



KLAGANDE

AB Previa, 556235-1907
Box 4080
171 04 Solna

MOTPART

Skatteverket
171 94 Solna

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Stockholms läns beslut den 27 juni 2008 i mål nr 11775-08,
se bilaga

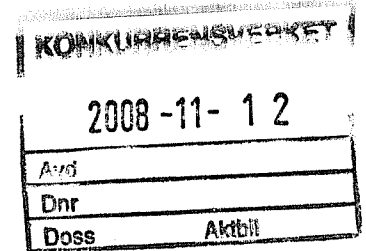
SAKEN

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

AB Previa (bolaget) yrkar att kammarrätten, med upphävande av
länsrättens beslut, återförvisar målet till länsrätten för prövning i sak.

Skatteverket bestrider bifall till överklagandet.

Bolaget anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Länsrätten har avvisat
bolagets ansökan om överprövning på felaktiga grunder. Enligt länsrätten
har Skatteverkets avrop skett i enlighet med det upphandlade ramavtalet.
Länsrätten drog slutsatsen att ramavtalet, och inte den förnyade
konkurrensutsättningen, är att betrakta som ett upphandlingskontrakt.
Eftersom överprövningsfristen för ramavtalet hade löpt ut saknades enligt
länsrättens mening möjlighet att överpröva den förnyade konkurrensut-
sättningen, varför bolagets ansökan avvisades. Detta är en felbedömning
eftersom den förnyade konkurrensutsättningen innebär att Skatteverket
tilldelar ett upphandlingskontrakt för vilket överprövningsfristen inte
löper ut förrän tio dagar passerat från den dag Skatteverket meddelar
tilldelningsbeslut och ett undertecknat avtal föreligger mellan parterna.



Det ramavtal som Skatteverket har baserat upphandlingen på innehåller vare sig någon fördelningsnyckel eller annan mekanism för fördelning av avrop. Ramavtalet förutsätter tvärtom att de myndigheter som använder ramavtalet skall bjuda in leverantörerna att lämna nya anbud. Ramavtalet är därför inte ett upphandlingskontrakt i LOU:s mening och möjligheten till överprövning har därför inte upphört. Bolaget hänvisar till yttrande från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till konstitutionsutskottet den 17 mars 2004, dnr 2004/0046-29, samt Kammarrätten i Stockholms dom den 2 juni 2004 i mål nr 2591-04.

Konkurrensverket har på kammarrättens begäran yttrat sig i målet. Av yttrandet framgår bl.a. följande. Enligt övergångsbestämmelserna till nya LOU ska LOU i dess äldre lydelse fortfarande tillämpas beträffande upphandlingar som påbörjades före den 1 januari 2008. En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas. Den aktuella upphandlingen inleddes enligt uppgift från VHS i december 2006. I det förevarande målet ska således LOU i dess äldre lydelse tillämpas. Alla villkor för tilldelning är inte angivna i det aktuella ramavtalet mellan Previa och Skatteverket. I stället anges i avtalet att en andra konkurrensutsättning ska genomföras, varefter leveransavtal kan tecknas med en eller flera leverantörer. Vid den förnyade konkurrensutsättningen ska principen ”lägsta pris” tillämpas. Upphandlingar i form av ramavtal har tagits upp till bedömning i ett antal domar från kammarrätten samt även varit föremål för yttrande från den tidigare tillsynsmyndigheten på området, NOU. Rättsläget har varit att en förnyad konkurrensutsättning inte är tillåten enligt LOU i dess äldre lydelse, detta med hänsyn till att alla villkor skulle vara angivna i ramavtalet. Enligt Konkurrensverkets uppfattning torde inte direktiv 2004/18/EG vara tillämbart på den aktuella upphandlingen genom direkt effekt. I direktivets artikel 32.1 anges att medlemsstaterna *får* tillåta de upphandlande myndigheterna att sluta ramavtal och reglerna som tillåter förnyad konkurrensutsättning vid ramavtal är således frivilliga att införa i nationell lagstiftning.

Myndigheter har under artikel 10 i EG-fördraget en skyldighet att vidta alla lämpliga åtgärder för att uppnå det resultat som föreskrivs av ett direktiv. Denna skyldighet kan dock inte anses utsträcka sig till fakultativa bestämmelser. Att tillåta en upphandlande myndighet att använda ett fakultativt förfarande som inte implementerats i nationell rätt hade enligt Konkurrensverkets mening stått i strid med principerna om rättssäkerhet och förutsägbarhet. Indirekt effekt genom direktivkonform tolkning torde heller inte föreligga då LOU:s regler om ramavtal utgått från de äldre klassiska direktiven som helt saknade bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning. Möjligheten att tolka nationell rätt utifrån fakultativa direktivbestämmelser bör enligt Konkurrensverket begränsas till situationer där bestämmelserna i fråga reglerar en situation som även är föremål för reglering i nationell rätt. Direktivet 2004/18/EG avser ett nytt förfarande med förnyad konkurrensutsättning vid ramavtal, en ordning som inte var tillåten enligt LOU. En ytterligare begränsning av möjligheterna att använda direktivkonform tolkning framgår av EG-domstolens praxis där det fastställs att en sådan tolkning inte kan göras contra legem av nationell rätt. Detta innebär att tolkningen inte får leda till ett resultat som går emot den gällande inhemska rätten. Bestämmelserna i LOU om ramavtal kan därför inte genom direktivkonform tolkning anses medge att förnyad konkurrensutsättning tillämpas. VHS ramavtal är därmed enligt Konkurrensverkets uppfattning inte att betrakta som ett upphandlingskontrakt i LOU:s mening, detta med hänvisning till att alla villkor inte angetts. En följd av detta är att överprövningsfristen inte kan anses ha löpt ut. Att ramavtalet inte kan ses som ett upphandlingskontrakt får också till följd att beställningar från ramavtalet är att se som en ny tilldelning av upphandlingskontrakt, vilken måste föregås av upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU. Skatteverkets tilldelningsbeslut i det aktuella målet torde med hänvisning till ovanstående bedömning kunna anses utgöra en direktupphandling. För det fall att domstolen skulle finna att bestämmelserna i direktiv 2004/18/EG har direkt eller indirekt effekt anser Konkurrensverket att det

följer av det upphandlingsrättsliga regelverket att en förnyad konkurrensutsättning ska kunna överprövas.

Bolaget har därefter anfört bl.a. följande. Det är ostridigt mellan parterna att Skatteverket har haft rätt att genomföra en förnyad konkurrensutsättning baserad på det aktuella ramavtalet. Mål om överprövning enligt LOU är av tvistemålsliknande karaktär med jämbördiga kommersiella parter, varför kammarrätten är förhindrad att pröva denna fråga. I övrigt delar bolaget Konkurrensverkets bedömning att den förnyade konkurrensutsättningen kan överprövas av domstolen. Länsrätten var därför behörig och skulle således rätteligen ha prövat bolagets ansökan om överprövning i sak.

Skatteverket anför bl.a. följande. Förnyad konkurrensutsättning har sedan många år ansetts vara en form av fördelningsnyckel, om den antar en förutbestämd form och upprätthåller de EG-rättsliga principerna med flexibilitet i relation till föremålet för upphandlingen. Anbudsgivare som inte delar denna uppfattning har haft möjlighet att ifrågasätta förfrågningsunderlagens konstruktion med de rättsmedel som finns samt kunnat välja att inte gå in i ett avtalsförhållande. Länsrätten i Stockholm har i ett antal avgöranden, bl.a. mål nr 2842-08, gjort bedömningen att en förnyad konkurrensutsättning är tillåten. Varken kammarrätten eller Regeringsrätten har meddelat prövningstillstånd i dessa avgöranden. Majoriteten av den svenska myndighetsvärlden har tolkat regelverket på motsvarande sätt. Konkurrensverkets synsätt att alla ramavtal som innehåller en förnyad konkurrensutsättning inte längre kan nyttjas, skapar konsekvenser som inte är försvarbara och kan ge utdragna skadeståndsprocesser. Den aktuella upphandlingen är påbörjad efter att tidsfristen för införlivande av direktivets bestämmelser har gått ut och regeringen hade för avsikt att införa de nya bestämmelserna redan i maj 2006. När ett ramavtal når nivån av upphandlingskontrakt försvinner möjligheten till prövning av avropen så länge dessa håller sig till ramavtalet. Fördelningsnyckeln ska skapas i upphandlingen av ramavtalet

och prövas i den processen, inte i avropet. Prövas inte ramavtalets konstruktion har inblandade parter genom konkludent handlande accepterat förutsättningarna. En direktivkonform tolkning innebär inte en tolkning contra legem, eftersom det saknas bestämmelser som uttryckligen reglerar förnyad konkurrensutsättning.

Kammarrätten har den 7 juli 2008 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Nya LOU bygger på Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Direktivet skulle ha varit implementerat i svensk rätt senast den 31 januari 2006. Den i målet aktuella upphandlingen påbörjades och ramavtalet ingicks efter att implementeringstiden hade gått ut men före den nya lagen (2007:1091) om offentlig upphandling trädde i kraft. Det är således den gamla LOU lagen (1992: 1528) om offentlig upphandling som skall tillämpas på upphandlingen.

Enligt 1 kap. 5 § (gamla) LOU definieras ett ramavtal som ett 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.

Redan av ordalydelsen följer att ramavtal där det ges möjlighet till förnyad konkurrensutsättning efter en ny inbjudan till anbud, inte kan anses vara möjlig eftersom samtliga villkor för avrop inte är fastställda. Kammarrätten i Stockholm har vidare genom dom den 2 juni 2004 i mål nr 2591-04, bl.a. uttalat att ett ramavtal där det saknades en fördelningsnyckel eller mekanism för tilldelning av avrop, inte utgjorde ett upphandlingskontrakt.

Genom nya LOU infördes möjlighet att genom ramavtal tilldela kontrakt antingen genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan eller, om alla villkor inte är fastställda i ramavtalet, efter en förnyad konkurrensutsättning.

I förarbetena till nya LOU anges bl.a. följande. Till bilden hör även att om direktivets bestämmelser om ramavtal inte införs, är det inte uteslutet att domstolarna vid en framtida prövning skulle göra bedömningen att ramavtal över huvud taget inte kan användas. I vart fall kan inte utan stöd i lag ett ramavtal ingås där alla villkor inte är fastställda. Det innebär att en förnyad konkurrensutsättning inte skulle vara möjlig att göra i samband med tilldelning av kontrakt (prop. 2006/07:128 s. 167). Det kan noteras att lagstiftaren synes ha utgått ifrån att en förnyad konkurrensutsättning inte var möjlig enligt tidigare bestämmelser.

Om en medlemsstat inte har implementerat en bestämmelse kan denna i vissa situationer få direkt effekt. Artikel 32 i direktiv 2004/18/EG är emellertid fakultativ, dvs. frivillig för medlemsstaterna att införa i nationell lagstiftning, och den kan därför inte få direkt effekt (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 31 oktober 2006 i mål nr 5024-06).

Principen om direktivkonform tolkning innebär att nationell lagstiftning skall tolkas i enlighet med direktivets ordalydelse och syfte så långt som det är möjligt. Detta innebär att direktiv får indirekt effekt. Till skillnad från vad som är fallet vid direkt effekt är det fortfarande den nationella lagstiftningen som läggs till grund för avgörandet. Tolkningsskyldigheten har vissa gränser och innebär t.ex. inte en skyldighet att tolka lagen i strid med dess ordalydelse och det kan finnas systematiska överväganden som gör att den mest näraliggande tolkningen blir en annan än den som följer av EG-rätten.

Ramavtal med möjlighet till förnyad konkurrensutsättning efter en ny inbjudan till anbud kan inte anses inrymmas i ordalydelsen i 1 kap. 5 §

gamla LOU, eftersom samtliga villkor inte är fastställda. Enligt kammarrättens mening går det följaktligen – även med beaktande av direktiv 2004/18/EG – inte att genomföra en förnyad konkurrensutsättning vid ramavtal som är slutna enligt LOU i dess för målet aktuell lydelse.

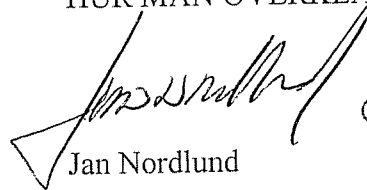
Det aktuella ramavtalet mellan VHS och bolaget förutsätter att en förnyad konkurrensutsättning skall ske efter en ny inbjudan till anbud. Samtliga villkor för avrop har därmed inte reglerats i ramavtalet och detta är därför inte ett sådant upphandlingskontrakt som avses i 1 kap. 5 § LOU. Eftersom det således inte föreligger något upphandlingskontrakt har inte heller tiden för överprövning av förevarande upphandling upphört. Överklagandet skall således bifallas.

DOMSLUT

Kammarrätten upphäver det överklagade avgörandet och visar målet åter till länsrätten för ny handläggning.

Kammarrättens beslut den 7 juli 2008 upphör härmed att gälla.

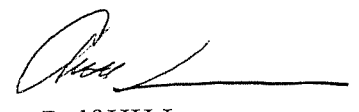
HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga.



Jan Nordlund
kammarrättsråd



Eva-Lotta Hedin
kammarrättsråd
referent



Rolf HH Larsson
adjungerad ledamot



Kristian Zeman
föredragande

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

BESLUT
2008-06-27
Meddelat i
Stockholm

Mål nr
11775-08
Rotel 551

SÖKANDE

AB Previa, 556235-1907
Box 4080
171 04 Solna

MOTPART

Skatteverket
Inköpsenheten
171 94 Solna

SAKEN

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

BESLUT

Länsrätten avvisar ansökan.

Länsrättens interimistiska beslut från den 5 juni 2008 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 343713

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: lansrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Skatteverket har i avropsförfrågan (riksbaserad) för leveransavtal avseende Företagshälsovård Bastjänster inbjudit leverantörer att inkomma med avrops svar enligt villkoren i de statliga ramavtalen VHS 6-0097-451217, dnr 132 243181-08/21. De statliga ramavtalen är tecknade av Verket för högskole service (VHS).

Skatteverket har i inköpsbeslut daterat den 29 maj 2008 meddelat att verket antagit avrops svar från annan leverantör än AB Previa (bolaget) på de orter med lägst pris enligt bilaga 1 och att avrops svar från bolaget antas på resterande orter.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att länsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först efter att den rättats på så vis att anbudet från den andra anbudsgivaren förkastas och en ny anbudsutvärdering genomförs, varvid bolaget tilldelas kontrakt. Till stöd för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Skatteverket har brutit mot såväl transparensprincipen som likabehandlingsprincipen, vilka inryms i kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, genom att avvika från förfrågningsunderlaget. Detta har skett genom att Skatteverket antagit två leverantörer trots att verket uttryckligen angivit att endast en skulle antas och att verket antagit annan leverantör än bolaget, trots att denna leverantör inte uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen. Om Skatteverket inte hade brutit mot LOU skulle bolaget ensamt ha tilldelats kontrakt. Bolaget har därför lidit eller i vart fall riskerat att lida skada i den mening som avses i 7 kap. 2 § första stycket LOU.

Förutsättningar för prövning av upphandlingen

Skatteverkets upphandling baseras på ett ramavtal om företagshälsovårds- tjänster som tidigare upphandlats av VHS. Detta innebär inte att länsrätten är förhindrad att överpröva upphandlingen. Den tidigare tillsynsmyndigheten, Nämnden för offentlig upphandling (NOU), har i ett yttrande (dnr 2004/0046-29) anfört bl.a. följande.

”Ramavtal definieras i 1 kap. 5 § LOU som 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. Ramavtal med flera leverantörer för samma typ av varor, tjänster eller bygg-entreprenader benämns vanligen ”parallella ramavtal”. Att samtliga villkor för avrop ska fastställas i ramavtalet innebär enligt NOU:s mening att det vid varje enskilt avrop från ramavtalet inte får finnas någon möjlighet att göra några väsentliga förändringar eller tillägg i förhållande till villkoren i ramavtalet. Vid parallella ramavtal måste det därför finnas en på förhand fastställd fördelningsnyckel som visar vilken leverantör som i första hand ska tilldelas avrop. Denna regel ger uttryck för den gemenskapsrättsliga transparensprincipen.”

”Ett ramavtal i vilket samtliga villkor för avrop inte fastställts är inte ett ömsesidigt förpliktande avtal med ekonomiska villkor slutet mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer. Ett sådant ramavtal kan inte användas för avrop och är inte heller något upphandlingskontrakt i den mening som avses i LOU. Enskilda beställningar (ofta oegentligt benämnda avrop) från ett sådant ramavtal kan därför per definition inte utgöra utnyttjande av ett befintligt upphandlingskontrakt utan istället sker, vid varje beställning, en ny tilldelning av upphandlingskontrakt. Varje tilldelning av upphandlingskontrakt måste föregås av upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU.”

Kammarrätten i Stockholm har vidare i en dom från den 2 juni 2004, mål nr 2591-04, med hänvisning till ovan citerade yttrande uttalat bl.a. följande.

”Stiftelsen har härefter gjort gällande att de aktuella ramavtalen inte uppfyller de krav som ställs på ett upphandlingskontrakt och att upphandlingen därför inte är avslutad. --- I förevarande fall finns ingen fördelningsnyckel som visar vilken leverantör som i första hand skall tilldelas avrop. --- Med hänsyn till att dessa således inte fastställer samtliga villkor för avrop utgör avtalen inte upphandlingskontrakt i den mening som avses i LOU. Denna bedömning förändras inte av den omständigheten att pris och tjänstens karaktär anges i avtalen. Mot bakgrund av de krav på förutsebarhet och transparens som följer av EG-rätten får det anses vara den upphandlande enhetens ansvar att utarbeta en mekanism eller fördelningsnyckel för avrop. --- Eftersom det således inte föreligger något upphandlingskontrakt har inte heller tiden för överprövning av förevarande upphandling upphört. Hinder för överprövning av densamma föreligger följaktligen inte.”

Mot denna bakgrund återförvisade kammarrätten målet till länsrätten för fortsatt handläggning.

Av citaten ovan framgår att endast ramavtal som fastställer samtliga villkor för avrop, inklusive en fördelningsnyckel eller annan mekanism för avrop som visar vilken leverantör som i första hand ska tilldelas avrop, är upphandlingskontrakt i LOU:s mening. Vidare framgår att ramavtal som inte på detta sätt fastställer samtliga villkor inte är upphandlingskontrakt i LOU:s mening och därför inte medför att möjligheterna till överprövning upphör. Tvärtom utgör användning av ramavtal som inte fastställer samtliga villkor nya tilldelningar av upphandlingskontrakt vilka kan bli föremål för överprövning.

Det ramavtal som Skatteverket baserat upphandlingen på innehåller varken någon fördelningsnyckel eller annan mekanism för fördelning av avrop, utan ramavtalet förutsätter tvärtom att de myndigheter som använder det ska bjuda in leverantörerna att lämna nya anbud. Ramavtalet är därför inte ett upphandlingskontrakt i LOU:s mening och möjligheten till överprövning har därför inte upphört.

Skatteverkets överträdelser av LOU

Skatteverket har i förfrågningsunderlaget angivit att kontrakt skulle tecknas med endast en leverantör. Ett obligatoriskt skall-krav har varit att den leverantör som skulle antas skulle kunna utföra uppdrag på samtliga de orter som framgick av bilaga 3 till förfrågningsunderlaget. Skatteverket har trots detta antagit två leverantörer, dvs. utöver bolaget även en annan leverantör. Detta utgör i sig en överträdelse av transparensprincipen och likabehandlingsprincipen, vilka inryms i kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Dessutom har verket brutit mot de nämnda principerna genom att frångå det i förfrågningsunderlaget uppställda skall-kravet, och därmed även grundförutsättningarna för upphandlingen, genom att anta den andra leverantörens anbud trots att denne endast kan erbjuda verksamhet på ett mindre antal av de efterfrågade orterna.

Skatteverkets överträdelser av LOU är hänförliga till anbudsutvärderingen, vilken inneburit att Skatteverket avvikit från förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget är dock inte i sig behäftat med annat än marginella brister och den överträdelse bolaget ovan påtalat är således inte hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Den aktuella överträdelsen ska därför korrigeras genom en rättelse varigenom anbudet från den andra leverantören förkastas och en ny anbudsutvärdering genomförs, varvid bolaget tilldelas kontrakt (jfr RÅ 2005 ref. 47).

Länsrätten har den 5 juni 2008 med stöd av 7 kap. 2 § andra stycket LOU interimistiskt förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Skatteverket bestrider bifall till ansökan och yrkar att länsrätten ska avvisa bolagets talan p.g.a. att Skatteverket endast har genomfört en förnyad konkurrensutsättning i enlighet med VHS ramavtal och således inte någon ny upphandling. För det fall länsrätten skulle bedöma att det finns laglig grund för överprövning yrkar Skatteverket att bolagets talan ska avslås då inga av de EG-rättsliga principerna trätts för när och avropet har genomförts i enlighet med gällande ramavtal. Till stöd för sin inställning anför verket i huvudsak följande. Den föreliggande avslutade ramavtalsupphandlingen (genomförd enligt det gamla regelverket) har resulterat i ett upphandlingskontrakt och överprövningsfristen enligt 7 kap. 1 § tredje stycket LOU har löpt ut. Skatteverket har gjort ett avrop från ramavtalet och tillämpat dess villkor på ett affärsmässigt sätt i enlighet med de gällande principer som uppstår regelverket och med stöd av ramavtalskonstruktionen.

Avtalet mellan bolaget och VHS stipulerar att avtalet är fördelat på två delområden – riksbaserat och ortsbaserat. Avtalets punkt 10.6 a andra stycket anger att beställaren kan ”välja att göra ett avrop till de riksbaserade leverantörerna för alla eller ett par av dessa orter gemensamt”. Avtalets punkt 10.6 j

anger att utvärdering sker utifrån lägst pris och att "Beställaren endast får jämföra avropssvaren med avseende på pris" samt att avropsmodellen är en andra konkurrensutsättning. Att väga in täckningsgrad är inte möjligt utifrån ramavtalet. Ramavtalets eventuella otydlighet i sin fördelningsnyckel och bolagets missnöje med denna skulle ha framförts och eventuellt prövats i samband med upphandlingen av ramavtalet. Avropsförfrågan med tillhörande bilagor har av Skatteverket tillställts alla tre antagna leverantörer inom delområdet riksbaserat. Avropsförfrågan har i enlighet med ramavtalet med fullständig likabehandling informerat leverantörerna om volymer, orter och behov av kompetenser. Den har innehållit "priskorgen" och all annan nödvändig information.

I Skatteverkets avropsförfrågan punkten 1 anges uttrycken "för avsikt att" och "i den omfattning och enligt vad som framgår av denna förfrågan *och tillhörande bilagor*". Under punkten 3.1 anges "i syfte att". Under punkten 6 anges att "Kriterierna för det *shutliga valet* av leverantör att teckna leveransavtal med är pris". Avropsförfrågans bilaga 1, som också är underlag för förfrågan anger under "Inriktning" att "Vi ska ha så få leverantörer som möjligt". Bolaget hänvisar till Skatteverkets formuleringar och menar att en leverantör är detsamma som en enda leverantör, o.s.v. Formuleringarna är dock allmänt uttryckta, och bör läsas tillsammans med andra uttryck angivna här ovan. Detta i kombination med att avropet berör en andra konkurrensutsättning med tre ramavtalsleverantörer för delområdet riksbaserat samt ramavtalets redan fastställda upplägg, skulle med önskvärd tydlighet tala om för bolaget på vilka premisser valet av leverantör skulle ske och med vilken konkurrens.

Skatteverkets avropsförfrågan kunde måhända ha varit ännu mer tydlig, det rör sig dock om en avropsförfrågan och inte en upphandling. I sammanhanget vill Skatteverket ändå åberopa RÅ 2002 ref. 50 där regeringsrätten fastslår att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt

utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Bolaget bestrider Skatteverkets yrkande om att ansökan om överprövning ska avvisas och anför bl.a. följande. Skatteverket anger i sitt yttrande att det utifrån ramavtalet inte funnits möjlighet att väga in ”täckningsgrad”. Bolaget uppfattar detta som att Skatteverket gör gällande att verket inte haft möjlighet att välja att upphandla en enda leverantör för samtliga orter där Skatteverket har verksamhet, utan att Skatteverket enligt ramavtalet varit skyldigt att ort för ort tilldela kontrakt till den leverantör som offererat det lägsta anbudspriset. Som bolaget uppfattar Skatteverkets resonemang i denna del menar Skatteverket att verket inte efterfrågat endast en leverantör för alla orter, eftersom detta inte varit tillåtet. Det Skatteverket anför är dock felaktigt. Av VHS:s vägledning för användning av ramavtalet framgår nämligen tydligt att en upphandlande enhet kan välja att efterfråga endast en leverantör för hela sitt behov av företagshälsovård, dvs. samtliga verksamhetsorter, och i upphandlingen framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att detta är precis vad Skatteverket gjort. Bolaget vill också framhålla att det inte är ramavtalet och dess utformning som är föremål för prövning i detta mål, utan Skatteverkets agerande inom ramen för upphandlingen.

För den som läser förfrågningsunderlaget, särskilt avsnitt 3.1 i vilket det anges att syftet med upphandlingen är att teckna ett leveransavtal med en professionell leverantör inom det aktuella området, framstår det som uppenbart att Skatteverket gentemot anbudsgivarna utfäst sig att anta endast en av dem. Det avgörande från regeringsrätten som åberopats av Skatteverket, RÅ 2002 ref. 50, saknar relevans för bedömningen av de frågor som är föremål för prövning i detta mål. Frågan i rättsfallet var vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlags utformning. I detta mål har dock bolaget inte ifrågasatt förfrågningsunderlagets utformning, utan i stället kritiserat att Skatteverket i

strid med transparensprincipen gjort väsentliga avsteg från förfrågningsunderlaget.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2008 trädde den nya LOU (2007:1091) i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna skall bestämmelserna i den äldre LOU (1992:1528) tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet av den nya lagen. I förevarande fall grundar sig avropen på ett ramavtal som upphandlats enligt den äldre LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU (1992:1528) gäller följande. Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 5 § samma lag anges att med ramavtal avses 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.

Av 7 kap. 2 § första stycket samma lag framgår att 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av VHS:s förfrågningsunderlag ”Statligt ramavtal inom området Företagshälsovård”, dnr 52-0097-2006, framgår under punkt 1.7 ”Avropsförfarande” bl.a. följande.

I enlighet med EG-direktiven har VHS valt att använda sig av principen ”förnyad inbjudan att lämna anbud på de villkor som anges i ramavtalet, dvs. andra eller förnyad konkurrensutsättning” som förfarande vid avrop.

1.7.1 Förnyad konkurrensutsättning

I denna upphandling tillämpas en förnyad konkurrensutsättning. När ramavtal med antagna leverantörer har tecknats, kommer avropande myndighet att genomföra av-

rop genom att ställa förfrågan till samtliga, både riksbaserade och ortsbaserade leverantörer, inom det geografiskt avgränsade området.

1.7.2 Kriterier vid avrop

I samband med den förnyade konkurrensutsättningen när kund- och objektspecifika krav kan ställas skall utvärderingen ske enligt principen ”lägsta pris” i enlighet med informationen i detta dokument med bilagor.

Av ”Ramavtal avseende Företagshälsovård mellan VHS Upphandling och AB Previa Avtalsnummer 6-0097-49087” framgår under punkt 10.3 ”Avropsrutiner” i underrubrik 10.3.1 ”Tillvägagångssätt” bl.a. följande.

Vid avrop skall Avroparna och Leverantören iakttä följande:

- a) Samtliga kontrakterade leverantörer skall tillfrågas i enlighet med de förutsättningar som gäller i respektive delområde.
- b) Leverantören är skyldig att inom av Beställaren angiven tid besvara ställd avropsförfrågan och lämna avropssvar.
- c) Avropsförfrågan enligt Ramavtalsbilaga 5 samt bilaga 3 skall nyttjas.

.....

Om två eller flera Leverantörer i samband med avropet erbjuder samma priser, skall Beställaren skicka en ny fråga till dessa Leverantörer avseende om de står fast vid sitt pris eller vill offerera ett lägre. Om Leverantörerna, trots denna förfrågan har samma priser får Beställaren välja den Leverantör som har den kortaste leveranstiden, under förutsättning att denna fråga ställts i samband med avropet.

Avropsförfrågan kan avse antingen en specifik beställning, eller utgöra en samlad förfrågan avseende myndighetens behov av tjänster för en längre tidsperiod (leveransavtal). Om avropet avser en längre period skall avtalsperioden framgå av avropsförfrågan.

Vidare framgår under punkt 10.6. ”Tillämpning av ramavtal” bl.a. följande.

- a) Detta ramavtal är fördelat på två delområden, riksbaserat och ortsbaserat. En Beställare som skall göra avrop från ramavtalet skall skicka sin förfrågan till den eller de leverantörer som antagits som leverantörer på den ort Beställarens verksamhet finns på, samt till de leverantörer som har antagits som riksbaserade, under förutsättning att de antagits på orten.

Om en Beställares verksamhet finns på flera orter kan Beställaren välja att göra ett avrop till de riksbaserade leverantörerna för alla eller ett par av dessa orter gemensamt, under förutsättning att leverantörerna antagits på dessa orter, alternativt genomföra ett avrop för enskilda orter i enlighet med stycket ovan. Det skall tydligt framgå av den avropsförfrågan som görs vilket område avropet gäller.

.....

- j) Vid den förnyade konkurrensutsättningen skall principen ”lägsta pris” användas. Detta innebär att Beställaren endast får jämföra avropssvaren med avseende på pris.

Vid formuleringen av hur priser lämnas och jämförs kan timpriser, pris per tjänst, pris per anställd, eller totalt pris för samtliga tjänster användas. Det är upp till Beställaren att formulera priserna så att en jämförbarhet uppnås. --- De priser som begärs in formuleras i normalfallet i en priskorg. Prisuppgifterna skall vara representativa för hur det förväntade utfallet under avtalsperioden kommer att se ut för den enskilda Beställaren.

I Skatteverkets avropsförfrågan (riksbaserad) för leveransavtal avseende Företagshälsovård Bastjänster anges under punkt 1 "Inbjudan" bl.a. följande.

Skatteverket har för avsikt att teckna leveransavtal med en leverantör från vilket Skatteverket äger rätt att avropa företagshälsovård i den omfattning och enligt vad som framgår av denna förfrågan och tillhörande bilagor.

Vidare framgår under punkt 5.1 "Orter" och punkt 6 "Pris" bl.a. följande.

Uppdraget ska kunna avropas från en leverantör och på samtliga orter som framgår av bilaga 3, Skatteverkets verksamhetsorter.

Pris på önskade tjänster ska anges i bifogad bilaga 2 Priskorg Bastjänster, som är en svarsbilaga, och bifogas avropssvaret.

Kriterierna för det slutliga valet av leverantör att teckna leveransavtal med är pris.

Länsrättens bedömning

Länsrätten har först att ta ställning till om det omtvistade förfarandet avser ett avrop från ett ramavtal eller om det är fråga om en ny upphandling, vilken kan bli föremål för överprövning enligt LOU.

Bolaget har anfört att det aktuella ramavtalet inte är att anse som ett upphandlingskontrakt i LOU:s mening eftersom detta varken innehåller någon fördelningsnyckel eller annan mekanism för fördelning av avrop, utan förutsätter att de myndigheter som använder sig av ramavtalet ska bjuda in leverantörer att lämna nya anbud. Bolaget har till stöd härför bl.a. åberopat ett yttrande från den tidigare tillsynsmyndigheten, Nämnden för offentlig upphandling, där nämnden bl.a. uttalat att "Ett ramavtal i vilket samtliga villkor för avrop inte fastställts är inte ett ömsesidigt förpliktande avtal med ekonomiska villkor slutet mellan en upphandlande enhet och en eller flera leveran-

törer. Ett sådant ramavtal kan inte användas för avrop och är inte heller något upphandlingskontrakt i den mening som avses i LOU.”

Begreppet ramavtal definieras i 1 kap. 5 § LOU som ett 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.

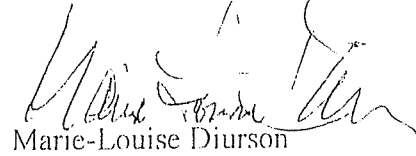
Länsrätten har i en tidigare dom från den 21 maj 2008, mål nr 2842-08, tagit ställning till huruvida det är möjligt att tolka den i 1 kap. 5 § LOU fastställda definitionen av ramavtal utifrån artikel 1 punkten 5 samt artikel 32 i det nya direktivet avseende den klassiska sektorn (2004/18/EG). Länsrätten fann i domen att den i LOU fastställda ramavtalsdefinitionen inte kan tolkas på så sätt att den upphandlande enheten är tvingad att fastställa alla tänkbara villkor för alla tänkbara avrop i ramavtalet. Ett krav är dock att de villkor som ska tillämpas vid en första respektive andra konkurrensutsättning är angivna i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Länsrätten finner inte skäl att frångå denna bedömning.

Enligt länsrättens mening har VHS i förfrågningsunderlaget till ramavtalet samt i ramavtalet mellan VHS och bolaget tydligt angett de villkor som ska tillämpas vid ett avrop. Härav framgår bl.a. att utvärderingen av anbuden ska ske utifrån principen ”lägsta pris” och att beställaren endast får jämföra avropssvaren med avseende på pris. Att beställaren skulle vara förhindrad att anta fler än en leverantör framgår inte.

Länsrätten finner mot bakgrund härav att ramavtalet mellan bolaget och VHS är att betrakta som ett upphandlingskontrakt i LOU:s mening. Vidare finner länsrätten att den förnyade konkurrensutsättning som genomförts av Skatteverket skett helt i enlighet med detta avtal. Eftersom överprövningsfristen enligt 7 kap. 1 § tredje stycket LOU löpt ut saknar länsrätten möjlighet att

överpröva den föreliggande ramavtalsupphandlingen. Bolagets ansökan ska därför avvisas.

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



Marie-Louise Diurson

chefsrådman

Föredragande har varit Alexandra Källkvist.

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.

- | |
|---|
| <p>Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;</p> <ol style="list-style-type: none">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 Regeringsrätten2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis. |
|---|