



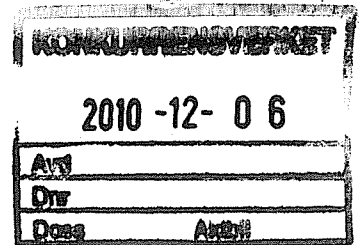
KAMMARRÄTTEN I
STOCKHOLM
Avdelning 04

DOM

2010-12-02
Meddelad i Stockholm

Sida 1 (4)
Mål nr 7794-09

KLAGANDE
Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm



MOTPART
Cygate AB, 556549-8952

Ombud:
Advokat Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå AB
Box 27707
115 91 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Länsrättens i Stockholms län dom den 5 november 2009 i mål nr
19772-09, se bilaga A

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Kammarkollegiet yrkar att kammarrätten ska undanröja länsrättens dom.

Cygate AB (bolaget) bestrider bifall till överklagandet.

Kammarkollegiet åberopar till stöd för sin talan vad kammarkollegiet anfört tidigare och tillägger bl.a. följande. Frågan om det är möjligt att kombinera två avropsmetoder i ramavtal är sekundärt i målet. Oavsett hur den frågan bedöms kan bolaget inte lida skada i den mening som förutsätts enligt LOU. Den överklagade domen förutsätter att hela upphandlingen görs om, inklusive ramavtalet med förnyad konkurrensutsättning. Det är bolagets påstådda intäktsmöjligheter under det ramavtalet som bolaget åberopar till stöd för att bolaget lider skada på grund av den påstådda överträdelsen av LOU. Det är därför en nödvändig förutsättning för bifall till bolagets talan att ramavtalet med förnyad konkurrensutsättning inte påverkas av överprövningen. Det är dock inte möjligt att separera de två ramavtalen utan ett eventuellt förordnande om att upphandlingen ska göras om måste omfatta båda ramavtalen.

Bolaget åberopar vad bolaget anfört tidigare och tillägger bl.a. följande. Det tilldelningsbeslut som bolaget har ansökt om överprövning av är tilldelningsbeslutet som fattades den 21 september 2009. Eftersom de ramavtal som träffats som en följd av tilldelningsbeslutet den 9 september 2009 har trätt i kraft och dessutom inte omfattas av överprövningsansökan, så är det endast ramavtalen som beslutats i tilldelningsbeslutet av den 21 september 2009 som påverkas av kammarrättens bedömning i detta mål. Det finns inte någon laglig grund att förordna att även de avtal som tecknats på basis av tilldelningsbeslutet den 9 september 2009, och som har vunnit laga kraft, skulle omfattas av kammarrättens dom i förevarande mål. Konsekvensen av kammarrättens bifall till bolagets talan blir således att kammarrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse

vidtagits, alternativt att upphandlingen görs om i första hand avseende tilldelningsbeslutet den 21 september 2009 och i andra hand i sin helhet.
- Bolaget ger in yttrande av den 16 november 2009 av Konkurrensverket, e-post av den 4 mars 2010 från enhetschefen Klaus Wiedner vid Europeiska kommissionen, DG Internal Market and Services, samt kommissionens tolkningsmeddelande angående ramavtal.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser framgår av länsrättens dom.

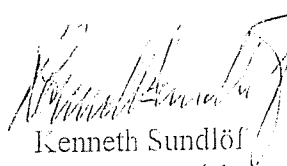
Kammarrätten gör samma bedömning som länsrätten i fråga om bolagets talerätt.

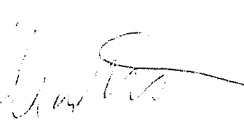
Kammarrätten delar länsrättens uppfattning att det i det aktuella fallet är fråga om *en* upphandling med *ett* upphandlingsföremål. Kammarrätten konstaterar vidare, i likhet med länsrätten, att Kammarkollegiets första tilldelningsbeslut den 9 september 2009 inte avser ett sådant ramavtal som utgör kontrakt i den mening som avses i LOU och att det faktum att ramavtal redan har slutits med anledning av detta tilldelningskontrakt inte utgör hinder för att pröva upphandlingen som sådan i ett överprövningsförfarande (jfr prop. 2006/07:128 s. 168 f.).

Regeringsrätten har i domar den 19 oktober 2010 i mål nr 3344-09 och 3345-09 numera klargjort att ett förfrågningsunderlag som ger avropande myndigheter en valfrihet i fråga om vilken modell som ska användas vid tilldelning av kontrakt inte uppfyller kraven på likabehandling och transparens. Kammarrätten finner i förevarande mål att det tillämpade förfarandet med dubbla avropsordningar inte är förenligt med LOU. Liksom länsrätten finner kammarrätten vidare att upphandlingen ska göras om.

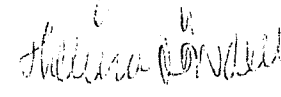
Kammarkollegiets överklagande ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Kenneth Sundlöf
kammarrättsråd
ordförande


Charlotte Dahlman
kammarrättsråd
referent


Mats Svensson
kammarrättsråd


Helena Löwdell
föredragande

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN
Allmänna avdelningen

DOM
2009-11-05
Meddelad i
Stockholm

Ärendenummer
Mål nr
19772-09
Enhet 14

Sida 1/10

SÖKANDE

Cygate AB, 556549-8952

Ombud: Advokat Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Cygate AB:s ansökan om överprövning och förordnar
att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Kammarkollegiet har genomfört en upphandling av Kommunikationsutrustning 2008, dnr 93-25-09. Upphandlingen har genomförts som en selektiv upphandling.

I tilldelningsbeslut den 9 september 2009 har Kammarkollegiet beslutat att anta bl.a. Cygate AB (Cygate) som leverantör enligt ramavtal med avropsmetoden förnyad konkurrensutsättning.

I tilldelningsbeslut meddelat den 21 september 2009 har Kammarkollegiet beslutat att anta bl.a. Cygate som leverantör enligt ramavtal med avropsmetoden rangordning.

YRKANDE M.M.

Cygate ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att Kammarkollegiet upphäver eller på annat sätt tar tillbaka tilldelningsbeslutet daterat den 21 september 2009.

Till stöd för sin talan anför Cygate bl.a. följande. Kammarkollegiet har i förfrågningsunderlaget angivit att avropande myndigheter kan välja om man vill avropa enligt metoden för rangordning av ramavtalsleverantörer eller om man vill använda metoden med en andra konkurrensutsättning. Sedan förfrågningsunderlaget gick ut har Kammarkollegiet i två domar (mål nr 966-09 och 1008-09) avgjort frågan huruvida det är möjligt att kombinera avropsmetoderna på detta sätt, varvid kammarkollegiet kom fram till att detta inte är möjligt. Under pågående upphandling har alltså Kammarkollegiet fått klart för sig att det inte är förenligt med LOU att agera såsom man gjort. Det framgår tydligt av propositionen att rangordning och förnyad konkurrensutsättning inte är alternativa avropsmetoder för ett

och samma ramavtal, utan de är olika metoder som tar sikte på olika typer av ramavtal. Rangordning ska användas på "kompleta" ramavtal där alla villkor är fastställda i ramavtalet, medan förnyad konkurrensutsättning ska användas på "öppna ramavtal" där samtliga villkor inte är fastställda i ramavtalet utan ska fastställas i samband med avropet.

I förevarande upphandling har Kammarkollegiet den 9 september 2009 fattat tilldelningsbeslut, varvid avropsmetoden förnyad konkurrensutsättning ska tillämpas. Trots att upphandlingen har resulterat i att giltiga avtal tecknats för det som benämns område B1, fattar Kammarkollegiet den 21 september 2009 ett nytt tilldelningsbeslut, vilket är avsett att leda till att nya avtal ska tecknas. I det nya beslutet anges att avropsmetoden ska vara rangordning. Vad Kammarkollegiet har gjort är att man försökt komma runt det faktum att man inte kan ha två olika avropsmetoder för ett och samma upphandlingsföremål genom att fatta två tilldelningsbeslut och teckna två omgångar ramavtal.

Kammarkollegiets tilldelningsbeslut dateras den 9 september 2009 och de därpå följande lagakraftvunna avtalen innebär att Kammarkollegiet har ingått giltiga avtal avseende Kommunikationsutrustning område B1. Det finns ingen laglig möjlighet att därefter ingå nya avtal för samma område.

Kammarkollegiets andra tilldelningsbeslut i strid med LOU och upphandlingsrätten i övrigt har lett till att bolaget har lidit skada. De volymer som bolaget riskerar att gå miste om genom det felaktiga tilldelningsbeslutet medför att skadan är betydande.

Kammarkollegiet bestrider bifall till ansökan och yrkar i första hand att Cygates talan avvisas och i andra hand att yrkandet om rättelse avslås. Kammarkollegiet anför bl.a. följande. Cygate har tilldelats ramavtal i B1 både avseende område förnyad konkurrensutsättning och i område rang-

ordning enligt utvärderingsresultatet. Det är inte möjligt för någon leverantör att erhålla fler än två ramavtal. Cygate har således uppnått fullt resultat. Såsom en av vinnarna i upphandlingen har Cygate således inte lidit någon skada och saknar därför talerätt. Även om en leverantör skulle kunna anses lida skada, trots att leverantören blivit tilldelad ramavtal har Cygate inte på något sätt kunnat visa vari denna skada skulle bestå. Cygates påstående om skada baseras på att Cygate, som en följd av tilldelningsbeslutet, riskerar att gå miste om beställningsvolymen. Såsom Cygate får förstås menar bolaget att tilldelningsbeslutet skulle hindra Cygate från att erhålla avrop under det tidigare tilldelade ramavtalet – avrop som Cygate tycks mena sig annars ha varit garanterade. Några sådana garantivolymen finns dock inte.

Cygates yrkande grundas på att det redan finns ett tilldelningsbeslut och påståendet att ännu ett ramavtal skulle utgöra ett brott mot LOU. Cygate har emellertid inte presenterat något rättsligt stöd alls för att Kammarkollegiets tilldelning av två ramavtal till varje kvalificerad leverantör skulle strida mot LOU. I var fall har inte något brott mot LOU eller de grundläggande principerna medfört att Cygate lidit eller kan komma att lida skada.

Cygates yrkande om att Kammarkollegiet ska åläggas att vidta rättelse genom att upphäva eller återta tilldelningsbeslutet av den 21 september 2009 kan inte heller bifallas enligt LOU. Enligt 16 kap. 2 § LOU kan rätten endast besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rättelse avser sådana brister i en upphandling som kan avhjälpas varefter upphandlingen kan avslutas. Om Cygates yrkande skulle bifallas medför det emellertid att upphandlingen efter "rättelsen" inte kan avslutas.

Kammarkollegiet vitsordar att tio ramavtal i B1 kommunikationsutrustning avseende område förnyad konkurrensutsättning har påtecknats av Kam-

markollegiet och tio leverantörer. Varje ramavtal innehåller endast en avropsordning och således följer Kammarkollegiet fullt ut den avgivna domen av kammarrätten. Kammarkollegiet bestrider principiellt att det skulle vara otillåtet att i samma ramavtal möjliggöra fastställd rangordning enligt utvärderingsresultat och förnyad konkurrensutsättning.

Kammarkollegiet följer förfrågningsunderlaget. I detta framgår det att upphandlingen ska resultera i ramavtal avseende både rangordning enligt utvärderingsresultat och förnyad konkurrensutsättning. Kammarkollegiet har inte ändrat förutsättningarna i förfrågningsunderlaget utan endast tagit hänsyn till förändrad praxis.

De två ramavtalen tar inte ut varandra utan kompletterar varandra eftersom de avser att möta olika behov och förutsättningar hos de myndigheter som ska utnyttja ramavtalen.

Cygate invänder härpå följande. Kammarkollegiet hävdar att även om det skulle vara så att det enligt LOU inte är tillåtet att använda två olika avropsmetoder, så skulle detta förbud avse varje enskilt ramavtal och inte varje enskild upphandling. Självfallet är det den upphandling som ligger till grund för de ramavtal som tilldelas som måste bedömas och som måste uppfylla LOU:s krav. Det skulle vara märkligt och främmande för hela upphandlingsrätten om de avtal som en upphandling utmynnar i skulle bedömas fristående från den upphandling som avtalen baserar sig på. I själva verket förhåller det sig på det sättet att samtliga villkor, krav och kriterier uppställs i upphandlingens förfrågningsunderlag och att det endast finns begränsade möjligheter att avvika från förfrågningsunderlaget i det avtal som sedermera tecknas.

Genom Kammarkollegiets felaktiga rangordningsbeslut riskerar Cygate att åsamka en skada i storleksordningen 125-150 miljoner kr över en tvåårs-

period. Kammarkollegiet förväntar sig en volym på minst 800 miljoner kr under en tvåårsperiod. Baserat på statistik från tidigare avtalsperioder är det rimligt att anta att Cygates försäljning borde uppgå till cirka 250-300 miljoner kr. Med antagandet att hälften av de avropande myndigheterna väljer rangordningsmetoden skulle det innebära cirka 125-150 miljoner kr. Eftersom det inte är sannolikt att samtliga fyra leverantörer som rangordnats före Cygate skulle tacka nej till efterfrågat avrop, får den förväntade försäljningen i den delen sättas till 0 kr.

Kammarkollegiet invänder att Cygates resonemang tycks utgå från att det finns garantivolymen i upphandlingen, vilket det inte finns.

DOMSKÄL

Yrkandet att Cygates talan ska avvisas

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

Länsrätten noterar att Kammarkollegiet tilldelat Cygate kontrakt avseende både förnyad konkurrensutsättning och enligt rangordning. Länsrätten noterar även att Cygate ifrågasatt de grundläggande premisserna för upphandlingen. Cygate har anfört att bolaget sannolikt får leverera mindre volymer med föreliggande rangordning än med förnyad konkurrensutsättning. Länsrätten finner mot den bakgrunden, även om Cygates resonemang i denna del är hypotetiskt och det inte finns några garantivolymen i upphandlingen, att det inte finns skäl att avvisa Cygates ansökan om överprövning.

Prövningsramen i målet

I 16 kap. 1 § tredje stycket LOU anges följande: Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas

efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

I 2 kap. 10 § LOU anges följande. Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer,
2. avser utförande av byggenreparerad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

I förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 sid. 168) uttalas bl.a. följande. En upphandlande myndighets beslut under ett förfarande för att tilldela ett ramavtal kan redan i dag i enlighet med bestämmelser i 7 kap. LOU överprövas i samma utsträckning som beslut under vilket annat upphandlingsförfarande som helst. Avslutas upphandlingen med ett bindande ramavtal, dvs. med vad som i realiteten är ett upphandlingskontrakt, upphör möjligheten till överprövning förutsatt att tiodagarsfristen löpt ut. Om upphandlingen i stället utmynnar i ett ej bindande ramavtal, dvs. i ett avtal som inte utgör ett upphandlingskontrakt, föreligger en evig överprövningsfrist och en evig frist för att väcka talan om skadestånd. Det föreligger ju inte något upphandlingskontrakt med avseende på själva ramavtalsupphandlingen som - förutsatt att tiodagarsfristen löpt ut - kan skära av möjligheten till överprövning eller bilda utgångspunkt för den ettåriga fristen för att väcka talan om skadestånd.

Länsrätten noterar att det första av de två tilldelningsbeslut som den aktuella upphandlingen resulterat i avser ramavtal där alla villkor inte är fastställda. Länsrätten konstaterar mot bakgrund av ovanstående att ett avtal med anledning av detta tilldelningsbeslut inte är ett kontrakt i den mening som avses i 16 kap. 1 § LOU. Länsrätten finner därför att det ostridiga faktum att avtal har slutits med anledning av detta tilldelningsbeslut inte innebär att det saknas möjligt att pröva upphandlingen som helhet i ett överprövningsförfarande.

I mål 966-09 och 1008-09 fann Kammanämen i Göteborg att den kombination av urvalsmodellerna rangordnad och förnyad konkurrensutsättning i

ett och samma ramavtal som där var aktuell strider mot principerna om förutsebarhet och transparens. Genom att återropa dessa avgöranden får Cygate anses ha gjort gällande att även det förfarande som är aktuellt i förrevarande mål strider mot principerna om transparens och förutsebarhet.

Förfarandets tillätlighet

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare, enligt samma paragraf, principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 5 kap. 6 § LOU får, om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 §, tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud.

I 5 kap. 7 § LOU anges bl.a. följande. Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Länsrätten konstaterar att det är fråga om *ett* förfrågningsunderlag (F:201), vari det i punkten 3.1 stadgas att "Myndigheter kan välja att göra en förnyad konkurrensutsättning eller avrop genom tillämpning av villkoren i Ramavtalet". Det är också fråga om *ett* avtalsområde, benämnt Kommunikationsutrustning – B1. Av de båda tilldelningsbesluten, punkten 2.1, framgår att de avser samma produkter och tjänster. Länsrätten finner därmed att det i målet är fråga om *en* upphandling med *ett* upphandlingsföremål. Vid sådant förhållande måste, enligt länsrättens mening, upphandlingen och de upphandlingskontrakt den är avsedd att ge upphov till bedömas som en enhet, utifrån föremålet för upphandlingen.

Länsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget och Kammarkollegiets uppgifter i målet framgår att avropande myndigheter har möjlighet att

fritt välja vilken avropsmetod man önskar använda. Länsrätten finner att detta medför en betydande osäkerhet i fråga om vad en leverantör eventuellt kan få leverera. Länsrätten anser därför att ett förfarande med dubbla avropsordningar i en situation som den aktuella – oavsett om regleringen görs i ett eller två ramavtal – strider mot principerna om transparens och förusebarhet.

Vid den bedömningen saknar länsrätten anledning att ta ställning till om LOU över huvud taget medger att två separata ramavtal avtal ingås.

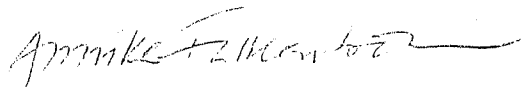
Ingripande enligt LOU

I 16 kap. 2 § LOU anges 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.

Länsrätten konstaterar att det vid ett ingripande enligt LOU endast är möjligt att förordna att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas på visst sätt. Det åvilar länsrätten att besluta vilken form av ingripande som är lämpligt för det fall det kan konstateras att en upphandling genomförs i strid mot LOU. Länsrätten är här inte bunden av sökandens yrkanden eller den ordning de uppställs i (jfr RA 2005 ref 47).

Länsrätten har ovan konstaterat att förfarandet strider mot LOU. Därmed föreligger förutsättningar för ingripande enligt LOU. Felet har enligt länsrättens mening påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande fas och en mindre ingripande åtgärd i form av rättelse kan därför inte bli aktuell. Upphandlingen ska således göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv3109/1A)



Annika Falkenborn

Rådman

Föredragande har varit Mathias Lassinantti Jansson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

- 1 den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten.
- 2 det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
- 3 de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
- 4 den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför.
- 5 de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

