

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
6151–6159-20

meddelad i Stockholm den 10 januari 2022

KLAGANDE

Dokumentismen i Umeå AB, 559079-4193

Ombud: André Prentell
Fondia Legal Services AB

MOTPARTER

1. Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

2. AB Övikshem, 556103-7606
3. Höga Kusten Destinationsutveckling AB, 556961-4067
4. Miljö och Vatten i Örnsköldsvik Aktiebolag, 556767-2695
5. Stiftelsen Gideågården, 889601-0066
6. Örnsköldsvik Airport AB, 556838-9968
7. Örnsköldsviks Hamn och Logistik AB, 556031-7280
8. Övik Energi Aktiebolag, 556019-1750
9. Övik Energi Nät Aktiebolag, 556527-7067

Ombud för 2–9: Upphandlingschef Jens Hannemann
Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

ÖVERKLAGADE AVGÖRANDE

Kammarrätten i Sundsvalls domar den 28 oktober 2020 i mål nr 1142–1150-20

SAKEN

Offentlig upphandling

Dok.Id 253549

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00
E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se
www.hogstaforvaltningsdomstolen.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
09:00–12:00
13:00–16:00

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

BAKGRUND

1. Ett ramavtal är ett avtal som fastställer villkoren för kontrakt som senare ska ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer. Genom att teckna ett ramavtal avseende en viss vara eller tjänst behöver en upphandlande myndighet inte genomföra en helt ny upphandling varje gång den har behov av varan eller tjänsten, utan kan då i stället köpa varan eller tjänsten av en leverantör som omfattas av ramavtalet (s.k. avrop).
2. De här målen gäller om det vid upphandlingen av ett ramavtal måste anges ett tak för de varor och tjänster som ska omfattas av ramavtalet, dvs. en övre gräns för hur mycket som totalt sett kan avropas. I målen aktualiseras också flera frågor kring den skadeprövning som ska göras när en upphandling överprövas.
3. Örnsköldsviks kommun genomför tillsammans med Stiftelsen Gideågården och ett antal kommunala bolag en upphandling av ramavtal benämnd ”Utskriftstjänst som funktion”. Upphandlingen omfattar beställarnas behov av utskrifter, kopiering och skanning. Leverantören ska erbjuda denna tjänst som ett funktionsåtagande där all hård- och mjukvara ingår inklusive service och support. Dokumentismen i Umeå AB lämnade anbud i upphandlingen men en annan anbudsgivare antogs som leverantör.
4. I upphandlingsdokumentet fanns uppgifter om historiska volymer för den aktuella tjänsten samt en uppskattning av beställarnas framtida behov. Där tillhandahölls också en ordning för hur frågor angående upphandlingen kunde ställas under anbudstiden. Någon fråga angående ramavtalets maximala omfattning kom såvitt framgår inte in.

DOM

Mål nr
6151–6159-20

5. Dokumentismen ansökte hos Förvaltningsrätten i Härnösand om överprövning av upphandlingen och anförde följande. Det har inte angetts något maximalt värde eller någon maximal volym för ramavtalet. Bolaget lider skada på grund av detta eftersom bolaget skulle ha gjort en annan kalkyl och lämnat ett annat pris om den maximala omfattningen av ramavtalet hade framgått. Bolaget lider eller riskerar att lida skada även på den grunden att de upphandlande myndigheterna, om en fast gräns hade satts, skulle ha varit tvungna att genomföra en ny upphandling om gränsen hade överskridits. Bolaget hade då fått en chans att antas som leverantör i den nya upphandlingen om de överskjutande värdena.
6. Förvaltningsrätten avslog ansökan. Förvaltningsrätten konstaterade att beställarnas uppskattade behov samt uppgift om den totala årskostnaden för motsvarande utskriftstjänst det föregående året hade angetts i upphandlingsdokumentet. Enligt domstolen innehöll upphandlingsdokumentet därför sammantaget sådana uppgifter som gjorde det tillräckligt tydligt vilka volymer som kunde förväntas. Varje leverantör hade därmed kunnat bilda sig en uppfattning om möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Domstolen fann mot den bakgrunden att de upphandlande myndigheterna inte hade brutit mot upphandlingslagstiftningen vid genomförandet av upphandlingen.
7. Kammarrätten i Sundsvall avslog Dokumentismens överklagande dit. Kammarrätten konstaterade att det i upphandlingen inte hade angetts någon maximal volym som kunde komma att avropas från ramavtalet. Upphandlingen hade därför genomförts på ett sätt som strider mot upphandlingslagstiftningen. Kammarrätten ansåg dock att det varken utifrån omständigheterna eller de förklaringar som bolaget hade lämnat gick att dra slutsatsen att avsaknaden av takvolym hade medfört att bolaget inte hade kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Kammarrätten ansåg vidare att det som bolaget hade anfört angående möjligheten att få ingå ett senare, hypotetiskt, avtal inte kunde anses innebära att bolaget hade lidit eller kunde komma att lida skada i den mening som krävs för ett ingripande mot den aktuella upphandlingen.

DOM

Mål nr
6151–6159-20

YRKANDEN M.M.

8. *Dokumentismen i Umeå AB* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska förordna att upphandlingen ska göras om.
9. *Örnsköldsviks kommun, AB Övikshem, Höga Kusten Destinationsutveckling AB, Miljö och Vatten i Örnsköldsvik Aktiebolag, Stiftelsen Gideågården, Örnsköldsvik Airport AB, Örnsköldsviks Hamn och Logistik AB, Övik Energi Aktiebolag och Övik Energi Nät Aktiebolag* anser att överklagandet ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågorna i målen

10. Den första frågan i målen är om det strider mot upphandlingslagstiftningen att vid en upphandling av ett ramavtal inte ange ett tak för de varor och tjänster som totalt sett kan avropas från ramavtalet. Om så är fallet uppkommer frågan vad som krävs för att en leverantör ska anses ha visat att en brist i detta avseende har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Rättslig reglering m.m.

11. Enligt 1 kap. 20 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling avses med ramavtal ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod. En upphandlande myndighet får enligt 7 kap. 1 § ingå ramavtal om den använder något av upphandlingsförfarandena i lagen.
12. I 4 kap. 1 § anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

13. Dessa bestämmelser motsvaras av bestämmelser i artiklarna 18 och 33 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling.
14. Enligt 20 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling liksom giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.
15. Bestämmelserna om talerätt i 20 kap. 4 § har sin bakgrund i artikel 1.3 i direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (rättsmedelsdirektivet). I den artikeln anges att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Krävs det att ramavtalets maximala omfattning anges?

16. Den första fråga som Högsta förvaltningsdomstolen ska ta ställning till är om det vid upphandling av ett ramavtal finns ett krav på att den maximala omfattningen av ramavtalet anges samt om detta krav i så fall har tillgodosetts i den aktuella upphandlingen.
17. EU-domstolen har i rättsfallet *Simonsen & Weel* uttalat följande (C-23/20, EU:C:2021:490, punkterna 62, 63, 71 och 74).

18. Öppenhetsprincipen och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörer som berörs av ingåendet av ett ramavtal skulle åsidosättas om den upphandlande myndigheten inte angav det högsta värdet eller den största kvantitet som ett sådant avtal avsåg. Att detta anges är av stor betydelse för att en anbudsgivare ska kunna bedöma sin kapacitet att fullgöra sina skyldigheter enligt ramavtalet. Uppgifter om största kvantitet eller högsta värde kan lämnas antingen i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. När detta gränsvärde har nåtts har ramavtalet inte längre några verkningar.
19. Av rättsfallet framgår således att det vid upphandling av ett ramavtal måste anges den största kvantitet eller det högsta värde som ramavtalet ska omfatta. I den nu aktuella upphandlingen har det endast lämnats uppgifter om historiska kvantiteter och kostnader samt en uppskattning av beställarnas behov, med angivande av att behoven kan variera och således över- eller underskridas. Kravet på att ange största kvantitet eller högsta värde är därmed inte uppfyllt, vilket innebär att de upphandlande myndigheterna har brutit mot principerna om öppenhet och likabehandling i 4 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling.

Allmänt om skadeprövningen

20. Nästa fråga är vad som krävs för att en leverantör ska anses ha visat att en sådan brist har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling. Att det är leverantören som har bevisbördan för detta framgår av rättsfallet HFD 2013 ref. 53.
21. Någon direkt motsvarighet till bestämmelsen om den skadeprövning som domstolen enligt 20 kap. 6 § ska göra när en upphandling överprövas finns inte i rättsmedelsdirektivet. Skaderekvisitet är emellertid utformat på samma sätt som det skaderekvisit som enligt artikel 1.3 i direktivet gäller för själva talerätten. Skadeprövningen enligt 20 kap. 6 § bör därför göras med beaktande av den praxis som EU-domstolen har utvecklat i anslutning till rättsmedelsdirektivet.

22. En allmän utgångspunkt vid skadeprövningen är att en leverantör som ansöker om överprövning av en upphandling måste konkretisera på vilket sätt en brist i upphandlingen har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (HFD 2013 ref. 53). I detta ligger att det inte är tillräckligt att leverantören i allmänna ordalag beskriver den skada eller risk för skada som bristen har lett till. För att domstolen ska kunna bedöma om leverantören faktiskt har lidit eller riskerar att lida skada krävs att leverantören på ett tydligt och konkret sätt redogör för hur bristen har påverkat leverantörens möjlighet att konkurrera i upphandlingen.
23. Den skada eller risk för skada som leverantören åberopar ska vidare hänföra sig till möjligheten att konkurrera i just den upphandling som begärs överprövad (se Sisal m.fl., C-721/19 och C-722/19, EU:C:2021:672, punkt 60 och där nämnd rättspraxis samt HFD 2017 ref. 62). I Sisal-målet beaktades visserligen en leverantörs intresse av att delta i en ny upphandling vid bedömningen av om leverantören hade talerätt enligt artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet (Sisal m.fl., punkterna 58–65). I det fallet bestod den påstådda överträdelsen dock i att en upphandlande myndighet i strid med lagstiftningen hade valt att förlänga en koncession till förmån för en befintlig leverantör i stället för att genomföra en ny upphandling. En sådan förlängning är i princip att jämställa med en otillåten direktupphandling och omfattas enligt svensk rätt därmed av bestämmelserna om överprövning av ett avtals giltighet i 20 kap. 13–15 §§ lagen om offentlig upphandling. Målet rörde således en annan situation än de situationer som omfattas av bestämmelsen i 20 kap. 6 § om överprövning av själva upphandlingen.
24. Vid bedömningen av om en brist i upphandlingen har medfört skada eller risk för skada för en viss leverantör ska dessutom beaktas om leverantören har gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer. En leverantör som anser att de uppgifter som lämnas i upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga bör t.ex. redan under anbudstiden vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra detta, och i stället väntar med att påtala eventuella brister till efter det att tilldelningsbeslutet är fattat, kan kravet i

20 kap. 6 § på att bristen ska ha medfört att leverantören har lidit eller riskerar att lida skada normalt sett inte anses vara uppfyllt (se eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punkterna 55 och 56; jfr även Simonsen & Weel, punkt 89).

Skadeprövningen i detta fall

25. Dokumentismen har anfört att bolaget, på grund av att det inte kunde bilda sig en uppfattning om avtalets potentiella omfattning, har lidit skada genom att det inte har kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Enligt bolaget var det villigt att acceptera negativa vinstmarginaler i syfte att vinna upphandlingen, men ansåg att ett sådant risktagande inte var möjligt eftersom det inte hade angetts någon maximal kvantitet för ramavtalet. Bolaget har vidare uppgett att det var tvunget att lämna anbudspriser som tog höjd för att beställarna skulle avropa stora kvantiteter utöver vad som uppskattats i upphandlingen, vilket skulle ha krävt att bolaget tog in fördyrande underleverantörer.
26. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar att bolaget under anbudstiden hade kunnat begära ett förtydligande från beställarna av vad som gällde rörande den maximala omfattningen av ramavtalet. I stället valde bolaget att lämna ett anbudspris som tog höjd för att den uppskattning av beställarnas behov som angavs i upphandlingsdokumentet kunde komma att överskridas. Bolaget kan därmed inte anses ha gjort vad som krävs för att undvika att skadas till följd av bristen i upphandlingen. Till detta kommer att bolagets beskrivning av hur dess anbudspris påverkades av att det inte fanns någon uppgift om största kvantitet eller högsta värde för ramavtalet är förhållandevis allmänt hållen.
27. Högsta förvaltningsdomstolen finner mot denna bakgrund att Dokumentismen inte har visat att bristen i upphandlingen har medfört att bolaget har lidit eller riskerar att lida skada genom att inte ha kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud.
28. Bolaget har vidare anfört att det har lidit eller åtminstone riskerar att lida skada eftersom de upphandlande myndigheterna, om den maximala omfattningen av

DOM

Mål nr
6151–6159-20

ramavtalet hade angetts, skulle ha varit tvungna att genomföra en ny upphandling om denna omfattning hade överskridits. Bolaget hade då fått en chans att konkurrera i den nya upphandlingen.

29. Som framgått kan intresset av att delta i en kommande upphandling emellertid inte beaktas vid en överprövning av en upphandling enligt 20 kap. 6 § (se punkt 23). Det som bolaget har anfört om att det har frångåtts möjlighet att delta i en eventuell framtida upphandling saknar således betydelse för bedömningen av om bolaget har lidit eller riskerar att lida skada till följd av bristen i den nu aktuella upphandlingen.

Slutsatser

30. De upphandlande myndigheterna har brutit mot upphandlingslagstiftningen genom att inte ange den största kvantitet eller det högsta värde som ramavtalet ska omfatta. Dokumentismen har dock inte visat att denna brist har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling. Bolagets överklagande ska därför avslås.

I avgörandet har deltagit justitieråden Helena Jäderblom, Kristina Ståhl, Thomas Bull, Mats Anderson och Marie Jönsson.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Sara Westerlund.