

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

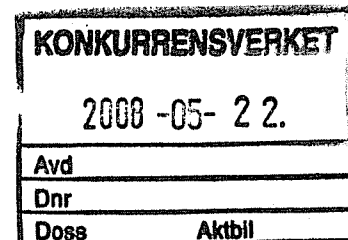
DOM
2008-05-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2797-08
Rotel 551

SÖKANDE

Sjöland & Thyselius Holding Aktiebolag, 556571-6007
Hälsingegatan 43
113 31 Stockholm

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och advokat Maria Lidbom
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Verket för Förvaltningsutveckling, VERVA, 202100-5596
Box 214
101 24 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår Sjöland & Thyselius Holding Aktiebolags ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut av den 8 februari 2008 avseende anbudsområdena 2, 3 och 4 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 323695

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: lansrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Verket för förvaltningsutveckling (VERVA) har genomfört en samordnad regional upphandling för myndigheter inom Stockholms län avseende "IT-konsulttjänster 2007". Upphandlingen genomfördes som en öppen upphandling. Upphandlingen omfattar åtta olika anbudsområden. Sjöland & Thyselius Holding Aktiebolag (Sjöland & Thyselius) har lämnat anbud avseende område 2, 3 och 4. I tilldelningsbeslut avsänt från VERVA den 30 januari 2008 beslutade den upphandlande enheten att anta annat anbud än anbud från bolaget.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU avseende områdena 2, 3 och 4 och yrkar i första hand att länsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att utvärderingen ska göras om, varvid Sjöland & Thyselius anbud upptas till utvärdering. Sjöland & Thyselius yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om och att en ny upphandling ska genomföras. Som grund för sin talan anför Sjöland & Thyselius i huvudsak följande.

Leveranskapacitet

Det kan konstateras att VERVA uppställt två skall-krav beträffande förfogande över leverantörs resurser. För det första ska anbudsgivare faktiskt förfoga över de resurser hos underleverantören som åberopas som leveranskapacitet. För det andra ska åberopad leveranskapacitet hos underleverantör inte ingå i annat anbud, vilket åligger anbudsgivaren att kontrollera. Sjöland & Thyselius anbud kvalificerade sig inte vidare till utvärderingen då skallkrav 3.1.7 i Bilaga A, 1-7 inte var uppfyllt eftersom en av bolagets underleverantörer, Spinator AB (Spinator), angetts som underleverantör i ett annat anbud. VERVA har felaktigt förkastat anbudet. För det första förfogar Sjöland & Thyselius över de resurser hos Spinator som åberopas som leve-

ranskapacitet. För det andra har Sjöland & Thyselius inte bara kontrollerat utan även genom att upprätta ett skriftligt underkonsultavtal, daterat den 24 augusti 2007, med sin underleverantör försäkrat sig om att Spinator varken själv eller som underkonsult åt annan anbudsgivare skulle utföra uppdrag åt de organisationer som omfattas av VERVA:s upphandling. Anbudsgivaren Elan IT har i upphandlingen åberopat underleverantören Spinators leveranskapacitet utan att ha Spinators samtycke eller något giltigt samarbetsavtal med Spinator avseende denna upphandling. Det har därför varit felaktigt av VERVA att förkasta Sjöland & Thyselius anbud. Förkastandet av Sjöland & Thyselius anbud står i direkt strid med det åliggande VERVA föreskrivit anbudsgivarna i förfrågningsunderlaget beträffande kapacitet hos underleverantör och står därmed i strid med såväl likabehandlingsprincipen som kravet på transparens och därmed kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Otydligt förfrågningsunderlag

Förfrågningsunderlagets utformning vad gäller skall-kravet i 3.1.7 har i praktiken inneburit att anbudsgivare, för att undvika att inte kvalificera sig för utvärdering i upphandlingen, varit tvungna att inge bevisning i form av t.ex. ett exklusivt samarbetsavtal med åberopade underleverantörer eller en sanningsförsäkran från underleverantörerna. Något sådant krav på bevisning har inte uppställts i förfrågningsunderlaget. För det fall länsrätten skulle finna att Sjöland & Thyselius anbud inte uppfyller aktuellt skall-krav gör bolaget gällande att förfrågningsunderlaget har varit så otydligt utformat att det måste anses stå i strid med principerna om förutsebarhet och transparens och kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Det enda sättet på vilket en anbudsgivare kan bevisa att anbudsgivaren har en exklusiv rätt att använda sig av viss underleverantör är att inge bevisning i form av avtal med underleverantören. VERVA har emellertid inte krävt

detta i förfrågningsunderlaget. Följaktligen har VERVA tillämpat det aktuella skall-kravet på ett annat sätt en vad som anges i förfrågningsunderlaget.

Proportionalitetsprincipen

LOU:s regel om utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns, dvs. kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, innebär att kretsen av dem som får delta i upphandlingen inte ska begränsas i onödan. VERVA har, genom att uppställa ett skall-krav som inte tar utgångspunkt i vad som är möjligt för en anbudsgivare att kontrollera, inte tillvaratagit möjligheterna till konkurrens. Att på detta sätt använda skall-krav avseende underleverantörs kapacitet till att utesluta tillräckligt kvalificerade leverantörer innebär att VERVA inte tar tillvara konkurrensen på bästa sätt. Det är direkt omöjligt för anbudsgivarna att med hundra procentig säkerhet intyga att ingen annan anbudsgivare har åberopat kapacitet hos samma underleverantör. VERVA:s tillämpning av skall-kravet innebär i praktiken att en anbudsgivare genom att inte ge ett fiktivt anbud skulle kunna tillse att en annan anbudsgivare inte går vidare till utvärdering bara genom att åberopa samma underleverantör. Konsekvensen av VERVA:s skall-krav är således orimlig och går längre än vad som får anses vara nödvändigt för att uppnå en ändamålsenlig kvalificering. Följden av att skall-kravet avseende kapacitet hos underleverantör ska tolkas som VERVA gör gällande blir att anbudsgivare som egentligen uppfyller skall-kraven utesluts, trots att de är kvalificerade och dessutom har deltagit och haft en mycket god möjlighet att vinna upphandlingen. Ett sådant krav är inte förenligt med proportionalitetsprincipen. För det fall att länsrätten skulle finna att Sjöland & Thyselius anbud inte uppfyller aktuellt skall-krav gör Sjöland & Thyselius gällande att förfrågningsunderlaget har varit så otydligt utformat att det står i strid med principen om transparens. För det fall att länsrätten finner att skall-kravet uppfyller kravet på transpa-

rens gör Sjöland & Thyselius gällande att skall-kravet står i strid med proportionalitetsprincipen. Det står därmed också i strid med LOU.

Förnyad konkurrensutsättning

VERVA har i förfrågningsunderlaget och utvärderingsrapporten angett att avrop kan komma att ske genom förnyad konkurrensutsättning. Förfarandet med förnyad konkurrensutsättningen följer bestämmelserna den nya lagen (2007:1091) om offentlig upphandling som inte är tillämplig på upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2008. Förfarandet följer vidare bestämmelserna i artikel 32 i det klassiska direktivet (2004/18/EG) som inte har direkt effekt. VERVA har således ingen laglig rätt att i förfrågningsunderlaget föreskriva att myndigheten kan välja huruvida den vid avrop ska avropa enligt den i tilldelningen fastställda avropsordningen eller göra en förnyad konkurrensutsättning. Det föreskrivna alternativa avropsförfarandet strider mot bestämmelserna och praxis enligt LOU. Upphandlingen ska därför göras om redan på denna grund.

VERVA bestriider Sjöland & Thyselius yrkanden och anför i huvudsak följande.

VERVA har inte brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Upphandlingen har genomförts i enlighet med det grundläggande kravet på affärsmässighet och de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ska gälla för all upphandling. I vart fall har inte något brott mot LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna medfört att Sjöland & Thyselius lidit eller kan komma att lida skada. Någon grund för beslut att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts föreligger därför inte.

VERVA har genomfört en samordnad regional upphandling för myndigheter i Stockholms län avseende IT-konsulttjänster. Upphandlingen omfattar åtta anbudsområden; användbarhet, verksamhetsutveckling och strategi, ledning och styrning, systemutveckling och systemförvaltning, infrastruktur, informationssäkerhet, GIS-kompetens samt uppdragskonsulttjänster. Anbud fick avges avseende ett eller flera av anbudsområdena 1-7 eller enbart anbudsområde 8.

Leveranskapacitet

Av 4.1 i Inledande dokument framgår att syftet med upphandlingen är att tillförsäkra avropsberättigade myndigheter deras behov av IT-konsulttjänster. Av 2.2.2 i Bilaga A, 1-7 framgår att uppgifter avseende underleverantörer, för varje underleverantör som ingår i anbudet, ska lämnas i särskild bilaga till anbudet (Bilaga A 1), vari bl.a. antal anställda hos underleverantören ska anges. Enligt 2.3 i Bilaga A, 1-7 utgör det skall-krav i upphandlingen att anbudsgivare som åberopar leveranskapacitet från underleverantör ska ha giltigt samarbetsavtal med angivna underleverantörer senast på anbudsdagen. Enligt 3.1.7 i Bilaga A, 1-7 utgör det skall-krav i upphandlingen, dels att anbudsgivare som åberopar leveranskapacitet hos underleverantör faktiskt förfogar över resurserna, dels att åberopad leveranskapacitet hos underleverantör inte ingår i annat anbud. Det åligger enligt kravet anbudsgivaren att kontrollera detta. I 3.2 i Bilaga A, 1-7, anges hur anbudsgivarens åberopade leveranskapacitet ska redovisas i anbudet. Leveranskapacitet ska på angivet sätt redovisas för såväl anbudsgivarens och underleverantörernas samlade leveranskapacitet som respektive underleverantörs leveranskapacitet. Det utgör skall-krav att leveranskapaciteten uppnår vissa gränsvärden.

Eftersom anbudsgivarna ska ange såväl antalet anställda för sina åberopade underleverantörer som respektive underleverantörs leveranskapacitet, har VERVA möjlighet att kontrollera uppfyllandet av ovan angivna skall-krav. Om två anbudsgivare åberopar samma underleverantör och den leveranskapacitet som sammanlagt angetts i de båda anbuden för underleverantören överskrider underleverantörens totala antal anställda, uppfylls inte kraven. Detta innebär inte att en underleverantör inte får förekomma som underleverantör i mer än ett anbud. Det väsentliga är att den åberopade leveranskapaciteten hos underleverantör inte ingår i annat anbud vilket också klargjorts i svaret på fråga 33.

Sjöland & Thyselius anbud uppfyller inte skall-kraven i 3.1.7 i Bilaga A, 1-7 att faktiskt förfoga över leveranskapacitet hos underleverantör, att åberopat leveranskapacitet hos underleverantör inte fick ingå i annat anbud samt att anbudsgivaren skulle kontrollera detta och anbudet har därför förkastats. Såvitt avser en av bolagets underleverantörer anges i anbudet att denne har 35 anställda. I anbudet åberopar bolaget vidare 35 personer hos denne underleverantör som leveranskapacitet. Av dessa 35 personer åberopas tio personer i anbudsområde 2, elva personer i anbudsområde 3 och 14 personer i anbudsområde 4. Den nu nämnda underleverantören har även åberopats av annan anbudsgivare. Denne anbudsgivare angav i sitt anbud att underleverantören har 40 anställda varav 19 personer åberopades som leveranskapacitet i anbudet. Vid kontroll av anbuden kunde VERVA konstatera att de båda anbudens uppgifter inte stämde överens. VERVA skickade därför, den 27 december 2007, en begäran om förtydligande till både Sjöland & Thyselius och den andra anbudsgivaren. Efter förtydligandena kunde VERVA konstatera att de båda anbudsgivarna hade åberopat samma underleverantör och att den leveranskapacitet som sammanlagt angetts för underleverantören i de båda anbuden, $35+19=54$ personer, överskrider underleve-

rantörens totalt 35 anställda. Anbudsgivarna åberopade således samma leveranskapacitet.

Anbudsgivare ansvarar för sitt anbud i dess helhet och således även för att i anbudet åberopade underleverantörer uppfyller ställda krav, däribland kravet att den i anbudet åberopade leveranskapaciteten hos underleverantör inte ingår i annat anbud. Det åligger därför anbudsgivarna att tillse att de upprättat erforderliga och ändamålsenliga avtal med sina underleverantörer.

Ansvar för utformningen av samarbetsavtalet och dess innehåll åligger anbudsgivaren. Den omständigheten att anbudsgivare inte lyckats utforma samarbetsavtalet på ett sådant sätt att avtalets efterlevnad säkerställs kan därför omöjligt läggas VERVA till last. Detta gäller naturligtvis oavsett om underleverantören eller annan anbudsgivare agerar illojalt eller i strid med ingångna avtal. En sådan situation kan inte lösas inom ramen för det upphandlingsrättsliga överprövningsförfarandet utan får istället lösas på civilrättslig väg.

Det är den upphandlande enheten som avgör vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget. Det är vidare den upphandlande enheten som avgör vilka bevis den vill infordra till styrkande av att kraven är uppfyllda. VERVA har uppställt ett skall-krav avseende bekräftelse av förekomsten av giltigt samarbetsavtal mellan anbudsgivaren och eventuella underleverantörer. Det är VERVA:s uppfattning att detta skall-krav tillsammans med kravet att anbud ska undertecknas av behörig företrädare tillgodoser VERVA:s syfte med upphandlingen. VERVA har ingen anledning att ifrågasätta en anbudsgivares bekräftelse av förekomsten av samarbetsavtal med åberopade underleverantörer.

Förfrågningsunderlagets utformning samt kvalificeringen

Vad Sjöland & Thyselius gör gällande om att VERVA i praktiken skulle kräva ytterligare åtgärder än vad som anges i förfrågningsunderlaget saknar grund. Ingivande av samarbetsavtal, ytterligare sanningsförsäkran eller motsvarande bevisning utgör inte något krav i upphandlingen och det skulle således inte ha föranlett någon annan bedömning om sådana handlingar hade getts in. VERVA uppställer inte några andra krav än vad som tydligt framgår av förfrågningsunderlaget. Någon brist avseende transparensprincipen föreligger således inte. Även om länsrätten skulle finna att det förekommer brister i förfrågningsunderlaget innefattande kvalificeringen av anbuden är dessa i vart fall inte av den art eller omfattning att kravet på affärsmässighet eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ska gälla för all upphandling åsidosatts.

Proportionalitetsprincipen

Det bestrids att VERVA uppställt ett skall-krav som anbudsgivare inte har möjlighet att kontrollera och att VERVA därmed skulle ha begränsat kretsen av deltagare i upphandlingen och således inte tillvaratagit möjligheterna till konkurrens. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som den upphandlande enheten ställer på anbudsgivare och deras anbud måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven måste också vara ägnade att leda till att den upphandlande enhetens syfte med att ställa dem uppnås. Upphandlingen genomförs i syfte att garantera de avropsberättigade myndigheterna leverans av de upphandlade tjänsterna. En förutsättning för detta är att ett tillräckligt antal konsulter förbehålls VERVA och de avropsberättigade myndigheterna. Skall-krav 3.1.7 har således en direkt koppling till VERVA:s syfte, nämligen att säker-

ställa erforderlig leverans av de upphandlade tjänsterna, och är ägnat att leda till att detta syfte uppnås. Vidare innebär inte skall-kravet någon begränsning av konkurrensen. Kravet leder istället till att det befintliga utfbudet på marknaden utnyttjas optimalt, eftersom det förhindrar att flera anbudsgivare åberopar samma leveranskapacitet. Kravet är således proportionellt.

Förnyad konkurrensutsättning

Sjöland & Thyselius gör gällande att förfarandet med förnyad konkurrensutsättning inte kan tillämpas vid upphandlingar enligt LOU.

LOU innehåller inte några regler för hur avrop ska gå till. Frågan om förnyad konkurrensutsättning vid avrop är tillåten enligt LOU har varit föremål för prövning tidigare och Länsrätten i Stockholms län har i flera avgöranden godkänt förnyad konkurrensutsättning enligt LOU.

Enligt förfrågningsunderlaget ska avropande myndigheter, såvitt avser anbudsområdena 1-7, välja mellan att göra en förnyad konkurrensutsättning eller avrop med samtliga villkor fastställda. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget hur avrop ska ske och vilka villkor som gäller såväl vid en förnyad konkurrensutsättning som vid avrop med samtliga villkor fastställda. Upphandlingen och dess avropsförfarande tillgodoser således de gemenskapsrättsliga principerna och LOU:s krav på affärsmässighet. Vidare har den förstudie som föregått upphandlingen visat att samtliga myndigheter och leverantörer i branschen är angelägna om att avrop ska kunna ske genom en förnyad konkurrensutsättning.

Det klassiska direktivet (2004/18/EG) behandlar förnyad konkurrensutsättning i artikel 32. Det är helt klart att förfarandet sedan länge är tillåtet enligt EG:s upphandlingsregelverk. Det kan också konstateras att Sverige, genom den nya lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, har infört regler om förnyad konkurrensutsättning. Mot bakgrund av detta samt möjligheterna till direktivkonform tolkning är det VERVA:s bestämda uppfattning att den enda rimliga slutsats som kan dras är att upphandlingens tillämpning av förnyad konkurrensutsättning är tillåten även enligt LOU.

För det fall länsrätten skulle finna att tillämpning av förnyad konkurrensutsättning strider mot LOU är rättelse en tillräcklig åtgärd. Avrop kan i sådana fall göras uteslutande med samtliga villkor fastställda. Beslut om annan åtgärd skulle vidare vara processekonomiskt oförsvarbart eftersom en ny upphandling skulle genomföras enligt den nya lagen och således resultera i avrop genom förnyad konkurrensutsättning. I detta sammanhang måste framhållas att kostnaden för genomförandet av upphandlingen är utomordentligt stor.

Länsrätten beslutade den 8 februari 2008 om inhibition avseende områdena 2, 3 och 4.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 1 kap. 4 § LOU anges följande. Upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras af-färsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 5 § LOU anges att ramavtal är avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.

I 1 kap. 22 § samma lag anges följande. En upphandlande enhet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten ska i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna ska om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

I 7 kap. 1 § första stycket samma lag anges att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

I 7 kap. 2 § samma lag anges följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § 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.

I punkt 3.1.7 i Bilaga A, 1-7 i förfrågningsunderlaget anges följande. Anbudsgivare som i sitt anbud åberopar leveranskapacitet hos underleverantör skall faktiskt förfoga över de resurser hos underleverantör som åberopas som leveranskapacitet. I det fall underleverantör ingår i anbudet skall åberopad leveranskapacitet hos underleverantör inte ingå i annat anbud. Det åligger anbudsgivaren att kontrollera detta.

Av svaret på fråga 33 i "Förtydligande, rättelser samt redovisning av ställda frågor och lämnade svar" framgår följande. Av krav 3.1.7 i Bilaga A 1-7 respektive 8 framgår bl.a. att i det fall underleverantör ingår i anbudet skall åberopad leveranskapacitet hos underleverantören inte ingå i annat anbud. Leverantören kan med andra ord ingå som underleverantör med konsult A i anbud X och ingå med konsult B i anbud Y, eftersom konsult A inte åberopas i anbud Y och konsult B inte åberopas i anbud X. Det är samma leveranskapacitet (konsult) som inte får åberopas i mer än ett anbud, oavsett anbudsområde. I svaret hänvisas även till krav 1.3 i Bilaga A 1-7 respektive 8.

Länsrättens bedömning

Grund för att ingripa mot upphandlingen kan föreligga om det visas att den upphandlande enheten åsidosatt kravet på affärsmässighet eller förbudet mot ovidkommande hänsynstaganden i 1 kap. 4 § LOU, t.ex. genom att påtagligt avvika från de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Prövningen kan också avse huruvida andra gemenskapsrättsliga principer som ska beaktas vid all offentlig upphandling har trätts för när. Detta förutsätter emellertid att sökanden för fram sådant som kan utgöra brister i dessa avseenden.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det an-

bud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. (RÅ 2002 ref. 50).

I punkt 3.1.7 i Bilaga A, 1-7 i förfrågningsunderlaget anges klart och tydligt att anbudsgivare som i sitt anbud åberopar leveranskapacitet hos underleverantör faktiskt ska förfoga över de resurser hos underleverantör som åberopas som leveranskapacitet, att i det fall underleverantör ingår i anbudet åberopad leveranskapacitet hos underleverantör inte ska ingå i annat anbud och att det åligger anbudsgivaren att kontrollera detta. Dessa krav är enligt länsrättens mening, ändamålsenliga och proportionella.

Det är ostridigt att den av Sjöland & Thyselius åberopade leveranskapaciteten har ingått i annat anbud. Sjöland & Thyselius har därmed inte uppfyllt skall-kraven i punkt 3.1.7 i Bilaga A, 1-7 i förfrågningsunderlaget. Att i ifrågavarande upphandling ställa sådana skall-krav strider inte mot LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Att Sjöland & Thyselius har ett skriftligt underkonsultavtal med den aktuella underleverantören förändrar inte denna bedömning eftersom avtalet uppenbarligen utformats på ett sätt som de facto inte förhindrat underleverantören att ställa samma leveranskapacitet också till annan anbudsgivares förfogande. I förhållande till VERVA åvilar ansvaret härför Sjöland & Thyselius. VERVA har således haft fog för att förkasta Sjöland & Thyselius anbud.

Sjöland & Thyselius gör gällande att förfarandet med förnyad konkurrensutsättning strider mot LOU.

I 1 kap. 5 § LOU anges följande definition på ramavtal: Avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera underleverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period. Frågan blir således om formuleringen i definitionen, att avtalet ingås ”i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop”, leder till att en andra konkurrensutsättning är utesluten.

I det nya direktivet avseende den klassiska sektorn (2004/18/EG), artikel 1, punkterna 1 och 5 anges följande.

1. I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som anges i punkterna 2-15:
5. ramavtal: ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.

Lydelserna skiljer sig således åt genom att definitionen i LOU talar om fastställande av *samtliga* villkor för avrop medan det nya direktivet endast talar om fastställande av villkoren för tilldelning av kontrakt, särskilt tänkt pris och uppskattad kvantitet.

Den nationella lagstiftningen synes ställa högre krav på att den upphandlande enheten skall fastställa villkoren för avrop redan i ramavtalet.

I artikel 32 i det nya direktivet regleras användningen av ramavtal. I denna artikel anges följande:

1. Medlemsstaterna får tillåta de upphandlande myndigheterna att sluta ramavtal.
2. En upphandlande myndighet som ämnar sluta ett ramavtal skall följa de förfarandebestämmelser som anges i detta direktiv i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt som grundar sig på detta ramavtal. Valet av parter i ramavtalet skall ske med tillämpning av de tilldelningsgrunder som anges i artikel 53.

Kontrakt som bygger på ett ramavtal skall tilldelas i enlighet med de förfaranden som avses i punkterna 3 och 4. Dessa förfaranden får bara tillämpas mellan de upphandlande myndigheterna och de ekonomiska aktörer som från början är parter i ramavtalet.

Vid tilldelning av kontrakt som bygger på ett ramavtal får parterna inte i något fall väsentligen ändra villkoren i detta ramavtal, bland annat i det fall som avses i punkt 3.

Ett ramavtal får inte löpa längre fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet.

En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

3. Om ett ramavtal sluts med en enda ekonomisk aktör, skall kontrakt som bygger på detta ramavtal tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet.

Vid tilldelningen av sådana kontrakt får den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med den ekonomiska aktör som är part i ramavtalet och vid behov anmoda denne att komplettera sitt anbud.

4. Om ett ramavtal sluts med flera ekonomiska aktörer måste dessa vara minst tre till antalet, om det finns ett tillräckligt antal ekono-

miska aktörer som uppfyller urvalskriterierna och/eller godtagbara
anbud som uppfyller tilldelningskriterierna.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts
med flera ekonomiska aktörer kan ske antingen

- genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad
inbjudan att lämna anbud, eller

- om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, efter det
att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna
anbud på grundval av samma villkor, som, om det är nöd-
vändigt skall preciseras, och, vid behov, andra villkor, som
anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet i enlighet med
följande förfarande:
 - a) För varje kontrakt som skall tilldelas skall den upphandlan-
de myndigheten skriftligen samråda med de ekonomiska aktö-
rer som är i stånd att genomföra kontraktet.

 - b) Den upphandlande myndigheten skall fastställa en tidsfrist
som är tillräcklig för att lämna in anbud beträffande varje sär-
skilt kontrakt, med hänsynstagande till faktorer som hur kom-
plext kontraktsföremålet är och den tid som behövs för att
lämna anbud.

 - c) Anbuden skall lämnas skriftligen, och innehållet i dem skall
vara hemligt tills den angivna svarstiden har löpt ut.

 - d) Den upphandlande myndigheten skall tilldela varje enskilt
kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbu-
det på grundval av de tilldelningskriterier som anges i för-
frågningsunderlaget till ramavtalet.

I artikel 32 punkt 4 ges den upphandlande enheten således rätt att, om inte
alla villkor är fastställda i ramavtalet, göra parterna till föremål för förnyad
inbjudan att lämna anbud på grundval av samma villkor, som om det är
nödvändigt ska preciseras, och, vid behov, andra villkor, som anges i för-
frågningsunderlaget till ramavtalet. Direktivets bestämmelser öppnar såle-
des enligt länsrättens mening för möjligheten till en andra konkurrensut-
sättning på andra villkor än som tillämpades vid den första konkurrensut-
sättningen, under förutsättning att de villkor som ska tillämpas vid den

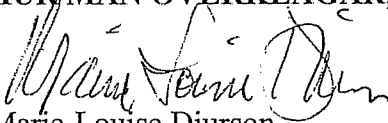
andra konkurrensutsättningen anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. En andra konkurrensutsättning på andra villkor anses således förenligt med det nya direktivets definition av ramavtal som avtal, som ingås i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, detta under förutsättning att den upphandlande enheten redan i förfrågningsunderlaget anger vilka de andra villkor som ska tillämpas vid den andra konkurrensutsättningen är. Länsrätten gör bedömningen att det torde möta svårigheter att fastställa samtliga tänkbara villkor för kommande avrop redan i ramavtalet. Detta med hänsyn till att den upphandlande enheten vid detta tillfälle saknar vetskap om exakt vilka produkter och vilka kvantiteter som avropande myndigheter kommer att efterfråga. Den i LOU fastställda definitionen av ramavtal som avtal i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop, kan av denna anledning enligt länsrättens mening inte tolkas på så sätt att den upphandlande enheten är tvingad att fastställa alla tänkbara villkor för alla tänkbara avrop i ramavtalet. Med hänsyn till att det nya direktivet, vars definition av ramavtal också anger att det rör sig om avtal i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, öppnar för möjligheten till en andra konkurrensutsättning på andra villkor gör länsrätten bedömningen att det föreligger en möjlighet att söka ledning i det nya direktivet.

Enligt länsrätten öppnar således, som nämnts ovan, det nya direktivets bestämmelser för möjligheten till en andra konkurrensutsättning på andra villkor än som tillämpades vid den första konkurrensutsättningen, under förutsättning att de villkor som ska tillämpas vid den andra konkurrensutsättningen anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. VERVA har i den aktuella upphandlingen tydligt angett i förfrågningsunderlaget till ramavtalet vilka villkor som ska tillämpas vid den första respektive den andra konkurrensutsättningen. Sjöland & Thyselius har inte ifrågasatt de villkor som avses att tillämpas vid den förnyade konkurrensutsättningen, utan har endast ifrågasatt huruvida förfarandet med en andra konkurrensutsättning är

tillåtet. Länsrätten finner vid en samlad bedömning att VERVA:s förfarande med en andra konkurrensutsättning inte kan anses strida mot LOU eller gemenskapsrätten.

Sjöland & Thyselius ansökan om överprövning ska på anförda skäl avslås.

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



Marie-Louise Diurson

chefsrådman

Föredragande har varit Maya Abdullah.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

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

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

