



| | |
|-------------------------|---------------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2017-09-01 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

KLAGANDE

Telenor Sverige AB, 556421-0309

Ombud: Advokat Ulrika Geissler och biträdande jurist Johan Mellenius
Time Advokatbyrå KB
Box 590
114 11 Stockholm

MOTPART

AB Härnösandshus, 556160-8430
Nybrogatan 13
871 31 Härnösand

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Härnösands beslut den 4 juli 2017 i mål nr 2498-17,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet från vidare handläggning.

YRKANDEN M.M.

Telenor Sverige AB yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att kammarrätten ska återförvisa målet till förvaltningsrätten för prövning i sak. Telenor Sverige AB yrkar också att kammarrätten interimistiskt ska besluta att AB Härnösandshus inte får ingå avtal innan något annat har beslutats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 16 kap. 6 § andra stycket lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK, får en överprövning av en upphandling inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

När en s.k. förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 8 § LUK gäller får enligt 16 kap. 10 § första stycket LUK den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

Tiodagarsfristen löpte i nu aktuellt mål t.o.m. den 14 juli 2017. Överklagandet kom in till förvaltningsrätten den 28 augusti 2017 och vidarebefordrades till kammarrätten samma dag. I målet är upplyst att avtal numera har tecknats med vinnande leverantör. Vid sådant förhållande saknar kammarrätten nu laglig möjlighet att pröva överklagandet. Målet ska därför skrivas av.

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



Peter Lir
kammarrättslagman
ordförande



Petra Ebbing
kammarrättsråd
referent

Jeanette Sundqvist
föredragande jurist



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND

BESLUT
2017-07-04
Meddelat i
Härnösand

Mål nr
2498-17 E

Sida 1 (7)

ABH

Bilaga F

SÖKANDE

Telenor Sverige AB, 556421-0309
116 88 Stockholm

Ombud: Sofie Aldén
116 88 Stockholm

MOTPART

AB Härnösandshus, 556160-8430
Nybrogatan 13
871 31 Härnösand

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1147) om offentlig upphandling av
koncessioner, LUK; fråga om avvisning

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar ansökan om överprövning.

Dok.Id 128837

| | | | | |
|------------------|--------------|--|---------------|-----------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| Box 314 | Backgränd 9 | 0611-46 06 00 | 0611-51 18 20 | måndag – fredag |
| 871 27 Härnösand | | E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se | | 08:00–16:00 |
| | | www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se | | |

BAKGRUND

AB Härnösandshus (Härnösandshus) genomför en upphandling av tjänst avseende kommunikationsnät inom sitt bostads- och lokalbestånd. En av de leverantörer som lämnat anbud är Telenor Sverige AB (Telenor). Av tilldelningsbeslut den 15 juni 2017 framgår att Härnösandshus valt Itux Communications AB som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Telenor ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget yrkar vidare att förvaltningsrätten beslutar att avtal inte får ingås innan något annat har beslutats (interimistiskt beslut). Till grund för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Härnösandshus har upphandlat en tjänstekoncession i den mening som avses i 1 kap. 13 § 2 LUK. Att Härnösandshus kvalificerat avtalet att inte omfattas av LOU eller LUK har ingen avgörande betydelse för huruvida de faktiskt är tillämpliga. I aktuellt fall är det uppenbart att upphandlingen rör en tjänstekoncession som omfattas av LUK. Vidare följer det av praxis att de grundläggande principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt om icke-diskriminering, öppenhet, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande är tillämpliga vid tilldelning av tjänstekoncessioner. Det framgår även av 4 kap. 1 § LUK att en upphandlande myndighet ska följa de grundläggande bestämmelserna. En upphandling som strider mot bestämmelserna kan överprövas enligt 16 kap. 6 § LUK. För att uppfylla kraven måste tilldelningskriterierna i förfrågningsunderlaget beskrivas tydligt, detta brister i aktuell upphandling. Enligt det aktuella förfrågningsunderlaget utgår utvärderingen från ska-kraven och vem av anbudsgivarna som bäst uppfyller dessa. Härnösandshus beskriver detta som "Samtliga krav poängbedöms efter vad anbudsgivarna har beskrivit i de inskickade handlingarna". Hur en anbudsgivare bäst uppfyller kraven, förutom att svara ja framgår inte. Vidare finns t.ex. ingen information om hur Tv-kanaler utöver vad som anges i förfrågningsunderlag i ska-krav nr 10 utvärderas. Trots att samtliga

tre anbudsgivare uppfyller ska-kravet har Telenor erhållit lägre poäng. Ett annat exempel är bedömningen av prislistorna för tjänsteleverantörer, ska-krav nr 14. Enligt kravet ska anbudsgivare bifoga en prislista. Det finns dock inte beskrivet hur priserna i prislistorna bedöms vid utvärderingen.

Vad gäller informationen i tilldelningsbeslutet framgår endast vilken anbudsgivare som vann samt information om att dennes anbud är det mest fördelaktiga och uppfyller ställda krav. Hur anbudsgivaren uppfyllt kraven i relation till andra anbudsgivare har inte redovisats på ett tydligt sätt. Telenor har efter att tilldelningsbeslutet fattades, fått ta del av en enkel sammanställning av givna poäng. Sammanställningen är dock även den bristfällig och saknar förklaring om hur Härnösandshus genomfört poängsättningen.

Förfrågningsunderlaget och tilldelningsbeslutet kan inte anses uppfylla de grundläggande principerna i LUK, vilket medfört att Telenor kommer eller kan komma att lida skada. Det saknas i förfrågningsunderlaget tydlig ledning för vad som krävs av en leverantör för att erhålla viss poäng. Det innebär att det inte är möjligt att avgöra på vilka grunder det vinnande anbudet getts högre poäng än Telenor. En poängsättning med allmänt hållna omdömen och otydliga eller obefintliga uppgifter om poängsättningen skapar ett utrymme för skönsmässiga bedömningar och godtycke. Bristerna i förfrågningsunderlaget skapar en oförutsägbarhet. De aktuella bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet och kan därför inte åtgärdas på annat sätt än att konkurrensutsättningen görs om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Denna lag gäller för upphandling av byggkoncessioner och tjänstekoncessioner som genomförs av en upphandlande myndighet eller enhet (upphandling av koncessioner). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte

att anskaffa tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av en koncession (1 kap. 2 § LUK).

Med *koncession* avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare, där

1. kontraktet utgör antingen en byggkoncession enligt 8 § eller en tjänstekoncession enligt 19 §,
2. ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, och
3. kontraktet innefattar att en sådan verksamhetsrisk som avses i 22 § övertas av koncessionshavaren (1 kap. 13 § LUK).

Denna lag gäller inte för koncessioner som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att

1. tillhandahålla eller driva ett allmänt kommunikationsnät, eller
2. för allmänheten tillhandahålla en elektronisk kommunikationstjänst.

Allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst har samma betydelse som i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (3 kap. 4 § LUK).

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget "Beskrivning" framgår bl.a. följande.

1.1 DISPOSITION AV DENNA ANBUDEFÖRFRÅGAN

Det här är en förfrågan om anbud avseende rollen som Kommunikationsoperatör (KO) i Härnösandshus kommunikationsnät i företags bostads- och lokalbestånd i Härnösands kommun samt som leverantör av en grundläggande TV-tjänst till Härnösandshus hyresgäster.

Förfrågan avser 1650 bostäder och ett mindre antal lokaler fördelade på cirka 31 stycken anslutningspunkter (noder).

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND

BESLUT

KO erhåller nyttjanderätt Härnösandshus kommunikationsnät med de begränsningar och skyldigheter som beskrivs i detta förfrågningsunderlag.

Denna upphandling genomförs enligt reglerna för tjänstekoncession och avslutas i form av ett avtal om en tjänstekoncession under 6 år med möjlighet till ytterligare 2 års förlängning.

2.2 Härnösandshus bredbandsstrategi

Utgångspunkten för Härnösandshus strategi är att de kommunikationsnät som Härnösandshus förfogar över ska utgöra grunden för alla de kapacitetskrävande digitala tjänster som hyresgäster och Härnösandshus själv utnyttjar.

Det kan på goda grunder antas att det finns en stigande efterfrågan på TV, Internet-access och andra digitala tjänster med höga krav på kvalitet. Härnösandshus är också övertygat om att när dagens barn- och ungdomsgenerationer blir företagets hyresgäster så kommer efterfrågan på kapacitetskrävande tjänster att vara stor. Då kommer företagets förmåga att erbjuda tillgång till riktigt bredband med ett rikt tjänstebud och konkurrensutsatta kunderbudanden från olika leverantörer att vara en framgångsfaktor i värderingen av Härnösandshus som hyresvärd.

Härnösandshus har inte för avsikt att själv aktivera, övervaka och drifva näten. Den uppgiften vill Härnösandshus överlåta på en specialist, en KO. Överlåtelsen sker genom ett affärsavtal där KO finansierar komplettering av passiva nät, aktivering av de passiva näten samt ansvarar för drift, övervakning, felavhjälpning och support av det förhyrda nätet samt leverans av en grundläggande tv-tjänst och en grundläggande tjänst för Internetsurf. I KOs uppdrag ingår även att uppdatera de områdesnät som är byggda i multimode till singlemode och att komplettera de lägenheter som saknar extra dubbelt uttag med detta. I avtalet preciseras KOs åtagande vad avser:

- Aktiv utrustning i nätet
- Tjänsteneutralitet
- Tjänstebudet inklusive en grundläggande tv-tjänst
- En grundläggande tjänst för Internetsurf
- Uppdatera ca 20 st områdesnät med multimode- och kopparnät till singlemode. (Bilaga 4 A-C)
- Komplettera ca 1635 lägenheter med lägenhetsnod och extra uttag. (Bilaga 2)

- Support och service
- Övervakning och drift av nätet
- Hyran för nyttjanderätten till Härnösandshus nät.

Av förfrågningsunderlaget "upphandlingsföreskrifter" framgår bl.a. följande.

Upphandlingsförfarande

Upphandlingen genomförs som en tjänstekoncession.

En tjänstekoncession av det här slaget omfattas inte av lagen om offentlig upphandling (LOU) eller Lagen om Koncessionsupphandling (LUK) vilket innebär att upphandlingen eller tilldelningen av kontrakt inte kan bli föremål för överprövning. Nätägaren kommer dock att iaktta det grundläggande EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande som gäller vid offentlig upphandling. Upphandlingen kommer även att genomföras i enlighet med branschrekommendationen "*Rekommendation -- Upphandling av Kommunikationsoperatör i öppna nät*".

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet är ostridigt att det är fråga om en tjänstekoncession. Frågan i målet är då om undantaget i 3 kap. 4 § 1 LUK är tillämpligt.

Av undantagsbestämmelsen framgår att LUK inte gäller för koncessioner som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva ett allmänt kommunikationsnät. I bestämmelsen framgår vidare att allmänt kommunikationsnät har samma betydelse som i lagen om elektronisk kommunikation.

Av 1 kap. 7 § lagen om elektronisk kommunikation framgår att allmänt kommunikationsnät är ett elektroniskt kommunikationsnät som helt eller

huvudsakligen används för att tillhandahålla allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster och som stödjer informationsöverföring mellan nätanslutningspunkter.

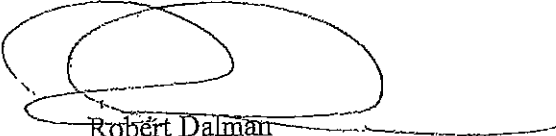
Det framgår av utredningen att den aktuella upphandlingen handlar om att Härnösandshus ska upplåta en nyttjanderätt till Härnösandshus kommunikationsnät samt att en kommunikationsoperatör bl.a. ska finansiera komplettering och support av nätet samt leverera TV- och bredbandstjänster till Härnösandshus bostads- och lokalbestånd.

Härnösandshus verksamhet i denna del utgör, enligt förvaltningsrättens mening, sådant tillhandahållande och drift av ett allmänt kommunikationsnät som avses i 3 kap. 4 § 1 LUK.

Eftersom upphandlingen därmed omfattas av undantaget i 3 kap. 4 § 1 LUK och då det också i övrigt saknas grund i lag eller författning för att få den aktuella upphandlingen överprövad i domstol, ska ansökan avvisas.

Vid denna utgång förfaller frågan om interimistiskt beslut och yrkandet därom föranleder därför ingen åtgärd.

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



Robert Dalman

rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Emma Sundelin.

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.

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 (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster 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. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 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.