



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-02-02
Meddelad i Linköping

Mål nr
5032-17

SÖKANDE

Tele2 Business AB, 5564658507
Box 62
164 94 Kista

Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå AB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPARTER

1. Norrköpings kommun
Rådhuset
601 81 Norrköping

Ombud för 1: Advokat Anna Ulfsson Forssell
Advokatfirman Delphi AB
Box 1432
111 84 Stockholm

Ombud för 1: Advokat Katarina Ibold
Advokatfirman Delphi AB
Box 465
581 05 Linköping

2. Atea Sverige AB, 556448-0282
Box 18
164 93 Kista

3. Cygate AB, 556549-8952
Box 4045
169 04 Solna

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar om rättelse av upphandlingen med innebörden att en ny utvärdering ska göras varvid anbuderna från Cygate AB respektive Atea Sverige AB inte ska beaktas.

Dok.Id 307917

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se www.forvaltningsratten@linkoping.dom.se	013-25 11 40	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Norrköpings kommun (nedan kommunen) genomför upphandlingen ”Drift och utveckling av internt datakommunikationsnät” med dnr UH-2017-170. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån lägst pris. Genom tilldelningsbeslut den 22 juni 2017 antogs Cygate AB (nedan Cygate) som leverantör i upphandlingen. Övrig kvalificerad anbudsgivare i upphandlingen var Atea Sverige AB (nedan Atea). Anbudet från Tele2 Business AB (nedan Tele2) förkastades med motiveringen att ställt obligatoriskt krav under punkten 7.2.2 avseende funktionalitet i efterfrågade typkonfigurationer inte var uppfyllt. Därtill beslutade kommunen att utesluta Tele2 från upphandlingen med stöd av 13 kap. 3 § 3 LOU.

Tele2 ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att rättelse ska ske på så sätt att ny anbudsutvärdering genomförs varvid bolagets anbud utvärderas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

Cygate yrkar att ansökan ska avslås.

Atea yrkar att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT**Tele2**Allvarligt fel i yrkesutövningen*Påståendet om felaktigt debiterad serviceavgift*

Det är korrekt att serviceavgiften ska beräknas med en bestämd procentsats på värdet av switchar och routrar. Det ska dock påpekas att det inte uttryckligen anges i avtalet att en anläggningsspecifikation över datanätets switchar och routrar ska föras på det sätt som kommunen gör gällande. Vidare har aktuell dokumentation, inklusive anläggningsspecifikationen, tillgängliggjorts kommunen i en gemensam digital miljö under hela avtalsperioden.

Kommunen gör gällande att den inte har kunnat finna utrustning till ett värde av drygt 15 miljoner kr i datanätet, trots att denna utrustning finns med i anläggningsspecifikationen. Vad kommunen anför i denna del bestrids. I sammanhanget ska även påpekas att den utredning som ligger till grund för kommunens påstående inte gjordes tillgänglig inför uteslutningen, trots uttrycklig efterfrågan. Det kan dock konstateras att ett flertal av kommunens påståenden i denna del är direkt felaktiga. Exempelvis är en hel del av de produkter som kommunen har markerat i den aktuella anläggningsspecifikationen de facto i drift. Det sammanlagda anskaffningsvärdet för dessa produkter, som alltså rätteligen ska ligga till grund för beräkningen av serviceavgiften, är mer än 1,8 miljoner kr. Vidare finns det omfattande utrustning som är i drift och som ska innefattas i beräkningsunderlaget för den aktuella serviceavgiften, men som inte har funnits med i beräkningsunderlaget för serviceavgiften. Det kan konstateras att värdet av denna utrustning uppgår till ett högre belopp än värdet på den av kommunen påstådda saknade utrustningen. Detta innebär att även om utrustning motsvarande värde om drygt 13 miljoner kr skulle saknas, vilket bestrids, så är den korrekta

serviceavgiften som rätteligen ska betalas av kommunen högre än den som fakturerats. Eftersom den fakturerade serviceavgiften har varit lägre än den serviceavgift som kommunen rätteligen skulle ha fakturerats, så föreligger inte fel i yrkesutövningen.

Kommunen gör vidare gällande att beräkningen av serviceavgiften har baserats på utrustning till ett värde av drygt 10 miljoner kr avseende så kallade accesspunkter (APs), och att APs inte ska ingå i beräkningsunderlaget för serviceavgiften. Detta med anledning av att APs inte klassificeras som switchar eller routrar. All utrustning som betecknas som APs är dock att betrakta som switchar i avtalets mening. En produkt som både används för byte av mediaform och hastighetskonvertering är en switch som enligt vedertaget branschspråk kallas för accesspunkt. Samtliga APs som är installerade inom ramen för avtalet är utformade på det beskrivna sättet. Således är alla accesspunkter som omfattas av avtalet att betrakta som trådlösa switchar, och därmed ska beloppet om drygt 10 miljoner kr i sin helhet ingå i beräkningsunderlaget för den aktuella serviceavgiften. Det ska också i sammanhanget nämnas att anledningen till att det skett en förskjutning från traditionella switchar/routrar till nätverksprodukter som APs, är att trådlöst nätverk var ovanligt vid tidpunkten då avtalet tecknades för 16 år sedan. Att APs används är således en del av ett naturligt teknikskifte. Detta har kommunen varit fullt medveten om eftersom APs förekommit som en del i anläggnings-specifikationen, och således utgjort en del av underlaget för beräkning av serviceavgiften, under en lång tid. Kommunen har inte vid något tillfälle under avtalets gång, innan den 14 juni 2017, gjort gällande att APs inte ska vara en del av underlaget för beräkning av serviceavgiften, trots att kommunen uppenbarligen har varit införstådd med att så varit fallet. Vidare är det felaktigt att APs inte kräver någon enskild konfiguration. Exempel på situationer där APs måste konfigureras är avstängning respektive påslagning av APs i vissa situationer, felsökning av trådlös miljö på alla kommuners en-

heter med APs, finjustering av olika radiokanaler, manuell ökning av uteeffekt på APs m.m.

Kommunen anför även att utrustning till ett värde av drygt 690 000 kr felaktigt har tagits upp i anläggningsspecifikationen eftersom utrustningen har begränsad funktion eller ingen funktion alls. Även detta bestrids eftersom utrustningen är i drift och nödvändig. Vidare är kommunens beskrivning av påstådd överetablering av viss utrustning behäftad med flera felaktigheter. Inom ramen för migreringsprojektet avseende kommunens trådlösa miljö avsågs alla accesspunkter flyttas till en ny kontroller ros1-wlc1 från den gamla kontrollern. Om migreringen färdigställts, hade den gamla kontrollern kunnat stängas ned. Eftersom kommunens IT-enhet stoppade alla migreringar i slutet av 2016 kunde arbetet med uppdrageringen inte utföras. Det är således kommunen som är ansvarig för att migreringen i denna del inte slutförts. Vidare finns det inget som helst samband mellan den icke slutförda migreringen och behovligheten av produkten ros1-dr01. Denna produkt är inte överflödig eftersom den hanterar routing för alla nät som finns i den trådlösa miljön, och har alltså ingenting med den gamla kontrollern att göra.

Kommunen påpekar att Tele2 har ett helhetsansvar för kommunens datanät. Givetvis finns ett ansvar inom ramen för avtalet, framför allt när det gäller driften och utvecklingen av datanätet som sådant. Detta ansvar har fullföljts. Vidare finns ett ansvar att inte leverera varor eller tjänster utan en beställning från kommunen. Någon överetablering av avancerad utrustning har inte skett, och det har aldrig köpts in och installerats utrustning i datanätet som kommunen inte har haft behov av. Arbeten har dessutom aldrig utförts utan beställning från kommunen. Härtill ska understrykas att en skyldighet enligt avtalet funnits att kontinuerligt föreslå åtgärder för vidareutveckling av datanätet. Om inte initiativ till införande av nu och följaktigen ofta mer avancerad utrustning skulle ha vidtagits finns risk för brott mot avtalet skulle ha

begåtts. När det gäller beställningsprocessen ska understrykas att en beställning alltid mottagits från kommunen på viss utrustning och/eller viss funktionalitet, innan inköp och leverans skett. I många fall har denna process innefattat flera möten, där skillnader mellan olika sätt att lösa ett visst behov samt skillnaderna i pris mellan olika lösningar förklarades.

Det ska framhävas att den påstådda överdebiteringen, enligt vad kommunen själv anført, är en grov uppskattning och att kommunen har svårt att i dagsläget överblicka omfattningen av felfaktureringen. Kommunen har även angett att den i vissa delar inte kan bedöma omfattningen av de felaktigheter som påstås, samt att kommunens utredning av dessa omständigheter alltför långsamt pågår. Den omfattande osäkerhet som föreligger beträffande förhållandena, gör att det belopp som kommunen anser att överdebiteringen uppgår till måste betraktas som ytterst osäkert. Det ska också framhävas att den enda åtgärden som kommunen vidtagit inom ramen för avtalet avseende de omständigheter som läggs Tele2 till last, är att bestrida en faktura som avser maj 2017. Det belopp som är föremål för tvist enligt avtalet i nuläget är således endast 0,3 procent av det som totalt fakturerats enligt avtalet. Kommunen har inte heller presterat någon bevisning för sina påståenden.

Nätkarta och anläggningsspecifikation

Efter förfrågan från kommunen och dess konsulter översändes under våren 2017 bl.a. övergripande nätkartor. En komplett nätkarta har funnits att tillgå under hela avtalets löptid. Vidare erbjöds, efter att frågor framställts från kommunens konsulter, att presentera och förklara all dokumentation vid ett eller flera möten, för att på bästa sätt kunna redogöra för de väsentliga omständigheterna kring datanätet samt svara på kommunens och konsulternas frågor. Detta avböjdes dock av kommunens konsulter. Kommunen har även enkelt kunna avhjälpa de upplevda bristerna i informationen, genom att framföra dessa synpunkter under avtalets gång.

Under hela avtalstiden tillsågs att kommunen hade tillgång till anläggningsspecifikationen. Detta skedde inledningsvis genom en CD-ROM-skiva som överlämnades till kommunen vid varje driftmöte. Efter synpunkter från kommunens sida börjades dock anläggningsspecifikationen att laddas upp direkt på kommunens egen server. Det är vidare en missvisande beskrivning att kommunen saknat kompetens vad avser datanätet. Det ska understrykas att under hela avtalets gång har regelbundna möten vid flera tillfällen varje år hållits med kommunen. Under mötena diskuterades frågor om bl.a. investeringar, kostnader och förslag på användning av olika lösningar. Kommunen har sammantaget haft insyn i driften av datanätet och möjlighet att påverka tjänsternas utförande.

Påståendet om för högt pris för produkter

Det ska framhåvas att det inte har funnits något åtagande inom ramen för avtalet att priser för produkter ska förhålla sig på ett visst sätt gentemot priser från en specifik produktleverantör eller anbudspriser i andra upphandlingar. Detta har inte heller påståtts av kommunen. Redan härav följer att det som läggs till last inte kan anses utgöra en brist i fullgörandet av avtalet. Vidare hänvisas endast till en faktura, vilken kommunen betalat och inte bestritt. Kommunen har inte heller redogjort för någon bestämmelse i avtalet som prissättningen skulle stå i strid mot.

Jämförelsen mellan produktpriser i avtalet och produktleverantören Dustins priser för samma produkt är dessutom helt irrelevant. Det finns nämligen en rad åtagande enligt avtalet, och som måste beaktas vid prissättningen, som över huvud taget inte ingår när en produkt köps från Dustin. Några exempel på sådana åtaganden är frakt, lagerhållning, miljöhantering av emballage, funktionskontroll m.m. Även om kommunen kan hitta en viss produkt till ett billigare pris någon annanstans på marknaden, så har det inte enligt avtalet funnits någon skyldighet att erbjuda kommunen det lägsta priset på mark-

naden. Påståendena om illojalt beteende och systematisk överprissättning är därmed helt grundlösa.

Det som kommunen benämner som listpris är i själva verket inte produktleverantörens listpris för aktuell produkt. Det som har efterfrågats i upphandlingen är standardpris per enhet, vilket är det pris som kunnat erbjudas baserat på det inköpspris som erhållits från produktleverantör i den nu aktuella upphandlingen. Det som kommunen gör gällande d.v.s. att det pris som offererats för den aktuella produkten i avtalet är ca 3 000 kr högre än produktleverantörens listpris, är alltså helt felaktigt. Vidare är anledningen till att det kan vara skillnader i pris mellan avtalet och anbudet i upphandlingen huvudsakligen att produktleverantören lämnat mer omfattande rabatter beträffande eventuellt kommande avtal i aktuell upphandling, än vad som förekommit under avtalets gång.

Under hela avtalstiden har rabatter aktivt och kontinuerligt sökts hos produktleverantören och kommunen har genomgående fått förmånliga produktpriser.

Svarstid och skälen för uteslutningsbeslutet

Den information som kommunen kommunicerade innan uteslutningsbeslutet var ofullständig. Kommunen angav endast i vissa delar vilka avtalsbestämmelser som den anser inte ska ha fullföljts. Vad gällde tidsperioden under vilken de påstådda felaktigheterna ska ha förelegat, angav kommunen endast en uppskattning. Avseende de produkter kommunen ansåg sig ha betalat ett för högt pris för angavs endast ett exempel. Vidare tog kommunen utgångspunkt i en utredning gjord av en extern konsult, som inte heller gjordes tillgänglig. Därtill gavs en alltför kort tid att besvara omständigheterna som enligt kommunen utgjorde skäl för uteslutning. Kommunen har därmed agerat i strid mot 13 kap. 4 § LOU.

En upphandlande myndighet har även en skyldighet enligt 13 kap. 7 § LOU att ange skälen för uteslutningsbeslutet, vilket inte har skett. Därtill gör kommunen gällande nya omständigheter i överprövningsprocessen till stöd för uteslutningen, vilka därmed inte tidigare har kunnat bemötas. Mot denna bakgrund har kommunen även agerat i strid mot 13 kap. 7 § LOU.

Uppfyllelse av obligatoriska krav

Kravet i punkten 7.2.2 i kravspecifikationen

För typkonfiguration 2 ”Switch Access Liten” offererades en produkt benämnd C3560CX-12PD, men på grund av en felskrivning i anbudet benämndes produkten C3560CX-12 PC.

Kommunen begärde dock ett förtydligande avseende hur angivet tekniskt krav i punkten 7.2.2 i kravspecifikationen var uppfyllt. I svar anfördes att en felskrivning skett avseende den produkt som offererats för typkonfiguration 2 ”Switch Access Liten”. Den produkt som rätteligen offererats har beteckningen C3560CX-12PD, en produkt som uppfyller samtliga ställda krav för den aktuella positionen. I anbudet har, till följd av felskrivningen, den sista bokstaven i produktens beteckning således angivits som ett C i stället för ett D.

Anledningen till att produkten C3560CX-12PD offererats till olika pris för två olika positioner är att produktleverantören har dels en produkt som normalt offereras som ”Switch Access Liten” (C3560CX-12PC), dels en produkt med mer funktionalitet som normalt offereras för ”Switch Access liten PoE” (CX3560CX-12PD). På grund av kommunens kravställning i upphandlingen, måste produkten CX3560CX-12PD även offereras för ”Switch Access Liten”. Uppfattningen är att kommunen inte ska belastas med kostnader som ligger på leverantören. Med beaktande härav offererades produk-

ten CX3560CX-12PD avseende positionen ”Switch Access Liten” till det pris som vanligen erbjuds för denna position. Vidare kan samma produkt offereras för olika positioner till olika pris. Det förhållandet att samma utvärderingsvolym anges för de två aktuella positionerna (20 enheter) innebär inte nödvändigtvis att det inte finns skäl för anbudsgivaren att sätta olika priser för positionerna. Det kan t.ex. förhålla sig så att anbudsgivaren gör bedömningen att en av positionerna i praktiken kommer att beställas i betydligt högre utsträckning än de den andra positionen, varvid det skulle vara strategiskt korrekt att ange ett högre pris för den positionen som förväntas beställas i högre utsträckning.

Eftersom kommunen i förevarande fall framställde en begäran om förtydligande, d.v.s. initiativet kom från kommunen, är den skyldig att godta rättelsen. Uppenbarligen har kommunen inte beaktat vad som anfördes om fel-skrivningen, vilket strider mot LOU. I förevarande fall medför en rättelse inte heller att någon sakomständighet tillförs anbudet. En och samma produkt har offererats i Tele2:s anbud både innan och efter rättelsen av fel-skrivningen, nämligen produkten benämnd C3560CX-12PD som ostridigt uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Kommunens beslut att förkasta anbudet strider därmed mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

Kravet avseende registreringsskyldighet

Vid tidpunkten för anbudets ingivande och tilldelningsbeslutet förelåg registrering för F-skatt. Till följd av ett misstag vid kommunikationen med Skatteverket förelåg emellertid inte registrering för F-skatt under perioden den 4–10 oktober 2017. Tele2 är emellertid sedan den 11 oktober 2017 åter registrerat för F-skatt. Obligatoriska kravet avseende registreringsskyldighet är således uppfyllt.

Cygates anbud

I punkten 7.1 i svarsbilagan ska efterfrågad redogörelse beträffande punkt 7.1 i kravspecifikationen anges. Cygate har i denna del inte angett något om garantitider för erbjudna produktkategorier, varför kravet i punkten 7.1 i kravspecifikationen inte är uppfyllt.

I Cygates bilaga 7.3, eller i anbudet i övrigt, redogörs inte för erbjudna produkters kategori/funktionalitet. Cygate har därmed inte redogjort för produkter inom aktuella kategorier/funktionaliteter i sitt anbud, varför kravet i punkt 7.3 i kravspecifikationen inte är uppfyllt.

Det följer redan av utformningen av punkterna 7.1 och 7.3 i kravspecifikationen att det är obligatoriskt att inge de efterfrågade redovisningarna.

Kommunen har även i frågor och svar bekräftat att det är obligatoriskt krav i upphandlingen att inkomma med de redovisningar som efterfrågas i kravspecifikationen.

Cygate har även angivit en otillåten reservation mot punkt 6.2 i de allmänna villkoren. I de allmänna villkoren anges att acceptanstest av leverans sker i trettio sammanhängande dagar. Under acceptansförfarandet ska kommunen verifiera att leveransen är godkänd och uppfyller avtalade krav. Cygate har i bilagan ”Transitionsprojekt” angivit en tidsplan för övertagande av driften av kommunens datakommunikationsnät. De tolv kolumnerna i tidsplanen motsvarar tolv veckor, vilket bl.a. följer av att transitionsprojektet i sin helhet ska ta tre månader i anspråk. Cygate har för acceptanstester och godkännande av övertagande angivit tid om en vecka. Att Cygate endast ger kommunen en vecka för genomförande av acceptanstestet innebär att bolaget reserverar sig mot ett krav i upphandlingen. Cygate anbud strider således mot punkten 2.6.3 i anbudsinbjudan, punkten 4.7.4 i kravspecifikationen och punkten 6.2 i de allmänna villkoren.

Ateas anbud

I punkt 7.1 i kravspecifikationen anges bl.a. att leverantören ska kunna erbjuda ett brett produktsortiment inom kategorierna Core-nät, Distrubtionsnät och Accessnät. Vidare anges att leverantören ska kunna erbjuda utökad garanti, utifrån tillverkarens garantierbudanden, för de fall kommunen efterfrågar detta. Atea har dock inte redogjort för efterfrågade garantitider i sitt anbud, varför kravet i punkt 7.1 i kravspecifikationen inte är uppfyllt.

Atea har inte sitt anbud redogjort för produkter inom aktuella kategorier/funktionaliteter och uppfyller därför inte kravet i punkt 7.3 i kravspecifikationen.

Det följer redan av utformningen av punkterna 7.1 och 7.3 i kravspecifikationen att det är obligatoriskt att inge de efterfrågade redovisningarna.

Kommunen har även i frågor och svar bekräftat att det är obligatoriskt krav i upphandlingen att inkomma med de redovisningar som efterfrågas i kravspecifikationen.

Atea har till sitt anbud ingivit ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument (ESPD). Det finns ingen sådan officiell förteckning över godkända aktörer som Atea uppgivit att bolaget finns registrerad i. Redan härav kan konstateras att Atea uppgivit en felaktig uppgift i sitt anbud. Vidare har Atea svarat att denna registrering, som alltså inte föreligger, täcker samtliga föreskrivna urvalskriterier. Detta skulle innebära att den av Atea uppgivna registreringen i sig skulle visa att samtliga de kvalificeringskrav som uppställts i avsnitt 3 i anbudsinbjudan är uppfyllda av Atea. Även detta är givetvis felaktigt. Atea har i sitt anbud alltså felaktigt uppgivit att det finns registrerad i en officiell förteckning över godkända ekonomiska aktörer, samt att denna registrering täcker alla kvalificeringskrav i upphandlingen. Atea har därför brutit mot kraven i punkten 3.1.1 i anbudsinbjudan.

KommunenAllvarligt fel i yrkesutövningen*Felaktigt debiterad serviceavgift*

Tele2 har under lång tid skött driften och utvecklingen av datanätet. Inför aktuell upphandling framkom att Tele2 inte hade någon nätkarta, utvisande hur systemet är uppbyggt, att överlämna. Utan nätkarta är det i princip omöjligt att överlämna drift av datanätet till annan leverantör. Med anledning härav påbörjades en utredning och kartläggning av datanätet. Vid denna utredning och kartläggning kunde det konstateras att Tele2 på flera sätt brustit i sina åtaganden och att dessa brister är av allvarligt slag.

Enligt avtalet med Tele2 som upphörde att gälla den 30 juni 2017 har bolaget haft rätt att debitera en månatlig serviceavgift. Serviceavgiften ska, enligt avtalet, uppgå till en bestämd procentsats av värdet på switchar och routrar i datanätet. Det har ålegat Tele2 att föra en uppdaterad anläggningsspecifikation över bl.a. switchar och routrar som finns i nätet och som ska ligga till grund för beräkningen av serviceavgiften. Det har dock kunnat konstateras att ett stort antal av de switchar och routrar som Tele2 baserat serviceavgiften på är uttrangerade från datanätet, att det i beräkning för serviceavgiften inkluderats utrustning som saknar funktion och som därmed inte behöver service, och även att produkter som inte utgör switchar och routrar inkluderats och som således inte ska ligga till grund för beräkningen av serviceavgiften.

Vid kartläggningen av datanätet har det inte varit möjligt att finna utrustning till ett värde om drygt 15 miljoner kr. Denna utrustning är ändå upptagen i anläggningsspecifikationen och har således utgjort grund för beräkningen av serviceavgiften. Det rör sig bl.a. om gammal utrustning som ersatts av mo-

den utrustning och därför inte längre finns kvar i systemet. Tele2 anför som förklaring till den felaktiga debiteringen, att det i datanätet finns utrustning som inte har förts upp i anläggningsspecifikationen. Detta är inte möjligt att betrakta som en ursäkt utan, tvärtom, ytterligare en för Tele2 graverande omständighet vad gäller Tele2:s bristande uppfyllande av sina förpliktelser. Anläggningsspecifikationen ska inkludera all den utrustning som finns i datanätet. Uppenbarligen har anläggningsspecifikationen inte varit uppdaterad på det sätt Tele2 gjort gällande i samband med kommunen fick del av anläggningsspecifikationen den 19 maj 2017. Även om det förhållandet att anläggningsspecifikationen inte har varit uppdaterad på det sätt som Tele2 angivit inte skulle ha inneburit att för hög serviceavgift betalats, har den felaktiga anläggningsspecifikationen i sig inneburit en sådan brist att det finns skäl att ifrågasätta Tele2:s pålitlighet som leverantör och redbarhet, inte minst då Tele2 medger att det i anläggningsspecifikationen saknas utrustning till ett värde överstigande 15 miljoner kr. Det är uppenbart att Tele2 inte har haft den kontroll över datanätet som Tele2, enligt avtalet, skulle ha haft.

Vidare har, av den utrustning som finns med i anläggningsspecifikationen, kunnat konstateras att utrustning till ett värde om drygt 10 miljoner kr inte utgör utrustning som klassificeras som switchar och routrar och således inte är sådan utrustning som beräkningen av serviceavgiften ska baseras på. Det är först i samband med att tillgång till anläggningsspecifikationen gavs som det uppmärksammades att serviceavgiften baserats även på APs. Dessa produkter är inte att betrakta som switchar eftersom en APs tekniska förmåga inte kan likställas med en switch. En switch används för att koppla samman flera nätverksenheter med varandra, så att dessa kan kommunicera. En APs kan i stället beskrivas som en omvandlare mellan kabelbundet och trådlöst nätverk. APs hämtar sin förmåga från kontrollenheten och har därigenom begränsad egen förmåga. Enligt publikation från produktleverantören Cisco redovisas att en accesspunkt inte är en switch. De accesspunkter som an-

vänds inom det aktuella datanätet kan inte ta beslut utifrån logik utan all trafik skickas vidare till kontrollenheten där besluten tas. Om kontrollenheten slutar fungera, slutar också det trådlösa nätet att fungera. Sammantaget ifrågasätts således Tele2:s definition av en accesspunkt. Tele2:s definition är raka motsatsen mot marknadsaktörernas definition och den vedertagna marknadsnormen. Det är också helt logiskt att APs inte ska inkluderas i beräkningsunderlaget för serviceavgiften eftersom den inte kräver någon enskild konfiguration. Även detta talar således för att serviceavgift för dessa produkter inte ska betalas.

Det finns även utrustning i anläggningsspecifikationen till ett värde av drygt 340 000 kr som inte har någon funktion, då endast en port används, och utrustning som i anläggningsspecifikationen finns upptaget till ett värde av 349 412 kr har begränsad funktion då endast två portar utnyttjas. Dessa produkter borde således inte ha inkluderats i det belopp som serviceavgiften beräknas på eftersom behov av service för dessa produkter inte finns.

Vidare granskades fakturor från Tele2, som utställdes från 2006 till och med 2017, av tredje man. Det är i samband med denna granskning som det uppmärksammades (i) att vissa produkter varit betydligt mer avancerade, och därmed dyrare, än vad som varit motiverat i förhållande till behov (ii) att vissa av de produkter som Tele2 sålt inte har integrerats i systemet. Som konsekvens av bristande kompetens vad gäller nätfrågor har kommunen inte haft insikt i dessa förhållanden.

Ett exempel på hur Tele2 har använt sin särställning för att införskaffa och etablera avancerad utrustning utan att ta hänsyn till största möjliga verksamhetsnytta för beställaren är exempelvis etablering av trådlösa kontroller och produkten ros1-dr01. Om Tele2 hade genomfört och slutfört uppgraderingen av datanätet i denna del korrekt och inte etablerat produkten ros1-dr01 för cirka 100 000 kr, hade det trådlösa nätverket varit mer robust.

Tele2 har, helt enkelt, inkorporerat utrustning som inte har behövts och gjort funktionen mer krånglig och sårbar. Härutöver kan funktionen användas som exempel på hur serviceavgiftens storlek har påverkats av Tele2:s bristande fullgörande av påbörjade uppgraderingar, överetableringar och underlåtenhet att hålla anläggningsspecifikationen uppdaterad. De sex kontroller som tagits ur bruk i samband med uppgraderingen av funktionen påbörjades, sannolikt i december 2015, finns alltså med i anläggningsspecifikationen, d.v.s. den som Tele2 förklarat skulle vara uppdaterad. Det betyder att serviceavgiften, under cirka ett och ett halvårs tid, har beräknats även på dessa produkter trots att de sedan länge inte finns i systemet. Per månad utgör detta 15 600 kr per månad i icke korrekt serviceavgift. Eftersom det i datanätet finns ett stort antal, liknande, funktioner där uppgradering påbörjats men inte slutförts, och där anläggningsspecifikationen inte uppdaterats, rör det sig om höga årliga belopp i icke korrekt serviceavgift.

Rätteligen borde serviceavgiften ha grundats på ett betydligt lägre belopp. Serviceavgiften har varit ca 43 procent för hög. Grovt uppskattat har knappt hälften av servicefakturan per månad varit felaktig. Det är i dagsläget svårt att överblicka omfattningen av felfaktureringen, men i vart fall är samtliga servicefakturer för 2017 grundade på felaktigt underlag och således felaktiga. Detta skulle innebära att Tele2 fakturerat för höga serviceavgifter med cirka 1 350 000 kr. Anledningen till att fel serviceavgift debiterats torde bero på att Tele2, i strid med avtalet, inte har hållit anläggningsspecifikationen uppdaterad. Tele2 har, genom att underlåta att från anläggningsspecifikationen ta bort utrustning som inte längre finns i datanätet och därmed debitera för hög månatlig serviceavgift, tveklöst gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Även den omständigheten att Tele2 har inkluderat produkter som inte utgör switchar och routrar i beräkningen av serviceavgiften, trots att avtalet uttryckligen anger att beräkningen av serviceavgiften endast ska grunda sig på värdet av switchar och routrar, utgör ett allvarligt fel.

Det har inte funnits någon möjlighet att kontrollera att rätt serviceavgift fakturerats eftersom drift och skötsel av datanätet helt hanterats av Tele2. Det förhållandet att Tele2 således haft en särskild förtroendeställning i detta avseende innebär att underlåtenheten att hålla anläggningsspecifikationen uppdaterad och tillse att rätt serviceavgift fakturerats är särskilt allvarligt.

Nätkarta och anläggningsspecifikation

Utrustningen i datanätet har till, övervägande del, köpts in under den tid avtalet var i kraft och utgörs av produkter som föreslagits och offererats av Tele2. Det är också Tele2 som har skött driften och underhåll av datanätet med tillhörande utrustning. De slutsatser som kunnat dras mot bakgrund av de utredningar som genomförts under våren 2017 är att mycket talar för att Tele2 har utnyttjat bristen på kompetens i nätfrågor och till följd av detta har utrustning som det saknas behov av, utrustning som är betydligt mer avancerad än vad kommuner i motsvarande storlek använder.

Kommunen har saknat kännedom om att anläggningsspecifikationen skulle ha funnits i en gemensam digital miljö och att den ska ha haft tillgång till den. Det oberoende konsultbolag som under våren 2017 har utfört utredningen och kartläggning av datanätet har heller inte, trots förfrågan om sådan, lyckats få tillgång till någon anläggningsspecifikation. Det ifrågasätts därför om anläggningsspecifikationen har funnits tillgänglig på sätt som Tele2 gör gällande. Som Tele2 självt medger har anläggningsspecifikationen under alla omständigheter inte varit uppdaterad och har således inte fyllt avsedd funktion.

Om det har funnits en komplett nätkarta att tillgå under hela avtalets löptid, ifrågasätts varför denna inte gjorts tillgänglig. Enligt avtalet skulle Tele2 ansvara för att fortlöpande dokumentera och uppdatera faktauppgifter om hela nätet. Normgivande för sådan dokumentation är att någon annan med

likvärdig kompetens ska kunna förstå och sätta sig in i det aktuella objektet utan att den part som har upprättat dokumentationen ska behöva förklara dokumentationen.

För högt pris för produkter

De produkter som införskaffats för datanätet har till övervägande del köpts från produktleverantör genom Tele2. Enligt praxis lämnar produktleverantörer bra rabatter till stora kunder. Utgångspunkten har varit att Tele2 ombesörjt att produktleverantören lämnat rabatter på produkter och att Tele2 låtit kommunen få del av dessa rabatter, särskilt med beaktande av det långvarig avtalsförhållande som varit.

Den granskning som genomfördes under våren 2017 har visat att Tele2 generellt lämnat betydligt högre priser på produkter än de priser som produktleverantör, med sedvanliga rabatter, torde lämna till kunder av samma storlek och behov som kommunen. Priserna har, även med beaktande av det ekonomiska påslag Tele2 kan ha rätt till, varit betydligt högre än vad kommunen och andra betalar för likvärdiga produkter. Vid den granskning som gjordes jämfördes priser som Tele2 fakturerat med priser för samma produkter från produktleverantören Dustin, d.v.s. utan rabatter. Granskningen utmynnade i att de priser som betalats till Tele2 till och med är högre än Dustins listpriser.

Tele2 har inte kunnat lämna någon rimlig förklaring till prissättningen. Vidare har Tele2 i anbudet för aktuell upphandling offererat samma produkt och angivit ett lägre listpris än det belopp Tele2 fakturerat för samma produkt något år tidigare. Skillnaden mellan det av Tele2 angivna listpriset i aktuell upphandling och fakturerat belopp inom ramen för avtalet överstiger vad som är skälig vinstmarginal. Tele2 har på detta sätt kunnat prissätta produkter väl medveten om att den personal inom kommunen som ansvarar

för inköp till datanätet har saknat kompetens att bedöma om priser varit rimliga.

Det görs inte gällande att Tele2 brutit mot avtalet när det gäller prissättning av de produkter som, inom ramen för avtalsförhållande, offererats. Avtalet i sig innehåller inte någon reglering om hur produkter ska prissättas. Det som görs gällande är att Tele2, särskilt mot bakgrund av det långvariga avtalsförhållandet som varit mellan parterna, har agerat illojalt genom att prissätta produkter till belopp som vida överstiger det pris som tillämpas på den öppna marknaden. Det är först i samband med den kartläggning av datanätet och granskning av Tele2:s arbete som gjordes av externa konsulter som det uppmärksammades att Tele2 systematiskt överprissatt produkter som vidare sålts. Konsulterna kunde vid granskning av Tele2:s fakturor konstatera att de fakturerade priserna inte var marknadsmässiga.

Svarstid och skälen för uteslutningsbeslutet

Den tidsfrist Tele2 gavs enligt 13 kap. 4 § LOU är, särskilt med beaktande av den ytterligare tidsfrist som beviljades, skälig. I sammanhanget måste också lyftas fram att Tele2 har varit kommunens leverantör under lång tid och det har därför funnits anledning att utgå från att Tele2 i och med det också har haft en god kännedom om den utrustning som har funnits och de tjänster som levererats samt till vilka priser. Svarsfristen om sju dagar framstår även som rimlig med beaktande av att anbudstiden i upphandlingen var trettio dagar. Vidare bestod det material som bifogades meddelandet enligt 13 kap. 4 § LOU av en excelfil med anläggningsspecifikation som Tele2 själv upprättat.

Det finns inget krav i 12 kap. 12 § LOU att grunderna för uteslutningen av en leverantör måste kunna utläsas av tilldelningsbeslutet. Eftersom Tele2, genom meddelande enligt 13 kap. 4 § LOU, informerats om skälen för ute-

slutningen från upphandlingen fanns det dessutom inte anledningen att ange skälen även i tilldelningsbeslutet. Skälen för uteslutningsbeslutet angavs inte heller i tilldelningsbeslutet av hänsyn till Tele2 eftersom alltför detaljerad information kunde skada Tele2 i förhållande till dess konkurrenter.

Uppfyllelse av obligatoriskt krav

Kravet i punkten 7.2.2 i kravspecifikationen

Tele2 uppfyller inte kravet i punkten 7.2.2. avseende funktionalitet i efterfrågade typkonfigurationer. Tele2:s anbud har därför, även mot bakgrund av detta skäl, inte gått vidare till utvärdering i upphandlingen.

Det är ostridigt i målet att den produkt som Tele2 offererade i anbudet inte uppfyller ställda krav. Tele2 hävdar att det rör sig om en felskrivning och att bolaget därmed ska ha rätt att rätta denna felskrivning, vilket bestrids. Om Tele2 hade avsett att offerera produkt C3560CX-12PD för typkonfiguration 2 i stället för produkten C3560CX-12PC, skulle det innebära att samma produkt offererades till två olika priser. Det är uppenbart att detta påstående inte stämmer. Samma produkt prissätts vanligen till samma pris i ett och samma anbud. Något annat vore orimligt. Det är mot denna bakgrund osannolikt att Tele2 av misstag har råkat skriva ett C i stället för ett D för den produkt som offereras när priserna skiljer sig åt. Mer sannolikt, har misstaget i stället bestått i att Tele2 vid anbudslämnandet har trott sig offerera en produkt som uppfyller ställda krav – en enklare produkt med lägre pris. Misstaget är således inte alls någon felskrivning i LOU:s bemärkelse och därmed är en rättelse inte heller tillåten med stöd av 4 kap. 9 § LOU.

Tele2 har inte heller begärts att rätta sitt anbud. Begäran avsåg att Tele2 skulle förtydliga på vilket sätt den offererade produkten uppfyller ställda obligatoriska krav. Detta har Tele2 inte kunnat göra. Tele2 har i stället häv-

dat att det föreligger en felskrivning och vidare begärt att få rätta denna felskrivning. Det är inte fråga om en felskrivning utan att det är ett fel i anbudet som inte kan rättas. Om Tele2:s begäran skulle godtas och bolaget fick rätta felet i anbudet skulle en överträdelse av principerna i 4 kap. 1 § LOU föreligga. Enbart det faktum att en upphandlande myndighet begär förtydligande innebär inte att den sedan är skyldig att beakta allt som inkommer som svar på en sådan begäran.

Även om det skulle vara fråga om en felskrivning, vilket bestrids, finns det ingen skyldighet att godta en av anbudsgivaren begärd rättelse av anbudet. Någon överträdelse av LOU har således inte skett.

Kravet avseende registreringsskyldighet

Det 4 oktober 2017 framkom att Tele2 avregistrerats från F-skatt och därmed saknar F-skattsedel. Tele2 uppfyller således inte kvalificeringskravet avseende registreringsskyldighet för F-skatt. Detta utgör ytterligare ett skäl till varför Tele2 inte hade kommit i fråga som leverantör i upphandlingen.

Cygates anbud

Cygates anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav, inklusive kraven i punkterna 7.1 och 7.3. Cygate har således inte brustit i uppfyllande av ett obligatoriskt krav och det har varit korrekt att beakta anbudet vid utvärderingen.

Det aktuella kravet i punkten 7.1 innebär att leverantören ska kunna erbjuda utökad garanti, vilket Cygate bekräftar genom skrivningen i svarsbilagan. Cygate accepterar även kravet genom att svara ja. Vidare redogör Cygate att bolaget erbjuder kommunen samtliga de garantitider som vid var tid finns tillgängliga från berörda tillverkare. Redogörelsen för erbjudna produktga-

rantier utgör inte något obligatoriskt krav. Anbudet har således inte kunnat förkastas på den grunden att Cygate inte angett bestämda garantitider.

Krav har ställts på att leverantören ska kunna tillhandahålla alternativa produkter som kan erbjuda viss funktionalitet. Redogörelsen över erbjudna produkter utgör inte något obligatoriskt krav i den meningen att ett anbud kan förkastas om redogörelsen är kortfattad, eller ens om den uteblir. Anbudsgivarna ska inte heller ange priser för sådana alternativa produkter utan priserna ska komma överens mellan parterna när, och om, en beställning sker. Det följer därmed också av denna skrivning att det inte är ett obligatoriskt krav att redogöra för produkterna redan i svarsbilaga.

Cygate uppfyller kravet i punkten 4.7.4 i kravspecifikationen och någon otillåten reservation mot punkten 6.2 i de allmänna villkoren har inte gjorts. Cygate har i sitt anbud inte angivit några tider för respektive fas. Cygate har alltså inte angivit några tider som avviker från de obligatoriska krav som ställts. Rätteligen har Cygate inte, som Tele2 gör gällande, benämnt sammanställningen ”tidplan” utan ”övergripande tidplan och resursåtgång”. Denna övergripande tidplan är heller inte uppdelad i veckor, utan ett rutssystem, där de fyra sista rutorna i systemet är betydligt större än de åtta tidigare rutorna. Cygate anger ingenstans i sitt anbud att varje ruta i tabellen skulle motsvara en vecka. Vidare inleds acceptanstesten redan vid ruta 10 (M4: kvalitetsssäkring av transition klar avseende datakommunikations tjänster, kundens acceptanstester kan påbörjas) och fortsätter sedan i ruta 11 ”kund: acceptanstester och godkännande av övertagande”.

Ateas anbud

Ateas anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav, inklusive kraven i punkterna 7.1 och 7.3. Atea har således inte brutit i uppfyllande av obligatoriskt krav och det har varit korrekt att beakta anbudet vid utvärderingen.

Det aktuella kravet i punkten 7.1 innebär att leverantören ska kunna erbjuda utökad garanti, vilket Atea bekräftar genom skrivningen i svarsbilagan. Atea redogör i sitt svar att bolaget erbjuder kommunen samtliga de garantitider som vid var tid finns tillgängliga från berörda tillverkare. Atea uppfyller alltså kravet vad avser garantier. Redogörelsen för erbjudna produktgarantier utgör inte något obligatoriskt krav. Anbudet har således inte kunnat förkastas på den grunden att Atea inte angett bestämda garantitider.

Krav har ställts på att leverantören ska kunna tillhandahålla alternativa produkter som kan erbjuda viss funktionalitet. Redogörelsen över erbjudna produkter utgör inte något obligatoriskt krav i den meningen att ett anbud kan förkastas om redogörelsen är kortfattad, eller ens om den uteblir. Anbudsgivarna ska inte heller ange priser för sådana alternativa produkter utan priserna ska komma överens mellan parterna när, och om, en beställning sker. Det följer därmed också av denna skrivning att det inte är ett obligatoriskt krav att redogöra för produkterna redan i svarsbilaga.

Atea har till sitt anbud bifogat ett ifyllt ESPD-dokument. I upphandlingen finns inget krav på att anbudsgivaren ska vara registrerad i en officiell förteckning över godkända ekonomiska aktörer. Att Atea svara ja på denna fråga i del II i ESPD är alltså inget krav i upphandlingen och inte heller något som efterfrågats. Atea har således lämnat mer information än vad som efterfrågats. Även om Atea skulle vara aktuellt för tilldelning av kontrakt skulle eventuell påstådd brist avseende denna del av ESPD-dokumentet ändå inte kunna leda till ett förkastade av Ateas anbud.

Cygate

Anbudet uppfyller de obligatoriska kraven i punkterna 7.1 och 7.3 i kravspecifikationen. Vidare har kravet i punkten 6.2 i de allmänna villkoren accepterats. Bilagan ”Transitionsprojektet” är en övergripande beskrivning av

transitionen. För implementering och leverans av de offererade tjänsterna etableras ett gemensamt transitionsprojekt med kommunen, där en gemensam och exakt projektplan fastställs utifrån kommunens önskemål baserat på samtliga obligatoriska krav i upphandlingen.

Atea

Anbudet har lämnats i enlighet med vad som föreskrivs i upphandlingsdokumenten. Tolkningen som gjordes av punkterna 7.1 och 7.3 i kravspecifikationen var att det inte var fråga om obligatoriska krav att redogöra för specifika uppgifter utan att det som efterfrågades var en instruktion med rent informationssyfte och att olika svar från anbudsgivare därför inte kunde leda till att anbudet förkastas. De obligatoriska kraven var i stället att anbudsgivaren skulle kunna erbjuda utökad garanti, utifrån tillverkarens garantierbjudanden och även kunna tillhandahålla övriga alternativa produkter. Anbudet uppfyller båda dessa ställda krav.

Av kravformuleringarna framgår dessutom att kraven gäller optioner för avtalsperioden och att det inte finns någon avsikt att fastställa några villkor för optionerna vid anbudstillfället eller jämföra anbuden sinsemellan på dessa punkter. Att Tele2 valt att ange alternativen 1, 3 och 5 år utgör ingen skillnad i sak. Befintliga erbjudanden från tillverkarna om utökad garanti i flera varianter med olika omfattning och längd är desamma oavsett vilken återförsäljare som tillhandahåller dem. Vidare framgår det inte tillräckligt tydligt av kravet i punkten 7.3 vilka uppgifter som efterfrågas eller på vilken detaljnivå redogörelsens ska lämnas.

Avsikten med att bifoga ESPD var att bekräfta att några grunder för uteslutning inte förelåg, och inte att den preliminärt skulle ersätta andra efterfrågade uppgifter i upphandlingen. Det framgår tydligt av anbudet att några uteslutningsgrunder inte föreligger. Det vore oproportionerlig åtgärd att för-

kasta anbudet på grund av att ett godkännande lämnades på frågor som inte ens är tillämpliga.

För det fall att det skulle anses finnas brister i Ateas anbud är dessa orsakade av otydligheter i upphandlingsdokumentet. Det finns även anledning att förkasta anbuden från både Tele2 och Cygate.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

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).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 § LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling (4 kap. 9 § första stycket LOU).

Enligt 13 kap. 3 § 3 LOU får en upphandlande myndighet utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om myndigheten kan visa att leveran-

tören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas.

Av 13 kap. 4 § LOU följer att en upphandlande myndighet, innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning.

I 13 kap. 7 § LOU stadgas att en upphandlande myndighet när som helst under en upphandling kan utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen, om det visat sig finnas grund för uteslutning. En upphandlande myndighet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och skälen för det.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har dels uteslutit Tele2 från upphandlingen med stöd av 13 kap. 3 § 3 LOU, dels förkastat Tele2:s anbud med motiveringen att det obligatoriska kravet i punkten 7.2.2. i kravspecifikationen avseende funktionalitet i efterfrågade typkonfigurationer inte är uppfyllt.

Tele2 har invänt att skäl för uteslutning från upphandlingen inte föreligger och att anbudet dessutom uppfyller ovan nämnda obligatoriska krav i upphandlingen. Vidare har Tele2 framfört att Ateas och Cygates respektive anbud brister i obligatorisk kravuppfyllelse och att bolagens anbud därmed rätteligen borde ha förkastats.

Atea har för egen del framfört att upphandlingsdokumentet i relevant del varit otydligt och att såväl Tele2:s som Cygates anbud inte bör godtas. Av praxis får anses följa att förvaltningsdomstols prövning är begränsad till de yrkanden, grunder och omständigheter som Atea anför till stöd för att dess

eget anbud uppfyller de obligatoriska krav som Tele2 hävdar har brutit (se HFD 2011 ref. 29 och HFD 2013 ref. 24). Prövningen av vad Atea anfört i målet är således begränsad till sistnämnt förhållande.

I rättspraxis (se t.ex. EU-domstolens avgörande i mål C-100/12 Fastweb och Kammarätten i Jönköpings mål 2658-2667-13) har det klargjorts att en anbudsgivare, vars anbud rätteligen förkastats pga. bristande kravuppfyllelse, likväl kan riskera att lida skada för det fall kvarvarande anbud borde ha förkastats. Denna situation bör dock enligt förvaltningsrätten skiljas från de fall då en leverantör rätteligen anses ha uteslutits från en upphandling med stöd av bestämmelserna i 13 kap. LOU. I dessa fall torde i vissa fall bedömningen kunna göras att en korrekt utesluten leverantör inte längre bör betraktas som en potentiell leverantör även för det fall att den aktuella upphandlingen skulle göras om och att leverantören till följd härav inte heller kan anses riskera lida skada i den mening som avses i LOU. Prövningen skulle i ett sådant fall då uteslutningen bedöms vara befogad följaktligen, till skillnad från vad nyssnämnd praxis föranstaltar, begränsas till att endast avse frågan om uteslutningen av leverantören från upphandlingen. Med beaktande av det anförda finner förvaltningsrätten skäl att först pröva frågan om kommunen har haft rätt att utesluta Tele2 från upphandlingen med stöd av 13 kap. 3 § 3 LOU och de övriga invändningar som Tele2 framfört beträffande uteslutningen.

Tele2 har framfört att kommunen har brutit mot bestämmelserna i 13 kap. 4 och 7 §§ LOU genom att kommunen bl.a. inte beredde Tele2 tillräckligt med tid för att yttra sig över omständigheterna för uteslutningen och att skälen för uteslutningen inte angavs i tilldelningsbeslutet.

Förvaltningsrätten finner att kommunen inför meddelandet av uteslutningsbeslutet har uppfyllt sin kommuniseringsplikt enligt 13 kap. 4 § LOU. Vidare kan det varken ur LOU eller i dess förarbeten utläsas något krav på hur

lång svarstiden bör vara för det fall den upphandlande myndigheten berett leverantören tillfälle att yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning från upphandlingen. Särskilt med beaktande av att Tele2 får anses vara väl insatt i det aktuella avtalsförhållandet med kommunen, bedöms en sammanlagd tidsfrist om sju dagar vara skälig. Utifrån vad Tele2 har anfört i denna del föreligger således inte skäl för att ingripa mot upphandlingen.

Av 13 kap. 7 § andra stycket LOU följer att den upphandlande myndigheten snarast ska underrätta leverantören skriftligen om uteslutningsbeslutet och skälen för det. Även för det fall uteslutningsbeslutet meddelats inom ramen för tilldelningsbeslutet i upphandlingen finner förvaltningsrätten att skälen för uteslutningen ska anges. Något krav på att myndigheten i uteslutningsbeslutet uttömmande ska ange samtliga omständigheter som ligger till grund för beslutet torde emellertid inte finnas. Vidare innehåller vare sig förvaltningsprocesslagen (1971:291) eller bestämmelserna i LOU något krav på att de omständigheter som anförs till grund för parternas talan ska vara slutligt bestämda innan ansökningsfristens utgång eller vid någon särskild tidpunkt under prövningen i förvaltningsrätten. Med beaktande av de effektivitetshänsyn som bör råda i mål av detta slag samt med hänsyn tagen till att rätts säkerheten för Tele2 tillgodosetts genom den kommunikering som skett i målet, finner förvaltningsrätten, att övervägande skäl talar för att förvaltningsrätten har möjlighet att beakta även de under domstolsprocessen tillkommande skälen för kommunens beslut att utesluta Tele2 ur upphandlingen (jfr även HFD 2013 ref. 5).

Frågan härafter är således om kommunen har haft rätt att utesluta Tele2 från upphandlingen på den grunden att Tele2 har gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att bolagets redbarhet kan ifrågasättas.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att grund för uteslutning enligt 13 kap. 3 § 3 LOU föreligger. Vidare är det tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att det finns förutsättningar för uteslutning (jfr HFD 2013 ref. 61 och prop. 2015/2016:195 s. 1086).

Av alltjämt gällande rättspraxis framgår att begreppet ”allvarligt fel i yrkesutövningen” omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt hänseende och inte endast överträdelser i strikt mening av etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör. Att en ekonomisk aktör inte iakttar sina avtalsskyldigheter kan i princip utgöra fel i yrkesutövningen. Begreppet ”allvarligt fel” ska emellertid förstås så, att det vanligtvis åsyftar ett agerande från leverantörens sida som tyder på att leverantören har en felaktig avsikt eller har varit vårdslös i viss omfattning (se EU-domstolens avgörande C-465/11 Forposta SA). Enligt förvaltningsrätten är det fortsatt möjligt att bedöma avtalsbrott och en leverantörs ageranden i övrigt inom ett avtalsförhållande som ingåtts med stöd av upphandlingslagstiftning som allvarligt fel i yrkesutövningen. Något krav på att hävning, skadestånd eller jämförbar påföljd ska ha utgått kan inte utläsas i bestämmelsen i 13 kap. 3 § 3 LOU.

Kommunen gör gällande att Tele2 har brustit i sina åtagande gentemot kommunen och att dessa brister är av allvarligt slag. Enligt kommunen består felaktigheterna av (i) att ett stort antal switchar och routrar är utrange-rade ur datanätet men fortsatt finns i anläggningsspecifikationen (ii) att det i beräkningen för serviceutgiften inkluderats utrustning som saknar funktion och som det därmed inte finns behov av service för (iii) att det även inklude-rats produkter som inte ska ligga till grund för beräkningen av serviceavgif-ten. Till följd härav har den månatliga serviceavgiften, i vart fall för 2017 men även dessförinnan, varit för hög.

Tele2 har i huvudsak framfört att den fakturerade serviceavgiften har varit lägre än den avgift som rätteligen skulle ha fakturerats till följd av att viss utrustning som ska innefattas i beräkningsunderlaget för serviceutgiften inte har tagits upp. Därtill återfinns de facto en del av den utrustning i datanätet som kommunen påstår inte skulle finnas. Vidare är de så kallad trådlösa accesspunkterna att betrakta som switchar enligt avtalet, varför värdet på denna typ utrustning rätteligen legat till grund för beräkningen av serviceavgiften. Någon överetablering av avancerad utrustning har inte heller enligt Tele2 skett.

Förvaltningsrätten finner inledningsvis att det inte har visats att det enligt avtalet har ålegat Tele2 en sådan skyldighet att hålla anläggningsspecifikationen över switchar och routrar, vilken serviceavgiften ska grundas på, uppdaterad på ett sådant sätt som kommunen gör gällande. En frånvaro av en uppdaterad anläggningsspecifikation kan därmed, utifrån befintligt underlag, inte i sig utgöra ett avtalsbrott och därmed allvarligt fel i yrkesutövningen. Enligt förvaltningsrätten har det inte heller visats att det saknats en nätkarta över datanätet och att kommunen skulle saknat tillgång till denna typ av information under avtalstiden.

Enligt förvaltningsrätten har det inte heller gjorts sannolikt att Tele2 har fakturerat en för hög månatlig serviceavgift för datanätet till följd av att viss utrustning skulle vara uträdd. Det har inte kommit fram tillräckliga skäl att ifrågasätta vad Tele2 har framfört om att serviceavgiften har varit lägre än den som kommunen rätteligen skulle ha fakturerats på grund av att det bl.a. finns utrustning i datanätet som ska innefattas i beräkningsunderlaget, men som inte tagits upp i beräkningsunderlaget för serviceavgiften. Något underlag som påvisar motsatsen har inte heller presterats av kommunen i målet. Vad gäller de så kallade accesspunkterna (APs) anser förvaltningsrätten att det inte finns anledning att ifrågasätta Tele2:s förklaring om att accesspunkterna i datanätet används för samma ändamål som switchar. Det

har därmed inte gjorts sannolikt att Tele2 enligt avtalet skulle ha saknat rätt att ta ut en serviceavgift för dessa produkter. Enligt förvaltningsrätten har det inte heller klargjorts att viss utrustning i datanätet saknar funktion eller att överetablering av avancerad utrustning har skett. Sammantaget finner förvaltningsrätten att det material som finns att tillgå i målet inte gör det sannolikt att det förekommit någon felfakturerings av den månatliga serviceavgiften i form av överdebitering från Tele2:s sida.

Kommunen gör även gällande att Tele2, särskilt med beaktande av det långvariga avtalsförhållandet som varit mellan parterna, har agerat illojalt mot kommunen genom att prissätta produkter till ett belopp som vida överstiger det pris som tillämpas på den öppna marknaden. Till stöd för detta hänvisar kommunen bl.a. till en faktura.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är ostridigt mellan parterna att det aktuella avtalet inte innehåller någon reglering över hur prissättning av produkter ska ske. Till följd härav kan den aktuella prissättningen av de produkter som kommunen hänvisar till inte vara avtalsstridig. Enligt förvaltningsrätten har kommunen inte heller förebringat någon bevisning gällande att Tele2 systematiskt ska ha överprissatt produkter som vidare sålts till kommunen. Det har inte kommit fram skäl att ifrågasätta att Tele2 aktivt och kontinuerligt, under avtalstiden, sökt rabatter hos produktleverantörer och att kommunen härigenom har fått förmånliga produktpriser. Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte gjorts sannolikt att Tele2 i denna del har gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att kommunen inte har gjort sannolikt att Tele2 har gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som medför att bolagets redbarhet kan ifrågasättas. Kommunen har därmed inte haft rätt att utesluta Tele2 från upphandlingen med stöd av 13 kap. 3 § 3 LOU på sätt som skett.

Kommunen har även förkastat Tele2:s anbud på den grunden att ställt krav i punkten 7.2.2 i kravspecifikationen avseende funktionalitet i efterfrågade typkonfigurationer inte är uppfyllt. Förvaltningsrätten kan konstatera att aktuellt produktkrav utgör ett obligatoriskt tekniskt krav och att en bristande uppfyllelse av kravet således bör föranleda att anbudet inte kan godtas (se bl.a. HFD 2016 ref. 37). I målet är också klarlagt att den produkt med benämningen CX3560CX-12PC som Tele2 offererat i sitt skriftliga anbud inte möter de tekniska krav som efterfrågats och att ingivet anbud således var behäftat med en brist i förhållande till ett obligatoriskt krav.

Efter anbudstidens utgång begärde dock kommunen att Tele2 skulle förtydliga på vilket sätt den i anbudet offererade produkten uppfyllde ställt tekniskt krav. Tele2 framförde då att det rörde sig om en felskrivning och den produkt som var avsedd att offereras i anbudet och som ostridigt uppfyller ställt krav har beteckningen CX3560CX-12PD.

Tele2 gör nu gällande att eftersom initiativet till en åtgärd enligt 4 kap. 9 § LOU togs av kommunen, så har den en skyldighet att godta Tele2:s rättelse av påstådd felskrivning i anbudet.

Förvaltningsrätten finner att den omständigheten att kommunen framställt en begäran om förtydligande med stöd av 4 kap. 9 § LOU inte föranleder att kommunen måste godta samtliga uppgifter som en anbudsgivare lämnar efter en sådan begäran. Det är den upphandlande myndigheten som avgör om rättelser, förtydligande eller komplettering ska tillåtas. Sådana åtgärder måste nämligen vara förenliga med LOU och dessa allmänna principer däribland principerna om likabehandling och öppenhet.

I aktuellt fall har kommunen inte begärt att Tele2 ska rätta något fel i sitt anbud. Kommunen har inte heller accepterat någon rättelse av påstådd fel-

skrivning. Det finns heller ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att tillåta en åtgärd som begärs av en leverantör.

Av det ovan följer att kommunen har haft anledning att förkasta Tele2:s anbud på den grunden att bolaget inte uppfyller ställt obligatoriskt krav i punkten 7.2.2 i kravspecifikationen avseende funktionalitet i efterfrågade typkonfigurationer. Kommunen har därmed förfarit i enlighet med LOU genom att förkasta Tele2:s anbud på den angivna grunden.

Kommunen har även under överprövningsprocessen invänt att Tele2 inte uppfyller krav avseende registreringsskyldighet för F-skatt. Med beaktande av att förvaltningsrätten enligt ovan funnit att Tele2:s anbud redan vid anbudstidpunkten brustit i ett obligatoriskt krav och således inte varit aktuell som leverantör i upphandlingen bedöms inte finnas anledning att pröva den nya invändningen rörande F-skatt inom ramen för detta mål.

På sätt som angivits ovan har Tele2 enligt befintlig praxis och med beaktande att skäl för uteslutning inte bedömts föreligga, trots konstaterad brist avseende ett tekniskt obligatoriskt krav, ett berättigat intresse att få prövat huruvida att anbuden från Cygate respektive Atea kan godtas i upphandlingen.

Cygate respektive Atea har invänt att deras anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen.

Kommunen har i denna del framfört bl.a. att redogörelsen för erbjudna produktgarantier och produkter inte utgör obligatoriska krav i upphandlingen. De obligatoriska krav som ställts är enligt kommunen att leverantören ska kunna tillhandhålla alternativa produkter som kan erbjuda viss funktionalitet respektive att leverantören ska kunna erbjuda utökad garanti. Samtliga dessa krav anser kommunen att Atea och Cygate uppfyller.

Frågan blir därmed först om formuleringarna om efterfrågade redogörelser om produktgarantier och produkter i punkterna 7.1 och 7.3 i kravspecifikationen är att anses som obligatoriska krav i upphandlingen.

Av punkten 7.1 i kravspecifikationen framgår bl.a. följande.

Leverantören ska kunna erbjuda kompletterande produkter för befintlig nätverksinfrastruktur som är kompatibel och fungerar väl med kommunens befintliga utrustning.

Leverantören ska kunna erbjuda ett brett produktsortiment inom följande kategorier:

- Core-nät
 - Core Switch/Router
 - Controller för trådlöst nätverk
 - Brandvägg
- Distributions-nät
 - Switch/Router
 - Multiplexutrustning
- Access-nät
 - Switch/Router
 - Accesspunkt för trådlöst nätverk

Leverantören ska även kunna erbjuda utökad garanti, utifrån tillverkarens garantierbjudanden, för de fall kommunen efterfrågar detta.

Redogör för garantitider för erbjudna produktkategorier.

I punkten 7.3 i kravspecifikationen anges bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska även kunna tillhandahålla övriga alternativa produkter som kan erbjuda funktionalitet enligt följande:

- Virusdetektering
- Paketfiltrering
- URL-filtrering
- Applikationskontroll
- IDS och IPS (Intrångsdetekteringssystem)
- DLP –SSL-dekryptering
- Lastbalansering

Redogör för erbjudna produkter för respektive kategori/funktionalitet ovan.

Pris för erbjudna produkter anges ej i anbud utan överenskommes mellan parterna i samband med beställning.

I punkten 8.0 i kravspecifikationen anges bl.a. följande.

Leverantören ska besvara samtliga krav i Bilaga 3 Svarsbilaga.

Förvaltningsrätten anser att formuleringarna i punkterna 7.1 och 7.3 i kravspecifikationen avseende redogörelse för garantitider för erbjudna produkt-

kategorier och redogörelse för produkters funktionalitet är utformade såsom obligatoriska krav som måste uppfyllas. Vidare kan det inte ur upphandlingsdokumenten utläsas att dessa redogörelser inte ska lämnas i anbudet. Förvaltningsrätten finner att Cygate och Atea i sina anbud inte har lämnat efterfrågade redogörelser för garantitider för erbjudna produktkategorier och för respektive erbjudna produkters kategori/funktionalitet på ett sådant sätt som anges i kravspecifikationen. Cygate och Atea uppfyller således inte de obligatoriska kraven avseende redogörelserna i punkterna 7.1 och 7.3 i kravspecifikationen.

Eftersom Cygates och Ateas anbud, enligt det som ovan anförts, inte uppfyller ställda obligatoriska krav borde bolagens anbud förkastats av kommunen. Med hänsyn till detta anser förvaltningsrätten att kommunens förfarande vid upphandlingen har varit behäftat med brister av sådan beskaffenhet att förfarandet strider mot principen om likabehandling. Med beaktande av att Atea och Cygate är de enda kvalificerade anbudsgivarna i upphandlingen har Tele2 lidit skada till följd härav. Det föreligger därmed skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU och ansökan om överprövning ska därför på detta sätt bifallas.

Med anledning av bedömningen ovan finner inte förvaltningsrätten anledning att även pröva de övriga invändningar som Tele2 anført rörande Ateas och Cygates anbud.

Vad gäller valet av åtgärd finner förvaltningsrätten att tillräcklig åtgärd, trots att inga kvalificerade anbudsgivare kvarstår i upphandlingen, är rättelse med innebörden att en ny utvärdering görs varvid anbuden från Cygate respektive Atea inte ska beaktas. Detta motiveras med att det är den upphandlande myndigheten som i första hand äger frågan om upphandlingens fortsatta hantering när inget anbud i upphandlingen kan godtas för kontraktstilldelning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Tomas Kjellgren

Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Robert Larsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.