



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2017-10-25

Meddelad i Stockholm

Mål nr

11319-17

SÖKANDE

e-Avrop AB, 556533-8133
Birger Jarlsgatan 62
114 29 Stockholm

MOTPART

Ekonomistyrningsverket, 202100-5026
Box 45316
104 30 Stockholm



Ombud: Advokaterna Eva-Maj Mühlenbock och Lukas Granlund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller e-Avrop AB:s ansökan om överprövning och beslutar att Ekonomistyrningsverkets upphandling (7.1-853/2016) ska göras om i den del som avser anbudsområdet upphandlingsverktyg.

Dok.Id 892850

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|------------------|------------------|---|---------------|------------------------------|
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt | 08-561 680 01 | måndag–fredag 08:00–16:30 |

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Ekonomistyrningsverket (ESV) genomförde en upphandling av ramavtal avseende systemstöd för e-inköp innefattande anbudsområdena upphandlingsverktyg och e-handelstjänst (7.1-853/2016). Upphandlingen har skett genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

e-Avrop AB (e-Avrop) ansöker om överprövning och yrkar att ESV åläggs att avbryta och göra om upphandlingen i den del som avser upphandlingsverktyg.

ESV bestrider bifall till ansökan om överprövning och yrkar att rätten, för det fall e-Avrop inte anses visa sin skada, avgör målet utan att ta ställning till e-Avrops felpåståenden.

VAD PARTERNA ANFÖR

e-Avrop har till stöd för sin talan anfört bl.a. följande. ESV:s annons saknar vissa obligatoriska upplysningar och innehåller flera obligatoriska upplysningar som är felaktiga. Därmed har ESV åsidosatt annonseringsskyldigheten i direktiv 2004/18/EG.

Trots att det finns ytterligare 150 avropsberättigade myndigheter har ESV angett att de inte handlar på andra upphandlande myndigheters vägnar. Anbudsgivaren får således uppfattningen att det endast är ESV som upphandlar, vilket påverkar anbudsgivarens vilja att delta i upphandlingen. ESV har även angett att kontraktet inte är uppdelat i flera delar. Vid tilldelningen av upphandlingen har ESV emellertid genomfört en uppdelad tilldelning. Uppgiften i annonseringen är därför missvisande och innebär att potentiella anbudsgivare avstår från att svara på upphandlingen eftersom anbudsgivaren

får uppfattningen att de måste kunna erbjuda samtliga efterfrågade produkter, dvs. upphandlingsverktyg samt e-handelstjänst. ESV har angett att fullgörandet av kontraktet inte är förbundet med särskilda villkor. Enligt ramavtalet uppställs emellertid omfattande krav på antidiskriminering. Dessa klausuler utgör ostridigt särskilda villkor för fullgörandet av kontraktet. ESV har angett att upphandlingen är hänförlig till tjänstekategori nr 9 som avser redovisnings-, revisions- och bokföringstjänster, vilket ett upphandlingssystem obestriddigt inte kan klassas som. I annonsen anges vidare att särskild option inte föreligger. Av bilaga 03 Prisformulär A framgår dock att upphandlingen innehåller omfattande optioner. Vidare är det tveksamt om den aktuella upphandlingen ska klassas som ett tjänstekontrakt.

Upphandlingsannonsen saknar även flertalet obligatoriska upplysningar. ESV har inte angett högsta antalet ekonomiska aktörer, krav på ekonomisk och finansiell kapacitet, teknisk kapacitet eller antalet gånger kontraktet kan komma att förlängas. Dessa uppgifter har dock varit kända för ESV. Därutöver saknar upphandlingsannonsen information om de ekonomiska aktörernas personliga förhållanden, inklusive krav på registrering i yrkes- eller handelsregister, kontraktets uppskattade totala storleksordning eller omfattningen av de tjänster som ska levereras samt information om namn och adress till det organ som är behörigt vid överklaganden eller i förekommande fall medling.

Enligt förfrågningsunderlaget löper ESV:s ramavtal i 36 månader med möjlighet till förlängning i tolv månader och därefter ytterligare tolv månader. Enligt 5 kap. 3 § LOU får ett ramavtal endast löpa under längre tid än fyra år om det finns särskilda skäl. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att särskilda skäl föreligger.

Genom ESV:s överträdelser har e-Avrops möjlighet att tilldelas kontraktet minskat avsevärt. I upphandlingar där upphandlingsannonsen varit otydlig

eller utformad på ett missvisande sätt, har den upphandlande myndigheten förfarit i strid med öppenhetsprincipen. Skaderekvisitet är därmed uppfyllt eftersom det inte går att utesluta att den klagande anbudsgivaren skulle kunna ha utformat ett anbud om öppenhetsprincipen inte hade åsidosatts.

ESV anför bl.a. följande. **ESV** har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag. I vart fall kan e-avrop inte anses ha lidit eller komma att lida skada.

I 7 kap. 1 § LOU anges att annonsering ska ske, inte vad som ska vara med i annonsen. Bestämmelser på detaljnivå om vilka uppgifter ska vara med i en upphandlingsannons framgår av andra bestämmelser, som inte är på normhierarkisk nivå med lag. En myndighet som underlåter att ange vissa uppgifter i en upphandlingsannons, som i och för sig föreskrivs i t.ex. en förordning, bryter inte mot någon bestämmelse i LOU. En underlåtelse att följa en bestämmelse i en föreskrift eller liknande om vilka uppgifter som ska vara med i en upphandlingsannons innebär inte per automatik att någon upphandlingsrättslig grundläggande princip kränks.

All information om upphandlingen som eventuellt har saknats i annonsen har funnits tillgänglig i förfrågningsunderlaget som har varit lättillgängligt via en länk från annonsen. Det är för läsaren tydligt att upphandlingen är uppdelad i flera anbudsområden. Angående upphandlingens storlek har det förelegat ett betydande osäkerhetsspann i hur många av de avropsberättigade som kommer att avropa från det aktuella ramavtalet. Även efter betydande undersökningar och dialog med de avropsberättigade kan **ESV** inte uppskatta ramavtalets omfattning i ett sifferspann i en kortfattad annons. I ljuset av detta har det ansetts mer lämpligt att hänvisa till förfrågningsunderlaget än att ange en siffra som inte är säkerställd.

Annonsen saknar information om aktuell överklagandeinstans. Avsaknad av denna uppgift kan dock omöjligt innebära en kränkning av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. I vart fall kan e-Avrop inte anses ha lidit skada av att uppgiften saknas eftersom ansökan om omprövning uppenbarligen kommit in till rätt domstol.

I förevarande fall föreligger särskilda skäl för en längre löptid än fyra år. Den aktuella löptiden är motiverad av de investeringar som leverantörer sannolikt behöver göra på grund av det aktuella ramavtalet och dess kontraktsföremål. De aktuella upphandlingsverktygen behöver integreras med olika verksamhetssystem och anpassas för helt elektroniska upphandlingsförfaranden. Systemintegrationer av detta slag är komplexa och behöver ofta göras systemunikt för olika kunder, vilket är mycket kostsamt för leverantören.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för rättens prövning

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har den 1 januari 2017 upphävts och ersatts med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Av övergångsbestämmelserna till den nya lagen framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom den aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2017 är det 2007 års lag som ska tillämpas i detta mål.

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter den grundar sin talan på (se RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad e-Avrop har anfört är visat att ESV har brutit mot någon av de grundläggande

principerna i LOU, eller mot någon annan bestämmelse i lagen, och att detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (se 16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (se 1 kap. 9 § LOU).

Meddelande om upphandling

Förvaltningsrätten finner att utredningen i målet ger stöd för att upphandlingsannonsen felaktigt anger att ESV inte upphandlar på andra myndigheters vägnar, att fullgörandet av kontraktet inte är förbundet med särskilda villkor samt att upphandlingen tillhör tjänstekategorin för redovisnings-, revisions- och bokföringstjänster. Vidare har ESV utelämnat information om kontraktets mängd och omfattning, villkor för deltagande i form av aktörernas personliga förhållanden samt information om överprövningsförfarandet. Förvaltningsrätten konstaterar även att det, under punkt II.1.8 i annonsen, felaktigt anges att kontraktet inte är uppdelat i flera delar. Den information som anges under punkt II.1.5 förändrar inte denna bedömning.

Annonseringsplikten är ett utflöde av principen om transparens och öppenhet och förfarandet syftar till att leverantörer inom EU ska få kännedom om offentliga upphandlingar. Eftersom annonsen syftar till att ge läsaren tillräckligt underlag för beslutet om förfrågningsunderlag ska inhämtas anser förvaltningsrätten att det inte kan krävas av en potentiell leverantör att de ska ta del av förfrågningsunderlaget för att bilda sig en uppfattning om upphandlingen.

Mot ovan angivna bakgrund anser förvaltningsrätten inte att den information som tillhandahållits i annonsen är av sådan omfattning eller kvalitet att rimligen informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informa-

tionen på samma sätt och därmed få en rättvisande bild av upphandlingen. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten således att de påtalade bristerna i annonsen har medfört att principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU har åsidosatts (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 juni 2010 i mål nr 613-10).

För att ingripande med stöd av LOU ska kunna ske på grund av den ovan konstaterade överträdelsen krävs dock att e-Avrop AB har lidit eller kan komma att lida skada till följd av felaktigheten. Av de uppgifter som ESV har lämnat in till rätten framgår att e-Avrop AB i god tid innan anbudstidens utgång har tagit del av förfrågningsunderlaget med tillhörande handlingar. Att annonsen har varit felaktigt utformad kan därmed inte ha medfört att e-Avrop AB riskerat att lida skada, eftersom bolaget har tagit del av de för upphandlingen relevanta och korrekta uppgifterna och själv valt att inte inkomma med ett anbud. Grund för att till följd av den felaktigt utformade annonsen ingripa med stöd av LOU finns således inte.

Ramavtalets löptid

Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl (se 5 kap. 3 § LOU).

Av förarbeten till LOU framgår att särskilda skäl för längre avtalstid än fyra år kan anses föreligga om det är fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå under en något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka skall betala sig under avtalstiden. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl skall vara hänförliga till föremålet för upphandlingen (se prop. 2006/07:128 s. 334).

I målet är ostridigt att ramavtalets totala avtalstid överstiger fyra år. ESV har anfört att avtalstiden är motiverad med beaktande av att upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören. Därvid har ESV framhållit att upphandlingen bl.a. ställer höga krav på systemutveckling och systemintegration.

Förvaltningsrätten konstaterar att den av ESV beskrivna situationen i och för sig skulle kunna utgöra sådana särskilda skäl som motiverar en något längre avtalstid. Av praxis följer emellertid att en investeringskostnad normalt får antas kunna täckas genom en justering av priset i avtalet. För att på grund av stora investeringar med långa avskrivningstider göra undantag och tillåta att ett ramavtal löper under längre tid än fyra år krävs att omständigheterna i det enskilda fallet är sådana att inget annat skulle vara ekonomiskt försvarbart eller att detta krävs för att inte hämma konkurrensen på marknaden (se Kammarrätten i Göteborg mål nr 5389–5390-17).

I förevarande mål har ESV i allmänna ordalag argumenterat för att leverantören kommer att ådra sig höga investeringskostnader med anledning av kontraktet. ESV har emellertid inte hänvisat till konkreta beräkningar eller närmare beskrivit vilken typ av investering som kan komma att bli aktuell. Utifrån befintlig utredning kan förvaltningsrätten därför inte dra slutsatsen att en kortare avtalstid inte är ekonomiskt försvarbar eller att den långa ramavtalstiden krävs för att inte hämma konkurrensen. ESV har således inte visat att det skulle föreligga särskilda skäl att tillämpa en löptid överskridande fyra år. Upphandlingen strider därför mot 5 kap. 3 § LOU.

Mot bakgrund av att ramavtal med långa löptider anses förhindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen för samtliga potentiella leverantörer, däribland e-Avrop, anses lida skada genom att inte ha möjlighet att konkurrera om kontrakt under den löptid som överskrider fyra år. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Med hänsyn till att felet är hänförligt till upphand-

lingens konkurrensuppsökande skede finner förvaltningsrätten att det på denna grund finns skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Marcus Agnvall

Rådman

Miriam Röstberg Omari har handlagt målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

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

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

