



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2012-02-10
Meddelad i Karlstad

Mål nr
4477-11 E

SÖKANDE

Omnitor AB, 556558-4413
Box 92054
120 06 Stockholm

Ombud: Chefsjurist Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Örebro läns landsting
Upphandlingsenheten
Box 1613
701 16 Örebro

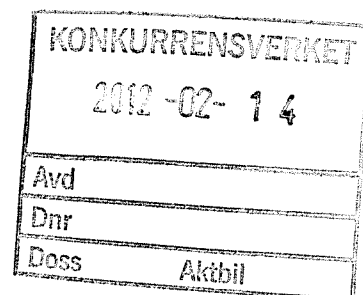
Ombud: Advokaten Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Omnitor AB:s ansökan om överprövning.



BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Örebro läns landsting (härefter Landstinget) har den 4 maj 2011 tecknat en avsiktsförklaring ("Letter of intent") med bolaget nWise AB avseende tjänsteleverans av bildtelefoni.net.

Omnitor AB ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ogiltigförklarar Landstingets överenskommelse om avsiktsförklaring med bolaget nWise AB. Omnitor AB yrkar i andra hand, såsom bolaget slutligen framställt sin talan, att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om med iakttagande av LOU.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

Omnitor AB anför i huvudsak följande som skäl för sin talan.

Bakgrund

Landstinget köper sedan tidigare varor och tjänster från nWise i anledning av den tjänst, "Bildtelefoni.net", som Landstinget avtalsenligt utför åt staten genom Post- och Telestyrelsen (härefter PTS). Landstingets nuvarande avtal med staten, genom PTS, löper ut den 31 december 2011. Upphandling av driften av "Bildtelefoni.net" för perioden 2012 till och med 2016 pågår för närvarande, i vilken landstinget har lämnat anbud. Skulle Landstinget vinna denna upphandling kommer Landstinget att behöva tillgång till löpande varu- och tjänsteleveranser under avtalsperioden. För att sålunda försäkra sig om erforderlig tillgång till varu- och tjänsteleveranser, för den händelse att Landstingets avtalsförhållande med staten genom PTS avseende ifrågasatt tjänst skulle komma att förlängas efter den 31 december 2011, har Landstinget den 4 maj 2011 slutit den nu aktuella avsiktsförklaringen med nWise.

Ogiltighetsförklaring

Avsiktsförklaringen har slutits utan föregående annonsering och även i övrigt utan iakttagande av principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. Omnitor, vilket såsom leverantör härigenom uteslutits från möjligheten att i konkurrens med nWise lämna anbud till Landstinget, har lidit eller riskerat att lida skada.

Avsiktsförklaringen, som innebär att för det fallet fortsatt behov uppstår åtar sig Landstinget att löpande köpa varor och tjänster från nWise till och med i vart fall utgången av 2016, utgör ett rättsligt förpliktande tillkännagivande av att Landstinget avser att direkttilldela nWise aktuella kontrakt. Landstinget har härigenom uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan (Jmf. mål C-26/03 *Stadt Halle*). Förutsättningar för att genomföra överprövning enligt LOU av Landstingets aktuella förfoganden föreligger därmed.

I vart fall måtte förvaltningsrätten förordna att Landstinget ska upphandla förevarande behov av aktuella varor och tjänster genom ett annonserat förfarande.

Landstinget anför i svar huvudsakligen följande.

Ett letter of intent är inte ett upphandlingskontrakt. Inte heller innebär ett letter of intent att upphandlingsförfarande har eller ska anses ha inletts. Letter of intent omfattar inte köp av varor. Landstinget köper tjänster från nWise enligt befintliga avtal. Någon skyldighet att upphandla kommande inköp till bildtelefoni.net genom annonserat förfarande föreligger inte.

Landstinget har av nWise upphandlat support och uppdateringar till datasystemet MMX (härefter systemet), genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 2 p LOU. Systemet omfattar inte endast plattform för förmedlingstjänsten bildtelefoni.net. nWise har ensamrätt till all källkod i mjukvarorna som finns i systemet. nWise är på grund av sin ensamrätt det enda bolag som kan leverera tjänster avseende systemet. Omnitor har inte lidit någon skada och kan inte heller komma att lida någon skada, varför bolaget inte är taleberättigat.

Parterna har sedan många år överenskomna villkor avseende support efter vilka nWise får ersättning för levererade tjänster. Något nytt supportavtal efter den 15 juli 2010 har inte ingåtts. Det föreligger inte någon skyldighet att annonsera direkttilldelning som kan komma att ske mot bakgrund av ensamrätt till källkod.

Ett letter of intent är i sig inte ett upphandlingskontrakt, det kan inte ogiltigförklaras. Det manifesterar endast parternas sedan lång tid etablerade avtalsrelation avseende support och utveckling av det befintliga systemet. Avsiktsförklaringen omfattar dessutom inte varuinköp som Omnitor påstår. Avsiktsförklaringen är upprättad för att möta de krav som PTS har ställt i sin upphandling.

Parternas avtalsrelation har inte upphört eller ersatts av en avtalsförklaring. Inte heller måste villkor förändras mot bakgrund av PTS upphandling.

Ensamrätt

nWise har upphovsrättskyddad ensamrätt till källkoden för programvarorna som ingår i systemet. Det innebär att det inte vore möjligt att köpa uppdateringar och support till systemet från annan leverantör. 4 kap. 5§ 2 p LOU är tillämplig varför Landstingets befintliga avtal om support, som är ingånget före den 15 juli 2010, inte då behövde annonseras, inte nu heller behöver annonseras eller senare kommer att behöva annonseras. Inte heller ska Landstinget åläggas att göra om upphandlingen med annonsering på grund härav.

Skadebedömning

Omnitor har ingen möjlighet att erbjuda support och uppdateringar till systemet eftersom bolaget inte har tillgång till de helt avgörande aktuella källkoderna och nödvändig know-how. Ingen annan än nWise, som för närvarande innehar ensamrätten, kan leverera den aktuella tjänst som nWise kommer att leverera avseende systemet. Omnitor förfogar inte över erforderlig källkod till systemet. Bolaget har inte lidit eller riskerat att lida skada. Av den anledningen är inte Omnitor taleberättigat.

Omnitor AB anför i svar bl.a. följande.

Letter of intent

Det ska enligt unionsrättslig praxis vara möjligt att föra tala om överprövning mot en upphandling från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Så som förevarande avtal har utformats innebär detta att parterna ömsesidigt givit uttryck för en vilja om underleveranser för det fall att Landstinget tilldelas nytt kontrakt med staten genom PTS i ytterligare drygt fyra år. Omnitor menar att den rättshandling som består däri innebär att Landstinget har uttryckt sin vilja att köpa varor och tjänster direkt från nWise på ett sätt som kan ha rättslig verkan.

Av utdrag ur Landstingets anbud till PTS framgår att det är fråga om underleverans från nWise som Landstinget har försäkrat sig om inför den aktuella upphandlingen avseende drift av tjänsten "bildtelefoni.net". Parternas avsikt har således varit att Landstinget utan ytterligare upphandlingsförfarande ska fylla sitt behov av underleveranser i samband med den aktuella driften genom beställningar från nWise.

Den såsom "Letter of intent" rubricerade kontraktshandlingen medför rättsverkan mellan parterna och har även åberopats av Lands-

tinget med en sådan innebörd. Kontraktshandlingen innefattar härigenom sådant avtal som kan förklaras ogiltigt med stöd av LOU.

Skulle förvaltningsrätten finna att avtal i aktuellt avseende ännu inte har slutits mellan parterna på ett sätt som medger ogiltigförklaring har Landstinget åtminstone uttryckt sin vilja att genomföra beställningar från nWise på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Förvaltningsrätten ska under sådant förhållande i vart fall förordna om att upphandlingen ska göras om med iakttagande av LOU.

Ensamrätt

Enligt svensk och unionsrättslig praxis ska varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU-fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt. Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.

För att ensamrätt i här relevant avseende ska anses föreligga krävs att Landstingets aktuella behov till följd av en legal ensamrätt inte kan tillgodoses på annat sätt än av nWise. Det måste således konstateras rättsligt omöjligt att fylla behovet på annat sätt och det är Landstinget som har bevisbördan för att så är fallet.

Det aktuella undantaget för legal ensamrätt ska exempelvis skiljas från faktiska ensamsituationer där den upphandlande myndigheten av praktiska skäl tror sig veta att enbart en viss leverantörs produkter eller tjänster kan komma i fråga. Sådana situationer omfattas inte av ensamrättsundantaget.

För det fall att dylika tekniska eller praktiska skäl talar för att endast viss vara eller process bör kunna komma ifråga måste den upphandlande myndigheten ändå upphandla genom ett annonserat förfarande med angivande av vilka tekniska specifikationer som i sådant fall erfordras. Myndigheten kan möjligen härvid hänvisa till viss vara eller process men måste i sådant fall tillfoga texten ”eller likvärdig”.

Det är enligt unionsrätten inte möjligt att inskränka en offentlig upphandling till en viss vara eller process utan att samtidigt medge att även likvärdiga varor eller processer kommer i fråga. Att, såsom Landstinget, därifrån gå till att över huvud taget inte genomföra något annonserat upphandlingsförfarande är än mindre tillåtet.

Medför upphovsrätten till MMX att ingen annan leverantör än nWise kan komma ifråga?

Som Landstinget framhåller i sitt yttrande finns det andra aktörer som kan erbjuda system med liknande funktioner som MMX. Likväl finns det på marknaden ett väl fungerande utbud av tjänster och produkter som är likvärdiga i förhållande till det som nWise enligt nu aktuella "letter of intent" ska tillhandahålla. Bland annat bör Omnitor kunna komma ifråga för en sådan anbudsgivning. MMX med nWise som leverantör är således inte den enda som kan komma ifråga för att uppfylla Landstingets behov.

Omnitor vill särskilt påpeka att MMX eller de tjänster som hittills har levererats i anslutning till driften av denna programvara aldrig någonsin har varit föremål för något offentligt upphandlingsförfarande.

Den av Landstingets påstådda ensamsituation har således tillskapats genom ett alltigenom rättsstridigt förfarande, som tydligen kan härledas till "början av 2000-talet". I detta sammanhang erinras om att ett kontrakt avseende löpande leverans av varor eller tjänster som regel inte får avse längre tid än fyra år. Bolaget nWise bildades för övrigt i mars 2008.

DOMSKÄL

Tillämplig lagstiftning

Enligt lagen (2011:1030) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, som trätt i kraft den 1 november 2011, ska äldre bestämmelser gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdande. Enligt förvaltningsrättens uppfattning ska det förevarande *letter of intent*, daterat den 4 maj 2011, vara bestämmande i frågan varför LOU i dåvarande lydelse ska anses tillämplig.

Förvaltningsrättens bedömning

Landstinget har invänt att Omnitor AB inte förfogar över erforderlig källkod till systemet och att bolaget därför inte har lidit eller riskerat att lida skada samt att Omnitor AB följaktligen inte skulle vara taleberättigad.

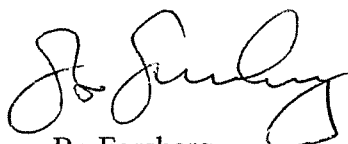
Upphandlingslagstiftningens leverantörsbegrepp innefattar dock alla fysiska eller juridiska personer som vill delta i en upphandling och det grundläggande rekvisitet för framställning om överprövning är att en leverantör anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada av något påstått missförhållande. Rätten finner mot denna bakgrund att det inte framkommit annat i målet än att Omnitor ska betraktas som leverantör i upphandlingslagstiftningens mening och att bolaget, såsom man framställt sin talan, får anses taleberättigat.

Omnitor AB har i första hand yrkat att rätten ska besluta att det avtal som slutits mellan Landstinget och nWise AB är ogiltigt eftersom avtalet slutits utan föregående annonsering och även i övrigt utan iakttagande av principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. Som utgångspunkt är dock *letter of intent* ett institut som manifesterar avsiktsförklaringar och det är här rättens uppfattning att det förevarande avtalet mellan Landstinget och nWise AB inte omfattas av upphandlingslagstiftningens kontrakts- eller avtalsbegrepp. Rätten finner inte heller, genom att bortse från hur partnererna valt att utforma avtalet, att förevarande *letter of intent* i saklig mening skulle kunna likställas med ett avtal som enligt upphandlingslagstiftningen kan angripas med ogiltighetstalan. Omnitor AB:s förstahandsyrkande ska till följd härav avslås.

Såvitt rätten förstår har Omnitor AB, såsom bolaget slutligen framställt sin talan, i andra hand yrkat att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om med iakttagande av LOU. I enlighet med förarbetsuttalanden (se prop. 2006/07:128 s. 447 och 568 samt prop. 2009/10: 180 s. 310) ska en upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud. Förvaltningsrätten finner dock inte att det *letter of intent* som Omnitor AB åberopat till stöd för sin talan, vare sig i

formellt eller sakligt hänseende, innebär att Landstinget har påbörjat en upphandling som genom överprövningsinstitutet kan rättas eller göras om. Redan på denna grund ska Omnitor AB:s andrahandsyrkande avslås.

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



Bo Forsberg

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Henrik Melin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas; anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU

