



SÖKANDE

Dokumentismen i Umeå AB, 559079-4193

Ombud: Fredrika Björk och André Prentell
Fondia Legal Services AB
Birger Jarlsgatan 55
111 45 Stockholm

MOTPART

Övik Energi Nät Aktiebolag, 556527-7067
Box 11
891 21 Örnsköldsvik

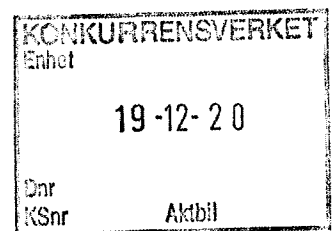
Ombud: Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Övik Energi Nät Aktiebolag (Övik Energi Nät) har tillsammans med Örnköldsviks kommun, Övik Energi AB, Miljö och Vatten i Örnköldsvik AB, Örnköldsviks Hamn och Logistik AB, Örnköldsviks Airport AB, AB Övikshem, Höga Kusten Destinationsutveckling AB och Stiftelsen Gideågården genomfört upphandlingen Utskriftstjänst som funktion, dnr A 19-008 F. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande.

Av utvärderingsprotokollet framgår vilka anbud som inkommit och vilket anbud som antagits. Bland de inkomna anbuden finns ett från Dokumentismen i Umeå AB (bolaget), vilket inte antogs som det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till pris.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska avbrytas och göras om, och i andra hand att upphandlingen ska rättas på sådant sätt att tilldelad anbudsgivares anbud förkastas och att bolagets anbud tilldelas avtalet som rangordnad etta. Bolaget anför i huvudsak följande.

Något formellt tilldelningsbeslut har inte fattats utan ett e-postmeddelande med information om avtalsspärrens löptid samt en länk till utvärderingsprotokollet har skickats till anbudsgivarna. Av utvärderingsprotokollet framgår vilka som lämnat anbud och vilket som antagits. Enligt informationsmeddelandet löper avtalsspärren fram till och med den 27 juni 2019.

Avtalen

Övik Energi Nät har tidigare genomfört en ramavtalsupphandling avseende upphandlingsobjektet, där avtal löper till och med den 30 april 2020. Det finns alltså ett civilrättsligt ramavtal mellan Övik Energi Nät och bolaget. Trots detta har Övik Energi Nät inlett en ny upphandling med samma upphandlingsföremål redan under våren 2019 med en avtalstid från och med

den 1 september 2019. Det går inte att utläsa ur varken upphandlingsprotokollet eller tilldelningsbeslutet hur ramavtalen förhåller sig till varandra och ramavtalets uppskattade värde under överlappsperioden om åtta månader överstiger tre och en halv miljoner kronor. Eftersom anbudsgivare inte med säkerhet kunnat veta vilket ramavtal som skulle komma att användas under den initiala sjättedelen av ramavtalstiden brister upphandlingen i konkurrens.

Bolaget hade med vetskap om en intern rangordning av ramavtalen kunnat justera sitt anbudspris. Om förutsättningarna hade varit klara hade bolaget kunnat sänka sitt pris, varpå bolaget hade kunnat vinna upphandlingen. Bolaget lider därför skada, eller riskerar åtminstone att lida skada, om upphandlingen tillåts bestå. Skäl för ingripande föreligger därför.

Grundläggande för alla upphandlande ramavtal är att samtliga villkor för avrop ska fastställas i ramavtalet. Villkoren för avrop ska baseras på objektiva grunder. Att samtliga villkor för avrop ska fastställas i ramavtalet innebär enligt bolagets mening att det vid varje enskilt avrop från ramavtalet inte får finnas någon möjlighet att göra väsentliga förändringar, avsteg eller tillägg i förhållande till villkoren i ramavtalet. Vid parallellt löpande ramavtal måste det därför finnas en på förhand fastställd fördelningsnyckel som visar vilket ramavtal som kommer att nyttjas samt vilken leverantör som i första hand ska tilldelas ett avrop. Bolaget anser att en så pass omfattande friskrivning som inte internt rangordnade, parallella, ramavtal medför strider mot likabehandlings- och transparensprincipen (jfr RÅ 2010 ref. 97). Det bör även framgå av ramavtalet vilka särskilda skäl, t.ex. högt avropsvärde eller att ramavtalsleverantörerna saknar möjlighet att leverera, som kan medföra att ett separat ramavtal används. Ett avtal kan inte ensidigt ändras retroaktivt, utan måste i så fall hävas eller omförhandlas för att ändringen ska kunna bli giltig. De framgår inte för en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare vilket avtal som skulle ha företräde.

Enligt omständigheterna i förevarande upphandling kan inte anbudsgivaren med säkerhet utesluta risken för att Övik Energi Nät upphandlar ytterligare ett ramavtal mot slutet av ramavtalets löptid. Övik Energi Nät's etablerade praxis tycks vara att upphandla ramavtal med parallell löptid och eftersom Övik Energi Nät inte ser något hinder med en sådan handläggning kan anbudsgivarna i förlängningen inte vara säkra på under vilken period nu upphandlat ramavtal kommer att nyttjas och när en ny upphandling kan komma att genomföras. Myndigheten kan, medelst fritt skön, välja att använda ramavtalet vid varje avrop, eller inte alls.

Det kan tilläggas att parallella ramavtal främst behandlas i form av avtals ogiltighet (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 december 2018 i mål nr 3295-18 m.fl.). Det ramavtal som Övik Energi Nät nu upphandlar kan därför komma att förklaras ogiltigt till följd av den exklusivitet som följer av det sedan tidigare gällande ramavtalet.

Att överenskommelsen inte namngetts som ett ramavtal innebär inte att den i praktiken inte är ett ramavtal. Övik Energi Nät har bekräftat detta genom sitt svar i frågor och svar, där Övik Energi Nät själv angivit att de har ett befintligt avtal till den 30 april 2020. Att Övik Energi Nät i efterhand anger att det inte finns ett befintligt avtal är en uppenbar efterhandskonstruktion. Om så vore fallet skulle Övik Energi Nät ha brutit mot transparensprincipen redan genom att i frågor och svar inkomma med felaktiga uppgifter utan att rätta.

Överenskommelsen sträckte sig på de tidigare upphandlande villkoren fram till den 30 april 2020 och sedan skulle en ny förhandling ske. När ett nytt avtal tecknas skulle avstämning ske kvartalsvis, dock framgår inte vilket avtal som avses. Det står inte klart om hänvisningen till det nya avtalet riktat sig mot ett nytt avtal som tecknas med anledning av omförhandlingen vid överenskommelsens slut, ett nytt avtal som tecknas med anledning av en ny

upphandling eller ett helt annat typ av avtal som skulle gälla parterna sinsemellan. Att avstämning skulle ske kvartalsvis innebar inte att leveransen nödvändigtvis skulle komma att minska, utan kunde lika gärna inneburit att en kontroll görs mot det behov som Övik Energi Nät har. Gällande att skrivare som ersatts inte längre skulle vara med på debiteringen är inte heller en tydlig referens till att skrivarna måste ha ersatts från ett nytt avtal utan kunde lika gärna vara skrivare som ersatts under överenskommelsens löptid med nya skrivare från bolaget. Övik Energi Nät har tidigare slutit avtal utan tidigare upphandling, överlåtit avtal mellan olika leverantörer utan ny upphandling samt förlängt avtalens giltighet utan ny upphandling. Det är därmed inte en självklarhet att de avtal som åsyftas i överenskommelsen hänvisar till en ny upphandling. Frågor och svar för en ny upphandling kan inte utgöra avtalsinnehåll i en redan befintlig överenskommelse. De frågor och svar som Övik Energi Nät hänvisar till fanns inte när överenskommelsen slöts och kan därför inte haft påverkan på tolkningen av densamma.

Övik Energi Nät har angett att några parallella ramavtal aldrig kommer att bli aktuella då avtalet kommer att ersätta överenskommelsen och att det är uteslutet att Övik Energi Nät på ett godtyckligt sätt skulle kunna välja var avropen ska ske, då det nya ramavtalet skulle ersätta överenskommelsen i den takt det är möjligt. Detta bestrider bolaget. Av överenskommelsen framgår ingen fördelningsnyckel eller annan information kring hur avtalet skulle avslutas.

Att det i avtalet nämns hur utplaceringen av skrivarna ska ske under en specifik tidsperiod utgör inte en fördelningsnyckel, då denna formulering enbart gäller för de anbudsgivare som får tilldelning enligt avtalet. Genom att upphandla tjänsten på nytt med en exklusiv rätt för den nya leverantören att leverera bryter Övik Energi Nät mot överenskommelsen och bolaget lider därför skada.

Bolaget lider också skada även om bolaget idag levererar på avtalet. Skadan ligger dels i att bolagets inkomster från överenskommelsen minskar genom ett parallellt ramavtal utan att förutsebara fördelningsnycklar finns och där det blir omöjligt för endera leverantör att förutse efterfrågan och hur leverans ska komma att ske, dels genom att bolaget, om det varit tydligt under anbudsstiden, hade kunnat lämna andra priser. Bolaget lämnade i nu aktuell upphandling anbud utifrån förutsättningen att de skulle fortsätta leverera på den befintliga överenskommelsen fram till den 30 april 2020. Hade det framgått av deras befintliga avtal eller av upphandlingsunderlaget att ramavtalen hade konkurrerat med varandra hade bolaget lagt ett annat pris.

Generellt bygger Övik Energi Nätts argumentation på att alla leverantörer skulle ha haft en grundläggande kännedom, dels av överenskommelsen, och dels av avtalet. Det är inte förenligt med transparensprincipen att en leverantör, för att kunna ha kännedom om fördelningsnyckeln mellan de olika avtalen, måste ha tillgång till båda avtalen och sedan dra långsökta slutsatser av dessa. Att bolaget har kännedom om detta blir irrelevant, då transparensprincipen i upphandlingen satts åt sidan och bolaget lidit skada av detta, dels då det påverkar leveransen enligt överenskommelsen men framförallt då det anbud bolaget lämnat hade sett annorlunda ut om det varit transparent i upphandlingen att ramavtalen blivit parallella.

Övik Energi Nät har varken haft insyn eller kännedom om bolagets processer och strategier kring prissättning. Övik Energi Nät har ingen möjlighet att veta hur bolagets prissättning hade skett i förhållande till de ändrade förutsättningarna. Bolaget har inför anbudslämmandet inte haft möjlighet att veta vilket avtal som kommer att användas av Övik Energi Nät. Detta har medfört en situation där bolaget har haft att potentiellt konkurrera med sina i överenskommelsen fastställda priser och inte enbart med de leverantörer som lämnat anbud i nu aktuell upphandling. Det har således förekommit en överhängande risk att Övik Energi Nät efter tilldelning kunnat välja mellan

bolagets två erbjudanden och använt det avtal med det för Övik Energi Nät bästa priset istället för att en objektiv fördelningsnyckel avgjort vilket avtal som ska tillämpas. Bolaget har på så sätt varit tvunget att anpassa sin pris-sättning efter att en objektiv fördelningsnyckel saknats. Det måste framstå som uppenbart även för Övik Energi Nät att frånvaron av en fördelningsnyckel påverkar bolagets möjlighet att lämna konkurrenskraftiga priser.

Gällande de andra anbudsgivarnas insyn i avtalsförhållandet hade det en avgörande betydelse för anbudsgivarna om det fanns ytterligare ett avtal och framförallt hur avropen skulle fördelas mellan de båda avtalen. Övik Energi Näts argumentation har byggt på att blanda och ta mellan överenskommelsen och avtalet för att visa hur avtalen förhåller sig till varandra. Övik Energi Näts brist i transparens drabbar således inte enbart bolaget utan alla anbudsgivare som, om underlaget varit transparent, hade haft en möjlighet att justera sina priser och sina planer för integration av tjänsten.

Gällande tidigare erfarenhet av ramavtal hävdar Övik Energi Nät att inga väsentliga ändringar är gjorda. Detta innebär dock inte att inga ändringar är gjorda. Det är två separata avtal. Det går inte att likställa den tidigare upphandlingen med den som nu är aktuell, speciellt inte gällande volymer som är beroende av politiska beslut och digitalisering.

Maximal avtalskvantitet

Historiska årsvolymer utgör inte den beräknade volymen på upphandlingen. Av EU-domstolens dom i mål C-216/17 framgår att det värde ska som beaktas är det högsta uppskattade värdet exklusive mervärdeskatt av samtliga planerade kontrakt. Syftet med detta är att skapa förutsebarhet och likabehandling. Om det inte angavs ett maximalt uppskattat värde skulle det finnas en möjlighet för Övik Energi Nät att beställa tjänster till ett betydligt större värde än vad som framgår av de historiska volymer som angivits. Det maximala uppskattade värdet gör att Övik Energi Nät, när värdet är uppfyllt,

tvingas att upphandla på nytt. Tillsammans med ett angivande av maximal avtalstid och avropsberättigade leverantörer kan anbudsgivarna göra korrekta bedömningar av avtalets värde, göra egna ekonomiska kalkyler kring uppdraget och därför lägga så konkurrenskraftiga priser som möjligt. Historiska volymer och volymer som används i utvärderingssyfte innebär inte att det finns en maximal uppskattad volym på ramavtalet och det har således varit omöjligt för en anbudsgivare att göra en uppskattning av kontraktets värde. EU-domstolen har fastslagit att det föreligger en risk för att ramavtal används i strid med upphandlingslagstiftningens syfte när en maximal omfattning inte framgår på förhand. De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna ska således tolkas som så att de åtaganden som kan följa av ett ramavtal måste kvantifieras genom att ett maximalt värde för framtida avrop anges i upphandlingsdokumentet. Om ett sådant inte finns angivet föreligger det enligt EU-domstolen en överhängande risk för att en upphandlande myndighet använder ett ramavtal på ett sådant sätt som förhindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen på den öppna marknaden.

Att det dels anges historiska volymer, dels att anbudspriserna ska anges med ett visst antal innebär inte att Övik Energi Nät uppgivit den beräknade volymen i upphandlingen. De historiska volymerna ger enbart en hänvisning till hur behovet sett ut tidigare med ger inte nödvändigtvis en indikation på hur behovet ser ut framöver eller vilken maximal uppskattad volym avtalet skulle ha. De volymer som anges i utvärderingen är enbart utsatta i utvärderingssyfte. Det framgår således inte av någon av de av Övik Energi Nät angivna volymuppskattningarna på ett klart, precist och entydigt sätt hur dessa volymer ska förstås av anbudsgivarna. Bolaget lider skada av detta då bolaget hade gjort en annan kalkyl och därmed kunnat lämna ett annat pris om den maximala uppskattade volymen hade angetts. Övik Energi Nät har endast att upphandla ramavtal ”inom gränsen för en viss kvantitet och när denna gräns har nåtts har nämnda avtal inte längre någon verkan”. Eftersom Övik

Energi Nät's upphandling saknar en övre gräns för när ramavtalet inte längre har någon verkan, ska upphandlingen rätteligen göras om.

Det är utifrån ett leverantörsperspektiv viktigt att kunna förutse omfattningen av ett ramavtal för att kunna uppskatta och planera hur stora resurser som måste avsättas till ramavtalet. En större omfattning innebär oftast att ett lägre pris kan lämnas, en s.k. mängdrabatt. Detta eftersom en större avtalsomfattning medför en större trygghet ur kassaflödesperspektiv för leverantörerna. Bolaget hade kunnat lämna ett lägre pris om omfattningen bättre hade kunnat förutses. Avtalsvärdet, för den period som leverantörer inte med säkerhet kan räkna in som grund för sin prissättning, överstiger tre och en halv miljoner kronor. Ett så pass betydande belopp medför en stor osäkerhet inför anbudsgivarnas prissättning av tjänsten. Av praxis följer att bedömningen kring huruvida en ramavtalsupphandling genomförs i strid med LOU ska beaktas hur ett ramavtal kan komma att användas och att den upphandlande myndighetens intentioner med ramavtalet därför är sekundära (jfr t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 juni 2014 i mål nr 1871-13).

Övik Energi Nät har, genom denna underlåtenhet, givit sig själva möjligheten att avropa tjänster till ett värde som långt överskrider vad anbudsgivarna kunnat förvänta sig på förhand. En majoritet av de avropande enheterna är därtill inte part i det befintliga ramavtalet och omfattningen avseende dessa enheters behov framgår överhuvudtaget inte av upphandlingsdokumentationen.

Att inte begränsa avtalets maximala omfattning är att likna med att ett ramavtal saknar maximal löptid. Om inte avtalets kvantitet har en fast begränsning vid tillfället för upphandlingen och det uppskattade värdet av tjänsterna överskrider har anbudsgivarna som inte hamnat tillräckligt högt upp i rangordningen, alternativt inte tilldelats kontrakt, lidit skada i den mån som avrop har skett utöver det uppskattade värde som Övik Energi Nät på förhand

haft att ange. Detta innebär i nu aktuellt fall att om avrop skulle komma att ske till ett samlat belopp på flertalet miljoner skulle anbudsgivarna som inte fått tilldelning lida skada för alla avrop som skulle ske utöver det uppskattade värdet. Hade en fast gräns på upphandlingens värde satts hade Övik Energi Nät varit tvungen att konkurrensutsätta på nytt för värde överskridande det maximala värdet. Anbudsgivarna hade då fått en ny chans att få tilldelning i upphandlingen och leverera utifrån ett nytt kontrakt. Så som nu är aktuellt kommer en ny konkurrensutsättning på det överskridande värdet inte att ske och bolaget riskerar därför att lida skada av bristen.

Den dom från Förvaltningsrätten i Luleå som Övik Energi Nät hänvisar till avser förvisso samma frågeställning men har väsentligt olika utgångspunkt från nu aktuellt fall. Volymangivelser saknas helt i nu aktuell upphandling.

Övik Energi Nät har inte presenterat något underlag som visar att den nu aktuella upphandlingen inte skiljer sig från tidigare upphandlingar, utan snarare genom frågor och svar tillstyrkt att Övik Energi Nät inte kan lämna några garantier för att avtalet ska levereras så som tidigare, då Övik Energi Nät dels gjort ändringar av leveranskraften och dels av att marknaden är föränderlig.

Gällande begäran om förtydligande i frågor och svar är det en möjlighet för anbudsgivarna, inte en skyldighet att ställa frågor. Det är inte en anbudsgivares skyldighet att tillse att upphandlingsunderlaget uppfyller de grundläggande principerna utan detta ansvar ligger helt på Övik Energi Nät. En sådan omsorgsplikt skulle kräva att en anbudsgivare är skyldig att rätta och åberopa brister i ett upphandlingsunderlag för att kunna anses lida skada, vilket är en allt för långtgående tolkning. Att frågor inte ställs innebär inte per automatik att det inte föreligger otydligheter och brister i förfrågningsunderlagen.

Övik Energi Nät anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande.

Bolaget påstår att något formellt tilldelningsbeslut inte har fattats. Det stämmer inte. Övik Energi Nät har fattat ett sådant beslut och dessutom skickat ut en underrättelse om detta i enlighet med LOU.

Avtalen

Av bolagets ansökan framgår att de levererat tjänsten i det ramavtal som varit gällande fram till nyligen. Det innebär att bolaget är väl insatt i de förhållanden och omständigheter som gäller för Övik Energi Nät.

Det ramavtal som gällt för tjänsten tecknades år 2015 för perioden 11 maj 2015 – 30 april 2019. Avtalet tecknades med ett bolag som gick i konkurs, varvid bolaget övertog avtalet. Ramavtalet upphörde således den 30 april 2019 (och inte den 30 april 2020 som av misstag angavs som svar i frågor och svar). Då den nya upphandlingen inte var klar efter att avtalet löpt ut så kom bolaget med ett erbjudande (överenskommelsen) där de sa sig kunna tillhandahålla tjänsten enligt de tidigare upphandlade villkoren fram till den 30 april 2020. Dock sägs i det erbjudandet att när det nya avtalet är klart så ska avstämning ske kvartalsvis och skrivare som ersatts plockas bort från debitering.

Det nya ramavtalet ska börja gälla den 1 september 2019. Enligt avtalet ska utplacering av utskriftsenheter påbörjas med ca 50 enheter per vecka. Antal och placering av utskriftsenheter som ska ersättas framgår av ”Lista över skrivare”. Samtliga enheter ska finnas på plats och vara igång med tjänsten senast efter åtta till nio veckor, vilket innebär senast månadsskiftet oktober/november. Detta innebär att den kvartalsvisa avstämningen enligt bolagets erbjudande kan ske första gången den 1 december 2019. Då bör inga

skrivare finnas kvar från det gamla avtalet när tjänsten från bolaget upphör. Skrivningen om ”skrivare som ersatts” avser skrivare som ersätts enligt det nya ramavtalet. Överenskommelsen innebär alltså att den successivt skulle upphöra när det nya ramavtalet var på plats. Att ramavtalet skulle ersätta överenskommelsen styrks ytterligare av det som anges om utplacering och tidsplanering för enheterna. Övik Energi Nät anser att dessa uppgifter är mycket väl tillräckliga för att beräkna avtalsvärdet och vilket pris anbudsgivarna ska sätta. Bolaget påstår sig lida skada av de parallella avtalen. Om det är någon som skulle få fördel av dessa är det bolaget, eftersom det är bolaget som är part i överenskommelsen.

Några parallella ramavtal kommer därför aldrig att bli aktuella, och det är uteslutet att Övik Energi Nät på ett godtyckligt sätt skulle kunna välja varifrån avropen ska ske. Det nya ramavtalet ska helt och hållet ersätta överenskommelsen i den takt det är möjligt. I den mån förvaltningsrätten skulle anse att det finns parallella ramavtal är det tydligt att det nya ramavtalet har företräde framför överenskommelsen. Om förvaltningsrätten skulle anse att två parallella ramavtal är för handen så gör Övik Energi Nät gällande att det inte finns några juridiska hinder mot att ha parallella ramavtal och att frågan om innehållet i sådant ramavtal framför allt är av avtalsrättslig och inte upphandlingsrättslig karaktär.

Bolaget skriver att ”när ett nytt avtal tecknas skulle avstämning ske kvartalsvis, dock framgår inte vilket avtal som avses”. Övik Energi Nät menar att det är uppenbart att det är fråga om det nya ramavtalet som skulle upphandlas, det finns ingen annan rimlig tolkning. Båda parter var medvetna om att en ny upphandling pågick. Vidare kom Övik Energi Nät och bolaget muntligen överens om att det nya ramavtalet skulle ersätta överenskommelsen. Någon otydlighet angående detta finns inte. Det är Övik Energi Nät's bestämda

uppfattning, mot bakgrund av det som bolaget och Övik Energi Nät muntligen kom överens om muntligen, att detta syftade till skrivare som ersätts enligt det nya ramavtalet, som alltså skulle ersätta överenskommelsen.

Övik Energi Nät ställer sig frågande till varför inte bolaget påpekade denna påstådda otydlighet tidigare under upphandlingen. Bolagets underlåtenhet att göra detta bör vid förvaltningsrättens bevisvärdering tala för att bolaget inte visat att sådan otydlighet förelegat att upphandlingen genomförts i strid med principen om transparens.

Övik Energi Nät bestrider att frågan om överenskommelsen eller det nya ramavtalet skulle gälla, eller båda parallellt, påverkade bolagets prissättning. Oavsett om överenskommelsen eller det nya ramavtalet skulle gälla skulle bolaget, om de skulle tilldelas kontrakt i upphandlingen, fått leverera hela Övik Energi Nät's och dess bolags behov av utskriftstjänster. Bolaget har därför inte haft anledning att prissätta olika beroende på vilket av de två avtalen som skulle gälla och har inte lidit skada till följd av påstådda fel. Eftersom andra anbudsgivare inte haft anledning att fundera över överenskommelsen har de alltså inte lett till brist i transparens i förhållande till dem. Övik Energi Nät's argumentation bygger inte på att alla anbudsgivare har tillgång till överenskommelsen, utan på att upphandlingen i sig är transparent.

Det stämmer visserligen att upphandlingen genererar ett nytt ramavtal, men det nya ramavtalet innehåller inga väsentliga förändringar i förhållande till tidigare ramavtal. Bolagets erfarenhet från tidigare ramavtal var alltså i högsta grad relevant inför anbudslämnandet i upphandlingen.

Maximal avtalskvantitet

Övik Energi Nät har angett en historisk årsvolym vad gäller tjänsten som ska upphandlas. Det framgår att anbudspris beräknas för 9,1 miljoner ut-

skrifter i svartvitt samt för 3,9 miljoner utskrifter i färg. Dessa är de förväntade volymerna i upphandlingen. De baseras på statistik som bolaget har tillhandahållit Övik Energi Nät utifrån vad bolaget har levererat föregående år. I Administrativa föreskrifter anges att ”Beställaren betalar idag för en tjänst där ett antal multifunktionsskrivare, MFP-er, samt ett antal färglaserskrivare, tillhandahålls av leverantören. Beställaren äger alltså inte några maskiner. Under år 2018 producerades 7,4 miljoner kopior och 5,6 miljoner utskrifter på 322 stycken MFP-er. Av den totala volymen på 13 miljoner var ca 70 procent i svart och 30 procent i färg. Den totala årskostnaden för 2018 uppgick till ca 5,3 miljoner kr”. I samma dokument framgår att det anbud som ska antas är det som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till pris. Pris utvärderas utifrån kostnaderna för utskrifter och kopior på en uppskattad årsvolym samt kostnad för faxfunktion på ett antal maskiner.

I enlighet med Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1 gällande EU-domstolens dom i mål C-216/17 daterat den 27 juni 2019 har Övik Energi Nät angett värde och kvantitet genom en rimlig uppskattning. Det utgör vidare den maximala kvantitet som kan förutses, enligt vad Konkurrensverket skriver. På grund av samhällets digitalisering minskar behovet av utskrifter. Den historiska volymen ska därför ses som ett tak, en maximal kvantitet, för vad Övik Energi Nät kan komma att beställa från ramavtalet. De uppgifter som Övik Energi Nät lämnat om kvantiteter i upphandlingen bygger på den statistik bolaget lämnat till Övik Energi Nät över antal utskrifter och lista över utskriftsenheter. Statistiken täcker således in de avropade enheter som ingår i upphandlingen.

Det är inte korrekt att Övik Energi Nät endast hänvisat till ordinarie behov hos ett fåtal av de avropande enheterna. Som nämnts ingår de avropande enheterna i statistiken. Dessutom har Övik Energi Nät angett uttryckliga volymer i siffror, vilket inte är detsamma som att hänvisa till ordinarie behov på

det sätt som nämns i EU-domstolens dom. EU-domstolens dom gäller uttryckligen en tolkning av det gamla direktivet för offentlig upphandling. Det nya direktivet som är tillämplig i nu aktuellt mål, innehåller skillnader mot det gamla. Enligt det nya direktivet gäller att uppgifter om värde och storleksordning m.m. på de kontrakt som ska tilldelas endast behöver anges "så långt det är möjligt". I förevarande fall har det inte varit möjligt att lämna ännu mer ingående uppgifter om värde och storleksordning än som gjorts. De uppgifter som lämnats är redan mycket ingående.

Bolaget har haft god kännedom om historiska volymer både vad gäller Övik Energi Nät, Örnsköldsviks kommun och de andra kommunala bolagen, eftersom bolaget är och har varit leverantör till dessa sedan flera år tillbaka. Bolaget har minst lika god kännedom om omfattningen av upphandlingen, inklusive förväntade volymer, som Övik Energi Nät själv har. Om Övik Energi Nät på ett ännu tydligare sätt hade angett förväntade volymer så hade bolaget inte hamnat i ett bättre kunskapsläge än vad som nu är fallet. Bolaget har alltså inte lidit någon skada.

Det krävs ett orsakssamband mellan fel och skada enligt LOU. Vid all offentlig upphandling har anbudsgivarna en omsorgsplikt. Denna har kommit till uttryck i flera avgöranden från EU-domstolen. EU-domstolen har betonat vikten av att anbudsgivarna begär förtydliganden från den upphandlande myndigheten. Bolaget har i nu aktuellt mål haft möjlighet att begära förtydligande gällande de påstådda parallella ramavtalen och frågan om fastställd avtalskvantitet, men har inte utnyttjat denna möjlighet i tillräcklig omfattning, utan först efter att bolaget fått reda på att de inte vunnit upphandlingen begärt överprövning. EU-domstolens praxis innebär att anbudsgivare, för att kunna anses vara normalt omsorgsfulla, måste begära förtydligande från den upphandlande myndigheten om de anser att en upphandling är otydlig/brister i transparens. Om de inte gör det har de inte begränsat sin skada i tillräcklig omfattning och därmed inte lidit skada till följd av det påstådda felet.

Förvaltningsrätten i Luleå har i dom den 4 oktober 2019 i mål nr 639-19, gällande frågan om takvolymmer i ramavtal, ansett att sökanden, som var tidigare leverantör och hade kännedom om tidigare volymer, inte lidit skada på grund av regionens eventuella fel.

Bolaget kan inte anses lida skada till följd av den eventuella oförenligheten med LOU, eftersom bolaget är den som levererar enligt överenskommelsen, vilket snarare måste ses som en fördel än en nackdel, och dessutom av uppenbara skäl är den leverantör som har bäst kännedom om vad som omfattas av överenskommelsen. Skäl för ingripande enligt LOU saknas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandlande myndighet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr) (12 kap. 12 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § LOU).

Utredningen i målet

Av upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande.

1.0 Klickkostnader (Utvärderingsmodell)

1.1 Prisfråga

Ange pris per A4- sida i svartvitt

Omfattning

Pris ska anges för en (1) st. Anbudspris beräknas för 9,1 miljoner st. Pris är obligatorisk för denna post.

1.2 Prisfråga

Ange pris per A4-sida i färg

Omfattning

Pris ska anges för en (1) st. Anbudspris beräknas för 3,9 miljoner st. Pris är obligatorisk information för denna post.

2.0 Faxfunktion

2.1 Prisfråga

Ange pris för faxfunktion

Omfattning

Pris ska anges för en (1) st. Anbudspris beräknas för 50 st. Pris är obligatorisk information för denna post.

2.1 Bakgrund (Administrativa föreskrifter)

Beställaren betalar idag för en tjänst där ett antal multifunktionsskrivare, MFP-er, samt ett antal färglaserskrivare, tillhandahålls av leverantören. Beställaren äger alltså inte några maskiner. Under år 2018 producerades 7,4 miljoner kopior och 5,6 utskrifter på 322 stycken MFP-er. Av den totala volymen på 13 miljoner var ca 70 procent i svart och 30 procent i färg. Den totala årskostnaden för 2018 uppgick till ca 5,3 Mkr.

6.5 Vinnande anbud (Administrativa föreskrifter)

Det anbud som ska antas är det som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till pris. Pris utvärderas utifrån kostnaderna för utskrifter och kopior på en uppskattad årsvolym samt kostnad för faxfunktion på ett antal maskiner.

2.1 Kvantitet (Avtal)

De i upphandlingen angivna kvantiteterna är beställarens uppskattade behov som kan variera och således över- eller underskridas. Beställaren garanterar inga volymer.

5.1 Avtalstid (Avtal)

Ramavtalet gäller från och med den 1 september 2019 till den 31 augusti 2023 utan möjlighet till förlängning.

5.2 Leveranstid (Avtal)

Efter leveransgodkännande ska utplacering av utskriftsenheter påbörjas med ca 50 enheter per vecka. Samtliga enheter ska finnas på plats och vara igång med Tjänsten senast efter 8-9 veckor.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de EU-rättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad sökanden har anfört till stöd för sin talan (jfr rättsfallet RÅ 2009 ref. 69).

Av principen om likabehandling, som utgör grunden för direktivet om offentlig upphandling, följer att anbudsgivarna ska ges lika möjlighet att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbudet prövas av den upphandlande myndigheten. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Varje leverantör ska därmed med utgångs-

punkt i förfrågningsunderlaget kunna bilda sig en uppfattning av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. 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 EU-rätten inte träds för när (jfr rättsfallet RÅ 2002 ref. 50).

Bolaget anför i huvudsak att något formellt tilldelningsbeslut inte har fattats, att det råder oklarheter om hur ramavtalen förhåller sig till varandra och att och att Övik Energi Nät underlåtit att inkludera en uppgift om avtalets maximala kvantitet, vilket strider mot upphandlingsrättsliga principer. På grund av de påstådda bristerna har bolaget lidit skada, eller i vart fall riskerat att lidit skada.

Övik Energi Nät anför i huvudsak att ett tilldelningsbeslut har fattats och efterföljande underrättelse har skickats ut, att det inte kan anses råda några oklarheter om hur ramavtalen och överenskommelsen förhåller sig till varandra samt att de uppgifter som finns i upphandlingsdokumentet är mycket väl tillräckliga för att beräkna avtalsvärdet och vilket pris som anbudsgivarna ska sätta.

Tilldelningsbeslut

I målet framkommer att Övik Energi Nät skickat ett e-postmeddelande (tilldelningsmeddelande) med följande bl.a. information. ”Förmånligare anbud har inkommit från annan anbudsgivare. Avtal kommer att tecknas med anbudsgivaren med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris. Avtalsspärr gäller till och med den 27 juni 2019. Skälen till vårt beslut nås via länken”. Via länken kommer anbudsgivarna till utvärderingsprotokollet.

Att underrätta anbudsgivarna på detta sätt står i överensstämmelse med kraven i LOU (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 70). Skäl för att ingripa mot upphandlingen på denna grund föreligger därför inte.

Avtalen

I målet framgår att Övik Energi Nät:s tidigare ramavtal som tecknas år 2015 gällande motsvarande tjänster som i den nu aktuella upphandlingen löpte ut den 30 april 2019. Bolaget övertog detta avtal efter att ett annat bolag gått i konkurs. Eftersom den nya upphandlingen inte var klar vid denna tidpunkt slöt Övik Energi Nät och bolaget en överenskommelse om att bolaget skulle tillhandahålla tjänsten enligt de tidigare upphandlade villkoren fram till den 30 april 2020.

I upphandlingsdokumentet framgår att ramavtalet enligt den nu aktuella upphandlingen ska gälla från och med den 1 september 2019. Efter leveransgodkännande ska utplacering av utskriftsenheter påbörjas med ca 50 enheter per vecka. Samtliga enheter ska finnas på plats och vara igång med Tjänsten senast efter åtta till nio veckor. Av den information som angivits i upphandlingsdokumentet kan det inte anses råda några oklarheter om när ramavtalet skulle börja löpa och att tjänsten enligt det upphandlade ramavtalet i sin helhet förväntas vara igång efter ca två månader. Hur överenskommelsen förhåller sig till det nu upphandlade ramavtalet är en fråga av avtalsrättslig karaktär som inte kan angripas inom ramen för bolagets ansökan om överprövning i detta mål. Övik Energi Nät kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses ha åsidosatt transparensprincipen och skäl för att ingripa mot upphandlingen på denna grund föreligger därför inte.

Maximal avtalskvantitet

Av upphandlingsdokumentet framgår att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till pris ska antas. Pris utvärderas utifrån kostnaderna för utskrifter och kopior på en uppskattad årsvolym samt kostnad för faxfunktion på ett antal maskiner. Under rubriken **klickkostnader** och **faxfunktion** i upphandlingsdokumentet framgår att pris ska anges för en st. För varje kategori, dvs. A4-sida i svart och färg samt faxfunktion, ska anbudspris beräknas för en viss, i upphandlingsdokumentet, given kvantitet. Under rubriken **2.1 kvantitet** i upphandlingsdokumentet anges att de angivna kvantiteterna är beställarens uppskattade behov som både kan över- och underskridas. Inga volymer kan garanteras. År 2018 uppgick den totala årskostnaden till ca 5,3 Mkr.

EU-domstolen har i ett avgörande den 19 december 2018 i mål C-216/17 uttalat sig i frågan om vilka krav som kan ställas på upphandlingsdokument vad gäller fastställandet av kvantiteten av de tjänster som kan beställas. Det följer av domen att en upphandlande myndighet är skyldig att precisera den största kvantitet och det högsta uppskattade värdet som ramavtalet omfattar. Skyldigheten inkluderar att, då långt det är möjligt, göra en uppskattning av värdet och frekvensen med avseende på vart och ett av de efterföljande kontrakten (avropen). Den upphandlande myndigheten är skyldig att precisera den totala kvantitet som kan komma att bli aktuell med avseende på efterföljande kontrakt (avrop).

I upphandlingsdokumentet anges givna kvantiteter för A4-sida i färg och svartvitt samt för faxfunktion och en upplysning om att de angivna kvantiteterna är beställarens uppskattade behov. Något uppskattat värde för avtalstiden framgår inte uttryckligen. Däremot har Övik Energi Nät upplyst om den totala årskostnaden för år 2018. Hur pris ska anges och hur anbudspris beräknas framgår också i upphandlingsdokumentet. Enligt förvaltningsrättens mening innehåller upphandlingsdokumentet sammantaget sådana uppgifter

som gör att det tillräckligt tydligt framgår vilka volymer som kan förväntas. Förvaltningsrättens bedömning är därför att varje leverantör kan bilda sig en uppfattning av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud utifrån uppgifterna i upphandlingsdokumentet. Det kan därför inte anses begränsa eller snedvrída konkurrensen eller strida mot kraven på transparens och lika-behandling.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte framkommit att Övik Energi Nät vid genomförandet av upphandlingen har brutit mot LOU. Det har inte heller kommit fram att bolaget på grund av något brott mot LOU har lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande mot upphandlingen finns därför inte och ansökan om överprövning ska därmed avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 20 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten, när förlängd avtalsspärr råder, inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten avgjort målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Robert Dalman
rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Jennie Beijar.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.