



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredraganden
 Johanna Maukku

DOM
 2016-05-31
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 1409-16

SÖKANDE

AB Ecenea, 556794-9895
 Grenstigen 7
 181 31 Lidingö

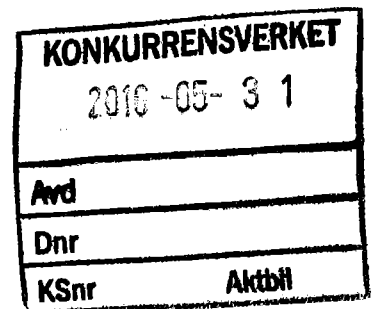
MOTPARTER

1. Trafikverket
 781 89 Borlänge

2. WSP Sverige AB, 556057-4880
 121 88 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår AB Eceneas ansökan om överprövning gällande avtals giltighet.

Dok.Id 165952

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00-16:00

BAKGRUND

Trafikverket genomförde en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) av och tecknade den 3 mars 2014 ett ramavtal om konsultuppdrag (Nationellt ramavtal avseende inköpsstöd, TRV 2014/12834), härafter Ramavtal I. Enligt punkten 4.4 i avtalet gäller ramavtalet t.o.m. den 3 mars 2016 med option om förlängning med maximalt två år.

Ramavtal I förlängdes inte och Trafikverket genomförde ny upphandling av ett nytt ramavtal om konsultuppdrag (Ramavtal personaluthyrning område Inköpare, TRV 2016/9552), härafter Ramavtal II. Enligt punkten 4.1 i ramavtalet kan uppdrag påbörjas när kontraktet trätt ikraft och avrop genomförts.

Den 29 februari 2016 genomförde Trafikverket en förnyad konkurrensutsättning (avropsförfrågan) av "Inköpsstöd för väg- och järnvägsupphandlingar inom region norr" baserat på Ramavtal I. Tilldelningsbeslut meddelades den 1 april 2016 varvid WSP Sverige AB tilldelades kontraktet.

YRKANDE M.M.

Ecena AB (Ecenea) ansöker om överprövning och yrkar att det avtal som Trafikverket ingått efter den förnyade konkurrensutsättningen ska ogiltigförklaras eftersom Ramavtalet I hanterats på ett otillbörligt sätt. Ecenea anför bl.a. följande. Trafikverket hade möjlighet att förlänga Ramavtal I med två år men utnyttjade inte optionen. Istället ersattes Ramavtal I med ett nytt, Ramavtal II, då det löpte ut. Trafikverket avropade från Ramavtal I den 29 februari 2016 och meddelade tilldelningsbeslut på avropet nästan en månad efter att giltighetstiden löpt ut. Trafikverket har bekräftat att Ramavtal I använts för avropet och att giltighetstiden löpt ut vid tiden för tilldelningen men menat att verket agerat korrekt då inbjudan annonserades inom avtalstiden.

Ett ramavtal för löpa i högst fyra år om det inte finns särskilda skäl. EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande uttalat att eftersom ramavtals löptid är begränsad till fyra år gäller detta också för avtal som tilldelas från ramavtal. Dock kan enskilda avtal fortsätta löpa efter det att ramavtalet löpt ut. Ecenea bestrider inte det faktum att en myndighet har rätt att avropa på ett ramavtal under hela ramavtalets giltighetstid, så länge det framgår av avtalet. En myndighet får dock inte använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Trafikverkets avrop skedde tre dagar före det att ramavtalsperioden gick ut. Det är Trafikverkets egna ramavtal som efter ramavtalsperioden skulle ersättas med ett nytt ramavtal som redan var upphandlat och avtal tecknat. Avropet gällde inte en enskild leverans utan ett leveransavtal av konsulttjänster löpande över en tid av 21 månader, fr.o.m. den 1 april 2016 t.o.m. den 31 december 2017. Både Konkurrensverket och EU-kommissionen har uttalat sig i vad som gäller i en sådan situation och utgår från att ett avtal måste ingås innan ramavtal löpt ut. Sammantaget är omständigheterna sådana att Trafikverkets avrop bör anses som otillbörligt och avtalet ska därför ogiltigförklaras.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Vid aktuella förutsättningar har rätten, enligt 16 kap. 13 § LOU, endast att besluta om ett avtal är ogiltigt om avtalet slutits enligt 5 kap. 7 § LOU utan att de villkor följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för den förnyade konkurrensutsättningen. För att avtalet ska förklaras ogiltigt krävs också att sökande leverantör har lidit eller kan komma att lida skada. Ecenea har inte påstått eller ens antytt att Trafikverket inte följt de villkor som framgår av 5 kap. 7 § LOU eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbudsförfarandet. Ecenea har inte heller hävdat att det rör sig om någon eventuell brist i förfarandet som negativt påverkat bolagets ställning i den förnyade konkurrensutsättningen. Ecenea har således inte framfört omständigheter som kan leda till att rätten beslutar att avtalet är ogiltigt. Trafikverket har bjudit in samtliga anbudsgivare att lämna nytt anbud enligt de villkor som anges i Ramavtal I. Trafikverket har inte

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Domare 3

DOM

hanterat Ramavtal I otillbörligt. Längden på avtalet är relativt kort och vad Ecenea anfört visar i vart fall inte att förhållandet skulle vara motsatt.

WSP Sverige AB (WSP) bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Aktuellt avtal mellan Trafikverket och WSP undertecknades den 6 april 2016 och gäller från den 1 april 2016 t.o.m. den 31 december 2017, dvs. i 21 månader. Förutsättningarna för att ogiltigförklara ett kontrakt som tecknats efter förnyad konkurrensutsättning anges i 16 kap. 13 § andra punkten LOU och prövningsramen är snävare än vid en vanlig överprövning. Förvaltningsrätten ska granska om den upphandlande myndigheten följt villkoren i 5 kap. 7 § LOU och de ytterligare villkor som kan följa av ramavtalet. Om en avvikelse bedöms ha skett krävs därutöver att den sökande leverantören lider eller kan ha lidit skada av avvikelsen. Andra brister som inte kan kopplas till avropsförfarandet kan endast prövas genom en skadeståndstalan enligt 16 kap. 20 § LOU. Detta framgår av Kammarrätten i Sundsvalls dom den 4 mars 2015, mål nr 2484--2485-14. Vad Ecenea anfört om att Trafikverket tillämpat Ramavtal I på ett otillbörligt sätt tar inte sikte på förfarandet utan på om Trafikverket gjort en korrekt lämplighetsbedömning av vilket ramavtal som ska tillämpas. Detta kan dock inte prövas inom ramen för denna överprövning eftersom det endast är om förvaltningsrätten anser att Trafikverket avvikit från förfarandereglerna i 5 kap. 7 § LOU eller i Ramavtal I och detta medfört skada för Ecenea som avtalet kan ogiltigförklaras.

Om rätten anser att Eceneas talan kan prövas enligt 16 kap. 13 § LOU är det endast om det kan visas att Trafikverkets avrop skett på ett otillbörligt sätt och konkurrensen därmed förhindrats, begränsats eller snedvridits som det möjligen finns skäl för ingripande mot avropet. Trafikverket har ett stort bedömningsutrymme att avgöra vilket ramavtal som bäst uppfyller inköpsbehovet och har bäst förutsättningar att uppnå affärsnytta för verket. Trafikverket har bedömt att Ramavtal I bäst motsvarar behoven och Ecenea har inte påstått att det förhåller sig på något annat sätt. Trafikverket har inte heller velat undvika att träffa avtal med Ecenea eftersom bolaget är ramavtals-

leverantör i bägge ramavtalen och lämnade anbud vid avropet. Eceneas anbud uppfyllde kraven men hade ett något högre anbudspris än WSP. Att använda Ramavtal I före det Ramavtal II kan därför inte anses som otillbörligt i den mening att valet skedde för att undvika att tilldela Ecenea kontrakt. Ecenea har bevisbördan att visa att Trafikverkets agerande förhindrat, begränsat eller snedvridit utbudsmarknaden. Ecenea har inte påstått att konkurrensen påverkats eller framfört någon argumentation eller bevisning för att så är fallet. Avropet har ett begränsat kontraktsvärde understigande en miljon kr. Den totala utbudsmarknaden där WSP och Ecenea är verksamma omsatte år 2013 ungefär 115 miljarder kronor. Även om marknaden kan avgränsas snävare kvarstår faktum att kontraktsvärdet är lågt och svårigen kan anses påverka konkurrensen på marknaden där WSP och Ecenea är verksamma. Det framstår som orimligt att ogiltigförklara det kontrakt som WSP vunnit i en öppen och rättvis konkurrens.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning och frågan i målet

I 16 kap. 13 § andra punkten LOU anges att förvaltningsrätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbudsförfarandet och detta medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt artikel 32.2 femte stycket Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarande vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EU-direktivet) får en upphandlande myndighet inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Enligt förarbetena till LOU följer innehållet i artikelbestämmelsen redan av de grundläggande principerna för offentlig upphandling, varför någon motsvarande reglering inte har införts i LOU. Bestämmelsen tar enligt förarbetena sikte på såväl

den upphandlande myndighetens syfte med att använda ramavtal, som den faktiska effekten av sådan upphandling (prop. 2006/07:128, del 1, s. 333).

Ecena gör gällande att Trafikverket tillämpat ramavtalet TRV 2014/12834 på ett otillbörligt sätt. Frågan gäller således inte om Trafikverket förfarit i enlighet med 5 kap. 7 § LOU och ramavtalets villkor utan om Trafikverket i sitt förfarande upprätthållit de grundläggande principerna eller brutit EU-direktivets bestämmelse om otillbörligt tillämpande av ramavtal.

Frågan förvaltningsrätten har att pröva är således om Trafikverket genom den förnyade konkurrensutsättningen av ramavtalet TRV 2014/12834 hantelat ramavtalet på ett otillbörligt sätt eller på ett sätt som förhindrat, begränsat eller snedvridit konkurrens som står i strid mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Har ramavtalet tillämpats på ett otillbörligt sätt?

LOU innehåller inte någon bestämmelse som anger hur lång löptid ett avropsavtal får ha. I 5 kap. 3 § LOU anges dock att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Samma reglering finns i artikel 32.2 fjärde stycket EU-direktivet. I EU-kommissionens tolkningsmeddelande rörande ramavtal (CC/2005/03 rev. 1) bekräftas att ett ramavtals löptid får vara högst fyra år och det uttalas att detsamma gäller avropsavtal som baseras på ramavtalet. Vidare anges att avrop från ett ramavtal kan ske ända till dess att ramavtalet upphör att gälla och att leveranser kan utföras efter att ramavtalet löpt ut. Kommissionen påpekar också att tillämpningen av direktivbestämmelser inte sker i ett legalt vakuum. Såväl unionsrätten och nationell konkurrensrätt är tillämplig och ska iakttas.

Eftersom avrop skett har förvaltningsrätten att pröva den faktiska effekten av avropet (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 11 december 2015 i mål nr 6373--6364-15). Det finns inget förbud mot att teckna avropsavtal med en löptid som överskrider datumet för ett ramavtals upphörande. Det är omständigheterna i det enskilda fallet som avgör om ett ramavtal använts på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

Trafikverket har avropat ett uppdrag om konsulttjänster för inköpsstöd från Ramavtal I den 29 februari 2016. Ramavtal I löpte ut den 3 mars 2016. Tilldelningsbeslut meddelades den 1 april 2016 och kontrakt tecknades med WSP den 6 april 2016. Trafikverket har under samma tid upphandlat ett nytt ramavtal, Ramavtal II, för att ersätta Ramavtal I. Leveranser på avropsavtalet ska ske successivt fr.o.m. den 1 april 2016 t.o.m. den 31 december 2017.

Förvaltningsrätten anser inte att Trafikverkets förnyade konkurrensutsättning av Ramavtal I ensamt talar för att ramavtalet hanterats på ett otillbörligt sätt. Omständigheterna att tilldelningsbeslut meddelats och kontrakt tecknats efter att Ramavtal I upphört att gälla, att Trafikverket är ensam beställare från ramavtalet och att verket samtidigt upphandlat Ramavtal II talar för att Trafikverket hanterat Ramavtal I på ett otillbörligt sätt. Avropsavtalets värde, som är förhållandevis lågt, talar mot att Ramavtal I tillämpats på ett otillbörligt sätt. Att avropsavtalet avser successiva leveranser som ska ske under 21 månader efter att Ramavtal I upphört innebär inte i sig att ramavtalet använts på ett otillbörligt sätt. Enligt förvaltningsrättens mening innebär dock dessa omständigheter sammantaget att Trafikverket hanterat Ramavtal I på ett otillbörligt sätt som innebär att konkurrensen för marknaden av tjänster gällande inköpsstöd för väg- och järnvägsupphandlingar inom region norr begränsas under en inte obetydlig tid.

Frågan om skada

Enligt 16 kap. 13 § första stycket 2 LOU förutsätts för ett ingripande av rätten mot ett avtals giltighet, förutom att den upphandlande myndigheten bru-

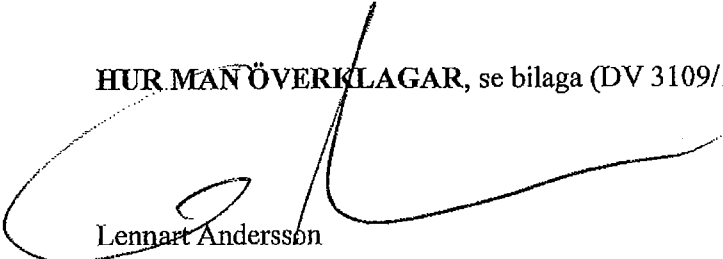
tit mot villkoren i 5 kap. 7 § eller i ramavtalet, att den sökande leverantören också lidit eller kan komma att lida skada.

Förutsättningarna i målet är sådana som ovan konstaterats att det är bestämmelsen i artikel 32.2 femte stycket EU-direktivet som prövas. Av övriga bestämmelser i EU-direktivet framgår inte om den sökande leverantören ska ha lidit eller riskerat att lida skada för att nå framgång med sin talan. Inte heller av förarbetena till LOU framgår vad som ska gälla i aktuell situation utöver att innehållet i artikelbestämmelsen följer av de grundläggande principerna. Någon rättspraxis gällande denna fråga finns inte heller. Rättsläget får därmed konstateras vara oklart.

Av LOU och upphandlingslagstiftningen framgår i övrigt tydligt när det förutsätts att en leverantör lidit skada och när en leverantör måste göra sannolikt att denne lidit eller riskerar att lida skada. Förvaltningsrättens bedömning är därför att det för att grund för ingripande ska föreligga inte är tillräckligt att sökanden endast anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan att sökanden också ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats.

Förvaltningsrätten konstaterar att Ecenea inte anfört på vilket sätt Trafikverkets förfarande med avrop från Ramavtal I har medfört skada eller risk för skada för bolaget. Med hänsyn härtill och vad som redogjorts ovan ska Eceneas ansökan om överprövning avslås.

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



Lennart Andersson
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 återropa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av dom/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

