



SÖKANDE

Tele2 Sverige AB, 556267-5164

Ombud: Advokaten Daniel Wendelsson och Jur.kand. Astrid Wilson Roldao
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm

MOTPART

Polismyndigheten

Ombud: Advokaterna Johan Mellenius och Mikael Nelson
Time Advokatbyrå KB
Box 590
114 11 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att inhämta ett sakkunnigyttrande från Post- och telestyrelsen.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Polismyndigheten genomför en upphandling av operatörstjänster (A275.111/2018) genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsgrunden i upphandlingen är bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Polismyndigheten har i tilldelningsbeslut den 29 mars 2019 beslutat att anta annan anbudsgivare än Tele2 Sverige AB (Tele2).

Tele2 yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse sker genom att en ny utvärdering genomförs varvid vinnande anbudsgivares anbud avseende utvärderingskategorin ”prisavdrag yttäckning” inte beaktas. Tele2 yrkar vidare att förvaltningsrätten ska inhämta ett sakkunnigttrande från Post – och telestyrelsen (PTS) i vilket de inhämtade uppgifterna jämförs med dem som PTS sedan tidigare innehar. Tele2 hemställer även att förvaltningsrätten inom ramen för sin utrednings- skyldighet inhämtar vinnande anbudsgivares ingivna två versioner av ”Bilaga 2 Svarsbilaga täckning” från Polismyndigheten.

Till stöd för sin talan anför Tele2 bl.a. följande. Polismyndigheten har poängsatt vinnande anbudsgivares slutliga anbud i utvärderingskategorin ”Prisavdrag yttäckning” utifrån uppgifter om yttäckning som inte överensstämmer med utvärderingskriteriet i avsnitt 5.4 i ”anbudsfrågan” samt ”Bör 57” i ” Bilaga 1 Kravspecifikation” i upphandlingen. Polismyndigheten har genom detta handlat i strid med likabehandlings- principen i 4 kap. 1 § LOU. Om Polismyndigheten hade agerat i enlighet med likabehandlingsprincipen skulle Tele2:s anbud vara det ekonomiskt mest fördelaktiga och tilldelats kontraktet. Tele2 har därför lidit skada eller riskerat att lida skada. Eftersom Polismyndighetens överträdelse har skett i tiden efter att de slutliga anbuden kommit in har felet inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, varför en rättelse kan ske. En

rättelse kan dock inte bestå i att vinnande anbudsgivare skulle få lämna in en ny ”Bilaga 2 Svarsbilaga täckning” med korrekta siffror, eftersom en möjlighet att i efterhand läka bristen i anbudet skulle vara oförenligt med likabehandlingsprincipen.

I upphandlingen inkom ansökningar från tre olika anbudsgivare. Vinnande anbudsgivare är befintlig leverantör till Polismyndigheten enligt tidigare avtal rörande de aktuella tjänsterna. Ansökningarna från alla tre leverantörer bedömdes uppfylla samtliga krav och godkändes för fortsatt deltagande i upphandlingen. Förhandlingar genomfördes därefter med varje anbudsgivare vid ett tillfälle. Vid förhandlingarna uppgav Polismyndigheten att det är täckning för alla abonnemang utom nationell roaming som efterfrågas i utvärderingskriterium ”Bör 57”. Det har därför inte funnits någon tvekan om innebörden av kravet och vilka siffror som skulle redovisas i ”Bilaga 2 Svarsbilaga täckning”. Polismyndigheten gav respektive anbudsgivare tillfälle att lämna in slutligt anbud senast den 25 februari 2019. I och med detta har myndigheten således förbundit sig att inte medge några ytterligare förhandlingar och att inte beakta anbud som inkommer efter detta datum.

Tele2 redovisade i det slutliga anbudet en täckningsgrad som återspeglar den täckning som bolaget har och inte den som de kan erbjuda genom att även inkludera nationell roaming. Av detta skäl minskade också den täckningsgrad som Tele2 redovisade i sitt slutliga anbud i jämförelse med det tidigare ingivna anbudet. Tele2 fick ett fiktivt prisavdrag som uppgick till 8 492 180 SEK i jämförelse med vinnande anbudsgivare vars prisavdrag uppgick till 9 863 314 SEK. Tele2 håller det för uteslutet att den mycket höga täckningsgraden som vinnande anbudsgivare måste ha angett överensstämmer med anbudsgivarens verkliga täckningsgrad, när nationell roaming inte får ingå i de siffror som redovisas. Vinnande anbudsgivare kan därför inte ha angett korrekta siffror i ”Bilaga 2 Svarsbilaga täckning” i det slutliga anbudet. Eftersom Polismyndigheten utvärderat anbudet utifrån felaktiga

siffror, har myndigheten handlat i strid med likabehandlingsprincipen och LOU, oavsett vad Polismyndigheten kände till eller borde ha känt till när utvärderingen utfördes. Denna slutsats stöds även av att vinnande anbudsgivare i en upphandling som nyligen genomförts av en kommun angett en täckningsgrad för hela landet i kategorin mobil datatrafik som är väsentligt lägre än Tele2:s täckningsgrad. I båda upphandlingarna skulle operatörerna ange täckningsgrad utifrån PTS täckningsdefinitioner och täckningsgraderna är därför jämförbara mellan upphandlingarna. Skillnaden i täckningsgrad mellan upphandlingarna kan inte förklaras med att vinnande anbudsgivare i kommunens upphandling haft något högre täckning än Tele2:s avseende mobil talkommunikation eller att det i Polismyndighetens upphandling även skulle anges vilken täckningsgrad som operatören förväntas ha om två år.

Det faktum att i) Polismyndigheten själva inför förhandlingarna varit medveten om att anbudsgivarna angett höga täckningssiffror som tydligt indikerade att de uppfattat att nationell roaming skulle ingå, att ii) Polismyndigheten förtydligat att nationell roaming skulle exkluderas, att iii) Tele2 till Polismyndigheten påpekat vikten av att kontrollera anbudsgivarnas siffror i de slutliga anbuden samt att iv) Tele2 sänkte sina täckningssiffror i sitt slutliga anbud, borde ha fått Polismyndigheten att kontrollera övriga anbudsgivares mycket höga täckningssiffror. En sådan underlåtenhet utgör i sig en brist i myndighetens kontroll- och utredningsskyldighet enligt LOU.

Polismyndigheten är den enda aktör som har tillgång till de konkreta uppgifter som vinnande anbudsgivare har angett i bilagan. Polismyndigheten har inte ens påstått att vinnande anbudsgivares uppgifter är korrekta, utan bl.a. angett att myndigheten inte har någon anledning att anta att uppgifterna inte skulle vara korrekta. Polismyndigheten utgår inte från vad som objektivt föreligger utan utgår från vad de tidigare känt till inför

anbudsutvärderingen. När en upphandlande myndighet har handlat i strid med likabehandlingsprincipen saknar det betydelse om myndigheten insåg eller borde ha insett detta vid tidpunkten för överträdelsen. Är uppgifterna felaktiga ska beslut om rättelse meddelas. Att anbudsgivare har undertecknat sitt anbud saknar följaktligen också betydelse för prövningen. Förvaltningsrätten ska således bifalla ansökan i första hand redan på den grunden att Polismyndigheten inte har gjort gällande att vinnande anbudsgivares uppgifter är korrekta och i andra hand på grund av att Polismyndigheten inte har styrkt att uppgifterna är korrekta.

Tele2 har begärt att få ta del av vinnande anbudsgivares "Bilaga 2 Svarsbilaga täckning" från Polismyndigheten som har vägrat att lämna ut dessa. Bolaget har likaså ombett Polismyndigheten att kontrollera om vinnande anbudsgivares redovisade yttäckning överensstämmer med de siffror som lämnats till PTS. Tele2 har även tillskrivit PTS och begärt att PTS ska tillhandahålla information rörande vinnande anbudsgivares geografiska yttäckning. PTS har avslagit begäran.

Genom en jämförelse mellan siffrorna i "Bilaga 2 Svarsbilaga täckning" och de siffror vinnande anbudsgivare har lämnat till PTS bör det gå att konstatera att siffrorna i bilagan är felaktiga. PTS är den myndighet som har tillgång till och sakkunskap om relevanta uppgifter om svenska mobiloperatörers geografiska täckning. Förvaltningsrätten bör därför inhämta ett sakkunnigttrande från PTS där myndigheten redogör för de uppgifter som gäller yttäckning (kolumn B, J och R) i "Bilaga 2 Svarsbilaga täckning" avseende bl.a. vinnande anbudsgivare eller på annat lämpligt sätt redogör för den geografiska täckningen så att en granskning kan göras av om de uppgifter om geografisk täckning som lämnats är korrekta.

Det är vidare Polismyndigheten som förfogar över relevant bevisning avseende såväl de handlingar som vinnande anbudsgivare ingett till

myndigheten i upphandlingen samt den information och kunskap som PTS har att tillhandahålla på begäran av Polismyndigheten inom ramen för båda dessa myndigheters samverkansskyldighet enligt 8 § förvaltningslagen (2017:900). Enligt bevissäkringsprincipen är det Polismyndigheten som därmed har bevisbördan för ett eventuellt påstående om att den angivna yttäckningen är korrekt och inte innefattar den bättre och mer omfattande täckning som följer av att nationell roaming inbegrips. Polismyndighetens påstående om sekretess samt bevisbördans placering är därmed felaktig.

Tele2 har inte begärt ut handlingarna för att i allmänhet kunna granska anbudet. Bolaget har på ett konkret och tydligt avgränsat sätt gjort gällande att vinnande anbudsgivare innehåller felaktiga uppgifter om geografisk yttäckning. Tele2 har därmed gjort vad som enligt praxis rimligen kan anses ankomma på en sökande leverantör för att förvaltningsrättens utredningsskyldighet att inhämta vinnande anbudsgivares till Polismyndigheten ingivna två olika versioner av ”Bilaga 2 Svarsbilaga täckning” ska inträda. Inhämtande av handlingar från Polismyndigheten och sakkunnigyttrande från PTS är både lämpliga och nödvändiga utredningsåtgärder för att utsätta upphandlingen för en effektiv granskning.

Polismyndigheten bestrider bifall till Tele2:s yrkanden och anser att ansökan ska avslås. Polismyndigheten anför bl.a. följande.

Polismyndigheten har inte handlat i strid med LOU. Utgångspunkten i anbudsutvärderingen har varit de priser som angivits av anbudsgivarna. Från priset har avdrag gjorts baserat på respektive anbuds kvalitet. Utvärderingen av kvaliteten har baserats på bl.a. uppfyllande av de bör-krav avseende geografisk yttäckning som ställts i anbudsfrågans bilaga 2. I bör-krav 57 i bilaga 1 hänvisas till bilaga 2 och att anbudsgivarna ska redovisa geografisk yttäckning i enlighet med en separat utvärderingsmodell som anges i punkt 5.4 i anbudsfrågan. Som framgår av punkt 5.4 har den nuvarande

geografiska yttäckningen bedömts baserat på tre aspekter, nämligen (i) mobil talkommunikation, (ii) mobil datakommunikation för 1 Mbit/s, och (iii) mobil datakommunikation för 10 Mbit/s. Anbudsgivare har fått ange täckningsvärden per län där vissa län inom ramen för utvärderingen av den mobila datakommunikationen har viktats 50 procent tyngre än andra. Detta har t.ex. medfört att samma täckningsvärde har genererat ett större prisavdrag om det angetts för Västernorrlands län än för Stockholms län. Därefter har ett medelvärde beräknats för respektive anbudsgivares täckning avseende punkterna sett till hela landet. Utöver att ange täckningsvärden i dagsläget har respektive anbudsgivare även fått ange den täckningsgrad som anbudsgivarna kan utlova två år efter anbudsdagen. Denna täckningsgrad har angetts på motsvarande sätt. Medelvärdena för nuvarande geografisk yttäckning respektive motsvarande täckning två år efter anbudsdagen har därefter slagits samman till ett värde för respektive av punkterna. I denna sammanslagning har den nuvarande geografiska yttäckningen viktats till 90 procent medan motsvarande täckning två år efter anbudsdagen har viktats till 10 procent. Baserat på en angiven modell har därefter slutlig procentuell kravuppfyllnad beräknats för respektive punkter. Den slutliga procentuella kravuppfyllnaden har därefter multiplicerats med två miljoner kronor för punkt (i), med tre miljoner kronor för punkt (ii) och med fem miljoner kronor för punkt (iii). Det sammanlagda beloppet har utgjort det avdrag för yttäckning som anbudsgivaren har fått.

Polismyndigheten har inom ramen för förhandlingarna i upphandlingen förtydligat att den geografiska yttäckning som skulle redovisas inom ramen för bör-krav 57 var täckningen för alla abonnemang förutom nationell roaming. Nationell roaming innebär att användaren har möjlighet att använda samtliga tillgängliga nät för att säkerställa bästa möjliga täckning för att bl.a. ringa samtal. Om nationell roaming skulle ingå i rapporteringen av täckningsvärden skulle anbudsgivarna därmed kunna dra nytta av varandra och alla anbudsgivare skulle få samma täckningsgrad.

Utvärderingen av geografisk yttäckning skulle då inte fylla någon funktion. Polismyndigheten instämmer i Tele2:s påpekande om att det efter detta inte funnits någon tvekan om innebörden av kravet och vilka siffror som skulle redovisas. Tele2 förefaller dock misstro uppgifterna i vinnande anbudsgivares anbud, vilket Polismyndigheten inte har haft någon anledning att göra.

Tele2 har inte kunnat precisera det påstådda felet närmare och bolagets ansökan baseras på att vinnande anbudsgivare måste ha angett en mycket hög täckningsgrad som inte överensstämmer med verkligheten. Detta är rent spekulativt och grundas inte på några konkreta fakta i upphandlingen. Polismyndigheten har inte heller tillämpat någon subjektiv bedömning på det sätt som Tele2 gör gällande. Något konkret fel som Polismyndigheten skulle ha begått i upphandlingen förefaller heller inte ha identifierats. Det stämmer dock att vinnande anbudsgivare har angivit en täckningsgrad som är bättre än Tele2:s, vilket är vad som har gjort att bolaget har fått ett större prisavdrag än Tele2 inom ramen för geografisk yttäckning. Det finns dock inte någon anledning att anta att täckningen inte skulle överensstämma med vinnande anbudsgivares verkliga täckningsgrad. I sammanhanget bör åter upplysas om att vissa län prioriterades i utvärderingsmodellen vilket medför att en skillnad mellan två anbudsgivare avseende ett sådant län får särskilt stor effekt i det slutliga prisavdraget. En marginellt bättre täckning i ett eller flera län inom både mobil datakommunikation för 1 Mbit/s och för 10 Mbit/s kan således i enlighet med Polismyndighetens avsikt ge en påtaglig effekt på det slutliga prisavdraget. Det avdrag som vinnande anbudsgivare har fått för sin geografiska yttäckning har varit cirka 8.5 procent högre än annan anbudsgivare i upphandlingen och cirka 16 procent högre än det avdrag som Tele2 erhållit. Eftersom vissa län viktats tyngre än andra innebär detta i realiteten att yttäckningen kan ha varit mindre än så. Vad avser den upphandling som en kommun genomfört konstateras att det är vanskligt att jämföra upphandlingar som olika upphandlande enheter

genomfört då det alltid finns avvikande omständigheter. Upphandlingarna avviker rörande *när* och *var* den redovisade yttäckningen skulle erbjudas, vilken *typ* av yttäckning som skulle redovisas och *hur* yttäckningen skulle redovisas. Exempelvis har Polismyndigheten som tidigare nämnts efterfrågat yttäckning på anbudsdagen och täckningsgrad som anbudsgivarna kan utlova två år efter anbudsdag. Vidare har Polismyndigheten efterfrågat täckning per län och sammanräknat länen medan det i den andra upphandlingen efterfrågats täckning i riket som helhet. Skillnader i storlek mellan länen får olika påverkan i upphandlingarna då en tredjedel av samtliga län viktats 50 procent tyngre än övriga län i upphandlingen.

Samtliga redovisade täckningsvärden motsvarar eller understiger vidare de aggregerade nivåer för Sveriges fyra största teleoperatörer som framgår av PTS dokument "PTS mobiltäcknings- och bredbandskartläggning 2017". Förhållandet mellan vinnande anbudsgivare och Tele2 avseende redovisade täckningsvärden avviker inte heller på något uppseendeväckande sätt från vad som redovisades i den senast upphandling som Polismyndigheten genomförde avseende operatörstjänster, vilket är ytterligare ett tecken på att uppgifterna är sanningsenliga. Av operatörernas täckningskartor att döma (vilka operatörerna är skyldiga att tillhandahålla i enlighet med PTS ingivna förutsättningar) förefaller vinnande anbudsgivare generellt tillhandahålla högre täckningsnivåer än Tele2. Genom att underteckna anbudet har anbudsgivarna vidare, enligt punkt 2.8 i anbudsfrågan, intygat att alla uppgifter som lämnats i anbudet är sanningsenliga. Samtliga anbudsgivare har också undertecknat förhandlingsprotokollen av vilka framgår hur den geografiska yttäckningen ska redovisas. En vinnande anbudsgivare som medvetet anger felaktiga uppgifter skulle inte endast bryta mot sanningsförsäkran utan även begå brott mot det avtal som tecknats med anbudsgivaren. Mot denna bakgrund förefaller det osannolikt att vinnande anbudsgivare medvetet skulle ha lämnat felaktig information.

Tele2 har begärt ut delar av vinnande anbudsgivares anbud för att kunna kontrollera om felaktig information har lämnats i upphandlingen. Informationen omfattas dock av sekretess och även Tele2 har begärt motsvarande sekretess för sina handlingar. Tele2 gör vidare gällande att Polismyndigheten enligt gällande rätt har bevisbördan i målet. Huvudregeln för bevisbördans placering i upphandlingsmål är att det är den anbudsgivare som har ansökt om överprövning som har bevisbördan för att upphandlingen har skett i strid med LOU. Bevissäkringsprincipen utgör ett undantag från huvudregeln och utgår från att den part som typiskt sätt har bäst möjligheter och förutsättningar att säkra och lägga fram bevisning också har bevisbördan för det. Tele2:s uttalande om att Polismyndigheten har lättast att säkra bevisning stämmer inte eftersom Polismyndigheten på grund av sekretess är förhindrad att offentliggöra vinnande anbudsgivares angivna yttäckning. För att bevisbördan dessutom ska läggas på den upphandlande myndigheten istället för på den anbudsgivare som har ansökt om överprövning krävs enligt huvudregeln att anbudsgivaren ska ha uppfyllt en slags initial bevisbörda. Det saknas dock rättsligt stöd för att bevissäkringsprincipen kan aktualiseras när en anbudsgivare enbart gör ett påstående om att en upphandling har skett i strid med LOU. Det föreligger inte heller skäl att frångå officialprincipen genom att i målet bl.a. inhämta efterfrågad information från Polismyndigheten samt sakkunnigyttrande från PTS. Förutsättningarna som krävs enligt praxis för att domstolens utredningsansvar ska aktualiseras har inte uppfyllts i detta mål. I annat fall skulle det stå fritt för missnöjda anbudsgivare att ansöka om överprövning enbart för att kunna granska det vinnande anbudet utan att behöva påvisa att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Polismyndigheten har i upphandlingen använt en tydlig och likabehandlande utvärderingsmodell som är förenlig med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Samtliga ovan redovisade omständigheter tyder på att

vinnande anbudsgivare kan erbjuda bättre täckning än Tele2. Polismyndigheten har således inte handlat i strid med likabehandlingsprincipen och Tele2:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Inhämtande av handlingar från Polismyndigheten och sakkunnigyttrande från PTS

Tele2 har hemställt att förvaltningsrätten inom ramen för sin utredningskyldighet ska inhämta vinnande anbudsgivares ingivna två versioner av ”Bilaga 2 Svarsbilaga täckning” från Polismyndigheten. Tele2 har även yrkat att domstolen ska inhämta ett sakkunnigutlåtande från PTS.

Enligt 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, ska rätten se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver.

I 24 § första stycket FPL anges att rätten får inhämta yttrande över fråga, som kräver särskild sakkunskap, från myndighet, tjänsteman eller den, som eljest har att gå till handa med yttrande i ämnet, eller anlita annan sakkunnig i frågan.

Officialprincipen, dvs. rättens skyldighet enligt 8 § FPL att se till att ett mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver, ska tillämpas med försiktighet i mål om offentlig upphandling eftersom de rör ekonomiska förhållanden mellan enskilda parter. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig klart anger på vilka omständigheter denne grundar sin talan (RÅ 2009 ref. 69).

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att om en part utan framgång har begärt hos den upphandlande myndigheten att få ta del av uppgifter som han

önskar åberopa till stöd för sin talan ankommer det på domstolen att pröva om uppgifterna krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så befinns vara fallet, är rätten skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten (HFD 2015 ref. 55).

HFD har vidare uttalat att syftet med att inhämta ett sakkunnigytrande med stöd av 24 § FPL är att tillföra rätten kunskap avseende särskilda förhållanden; den sakkunnige ska uttala sig om erfarenhetssatser och avge omdömen som förutsätter särskild erfarenhet eller utbildning. Det är vidare rätten som avgör om den behöver biträde av en sakkunnig och om ett yttrande därför ska hämtas in. Hur långt utredningsansvaret sträcker sig får således avgöras från fall till fall med utgångspunkten att domstolens granskning ska vara effektiv och säkerställa rätten till en rättvis rättegång (HFD 2018 ref. 28).

Tele2 har anfört att en jämförelse mellan siffrorna i de begärda handlingarna och de siffror vinnande anbudsgivare har lämnat till PTS eller ett sakkunnigytrande från PTS bör kunna visa att siffrorna i bilagan är felaktiga.

Frågan är därmed om förvaltningsrätten, inom ramen för sin utrednings- skyldighet och med utgångspunkt i vad Tele2 har anfört, behöver informationen för att göra en effektiv granskning av upphandlingen. Vad gäller frågan om inhämtande av handlingar från Polismyndigheten konstaterar förvaltningsrätten att Tele2 utan framgång har försökt ta del av de aktuella handlingarna hos Polismyndigheten. De handlingar som Tele2 avser att åberopa gäller uppgifter om anbudsgivarens geografiska yttäckning för talkommunikation, datakommunikation 1 Mbit/s och data- kommunikation 10 Mbit/s. Förvaltningsrätten konstaterar att det är anbudsgivarna själva som har haft till uppgift att lämna information om

yttäckning, exkluderat nationell roaming i upphandlingen och att dessa sedan har värderats enligt en särskild utvärderingsmodell enligt punkt 5.4 i anbudsförfrågan. Den information som Polismyndigheten har tillgång till vad gäller anbudsgivarnas yttäckning är därmed sådan information som anbudsgivarna själva har angett. Sådan information saknar självständig betydelse som bevis för Tele2:s resonemang om att vinnande anbudsgivare angett felaktiga uppgifter, om uppgifterna inte kan jämföras med registrerade uppgifter hos relevant myndighet. Tele2 har vidare yrkat att förvaltningsrätten ska inhämta ett sakkunnigt yttrande från PTS. Det har anförts att PTS i yttrandet bör redogöra för de uppgifter som gäller täckning i ”Bilaga 2 Svartsbilaga täckning” avseende bl.a. vinnande anbudsgivare eller på annat lämpligt sätt redogöra för den geografiska täckningen så att en granskning kan göras av om de uppgifter om geografisk täckning som lämnats är korrekta. Ett yttrande med sådan information torde enligt rättens mening gå utöver vad som avses med ett sakkunnigt yttrande i 24 § FPL. Detta eftersom det inte endast utgör särskild sakkunskap om ett visst förhållande. Yttrandet skulle vidare ha till uppgift att värdera en uppgift med beaktande av sådana uppgifter som inte upphandlande myndighet har haft tillgång till under upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar att det av anbudsförfrågan inte framgår att Polismyndigheten har haft för avsikt att kontrollera anbudsgivarnas lämnade uppgifter om yttäckning hos PTS. Det har därmed inte ställts något krav på att anbudsgivarna ska genomgå någon form av kontroll gällande den redovisade yttäckningen för att gå vidare till utvärderingen. Att i ett sådant läge inhämta information från PTS skulle inte vara i enlighet med Polismyndighetens upphandlingsdokument. Förvaltningsrätten anser att ett sådant agerande inte heller faller inom ramen för domstolens utredningsskyldighet. Mot bakgrund av vad syftet med hemställan och yrkandet uppgetts vara och med hänsyn till att officialprincipen ska beaktas med försiktighet i mål av aktuellt slag gör förvaltningsrätten bedömningen att uppgifterna inte krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Förvaltningsrätten

finner därmed inte skäl att inhämta handlingar från Polismyndigheten inom ramen för domstolens utredningsskyldighet. Förvaltningsrätten finner inte heller skäl att inhämta sakkunnigttrande och avslår därför Tele2:s yrkande om att inhämta ett sådant yttrande från PTS.

Har Polismyndigheten handlat i strid med likabehandlingsprincipen?

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 gjorts.

Tele2 har grundat sin ansökan om överprövning på att vinnande anbudsgivares prisavdrag för yttäckning är så pass stor att bolaget måste ha lämnat uppgifter om yttäckning som inte överensstämmer med kriterierna i upphandlingen. Tele2 har till stöd för detta bl.a. hänvisat till en annan upphandling som nyligen genomförts av en kommun, där vinnande anbudsgivare angett en täckningsgrad för hela landet i kategorin mobil datatrafik som var väsentligt lägre än Tele2:s täckningsgrad. Tele2 anser vidare att Polismyndighetens underlåtenhet att kontrollera övriga anbuds täckningssiffror utgör en brist i myndighetens kontroll- och utredningsskyldighet enligt LOU och att myndigheten agerat i strid med likabehandlingsprincipen när myndigheten utvärderat vinnande anbudsgivares anbud.

I punkt 3.5.1 ”Krav på täckning” i bilaga 1 Kravspecifikation i upphandlingen anges bl.a. ”BÖR 57 Specifikt krav på geografisk yttäckning”. Där framgår bl.a. att leverantören bör erbjuda så god geografisk yttäckning som möjligt och att leverantören ska redovisa vilken geografisk yttäckning som erbjuds enligt Bilaga 2 Svarsbilaga Täckning för talkommunikation, datakommunikation 1 Mbit/s och datakommunikation 10 Mbit/s. Vidare framgår att detta bör-krav har en egen utvärderingsmodell i avsnitt 5.4 i anbudsförfrågan.

Av avsnitt 5.4 i anbudsförfrågan framgår vidare bl.a. följande; ”Täckningsgraden beräknas på angiven täckningsgrad i respektive län som efter viktning summeras och divideras med antalet län. Täckningsgraden anges på anbudsdagen respektive den täckningsgrad som anbudsgivaren kan utlova två (2) år efter anbudsdagen. De angivna täckningsgraderna på anbudsdagen respektive om två år viktas 90%/10% enligt vad som framgår av Bilaga 2 Svarsbilaga täckning. Kravuppfyllnaden för mobil talkommunikation ger ett prisavdrag på procentuell kravuppfyllnad multiplicerad med 2 miljoner kronor. Kravuppfyllnaden för mobil datakommunikation 1 Mbit/s ger ett prisavdrag på procentuell kravuppfyllnad multiplicerad med 3 miljoner kronor. Kravuppfyllnaden för mobil datakommunikation 10 Mbit/s ger ett prisavdrag på procentuell kravuppfyllnad multiplicerad med 5 miljoner kronor. Prisavdragen för mobil talkommunikation, mobil datakommunikation 1 Mbit/s och mobil datakommunikation 10 Mbit/s summeras och ger totalt prisavdrag för kvalitetsområdet ”uppfyllande av bör-krav avseende täckning”.

Av protokollen från förhandlingarna mellan Polismyndigheten och anbudsgivarna framgår att myndigheten har förklarat att det är täckning för alla abonnemang utom abonnemang för nationell roaming som efterfrågas i utvärderingskriterium BÖR 57. Alla anbudsgivare har vidare bekräftat att utvärderingskriteriet inte skulle fylla någon funktion om även nationell

roaming redovisas. Samtliga anbudsgivare informerades även om att den redovisade täckningen kan justeras i det slutliga anbudet.

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att det av anbudsförfrågan inte har framgått att Polismyndigheten haft för avsikt att kontrollera lämnade uppgifter om yttäckning. Polismyndigheten har därför enligt förvaltningsrättens mening inte haft någon skyldighet att kontrollera anbudsgivarnas uppgifter avseende yttäckning såvida myndigheten inte har haft anledning att anta att uppgifterna skulle vara felaktiga (jmf Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4904-09). Polismyndigheten har anfört att myndigheten inte har haft skäl att misstänka att vinnande anbudsgivares uppgifter om yttäckning skulle vara felaktiga bl.a. mot bakgrund av att Polismyndigheten vid förhandlingarna klargjort och också fått bekräftat av anbudsgivarna att nationell roaming inte ska ingå i beräkningen, att anbudsgivarna har fått möjlighet att justera den redovisade täckningen i ett slutligt anbud och att anbudsgivarna har lämnat en sanningsförsäkran avseende anbudet. Polismyndigheten har vidare anfört att myndigheten har haft tillgång till PTS rapport från 2017 och att uppgifterna vid en jämförelse med denna rapport inte skiljer sig på ett avvikande sätt. Det har även anförts att förhållandet mellan vinnande anbudsgivares och Tele2:s redovisade täckningsvärden inte avviker på något uppseendeväckande sätt från vad som redovisades i den senaste upphandlingen som Polismyndigheten genomförde. I denna upphandling har vidare det fiktiva avdraget påverkats av hur stor yttäckning som angetts och även av vilka län anbudsgivarna angett yttäckning avseende. Detta då yttäckningen viktas större i vissa län. Även den täckningsgrad som anbudsgivarna kan utlova efter två år har haft betydelse vid prisavdraget. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att Polismyndigheten inte har haft någon skyldighet att kontrollera om vinnande anbudsgivares uppgifter avseende yttäckning är korrekta.

Tele2 har i målet hänvisat till uppgifter om yttäckning som lämnats i samband med en upphandling som en kommun gjort. Enligt förvaltningsrättens mening är det svårt att göra en jämförelse med den andra upphandlingen då kraven i upphandlingarna avviker bl.a. avseende hur yttäckningen ska redovisas. Förvaltningsrätten anser att en jämförelse mellan Tele2:s och vinnande anbudsgivares redovisade täckningsvärden i de båda upphandlingarna inte visar att vinnande anbudsgivare i nu aktuell upphandling lämnat felaktiga uppgifter på det sätt som Tele2 gör gällande. Förvaltningsrätten konstaterar att Tele2, förutom åberopandet av lämnade uppgifter i en annan upphandling, inte visat på vilket sätt Polismyndigheten har handlat i strid med likabehandlingsprincipen. Det har endast angetts att vinnande anbudsgivare måste ha lämnat felaktiga uppgifter om yttäckning för att kunna erhålla ett sådant stort prisavdrag. Detta är inte tillräckligt för att bifalla Tele2:s ansökan. Förvaltningsrätten anser därmed att det, med hänsyn till vad Tele2 har anfört, inte finns skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Marcus Edelgård

Rådman

Föredragande juristen Narin Demirel har föredragit målet.



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 nyårs-afton, 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 rättstillämpningen.
- 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.

