



**SÖKANDE**

Borderlight AB, 556595-6363

Ombud:

Advokat Eva-Maj Mühlenbock  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 1065  
101 39 Stockholm

**MOTPART**

Uppsala kommun, Kommunledningskontoret

Ombud:

Mathias Sylwan  
Sveriges Kommuner och Landsting  
118 82 Stockholm

**ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING**

Komnet 2009 steg 2, Ljussättning, övervakning och drift av fibernät i Uppsala kommun, dnr 07-080/044.945

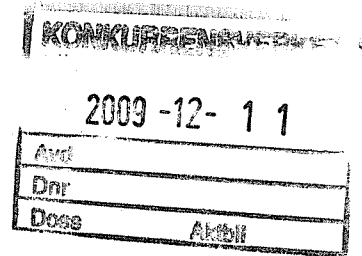
**SAKEN**

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

**LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Länsrätten bifaller Borderlight AB:s talan, innebärande att Uppsala kommuns beslut att avbryta upphandlingen ska ogiltigförklaras.

Länsrätten avslår kommunens yrkande att förhandsbesked från EG-domstolen ska inhämtas.



### BAKGRUND

Uppsala kommun (kommunen) valde i tilldelningsbeslut i december 2007 i upphandling avseende Komnet 2009 steg 2, Ljussättning, övervakning och drift av fibernät i Uppsala kommun, SYSteam Nät AB (SYSteam) som leverantör. Borderlight AB (bolaget) rangordnades poängmässigt som anbud nummer två. Genom dom den 25 mars 2008 i mål nr 2675-07 förordnade länsrätten att upphandlingen skulle rättas på så sätt att en ny utvärdering skulle göras varvid bolaget skulle tilldelas kontraktet i upphandlingen. Kommunen överklagade domen men varken kammarrätten eller Regeringsrätten meddelade prövningstillstånd varpå kommunen den 18 augusti 2008 beslutade att tilldela bolaget kontraktet i enlighet med länsrättens dom. SYSteam ansökte om överprövning och länsrätten avlog genom dom den 3 april 2009 i mål nr 198-09 ansökan om överprövning. SYSteam överklagade länsrättens dom men prövningstillstånd meddelades inte av vare sig kammarrätten eller Regeringsrätten. Den 15 september 2009 beslutade kommunen att avbryta upphandlingen på den grunden att tidpunkten för upphandlingens ursprungliga driftstart, den 1 februari 2009, har passerats och upphandlingen därmed inte kan fullföljas.

### YRKANDEN

Bolaget ansöker den 30 september 2009 om överprövning av kommunens upphandling och yrkar att länsrätten ogiltigförklarar kommunens beslut av den 15 september 2009 att avbryta upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till bolagets talan och anför som grund härför att kommunen har haft rätt att avbryta upphandlingen eftersom den angivna avtalstiden i förfrågningsunderlaget har passerats med nästan två år och kommunen valt att avropa en annan lösning på Vervas ramavtal avseende nätverksprodukter och tillhörande tjänster (6838/06). Kommunen har följaktligen inte längre behov av den operatörstjänst som upphandlingen om-

fattade. Vid ett bifall till bolagets talan yrkar kommunen att länsrätten först begär förhandsavgörande från EG-domstolen.

### **Bolagets talan**

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Kommunen har inte angett sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Ett avbrytande av en pågående upphandling är ett undantagsförfarande som enligt praxis endast kan ske under förutsättning att den upphandlande myndigheten kan visa sakligt godtagbara skäl för sitt beslut samt att myndigheten inte därigenom bryter mot LOU och de däri innefattande gemenskapsrättsliga principerna. Det kontrakt som ska tecknas i upphandlingen avser en löptid fram till den 31 januari 2012 med option till förlängning av kontraktet i tre plus tre år, det vill säga fram till den 31 januari 2018. Att angiven driftstart har passerats med några månader kan mot bakgrund härav inte anses utgöra annat än en marginell förändring av förfrågningsunderlaget och upphandlingens förutsättningar. Att avbryta upphandlingen av denna anledning innebär således inte att kommunen har sakligt godtagbara skäl för sitt beslut. En jämförelse kan göras med de förändringar av förfrågningsunderlag som kan tillåtas under ett upphandlingsförfarande. Av praxis följer att justeringar är tillåtna så länge dessa inte är väsentliga. Förändringar av kontraktsvillkoren kan också tillåtas efter ett upphandlingsförfarande. Vid väsentliga förändringar av kontraktsvillkoren måste en ny upphandling genomföras. Bolaget hänvisar till mål C-337/98, Kommissionen mot Frankrike, och EG-domstolens dom i mål C-454/06.

I förevarande fall är förändringen av kontraktsvillkoren, det vill säga förskjutningen av driftstart med några månader, av helt underordnad karaktär, särskilt med beaktande av den långa kontraktstid som stipuleras. Förskjutningen har därutöver helt förorsakats av kommunen och det kan därmed rimligen inte anses att kommunen har godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Det ska härvid noteras att i enlighet med länsrättens första dom

meddelade kommunen tilldelningsbeslut i upphandlingen redan den 18 augusti 2008, genom vilket bolaget tilldelades kontraktet. Tilldelningskontraktet har därefter varit föremål för diverse processuella turer, varvid kommunen har sökt få till stånd att kontrakt istället skulle tecknas med SYSteam. Tilldelningsbeslutet från augusti 2008 har dock stått sig och något nytt tilldelningsbeslut behöver inte fattas nu. Istället ska kontrakt tecknas med bolaget i enlighet med det tilldelningsbeslut som sedan länge gällt. Det ska också noteras att något interimistiskt förbud för kommunen att avsluta upphandlingen inte har förelegat sedan länsrättens interimistiska beslut upphävdes genom beslut den 5 september 2008. Kommunen har alltså kunnat avsluta upphandlingen sedan slutet av sommaren 2008, det vill säga mycket lång tid före kontraktets planerade driftstart. Trots detta och trots bolagets många påpekanden om att kontrakt rimligen borde tecknas med bolaget har kommunen valt att avvakta den av SYSteam fruktlöst förda processens utgång. I detta sammanhang ska även lyftas fram att kommunen under den tid som processen har pågått har låtit SYSteam leverera de tjänster som är föremål för upphandlingen och vilka bolaget rättligen skulle ha levererat.

Kommunen anser sig ha sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen, då kommunen har upphandlat aktuella tjänster från en leverantör som domstol funnit inte ska tilldelas kontrakt. Av kommunens ingivna handlingar framgår också att av Verva upphandlad ramavtalsleverantör återfinns som angiven part på första sidan i avropsavtalen. Det framgår dock med all tydlighet att den verkliga leverantören är SYSteam, som inte har något ramavtal med Verva. Den lösning som avropas är också exakt densamma som den som offererats av SYSteam i här aktuell upphandling. Ramavtalet gällde till och med den 31 juli 2009. Kommunen tecknade den 29 april 2009 avtalet med SYSteam om fyra plus två plus två år. Det kan också konstateras att kommunen tecknade driftavtalet med SYSteam redan i april 2009. Hade kommunen ansett att detta utgjorde ett sakligt godtagbart skäl

att avbryta upphandlingen hade man rimligen avbrutit upphandlingen redan då. Kommunen har således upphandlat aktuella tjänster från SYSteam, trots att domstol slagit fast att bolaget har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen och ska tilldelas kontraktet. Kommunens avrop och SYSteams leverans kan därmed rimligen inte läggas till grund för ett godtagbart avbrytande av här aktuella upphandling.

Att kommunen har valt att träffa avtal med SYSteam avseende upphandlingens kontraktsföremål kan inte innebära att kommunen har haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Den upphandlande myndigheten skulle i så fall alltid kunna skaffa sig sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling genom att träffa kontrakt med annan leverantör. Leveransen i detta fall är dessutom långt ifrån avslutad. Härutöver har kommunen inte heller haft rätt att träffa det aktuella avtalet med SYSteam. Vervas ramavtal upphörde att gälla den 31 juli 2009. I ramavtalet anges att ett avtal inte "bör" ingås för en längre tid än sex månader efter ramavtalets upphörande. Ett avrop avseende ett avtal om åtta år därefter måste helt klart anses stå i strid med avtalets ordalydelse och syfte och strida mot LOU. Bolaget bestrider vidare att det förhållandet att kommunen har investerat i hårdvara skulle utgöra godtagbara skäl för kommunen att genomföra avropet avseende driftavtal. Därutöver kan konstateras att kostnaden för avtalet avseende hårdvara etc. uppgick till ca 2 500 000 kronor och att kostnaden för driftavtalet kommer att uppgå till 10 000 000 kronor.

Kommunens påstående att kommunen avropat en annan lösning än den som är aktuell i upphandlingen är felaktig. Det kan härvid konstateras följande. Genom kommunens avtal med SYSteam förses exakt samma leveransadresser som är aktuella i upphandlingen med kommunikation och leveransadresserna har fått exakt samma beteckningar som används i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Exakt samma principer för nätstrukturen har använts i kommunens avtal med SYSteam, som framgår av både

förfrågningsunderlag och SYSteams tidigare offert. SYSteam har till kommunen levererat exakt samma typ av utrustning och exakt samma tekniska funktioner som SYSteam har offererat i den avbrutna upphandlingen. Direkt av det avtal som träffades mellan kommunen och SYSteam i oktober 2008 framgår att det avser ett "Avrop komnät 2009 steg 2", det vill säga den nu aktuella upphandlingens beteckning. De förändringar som föreligger mellan det avtal som ska tecknas i upphandlingen och det avtal som nu har träffats med SYSteam avser enbart villkorsförändringar till fördel för SYSteam. Mot bakgrund härav kan konstateras, dels att kommunen saknat rätt att teckna avtal med SYSteam, dels att för det fall kommunen ändå haft att välja mellan att teckna avtal med SYSteam genom Vervaavtalet och att teckna kontraktet med bolaget enligt gällande tilldelningsbeslut hade kommunen ändå haft att teckna avtalet med bolaget då ett avtal med bolaget objektivt sett skulle vara det ekonomiskt mest fördelaktiga för kommunen.

#### **Kommunens yttrande**

Kommunen bestrider att tidsförskjutningen endast skulle vara en fråga om "några månader". Enligt förfrågningsunderlaget skulle avtal tecknas för tiden den 1 januari 2008 – den 31 januari 2012 med option om ytterligare tre plus tre år. Provdrift skulle starta den 15 november 2008 och skarp drift den 1 februari 2009. När beslutet att avbryta upphandlingen togs hade alltså den angivna avtalsstarten passerats med mer än 20 månader, startdatum för provdrift med tio månader och startdatum för skarp drift med mer än sju månader. Det är därför högst sannolikt att kommunen hade gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling om man hade ingått avtal med bolaget. Kommunens rätt att avbryta upphandlingen i det uppkomna läget är inte beroende av vem som ska anses ha förorsakat tidsförskjutningen. Kommunen har haft rätt att avbryta upphandlingen också, eftersom kommunen inte längre är i behov av den operatörstjänst som upphandlingen omfattar. Eftersom kommunen inte kunde fullfölja upphandlingen som

avsett ansåg man sig tvungen att avropa en annan lösning på ramavtalet som upphandlats av Verva för bland annat kommunens räkning. Kommunen avropade i oktober 2008 utrustning, installation och konfiguration och därefter den 29 april 2009 drift m.m. för en tid om fyra plus två år.

Kommunen bestrider att man avropat en lösning från Networks Services som exakt motsvarar den lösning som SYSteam offererat i upphandlingen. Lösningen skiljer sig åt vad gäller det affärsmässiga upplägget men också vad gäller tekniken i vissa delar. Kommunen bestrider också att man skulle ha varit förhindrad att avropa på Vervas ramavtal eller att avropen skulle ha varit ett kringgående av LOU. Kommunen valde att på detta sätt köpa en annan lösning än den som upphandlingen avsåg eftersom man inte kunde invänta utgången i överprövningen av kommunens tilldelningsbeslut. Vervas ramavtal innehåller inget förbud mot att avropa avtal för en längre tid än sex månader efter det att ramavtalets giltighetstid upphört. Eftersom kommunen genom avropet i oktober 2008 investerade i hårdvara till en kostnad om 2 181 000 kronor samt installation och konfiguration till en kostnad om 385 000 kronor är det rimligt att kommunen ingår ett driftavtal som är betydligt längre än sex månader efter det att ramavtalets giltighetstid har löpt ut. Även om länsrätten skulle anse att kommunen inte hade rätt att avropa från Vervas ramavtal innebär detta inte att länsrätten kan tvinga kommunen att fullfölja den avbrutna upphandlingen. Kommunen hänvisar till SOU 2006:28. En överprövning kan inte rimligen leda till att en upphandlande myndighet tvingas köpa något man inte längre har behov av. Vidare hänvisar kommunen till Kammarrättens i Göteborg beslut den 10 april 2007 i mål nr 7213-06.

Hårdvaran i den lösning på Vervas ramavtal som kommunen har valt är för länge sedan både levererad och installerad. Kommunen har också erlagt betalning om sammanlagt 2 566 000 kronor. Redan genom köpet av hårdvaran hade kommunen inte längre något behov av den lösning som bolaget

erbjöd i upphandlingen. Av EG-domstolens dom i mål C-454/06 framgår att en upphandlande myndighet har ett mycket litet utrymme för att ändra avtalsförutsättningarna utan att upphandlingen förlorar sin ursprungliga identitet. Den tidsförskjutning som uppstått i den aktuella upphandlingen är en sådan förändring av avtalsvillkoren att kommunen inte kan teckna avtal med bolaget utan att riskera att göra en otillåten direktupphandling. Det kan inte uteslutas att en förskjutning av den tidpunkt då avtalet ska fullgöras innebär en snedvridning av konkurrensen till nackdel för potentiella anbudsgivare. Enligt kommunen skulle ett bifall till bolagets talan därför innebära ett avsteg från EG-domstolens praxis både vad gäller en upphandlande myndighets möjligheter att avbryta en upphandling och vad gäller möjligheterna att överenskomma om avtalsvillkor som avviker från de ursprungliga förutsättningarna i förfrågningsunderlaget.

Förutom leverans och installation av hårdvara har kommunen också avropat ett driftsavtal på Vervas ramavtal. Driftavtalet, som är på fyra plus två plus två år, avser drift av den hårdvara som kommunen har köpt. Enligt kommunen är punkten i ramavtalet gällande att avropsavtal inte bör ingås för längre tidsperiod än sex månader efter det att ramavtalets giltighet har upphört ingen skarp avtalsskyldighet utan en rekommendation. Rekommendationen måste sättas i relation till vad som avropas. Det är rimligt att ett avtal om drift av hårdvara omfattar en längre tid. Även om länsrätten skulle anse att kommunen inte borde ha tecknat ett så långt driftsavtal saknar detta betydelse för den fråga som ska prövas i målet. Den teknik som kommunen har köpt är inte exakt identisk med den som SYSteam erbjöd i upphandlingen. Hårdvaran innehåller ett annat våglängdssystem och andra switchar. Kommunen bestrider att den skulle ha ingått ett avtal som innebär ett sämre ekonomiskt utfall för kommunen är den tjänst som bolaget erbjöd. Enligt kommunens uppskattning blir det upplägg som valts sannolikt billigare för kommunen på sikt. Även om länsrätten skulle finna att lösningarna skulle vara identiska så innebär inte detta att bolagets talan ska



vinna bifall. Kommunen är inte skyldig att köpa samma sak två gånger eller ingå ett avtal som inte längre stämmer med de ursprungliga förutsättningarna i upphandlingen.

## SKÄL

### Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU stadgas följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

### Länsrättens bedömning

Av praxis följer att ett beslut om att avbryta en upphandling kan överprövas av domstol och att den prövningen ska göras av allmän förvaltningsdomstol (RÅ 2005 ref. 62). Den omständigheten att ett avtal redan föreligger utgör inte något hinder för överprövning enligt LOU (RÅ 2005 ref. 10). Möjligheten att avbryta en upphandling är begränsad. För att en upphandlande enhet ska ha rätt att avbryta en pågående upphandling krävs att enheten kan presentera sakliga skäl för beslutet att avbryta upphandlingen och att enheten när den fattar ett sådant beslut iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig förhandling (se bland annat Regeringsrättens avgörande den 4 juni 2009 i mål nr 4239-07). Regeringsrätten har som sakligt godtagbara skäl ansett bland annat att anbud överskridit den upphandlande enhetens budget och att endast ett giltigt anbud återstår (RÅ 2008 ref. 35, RÅ 2009 ref. 43 och Regeringsrättens dom i mål nr 4239-07).

Kammarrätten har härutöver ansett bland annat väsentligt ändrade förutsättningar för uppdragets genomförande, jämte att endast ett anbud var giltigt, som sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling (Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 7263-05).

I förevarande fall har kommunen avbrutit den aktuella upphandlingen på grund av att den i förfrågningsunderlaget angivna avtalstiden har passerats med nästan två år och att kommunen valt att avropa en annan lösning på ramavtalet och inte längre är i behov av den tjänst som upphandlingen omfattar.

Vad gäller omständigheten att avtalstidens starttidpunkt har passerats gör länsrätten följande bedömning. I målet har förfrågningsunderlaget inte förrevisats men av parternas inlagor framgår att upphandlingen avsåg att avtal skulle tecknas för tiden den 1 januari 2008 – den 31 januari 2012 med option till förlängning. Eftersom bolaget i december 2007 begärde omprövning av kommunens tilldelningsbeslut och upphandlingen enligt länsrättens beslut inte fick avslutas innan länsrätten förordnat något annat slöts inte något avtal innan avtalstiden enligt förfrågningsunderlaget började löpa. Först i augusti 2008 fattade kommunen ett nytt tilldelningsbeslut enligt vilket bolaget valdes som leverantör. Det interimistiska beslutet upphävdes av länsrätten den 5 september 2008. Kommunen kunde därför från detta datum skriva kontrakt med bolaget avseende den tjänst som upphandlingen omfattade, vilket emellertid aldrig skedde. Kommunen gjorde gällande att den ville avvakta rättens avgörande beträffande SYSteam's begäran om överprövning

Enligt länsrättens bedömning är omständigheten att avtalstidens start fick skjutas fram på grund av rättsliga processer inte en sådan omständighet som innebär att det är fråga om en ändring av en väsentlig förutsättning i förfrågningsunderlaget. För att en ändrad förutsättning ska betraktas som

ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling bör dessutom rimligen krävas att den upphandlande enheten avbryter upphandlingen inom rimlig tid från att den ändrade förutsättningen blev känd. I förevarande fall var avtalets starttid passerad redan när länsrätten meddelade sin dom den 25 mars 2008. Inte heller kommunen kan således ha ansett det vara fråga om en förändring av en väsentlig förutsättning i förfrågningsunderlaget, eftersom kommunen inte avbröt upphandlingen förrän i september 2009. Länsrätten finner mot denna bakgrund att det faktum att avtalstidens start har passerats i förevarande fall inte är ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Kommunen har därför inte haft rätt att avbryta upphandlingen på denna grund. Den av kommunen åberopade domen från EG-domstolen i mål C-454/06 föranleder ingen annan bedömning.

Eftersom det inte varit fråga om en egentlig förändring av förutsättningarna i förfrågningsunderlaget finner länsrätten att det inte finns stöd för kommunens påstående att den sannolikt skulle ha gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling om den skrivit kontrakt med bolaget avseende den aktuella tjänsten. Enligt länsrättens mening borde kommunen, för det fall den ville avvakta rättens avgörande beträffande SYSteam's begäran om överprövning men var i behov av den aktuella tjänsten, ha skjutit fram avtalsperiodens start och i avvaktan på avgörande direktupphandlat tjänsten enligt 15 kap. 3 § LOU.

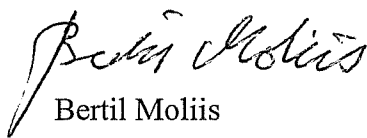
Vad gäller kommunens påstående att den inte längre behöver den tjänst som upphandlingen omfattade och att kommunen därför har haft rätt att avbryta upphandlingen gör länsrätten följande bedömning. I målet är ostridigt att kommunen genom avrop på ramavtal har ingått ett avtal med SYSteam och därmed är försedd med den tjänst som upphandlingen omfattade. Det finns i målet inte belägg för kommunens påstående att den har avtalat om en helt annan lösning än den som offererades kommunen av SYSteam i upphandlingen. Enligt länsrättens mening är den omständigheten att en

upphandlande enhet på annat sätt än genom upphandling försetts med det upphandlingen omfattade i sig inte ett sakligt godtagbart skäl för att avbyta en upphandling. Det vore orimligt om en upphandlande myndighet på detta sätt skulle kunna kringgå bestämmelserna i LOU. Länsrätten finner således att kommunen inte heller på denna grund har haft rätt att avbryta upphandlingen.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att kommunen inte har visat att det förelåg några sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Bolagets talan ska därför bifallas.

Kommunen har begärt att länsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen. Enligt artikel 234 i EG-fördraget har en nationell domstol rätt att begära förhandsavgörande när det är fråga om en gemenskapsrättslig tolkningsfråga och då den nationella domstolen bedömer att ett klargörande i denna del är nödvändigt för att kunna döma i saken. Enligt länsrättens bedömning föreligger i förevarande mål inte skäl för att inhämta ett förhandsavgörande. Kommunens begäran ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1 A)



Bertil Moliis

rådman

LIÅ