



SÖKANDE

Tele2 Sverige AB, 556267-5164

Ombud: Bolagsjurist Helena Wanhainen
Tele2 Sverige AB
Box 62
164 94 Kista

KONKURRENSVERKET	
2020-03-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Sundsvalls kommun

Ombud: Advokat Ponthus Andersson
Hellström Advokatbyrå KB
Box 7305
103 90 Stockholm

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Sundsvalls kommun genomför upphandlingen Operatörstjänster 2019 (dnr UH 2019-330) genom en förnyad konkurrensutsättning under Kammarkollegiets ramavtal för kommunikationstjänster (dnr 23.3.3081-17).

Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Fyra leverantörer lämnade anbud och samtliga kvalificerades för utvärdering. Tilldelningsbeslut fattades den 12 september 2019 varvid Telia Sverige AB antogs som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Tele2 Sverige AB ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anförs i huvudsak följande. Kommunen har gett uttryck för en tolkning avseende det obligatoriska kravet på yttäckning som inte följer av dess ordalydelse. Kommunen har således bortsett från ett obligatoriskt krav när Telias anbud utvärderades. Kravet på yttäckning har inte heller varit utformat på ett sådant sätt att alla anbudsgivare kunnat förstå innebörden av det och tolka det på samma sätt. Förfrågningsunderlaget uppfyller därmed inte kraven på transparens och likabehandling. Avropet innehåller även krav som kommunen saknar möjlighet att följa upp vilket strider mot principen om likabehandling. Vidare strider utformningen av utvärderingsmodellen mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen samt kravet på transparens.

I Kravspecifikationens flik 3 återfinns ett obligatoriskt krav avseende yttäckning. Anbudsgivaren ska ange sitt mobilnätets yttäckning i Sundsvalls kommun i procent för tre kategorier – tal, dataöverföring minst 1 Mbps och dataöverföring minst 10 Mbps. Dessa yttäckningsvärden ingår vidare i utvärderingsmodellen (utvärderingskriterium 1.1.6 – 1.1.8) där högre yttäckning ger ett större fiktivt prisavdrag. Det anbud som uppnår lägst jämförelsepris är bäst.

Av anbudssammanställningen framgår att Telia erhållit maximalt prisavdrag för samtliga dessa utvärderingskriterier. Telias yttäckningsvärden har sekretessbelagts av kommunen, men slutsatsen kan dras att Telia angett en yttäckning om minst 95 procent för dataöverföring 1 Mbps och minst 97 procent för dataöverföring 10 Mbps. Tele2 håller det för uteslutet att Telia har en sådan yttäckning som krävs för att erhålla maximalt avdrag. Telia har tidigare lämnat uppgifter om sin yttäckning till Post- och Telestyrelsen (PTS) till grund för PTS:s rapporter. PTS har i sin mobiltäcknings- och bredbandskartläggning för 2018 konstaterat att den totala yttäckningen för dataöverföring inom Sundsvalls kommun för samtliga mobiloperatörer tillsammans (exklusive Net 1) är cirka 93 procent för täckningsnivå 1. Det säger sig självt att en enskild operatör inte kan ha en bättre yttäckning än samtliga operatörer tillsammans. Det är uteslutet att Telia på egen hand skulle kunna ha gått från under 93 procents yttäckning till den nu uppgivna yttäckningen på bara ett år.

Kravet på yttäckning

I Kravspecifikationen anges följande delkrav avseende det yttäckningsvärde som ska anges. Tele2 gör gällande att kommunen bortsett från av alla dessa vid sin bedömning av Telias anbud.

- för definitionen av yttäckning gäller samma antaganden och förutsättningar som PTS ställde i rapporten PTS mobiltäcknings- och bredbandskartläggning 2017 med rapportnummer PTS-ER-2018:7,
- värdet ska vara enligt officiellt publicerade täckningskartor eller motsvarande och,
- värdet ska kunna verifieras på anmodan.

Hänvisningen till PTS:s rapport

Hänvisningen till PTS rapport får uppfattas så att det är de värden som mobiloperatörerna redovisat till PTS som är relevanta att ange. Operatörerna redovisar sina uppgifter om yttäckning för dataöverföring årligen till PTS och vid

avropstidpunkten var de senast redovisade uppgifterna per den 1 oktober 2018. Kommunen har bekräftat att det värde som Telia angett i sitt anbud inte är det värde som Telia har rapporterat till PTS. Kommunen har således bortsett från detta delkrav vid utvärderingen. Om kravet inte ska tolkas så som Tele2 uppfattat det har kravet har brustit i utformningen eftersom det finns en betydande risk att anbudsgivarna inte tolkar det på samma sätt.

Officiellt publicerade täckningskartor

De värden Telia angett är inte ”enligt officiellt publicerade täckningskartor eller motsvarande”, utan taget från Telias egna datasystem. Värdet är inte heller allmänt tillgängligt eller officiellt kommunicerat, utan sekretessbelagt. Kommunen har uppgett att delkravet ställdes utifrån ett antagande från kommunens sida att dessa värden var officiella. När det visat sig att detta antagande varit oriktigt har kommunen konstaterat att kravet inte går att upprätthålla. Kommunen har därefter anfört att man inom ramen för begreppet ”motsvarande” accepterar att respektive nätoperatörs dokumentation kan styrka de angivna värden. Av allmänt språkbruk kan dock inte en sekretessbelagd uppgift från en leverantörs eget system anses vara ”motsvarande” en officiellt publicerad täckningskarta. Normalt omsorgsfulla anbudsgivare tolkar inte det uppställda kravet som kommunen gjort varför tillämpning av kravet strider mot transparensprincipen. Genom att utvärdera Telias anbud har kommunen bortsett från det obligatoriska delkravet, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Värdet ska kunna verifieras

Kravet på verifiering vid anmodan utgör en del av det obligatoriska kravet. Vad kommunen beskriver att man gjort för att verifiera värdet utgör dock inte en tillfredsställande verifiering. Det är inte tillräckligt att en anbudsgivare själv bekräftar att uppgiften är riktig. Med verifiering menas att det måste finnas sådana underlag som gör möjligt för myndigheten att ta ställning till

riktigheten i uppgiften, till exempel genom olika former av bevis, mätningar, testprotokoll från tredje part eller liknande.

Frågor om yttäckning har varit föremål för stora diskussioner mellan aktörerna i branschen, inklusive PTS, eftersom skillnader i hur täckning beräknas leder till stora skillnader i hur täckning redovisas. Detta har bland annat lett till en branschöverenskommelse om hur täckning ska redovisas i operatörernas täckningskartor. Yttäckning som ett visst värde är dock alltså en faktor som är svår att kontrollera och följa upp och där beräkningar kan ge vitt skilda resultat beroende på vilka ingångsfaktorer som används vid beräkningen. Om sådana värden ska ges en avgörande betydelse i en upphandling måste upphandlande myndighet kunna säkerställa en likabehandling när det gäller användandet av värdet, dvs. kontrollera deras riktighet. Att uppställa ett krav i förfrågningsunderlaget som den upphandlande myndighet helt saknar möjligheter att kontrollera är inte förenligt med transparens- och likabehandlingsprincipen.

Utvärderingsmodellen

Prisavdragen för yttäckning motsvarar 75 procent av de totala avdragen i utvärderingsmodellen. Eftersom utvärderingen av anbudspriset endast sker på ett av potentiellt fyra års avtalstid får prisavdragen mycket stor påverkan på det slutliga anbudspriset. Detta visas inte minst av att Tele2, trots att bolaget lämnat ett lägre anbudspris och fått samma prisavdrag som Telia med undantag för yttäckningen, efter utvärdering får ett jämförelsetal om 573 910 kr mot Telias -1 369 442 kr. Yttäckningen har således fått oproportionerligt stor vikt i utvärderingsmodellen.

Kommunens främsta argument för att tillmäta yttäckning avgörande betydelse vid utvärderingen är att yttäckningen har stor betydelse för kommunens

samhällskritiska tjänster. Under avropsprocessen har kommunen dock kommunicerat att man har tänkt använda roamingabonnemang, dvs. ett abonnemang som per automatik nyttjar en annan operatörs nät om anbudsgivarens nät saknar täckning, för samhällskritiska tjänster där bristande täckning kan medföra risker. Med andra ord är operatörens generella yttäckning inte av betydelse för den samhällskritiska verksamheten. Avropet innehåller också ett obligatoriskt krav att anbudsgivaren ska erbjuda SIM-kort med nationell roaming. Detta visar att det finns alternativa sätt att uppnå täckning i områden där täckning möjligen kan saknas. Eftersom det finns alternativa sätt att uppnå syftet med yttäckningskraven är det oklart varför kraven har tillmätts avgörande betydelse för utgången i upphandlingen. Vad kommunen uppger om att roamingabonnemang normalt prissätts högre än vanliga abonnemang stämmer inte. Tele2 har prissatt roamingabonnemangen till samma pris som vanliga abonnemang. Inte heller kommunens påstående om att roamingabonnemang är beroende av att en annan operatör erbjuder bättre täckning stämmer. Poängen med dessa abonnemang är att olika operatörer täcker olika ytor med sina master och basstationer. Abonnemanget skapar därmed bättre förutsättningar än vilket vanligt abonnemang som helst, oavsett vilken operatör, att hitta täckning i områden där täckningen inte är lika utbyggd, t.ex. i glesbygdsområden.

För att ens tilldelas ett poäng för yttäckning för dataöverföring minst 10 Mbps (utvärderingskriterium 1.1.8) krävs att anbudsgivaren kan åstadkomma en yttäckning som är ungefär två procentenheter högre än vad samtliga mobiloperatörer har tillsammans enligt PTS:s rapport (93,08 procent). Kravet är omöjligt att uppnå och därmed orimligt och oproportionerligt.

Vidare är poängskalorna med tillhörande intervall och värdeavdrag inte logiskt eller proportionerligt utformade. I utvärderingskriterium 1.1.8 motsvarar skillnaden mellan 0 och 1 poäng (intervall 95–95,9 procent) endast

50 000 kr i avdrag. Skillnaden mellan 1 och 2 poäng, en förbättring av yttäckningen med 0,1 procent, leder till 400 000 kr i avdrag, dvs. ett hopp om 350 000 kr. Ytterligare en förbättring om 0,5 procent (intervallet ändras här utan förklaring från en till en halv procent) leder dock bara till ytterligare 200 000 kr i avdrag. Även avseende utvärderingskriterium 1.1.6 och 1.1.7 sker väsentliga hopp mellan vad olika poäng anses vara värda i prisavdrag. Det finns ingen förklaring till varför olika poäng i skalan ska motsvara olika värdeavdrag i pengar eller varför skillnaden mellan 1 och 2 poäng ska vara så väsentlig jämfört med skillnaden mellan 0 och 1 samt 2 och 3. Sådana skillnader är inte motiverade och poängskalorna brister således i transparens, proportionalitet och säkerställer inte likabehandling av anbudsgivarna.

Utvärderingsmodellen ger intryck av att det är stora kvalitetsskillnader mellan exempelvis 99,5 procents och 99,6 procents yttäckning. Marginella skillnader i den totala yttäckningen i en kommun återspeglar dock inte någon skillnad i den upplevda täckningen. När det gäller dataöverföring och tal är en annan viktig kvalitetsaspekt täckningskvalitet, dvs. hur snabb uppkoppling och hög samtalskvalitet nätet kan erbjuda.

I utvärderingsmodellen värderas vidare yttäckning för dataöverföring högre än yttäckning för tal. Detta trots att kommunen i avropsförfrågan angivit att den värderar möjligheten till tal via mobilnätet högre än datatrafik, eftersom talet ur ett säkerhets- och verksamhetsperspektiv är viktigast. Det är inte en logisk och rimlig utvärderingsmodell.

Av likabehandlingsprincipen följer bland annat att en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den leder till ett rättvisande resultat, dvs. att det bästa anbudet antas. Såsom utvärderingsmodellen är utformad utvärderas dock bara ett av potentiellt fyra års ersättning till leverantören, vilket kan innebära och i aktuellt fall innebär att det bästa/lägsta anbudet inte antas.

Skada

Tele2 har lidit eller riskerat att lida skada, dels på grund av att kommunen bortsett från ställda krav, dels av hur yttäckningskravet och utvärderingsmodellen utformats. Skaderekvisitet är i normalt uppfyllt vid överträdelser hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet som hade kunnat innebära att den sökande leverantören hade utformat sitt anbud på ett annat sätt. Om förfrågningsunderlaget varit utformat på ett otydligt eller missvisande sätt anses en leverantör i regel ha riskerat att lida skada härav.

Det obligatoriska kravet på yttäckning har angetts i förfrågningsunderlaget och har därför gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för kommunen. Kommunen åtgärd att bortse från det obligatoriska kravet vid utvärderingen av Telias anbud kan anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Sundsvalls kommun bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande till stöd för sin inställning. Kommunen har inte bortsett från några krav i upphandlingen. Utvärderingsmodellen har inte de brister som Tele2 gör gällande.

Kravet på yttäckning

Hänvisningen till PTS:s rapport

Det är utifrån kravspecifikationen tydligt att det är PTS *definition* av yttäckning som avses med hänvisningen, inte att de värden som anbudsgivarna tidigare rapporterat till PTS ska anges. Det är värdena i dess grad i procent på avropssvarsdagen som ska anges.

Officiellt publicerade täckningskartor

Formuleringen att värdet ska vara enligt officiellt publicerade täckningskartor, utgör en instruktion till anbudsgivarna om att de värden som anges ska

vara samma värden som finns i av anbudsgivarna publicerade täckningskartor eller motsvarande system. Det stämmer, såsom Tele2 påpekat, att de täckningskartor som finns allmänt tillgängliga inte lämnar någon ledning vad gäller yttäckning för dataöverföring i procent avseende en viss kommun. Detta gäller för samtliga anbudsgivare. De efterfrågade uppgifterna kan således enbart erhållas av de enskilda anbudsgivarna. Mobiloperatörer känner till sina egna värden på yttäckning i procent för dataöverföring och redovisar årligen dessa värden, i enlighet med PTS definition, till PTS.

Syftet med formuleringen har inte varit att ställa ett absolut obligatoriskt krav på att uppgifterna måste vara offentliga eller allmänt tillgängliga, utan att anbudsgivarna i ett system har samlat in nödvändiga data och kan redovisa och, på anmodan, verifiera värdet, allt enligt PTS:s definition.

Efter att Tele2 ifrågasatt Telias uppgifter om yttäckning för dataöverföring har kommunen anmodat Telia att verifiera uppgifterna ifråga. Vid en verifiering ska den lämnade uppgiften bekräftas med åtminstone en redovisning av hur värdet tagits fram. Verifieringen genomfördes genom att Telia bekräftade att bolaget utgått från PTS:s definition av yttäckning för dataöverföring, redovisade den totala ytan i Sundsvalls kommun i km², redovisade yttäckningen för Telias mobilnät för dataöverföring i km² och angav förhållandet i procent mellan dessa värden. I sammanhanget bör tilläggas att även en annan anbudsgivare har lämnat uppgifter om yttäckning för dataöverföring på samma nivåer som Telia. Mot denna bakgrund saknas skäl att ifrågasätta de uppgifter som Telia redovisat och som därefter verifierats.

Utvärderingsmodellen

Enligt Tele2 utgör utvärderingskriterierna avseende yttäckning en oproportionerligt stor del av utvärderingsmodellen och modellens poängskala brister i transparens, proportionalitet och säkerställer inte likabehandling.

Till att börja med får framhållas att utvärderingsmodellen och dess kriterier – inkluderat kriteriernas inbördes vikt och förhållande till anbudspriset – tydligt framgår av förfrågningsunderlaget. Kommunen har stor frihet att själva bestämma vilka egenskaper det som upphandlas ska ha. Om en myndighet vill upphandla en tjänst med mycket högt ställda kvalitetskrav, kan inte leverantörer som endast kan erbjuda en tjänst som inte uppfyller kraven med framgång hävda att de är oproportionerliga.

Syftet med upphandlingen och konkurrensutsättningen är att tillgodose kommunens alla verksamheter med fasta och mobila operatörstjänster. Mot bakgrund av de för samhället vitala verksamheter och åtaganden som kommunen ansvarar för har kommunen valt att lägga stor vikt vid tjänsternas täckning. Yttäckning för tal (kriterium 1.1.6), för datatrafik (1.1.7 och 1.1.8) och utomhustäckningen för både tal och data (1.1.9) utgör därför betydelsefulla delar av utvärderingsmodellen. Det säger möjligtvis sig självt att just täckning är den viktigaste kvalitativa delen av en mobiloperatörs tjänst, och när det handlar om grundläggande samhällsfunktioner är det särskilt tydligt att en undermålig täckning kan medföra allvarliga risker för liv och hälsa. Samtliga användare i kommunens vitt skilda verksamheter har behov av bra täckning vid utförandet av sina arbetsuppgifter. Mot i huvudsak denna bakgrund har kommunen valt en utvärderingsmodell som till största del premierar god täckning, både i förhållande till övriga utvärderingskriterier och till priset. Ett lågt pris för att ringa eller kommunicera i övrigt är till föga tröst om det saknas täckning vid utförandet av ett viktigt arbete på eller på väg till perifera platser i kommunen. Av i huvudsak samma skäl har kommunen valt att ge förhållandevis höga prisavdrag i de fall anbudsgivarna kan erbjuda en synnerligen hög täckning.

Det är ett obligatoriskt krav att anbudsgivarna ska kunna erbjuda abonnemang med nationell roaming. Roamingabonnemangen utgör dock endast drygt 3 procent av kommunens behov i upphandlingen, vilket framgått.

Sådana abonnemang prissätts normalt betydligt högre av operatörerna jämfört med ett vanligt abonnemang. Ett roamingabonnemang kan aldrig vara ett fullgott alternativ till ett vanligt abonnemang eftersom det är betydligt dyrare och dess användningsområde ändå är beroende av att en annan operatör erbjuder en bättre yttäckning. Det säger sig självt att det är mer ändamålsenligt att anskaffa ett typiskt sett billigare, vanligt abonnemang direkt från den operatör som erbjuder den bästa yttäckningen.

Kommunen har svårt att förstå vad Tele2 egentligen gör gällande med anmärkningen att utvärderingen görs på grundval av anbudspriserna för ett år. Att utvärderingen är uppbyggd på detta sätt framgår tydligt av förfrågningsunderlaget. Hade de fiktiva prisavdragen gjorts från ett anbudspris beräknat på fyra år hade avdragen varit fyra gånger så höga. Förhållandena hade varit desamma.

Skada

Bolaget måste på ett konkret sätt redogöra för hur det riskerat att lida skada av de påstådda bristerna i avropsförfrågan samt utvärderingen. För det fall förvaltningsrätten finner att kravet på att yttäckningsvärdet ska vara enligt officiellt publicerade täckningskartor eller motsvarande har åsidosatts har Tele2 inte visat att bolaget kunnat lämna ett konkurrenskraftigare anbud utan kravet. Tele2:s (och Telias) mobilnät hade haft samma yttäckning även om formuleringen tagits bort eller uttryckts på annat sätt. Resultatet av utvärderingen hade således blivit densamma, vilket innebär att Tele2 inte riskerat att lida någon skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Det framgår av 4 kap. 1 § LOU.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Det framgår av 20 kap. 6 § LOU.

Handlingarna i målet

I Kravspecifikationens flik 3 anges följande

Obs! Krav ska kunna uppfyllas på anbudssvarsdagen av Anbudsgivaren för att klassificeras som uppfyllda.

Instruktion:

Anbudsgivaren fyller i aktuella %-satsar i de vita rutorna
Värdet ska vara enligt officiellt publicerade täckningskartor eller motsvarande och ska kunna verifieras på anmodan.
Notera att det avser täckningsnivå 1

Avseende definition av yttäckning gäller för nedanstående krav samma antaganden och förutsättningar som PTS ställde i rapporten "PTS mobiltäcknings- och bredbandskartläggning 2017", med rapportnummer "PTS-ER-2018:7".			
Yttäckning - Tal - täckningsnivå 1			
Anbudsgivaren ska i svarsformuläret ange aktuell yttäckning för Anbudsgivarens mobilnät för tal för täckningsnivå 1 för Sundsvalls kommun.		Obs. Ska-krav	
Yttäckning - Dataöverföring, minst 1Mbps - täckningsnivå 1			
Anbudsgivaren ska ange aktuell yttäckning för Anbudsgivarens mobilnät för dataöverföring om minst 1Mbps för täckningsnivå 1 för Sundsvalls kommun.		Obs. Ska-krav	
Yttäckning - Dataöverföring, minst 10Mbps - täckningsnivå 1			
Anbudsgivaren ska ange aktuell yttäckning för Anbudsgivarens mobilnät för dataöverföring om minst 10Mbps för täckningsnivå 1 för Sundsvalls kommun.		Obs. Ska-krav	

De värden som anbudsgivaren fyller i flyttas även över till utvärderingskriterier 1.1.6, 1.1.7 och 1.1.8.

1.1.7 Deklaration

Yttäckning - Dataöverföring, minst 1 Mbps -täckningsnivå 1 Redovisa här aktuell yttäckning för Anbudsgivarens mobilnät för Sundsvalls kommun från kravspecifikation flik 3.

Definition

Ger ett avdrag/påslag på jämförelsetalet med angiven definition.

Poäng	Beskrivning	Värde
0	0–91,9 %	0,00
1	92–92,9 %	-50 000,00
2	93–93,4 %	-200 000,00
3	94–94,9 %	-400 000,00
4	95–100 %	-600 000,00

1.1.8 Deklaration

Yttäckning - Dataöverföring, minst 10 Mbps -täckningsnivå 1 Redovisa här aktuell yttäckning för Anbudsgivarens mobilnät för Sundsvalls kommun från kravspecifikation flik 3.

Definition.

Ger ett avdrag/påslag på jämförelsetalet med angiven definition.

Poäng	Beskrivning	Värde
0	0–94,9%	0,00
1	95–95,9%	-50 000,00
2	96–96,4%	-400 000,00
3	96,5–96,9%	-600 000,00
4	97–100%	-800 000,00

Förvaltningsrättens bedömning

Utgångspunkter för prövningen

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om någon åtgärd är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och att det medfört att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter den grundar sin talan på (se rättsfallet RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrättens prövning begränsar sig således till vad Tele2 anfört till stöd för sin talan.

Av praxis följer att en upphandlande myndighet har stor frihet att utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig

upphandling (se rättsfallen RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2012 ref 48). Av principen om likabehandling följer dock att anbudsgivarna ska ges lika möjlighet att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Det innebär bl.a. att ett förfrågningsunderlag ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Höga krav bör ställas på tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för upphandlingen. Vidare innebär transparensprincipen att det efter upphandlingens genomförande ska vara möjligt att säkerställa att den upphandlade myndigheten faktiskt agerade och genomförde upphandlingen på det sätt som angavs i förfrågningsunderlaget. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör dock att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (se rättsfallet RÅ 2002 ref 50).

Tele2 har anfört flera olika omständigheter där man menar att kommunen brutit mot de grundläggande principer som gäller för offentlig upphandling. Förvaltningsrätten tar upp dessa i separata avsnitt nedan.

Har kravet på yttäckning åsidosatts eller strider dess utformning mot grundläggande principer?

Tele2 anför dels att kommunen bortsett från samtliga tre delkrav i det obligatoriska kravet på yttäckning, dels att kravet inte varit utformat på ett sätt att alla anbudsgivare kan förstå den innebörden och tolka det på samma sätt.

Av flik 3 i kravspecifikationen framgår att det är ett obligatoriskt krav (skakrav) att ange aktuell yttäckning i procent för anbudsgivarens mobilnät i Sundsvalls kommun avseende tre olika kategorier. Avseende begreppet yttäckning sker hänvisning till en specificerad kartläggning och rapport av PTS. Vidare anges som instruktion att värdet ska vara enligt officiellt publicerade täckningskartor eller motsvarande och kunna verifieras på anmodan.

Hänvisningen till PTS:s rapport

Tele2 gör gällande att hänvisningen till PTS rapport ska förstås så att det är de värden som mobiloperatörerna senast rapporterat till PTS som ska anges i anbudet. Eftersom värdet i Telias anbud inte motsvarar det värde som Telia senast rapporterat till PTS har delkravet åsidosatts av kommunen.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår klart att det endast är för definitionen av begreppet yttäckning som hänvisning till PTS:s rapport sker. I kravet anges också att det är *aktuella* procentsatser som ska fyllas i varför kravet svårligen kan tolkas så som Tele2 gör gällande. Mot bakgrund av vad såväl kommunen som Tele2 uppgivit om att mobiloperatörer, dvs. även anbudsgivarna, årligen rapporterar sitt mobilnäts yttäckning för dataöverföring i enlighet med hänvisad definition till PTS, saknas vidare anledning att anta att det varit svårt för ramavtalets leverantörer att förstå hänvisningen till eller innebörden av definitionen. Förvaltningsrätten anser således att kommunen inte kan anses ha brutit vid utformningen av delkravet i denna del eller åsidosatt detsamma vid utvärderingen av anbudet. Det saknas därför anledning till ingripande mot upphandlingen på denna grund.

Officiellt publicerade täckningskartor

Det är i målet ostridigt att de täckningskartor som finns allmänt tillgängliga inte lämnar någon ledning vad gäller yttäckning för dataöverföring i procent avseende en viss kommun. Kommunen har oemotsagt uppgett att det inte varit möjligt för någon av anbudsgivarna att uppfylla denna del av delkravet.

Parterna har dock olika uppfattningar om huruvida uttrycket ”motsvarande” kan anses innefatta värden tagna från anbudsgivarnas egna datasystem. Vad gäller det av Tele2 åberopade felet – att delkravet om att värdet ska vara enligt officiellt publicerade täckningskartor eller motsvarande inte har upprätthållits av kommunen – noterar förvaltningsrätten att Tele2 inte gjort gällande att bolaget själv skulle uppfylla kravet. Det noteras vidare att Tele2, liksom övriga anbudsgivare, av kommunen bedömts uppfylla detta krav och således kvalificerats i upphandlingen. Vid dessa omständigheter och då Tele2 inte konkretiserat hur ett åsidosättande av kravet skulle ha medfört skada eller risk för skada för bolaget kan skaderekvisitet inte anses uppfyllt. Det saknas därmed anledning att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Vad därefter gäller utformningen av delkravet anser förvaltningsrätten att delkravet till sin ordalydelse ändå får anses vara tillräckligt tydligt för att en rimligt informerad ramavtalsleverantör ska kunna förstå vad som avses. Omständigheten att officiellt publicerade täckningskartor inte finns är bidrar dock till att göra kravet mer oklart. Aktuell formulering ska dock läsas tillsammans med övriga delar av kravet, bl.a. hänvisningen till PTS:s kartläggning och rapport. Det har i målet framkommit att mobiloperatörer, även anbudsgivarna, både vid hänvisad kartläggning och årligen redovisat sina yttäckningsvärden för dataöverföring, enligt PTS:s definition, till PTS. Förvaltningsrätten anser därför att kravet sammantaget är tillräckligt klart för att ramavtalets leverantörer ska förstå vilka värden som efterfrågas.

Värdet ska kunna verifieras på anmodan

Tele2 gör gällande att delkravet på att värdet ska kunna verifieras har åsidosatt eftersom kommunens verifiering inte är tillfredsställande.

I kravet anges att värdet ska kunna verifieras på anmodan och det har framkommit att kommunen anmodat Telia att verifiera lämnade uppgifter avseende yttäckning för dataöverföring. Av avropsförfrågan framgår emellertid

inte närmare vad som ska verifieras – om det är hur värdet beräknats eller om det är samtliga underliggande data och mätningar som anbudsgivarna använder i sina system för att beräkna yttäckning på olika platser i kommunen. Det framgår inte heller hur verifieringen ska gå till, om några bevismedel, och i så fall vilka, ska ges in. Kommunen har därmed en betydande frihet att avgöra hur anbudsgivaren ska visa att kravet är uppfyllt, så länge de grundläggande principerna beaktas. Enligt kommunen har Telia bekräftat att man utgått från PTS definition, redovisat total yta i Sundsvalls kommun i km², redogjort för sitt mobilnätets yttäckning för dataöverföring i Sundsvall kommun mätt i km² och angett förhållandet i procent mellan dessa värden.

Omständigheten att mobiloperatörerna årligen redovisar sin yttäckning till PTS medför att det saknas anledning att betvivla att mobiloperatörernas system kan ta fram uppgifter om yttäckning, enligt PTS definition, utifrån relevanta ingångsvärden från mätningar etc. Kommunen har därför med fog kunnat utgå från att Telias system genererar tillräckligt rättvisande information. Kommunen har också bedömt att den genom de av Telia redovisade uppgifterna har kunnat verifiera det värde som angetts i anbudet. Enligt förvaltningsrättens mening har Tele2 inte förmått visa att kommunen åsidosatt kravet på att värdet ska kunna verifieras eller att kravet skulle var omöjligt att kontrollera. Det saknas därmed skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Strider utvärderingsmodellen mot grundläggande principer?

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vad den ska upphandla och vilka egenskaper det som ska upphandlas ska ha utifrån de behov som upphandlingen ska tillgodose. Det innebär också en stor frihet att bestämma vilken utvärderingsmodell, och vilken relativ vikt valda tilldelningskriterier ska tillmätas, så länge kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Även utvärderingsmodeller som inte

är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de grundläggande principerna inte träds för när.

Kommunen har uppgett att syftet med upphandlingen har varit att tillgodose kommunens alla verksamheter med fasta och mobila operatörstjänster. De för samhället vitala verksamheter och åtaganden som kommunen ansvarar för har bedömts medföra ett behov av en operatörstjänst med så hög kvalitet som möjligt avseende täckning, även i perifera delar av kommunen. Förvaltningsrätten kan konstaterat att de valda utvärderingskriterierna är ägnade att premiera anbudsgivare med hög en procentuell yttäckning i kommunen. Förvaltningsrätten anser att det inte har varit en oproportionerlig åtgärd av kommunen att tillmäta tjänsternas täckning så stor vikt i utvärderingsmodellen. Den omständigheten att täckning eventuellt kan uppnås genom nyttjande av nationell roaming medför ingen annan bedömning.

Vad gäller poängintervallernas utformning och prisavdragens storlek konstaterar förvaltningsrätten det utifrån aktuell utformning har varit möjligt för anbudsgivarna att förutse såväl vad kommunen tillmäter betydelse vid tilldelningen som vilka prisavdrag de skulle komma att få utifrån den yttäckning de angivit. Att graden av yttäckning vid poängsättning delats in i olika stora intervall och att ökningen i prisavdragen inte är enhetlig mellan olika intervaller och poäng är en omständighet som enligt förvaltningsrättens mening får accepteras såsom godtagbart. Detsamma gäller att yttäckningen för tal ger något lägre prisavdrag än yttäckningen för dataöverföring även om kommunen givit uttryck för att man värderar tal högre. Förvaltningsrätten anser därmed att det inte framkommit att utvärderingsmodellen i denna del skulle strida mot någon av de grundläggande principerna.

Kommunen har avsett att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt grunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet, främst i form av yttäckning. Annat har inte framkommit än att utvärderingsmodellen som sådan och tillämpningen av den lett till att den anbudsgivare som kan erbjuda

bästa förhållande mellan pris och yttäckning har antagits. Förhållandena hade varit detsamma om modellen utformats för att utvärdera fler än ett år. Förvaltningsrätten finner därför att Tele2 inte förmått visa att utvärderingsmodellen inte skulle vara ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

Förvaltningsrätten anser därmed att det saknas anledning att ingripa mot upphandlingen på grund av utvärderingsmodellens utformning. Vad Tele2 i övrigt har anfört leder inte till någon annan bedömning.

Sammanfattning

Sammantaget anser förvaltningsrätten att det inte framkommit skäl för ingripande mot upphandlingen på de grunder som Tele2 har anfört. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Sara Zell
förvaltningsrättsfiskal

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Linn Melander.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

