

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2015-07-06
Meddelad i
UppsalaMål nr
794-15 E**SÖKANDE**

MacSupport Aktiebolag, 556216-9267

Ombud: Advokat Roger Wier
Advokatfirman Morris AB
Box 2162
403 13 Göteborg**MOTPARTER**

1. Atea Sverige AB, 556448-0282

Ombud för 1: Advokat Christofer Morales och jur.kand. Annika Blomqvist
Advokatfirma DLA Nordic KB
Box 7315
103 90 Stockholm

2. Västerås kommun

3. Mälarenergi AB, 556448-9150

Ombud för 2 och 3: EU-advokat Robert Moldén och jur.kand. Johan Lidén
Gärde Wesslau Advokatbyrå i Göteborg
Kungstorget 2
411 17 Göteborg**SAKEN**

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandena om att inhämta förhandsavgörande och yttrande från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och ogiltigförklarar dels Västerås kommuns avtal (avtalsnummer 2013/790-KS-061) den 13 januari 2014 med Atea Sverige AB, dels Västerås kommuns avtal om inköp av surfplattor som har gjorts med stöd av tillägg till avtalet den 13 januari 2014.

Dok.Id 152223

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala**Besöksadress**
Kungsgatan 49**Telefon**
018-431 63 00**E-post:** forvaltningsratteni uppsala@dom.se**Telefax**
018-431 63 43**Expeditionstid**
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Västerås kommun och Mälarenergi AB, förkortad gemensamt kommunen, har genomfört en upphandling av ramavtal avseende leverans av klienter för IT-arbetsplats, dnr 2012/790-KS-061. Kommunen har fattat ett tilldelningsbeslut och därefter ingått avtal med anbudsvinnaren, Atea Sverige AB, förkortad Atea.

Förvaltningsrätten beslutade den 10 juli 2014 och 22 augusti 2014 att avslå begäran från MacSupport AB, förkortad MacSupport, att rätten skulle interimistiskt förordna att avtalet inte skulle få fullgöras förrän annat beslutats av domstol.

Förvaltningsrätten biföll i dom den 4 december 2014 i mål nr 3560-14 MacSupports ansökan om överprövning och ogiltigförklarade kommunens avtal den 13 januari 2014 med Atea. Förvaltningsrätten ogiltigförklarade även avtalet om inköp av Ipad som kommunen hade gjort med stöd av avtalet den 13 januari 2014.

Atea Sverige AB överklagade domen.

Kammarrätten återförvisade härefter målet till förvaltningsrätten för handläggning.

YRKANDEN

MacSupport ansöker om överprövning av avtalets giltighet och yrkar att det ingångna ramavtalet förklaras ogiltigt. Vidare yrkas att det avtal som slutits mellan kommunen och Atea avseende leverans av Ipad till skolans elever förklaras ogiltigt. Till stöd för sin talan anför MacSupport i huvudsak följande.

Kommunen har efter annonsering av upphandlingen och efter publicering

av förfrågningsunderlaget och det ursprungliga ramavtalet genomfört en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Kommunen har fullföljt upphandlingen och införlivat den väsentliga förändringen i ramavtalet.

Ramavtalet har därefter ingåtts utan att föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, genomförts, trots att skyldighet därtill har förelegat p.g.a. den väsentliga förändringen i förfrågningsunderlaget och ramavtalet. Ramavtalet har därmed tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget beräknat upphandlingens årliga volymer till att bl.a. omfatta 660 bärbara datorer, varav 500 till Västerås kommun och 160 till Mälarenergi. Kommunen har under upphandlingsförfarandet den 1 februari 2013 genomfört kompletteringar till förfrågningsunderlaget. Genom kompletteringen har kommunen lagt till 3 660 bärbara datorer per år i upphandlingen, totalt ca 12 000 bärbara datorer under avtalstiden. Detta betyder att upphandlingen under avtalstiden exklusive kompletteringarna har en volym om 2 640 bärbara datorer och inklusive kompletteringarna en volym om 14 640 bärbara datorer, vilket innebär att en volymökning skett med ca 555 procent och en värdeökning från uppskattningsvis 18 miljoner kr per år till 50 miljoner kr per år. Volymuppskattningen är givetvis en väsentlig uppgift i en upphandling för att leverantörer ska kunna offerera bästa möjliga anbud.

Kommunen har även genom kompletteringen utvidgat upphandlingen att omfatta kommunens skolverksamhet och kommunens elever. Kompletteringen inkorporerades aldrig i det ursprungliga ramavtalet men har lagts till i samband med att ramavtalet undertecknades. Annonseringen av ett förfrågningsunderlag fyller en central konkurrensuppsökande funktion. Möjligheterna att komplettera eller ändra ett förfrågningsunderlag är begränsade (se uttalande av EU-domstolen i C-278/01) och en upphandlande

myndighet får som huvudregel inte förändra förfrågningsunderlaget under en pågående upphandling, vilket strider mot principen om transparens. Om en myndighet genomför väsentliga förändringar innebär detta att upphandlingen ovillkorligen måste avbrytas (se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 4342-4357-11 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1132-10). Fullföljer en upphandlande myndighet en upphandling där väsentliga förändringar har genomförts av förfrågningsunderlaget genom att teckna avtal med vinnande leverantör innebär det att avtalet har tillkommit genom en otillåten direktupphandling, eftersom annonsering inte skett.

MacSupport har valt att inte lämna anbud mot bakgrund av hur annons och ursprungligt förfrågningsunderlag har utformats. Kompletteringen gjordes först 27 dagar innan upphandlingens anbudstid löpte ut.

Kommunen har gjort en beställning på åtminstone 960 Ipad, vilket är en helt annan produkt än de bärbara datorer som omfattas av ramavtalet. Beställningen har ett uppskattat värde på ca 4 miljoner kr.

Kommunen bestrider bifall till MacSupports ansökan och yrkar att förvaltningsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen avseende lagtillämpningens förenlighet med rättsmedelsdirektivets effektivitets- och skyndsamhetsmål. Till stöd för sin talan anför kommunen i huvudsak följande.

Det har inte genomförts någon väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget under annonseringstiden och ramavtalet innehåller inga ändringar relativt förfrågningsunderlaget. Kontraktsföremålet enligt det ursprungliga förfrågningsunderlaget, d.v.s. utan beaktande av det i målet aktuella förtydligandet, är IT-arbetsplatshårdvara inom de hårdvarukategorier som anges i förfrågningsunderlagets punkt 3.1, vilken innefattar bärbara datorer. Förtydligandet innebär inte någon ändring av kontraktsföremålet utan endast en justering av den icke-förpliktande volymuppskattning som anges i för-

frågningsunderlagets punkt 3.2. I ramavtalets natur ligger att det verkliga behovet är okänt. Det finns inte något krav på att ange volymuppskattningar i ett förfrågningsunderlag vid ramavtalsupphandlingar. Om det i ett ramavtalsförfrågningsunderlag anges volymuppskattningar innebär inte den omständigheten att fler enheter skulle avropas jämfört med uppskattningen, att samtliga de avrop som sker utöver uppskattningen konstituerar otillåtna direktupphandlingar. Även de senare avropen sker inom/enligt ramavtalet. Ramavtalsföremålet definieras således inte genom en eventuell volymuppskattning. Även om det i målet aktuella förtydligandet inte hade meddelats hade numerärt fler bärbara datorer än vad som anges i den inte förpliktande volymuppskattningen kunnat köpas in enligt ramavtalet. Förtydligandet kan följaktligen inte anses konstituera en väsentlig ändring av förfrågningsunderlaget.

Ogiltighetstalan kan över huvud taget inte bli aktuell i målet. MacSupport har under upphandlingen varit registrerad leverantör hos EU-supply, den tjänst som kommunen använde för att administrera upphandlingen. MacSupport har såsom registrerad leverantör erhållit information om förtydligandet redan under annonseringstiden. MacSupport bör inte, med hänsyn till lagstiftarens intentioner, kunna avstå från att framställa invändning genom överprövning inom den normala tiodagarsfristen efter tilldelningsbeslut för att istället kunna angripa avtalets giltighet upp till sex månader efter kontraktets ingående. En sådan ordning skulle både leda till ineffektivitet för överprövningssystemet som helhet (jfr C-230/02 Grossman Air) och möjliggöra ett kringgående av det efter Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53 relativt strikt tillämpade skaderekvisit som gäller vid ingripanden enligt 16 kap. 6 § LOU. Ogiltighetspåföljden enligt 16 kap. 13 § LOU bör mot bakgrund av starka ändamålsskäl endast vara tillgänglig för de leverantörer som till skillnad från MacSupport inte har haft möjlighet att framställa en invändning om otillåten ändring av förfrågningsunderlaget inom ramen för en överprövning av

upphandlingen. Med hänsyn till att MacSupport dels varit registrerad som uthämtare av förfrågningsunderlaget, dels slutligt medverkat i upphandlingen som underleverantör till en anbudsgivare, ska bolaget anses ha tagit del av det i målet aktuella förtydligandet redan då det meddelades.

Ogiltighetstalan är dessutom väckt för sent. MacSupport har varit registrerat hos EU-supply och där fått information om förtydligandet redan under annonseringstiden. MacSupport har vidare varit redovisad som underleverantör till den anbudsgivare som kom på plats nummer två i upphandlingen och som sedermera begärde överprövning av tilldelningsbeslutet. Det framstår därmed som osannolikt att MacSupport inte någon gång under 2013 tagit del av tilldelningsbeslutet, som meddelades i april 2013, i upphandlingen. Vidare har MacSupport i vart fall senast den 24 februari 2014 fått kännedom om att ramavtal tecknats mellan kommunen och den vinnande anbudsgivaren enligt tilldelningsbeslutet. Sammantaget innebär det anförda att MacSupports ansökan under alla omständigheter måste anses preskriberad med hänsyn till att 30-dagarsfristen enligt 16 kap. 17 § andra stycket LOU börjat löpa.

MacSupport har aktivt deltagit i upphandlingen i egenskap av underleverantör. Till stöd för detta åberopas e-postkorrespondens mellan MacSupport och Office IT-partner i Västerås den 26 februari 2013 två dagar före sista anbudsdag. MacSupport har av vad som framgår av e-postkorrespondensen inte, som påståtts, valt att omgående lägga upphandlingen åt sidan sedan det förlitat sig på den ursprungliga annonsen och det ursprungliga förfrågningsunderlaget. I e-postmeddelandet uppgav Christer Kembler att Ipad 2 snart kommer att försvinna och att skolorna sannolikt köper den senaste modellen. E-postmeddelandet utvisar att MacSupport vid denna tidpunkt haft sådan kännedom om ramavtalets omfattning att det haft möjlighet att framföra invändningen om otillåten förändring av förfrågningsunderlaget antingen före tilldelningsbeslut eller efter tilldelnings-

beslut inom tiodagarsfristen. När det gäller surfplattorna framgår uttryckligen av förfrågningsunderlaget att sådana omfattas av ramavtalet.

Atea bestrider bifall till MacSupports ansökan. I första hand yrkar Atea att ansökan ska avvisas och i andra hand att ansökan ska avslås. Till stöd för sin talan anför Atea bl.a. följande.

Atea instämmer i vad kommunen har anfört om att någon förändring av förfrågningsunderlaget inte har skett, att aktuella produkter hela tiden har ingått i upphandlingen samt att starka ändamålsskäl talar för att avtalet inte ska ogiltigförklaras i den nu aktuella situationen.

MacSupport saknar talerätt enligt 16 kap. 4 § LOU. Eftersom MacSupport har deltagit i den upphandling som föregick det aktuella avtalet endast i egenskap av underleverantör omfattas bolaget inte av leverantörsbegreppet och saknar därmed talerätt. Dessutom har MacSupport inte haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen. Enligt loggar från EU-supply har MacSupport hämtat ut förfrågningsunderlaget den 19 februari 2013, dvs. först efter det att kommunens förtydligande av förfrågningsunderlaget gjordes. Av förtydligandet framgår klart att skolverksamhet omfattas, och den uppgiften fanns därför med i det underlag som hämtades ut av MacSupport. Bolaget måste således anses ha varit fullt medvetet om förfrågningsunderlagets utformning och upphandlingens omfattning. Trots detta har bolaget beslutat att delta i upphandlingen såsom underleverantör till Office IT-partner i Västerås i stället för att inkomma med ett eget anbud. Eftersom MacSupport inte har haft för avsikt att lämna anbud varken efter eller innan förtydligandet publicerades är bolaget inte att anse som leverantör i den mening som avses i 16 kap. 4 § LOU.

MacSupport har inte haft någon möjlighet att lämna anbud i upphandlingen eftersom bolaget inte uppfyller de uppställda kraven. I förfrågningsun-

derlaget anges att en anbudsgivare ska ha ett produktsortiment baserat på vanligt förekommande plattformar samt att leverantören kan tillhandahålla alternativa produkter och fabrikat. Vidare framgår att en anbudsgivare ska kunna visa att de har stationär PC i form av arbetsstation samt PC Tablet och PC Ruggad i sitt sortiment. MacSupport är dock en återförsäljare av Apple och har som sådan begränsningar i sitt sortiment. Endast datorer och surfplattor av fabrikat Apple tillhandahålls, vilket också framgår av dess web shop. MacSupport har således inte den efterfrågade bredden i produktsortimentet och har därför inte haft möjlighet att delta genom att lämna anbud.

Av e-postmeddelandet från Christer Kembler framgår att MacSupport har varit medvetet om att kommunen inte är intresserad av anbudsgivare som endast tillhandahåller Apple-produkter. Enligt Ateas erfarenhet lämnar MacSupport överhuvudtaget inte anbud i denna typ av upphandlingar, utan endast i sådana upphandlingar där anbud kan lämnas avseende enbart Apple-produkter. MacSupport saknar därmed sådant intresse av upphandlingen som berättigar till talerätt. Med hänvisning till ovanstående ska MacSupports ansökan avvisas.

I LOU finns bestämmelser om förhandsinsyn, vilka innebär att en myndighet i vissa fall kan undgå ogiltigförklaring av ett ingånget avtal. Myndigheten kan undgå ogiltigförklaring genom att offentliggöra sin avsikt att ingå avtalet samt iaktta en avtalsspärr under vilken andra leverantörer ges möjlighet att överpröva tilldelningen enligt 16 kap. 15 § LOU. I den nu aktuella upphandlingen har kommunen genom tilldelningsbeslut offentliggjort sin avsikt att ingå avtal med Atea. Kommunen har vidare iakttagit en avtalsspärr om tio dagar under vilken överprövning varit möjlig. Förevarande situation bör jämföras med att kommunen har genomfört en förhandsinsyn där intresserade leverantörer under en avtalsspärr givits möjlighet att angripa kontraktsskrivningen. Denna möjlighet, tillsammans med

möjligheten för Konkurrensverket att föra talan om upphandlingsskadeavgift samt leverantörens möjlighet till skadestånd, ansågs av lagstiftaren innebära tillräckliga möjligheter att ingripa mot ett felaktigt förfarande. Någon möjlighet att ogiltigförklara avtal där det varit uppenbart ogrundat att tillämpa förhandsinsyn ansågs inte behöva införas (prop. 2009/10:180 s. 143). Eftersom MacSupport har getts möjlighet att överpröva upphandlingen under avtalsspärren är deras intressen tillgodosedda. Att trots möjligheten till överprövning under en avtalsspärr senare kunna återkomma med en ogiltighetstalan innebär ett missbruk av systemet samt strider mot LOU:s systematik och lagstiftarens intentioner. Avtalet ska av dessa skäl därför inte ogiltigförklaras.

Vidare kan ogiltigförklaring inte ske om offentliggörande har skett. Offentliggörande av upphandlingen, inklusive förtydligandet, har faktiskt skett. Ogiltigförklaring kan heller inte ske om ett påstått upphandlingsfel inte hindrat aktören från att lämna anbud. MacSupport har dock hämtat ut förfrågningsunderlaget efter förtydligandet och bolaget måste därför ha haft kännedom om informationen i förtydligandet. Det har därför inte berövats någon möjlighet att konkurrera om kontraktet till följd av det påstådda upphandlingsfelet. Även av denna anledning ska avtalet inte ogiltigförklaras.

Slutligen strider en ogiltigförklaring av avtalet mot LOU:s systematik och lagstiftarens intention eftersom det inte kan ha varit lagstiftarens intention att en aktör ska ha möjlighet att få sin sak prövad enligt två olika prövningsförfaranden samtidigt. En möjlighet till överprövning under en avtalsspärr ska förhindra senare ogiltigförklaring.

MacSupport anför i genmäle bl.a. följande.

Det har aldrig påståtts att den ursprungliga upphandlingen inte omfattade surfplattor. Ogiltighetstalan är möjlig och inte väckt för sent. De allra flesta, om inte alla, leverantörer till offentlig verksamhet är registrerade som leverantörer på olika bevakningssidor avseende kommande och pågående upphandlingar. MacSupport har förlitat sig på den ursprungliga annonsen och det ursprungliga förfrågningsunderlaget och valde därför omgående att lägga upphandlingen åt sidan. Syftet med att annonsera upphandlingar är att informera marknaden och det är av synnerlig vikt att leverantörerna kan förlita sig på denna information. Någon preklusionsbestämmelse med det innehåll som kommunen gör gällande finns inte, utan det är sex månaders preklusion som gäller i enlighet med lagens ordalydelse. När det gäller den av kommunen återopade e-postkorrespondensen har Christer Kembler svarat på ett antal frågor. Av hans svar framgår med all önskvärd tydlighet att upphandlingen inte avsett skolverksamhet, anledningen till varför det är uppenbart att upphandlingen i dess ursprungliga form inte har omfattat skolverksamhet, anledningen till varför MacSupport beslutade att upphandlingen inte var av intresse och anledningen till varför ordet ”skolorna” var med i korrespondensen. MacSupport har bifogat svar från Christer Kembler där bl.a. följande anges. Det var tydligt att upphandlingen från början inte gällde skolan med hänsyn till uppskattade volymer, produktspecifikationer, frånvaron av krav på service och support, att ingen programvara efterfrågades, att ingen introduktionsutbildning av lärare och elever efterfrågades, att ingen fortbildning av lärare efterfrågades och att ingen ledarskapsutbildning eller pedagogisk utveckling efterfrågades. Att skolan nämndes i e-postkorrespondensen är helt naturligt med hänsyn till att MacSupport vid denna tidpunkt hade ett avtal med kommunen som gällde leverans av Apple-datorer till kommunens skolor. Han var ansvarig för detta avtal och projektledare samt hade dagliga kontakter med denna verksamhet.

En leverantör anses vara den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader. Leverantörsbegreppet är ett vitt begrepp som även kan omfatta leverantörer som inte har deltagit i ett upphandlingsförfarande. Till stöd för detta åberopas mål C-26/03 Stadt/Halle. Även marknaden definieras brett. Dock måste en leverantör som vill göra gällande att den är en leverantör i lagens mening kunna visa att den kan leverera de tjänster, varor eller byggtreprenader som upphandlas för att ha ett berättigat intresse av att få en upphandling eller ett avtal överprövat. Det är inte heller korrekt att bolaget inte har efterfrågat bredd i sitt produktsortiment. MacSupport har deltagit i många upphandlingar där upphandlingen har omfattat annat än Apple-produkter. Dessutom är det tillåtet att använda underleverantörer i upphandlingen. Upphandlingen förändrades dessutom i och med kompletteringen från att vara en mer eller mindre renodlad PC-upphandling till att bestå av 75 procent Apple-produkter. Kompletteringen innebar alltså att upphandlingen förändrades till att bli en upphandling som passar MacSupport mycket bra. Hade bolaget haft vetskap om förutsättningarna hade anbud lämnats. MacSupport har endast varit underleverantör i upphandlingen eftersom kommunen har vilselett bolaget till att tro att upphandlingen inte omfattade skolverksamhet. Det är alltså riktigt att avsikten inte var att lämna anbud i upphandlingen enligt den ursprungliga omfattningen och på det sätt som den annonserades. Vidare vidgås att en person vid MacSupport har anmält sig hos EU-supply på sätt som påstås. Detta förändrar dock ingenting eftersom MacSupport initialt valde att lägga bort upphandlingen med utgångspunkt i annonsen och det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Dessutom är den logg som åberopas av Atea ett bevis på att MacSupport inte har fått del av kompletteringen. Av loggen framgår att MacSupport har granskat en zip-fil. Denna zip-fil laddades upp den 18 januari 2013, dvs. två veckor före det att kompletteringen laddades upp, och innehåller inte kompletteringen. Det stämmer således inte att det material som MacSupport har hämtat ut innehåller kompletteringen. MacSupport vidgår att det inte har haft kännedom om

kompletteringen före det att avtalsspärren löpte ut. Det finns inte någon regel som hindrar ett bolag från att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet även om MacSupport tidigare har haft möjlighet att ansöka om överprövning. Även för det fall MacSupport skulle ha haft kännedom om kompletteringen så har det talerätt avseende avtalens ogiltighet. MacSupport har heller inte varit adressat till det utsända tilldelningsbeslutet, eftersom det varit underleverantör till leverantör i upphandlingen, och har därför inte av den anledningen fått kännedom om kompletteringen. Kommunen har dessutom heller inte efterannonserat resultatet av upphandlingen. Tidsfristen börjar därför inte löpa i förhållande till MacSupport. Talan har väckts inom sexmånadersfristen enligt 16 kap. 17 § LOU och därför inte för sent.

Kommunen anför i genmäle bl.a. följande.

Den 1 februari 2013, dvs. då nästan fyra veckor kvarstod av anbudstiden, publicerade kommunen ett förtydligande med innebörden att en option om ytterligare hårdvaruvolymer lades till i upphandlingen. Samtliga leverantörer som vid tidpunkten var registrerade uthämtare av förfrågningsunderlaget fick därmed en e-postunderrättelse om förtydligandet. Enligt den logg från EU-supply som kommunen har tillgång till har MacSupport hämtat ut förfrågningsunderlaget den 19 februari 2013, dvs. efter den tidpunkt som förtydligandet fanns tillgängligt tillsammans med förfrågningsunderlaget på EU-supply. MacSupport har därmed haft kännedom om de omständigheter som nu påstås utgöra upphandlingsfel redan under anbudstiden. Detta betyder att MacSupport har haft god tid på sig att framställa invändningar om otillåten ändring av förfrågningsunderlaget före avtalsspärrens utgång genom att ansöka om överprövning av upphandlingen. Så har inte skett. MacSupport ska mot den bakgrunden anses vara förhindrat att få prövat invändningen genom ogiltighetstalan. Därtill har MacSupport deltagit aktivt i upphandlingens anbudsgivningsfas tillsammans med Office

IT-partner. Detta är tillräckligt för att MacSupport ska åläggas en plikt att informera sig om förfrågningsunderlaget motsvarande den aktivitetsplikt som åligger formella anbudsgivare. Om en underleverantör likt MacSupport ska tillerkännas talerätt och de övriga rättigheter som följer av LOU måste även motsvarande skyldigheter kunna göras gällande mot en sådan aktör. Slutligen ska MacSupport under alla förhållanden anses ha haft sådan kännedom om förtydligandet att MacSupport har haft möjlighet och skyldighet att framföra invändning om förtydligandets förenlighet med LOU före avtalsspärrens utgång.

Om förvaltningsrätten skulle finna att MacSupport ska anses ha haft kännedom om påstått upphandlingsfel redan i februari 2013, och om förvaltningsrätten trots detta överväger att tillåta MacSupports ogiltighetstalan, föreligger en skyldighet att tolka 16 kap. LOU konformt med rättsmedelsdirektivet (Rådets direktiv 89/665/EEG med ändringar genom ändringsdirektivet 2007/66/EG) och dess effektivitets- och skyndsamhetsmål. I den mån förvaltningsrätten på sagda premisser skulle finna att regelverket inte ger utrymme för något annat än att tillåta en sakprövning av MacSupports påstående om upphandlingsfel, måste i detta fall anses föreligga så betydande tvivel om lagtillämpningens förenlighet med rättsmedelsdirektivets effektivitets- och skyndsamhetsmål att en tolkningsfråga bör underställas EU-domstolen.

Likaså finns skäl att begära förhandsavgörande från EU-domstolen om förvaltningsrätten överväger att lägga något annat än en objektiv standard till grund för bedömningen av vilken kunskap om förfrågningsunderlaget som ska tillskrivas MacSupport under tiden upphandlingen pågick eller överväger att medge MacSupport en lättnad i de krav som gäller för en normalt omsorgsfull anbudsgivare på grundval av att MacSupport endast indirekt har lämnat anbud i upphandlingen.

DOMSKÄL

I 16 kap. 13 § 1 LOU anges att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §.

Ska förhandsavgöranden och yttrande inhämtas från EU-domstolen?

Förvaltningsrätten anser att det inte föreligger skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen på de av kommunen anförda grunderna. Nationell lagstiftning får i aktuella delar anses vara genomförd i enlighet med aktuella direktiv och vara tillräckligt tydlig för bedömningen av de relevanta frågorna i förevarande mål. Yrkandet ska därför avslås.

Det föreligger heller inte skäl för att låta EU-domstolen pröva tillämpligheten av rättsmedelsdirektivet och dess effektivitets- och skyndsamhetsmål. Även detta yrkande ska därför avslås.

Har MacSupport talerätt?

MacSupport har gjort gällande att kommunen genomfört en otillåten direktupphandling genom att under upphandlingsförfarandet i det upphandlade ramavtalet införa en option, enligt vilken leveransen utökas till skolverksamheten med en uppskattad volymökning med ca 555 procent samt uppskattad förändring av kontraktsvärdet från 18 miljoner kr per år till 50 miljoner kr, utan att en ny annonsering skett. Kommunen och Atea har mot detta framställt ett antal invändningar med innebörden att MacSupport saknar talerätt samt att det inte förelegat sådana omständigheter att kommunen skulle vara skyldig att göra en ny annonsering. Någon otillåten direktupphandling har därför inte genomförts. Därtill har Atea invänt att en ogiltigförklaring av avtalet inte kan ske.

Förvaltningsrätten ska först ta ställning till om MacSupport över huvud taget har rätt att ansöka om det ingångna avtalets ogiltighet. Kommunen liksom Atea har invänt att MacSupport inte bör kunna avstå från att framställa invändning genom överprövning inom den normala tiodagarsfristen efter tilldelningsbeslut för att istället kunna angripa avtalets giltighet sex månader efter kontraktets ingående. En sådan ordning skulle enligt kommunens uppfattning undergräva rättssystemets effektivitet och strider enligt Atea mot lagstiftningens intention och lagens systematik.

Av EU-domstolens dom i mål C-230/02 Grossmann Air Service framgår att EU-domstolen ansåg att det inte förelåg EU-rättsligt hinder för att en person enligt nationell rätt skulle anses sakna rätt att söka prövning av en upphandling, som han inte deltagit i p.g.a. att han inte haft möjlighet att tillhandahålla alla de tjänster som utgjorde föremålet för anbudsförfarandet. Upphandlingens anbudsförfarande innehöll således specifikationer som påstods vara diskriminerande. Det förelåg emellertid hinder för att söka prövning av dessa med hänsyn till att specifikationerna inte sökts prövade innan upphandlingsavtalet tilldelades.

Förvaltningsrätten gör inledningsvis följande bedömning. Det sökande bolaget har inte lämnat in anbud i kommunens upphandling utan endast varit underleverantör till en annan leverantör, som deltagit i anbudsgivningen. MacSupport har gjort gällande att kommunens upphandling har ändrats på ett sådant sätt att ny annonsering skulle ha skett. Det är därmed inte fråga om samma situation som i mål C-230/02 där sökanden ansåg sig felaktigt utestängd från en upphandling som denne önskade delta i. Det har i det aktuella målet gått en relativt kort tid från det att den påstådda ändringen genomfördes till dess att anbudstiden gick ut. Det finns i svensk lagstiftning inte någon regel som hindrar ett bolag från att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet därför att bolaget tidigare har haft möjlighet att ansöka om överprövning. Det kan enligt förvaltningsrättens uppfattning

i vart fall inte uppställas som generell princip att en leverantör ska vara skyldig att hålla sig informerad om vilka avtal som kan komma att ingås för att inte förlora sin talerätt.

Atea har dessutom anfört att förevarande situation ska jämföras med att kommunen har genomfört en förhandsinsyn och att bestämmelserna om förhandsinsyn därför ska tillämpas. Enligt 16 kap. 15 § LOU ska bestämmelserna om ogiltighet i 16 kap. 13 § LOU inte tillämpas om den upphandlande myndigheten genom förhandsinsyn har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn, dvs. tio dagar.

Härvid konstaterar förvaltningsrätten att kommunen i förevarande upphandling inte har genomfört en sådan förhandsinsyn som avses i LOU. Vidare anser förvaltningsrätten att det saknas skäl att åsidosätta de bestämmelser om ogiltighet som gäller på den grunden att situationen kan jämföras med en där förhandsinsyn faktiskt har genomförts.

Atea har vidare anfört att ogiltigförklaring inte kan ske om offentliggörande har skett eller påstått upphandlingsfel inte hindrat aktören från att lämna anbud. Mot bakgrund av vad som framgår av uppgifter från loggen från EU-supply som kommunen och Atea har fått tillgång till och inlämnat i målet har Atea gjort gällande att MacSupport har haft kännedom om förtydligandet men att MacSupport trots detta avstått från att lämna anbud.

Förvaltningsrätten anser att det inte heller av dessa av Atea anförda anledningar föreligger skäl att omöjliggöra en ogiltigförklaring av avtalet. Varken kommunen eller Atea har kunnat visa att MacSupport har tagit del av förtydligandet. Den omständigheten att en zip-fil innehållandes den ursprungliga annonsen har öppnats av företrädare för MacSupport efter det att förtydligandet lades ut på EU-supply innebär inte att MacSupport kan anses ha tagit del av förtydligandet. Dessutom saknar såväl aktuell lagstift-

ning som upphandlingens förfrågningsunderlag sådana preklusionsregler som Atea hävdar finns.

Atea har även invänt att MacSupport inte har talerätt eftersom det inte har haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen. Vidare har anförts att MacSupport inte heller har haft någon möjlighet att lämna anbud i upphandlingen och att det av den anledningen saknar sådant intresse av upphandlingen som berättigar till talerätt. MacSupport har härvid genmält att insikt inte har förelegat avseende förändringen i förfrågningsunderlaget och att det tvärtom vad Atea påstått hade lämnat anbud om de hade haft kännedom om den aktuella förändringen. MacSupport har efterfrågad bredd i sitt sortiment liksom det har möjlighet att anlita underleverantörer.

Förvaltningsrätten har ovan ansett det inte visat att MacSupport kände till förändringen i förfrågningsunderlaget. Vidare konstaterar förvaltningsrätten att det inte enligt aktuell nationell lagstiftning finns några bestämmelser som innebär att en aktör saknar talerätt om den har haft kännedom om ett upphandlingsfel innan avtalsspärrens utgång.

Vad gäller huruvida MacSupport inte skulle ha talerätt eftersom det inte kan anses vara en leverantör i lagens mening gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Rätt att begära överprövning enligt 16 kap. 4 § LOU har leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. För att talerätt ska föreligga krävs i första hand att den som ansöker om överprövning har ställning som leverantör i den mening som avses i LOU. Begreppet leverantör definieras i 2 kap. 11 § första stycket LOU som den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader. Leverantörsbegreppet är avsett att ha samma innebörd som begreppet ekonomisk aktör i direktiv 2004/18/EG. Ekonomisk aktör definieras i artikel 1.8 i det

nämnda direktivet som varje fysisk eller juridisk person som på marknaden erbjuder sig att tillhandahålla varor och tjänster.

Av definitionen följer att det inte har någon betydelse om den som anser sig vara leverantör har lämnat ett anbud i den aktuella upphandlingen eller inte. Begreppet leverantör har givits en vidsträckt innebörd och omfattar i princip alla fysiska eller juridiska personer så länge de erbjuder sig att tillhandahålla varor och tjänster på marknaden. Även uttrycket "marknaden" har tolkats i vid mening. Av EU-domstolens dom i mål C-305/08 CoNISMa framgår bl.a. att det inte krävs att den ekonomiska aktören är stadigvarande verksam på den aktuella marknaden.

Möjligheten till överprövning ska enligt EU-domstolen vara öppen för varje aktör som har eller har haft ett intresse av att få ett offentligt kontrakt (jfr EU-domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle).

Det krävs vidare inte att den som ingår ett avtal med en upphandlande myndighet direkt ska kunna utföra den avtalade prestationen med egna resurser för att anses vara ekonomisk aktör, utan det är tillräckligt att denne är i stånd att utföra den aktuella prestationen genom att lämna nödvändiga garantier härför (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-305/08 CoNISMa).

Enligt förvaltningsrätten innebär den gemenskapsrättsliga definitionen av "ekonomisk aktör" och EU-domstolens rättspraxis sammanfattningsvis att begreppet leverantör omfattar varje fysisk eller juridisk person som anser sig vara lämpad att och intresserad av att ensam eller tillsammans med underleverantörer säkerställa att kontraktet genomförs. Detta gäller oberoende av om denne är stadigvarande verksam på marknaden eller inte (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 27 april 32015i mål nr 2200-15).

MacSupport har förklarat att man har förmåga att tillhandahålla varor och tjänster på den för upphandlingen aktuella marknaden, både med sitt eget

produktsortiment men även genom möjligheten att anlita underleverantörer. Därtill har MacSupport anfört att det har deltagit i ett flertal upphandlingar av aktuell art tidigare. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta detta, utan anser att tillräckligt stöd föreligger för att anta att MacSupport kan utföra prestationen i den aktuella upphandlingen och att det har visat intresse av att tilldelas det aktuella kontraktet. MacSupport ska därför betraktas som leverantör i den mening som avses i LOU.

Förvaltningsrätten anser även att omständigheterna inte är sådana som var för handen i HFD 2013 ref. 53. MacSupport har, i motsats till bolaget i det avgörandet, kunnat klargöra hur det har lidit skada genom att kommunen har förändrat förfrågningsunderlaget på sätt som skett, vilket har gjort att MacSupport ansett sig förhindrat att lägga anbud.

Därmed föreligger talerätt för MacSupport.

Är talan väckt för sent?

Kommunen har också anfört att talan är väckt för sent, eftersom 30-dagarsfristen enligt 16 kap. 17 § andra stycket LOU inte har iakttagits. Enligt kommunens uppfattning börjar fristen att löpa så snart en leverantör har fått kännedom om såväl att avtal slutits som grunderna för tilldelningen. Även om MacSupport varken är anbudssökande eller anbudsgivare i upphandlingen bör bestämmelsen enligt kommunen av ändamålsskäl ges en vid tolkning så att MacSupports talan anses för sent väckt.

Förvaltningsrätten finner i konsekvens med tidigare bedömning i målet att ändamålsskäl inte i tillräcklig utsträckning talar för att MacSupport, som endast är angiven underentreprenör till en anbudsgivare, ska anses ha väckt talan för sent. MacSupport har inte varit adressat för det utsända tilldelningsbeslutet. Tidsfristen har därmed inte börjat löpa i förhållande till MacSupport. I övrigt framgår att MacSupport iakttagit sexmånadersfristen

enligt 16 kap. 17 § LOU för att ansöka om avtals ogiltighet. Talan är därmed inte väckt för sent.

Det har vidare anförts att det från MacSupports sida skulle ha funnits vetskap om att kommunen före sista anbudsdag infört optionen i förfrågningsunderlaget och att MacSupport därför har väckt talan för sent. Kommunen har härvid åberopat en e-postkorrespondens, där MacSupports representant angett att skolorna sannolikt kommer att köpa den senaste modellen Ipad. MacSupport har dock invänt att det åberopade e-postmeddelandet inte utvisar vetskap om kommunens förändring av förfrågningsunderlaget och har till stöd för sin inställning bifogat svar från Christer Kembler. Denne har i svaret bl.a. uppgett att omnämmandet av skolan var naturligt med hänsyn till hans ställning såsom ansvarig för avtal rörande leverans av Appledatorer till skolans verksamhet och projektledare med dagliga kontakter rörande denna verksamhet.

Förvaltningsrätten anser utifrån det aktuella e-postmeddelande och den förklaring som Christer Kembler har lämnat, att det inte framkommit att någon insikt förelegat hos MacSupport om förändringen i förfrågningsunderlaget.

Föreligger en otillåten direktupphandling av bärbara datorer?

Förvaltningsrätten ska därefter ta ställning till om det har skett en sådan förändring i upphandlingen att ny annonsering hade bort ske i TED, vilket skulle innebära att det av kommunen ingångna avtalet skulle utgöra en otillåten direktupphandling.

Enligt uttalande av EU-domstolen i mål C-278/01 Kommissionen mot Spanien ska anbuds- eller kontraktshandlingarna vid en offentlig upphandling vara upprättade på ett uttömmande sätt innan det offentliga upphandlingsförfarandet inleds, och de får inte ändras därefter (p. 53).

Det är ostridigt att det i förfrågningsunderlaget redovisats volymuppskattningar från den upphandlande myndigheten. Genom att införa en option i upphandlingen har det förväntade inköpet av datorer ökat med 555 procent. Kommunen har mot MacSupports talan invänt att det upphandlade avtalet är ett ramavtal och att det därmed ligger i sakens natur att den volym varor som ska levereras under avtalstiden är obestämd, varför kommunen har rätt att enligt avtalet under alla omständigheter köpa in det ökade antalet datorer.

Frågan är därför om kommunen genom att införa optionen gjort en väsentlig förändring i förutsättningarna för upphandlingen. Inledningsvis kan konstateras att den uppskattade volymen väsentligen har ändrats. De uppskattningar som görs av upphandlande myndigheter med anledning av en upphandling av ramavtal måste anses göras i syfte att hitta rätt anbudsgivare i upphandlingen. Upphandlingar där signal getts till marknaden om att en större volym förväntas levereras till myndigheten ger framför allt leverantörer med skalekonomiska fördelar möjlighet att lägga konkurrenskraftiga anbud. Att inom ramen för en upphandling göra väsentliga ändringar genom en kraftig ökning av den uppskattade levererade volymen kan därför ha en snedvridande effekt på konkurrensen. Uppskattning av leveransbehovet av datorer måste även, som påpekats av MacSupport, kunna göras med tämligen hög grad av exakthet. I målet är det fråga om en kraftig utvidgning av den från början uppskattade volymen. Därtill kommer att förändringen av den uppskattade volymen gjordes med anledning av att upphandlande myndighet avsåg att bredda upphandlingen av datorer till en ytterligare sektor, nämligen den kommunala skolverksamheten. Att erbjuda redan involverade anbudsgivare uppdraget var ett alternativ till att genomföra en ytterligare upphandling. Den förändrade volymuppskattningen är således inte någon följd av ett oväntat ökat behov av datorer utan är istället ett resultat av en väsentlig breddning av vilket slag av verksamhet upphandlingen ska tillgodose.

Förvaltningsrätten gör den sammantagna bedömningen att förändringen av volymuppskattningar tillsammans med att erbjuda en option utgjorde en sådan förändring av upphandlingen att en ny annonsering skulle ha skett i TED. Vad Atea i övrigt anfört om att avtalet inte ska ogiltighetsförklaras förändrar inte denna bedömning. Eftersom avtal ingicks utan föregående annonsering utgjorde detta en otillåten direktupphandling. Den omständigheten att förändringen publicerades under upphandlingens annonseringstid, cirka en månad före sista anbudsdag, föranleder ingen annan bedömning eftersom förutsättningarna ska anges uttömmande innan förfarandet inleds. Det ingångna ramavtalet är därför ogiltigt.

Föreligger en otillåten direktupphandling av surfplattor?

Förvaltningsrätten konstaterar att de Ipad, som gäller skolorna, avropats med stöd av det ifrågasatta ramavtalet. I det avtalet anges särskilt att surfplattor kan avropas. Eftersom skolornas Ipad avropats med stöd av ramavtalet och detta ingåtts såsom en otillåten direktupphandling, utgör även avropen av Ipad otillåten direktupphandling med hänsyn till det totala kontraktsvärdet, som uppskattats till ca 4 miljoner kr.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att inget framkommit som förhindrar en ogiltigförklaring av avtalet, att MacSupport har talerätt i målet och att MacSupport inkommit med ansökan i rätt tid. Förvaltningsrätten finner vidare att kommunen genom att införa optionen i avtalet gjorde en sådan förändring i upphandlingen att den borde ha annonserats på nytt. Genom att ingå avtal utan föregående annonsering har kommunen genomfört en otillåten direktupphandling. MacSupports ansökan ska därför bifallas och det ingångna ramavtalet förklaras ogiltigt.

Eftersom ramavtalet ska förklaras ogiltigt, utgör även avropen av surfplattor en otillåten direktupphandling. Även kommunens köp av sådana datorer ska därför förklaras ogiltigt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU)

Klas Innerstedt
rådman

Målet har handlagts av Maria Davidsson.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.