlige leverantören. När förutsättningarna för tilldelning av kontrakt är så otydliga som de varit i avropet kan det således inte sägas att anbuden getts samma förutsättningar.

Banverket

Det är korrekt att handlingen "Checklista för Avrop" på sidan 3 anger att ramavtalsvillkoren inte får ersättas med andra. Dock anges att "[v]id behov är det däremot möjligt att precisera villkoren, vilket dock ska göras med försiktighet".

Ramavtalsvillkoren gäller givetvis för avropet, något annat har aldrig varit fråga om. Vad Banverket gjort är att man preciserat och kompletterat ramavtalsvillkoren med de krav och villkor som varit erforderliga i anledning av avropets omfattning och innehåll. Att ett dylikt förfarande är tillåtet framgår av 5 kap 7 § första stycket LOU.

Någon konkurrensutsättning i efterhand av nya villkor har inte skett i förevarande fall. När ramavtalet saknar tillämpliga avtalsvillkor, såsom i förevarande fall övertagandeplan för det specifika avropet (Transition), äger givetvis den upphandlande myndigheten komplettera med dessa villkor till avropet.

Att anbudsgivarna skulle ha ombetts ta fram avtalsförslag är en missvisande beskrivning. Banverket har bett dem att presentera sina olika lösningsförslag i form av en avtalstext. Detta har gjorts för att säkerställa att under anbuds-

tiden lämnade utfästelser av olika slag konkretiseras och förtydligas på ett sätt som medför att innebörden inte missförstås eller förvanskas i kommande upphandlingskontrakt.

Samtliga villkor, även de som tillkommit i anledning av avropets specifika natur och därvidlag kompletterat ramavtalet, har varit synliga (transparenta/förutsebara) för de inblandade anbudsgivarna. Anbuderna har ingivits på exakt samma förutsättningar.

Länsrättens bedömning

Telenor har mot Banverkets bestridande inte visat att det kritiserade förfarandet strider mot LOU.

Sammanfattningsvis kommer länsrätten således fram till att det som Telenor har anfört i målet inte utgör stöd för att den i målet aktuella upphandlingen har genomförts i strid mot bestämmelserna i LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

I vart fall vid denna utgång i målet finns enligt länsrättens mening inte anledning att närmare pröva de processuella konsekvenserna i målet av att Banverket Produktion från januari 2010 ska bedriva sin verksamhet i ett av staten helägt aktiebolag separerat från myndigheten Banverket. I sitt svaromål har Banverket ifrågasatt om det nybildade bolaget borde träda in i processen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c). Länsrätten erinrar om den sk tiodagarsfristen i 16 kap 1 § tredje stycket 2 LOU.



Lennart Andersson