



KLAGANDE

Telenor Sverige Aktiebolag, 556421-0309

Ombud: [REDACTED] och [REDACTED]
Time Danowsky Advokatbyrå AB

MOTPART

Region Blekinge, 232100-0081

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 15 mars 2022 i mål nr 4092-21, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Telenor Sverige Aktiebolag (Telenor) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, förordnar att upphandlingen ska göras om.

Region Blekinge (Regionen) bestrider bifall till överklagandet.

VAD PARTERNA ANFÖR

Telenor

Telenor hänvisar till vad bolaget har anfört i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande.

Telenor instämmer inte i förvaltningsrättens bedömning att det obligatoriska kravet i position 4.1.15 är tillräckligt tydligt. Bolaget kunde inte påtala detta redan under uppsökandeskedet, eftersom bolaget ansåg att kravet var tydligt. Det var först efter det att bolaget tagit del av Regionens anbudsutvärdering som det stod klart för bolaget att det obligatoriska kravet kunde tolkas på ett annat sätt än bolaget hade gjort och då var det för sent att begära ett förtydligande. Uppfattningen att det obligatoriska kravet är otydligt har förstärkts under skriftväxlingen i förvaltningsrätten. Telenor har lidit skada eller riskerat att lida skada till följd av otydligheten.

Det är ostridigt och klarlagt att upphandlingen avser såväl garanterade volymer av leveransavtalskaraktär som optioner av ramavtalskaraktär. Regionen har vitsordat att i vart fall 46 procent av avtalets totala värde skulle vara av ramavtalskaraktär. Telenor anser att ytterligare optioner rätteligen borde klassificeras som ramavtalstjänster.

Förvaltningsrätten har korrekt bedömt att optionerna ”Pilotutbyggnad av 5G-täckning” och ”Molnbaserad växeltjänst” utgör ramavtalstjänster. Av detta följer att det sammanlagda värdet av ramavtalstjänsterna uppgår till mer än 50 procent av det sammanlagda värdet av upphandlingen.

Förvaltningsrätten har bedömt att ”upphandlingen huvudsakligen avser tjänster av leveranskaraktär”. Det framgår emellertid inte vad förvaltningsrätten har grundat denna bedömning på. Utöver det ekonomiska värdet har bolaget åberopat flera andra omständigheter till stöd för att den huvudsakliga, alternativt övervägande, delen av upphandlingen avser ramavtals-tjänster. Det kan inte utläsas att förvaltningsrätten har prövat dessa invändningar.

Det är svårt att se några bärande skäl för varför förlängningsoptioner inte skulle anses vara tjänster av ramavtalskaraktär, eftersom det inte uppstår någon ömsesidig bundenhet.

Telenor har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av att Regionen felaktigt inte har tillämpat bestämmelserna om ramavtal i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), inbegripet bestämmelsen om avtalstid i 7 kap. 2 §. Om upphandlingen hade genomförts på rätt sätt hade Telenor haft möjlighet att konkurrera om uppdraget på rättvisa och lagenliga premisser, vilket hade kunnat leda till att Telenor tilldelats avtalet. Ramavtal med för lång avtalstid är dessutom ägnade att förhindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen för samtliga leverantörer. Om tilldelningsbeslutet skulle bestå, skulle Telenor inte ha möjlighet att konkurrera om kontrakt under en tidsperiod som anses oskälig enligt LOU.

Regionen

Regionen vidhåller sin i förvaltningsrättens dom redovisade inställning.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Telenor gör gällande dels att upphandlingen avser ett ramavtal och inte ett leveranskontrakt, dels att det obligatoriska kravet i punkt 4.1.15 i upphandlingsdokumenten inte är tydligt utformat.

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det i målet aktuella obligatoriska kravet inte är otydligt utformat. Det finns således inte något fel i upphandlingen i det avseendet.

När det gäller frågan om upphandlingen avser ett ramavtal eller leveranskontrakt, konstaterar kammarrätten att det i det aktuella avtalet råder en övervikt för värdet av tjänster som inte garanteras och för vilka villkoren således är av ramavtalskaraktär. Mycket talar därmed för att det är fråga om ett ramavtal. För att ett ingripande ska kunna ske med stöd av 20 kap. 6 § LOU krävs emellertid även att Telenor har visat att bolaget har lidit eller riskerat lida skada till följd av fel i upphandlingen.

Kammarrätten konstaterar härvid att de fel som Telenor har gjort gällande är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, men att bolaget har ansökt om överprövning först efter det att tilldelningsbeslutet hade meddelats.

Högsta förvaltningsdomstolen har genom rättsfallet HFD 2022 ref. 4 tydliggjort att för att domstolen ska kunna bedöma om leverantören faktiskt har lidit eller riskerar att lida skada, krävs att leverantören på ett tydligt och konkret sätt redogör för hur bristen har påverkat leverantörens möjlighet att konkurrera i upphandlingen. Den skada eller risk för skada som leverantören åberopar ska vidare hänföra sig till möjligheten att konkurrera i just den upphandling som begärs överprövad. Vid bedömningen av om en brist i upphandlingen har medfört skada eller risk för skada för en viss leverantör ska dessutom beaktas om leverantören har gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer.

I rättsfallet HFD 2022 ref. 30 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att det inte kunde uteslutas att det klagande bolaget skulle anses ha lidit eller kunna komma att lida skada till följd av de påtalade bristerna i utformningen av obligatoriska krav, om bolaget hade ansökt om överprövning redan i det konkurrensuppsökande skedet. Så skedde emellertid inte, utan bolaget lämnade ett anbud som förkastades med hänvisning till andra obligatoriska

krav. Högsta förvaltningsdomstolen slog fast att det vid skadeprövningen inte kan bortses från omständigheter som har inträffat under upphandlingens gång.

Kammarrätten anser att Telenor inte i tillräcklig grad har konkretiserat på vilket sätt bolaget i den aktuella upphandlingen har lidit eller riskerat att lida skada till följd av de brister som bolaget gör gällande. Detta gäller i synnerhet som Telenor har valt att lämna anbud trots påstådda brister och utan att vidta några verkningsfulla åtgärder under upphandlingens gång. Det finns därmed inte grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Ola Holmén
kammarrättslagman
ordförande

Hans-Olof Hallbäck
kammarrättsråd
referent

Emil Lindmark
tf. kammarrättsassessor

Mikaela Andersson
föredragande jurist



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.