



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 1  
Nickolina Hamrin Lönkvist

**DOM**  
2013-04-11  
Meddelad i  
Jönköping

**FÖR KÄNNEDOM** Mål nr  
6568-12  
Domare 1:2

Sida 1 (18)

### SÖKANDE

TeliaSonera Sverige AB, 556430-0142  
123 86 Farsta

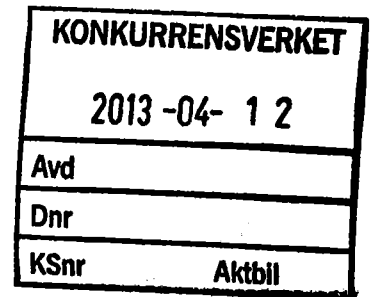
Ombud: Advokaterna Olof Larsberger och Joakim Lavér  
Advokatbyrå Hannes Snellman AB  
Box 7801  
103 96 Stockholm

### MOTPART

Jordbruksverket  
551 82 Jönköping

### SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)



## FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

## BAKGRUND

Jordbruksverket genomför en upphandling avseende fasta och mobila telefontjänster för verksamhet inom Jordbruksverkets organisation ("Fasta och mobila telefontjänster", dnr 05-7512/12). Upphandlingen handläggs enligt reglerna om öppet förfarande enligt LOU. Efter att ha utvärderat tre anbud meddelade Jordbruksverket i tilldelningsbeslut den 19 september 2012 att Telenor Sverige Aktiebolag (Telenor) skulle antas som leverantör. TeliaSonera Sverige AB (TeliaSonera) hamnade på andra plats vid utvärderingen. TeliaSonera begärde överprövning av upphandlingen och yrkade bl.a. att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse hade skett. Förvaltnings-

Dok.Id 95395

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Hamngatan 15

**Telefon**  
036-15 66 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

**Telefax**  
036-15 66 55

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

rätten beslutade i dom den 5 december 2012 i mål 4960-12 att upphandlingen först kunde avslutas efter att rättelse hade skett genom att en ny anbudsutvärdering gjordes där Jordbruksverket kontrollerade och bedömde anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet i enlighet med gällande lagstiftning. Förvaltningsrätten fann i domen att det inte av förfrågningsunderlaget helt klart gick att utläsa om en leverantör kunde åberopa kapacitet utanför det egna nätet för att uppfylla det uppställda kravet på yttäckning. Förvaltningsrätten menade dock att det helt skulle strida mot syftet med LOU om sådan kapacitet inte skulle kunna åberopas. TeliaSonera hade inte i tillräcklig grad visat att det strider mot förfrågningsunderlaget att åberopa andra leverantörers kapacitet för att uppfylla kravet på täckningsgrad. Telenor och TeliaSonera har efter förvaltningsrättens dom kommit in med uppgifter för att styrka angivna yttäckningsgrader. Jordbruksverket har bedömt de inkomna uppgifterna och funnit det styrkt att angivna täckningsgrader uppfylls av leverantörerna med egen kapacitet, genom partners och underleverantörer. En ny utvärdering har därefter gjorts och ett nytt tilldelningsbeslut meddelades den 21 december 2012 där Telenor tilldelades avtalet. TeliaSonera begär nu återigen överprövning av Jordbruksverkets upphandling "Fasta och mobila telefonitjänster".

#### YRKANDEN M.M.

##### Ansökan om överprövning

TeliaSonera yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att Jordbruksverket genomför en ny utvärdering, varvid utvärderingen av anbudet ingivet av företaget Telenor – såvitt gäller kriteriet "täckningsgrad" i punkten 2.5.5.2 i förfrågningsunderlaget ska göras utifrån förutsättningen att den yttäckning av Sveriges landyta för taltrafik i mobilnät jämlikt punkten 3.1.5 i förfrågningsunderlaget som Telenor kan erbjuda inte överstiger 60 procent.

*Bakgrund*

Jordbruksverket har meddelat ett nytt tilldelningsbeslut av vilket det framgår att Telenor har kommit in med uppgifter som, enligt Jordbruksverket, styrker angivna täckningsgrader. Av tilldelningsbeslutet framgår vidare att Jordbruksverket har bedömt de inkomna uppgifterna och funnit att de styrker att angivna täckningsgrader uppfylls av leverantörerna med egen kapacitet, genom partners och underleverantörer. Slutligen framgår av tilldelningsbeslutet att Jordbruksverket efter en ny utvärdering åter har tilldelat aktuellt avtal till Telenor. Under skriftväxling i förvaltningsrättens mål 4960-12 påstod Jordbruksverket att Telenor via avtal med s.k. service providers, vilka i sin tur hyr in sig i TeliaSoneras nät, kan erbjuda en yttäckningsgrad om 87 procent av Sveriges landyta. Mot denna bakgrund utgår TeliaSonera från att Telenor numera har åberopat extern kapacitet i form av avtal med service providers och att Jordbruksverket beaktat detta i den nya utvärderingen. Jordbruksverket har i förfrågningsunderlaget ställt krav på att leverantören ska förfoga över egen garanterad kapacitet i offererat mobilnät. Av detta följer att den yttäckning som efterfrågas i förfrågningsunderlaget ska avse det egna mobilnätet och följaktligen inte den yttäckning som en leverantör kan offerera på basis av åberopad extern kapacitet. Av förvaltningsrättens dom i mål 4960-12 framgår att utvärderingen av Telenors anbud ska göras med beaktande av att de inte kan erbjuda en yttäckningsgrad om 87 procent.

*Egen kapacitet och yttäckningsgrad om 87 procent*

Jordbruksverket har i punkten 3.1.4 i förfrågningsunderlaget ställt krav på att leverantören ska förfoga över egen garanterad kapacitet i offererat mobilnät. Av detta följer att den yttäckning som efterfrågas i 3.1.5 i förfrågningsunderlaget ska avse det egna mobilnätet och följaktligen inte den yttäckning som en leverantör kan offerera på basis av åberopad extern kapacitet. När det gäller kriteriet täckningsgrad har Jordbruksverket utvärderat Telenors anbud utifrån av Telenor lämnad uppgift i anslutning till kravet

om angivelse av yttäckning i punkten 3.1.5 i förfrågningsunderlaget där Telenor har angett att de har en geografisk yttäckning såvitt avser taltrafik i mobilnät uppgående till 87 procent av Sveriges landyta. Telenor förfogar inte över någon egen garanterad kapacitet i offererat mobilnät uppgående till 87 procent av Sveriges landyta. Även om extern kapacitet har kunnat åberopas så utvisar inte de bevis som Telenor numera åberopar att de har tillgång till garanterad – egen jämte extern – kapacitet såvitt avser en yttäckning om 87 procent av Sveriges landyta under hela avtalstiden enligt i upphandlingen aktuellt avtal.

*Extern kapacitet och yttäckningsgrad under avtalsperioden*

Även för det fall anbudsgivare i upphandlingen har haft möjlighet att åberopa annat företags kapacitet såvitt gäller yttäckning kan Telenors nu åberopade externa kapacitet inte beaktas. Telenor åberopade inte extern kapacitet i sitt anbud och presenterade inte heller något bevis på tillgång till sådan extern kapacitet under avtalstiden. Den av Telenor nu åberopade externa kapaciteten anses vara en otillåten komplettering enligt 9 kap. 8 § LOU. De åberopade externa resurserna samt bevisen härför är något som Jordbruksverket rätteligen inte skulle ha beaktat vid den nya utvärderingen. Att detta ändock gjordes innebär att Jordbruksverket har brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU samt mot förvaltningsrättens förordnande i mål 4960-12 om att ny utvärdering ska göras i enlighet med gällande lagstiftning. Telenors anbud skulle ha utvärderats utifrån förutsättningen att extern kapacitet inte har åberopats. Därvid skulle Telenors anbud rätteligen ha utvärderats utifrån förutsättningen att Telenor kan offerera en yttäckning som maximalt uppgår till ca 60 procent av Sveriges landyta (dvs. motsvarande yttäckningen i det egna nätet). TeliaSonera utgår nu ifrån att Telenor i efterhand, med anledning av Jordbruksverkets begäran om komplettering av den 7 december 2012, har åberopat extern kapacitet i form av avtal med s.k. service providers. Dessa service providers hyr in sig i TeliaSoneras nät. Därmed skulle Telenor, via avtalen med service providers, ha tillgång till TeliaSo-

neras mobilnät och därvid kunna erbjuda en mobiltäckning om 87 procent av Sveriges landyta. Det stämmer i och för sig att TeliaSonera har avtal med olika s.k. service providers som hyr in sig i TeliaSoneras nät. Det rör sig emellertid om tidsmässigt korta avtal på mellan tre till sex månader som regel. Inget av dessa avtal har således en löptid som motsvarar avtalstiden i upphandlingen. Även om den av Telenor åberopade externa kapaciteten skulle beaktas så kan den externa kapaciteten inte garantera en yttäckning under hela avtalstiden.

#### *Skada*

Av det anförda skulle Telenors anbud rätteligen ha utvärderats utifrån förutsättningen att Telenor kan erbjuda en yttäckning om 60 - 65 procent av Sveriges landyta och inte en yttäckning om 87 procent. För det fall Jordbruksverket har agerat i enlighet med LOU och utvärderat Telenors anbud utifrån yttäckningsgrad om ca 60 procent skulle TeliaSonera hamnat på första plats i utvärderingen och därmed vunnit upphandlingen. Det råder därför inte någon tvekan om att TeliaSonera har lidit, eller riskerar att lida, skada av de överträdelser mot LOU som förekommit.

#### Motpartens inställning

Jordbruksverket motsätter sig TeliaSoneras yrkande om att Jordbruksverkets offentliga upphandling avseende fasta och mobila telefonitjänster inte får avslutas.

#### *Extern kapacitet och yttäckningsgrad under avtalsperioden*

TeliaSonera hävdar att Telenors åberopande av extern kapacitet inte är tillåten enligt förfrågningsunderlaget och LOU. Förvaltningsrätten har genom lagakraftvunnen dom fastslagit att förfrågningsunderlaget ger utrymme för bolag att åberopa annans kapacitet i aktuellt hänseende. TeliaSonera påstår

att det förhållandet att Telenor inte tydligt har åberopat och styrkt extern kapacitet i sitt anbud medför en brist som inte kan läkas genom en senare komplettering rörande detta. Jordbruksverket anser att detta påstående är felaktigt. Telenor har i sitt anbud daterat 12 september 2012 under punkten 2.5.3.2 hänvisat till bilaga Teknisk förmåga och kapacitet vari följande text framgår; "Det finns ibland tillfällen och behov som andra är bättre på att lösa än vi. Då vänder vi oss till ett stort nät av partners och underleverantörer". Av detta följer att det inte är fråga om en ny omständighet som har åberopats av Telenor utan en uppgift som fanns med från början i Telenors anbud. Vidare bör noteras att det av de kommersiella villkoren i förfrågningsunderlaget, punkt 6.1.7, tydligt framgår att underleverantörer får anlitas. Av villkoren framgår följande. "Leverantörer ansvarar för underleverantörs arbete och skyldigheter gentemot Jordbruksverket såsom för eget arbete och egna skyldigheter. Leverantören ska kontrollera att underleverantör fullgör sina skyldigheter enligt lag och avtal t.ex. avseende momsregistrering, inbetalningar av socialförsäkringsavgifter och skatter. Jordbruksverket förbehåller sig rätten att ta del av sådan kontroll". Förvaltningsrätten har genom lagakraftvunnen dom slagit fast att såväl förfrågningsunderlaget som LOU medger att anbudsgivarna kommer in med kompletterande uppgifter så att ny anbudsutvärdering kan ske avseende anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Jordbruksverket har i enlighet med domen och på ett i övrigt transparent och likabehandlande sätt gett anbudsgivarna tillfälle att komma in med sådana kompletteringar som styrker leverantörernas i anbudens angivna yttäckningsgrad. Ett nytt tilldelningsbeslut har fattats baserat på innehållet i anbudens och inkomna kompletteringar. Mot denna bakgrund är de åtgärder som Jordbruksverket har vidtagit väl förenliga med förfrågningsunderlaget och LOU. TeliaSonera påstår att Telenor inte ens med åberopande av extern kapacitet kan uppnå angiven täckningsgrad. Telenor har i sin komplettering den 18 december 2012 styrkt uppgiven täckningsgrad. Observera att Jordbruksverket genom beslut har sekretessbelagt vissa uppgifter som Telenor har lämnat till Jordbruksverket.

*Den svenska telemarknaden*

På den svenska marknaden för telekommunikation finns idag ett stort antal operatörer som genom olika samarbetsformer erbjuder kommunikations-tjänster. Det som utmärker marknaden är ett allt större samarbete mellan olika aktörer framtvingat av kommersiella skäl och krav på licenser för att få tillgång till olika former av teknik. På den svenska marknaden finns idag i princip ingen aktör som inte är beroende av andra aktörer, ibland även av konkurrenter. När 3G (UMTS) lanserades i Sverige delades ett antal licenser ut av Post- och Telestyrelsen. Dessa licenser tilldelades år 2000 till fyra aktörer. TeliaSonera var en av de aktörer som inte fick någon licens. Efter denna tilldelning har den svenska marknaden för 3G konsoliderats genom uppköp och samarbeten. TeliaSonera och Tele2 bildade ett gemensamt bolag. Svenska UMTS-nät AB är Tele2:s och TeliaSoneras gemensamma bolag för att äga, bygga ut och driva UMTS-nätet i Sverige. TeliaSonera saknar egen licens för 3G och är därför beroende av samarbete med en aktör som innehar licens för 3G. Detta innebär att TeliaSonera idag inte är ägare av ett eget nät för 3G UMTS utan har möjlighet att erbjuda denna tjänst via en underleverantör. Ett liknande samarbete kring UMTS/3G har 3 och Telenor via bolaget 3G Infrastructure Services AB. Även inom den äldre 2G-tekniken (GSM) finns samarbeten på nätsidan. Exempelvis pågår ett samarbete mellan Telenor och Tele2 som håller på att slå samman sina nät för 2G. Dessutom finns ytterligare en allt mer utbredd form av samarbete där s.k. service providers går in och köper kapacitet i hela eller delar av infrastrukturen från någon av de stora aktörerna. TDC Sverige AB och AllTele Allmänna Svenska Telefonaktiebolaget (Alltele) är två exempel på större aktörer som använder sig av denna modell. Även på marknaden för fast telefoni krävs för de flesta aktörer leverans från underleverantörer, detta framför allt då det krävs tillgång till fysiska ledningar från telestationer fram till respektive abonnent. I praktiken innebär detta att för att kunna erbjuda fast telefoni krävs leverans av kabelförbindelse av en nätägare, vanligtvis via TeliaSonera-koncernen och då i form av leverans från Skanova. I det nu gällande statliga ramavtalet för fasta och mobila opera-

törstjänster finns totalt fem antagna leverantörer. Två av dessa, TDC Sverige AB och AllTele, är i huvudsak s.k. service providers och måste helt förlita sig på leverans och samarbete med de stora ägarna av infrastruktur. Med denna kortfattade beskrivning av den svenska telemarknaden anser Jordbruksverket sig ha fört i bevis att knappast någon leverantör kan erbjuda de tjänster som Jordbruksverket efterfrågar utan att anlita partner och/eller underleverantör. Detta gäller även för det anbud som har lämnats av TeliaSonera.

*Egen garanterad kapacitet*

Skrivningen i Jordbruksverkets upphandling "leverantören ska förfoga över egen garanterad kapacitet i offererat mobilnät" ska inte ses som en hänvisning till ett eget ägt fysiskt nät. Denna skrivning syftar till, med hänsyn till ovan beskrivna förhållanden på marknaden gällande tillgång till mobila nät, att operatören ska vara garanterad kapacitet i det mobilnät som används. Om skrivningen skulle innebära krav på eget fysiskt nät, skulle detta innebära att endast ett fåtal leverantörer skulle kunna erbjuda de av Jordbruksverket efterfrågade tjänsterna och därmed utesluts ett stort antal etablerade aktörer på marknaden. Att utesluta service providers skulle vidare strida mot kravet på icke-diskriminering. Det TeliaSonera har anfört föranleder inte Jordbruksverket till någon annan bedömning än att prövningen har gått rätt till och att avtalet ska tilldelas Telenor.

TeliaSonera

*Egen garanterad kapacitet*

Jordbruksverket har konstaterat att förvaltningsrättens dom i mål 4960-12 har vunnit laga kraft. Det kan dock konstateras att domar i upphandlingsmål inte vinner negativ rättskraft, vilket framgår bl.a. av Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 2742-12 m.fl. TeliaSonera gör gällande – vilket klart och tydligt vinner stöd av ordalydelsen i punkten 3.1.4 i förfrågnings-



underlaget – är att Jordbruksverket ställer krav på egen garanterad kapacitet i offererat mobilnät. Jordbruksverket påstår i svarsinlagan att egen garanterad kapacitet i själva verket betyder garanterad kapacitet. TeliaSonera ställer sig frågan om det ratio-nella att vid utformningen av ett skakrav använda sig av ett visst begrepp med mindre än att detta begrepp har en faktisk innebörd. Det Jordbruksverket gör gällande i denna del framstår som en ren efterhandskonstruktion och kan därför helt bortses ifrån.

Kravet att leverantören ska förfoga över egen garanterad kapacitet i offererat mobilnät kan – till skillnad från Jordbruksverkets felaktiga påstående om motsatsen – inte tolkas på annat sätt än att ett krav på egen garanterad tillgång till ett mobilnät. Detta innebär inte att leverantören ifråga nödvändigtvis måste äga aktuellt nät i strikt juridisk mening. Exempelvis är inte TeliaSonera juridisk ägare till något mobilnät. I egenskap av Telia-koncernens säljbolag på den svenska marknaden har emellertid TeliaSonera oinskränkt tillgång till det inom Telia-koncernen helägda 2G nätet liksom det 3G-nät som samägs med Tele2-koncernen. Genom TeliaSonera erbjuds kunder på den svenska marknaden – på basis av den sammanlagda kapacitet såvitt gäller geografisk yttäckning m.m. som Telia-koncernen har tillgång till – samtliga Telia-koncernens mobila telefonlösningar m.m. TeliaSonera förfogar således över egen garanterad kapacitet i offererade mobilnät i den meningen som avses i punkten 3.1.4 i förfrågningsunderlaget och har därför i upphandlingen kunnat erbjuda den sammanlagda geografiska yttäckningen av dessa nät, över 93 procent av Sveriges landyta. Såvitt gäller Telenor torde det i målet vara ostridigt att de inte kan erbjuda en yttäckning om i anbudet uppgivna 87 procent av Sveriges landyta utan extern kapacitet.

Av handling som Telenor gav in till Jordbruksverket med anledning av Jordbruksverkets begäran om komplettering av den 7 december 2012 och vilken TeliaSonera har fått dela av i maskerat skick framgår att Telenor har en samarbetspartner. TeliaSonera vet dock inte vem denna samarbetspartner är eftersom Jordbruksverket har sekretessbelagt och följaktligen

maskerat samarbetspartnerns identitet. I kompletteringen påstås att samarbetspartnern har tillgång till den täckning som framgår av i kompletteringen presenterade täckningskartor. TeliaSonera kan konstatera att yttäckningen enligt dessa kartor förefaller vara identiska med yttäckningen i Telia-koncernens nät. Den enda rimliga slutsatsen är att Telenors samarbetspartner är en s.k. service provider som hyr in sig i Telia-koncernens nät. Denna slutsats överensstämmer även med det Jordbruksverket gjorde gällande i mål 4960-12.

För att Telenor ska kunna erbjuda en yttäckning om 87 procent av Sveriges landyta krävs således att Telenor har avtal med en service provider som i sin tur har avtal med TeliaSonera. Telenor är följaktligen i slutänden beroende av yttäckningen i Telia-koncernens nät för att kunna erbjuda Jordbruksverket den yttäckning som Telenor har angett i sitt anbud i upphandlingen. För att en operatör ska kunna erbjuda kunder en yttäckningsgrad om 87 procent är det en förutsättning att operatörens kund får tillgång till Telia-koncernens 2G-nät. En sådan tillgång kan fås på tre olika sätt; operatören tillhandahåller sin kund ett SIM-kort från TeliaSonera, operatören tillhandahåller sin kund ett SIM-kort från en av TeliaSoneras service providers alternativt att operatören tillhandahåller sin kund ett internationellt SIM-kort. All utredning i målet tyder på att Telenors lösning bygger på att Telenors egna nät ska utgöra basen för yttäckning och nätkapacitet och att denna bas ska kompletteras med yttäckning via Telia-koncernens 2G-nät som ska erhållas genom avtal med en av TeliaSoneras service providers. Denna lösning innebär ett behov av dubbla SIM-kort för de Jordbruksverksanställda som önskar ringa i såväl Telia-koncernen som Telenor. Det framstår mot denna bakgrund som uppenbart att Telenor inte förfogar över egen garanterad kapacitet i offererat mobilnät upp till en yttäckningsgrad om 87 procent av Sveriges landyta. Vidare är avtalsrelationen mellan Telia-koncernen och olika service providers något som Telenor naturligtvis inte har någon insyn i och än mindre kan påverka.

En annan fråga är varför Jordbruksverket har ställt krav på egen garanterad kapacitet i upphandlingen, ett krav som Jordbruksverket så här i efterhand uppenbarligen inte vill kännas vid. Som TeliaSonera angav i ansökan om överprövning kan självfallet inte TeliaSonera med säkerhet svara på frågan varför Jordbruksverket har ställt detta krav. TeliaSonera vill dock framhålla att det är fullt logiskt, rationellt och legitimt att ställa ett sådant krav. Jordbruksverkets krav i punkten 3.1.4 i förfrågningsunderlaget om att leverantören ska förfoga över egen garanterad kapacitet i offererat mobilnät förklaras nämligen av att vissa av de mobila tjänster som Jordbruksverket använder sig av inte kan erbjudas i fler än en leverantörs nät. Om Jordbruksverket skulle teckna avtal med Telenor och Telenor via avtal med en service provider verkligen har tillgång till Telia-koncernens nät skulle de Jordbruksverksanställda som befinner sig inom det geografiska område som täcks av Telenors eget mobilnät komma att kunna ringa på basis av Telenors SIM-kort och skulle vidare komma i åtnjutande av mobila anknnytningar och andra funktionslösningar som Telenor kan tänkas kunna erbjuda Jordbruksverket. Så fort en Jordbruksverksanställd befinner sig utanför täckningsområdet för Telenors nät och kommer att vara i behov av att nyttja Telia-koncernens nät kommer den anställde att behöva byta till ett SIM-kort som fungerar med Telia-koncernens nät. Vidare kommer en anställd på Jordbruksverket som befinner sig utanför Telenors nät och där använder ett SIM-kort som fungerar i Telia-koncernens nät inte kunna nyttja merparten – om ens någon – av de funktionslösningar som Jordbruksverket även i framtiden med all sannolikhet kommer att vilja ha tillgång till. För det fall Jordbruksverket accepterar ett anbud från en leverantör som kan förfoga över egen garanterad kapacitet i offererat mobilnät så uppstår inte de problem som har beskrivits. Var en Jordbruksverksanställd än befinner sig behöver denne aldrig ha dubbla SIM-kort för att kunna ringa och ta emot samtal och denne kommer alltid att ha tillgång till samtliga funktionstjänster som erbjuds. Jordbruksverket kan knappast med framgång påstå att ett krav ska ha en annan innebörd än vad som klart och tydligt framgår av ordalydelsen med argumentet att kravet annars skulle stå i strid med LOU.

*Åberopade av externa resurser m.m.*

Jordbruksverket påstår i svarsinlagan att förvaltningsrätten genom lagkraftvunnen dom har slagit fast att såväl förfrågningsunderlaget som LOU medger att anbudsgivarna kommer in med kompletterande uppgifter så att en ny anbudsutvärdering kan ske avseende anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Detta är felaktigt. Förvaltningsrätten förordnade i mål 4960-12 att upphandlingen fick avslutas först efter rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering gjordes varvid där Jordbruksverket även skulle kontrollera och bedöma anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet i enlighet med gällande lagstiftning. Förordnandet innebär att Jordbruksverket, vid ny utvärdering, bl.a. hade att beakta reglerna i 9 kap. 8 § LOU om komplettering/förtydligande och 11 kap. 12 § LOU om åberopande av annat företags kapacitet. En grundförutsättning för ett förtydligande eller komplettering enligt 9 kap. 8 § LOU är att det redan finns uppgifter som kan förtydligas eller kompletteras.

Jordbruksverket påstår i svarsinlagan att Telenor redan i sitt anbud skulle ha åberopat extern kapacitet. Av de av Jordbruksverket citerade skrivningarna i nämnda bilaga framgår dock enbart att Telenor vid behov vänder sig till ett stort nät av partners och underleverantörer. Åberopande av annat företags kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU förutsätter emellertid ett klart och tydligt åberopande av ett eller flera specifika företags ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet. Nämnda skrivningar kan inte ens med den mest extensiva tolkningen uppfattas som ett åberopande av externa resurser i enlighet med villkoren härom i 11 kap. 12 § LOU. Vidare förutsätter 11 kap. 12 § LOU att leverantören kan visa att man kommer att förfoga över nödvändiga resurser. Något åtagande eller annat bevis om tillgång till extern kapacitet har dock överhuvudtaget inte bifogats Telenors anbud. Sammantaget utgör såväl kompletteringen som försäkran att helt nya uppgifter har tillförts Telenors anbud i strid med 9 kap. 8 § LOU. Kompletteringen och försäkran är således redan av denna anledning otill-

låtna kompletteringar som Jordbruksverket rätteligen överhuvudtaget aldrig skulle ha begärt in eller beaktat i den nya utvärderingen. TeliaSonera konstaterar att försäkran inte är undertecknad varför det knappas är att anse som fullgott åtagande enligt kraven i 11 kap. 12 § LOU.

Begäran om kompletteringar och förtydliganden enligt 9 kap. 8 § LOU förutsätter att det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det innebär att förtydliganden och kompletteringar inte får hamna i konflikt med likabehandlingsprincipen. TeliaSonera redogjorde redan i sitt anbud utförligt för vilken yttäckning som TeliaSonera har tillgång till och hänvisade härvid till källor som styrker detta förhållande. TeliaSonera har inte varit i behov av att åberopa annat företags kapacitet ifråga om yttäckning. Något behov av komplettering från TeliaSoneras sida har således inte förelegat. Kompletteringsbegäran har däremot inneburit att Telenor tillåtits att komma in med helt nya uppgifter i form av bevis om tillgång till extern kapacitet m.m. Kompletteringsbegäran har således inneburit uppenbara och för den nya anbudsutvärderingen avgörande fördelar för Telenor. Frågan om yttäckning har varit av helt avgörande betydelse i upphandlingen. Kompletteringsbegäran har således inte kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Även av denna anledning är kompletteringen och försäkran att bedöma som otillåtna kompletteringar som aldrig skulle begärts in och än mindre beaktats i den nya utvärderingen.

Av detta följer att även om Telenor – trots kravet på egen extern kapacitet i punkten 3.1.4 i förfrågningsunderlaget – haft möjlighet att förlita sig på yttäckning i Telia-koncernens nät så har Telenor under inga omständigheter rätt att i efterhand åberopa extern kapacitet och inkomma med bevis härför.

Om det skulle förhålla sig så att Telenors i efterhand åberopade externa kapacitet skulle bygga på en annan lösning än kapacitet från Telia-

koncernens 2G-nät så skulle detta innebära en av två saker. Antingen så har Jordbruksverket lämnat en helt felaktig uppgift i yttrandet från den 9 oktober 2012 i mål 4960-12 eller så var uppgiften visserligen korrekt vid tidpunkten för ingivandet av yttrandet, men då har Jordbruksverket i så fall tillåtit Telenor att i efterhand att komma in med dokument om påstådd tillgång till extern kapacitet samt tillåtit Telenor att byta teknisk lösning.

#### Jordbruksverket

Jordbruksverket vidhåller det som tidigare har anförts i målet och vill understryka följande. Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 2742-12 m.fl. som TeliaSonera hänvisar till angående negativ rättskraft har överklagats till Högsta Förvaltningsdomstolen och där beviljats prövningstillstånd. Rättsläget angående frågan om negativ rättskraft i upphandlingsmål är således oklar. Alldeles oavsett vad Högsta Förvaltningsdomstolen kommer fram till saknas det skäl att betvivla riktigheten av vad förvaltningsrätten kommit fram till i mål 4960-12 rörande möjligheterna att åberopa annans kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet avseende yttäckning.

TeliaSonerans påstående om att Telenors erbjudna lösning skulle kräva byte av SIM-kort är felaktigt. Påståendet saknar därför relevans för tolkningen av aktuellt krav.

TeliaSonera anför att Telenor inte kan garantera annan kapacitet under hela avtalstiden då TeliaSonera utgår ifrån att de service providers som Telenor samarbetar med i sin tur har avtal med TeliaSonera och att TeliaSonera tillämpar sex månaders ömsesidig uppsägningstid. Som TeliaSonera själva konstaterar saknar de kännedom om Telenors samarbetspartners och dessas avtalsrelationer. TeliaSonerans resonemang bygger därför på spekulationer. Klart är dock att Telenor har kommit in med försäkran om tillgång till angiven kapacitet under hela avtalsperioden. Jordbruksverket får därmed i tillräcklig grad anses ha säkerställt att Telenor har förmåga att uppfylla

utlovad täckningsgrad. Det är inte rimligt att upphandlande myndighet skulle ha en undersökningsplikt enligt LOU som även sträcker sig till åberopad underleverantörs avtalsförhållande med sina eventuella underleverantörer eller till och med omständigheter ännu längre ned i en leverantörskedja.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### *Gällande regler*

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

Av 9 kap. 8 § LOU framgår att en upphandlande enhet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Enheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 11 kap. 10 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denna kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§. Enligt 12 § får en leverantör vid behov och när det gäller visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada allmän förvaltningsdomstol överprö-

va 1. en upphandling, och 2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Med anledning av förvaltningsrättens dom den 5 december 2012, mål 4960-12, har Jordbruksverket gjort en ny utvärdering och fattat ett nytt tilldelningsbeslut. Jordbruksverket har således rättat upphandlingen på sätt som förvaltningsrätten beslutat och därmed inlett ett nytt förfarande. Detta innebär att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada har rätt att ansöka om åtgärder enligt detta nya förfarande i enlighet med bestämmelserna i 16 kap. LOU (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 27 april 2009 i mål 1741-09). TeliaSonera har således haft rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen och förvaltningsrätten har därmed att pröva bolagets ansökan i sak.

TeliaSonera gör gällande att utvärderingen av Telenors anbud har gjorts utifrån andra och för Telenor gynnsammare premisser än utvärderingen av TeliaSoneras anbud. Förfarandet strider mot den grundläggande principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU eftersom Telenor därvid har kommit att gynnas på TeliaSoneras bekostnad.

I upphandlingens förfrågningsunderlag anges som generella nät- och kommunikationskrav bl.a. att leverantören ska erbjuda GSM/UMTS-nät som täcker minst 98 procent av Sveriges befolkning samt att leverantören ska förfoga över egen garanterad kapacitet i offererat mobilnät. Vidare anges att leverantören i samband med utvärderingen får viss tilläggskostnad i



proportion till bl.a. brister i mobilnätets yttäckning. Telenor har i detta avseende angett en yttäckning om 87 procent och Jordbruksverket har i målet uppgett att Telenors yttäckning baseras dels på bolagets egna nät, dels på möjligheten att utnyttja andra leverantörers nät genom avtal med underleverantörer, s.k. service providers. TeliaSonera gör emellertid gällande att Telenors uppgift om 87 procents yttäckning är felaktig, eftersom kravet på egen garanterad kapacitet måste innebära ett krav på garanterad kapacitet via eget nät och inte via andra leverantörers. Vidare menar TeliaSonera att den av Telenor nu åberopade externa kapaciteten utgör en otillåten komplettering som Jordbruksverket inte skulle ha beaktat vid den nya utvärderingen.

Som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin ansökan om överprövning på (se RÅ 2009 ref. 69).

Prövningen utgör en kontroll av om det på grundval av det sökanden har åberopat i målet finns anledning att vidta åtgärder med stöd av LOU.

Förvaltningsrätten fann i mål 4960-12 att det av förfrågningsunderlaget inte helt klart framgick om en leverantör kunde åberopa kapacitet utanför det egna nätet för att uppfylla det uppställda kravet på yttäckning. Förvaltningsrätten ansåg dock att det helt skulle strida mot syftet med LOU om sådan kapacitet inte skulle kunna åberopas (jfr EU-domstolens avgörande C-176/98 Holst Italia). Enligt förfrågningsunderlaget ansvarar leverantör för underleverantörs arbete och skyldigheter gentemot Jordbruksverket såsom för eget arbete och egna skyldigheter. Av detta framgår att underleverantör får anlitas och av det kan även anses följa avseende aktuell upphandling att underleverantörens kapacitet ska ses som ingående i leverantörens egen kapacitet. Någon skyldighet för leverantörerna att redan på anbudsstadiet ange att de har för avsikt att använda sig av underleverantörer samt redovisa exakt vilka underleverantörer de kommer att använda har inte förelegat enligt förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten finner att det som TeliaSonera har anfört i nu aktuellt mål inte vederlägger den slutsats som förvaltningsrätten kom fram till i det tidigare målet. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att leverantören redan på anbudsstadiet ska redovisa vilka underleverantörer som kommer att användas. Eftersom frågan om yttäckning och i förlängningen då också frågan om extern kapacitet är av så avgörande betydelse för anbudstilldelningen står det klart att Jordbruksverket har en omfattande undersökningsplikt. En upphandlande myndighet måste när denna ställer krav på viss teknisk kapacitet kontrollera och bedöma om den presumtiva leverantören uppfyller kraven. Eftersom det är ett obligatoriskt krav ska Jordbruksverkets kontroll göras i kvalificeringsfasen, alltså innan anbudet utvärderas och prövas.

I mål 4960-12 kom förvaltningsrätten fram till att rättelse genom en ny anbudsutvärdering skulle ske där Jordbruksverket även skulle kontrollera och bedöma anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Jordbruksverket har således vid den nya utvärderingen att kontrollera om Telenor uppfyller den angivna tekniska kapaciteten det vill säga en yttäckning om 87 procent. Förvaltningsrätten har i domen i mål 4960-12 inte uttalat sig avseende detta. De handlingar som Jordbruksverket begärde in för att kunna genomföra en kontroll och en bedömning av den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten kan med stöd av det anförda inte anses vara en otillåten komplettering eftersom en utvärdering där någon kontroll inte genomförs skulle strida mot likabehandlingsprincipen i 1 kap 9 §LOU.

Jordbruksverket har vidtagit den undersökning som krävs för bedömning av teknisk kapacitet och har i samband med det begärt in handlingar som styrker leverantörernas kapacitet. De kompletterande handlingar som Telenor har kommit in med kan enligt förvaltningsrättens mening inte ses som en otillåten komplettering utan ska i stället bedömas i ljuset av Jordbruksverkets – i förevarande mål – omfattande kontroll. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att Jordbruksverkets anbudsutvärdering samt beslut om att anta Telenor som leverantör har gjorts i enlighet med

reglerna i LOU. Det TeliaSonera har anfört i ansökan i nu aktuellt mål medför inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

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

*Lena Schön-Barkestam*  
Lena Schön-Barkestam

1944  
1945  
1946  
1947  
1948  
1949  
1950  
1951  
1952  
1953  
1954  
1955  
1956  
1957  
1958  
1959  
1960  
1961  
1962  
1963  
1964  
1965  
1966  
1967  
1968  
1969  
1970  
1971  
1972  
1973  
1974  
1975  
1976  
1977  
1978  
1979  
1980  
1981  
1982  
1983  
1984  
1985  
1986  
1987  
1988  
1989  
1990  
1991  
1992  
1993  
1994  
1995  
1996  
1997  
1998  
1999  
2000  
2001  
2002  
2003  
2004  
2005  
2006  
2007  
2008  
2009  
2010  
2011  
2012  
2013  
2014  
2015  
2016  
2017  
2018  
2019  
2020  
2021  
2022  
2023  
2024  
2025