



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM

Avdelning 30

DOM

2019-01-07

Meddelad i Stockholm

Mål nr

20506-18

KONKURRENSVERKET	
2019-01-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Borderlight AB, 556595-6363

Ombud: Advokaterna Carl Bokwall och Lina Håkansson Kjellen samt
biträdande juristen Erik Sollenberg
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Skeppsbron 32
111 30 Stockholm

MOTPART

Polismyndigheten

Ombud: Advokat Mikael Nelson och biträdande juristen Bianca Rönngren
Time Advokatbyrå KB
Box 590
114 11 Stockholm

SAKEN

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 1023034

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd30.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30

YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Polismyndigheten har genomfört en upphandling av transmissionstjänster för datakommunikation, dnr PVS-937-7515/12. Upphandlingen gjordes genom ett förhandlat förfarande i enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS). Den 31 augusti 2018 beslutade Polismyndigheten att avbryta upphandlingen.

Borderlight AB

Borderlight AB yrkar att förvaltningsrätten ska ingripa mot upphandlingen. Bolaget menar att Polismyndighetens beslut att avbryta upphandlingen ska upphävas. Enligt bolaget har det funnits ett giltigt anbud från bolagets sida. Bolaget anser vidare att förutsättningarna för anskaffningen inte har ändrats på ett sådant sätt att upphandlingen kunnat avbrytas.

Polismyndigheten har inte sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen och har därmed avbrutit upphandlingen i strid mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna som kommer till uttryck i 1 kap. 16 § LUFSS. Bolaget hade tilldelats avtalet om det inte vore för att Polismyndigheten felaktigt hade avbrutit upphandlingen. Bolaget har därmed lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Polismyndighetens påståenden om förändringar i teknik, säkerhetspolitiskt läge och lagstiftning är allmänt hållna och det är oklart på vilket sätt och vid vilken tidpunkt Polismyndigheten menar att det har skett förändringar som har gjort det nödvändigt att ändra kraven och villkoren i den pågående upphandlingen. Polismyndigheten måste i vart fall vid den tidpunkt då tilldelningsbeslutet meddelades ha haft för avsikt att teckna kontrakt samt

ansett att upphandlingen motsvarade myndighetens behov. Vid den muntliga förhandling som hölls den 7 mars 2018 i samband med bolagets ansökan om överprövning av upphandlingen, försvarade Polismyndigheten sitt tilldelningsbeslut. Detta talar för att myndigheten även vid denna tidpunkt ansåg att upphandlingen motsvarade dess behov och att man avsåg att teckna kontrakt avseende upphandlingsföremålet. Det ifrågasätts att det under tiden från mars 2018, eller i vart fall juni 2018, fram till den 6 juli 2018 när Polismyndighetens nya strategi beslutades, skulle ha skett sådana avgörande eller genomgripande förändringar som innebär att de obligatoriska kraven och villkoren i upphandlingen måste ändras. Det gäller särskilt mot bakgrund av att Polismyndigheten utformat den pågående upphandlingen i syfte att säkerställa att de upphandlade tjänsterna kan anpassas efter ett föränderligt behov av kapacitet, tillgänglighet och volymer. Polismyndigheten anger t.ex. i anbudsinbjudan att antalet orter där myndigheten är verksam kan komma att variera under avtalstiden och att myndigheten ser en ökad bandbreddsanvändning under de kommande åren. Det kan vidare konstateras att alla kapacitetskrav, inklusive bandbredd, tillgänglighet och efterfrågade volymer, i upphandlingen går att ändra både i höjande och sänkande riktning. Samtliga förändringar som Polismyndigheten nu gör gällande kan därför genomföras inom ramen för den pågående upphandlingen.

Den totala avtalstiden på det upphandlade avtalet är sju år. Vidare hade Polismyndigheten räknat med en införandetid för den nya leverantören på 14 månader. Om avtal hade tecknats i enlighet med det ursprungliga tilldelningsbeslutet hade den nya transmissionstjänsten således kunnat vara införd tidigast i augusti/september 2018, dvs. under samma period som avbrytandebeslutet meddelades. Det förefaller inte sannolikt att Polismyndigheten skulle ha misslyckats med att uppskatta det framtida behovet och den framtida utvecklingen att syftet med upphandlingen skulle ha förfallit redan innan införandet av tjänsten hunnit färdigställas. Det framstår i stället som långt mer sannolikt att det egentliga skälet till avbrytandebeslutet

varit förvaltningsrättens dom i det tidigare överprövningsmålet och Polismyndighetens ovilja att rätta upphandlingen i enlighet med domen.

Den strategi (PM 2018:23) som Polismyndigheten hänvisar till antogs den 6 juli 2018, men arbetet med att ta fram strategin påbörjades redan under sommaren 2017. Det är oklart varför Polismyndigheten tillmäter strategin en sådan betydelse eftersom den endast innehåller övergripande målsättningar för Polismyndighetens verksamhet. Strategin innehåller inte något som ger stöd för att Polismyndigheten är i behov av en kraftigt förändrad transmissionskapacitet jämfört med vad som upphandlats.

Riksrevisionen har vidare publicerat en rapport under 2015 där det framhålls att den IT-relaterade brottsligheten ökar kraftigt. I anledning av rapporten inledde regeringen en dialog med Polismyndigheten avseende Riksrevisionens rekommendationer och Polismyndigheten skrev i december på sin hemsida att man välkomnar Riksrevisionens synpunkter och att det pågår en ett arbete med att stärka förmåga att arbeta mot IT-brott. Även Brottsförebyggande rådet konstaterar i en rapport från 2016 att den IT-relaterade brottsligheten ökar samt att ökningen varit tydlig sedan år 2006. Att den IT-relaterade brottsligheten ökar och att detta kan medföra operativa utmaningar för Polismyndigheten är alltså ingenting som har skett nyligen. Dessa omständigheter har förelegat och varit kända av Polismyndigheten under lång tid. Myndigheten har trots detta valt att meddela tilldelningsbeslut i upphandlingen och att försvara tilldelningsbeslutet i den överprövningsprocess där skriftväxlingen pågick till maj 2018. Att den ökade IT-brottsligheten skulle ha förändrat förutsättningarna för upphandlingen av transmissionstjänster förefaller därmed inte särskilt sannolikt.

Polismyndighetens antagna strategi beror inte på att det skulle ha skett en kraftig allmän datatillväxt inom myndigheten eller under i vilken tidsperiod denna tillväxt skulle ha skett. Polismyndigheten har för övrigt redan i

anbudsinbjudan förutsett en ökad bandbreddsanvändning. Det är därför oklart varför detta skulle utgöra en förändrad förutsättning eller skäl att avbryta upphandlingen. Under alla omständigheter kan det eventuellt ökade behovet av transmissionskapacitet tillgodoses genom den befintliga upphandlingen. Det framgår av förfrågningsunderlaget att Polismyndigheten har rätt att under avtalstiden utöka leverantörens åtagande avseende data-transmissionstjänsten genom beställning av leverans av tillkommande transmissionsuppkopplingar. På 97 procent av de adresser som varit aktuella i upphandlingen har Polismyndigheten efterfrågat en bandbredd på 100 Mbit/s eller lägre, vilket innebär att bandbredden på dessa adresser kan uppgraderas 100 gånger eller mer inom ramen för prislistan och Polismyndighetens obligatoriska krav att tillhandahålla anslutningar upp till 10 Gbit/s.

Eftersom lagstiftning uppdateras och förändras löpande ligger det i sakens natur att ny lagstiftning kan antas och träda i kraft under pågående upphandling. Ny lagstiftning kan därför inte i sig utgöra sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling. Polismyndigheten har varken redogjort för vilka förändringar i den nya lagstiftningen som innebär att Polismyndighetens behov av transmissionstjänsten har förändrats eller vilka förändringar i upphandlingen som är nödvändiga att göra i ljuset av den nya lagstiftningen. Det ifrågasätts att den nya lagstiftningen över huvud taget skulle påverka Polismyndighetens behov eller kravställningen i upphandlingen. Om så ändå skulle vara fallet tillgodoses dessa förändringar av den befintliga upphandlingen.

Upphandlingen annonserades i juni 2015, men förfrågningsunderlag med kravställning delgavs inte inbjudna anbudssökande förrän den 20 juni 2016. Det framstår som mycket osannolikt att Polismyndigheten inte skulle ha uppdaterat kravställningen i enlighet med den tekniska utvecklingen och Polismyndighetens behov från 2014 till juni 2016, dvs. under en period på

drygt 1,5 år. Av ett svar som Polismyndigheten lämnade på en fråga som ställdes av en anbudsgivare i upphandlingen, framgår tydligt att man vid utformningen av förfrågningsunderlaget beaktat den översyn av behovet som skett till följd av Polismyndighetens bildande, dvs. en översyn som genomförts först efter den 1 januari 2015. Avbrytandebeslutet avseende delområde 2 och 3 visar att Polismyndigheten löpande under upphandlingens gång sett över och bedömt om kravställningen motsvarat myndighetens behov. Eftersom delområde 1 inte avbröts samtidigt som delområde 2 och 3 är det uppenbart att Polismyndigheten vid denna tidpunkt fortfarande ansåg att kravställningen motsvarade behovet. En förändrad prisbild utgör under alla omständigheter inte sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling.

Polismyndigheten

Polismyndigheten anser att ansökan ska avslås.

Det har funnits sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Vidare hade bolaget inte tilldelats kontrakt vid en ny utvärdering och har därför inte lidit och riskerar inte att lida någon skada. Eftersom skaderekvisitet inte är uppfyllt föreligger det inte någon grund för ingripande mot beslutet. Giltigheten på bolagets anbud hade löpt ut.

Förutsättningarna för upphandlingen har väsentligen förändrats, vilket också utgör ett sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen. Den 15 februari 2018 tillträdde en ny rikspolischef och den 6 juli 2018 antog Polismyndigheten en ny strategi för myndighetens verksamhet fram till år 2024. Av strategidokumentet framgår bl.a. att Polismyndighetens operativa utmaningar ökat och att det har skett kraftig tillväxt av IT-relaterad brottslighet. För att datahanterings- och digitaliseringskraven ska kunna mötas och strategin kunna förverkligas krävs att Polismyndigheten tar till sig ny

teknik och nya systemstöd. Det har även skett en kraftig allmän datatillväxt inom Polismyndigheten, till följd av allt mer digitala beslag samt fler och mer utbyggda polisiära IT-system, vilket fordrar kraftigt förändrad transmissionskapacitet. Det nya kamerabevakningslag som nu trätt i kraft samt den nya säkerhetsskyddslag som förväntas börja gälla den 1 april 2019 innebär att väsentliga förändringar i Polismyndighetens verksamhet måste genomföras samt att nya krav ställs på myndigheten vad gäller digital säkerhet. I allmänhet har den tekniska utvecklingen hunnit långt sedan kravställningen formulerades mellan år 2012 och 2014. Segdragna rättsprocesser har inneburit att den teknik och kapacitet som tidigare upphandlades inte längre är tillräcklig eller framtidssäkrad. Upphandlingen avser ett sjuårsavtal och även om den innehåller flexibla inslag så är grundkraven numera för låga. Polismyndighetens tekniska skyddsmekanismer kräver förbättring och myndigheten behöver i större utsträckning än vid kravställande utforma en egen rådighet för att skydda informationstillgångar. Samarbetet kring bearbetning och analys av stora datamängder över stora geografiska avstånd, införandet av kameraövervakning och effektiviserade arbetsätt ställer väsentligen högre krav på kapacitet och bandbredd än vid utformningen av upphandlingen. Detta medför att obligatoriska krav avseende kapacitet, volymer och tillgänglighet behöver ändras så att inte tjänsterna redan i samband med driftsstart blir obsoleta. I upphandlingen finns exempelvis obligatoriska krav på 10 Gbit avseende högkapacitetsförbindelser, men Polismyndigheten har behov av 100 Gbit i delar av nätet. När upphandlingen annonserades kunde få leverantörer erbjuda 100 Gbit och kostnaderna var högre.

För det fall upphandlingen hade rättats på så sätt att förnyad anbudsutvärdering hade genomförts varvid bolagets anbud beaktats, hade bolaget inte kunnat tilldelas kontrakt. Utvärderingsgrunden i upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och upphandlingen genomförs med ett förhandlat förfarande där exempelvis både pris, införandet och webb-

portal kan omfattas av förhandlingen. Polismyndighetens bedömning är att bolaget inte hade tilldelats kontrakt vid denna utvärdering. Bolaget har därmed inte visat att det lidit eller riskerat att lida skada till följd av Polismyndighetens beslut att avbryta upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandena RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43 sammanfattat förutsättningarna för att enligt svensk rätt och EU-rätten besluta att avbryta en upphandling. Enligt domstolen har en upphandlande myndighet rätt att själv avgöra när en inledd upphandling behöver avbrytas. Till skillnad mot ett beslut att inleda en upphandling är ett beslut att avbryta en upphandling möjligt inom något snävare ramar. Ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt.

Som framgår av Polismyndighetens beslut om avbrytande ansåg myndigheten att förutsättningarna för den ursprungliga anskaffningen hade förändrats. Polismyndigheten har i detta avseende hänvisat till bl.a. den senaste tidens tekniska utveckling på området, försämrat säkerhetspolitiskt läge och ökad IT-relaterad brottslighet. Polismyndigheten har vidare hänvisat till ett i juli 2018 beslutat dokument om myndighetens strategi till år 2024.

Enligt förvaltningsrättens mening ger ovan beskrivna rättspraxis stöd för att en upphandlande myndighet har ett tämligen vitt handlingsutrymme när den överväger att avbryta en upphandling. De ovan angivna skälen i Polismyndighetens beslut framstår mot den bakgrunden som både godtagbara och icke godtyckliga. En ändrad strategi är därvid ett skäl som kan beaktas. Det finns också en koppling mellan 2018 års strategi och skälen i Polismyndighetens beslut. Vidare ska beaktas att anskaffningen gäller behov på ett område med hög teknikutvecklingstakt och att det förflöt närmare två år

mellan den ursprungliga kravställningen i juni 2016 och förvaltningsrättens ingripande mot upphandlingen i maj 2018. Mot bakgrund av motiveringen i Polismyndighetens beslut anser förvaltningsrätten därför att myndigheten har hållit sig inom det handlingsutrymme förutsättningarna för ett beslut om avbrytande kräver.

Även om det bolaget anfört ger stöd för att Polismyndigheten även kunde valt andra handlingsalternativ än att avbryta upphandlingen ger det inte något nämnvärt stöd för att myndigheten inte hållit sig inom ovan nämnda handlingsutrymme.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Polismyndighetens beslut att avbryta upphandlingen på ovan angivna skäl har vilat på sakligt godtagbara skäl, varit icke godtyckligt och inte strider mot de grundläggande principerna i EU-rätten. Det saknas mot denna bakgrund anledning att ta ställning till det parterna påstått i fråga om ändrad lagstiftning och anbudets giltighet. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Mattias Almqvist
Chefsrådman

Andreas Thörnroos har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

