

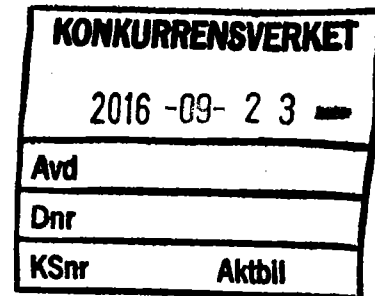


SÖKANDE

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

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

Advokat Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm



MOTPARTER

1. Landstinget i Värmland
Upphandling och avtal
651 82 Karlstad

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

SAKEN

Offentlig upphandling

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår TDC Sverige AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

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

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

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

Ja innebär att leverantören har tillgång till egenägd fysisk infrastruktur.

Nej, leverantören har inte egenägd fysisk infrastruktur.

Ja = 0 procent påslag

Nej = 100 procent påslag

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

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

PARTERNAS TALAN

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

Beskrivning av den svenska telekommarknaden

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

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

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

MVNO-kravet strider mot likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU

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

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

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

för att överhuvudtaget kunna komma in med ett anbud i upphandlingen - varit tvungen ha ett MVNO-avtal som sträcker sig över nästan åtta år (november 2015 - september 2023). Något sådant MVNO-avtal är inte praktiskt möjligt att sluta på den svenska telekommarknaden. Såvitt TDC känner till har inget MVNO-avtal på den svenska telekommarknaden någonsin löpt med en garanterad avtalstid som är i närheten av åtta år eller längre.

MVNO-kravet innebär således att MVNO-operatörer inte kan komma in med anbud i upphandlingen p.g.a. att de inte kan visa att de har tillgång till mobilnät under hela upphandlingens maximala avtalstid (jfr kravet i SI:s upphandling av kommunikation som tjänst 2013, där det inte ställdes upp något dylikt tidskrav).

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

MVNO-kravet strider mot proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU

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

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

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

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

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

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

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

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

Skada

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

Förtydligande i yttrande

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

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

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

Likabehandlingsprincipen

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

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

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

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

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

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

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

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

Förvaltningsrättens bedömning

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

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

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

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

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

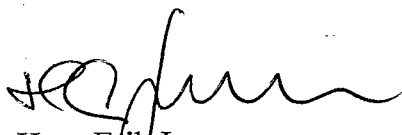
Sammantaget anser förvaltningsrätten att kravet i 2.2 är sakligt motiverat och möjligt för MVNO-operatörer att uppfylla, varför kravet inte innebär någon otillåten begränsning av tänkbara leverantörer då det finns ett flertal nätägare som kunnat konkurrera om uppdraget. Förvaltningsrätten finner därför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

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

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

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

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



Hans-Erik Jonasson
f.d. lagman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

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

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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

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

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

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