



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 21

DOM

2019-12-18

Meddelad i Stockholm

Mål nr

22174-19

SÖKANDE

Concid AB, 556599-4307

Ombud: Advokaterna Markus Garfvé och Fredrik Winroth
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

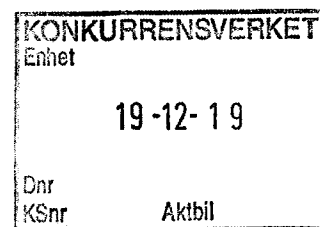
MOTPART

Vetenskapsrådet, 202100-5208

Ombud: Advokat Johan Stern och Jur.kand. Victor Pålsson Lundell
Ramberg Advokater KB
Box 3137
103 62 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandling (dnr 2.5-2019-05700) avseende ramavtal av webbyråttjänster ska göras om.

Dok.Id 1156734

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd21.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	-	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Vetenskapsrådet genomför en upphandling av ramavtal avseende webbyråttjänster (dnr 2.5-2019-05700). Upphandlingen sker genom ett selektivt förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

Genom tilldelningsbeslut den 25 september 2019 beslutade Vetenskapsrådet att tilldela ramavtalet till ett annat bolag än Consid AB (Consid).

Consid ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför *Consid* bl.a. följande. Vetenskapsrådet har i upphandlingen inte angivit någon gräns för den kvantitet av tjänster som kan beställas med anledning av de tilldelade kontrakten. Frågan om när kvantiteter ska anges samt om de angivna kvantiteterna ska utgöra icke-bindande uppskattningar eller bindande övre beloppsgränser har besvarats i EU-domstolens mål C-216/17. Av domen följer att varje ramavtal måste fastställa den största totala avropsvolym som är tillåten under ramavtalet. En upphandling som underlåter att ange maximal avropsvolym uppfyller inte kravet på transparens. Nu aktuell upphandling avser en ramavtalsupphandling där upphandlande myndighet har rätt att göra avrop under avtalstiden. Varje anbudsgivare har angett priser enligt ett fördefinierat prisformulär. Angivna priser räknas sedan samman i syfte att utvärdera vilket anbud som är billigast. Utvärderingspriset är dock inte detsamma som fasta priser. Det faktiska priset under avtalstiden bestäms uteslutande av Vetenskapsrådets beställningar. Det finns alltså ingenting i upphandlingen som begränsar antalet timmar som kan avropas. I förfrågningsunderlagets punkt 3.1 anges att inga volymgarantier kan ges, vilket innebär att volymerna kan bli större eller mindre än uppskattningen, vilket alltså inte är tillåtet. Volymens högsta värde måste fastställas. Genom att inte ange maximal tillåten avropsvolym har

Vetenskapsrådet brutit mot de grundläggande principerna enligt LOU, särskilt transparensprincipen. Avsaknaden av maximal avropsvolym på ramavtalet medför obegränsade möjligheter att använda ramavtalet i upphandlingen utan att en ny upphandling behöver genomföras, en upphandling som Consid hade kunnat lämna anbud i. Consid har därigenom lidit i vart fall risk för skada i LOU:s mening.

Vetenskapsrådet anser att bolagets ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Att upphandlingen är behäftad med fel på grund av att det inte skulle framgå någon gräns för den kvantitet av tjänster som kan beställas på ramavtalet är direkt felaktigt. Oavsett hur strikt man väljer att tolka EU-domstolens dom i mål C-216/17 Coopservice av den 19 december 2018, står det klart att den i vart fall inte utgör något hinder i nu aktuell överprövningsprocess. Av upphandlingsdokumentationen framgår klart och tydligt att ramavtalets totala värde beräknas vara upp till 30 miljoner kr. De priser som offererades i upphandlingen uppgick till mellan cirka 17–22 miljoner kr. Ramavtalet omfattar webbyråttjänster som avropas och ersätts per timme enligt de i upphandlingen offererade timpriserna. Med detta följer således en tydlig begränsning både vad gäller kvantitet och värde eftersom antalet timmar som kan avropas aldrig får summera till mer än 30 miljoner kr. Den maximala totala ramavtalsvolymen har angetts i kravspecifikationens punkt 3.1. Att inga "exakta volymgarantier" kan ges innebär endast att det inte finns någon angiven miniminivå, vilket Vetenskapsrådet heller inte är skyldiga att ange. Det stämmer inte att antalet avropningsbara timmar inte är begränsade. Vetenskapsrådet är bundna av det totala värdet på 30 miljoner kr och kan således inte avropa fler timmar än det totala, maximala volymbeloppet tillåter. Att det totala värdet beräknas "vara upp till" 30 miljoner kr innebär att beloppet utgör ett tak. Det framgår även av ordalydelsen "det totala värdet" att det inte kommer att tillkomma ytterligare belopp av något slag. Consid har varken konkretiserat sin skada eller visat att deras anbud skulle ha antagits som det ekonomiskt mest fördelaktiga

eller att Consid har missgynnats på något annat sätt. Därtill har Concid, genom att överpröva upphandlingen först efter det att tilldelnings-beslut meddelats, inte heller uppfyllt sin skyldighet att begränsa sin skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om det på grund av vad Consid har anfört är visat att Vetenskapsrådet har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har lett till att bolaget har eller kan komma att lida skada (20 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 (4 kap. 1 § LOU).

Relevanta delar av upphandlingsdokumenten

I upphandlingsdokumentet avsnitt 3.1 "Tjänstens omfattning" anges bl.a. följande.

"Denna Tjänst avser avrop av webbyråtjänster, med en strategisk och innovativ digital partner tillika leverantör av digitala tjänster för ett långsiktigt och nära samarbete. Tjänsten omfattar att som partner bistå med både utvecklingsresurser och förvaltningsåtagande. Genom Tjänsten avser Vetenskapsrådet upprätthålla ett långsiktigt samarbete kring webbyrå-tjänster, där leverantören ansvarar för förvaltning och utveckling av myndighetens webbplatser och digitala tjänster.

Vetenskapsrådet avser teckna ramavtal med en (1) leverantör. Det totala värdet av ramavtalet beräknas vara upp till 30 000 000 SEK. Vetenskapsrådet kan dock inte ge några exakta volymgarantier."

I ramavtalet avsnitt 2.1 "Förändringar och tillägg" anges bl.a. följande.

Vetenskapsrådet äger rätt att under Ramavtalsperioden utöka eller minska omfattningen av Tjänsterna, baserat på faktiska förändringar i Vetenskapsrådets verksamhet. Ändringar och tillägg till detta ramavtal ska vara skriftligen undertecknad av behörig företrädare för Vetenskapsrådet och Leverantör för att vara bindande.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den dom (Antitrust och Coopservice, EU:C:2018:1034) Consid åberopat avser tolkningen av bestämmelser i det nu upphävda Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EU av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Aktuella bestämmelser i det nya upphandlingsdirektivet är emellertid väsentligen desamma, varför domen alltjämt är av intresse.

Av EU-domstolens dom framgår bl.a. att en upphandlande myndighet som från början är part i ett ramavtal endast kan handla för egen räkning och på andra i ramavtalet specifikt angivna potentiella upphandlande myndigheters vägnar, inom gränsen för en viss kvantitet och när denna gräns har nåtts har nämnda avtal inte längre någon verkan (p. 61). Öppenhetsprincipen och principen om likabehandling av de aktörer som berörs av ingåendet skulle åsidosättas om den upphandlande myndigheten som från början var part i avtalet inte angav den totala kvantitet som avtalet avsåg (p. 64).

Konkurrensverket har i ställningstagande (2019:1) uttalat hur myndigheten anser att EU-domstolens avgörande ska tolkas. Enligt Konkurrensverket följer det av EU-domstolens dom att en upphandlande myndighet som är part i ett ramavtal är skyldig att precisera den totala kvantitet och det högsta belopp som avtalet omfattar. Även Upphandlingsmyndigheten har, i vägledning (2019:3), uttalat hur myndigheten anser att EU-domstolens

avgörande ska tolkas. Enligt Upphandlingsmyndigheten bör ett ramavtals totala kvantitet (takvolym) kunna anges i form av ett värde, under förutsättning att det är transparent i det enskilda fallet. Upphandlingsmyndigheten anser vidare att ett totalt uppskattat värde kan utgöra en takvolym men att det i så fall bör vara tydligt att det är den upphandlande myndighetens avsikt.

I målet är ostridigt att upphandlande myndigheter har en skyldighet att ange en total kvantitet med avseende på efterföljande kontrakt. Vad Consid anför tar sikte på att upphandlingen saknar en sådan angiven total kvantitet. Vetenskapsrådet invänder emellertid och anför att det totalt uppskattade värde som anges i upphandlingsdokumenten ska tolkas som en takvolym.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Upphandlingen avser ramavtal av webbyråttjänster där efterföljande kontrakt fullgörs genom ersättning per timme. Ramavtalets kvantitet utgörs således av antal timmar. Av upphandlingsdokumenten framgår att Vetenskapsrådet avser att anta en leverantör och att upphandlingens totala värde beräknas vara upp till 30 miljoner kr. Det totala antalet timmar som ramavtalet omfattar anges emellertid inte uttryckligen i upphandlingsdokumenten. Frågan är då om upphandlingsdokumenten trots detta varit tillräckligt tydliga avseende ramavtalets totala kvantitet. Att avtalets totala uppskattade värde har angetts i upphandlingsdokumenten innebär visserligen att varje enskild anbudsgivare, utifrån sitt offererade timpris i kombination med det totalt uppskattade värdet, kan förutse avtalets totala kvantitet avseende antal timmar. Eftersom det totala antalet timmar inte uttryckligen angetts i upphandlingsdokumenten är ramavtalets totala kvantitet emellertid avhängig av respektive anbudsgivares offererade timpris. Av upphandlingsdokumenten går inte att utläsa att avsikten med angivelsen av det totalt uppskattade värdet har varit att ange en takvolym. Avtalets totala kvantitet förtydligas inte heller av ramavtalet, i vilket det framgår att omfattningen av tjänsterna

både kan utökas och minskas. Mot denna bakgrund samt med beaktande av att syftet med angivelsen av en takvolym får anses vara att fastställa ett ramavtals begränsningar, anser förvaltningsrätten att upphandlingens totala kvantitet avseende antal timmar inte varit förutsebar på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna tolka upphandlingsdokumenten på samma sätt.

Förvaltningsrätten bedömer således att den totala kvantitet som kan komma att bli aktuell med avseende på efterföljande kontrakt inte har framgått med tillräcklig tydlighet i upphandlingen. Avsaknaden av en totalt angiven kvantitet får anses strida mot principen om transparens. Frågan är då om Consid har lidit eller riskerat att lida skada på grund av bristen. Consid har anfört att avsaknaden av en maximal avropsvolym medför obegränsade möjligheter att använda ramavtalet utan att en ny upphandling behöver genomföras, en upphandling som Consid i så fall hade kunnat lämna anbud i. Med beaktande av att skaderekvisitet i det konkurrensuppsökande skedet är förhållandevis lågt ställt anser förvaltningsrätten att Consid härigenom har visat att de i vart fall har riskerat att lida skada.

Vetenskapsrådet har anfört att Consid, genom att överpröva upphandlingen först efter att tilldelningsbeslut meddelats, inte har uppfyllt sin skyldighet att begränsa sin skada. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte finns några preklusionsregler i LOU. Vad Vetenskapsrådet har anfört i denna del föranleder därför inte förvaltningsrätten att göra någon annan bedömning gällande Consids skada.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten bedömer att Vetenskapsrådets upphandling strider mot principen om transparens. Bristen är hänförlig till det konkurrens-

uppsökande skedet och Concid har riskerat att lida skada på grund av
bristen. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i
bilaga (FR- 05).

Leif Nilsson
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Karin Nyberg har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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 nyårs-afton, 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.

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.