

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 1 Enhet 12

DOM
2014-09-18
Meddelad i
GöteborgMål nr
5200-14**SÖKANDE**

Borderlight AB, 556595-6363

Ombud: Advokaterna Carl Bokwall och Lina Håkansson
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm**MOTPART**Västra Götalandsregionen
462 80 Vänersborg**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför en upphandling (förhandlat förfarande) av datakommunikations- och teleoperatörstjänster med diarienummer SN 245-2013. Den 30 april 2014 beslutade VGR att avbryta upphandlingen i den del som avser datakommunikationstjänster. Som skäl för beslutet angavs att VGR numera har tillgång till sådan information avseende förbindelser att utvärderingsmodellen inte längre säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

YRKANDEN M.M.

Borderlight AB (bolaget) ansöker om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen av datakommunikationstjänster och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva beslutet. Till stöd för sin ansökan anför bolaget följande.

Av motiveringen till beslutet framgår endast att VGR erhållit ny information om förbindelser och att detta gör att utvärderingsmodellen inte längre fungerar. Ytterligare information om skälen bakom beslutet har efterfrågats, men VGR har endast hänvisat till beslutet och vad som anges där. Avbrytandebeslutet uppfyller inte kravet på transparens enligt 1 kap. 9 § LOU.

Utvärderingsmodellen, i dess nuvarande utformning, har tagit höjd för VGR:s samtliga potentiella behov, både avseende geografisk spridning och kapacitet. Enbart det faktum att det är möjligt att ytterligare förtydliga utvärderingsmodellen utgör inte sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Det ska vara fråga om helt nödvändiga ändringar som medför att anbudsförutsättningarna ändras. Det saknas konkret information om vilka uppgifter i förfrågningsunderlaget som VGR menar är felaktiga och i

vilken omfattning de avviker från det verkliga behovet. VGR har fullt medvetet utformat utvärderingsmodellen på det sätt som gjorts och medvetet valt att inte utvärdera priser för en viss exakt kapacitet på en viss adress. Även om VGR skulle ha reviderat sin uppfattning om sitt behov efter att upphandlingen inletts har denna information inte förändrat anbuds-förutsättningarna. Den s.k. nya informationen hade inte på något sätt förändrat utfallet i upphandlingen. Även om VGR hade baserat det antal av varje tjänst som ska utvärderas på siffrorna i prognosen istället för de fiktiva siffrorna hade anbudsgivarnas priser sett likadana ut. Detta eftersom priset per förbindelse inte påverkas av antalet förbindelser, utan vilken kapacitet det är fråga om och var anslutning sker. Det stämmer inte att utvärderingsmodellen inte förmår att peka ut det bästa anbudet givet VGR:s behov eller att den påstått nya informationen gör det nödvändigt att utforma utvärderingsmodellen annorlunda. Därmed utgör ny information om VGR:s behov inte sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Det verkliga skälet för att avbryta upphandlingen synes vara en plan på ett gemensamt nätbolag med regionens kommuner och stadsnätbolag. Syftet med ett gemensamt nätbolag är att helt eller delvis tillgodose VGR:s behov av förbindelser. Mindre än en månad innan VGR beslutade att avbryta upphandlingen skickades material ut till samtliga kommuner och stadsnätbolag i regionen med en förfrågan om att gå med i ett regionalt bredbandsbolag. Det är därför uppenbart att VGR:s egentliga skäl för avbrytandet är att låta hela eller delar av behovet av förbindelser omhändertas i ett egenregialternativ. Det är inte tillåtet att avbryta en pågående upphandling för att istället täcka sitt behov genom ett egenregialternativ, om det inte kan visas att detta är den bästa lösningen givet anbuds-förutsättningarna i den påbörjade upphandlingen. I detta fall utgörs egenregialternativet av ett ännu inte bildat bolag. Egenregialternativets fördelar relativt de lämnade anbuden går därför inte att bedöma. Eftersom det är omöjligt att göra en objektiv utvärdering av egenregialternativet har det inte varit tillåtet att

avbryta upphandlingen för att tillgodose behovet på detta sätt. Att det gemensamma nätbolaget möjligen inte kan tillhandahålla tjänster på nivå tre utgör inte något hinder mot att övriga delar lyfts ut och läggs i egenregi-alternativet.

Bolagets anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav. Om upphandlingen inte hade avbrutits hade bolaget tilldelats kontraktet, varför bolaget har lidit eller riskerar att lida skada.

VGR motsätter sig ansökan och anför följande.

Utvärderingsmodellen bygger på fiktiva uppgifter om VGR:s behov av den upphandlade tjänsten eftersom myndigheten vid den aktuella tidpunkten saknade uppgift om aktuella och framtida behov. Vid utvärderingen stod det emellertid klart att de fiktiva siffrorna i utvärderingsmodellen inte överensstämde med VGR:s verkliga behov. Det är uppgifter om *vilken kapacitet* som behövs och *var* myndigheten behöver en specifik kapacitet som utgör den nya information som ändrat förutsättningarna för att lämna anbud. Den annonserade utvärderingsmodellen har gjort det möjligt för anbudsgivarna att ange priser för kapacitet på platser som inte motsvarar VGR:s behov. Utvärderingsmodellen säkerställer därför inte att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Under anbudstiden var det endast den befintliga leverantören som hade kännedom om VGR:s behov av den upphandlade tjänsten. Det har även kommit fram att andra potentiella anbudsgivare under anbudstiden haft svårigheter att fastställa myndighetens behov utifrån det annonserade förfrågningsunderlaget. Eftersom det inte gick att utesluta att anbudsgivarna skulle ha utformat anbuderna annorlunda om uppgifterna om myndighetens verkliga behov kommit till uttryck i utvärderingsmodellen fanns det en risk att denna på ett otillbörligt sätt gynnade den befintliga leverantören. VGR har nu tillgång till 2015 och 2016 års prognoser över myndighetens verkliga framtida kapacitetsbehov. Av-

sikten är att utifrån dessa uppgifter annonsera ett nytt förfrågningsunderlag. Genom att i utvärderingsmodellen ta hänsyn till myndighetens nu kända behov kan avsikten att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet realiserars. Det bestrids att bildandet av ett regionalt bredbandsbolag skulle utgöra det egentliga skälet till att upphandlingen avbrutits. Det finns sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Eventuella brister i det skriftliga beslutets utformning kan inte i sig anses innebära att avbrytandebeslutet ska upphävas. Vidare har bolaget inte lidit eller riskerat att lida skada på grund av den påstådda överträdelsen eftersom dess anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Den grundläggande frågan i målet är om VGR haft rätt att avbryta upphandlingen.

Av EU-domstolens praxis framgår att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (C-92/00 HI, punkterna 40-41). EU-domstolen har också uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl (C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25). Ett beslut att avbryta en upphandling måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (RÅ 2009 ref. 43). EU-domstolen har vidare uttalat att sakliga skäl kan bestå i att den upphandlande myndigheten på grund av fel som den själv begått inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (C-244/02 Kauppatalo Hansel). Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det finns sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Utgångspunkten är att en upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas, även om möjligheten att avbryta en upphandling är begränsad på så sätt som anges ovan.

De huvudsakliga skäl som VGR åberopar till stöd för sitt beslut att avbryta upphandlingen är att förutsättningarna i upphandlingen har ändrats och att utvärderingsmodellen inte säkerställer att det för VGR mest fördelaktiga anbudet antas. VGR anger att det är uppgifter om vilken kapacitet som behövs och var myndigheten behöver en specifik kapacitet som utgör den nya information som har ändrat förutsättningarna. Enligt VGR har utvärderingsmodellen gjort det möjligt för anbudsgivarna att ange priser för kapacitet på platser som inte motsvarar VGR:s behov. Vidare uppger VGR att det framkommit att andra potentiella anbudsgivare har haft svårigheter att fastställa myndighetens behov utifrån det annonserade förfrågningsunderlaget. Enligt VGR kan det inte uteslutas att anbudsgivarna skulle ha utformat anbudet annorlunda om uppgifterna om myndighetens verkliga behov kommit till uttryck i utvärderingsmodellen.

De omständigheter som VGR åberopar måste, under förutsättning att de är riktiga, anses utgöra sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Detta gäller oavsett om situationen helt eller delvis uppkommit på grund av fel som begåtts av VGR i samband med de bedömningar som gjorts inför upphandlingen (jfr t.ex. rättsfallet C-244/02 Kauppatalo Hansel). Bolagets påstående om att informationen funnits tillgänglig för VGR i ett tidigare skede kan därför i sig inte tillmätas någon avgörande betydelse vid prövningen av om det finns sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

Bolaget invänder emellertid att även om det skulle ha framkommit ny information har detta inte förändrat anbudsförutsättningarna eftersom VGR utformat förfrågningsunderlaget för att skapa flexibilitet. De avvikelser

som följer av den uppdaterade prognosen anser bolaget täcks av förfrågningsunderlaget. Bolaget påtalar att VGR medvetet använt sig av fiktiva siffror i utvärderingsmodellen, vilket är ändamålsenligt för att kunna prissätta de olika posterna eftersom priset per förbindelse bestäms utifrån hur de faktiska förutsättningarna för anslutning ser ut och inte påverkas av antalet förbindelser. Enligt bolaget är det därför möjligt att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet genom den aktuella utvärderingsmodellen. Bolaget hävdar att det verkliga skälet för att avbryta upphandlingen är planerna på att bilda ett gemensamt nätbolag med andra kommuner och stadsnätbolag i regionen.

Det råder således olika meningar om utvärderingsmodellen leder till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan antas. När det gäller frågan om utvärderingsmodellen säkerställer att det för VGR ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas bör myndighetens uppfattning i det avseendet tillmätas stor betydelse. Det kan inte uteslutas att den information som VGR har fått avseende vilken kapacitet som behövs och var myndigheten behöver en specifik kapacitet medför att utvärderingsmodellen inte säkerställer att det för VGR ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Detta gäller även med beaktande av den skriftliga utredning som bolaget åberopar i målet. Det saknas också skäl att ifrågasätta uppgifterna om att VGR fått information om att potentiella anbudsgivare haft svårigheter att fastställa VGR:s behov utifrån förfrågningsunderlaget. Det kan därmed inte heller uteslutas att anbudsgivarna skulle ha utformat anbuden annorlunda om uppgifterna om myndighetens verkliga behov kommit till uttryck i utvärderingsmodellen. Vidare ger utredningen inte tillräckligt stöd för att det verkliga skälet till beslutet att avbryta upphandlingen är planerna på ett gemensamt nätbolag.

Bolaget gör även gällande att beslutet att avbryta upphandlingen inte uppfyller kravet på transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. Även om motiveringen

till beslutet är kortfattad får den ändå anses godtagbar. VGR har också under överprövningsförfarandet angett mer utförliga skäl. Bolaget hindras därmed inte från att ta tillvara sina rättigheter. Det saknas därför skäl till ingripande på grund av hur beslutet motiverats.

Sammanfattningsvis ger utredningen tillräckligt stöd för att VGR haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Beslutet är därmed inte godtyckligt. Vidare framgår inte att de unionsrättsliga principerna åsidosatts genom beslutet. Det saknas även skäl för ingripande enligt LOU på grund av hur beslutet motiverats. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Marianne Lindén
Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Mattias Håkansson.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.