



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen  
Enhet 12

**DOM**  
2013-02-25  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
20094-12

**SÖKANDE**

OneMed Sverige AB, 556764-4140

Ombud:

Advokaten Ulf Yxklinten  
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB  
Box 226  
201 22 Malmö

**MOTPART**

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798

Ombud:

Advokaten Joakim Lavér och jur.kand. Therese Eriksson  
Hannes Snellman Advokatbyrå AB  
Box 7801  
103 96 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013 02 26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om inhämtande av yttrande från Konkurrensverket.

Dok.Id 308932

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**E-post:**

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

**Telefax**

08-561 680 01

**Expeditionstid**

måndag – fredag

09:00-15:00

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

**SKL Kommentus Inköpscentral AB** (SKI) genomför en upphandling av produkter för användning i hygiensyfte, Hygien, papper- och plastmaterial 2012-2 10223. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU. Vid tiden för den i målet aktuella ansökan hade något tilldelningsbeslut ännu inte fattats.

**OneMed Sverige AB** (bolaget) ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. De upphandlande myndigheter och enheter som anges som tänkbara avropare har inte i förväg aktivt förpliktat sig till att avropa under ramavtalet. De upphandlande myndigheter och enheter som anges som tänkbara avropare ska ha en möjlighet att träda in respektive ut ur avtalet som avtalspart under ramavtalets löptid. De upphandlande myndigheter och enheter som anges som tänkbara avropare ska ha rätt men inte skyldighet att avropa. Konstruktionen skapar osäkerhet för leverantörerna om avtalets storlek. Avtalet begränsar konkurrensen under löptiden. Upphandlingen strider mot principen om transparens och förhindrar, begränsar och snedvrider konkurrensen och strider därför mot generalklausulen i artikel 32.2 femte stycket i direktiv 2004/18/EG. De upphandlande myndigheter och enheter som anges som tänkbara avropare har inte i förväg förpliktat sig att avropa under ramavtalet vilket strider mot 5 kap. 2 § LOU. Upphandlingen är så stor att om samtliga upphandlande myndigheter och enheter som anges som tänkbara avropare skulle avropa under ramavtalet skulle övriga leverantörers ekonomiska förhållanden påverkas så negativt att de slås ut från marknaden. SKI kan genom mycket stora ramavtal successivt slå ut svenska distributörer för att i stället upphandla direkt från tillverkare och därmed göra svenska distributörer överflödiga. Detta står i

strid med generalklausulen i artikel 32.2 femte stycket i direktiv 2004/18/EG.

SKI bestrider bifall till bolagets ansökan och anför till stöd för sin talan bl.a. följande. SKI har inte brutit mot LOU eller EU-rättsliga bestämmelser och principer. Upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande kraven om icke-diskriminering, likabehandling, förutsebarhet och transparens och de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ska gälla för all upphandling. I vart fall har inte något brott mot LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

SKI och vinnande leverantörer är de civilrättsliga parterna i de ramavtal SKI upphandlar. De kommuner, landsting och bolag som är avropsberättigade enligt ramavtalet är inte parter i ramavtalet i civilrättslig mening, men de varor som upphandlas genom ramavtalet är däremot avsedda för dessa aktörer. När en enskild kommun, ett enskilt landsting eller ett enskilt bolag som omfattas av ramavtalet sedermera avropar från detta blir kommunen, landstinget eller bolaget civilrättslig part i ett avropsavtal som grundar sig på ramavtalet. Frågan är inte hur en myndighet ska bli part i ramavtalet utan vad som krävs för att en myndighet ska anses avropsberättigad i ett ramavtal. Frågan är dessutom skild från huruvida en myndighet har för avsikt att de facto ingå avtal, dvs. att göra framtida avrop från ramavtalsleverantören. En myndighet som på förhand bekräftat sitt intresse för ett av SKI upphandlat ramavtal och som därmed är avropsberättigad till ramavtalet måste vidare, för att kunna avropa från ramavtalet, godkänna SKI:s allmänna villkor. En myndighet som bekräftat sitt intresse att avropa från ett ramavtal åtnjuter en rätt som avropsberättigad. Godkännande av de allmänna villkoren är endast en nödvändig förutsättning för att sedermera kunna nyttja ramavtalet då det inte är tillåtet att enligt de allmänna villkoren tillämpa två ramavtal inom samma ramavtalsområde parallellt. God-

kännande av de allmänna villkoren syftar i första hand till att skapa avtals-trohet och trygghet för ramavtalets leverantörer. Att en myndighet först blir avropsberättigad genom att bekräfta sitt intresse att avropa i ett ramavtal ändras inte av att samma myndighet senare väljer att inte godkänna de allmänna villkoren eller väljer att göra en avstegsanmälan. Dessa förhållanden innebär endast att en myndighet ställer sig inaktiv i sin rätt att köpa från ramavtalet. Myndigheten behåller sin ställning som avropsberättigad och fortsätter att omfattas av ramavtalet trots att avrop inte kan ske t.ex. på grund av de allmänna villkoren. Med hänsyn till att upphandlande myndigheter och upphandlande enheter tydligt bekräftat sitt intresse för att avropa från ramavtalet har bolaget haft kunskap om antalet avropsberättigade samt haft goda möjligheter att uppskatta ramavtalets omfattning varför upphandlingen uppfyller kravet på transparens enligt 1 kap. 9 § LOU.

SKI har i samband med framtagandet av den årliga upphandlingsplanen fått volymuppgifter från deltagarna och årsvolymen på upphandlingen kan därigenom uppskattas till ca 37,5 miljoner kronor. Det ligger i ramavtalets natur att en exakt volym inte kan garanteras, men den gjorda uppskattningen som är gjord efter noggranna beräkningar är tillräcklig för att kraven på förutsebarhet och transparens ska vara uppfyllda. Upphandlingen ger minst tre och högst tolv leverantörer. Det föreligger ingen risk för att leverantörer skulle påverkas så negativt att de skulle slås ut från marknaden. OneMed-Group som bolaget tillhör omsätter ett mycket stort belopp och är enligt den egna hemsidan en betydelsefull aktör på den nordeuropeiska marknaden. Risken för att den aktuella upphandlingen skulle slå ut bolaget förefaller högst osannolik.

#### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

##### *Aktuella bestämmelser i LOU*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 2 kap. 9 a § LOU anges att med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som

1. ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter, eller
2. medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter.

I 5 kap. 2 § LOU anges bl.a. att ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får slutas endast mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet.

Enligt 16 kap. 6 § LOU gäller att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören 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.

*Artikel 32.2 femte stycket i direktiv 2004/18/EG*

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

*Förvaltningsrättens bedömning*

*Angående frågan om otillbörlig begränsning av konkurrensen*

Den aktuella upphandlingen anges omfatta ett stort antal avropsberättigade myndigheter och enheter. Upphandlingen har dock delats upp i fyra mindre delar och det har varit möjligt för anbudsgivare att lämna anbud på varje del separat. Förvaltningsrätten finner att bolaget inte har visat att upphandlingen är genomförd på ett sådant sätt eller riskerar att ha sådana konsekvenser att den begränsar konkurrensen på ett sätt som strider mot bestämmelserna om offentlig upphandling.

*Angående frågan om transparens*

Enligt punkten 1.3. 1.1.3 i förfrågningsunderlaget omfattar ramavtalet 429 upphandlande myndigheter och upphandlande enheter. Vidare anges att den totala potentialen för hela marknaden uppgår till 643,5 miljoner kr per år. Baserat på en genomsnittlig årlig avropsvolym och ett i förfrågningsunderlaget totalt antaget antal samtida avropare om 25 stycken uppskattas ramavtalets årsvolym för upphandlingen till 37,5 miljoner kr exklusive mervärdesskatt per år. Någon garanti för att erhålla en viss volym ges inte. Det antagna antalet 25 av de totala 429 upphandlande myndigheter och upphandlande enheter som ramavtalet ska omfatta uppgår till endast ca 5,8 procent av det totala antalet. SKI har i förfrågningsunderlaget i övrigt inte gett någon närmare förklaring om hur antagandet om samtida avropare har gjorts.

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av det ovan anförda att det råder en betydande osäkerhet kring storleken på ramavtalet. Denna osäkerhet kan inte anses vara av sådant slag som typiskt sett följer av ramavtalskonstruktionen. Den konstaterade osäkerheten påverkar, enligt förvaltningsrättens mening, potentiella leverantörers möjligheter att bedöma om ett bindande anbud kan avges. Förfrågningsunderlaget får härmed anses innehålla en sådan betydande otydlighet att detta strider mot principen om transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. Bristen i förfrågningsunderlaget får vidare anses innebära att bolaget har lidit skada eller kunnat komma att lida skada.

Eftersom de brister förvaltningsrätten har funnit i upphandlingen har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det inte tillräckligt att upphandlingen rättas. Bolagets ansökan ska därför bifallas på så vis att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Vid den angivna utgången i målet tar förvaltningsrätten inte ställning till bolagets påstående att upphandlingskonstruktionen strider mot bestämmelsen i 5 kap. 2 § LOU.

*Inhämtande av yttrande från Konkurrensverket*

Bolaget har yrkat att förvaltningsrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket. Förvaltningsrätten bedömer att det inte är nödvändigt att göra detta för att kunna ta ställning till de frågor som aktualiseras i målet. Yrkandet härom ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Göran Wickström  
Rådman

Målet har handlagts av föredraganden Peter Collert.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

### **Skrivelsen med överklagande ska innehålla**

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU