



SÖKANDE

TeliaSonera Sverige AB, 556430-0142

Ombud: Advokat Anton Johansson och Advokat Olof Larsberger
Kastell Advokatbyrå AB

MOTPART

Orust kommun

Ombud: Advokat Sara Fogelberg
Front Advokater AB

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Orust kommuns upphandling av
telefonitjänster, dnr 60-2018, ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
20190823	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Orust kommun (kommunen) genomför en upphandling av telefonitjänster, dnr 60-2018, i samverkan med andra deltagande kommuner och bolag. Av tilldelningsbeslut den 12 mars 2019 framgår att Tele2 Sverige AB har vunnit upphandlingen.

Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som TeliaSonera Sverige AB (Telia) anför.

VAD TELIA YRKAR OCH ANFÖR

Telia yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande. Upphandlingen avser ramavtal och ramavtalens löptid om totalt sju år står i strid med LOU eftersom det saknas särskilda skäl för en löptid överstigande fyra år. Upphandlingen annonserades som en ramavtalsupphandling och upphandlingsdokumentationen innehåller skrivningar med innebörd att volymgarantier inte ges och att angivna volymer är estimat. Under anbudstiden ändrades förutsättningarna då upphandlingen gick från att avse ett ramavtal till elva stycken avtal. Utifrån den nya informationen hade Telia anledning att utgå från att volymerna i upphandlingen, i vart fall till övervägande del, skulle vara fasta. I samband med utvärderingen av anbuderna, uppgavs dock ånyo att angivna volymer endast var estimat, varför det återigen ansågs vara en upphandling av ramavtal. Frågan om vilken avtalsform som upphandlas är helt grundläggande för hur en anbudsgivare utformar sitt anbud. De olika beskederna avseende vilken typ av avtal som upphandlades innebär att upphandlingen har brustit i transparens hänseende, vilket har påverkat Telias förutsättningar att delta.

En avgörande skiljelinje mellan ett ramavtal och ett avtal är om volymerna är oreglerade eller inte. Upphandlingen avser icke-garanterade volymer och det finns möjlighet att göra avrop, varför den avser ett ramavtal. De omständigheter att det är känt vilka produkter och tjänster som ska levereras samt vem som ska leverera är inte av avgörande betydelse för vilken karaktär ett avtal ska anses ha. Det föreligger inte någon ömsesidig bundenhet avseende volymer och det stämmer inte att det är en fast volym om 70,76 procent. Volymerna för efterfrågade tjänster kommer att styras av de upphandlande myndigheternas löpande behov under avtalstiden. Den huvudsakliga delen av upphandlingen utgörs av löpande leveranser och tjänster under avtalets löptid och för de tjänsteleveranserna garanteras inte någon volym. Leverantören är endast garanterad införandeprocessen, vilken värdemässigt är underordnad de löpande tjänsteleveranserna under avtalstiden. Eftersom samtliga volymer i upphandlingen är rörliga är det inte fråga om ett blandat kontrakt.

En längre löptid än fyra år för ett ramavtal kan enbart komma i fråga i undantagsfall och lång avtalstid innebär särskilt höga krav. Upphandlingen avser varor och tjänster av standardkaraktär i den aktuella branschen, som i sig inte kräver omfattande investeringar. De omständigheter att tjänsterna är av strategisk betydelse eller att telefoni är en samhällsnyttig tjänst utgör inte särskilda skäl. Kommunen har inte utvecklat varför den valda avtalstiden om sju år skulle vara aktuell och påståenden om att en avtalstid på fyra år skulle vara för kort är inte förenliga med förutsättningarna i upphandlingen. Det föreligger inte särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år och den valda avtalstiden riskerar att begränsa konkurrensen. Den skada som Telia lidit, eller riskerar att lida, av den för långa ramavtalstiden baseras på att Telia inte ges möjlighet att konkurrera om kontrakt under den tid som överstiger lagstadgade fyra år. Kommunen har inte bemött frågan om Telias skada, och givet att upphandlingen anses stå i strid med LOU förefaller det vara ostridigt att Telia har lidit, eller kan komma att lida, skada.

KOMMUNENS INSTÄLLNING OCH VAD DEN ANFÖR

Kommun anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Upphandlingen avser elva avtal avseende telefonitjänster. Oaktat att vissa volymer inte kan garanteras på förhand så är huvuddelen av avtalet ett typiskt leveransavtal med på förhand angivna villkor, leveransskyldighet och ömsesidig bundenhet. I upphandlingsdokumenten redovisas på flera ställen att angivna volymer är estimat. Grunden för ändringen från ramavtal till avtal är att det i upphandlingen är känt vilka produkter och tjänster som ska levereras samt att villkoren är fastslagna vid upphandlingstillfället.

Definitionen av begreppet ramavtal innehåller inte något krav på ömsesidig bundenhet. För aktuell upphandling föreligger en ömsesidig bundenhet, och det är därför inte ett ramavtal. Det föreligger en leveransskyldighet för kontrakterad leverantör vad avser införande och övertagande av tjänster, vad som ska omfattas av tjänsterna som upphandlas samt vilka villkor för leverans och utförande som gäller. Den exakta volymen för angivna moment i upphandlingen, ex. utbildning, konsulttjänster, antal anknytningar och trafik är inte på förhand fastslaget. Eftersom t.ex. antalet anställda och uppkopplade enheter varierar hade det inte varit möjligt att förutse behoven och ange fasta volymer. Upphandlingsföremålets huvudsakliga del är telefonlösning och omfattningen av den grundläggande telefonlösningen är inte oklar. I behovsbeskrivningarna framgår nuvarande användning och volymer samt vad som ska levereras till respektive kommun vid avtalsstart. De estimat som lämnas vad gäller volymer är både till sin omfattning och sitt värde underordnade den huvudsakliga leveransen av skötsel och ansvar för telefonin som tjänst. Det finns inte något hinder mot att avtal som inte är ramavtal innehåller en viss möjlighet till justering av volymer. För det fall domstolen anser att avtalet innehåller moment av ramavtalskaraktär, borde det ses som ett blandat kontrakt där i vart fall 70,76 procent av

kontraktssumman, för det fall Telia hade tilldelats kontrakt, hade utgjorts av en typisk avtalsleverans med fast volym. Utifrån överviktsprincipen är det då fråga om ett avtal.

Om domstolen anser att det är fråga om ett ramavtal, finns det särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år. Telefonin i kommunerna innebär en direkt samhällsnyttig tjänst av enorm strategisk betydelse och en längre avtalstid än fyra år är nödvändig för att minska risken för problem. Täta byten innebär orimliga merkostnader för kommunerna, varför det typiskt sett används långa avtalstider vid telefoniupphandlingar. Med en avtalstid om sju år ges kommunerna och leverantören skälig tid att skriva av investeringskostnader, att utveckla digitalisering och tjänster samt att arbeta för kommunmedborgarnas gagn. Utbytet av abonnemang och växelsystem innebär stora kostnader för kommunerna. Varje införande tar ca sex månader och en ny upphandling tar ca två år att genomföra. Stora investeringskostnader föranleder behov av en längre avskrivningstid än fyra år för att möjliggöra effektiv konkurrens. Kommunen har nog övervägt lämplig avtalstid. Ändringen av definitionen av avtalet har inte föranlett brister i transparens hänseende och upphandlingen är förenlig med LOU. Det har inte förelegat behov av förlängd anbudstid på grund av ändringen. Telia har inte lidit skada till följd av justeringarna.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod (1 kap. 20 § LOU).

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl (7 kap. 2 § LOU).

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 har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU).

En förutsättning för att ett offentligt kontrakt ska föreligga är att parterna är ömsesidigt förpliktade; den upphandlande enheten åtar sig att anskaffa en viss prestation mot en viss ersättning från sin medkontrahent och medkontrahenten (leverantören) åtar sig att tillhandahålla prestationen. Om kontraktet har ingåtts med flera leverantörer ska myndigheten vara förpliktad i förhållande till var och en av dem. Definitionen av begreppet ramavtal innehåller däremot inte något krav på ömsesidig bundenhet. I enlighet med det nu anförda synes ramavtal kunna vara av tre slag. Ett slag är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare anskaffningar på grundval av ramavtalet och som är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet och som alltså kan betraktas som upphandlingskontrakt (bindande ramavtal). Ett annat är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt men som inte är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet (ej bindande ramavtal). Ett ytterligare slag är ramavtal som inte innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt (jfr prop. 2006/07:128 s. 160).

Det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa ska vara hänförliga till föremålet för upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 334).

Frågan om parternas ömsesidiga förpliktelser regleras i det enskilda ramavtalet. Sådana villkor kan t.ex. avse en skyldighet att använda ramavtalet vid framtida behov. De kan också tänkas gå längre och garantera en viss avropsmängd. Villkor av nämnda slag kan givetvis innebära skyldigheter på avtalsrättslig grund. Det är dock svårt att närmare ange var gränsen i dessa fall går mellan vad som är att beteckna som ramavtal respektive kontrakt i direktivets mening. Det får ytterst bero på omständigheterna i det enskilda fallet hur ett dokument som betecknats som ramavtal ska kategoriseras upphandlingsrättsligt (prop. 2015/16:195 s. 515). Paragrafen genomför artikel 33.1 tredje stycket i LOU-direktivet och motsvarar 5 kap. 3 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 13.2.

I skäl 62 andra stycket i direktivet anges som exempel på fall som motiverar avsteg från huvudregeln om fyra år att leverantörer måste förfoga över utrustning som har längre avskrivningstid än fyra år och som måste vara tillgänglig när som helst under ramavtalets hela löptid. I en sådan specifik situation kan det således finnas skäl att föreskriva en längre löptid för ramavtalet i syfte att tillförsäkra en effektiv konkurrens när ramavtalet ingås (prop. 2015/16:195 s. 1008-1009).

Utredning i målet

Av *upphandlingsdokumentet* punkt 1.2 *Syfte* följer att syftet med upphandlingen är att upphandla ramavtal med en (1) leverantör inom området Telefonitjänster. Målet är att samverkande kommuner ska kunna avropa olika tjänster och funktioner inom området.

I *upphandlingsdokumentet* punkt 1.4 *omfattning* anges följande. Beställaren garanterar inga volymer. Dessa beror på ambitioner, behov och ekonomiska medel. Antagen Leverantör ska åta sig uppdrag utifrån Kommunernas verkliga behov.

Av *upphandlingsdokumentet* punkt 1.5. *Avtalstid* framkommer följande. Ramavtalet gäller i fyra (4) år från och med godkänd leveransdag. Avtalet kan förlängas med ytterligare ett (1) + ett (1) år + ett (1) år. Förlängningen sker automatiskt om inte köparen säger upp avtalet senast 3 månader före avtalsperiodens slut. Vid maximal avtalsperiod upphör avtalet att gälla utan uppsägning.

Av fråga 10 i *Frågor och svar* framgår följande fråga från Telia och svar från kommunen.

Fråga: I upphandlingsdokumentet anges (i avsnitt 1.1 Allmänt) 11 kommuner och organisationer som omfattas av upphandlingen. Vidare anges i avsnitt 1.2 Syfte, att syftet med upphandlingen är att träffa ett ramavtal som kommunerna och organisationerna kan avropa på. Men efter granskning av bilaga 9 Avtalsvillkor Telefonitjänster så är vi osäkra på om syftet verkligen är att träffa ett ramavtal. Detta eftersom bilaga 9 närmast verkar vara en mall för avtal som Leverantören skall teckna med vart och ett av kommunerna och organisationerna; dvs 11 avtal. Exempelvis framgår det av avsnitt 3.13 Underskrift, att avtalen skall undertecknas av behöriga företrädare "För X kommun/bolag". Vänligen förtydliga om bilaga 9 är ett ramavtal eller om Leverantören skall träffa 11 avtal med kommunerna och organisationerna

Svar: Tack för att ni ställer frågan. Det är 11 avtal som ska tecknas, dvs en per organisation. Vi instämmer i att definitionen Ramavtal blir felaktig och beslutar att ändra avtalsformen från Ramavtal till Avtal. Genomgående i upphandlingsdokumentet ska därmed "ramavtal" ändras till "Avtal" som ska tecknas med redovisade kommuner och organisationer. Det som ska levereras för

respektive kommun framgår av behovsbeskrivningar i upphandlingsdokumenten. Övriga tjänster är optioner och beställaren ska ha möjligheten att avropa dessa under avtalets löptid.

I instruktionen för flik 6 i *Svarsmallen* anges följande. Priser multipliceras för att estimeras nyttjande under hela avtalstiden. Volymer för tjänster och optioner lämnas utan förbindelse för beställaren.

Förvaltningsrättens bedömning

Det förvaltningsrätten ska pröva i målet är om upphandlingen avser elva avtal eller ett ramavtal och om det, för det fall det är att se som ett ramavtal, finns särskilda skäl för en kontraktstid överstigande fyra år.

Avser upphandlingen avtal eller ramavtal?

Av handlingarna framkommer att kommunen inledningsvis har formulerat upphandlingen av telefonitjänster som att den avser ett ramavtal, men att definitionen under anbudstiden har förändrats till att avse elva avtal genom det svar som kommunen lämnat på fråga 10 i *Frågor och svar*.

Telia har gjort gällande att upphandlingen avser ramavtal eftersom den avser obestämda volymer och estimat, och att det därmed inte föreligger någon ömsesidig bundenhet trots det svar som kommunen lämnat på fråga 10 samt att detta har framkommit i samband med utvärderingen av anbuden. Kommunen har invänt att det föreligger en ömsesidig bundenhet och att upphandlingens huvudsakliga del avser införandet av telefonlösningen vars omfattning är känd, varför upphandlingen avser elva avtal. Grunden för ändringen från ramavtal till avtal var att det i upphandlingen är känt vilka produkter och tjänster som ska levereras samt att villkoren är fastställda vid upphandlingstillfället.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i upphandlingsdokumentet framkommer att beställaren inte garanterar några volymer och att leverantören ska åta sig uppdrag efter kommunernas verkliga behov. Av bilagor till upphandlingsdokumentet framkommer även att angivna volymer är estimat. Med hänsyn till det bedömer förvaltningsrätten att upphandlingen till sin omfattning är obestämd, även om det framgår att det är en telefonitjänst som ska levereras. Av upphandlingsdokumentet framgår inte annat än att volymer inte garanteras och det är därför till sin karaktär är att se som ett ramavtal. Vad kommunen har anfört avseende att den huvudsakliga delen av upphandlingen avser att tillhandahålla en telefonlösning vars omfattning är känd och att det avseende vissa områden inte går att ange en volym förändrar inte den bedömningen. Förvaltningsrätten anser inte heller att det föreligger en ömsesidig bundenhet på sådant sätt att det av den anledningen bör ses som avtal. Reglerna avseende ramavtal ska därmed tillämpas för upphandlingen.

Finns det särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år?

Av upphandlingsdokumentet framkommer att avtalstiden är fyra år och att den kan förlängas med ytterligare ett år vid tre tillfällen. Det är således en möjlig avtalstid om sju år och det är den tid som ska beaktas vid bedömningen (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom meddelad den 25 februari 2019 i mål nr 4551-18).

Kommunen har som skäl för avtalstiden anfört bl.a. att det rör en samhällsnyttig tjänst, att bytet innebär merkostnader och att en avtalstid om sju år ger kommunerna möjlighet att skriva av investeringskostnaderna. Det är kommunen som ska visa att det finns förutsättningar för en avtalstid som överstiger fyra år. Utifrån att det krävs särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år och det av handlingarna inte mer specifikt har framgått vilka kostnader som avses eller varför just sju år har bedömts vara rimligt anser

förvaltningsrätten att kommunen inte på ett tillräckligt sätt har motiverat att det föreligger särskilda skäl för en längre avtalstid.

Har Telia lidit eller riskerat att lida skada?

Långa ramavtal anses förhindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen. Förvaltningsrätten bedömer därmed att potentiella leverantörer, och då även Telia, får anses ha lidit skada genom att inte ha möjlighet att konkurrera om ett kontrakt under den tid som anses oskälíg enligt LOU.

Mot bakgrund av vad som anförts och till att felet har uppstått i det konkurrenssökande skedet ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Karin Leidzén
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Elisabeth Svedén.



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 avisar 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.

