



**SÖKANDE**

1. Borderlight AB, 556595-6363
2. Primlight AB, 556830-6012

Ombud för 1 och 2: Advokaterna Carl Bokwall och Lina Håkansson Kjellén  
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB  
Skeppsbron 32  
111 30 Stockholm

**MOTPART**

Uppsala kommun

Ombud: Advokaterna Arvid Bard Bringéus och Gabriel Lidman  
Bird & Bird Advokat KB  
Box 7714  
103 95 Stockholm

**SAKEN**

Lagen (2016:1155) om offentlig upphandling, LOU

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avskriver målet i den del det avser Borderlight AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten avvisar Primlight AB:s ansökan om överprövning.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Uppsala kommun genomför upphandling benämnd Datakommunikation som tjänst, Dnr KSN-2017-1626. I tilldelningsbeslut den 23 april 2019 förkastades anbud från Borderlight AB (Borderlight) på grund av bristande kravuppfyllnad.

Borderlight ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet och bestred grunderna för förkastandet.

Under överprövningsprocessen har Borderlight hamnat på ekonomiskt obestånd och en företagsrekonstruktion inleddes i juli 2019.

Enligt avtal om överlåtelse den 20 augusti 2019 har Primlight AB (Primlight) förvärvat Borderlights hela rörelse avseende operatörsverksamhet, Internettjänster, WAN-tjänster, LAN-tjänster, fast och mobil telefoni och andra datatransmissionstjänster.

Kommunen uteslöt Borderlight från upphandlingen den 30 augusti 2019.

Primlight anför i skrift till förvaltningsrätten den 20 september 2019 följande. Primlight har till följd av följd av företagsomstrukturering övertagit Borderlights anbud i målet jämte Borderlight.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Förvaltningsrätten prövar först frågan om utslutning av Borderlight enligt bestämmelserna i 13 kap. LOU.

Enligt 13 kap. 3 § p. 2 a-d LOU får en upphandlande myndighet utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om leverantören

- a. är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden,
- b. är föremål för tvångsförvaltning,
- c. har ingått ackordsuppgörelse med borgenär, eller
- d. har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett förfarande enligt nationella lagar och andra författningar som liknar dem som avses i a-c.

Enligt 13 kap. 5 § LOU ska en leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 3 § inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att ha ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet, klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden. De åtgärder som leverantören har vidtagit ska bedömas med beaktande av brottets eller missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa.

I förarbetena till bestämmelsen i 13 kap. 5 § LOU anges bland annat följande. Förutsättningarna enligt paragrafen ska vara uppfyllda innan beslut om uteslutning fattas vilket innebär att en utesluten leverantör inte kan återinträda och fortsätta att delta i upphandlingen av det skälet att förutsättningarna enligt paragrafen har uppfyllts efter det att beslutet om uteslutning har fattats. För att bestämmelsen ska leda till att en upphandlande myndighet underlåter att besluta om uteslutning, krävs vidare att förutsättningarna i samtliga tre punkter är uppfyllda (prop. 2015/16:195, s 1089).

13 kap. 5 § LOU innebär således att uteslutning inte sker om uteslutningsgrunden bortfallit. Enligt förvaltningsrättens uppfattning är bestämmelsen specifikt hänförlig till den leverantör som omfattas av uteslutningsgrunden. Den möjlighet till självsanering som regeln ger uttryck för avser således

endast det bolag som hotas av uteslutning. Det går inte av lagtext eller förarbeten att utläsa att det skulle vara möjligt för ett bolag att överlåta ett deltagande i en pågående upphandling till ett annat företag och därigenom eliminera grunden för uteslutningen.

I det nu aktuella fallet har Borderlight kommit att uteslutas i enlighet med 13 kap. 3 § LOU. Det har inte framkommit annat än att uteslutningen har varit korrekt grundad och att det inte funnits skäl för kommunen att avstå från att utesluta Borderlight från upphandlingen. Överlåtelsen av Borderlights verksamhet till Primlight har inte medfört att grunden till att Borderlight skulle uteslutas har upphört. Förvaltningsrätten kan med hänsyn härtill inte finna att överlåtelsen från Borderlight till Primlight har utgjort en sådan organisatorisk förändring som 13 kap. 5 § LOU avser.

Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att Borderlight inte längre kan anses vara part i den nu aktuella överprövningen. Borderlights talan ska därför avskrivas.

Primlight anför att bolaget trätt i Borderlights ställe i upphandlingen och anför därvid bland annat att det föreligger rätt till partsbyte i enlighet med 17 kap. 13 § LOU. Kommunen anför å sin sida att Primlight saknar talerätt samt att ett sådant partsbyte som det här är fråga om kräver den upphandlande myndighetens medgivande.

Den fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är således om Primlight har talerätt i målet.

Av 17 kap. 13 § LOU framgår att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras genom att en leverantör byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling om den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar,

inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, och inträdet inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet eller ramavtalet.

Enligt ordalydelsen i 17 kap. 13 § LOU regleras möjligheten till leverantörsbyte i upphandlade kontrakt och ramavtal. I vägledande avgörande har bestämmelsen tillämpats analogt även vid leverantörsbyte under pågående upphandlingsförfarande (jfr bland annat Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 5090-18). Som skäl för en sådan tolkning bedömdes att kommersiellt motiverade och civilrättsligt giltiga företagsomstruktureringar annars skulle försvåras eller att deltagande i upphandlingsförfaranden förhindras. Det var fråga om att utvärdera ett anbud från ett helägt dotterbolag som efter att anbudet getts in men före tilldelningsbeslutet fusionerats med sitt dotterbolag.

I det nu aktuella målet är situationen enligt förvaltningsrättens mening helt annorlunda. Det är fråga om partsbyte *efter tilldelningsbeslut och förkastande av anbud*. En konsekvens av att tillåta ett sådant förfarande som Primlight har hävdats skulle vara att en anbudsgivare som inte ens haft möjlighet att kvalificera sig till en upphandling vid en efterföljande överprövningsprocess *alltid* skulle kunna överlåta sitt anbud till en annan leverantör som inte lämnat något anbud. Ett sådant byte innebär ett brott mot LOU och de gemenskapsrättsliga principerna för upphandling.

För att det överhuvudtaget ska kunna finnas ett anbud som kan accepteras i en upphandling måste det finnas en kvalificerad, icke utesluten, anbudsgivare. Genom att Borderlight inte har kunnat undvika uteslutningen har det heller inte funnits möjlighet att överlåta något anbud till Primlight. Primlight har inte deltagit i upphandlingen och har inte lämnat något anbud. Eftersom Primlight således saknar talerätt ska bolagets talan avvisas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05)

Per-Erik Nistér  
tf. rådman

Beslutet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



## 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](http://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.