



SÖKANDE

Tunstall AB, 556135-1197
Box 9028
200 39 Malmö

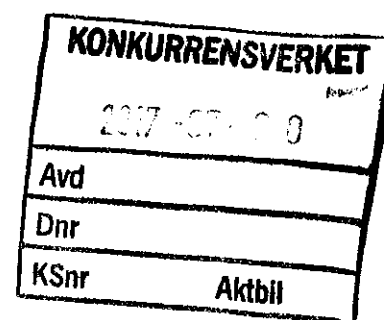
Ombud: Sven Vaxenbäck och Jur.kand. Mattias Forsberg
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Region Gotland
Socialnämnden
621 81 Visby

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Region Gotlands yrkande om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten bifaller Tunstall AB:s ansökan om överprövning och beslutar att Region Gotlands upphandling benämnd Trygghetssystem SÄBO, dnr SF 2016-76, ska göras om.

BAKGRUND

Region Gotland upphandlar ett avtal för avrop av köp, installation, service och support samt utbildning på trygghetssystem till särskilda boenden inom äldreomsorgen genom öppet förfarande enligt bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Beslut om tilldelning meddelades den 24 januari 2017 och kontrakt tilldelades annan leverantör än sökanden.

YRKANDEN M.M.

Tunstall AB (Tunstall) yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Tunstall anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

För det första överstiger avtalstiden i upphandlingen den längsta tillåtna avtalstiden för ramavtal. För det andra har regionen tillämpat en utvärderingsmodell som varit i strid med principerna om transparens och likabehandling. Var och en av dessa grunder har orsakat skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU, dels för Tunstall som enskild anbudsgivare, dels för andra faktiska och potentiella anbudsgivare och därigenom även skadat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen. Skäl föreligger således för förvaltningsrätten att förordna att upphandlingen ska göras om i enlighet med Tunstalls yrkande.

Mot bakgrund av vad som framgår av upphandlingsdokumentets punkter 1.1.2.1, 4.2.3, 4.2.4. och 4.6.1. står det klart att avtalet i upphandlingen de facto är ett ramavtal. Det ställs inte några krav i LOU på att den upphandlande myndigheten måste ha handlat med uppsåt eller vårdslöshet för att ett avtal ska anses utgöra ett ramavtal. Ett systembyte medför inte några särskilda säkerhetsrisker. Ansvaret för systemet övergår från den gamla till den nya leverantören i samband med bytet. Region Gotland får den säkerhets-

nivå som Region Gotland ställer krav på i upphandlingen. Det förhållandet att personal behöver utbildas vid ett systembyte, har Region Gotland att räkna med. Det är en självklarhet och inget som Region Gotland kan åberopa för att slippa följa LOU:s krav på maximal avtalstid och ny konkurrensutsättning. Utbildning i det nya systemet är för övrigt något som den nya leverantören tillser blir gjort.

Hela syftet med reglerna om konkurrensutsättning och förbudet mot långa avtalstider i LOU är att ge upphandlande myndigheter bättre ekonomi genom att inte skapa monopolsituationer under långa tidsperioder. Administrativa skäl utgör inte godtagbara skäl för att slippa följa LOU. Vad gäller hantering av reservdelar, kommer denna att förbli densamma alldeles oavsett vilken leverantör som Region Gotland har avtal med. Om Region Gotland är missnöjd med den hantering som gäller i nuläget, är Region Gotland fri att ställa krav på reservdelshantering i sina upphandlingar.

Genom att upphandla ett ramavtal med en potentiell avtalstid om åtta år begränsar Region Gotland konkurrensen på den aktuella marknaden på ett otillbörligt sätt genom att det förhindrar att en förnyad konkurrensutsättning av ramavtalet görs efter fyra år såsom LOU och det bakomliggande EU-direktivet om offentlig upphandling ställer krav på. Tunstall och andra faktiska och potentiella anbudsgivare i Upphandlingen har därmed lidit, eller riskerar därmed att lida, skada på det sätt som menas i 16 kap. 6 § LOU.

Region Gotland bestrider bifall till ansökan och yrkar reservationsvis att förvaltningsrätten låter inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen på temat om direktiven ska tolkas så att en leverantör fritt får framställa invändningar närhelst under upphandlingsförfarandet eller om ett skyndsamhetskrav gäller. Region Gotland anför bl.a. följande. Kontraktsform liksom utvärderingsmodell har varit känd genom annonseringen av förfrågningsunderlaget under upphandlingen har Tunstall ställt flera frågor. Tunstall har dock först efter tilldelningsbeslutet ifrågasatt kontraktsformen och utvärde-

ringsmodellen. Tunstall har därmed inte visat erforderlig omsorg om att påtala brister under tidigare skede av upphandlingen. Tilldelningsbeslutet kan därför inte i sig vara en åtgärd som innebär en skada i LOU:s mening för Tunstall (jfr HFD 2013 ref. 53). Kontraktet syftar inte till att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt. Nämndens avsikt är att ingå ett kontrakt om leveranser. Ett kontrakt om leveranser till samtliga 15 äldreboenden fördelat över kontraktstiden. Den exakta ordningen och takten i leveranserna kan dock inte fullständigt bestämmas i förväg, eftersom den är beroende av ekonomiskt utrymme och leverantörens kapacitet. Därför planeras att beställa till ett boende i taget. Nämnden vidhåller således att det upphandlande kontraktet inte är ett ramavtal i LOU:s mening.

Nämnden vidhåller att den inte haft för avsikt att upphandla ett ramavtal. Omfattningen avser fjorton boenden på åtta år. Upphandlingskontraktet är bindande och inte beroende på senare dispositioner för bundenhet. Att det inte redan nu finns en låst leveransplan för minsta spik och skruv kan inte innebära att det blir fråga om ett ramavtal i LOU:s mening. Skulle rätten ändå finna att det är fråga om ett ramavtal, kan följande noteras. Omfattningen är klar och avgränsad. Personal, t.ex. i personalpoolen, tjänstgör växelvis i de särskilda boendena. Samma trygghetssystem i boendena minskar risken för handhavandefel av personalen. Därmed minskar även risken för att någon brukare kommer till skada. Det skulle leda till orimliga kostnader i form av hantering av säkerhetsrisker och svårigheter att utbilda personalen vid frekventa systembyten. Till detta kan läggas ekonomiska och administrativa fördelar som rationell drift av systemet och hantering av reservdelar. Vid sådant förhållande föreligger det särskilda skäl för en kontraktstid om fyra plus fyra år.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) 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.

I 1 kap. 9 § LOU anges de allmänna principerna för en offentlig upphandling. Till dessa hör principerna om likabehandling och proportionalitet. De ska iakttas vid varje beslut som fattas och inför varje åtgärd som vidtas i alla faser av en upphandling.

Med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod (2 kap 15 § LOU).

Enligt 16 kap. 2 § LOU första stycket ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, 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 lidit eller kan komma att lida skada.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Förvaltningsrättens avgörande

Förvaltningsrätten anser att det saknas skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen och detta yrkande ska därför avslås.

Som Tunstall framhållit finns det ingen särskild preklusionsfrist för att ansöka om överprövning avseende förfrågningsunderlaget i en upphandling. Det faktum att Tunstall lämnat anbud, och inte framfört invändningar avseende kontraktsformen och utvärderingsmodellen eller ansökt om överprövning under anbudstiden, har därmed inte betagit bolaget talerätt.

Frågan i målet är om aktuell upphandling av avtal är att betrakta som ett ramavtal och, om så är fallet, det föreligger sådana särskilda skäl som medför att avtalstiden kan bli längre än fyra år.

I punkt 1.1.2.1 i upphandlingsdokumentet anges att regionen upphandlar ett avtal *för avrop* av köp, installation, service och support av samt utbildning på trygghetssystem till särskilda boenden inom äldre omsorgen.

I punkt 4.2.3 i upphandlingsdokumentet anges att upphandlingen avser att skapa ett avtal där socialförvaltningen *löpande avropar* trygghetssystem till såväl befintliga som nya äldreboenden. Avropen kommer att omfatta ny hård- och mjukvara inklusive installation samt service och supportavtal gällande systemets beräknade livslängd.

Enligt punkt 4.2.4 i upphandlingsdokumentet är målet att under avtalstiden byta ut trygghetssystemen vid samtliga särskilda boenden. En exakt utrullningsplan för alla dessa finns inte idag men regionen har dock för avsikt att under avtalets första tre år genomföra utbytet på åtminstone sex särskilt utpekade enheter. I vilken takt avrop därefter kommer att ske har inte angetts närmare, men s.k. utrullning kommer att vara beroende av såväl leverantörens kapacitet som socialförvaltningens ekonomiska utrymme.

Därutöver anges under punkt 4.6.1 i upphandlingsdokumentet att Regionen kommer att beställa nyinstallation av trygghetslarm enhetsvis, dvs. för varje enskilda särskilt boende separat. Leverantören ska därefter inom viss tid presentera bl.a. projektplan, involverade resurser och tidplan för implementering och realisering av trygghetssystemet för det specifika boendet.

Förvaltningsrätten anser således att det rör sig om löpande och successiva avrop under avtalstiden till ett stort antal boenden. Avrop kommer att ske i den takt som parterna har kapacitet och utrymme till, och kommer att avse enskilda boenden var för sig. Det är inte klart på hur många boenden som uppdraget sammanlagt ska utföras eller när detta ska ske i tid. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av det sagda att avtalet är att betrakta som ett ramavtal, vilket medför att 5 kap. LOU är tillämpligt.

Frågan här efter är om det föreligger sådana särskilda skäl som medför att avtalstiden kan tecknas för längre tid än fyra år. Den aktuella avtalstiden är fyra år, med möjlighet till förlängning avtalet med totalt fyra år. Den totala avtalstiden uppgår därmed till maximalt åtta år.

Ett ramavtal får enligt 5 kap. 3 § LOU löpa under längre tid än fyra år endast om det finns *särskilda skäl*. Bedömningen av om det föreligger särskilda skäl ska göras utifrån vad som framgår av artikel 32.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (direktivet) och den svenska lagens förarbeten samt eventuella kommentarer och praxis på området. I artikel 32.2 fjärde och femte styckena i direktivet anges följande. Ett ramavtal får inte löpa längre än fyra år, utom i *vederbörligen styrkta undantagsfall*, särskilt genom föremålet för ramavtalet. En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns särskilda skäl för att tillämpa en längre ramavtalstid än fyra år.

Region Gotland har bl.a. hänvisat till att omfattningen är klar och avgränsad. Personal, t.ex. i personalpoolen, tjänstgör växelvis i de särskilda boendena. Samma trygghetssystem i boendena minskar risken för handhavandefel av personalen. Därmed minskar även risken för att någon brukare kommer till skada. Det skulle leda till orimliga kostnader i form av hantering av säkerhetsrisker och svårigheter att utbilda personalen vid frekventa systembyten. Till detta kan läggas ekonomiska och administrativa fördelar som rationell drift av systemet och hantering av reservdelar.

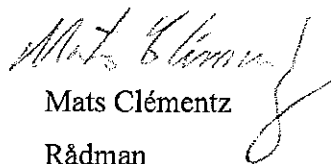
Särskilda skäl enligt 5 kap. 3 § LOU kan föreligga i exempelvis följande typiska situationer. Ramavtalet avser ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som upphör när det avslutas (Upphandlingsutredningen 2004:s delbetänkande *Nya upphandlingsregler* (SOU 2005:22, del 2, s. 279)). Avtalet förutsätter orimligt höga omställningskostnader eller orimliga tekniska svårigheter vid leverantörsbyte, se NOU Info 96, punkt 17.2. Föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka ska betala sig under avtalstiden (jämför prop. 2006/07:128 s. 334 och t.ex. Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2011, andra upplagan, s. 211). Samma exempel ger EU-kommissionen i sitt tolkningsmeddelande avseende ramavtal inom klassisk sektor (CC/2005/03_rev 1 of 14.7.2005 s. 5). Av dessa exempel framgår att det ska finnas ett samband mellan behovet av en längre ramavtalstid än fyra år och kontraktsföremålet.

Mot bakgrund av det nyss nämnda anser förvaltningsrätten att Region Gotland inte har visat att det finns särskilda skäl för att tillämpa en längre avtalstid än fyra år. Ramavtalets avtalstid överstiger således vad som är tillåtet enligt 5 kap. 3 § LOU.

Förvaltningsrätten anser också att den längre avtalstiden kan komma att begränsa konkurrensen på den aktuella marknaden på ett otillbörligt sätt och att sökanden härigenom kan komma att lida skada. Det föreligger därför skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska den aktuella upphandlingen göras om. Redan på denna grund ska överklagandet bifallas och skäl saknas att närmare gå in på sökandes övriga invändningar. Överklagandet ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Mats Clémentz
Rådman

Charlotta Aggevall har föredragit målet.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.