



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2016-01-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
25629-15

KONKURRENSVERKET	
2016-01-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Borderlight AB, 556595-6363
Vretgränd 18
753 22 Uppsala

Ombud: Advokat Carl Bokwall och biträdande jurist Gabriella Kiluk
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Funcgens gränd 1
111 27 Stockholm

MOTPART

Solna stad
171 86 Solna

Ombud: Advokat Sara Li Olovsson och biträdande jurist Martin Bogg
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 694445

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

YRKANDEN M.M.

Solna stad genomförde en upphandling benämnd ”Datakommunikation och telefoni som tjänst” (KS/2013:353). Upphandlingen blev föremål för överprövning med resultatet att Kammarrätten i Stockholm beslutade att anbudsutvärderingen skulle göras om. Högsta förvaltningsdomstolen meddelade inte prövningstillstånd.

Den 16 november 2015 beslutade staden att avbryta upphandlingen. Som skäl angavs bl.a. att det genom kammarrättens dom framkom att kvalificeringskraven avseende anbudsgivarnas tekniska kapacitet inte varit tillräckligt tydliga för att kunna utgöra krav som kan användas för att säkerställa en viss nivå. En förnyad kvalificering av anbuden med de befintliga kriterierna skulle kunna leda till att en anbudsgivare som saknar för uppdraget nödvändig teknisk kapacitet ändå skulle befinnas vara kvalificerad. Solna stad angav också som skäl till avbrytandet att sedan kravinsamlingen och behovsanalysen som gjordes inför upphandlingen har 18 månader passerat och stadens behov har förändrats till följd av en digitaliseringsprocess vilket ställer nya tillgänglighetskrav på kommunikationsmiljön. Digitaliseringen kommer också innebära nya mobila arbetssätt som ökar kapacitetsbehoven på överförd data i mobilnätet. De i upphandlingen angivna tjänstenivåerna stämmer därför inte längre med behoven och de har därför väsentligen förändrats gentemot de krav som ställdes upp i upphandlingen.

Borderlight AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att Solna stads beslut om att avbryta upphandlingen ska upphävas och anför i huvudsak följande. Staden saknar sakliga skäl för att avbryta upphandlingen och det är inte förenligt med principen om likabehandling i 1 kap. 9 § lag (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Stadens första skäl för att avbryta upphandlingen är synnerligen godtyckligt eftersom det går ut på att staden vill skaffa sig en möjlighet att utforma sin kravställning så att bolaget inte kan komma i fråga för kontraktet. Av upphandlingshandlingarna framgår att stadens behov av de tjänster som ingår i upphandlingsföremålet

kommer att förändras, att leverantörens åtagande tar höjd för detta och att avtalsvillkoren är anpassade för att reglera ett förändrat behov. Upphandlingen är följaktligen utformad på ett sådant sätt att staden under avtalstiden kan hantera förändringar i stadens behov avseende kapacitet, typ av lösningar eller andra anpassningar till verksamheternas olika behov. Det är inte trovärdigt att stadens behov redan vid tidpunkten för den planerade driftstarten enligt upphandlingsunderlaget, dvs. augusti/september 2015, skulle ha förändrats så radikalt att upphandlingen förlorat sin mening. Stadens beslutsmotiv är allmänt hållna och inte konkreta. Ett avbrytande under angivna omständigheter är inte förenligt med transparensprincipen eftersom en anbudsgivare, om stadens skäl godtas, aldrig kan vara säker på att ett vunnet kontrakt eller vunen överprövningsprocess leder till i lagen avsett resultat.

Solna stads bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Staden har haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Beslutet att avbryta upphandlingen har hanterats i enlighet med sedvanliga rutiner hos staden. Bolagets anbud utvärderades inte till fullo eftersom det lades åt sidan när staden gjort bedömningen att bolaget inte uppfyllde samtliga kvalificeringskrav. Efter Högsta förvaltningsdomstolens beslut i september 2015 att inte meddela prövningstillstånd har staden utrett om kravspecifikationen i upphandlingen kunde möta de nya digitaliseringsmålen. Det är möjligt att avbryta en upphandling om kravställningen är felaktigt formulerad och inte kan säkerställa att upphandlingen genomförs enligt den upphandlande myndighetens behov. En upphandlande myndighet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att avsluta en påbörjad upphandling (C-92/00). EU-domstolen har även uttalat att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl. (C-27/98 Fracasso och Leitschutz). Den aktuella situationen kan jämföras med när en upphandlande myndighet inser att ett ska-krav måste ändras och vidtar en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. I sådana fall har den upphandlande myndigheten även en skyldighet att avbryta upphandlingen. Mot bakgrund av stadens beslut om digitalisering har stadens behov drastiskt

förändrats mot det behov som förelåg när upphandlingen annonserades och förutsättningarna har således väsentligen förändrats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkt för prövning

Enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Det förutsätts att alla anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet (se prop. 2006/07:128 s. 155).

Förvaltningsrättens bedömning

Utgångspunkten är att den upphandlande myndigheten själv har rätt att avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas, förutsatt att sakliga skäl för beslutet kan presenteras och att de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna iakttas (se t.ex. RÅ 2009 ref. 43). Det finns enligt rättspraxis inte någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att avsluta en påbörjad upphandling och ett beslut om att avbryta en upphandling är inte förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-27/98). Beslutet måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt.

Solna stad har angett att man beslutat att avbryta upphandlingen på grund av två skäl. Dels att de tekniska kvalificeringskrav som angavs i förfrågningsunderlaget inte var tillräckligt tydliga för att myndigheten skulle kunna säkerställa att anbuderna nådde upp till den tekniska kapacitet som krävdes för fullgörande av uppdraget, dels att den upphandlande myndighetens behov

förändrats genom en digitaliseringsprocess som Solna stad beslutat att genomföra och att detta innebär väsentligen förändrade förutsättningar. Bolaget har å sin sida bl.a. anfört att skälen till avbrytandet är godtyckliga och enbart grundar sig på att Solna stad inte vill anta bolaget som leverantör. Detta förutsätter dock att bolaget vunnit upphandlingen vilket i sin tur förutsätter att en ny utvärdering utförts, vilket inte är fallet. Den invändningen kan därför lämnas utan avseende enligt förvaltningsrättens mening.

Den omständigheten att Solna stad beslutat att det ska ske en digitaliseringsprocess vilken innebär att behovet avseende stadens kommunikationstjänster är förändrat jämfört med när upphandlingen inleddes framstår enligt förvaltningsrättens mening som ett sakligt och godtagbart skäl. Även den omständigheten att ett av kvalificeringskraven, efter att upphandlingen överprövats i domstol, bedömts som otydligt och att myndigheten därför anser att kravet behöver tydliggöras för att säkerställa att vinnande leverantör kan leverera den kapacitet myndigheten anser nödvändig för uppdraget framstår som ett skäl som vilar på saklig grund.

Förvaltningsrätten bedömer sammantaget att Solna stad haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen och att bolaget genom sin argumentation inte förmått påvisa att beslutet inte var sakligt godtagbart eller att de grundläggande principerna för offentlig upphandling eller EU-rätten trätts för när. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU)

Erik Hjulström
Rådman

