



**SÖKANDE**

Arthrex Sverige AB, 556659-3868  
Textilgatan 43  
120 30 Stockholm

Ombud: Advokat Mikael Dubois och biträdande jurist Martina Sterner  
Hamilton Advokatbyrå KB  
Box 715  
101 33 Stockholm

**MOTPART**

Västerbottens läns landsting  
901 89 Umeå

**SAKEN**

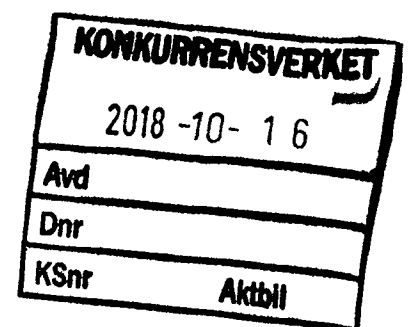
Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

---



### BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västerbottens läns landsting (landstinget) genomför en upphandling av Artroskopiutrustning (dnr VLL 12-2018). Vid upphandlingen används öppet förfarande.

Arthrex Sverige AB (Arthrex) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

### PARTERNAS ANFÖRANDEN

**Arthrex** anför bl.a. följande.

Landstinget inbjöd genom annons daterad den 26 januari 2018 leverantörer att inkomma med anbud i upphandlingen. Upphandlingen omfattar dels ett avtal för artroskopistaplar, dels ett avtal för leverans av förbrukningsmaterial, tillbehör och reservdelar till artroskopistaplarna, se punkt II.1.4 i annonsen.

Det första avtalet (Avtal 1) är i upphandlingsdokumenten benämnt ramavtal medan det andra (Avtal 2) är benämnt leveransavtal.

Upphandlingen avser dock två ramavtal, varav det ena (det avseende förbrukningsmaterial m.m.) har en maximal avtalstid om elva år. Då ett ramavtal endast får överstiga fyra år om det finns särskilda skäl, och då sådana skäl inte finns, har landstinget agerat i strid med 7 kap. 2 § LOU.

Omständigheter som är av relevans vid bedömningen av om ett avtal är ett ramavtal eller ej är om volymer garanteras och om avtalet innehåller en avropsmekanism. Avtal 2 garanterar inte några volymer och innehåller en avropsmekanism. Avtal 1, som ostridigt är ett ramavtal, och Avtal 2 har iden-

tiska bestämmelser avseende bl.a. frånvaro av volymgaranti och avropsbestämmelser.

Vad landstinget anför om att Avtal 2 är ”avgränsat till att omfatta endast de utrustningar som levereras inom [Avtal 1]” säger ingenting om vilka volymer som kommer att avropas från Avtal 2, utan endast att förbrukningsartiklar m.m. som avropas ska användas till de artroskopistaplar som avropas från Avtal 1. Avtal 1 och Avtal 2 har inte några fastställda volymer. Avtal 2 kan således resultera i såväl inget avrop alls som i ett mycket stort antal avrop.

Landstinget anför vidare att ”volym garanteras indirekt i och med att förbrukningsmaterial m.m. krävs i viss omfattning för varje levererad utrustning. Avtalet avser därmed en faktisk anskaffning, vilket också är kännetecknande för ett leveransavtal.” Arthrex ifrågasätter inte att ett vanligt kontrakt avser en faktisk anskaffning. En ej fastställd ”indirekt garanterad volym” kan dock inte likställas med en konkret ”faktisk anskaffning”. Ingenting ska ju levereras i och med att Avtal 2 undertecknas. Den ”faktiska anskaffningen” sker således först när en beställning/avrop sker baserat på Avtal 2.

Artiklarna avropas från Avtal 2, inte Avtal 1. De leveransavtal som landstinget anser uppkommer ”till varje levererad artroskopiutrustning” är alltså de avrop som görs från Avtal 2 beträffande förbrukningsmaterial m.m.

Vidare är den föregående upphandlingens avtalsutkast relevant för bedömningen av frågan om Avtal 2 utgör ett ramavtal. Detta då avtalsutkastet är ett ramavtal som är identiskt avseende frånvaro av volymgaranti och avropsmekanism jämfört med Avtal 1 och Avtal 2. Det enda som i nu aktuellt hänseende har ändrats i Avtal 2 – jämfört med den föregående upphandlingens avtalsutkast, som helt ostridigt var ett ramavtal - är rubriceringen av Avtal 2

som ett "leveransavtal". Dessa omständigheter finner Arthrex påfallande och talar för att landstinget självt finner att Avtal 2 lämpar sig bäst som ett ramavtal.

*Särskilda skäl*

Särskilda skäl för en längre ramavtalstid än fyra år föreligger endast i vederbörligen motiverade undantagsfall (jfr skäl 62, andra stycket, i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (direktivet). Det ställs således mycket höga krav för att en längre ramavtalstid än fyra år ska vara tillåten, vilket också bekräftas av den restriktiva praxis från kammarrätterna som finns i denna fråga.

I förevarande fall har landstinget uppenbarligen inte ansett att det är nödvändigt att ha en avtalstid som överstiger fyra år, eftersom den initiala avtalstiden för Avtal 2 är just fyra år. Arthrex anser därför att avtalstiden för Avtal 2 tydligt visar att det inte är fråga om ett sådant vederbörligen motiverat undantagsfall som krävs. Arthrex vill också understryka att, såvitt Arthrex erfar, i samtliga fall där en domstol ansett att det förelegat särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år, har den ursprungliga avtalstiden varit längre än fyra år.

Vad som sägs i första stycket i skäl 62 i direktivet är att en utrustnings ekonomiska livslängd kan motivera att ett avropsavtal från ett ramavtal överstiger fyra år. Det anges överhuvudtaget inte i direktivet att sådana omständigheter skulle utgöra särskilda skäl för en ramavtalstid överstigande fyra år. Vad som utgör sådana särskilda skäl behandlas i andra stycket i skäl 62. Arthrex vill också understryka att landstinget inte angett något som helst rättsligt stöd för att utrustningens ekonomiska livslängd skulle utgöra särskilda skäl enligt 7 kap. 2 § LOU, och landstinget har således inte uppfyllt sin bevisbörda i detta avseende.

Även om det skulle föreligga särskilda skäl för en ramavtalstid om maximalt elva år vill Arthrex uppmärksamma att landstinget inte i enlighet med artikel 49 och Bilaga V, del C, punkten 10 i direktivet har angett dessa skäl i anonsen. Landstinget har således brutit mot LOU även om det som anförs – mot förmodan – skulle anses utgöra särskilda skäl för en ramavtalstid längre än fyra år.

#### *Skada*

Arthrex har lidit skada, eller riskerar åtminstone att lida skada, i den mening som avses i 20 kap. 6 § första stycket LOU.

**Landstinget** anför bl.a. följande.

Upphandlingen avser dels ett ramavtal på artroskopiutrustning och dels ett leveransavtal (avtalet) på förbrukningsmaterial, tillbehör och reservdelar till nyss nämnda utrustningar. Att ramavtalet och leveransavtalet i den aktuella upphandlingen har liknande skrivningar är irrelevant för bedömningen av huruvida avtalet är ett ram- eller leveransavtal. Ett avtals karaktär ska bedömas utifrån de aktuella förutsättningarna i det enskilda avtalet utifrån det avtalade föremålet. Vidare ska bedömningen i det här aktuella fallet göras enbart utifrån de förutsättningar som gäller för den nu aktuella upphandlingen oaktat tidigare upphandlingar.

För det första kan konstateras att leveransavtalets punkt 4 stadgar att avtalet omfattar ”tillbehör, förbrukningsmaterial och reservdelar till av leverantören levererade artroskopistaplar”. Avtalets omfattning är således avgränsad på så sätt att det tillhör de utrustningar som levereras inom ramavtalet. Vad gäller ramavtalet specificeras också i leveransavtalets punkt 5 att avtalstiden på leveransavtalet är ”längst sju (7) år från landstingets övertagande av den sista utrustningen enligt artroskopiutrustningsavtalet med samma diarie-nummer och parter”. Detta markerar sammantaget en avgränsning av avtalets omfattning. Landstinget anser att denna avgränsning talar för att avtalet

är ett leveransavtal tillhörande det ramavtal som avser artroskopiutrustningar. Förbrukningsmaterialet i upphandlingen är utvärderat som volym per månad per utrustning under 84 månaders tid, vilket motsvarar den sju år ekonomiska livslängden för en avropad utrustning och det framgår således klart och tydligt av leveransavtalet i vilken omfattning leverans kommer att ske. Att ingen volym garanteras och att avtalet möjliggör separata beställningar ska därmed inte ses isolerat från upphandlingen och övriga skrivningar i avtalet och medför inte att avtalet automatiskt ska ses som ett ramavtal. Sammanfattningsvis stadgar leveransavtalet ett åtagande om leverans av de artiklar som framgår av avtalet, dvs. förbrukningsmaterial m.m. i den omfattning som krävs för att de levererade artroskopiutrustningarna ska kunna användas. Avtalet avser därmed en faktisk anskaffning, vilket är kännetecknande för ett leveransavtal (prop. 2015/16:195 s. 514).

Vad gäller avtalstiden för ett leveransavtal anger förarbetena till LOU att vad som är en acceptabel löptid får avgöras vid en proportionalitetsbedömning i förhållande till vad det är som anskaffas. Syftet med leveransavtalet i nu aktuell upphandling är att säkerställa behovet av förbrukningsmaterial m.m. under de levererade utrustningarnas ekonomiska livslängd för att överhuvudtaget kunna använda dessa utrustningar.

Av den omständigheten att leveransavtalet är avgränsat till endast de levererade artroskopiutrustningarna följer att situationen kan ses som att leveransavtalet grundas på ramavtalet. I praktiken uppstår ett leveransavtal till varje levererad artroskopiutrustning. För leveransavtal finns inte någon bestämmelse i LOU om hur lång löptiden får vara. Skäl 62 i direktivet anger att det bör vara tillåtet att fastställa löptiden för leveransavtalet med beaktande av faktorer såsom den tid som behövs för deras fullgörande, när underhåll av utrustning med en uppskattad ekonomisk livslängd på mer än fyra år ingår eller när det behövs omfattande utbildning av personal för att fullgöra kontraktet.

*Särskilda skäl*

För det fall förvaltningsrätten skulle komma fram till att avtalet är ett ramavtal anføres följande. Enligt 7 kap. 2 § LOU får ett ramavtal ha längre avtalstid än fyra år om det finns särskilda skäl. Skälen för en längre avtalstid ska enligt förarbetena vara hänförliga till föremålet för upphandlingen. I den aktuella upphandlingen är syftet med leveransavtalet att säkerställa tillgång till förbrukningsmaterial, tillbehör och reservdelar för att kunna använda de levererade artroskopiutrustningarna under utrustningarnas sju år långa ekonomiska livslängd. Om kontinuerlig leverans av förbrukningsmaterial m.m. inte kan säkerställas äventyras patientsäkerheten då dessa artiklar är systembundna och endast kan tillhandahållas av den leverantör som levererat utrustningarna. Av samma anledning är det även tekniskt omöjligt att byta leverantör för förbrukningsmaterial m.m. Om förbrukningsmaterial m.m. inte längre kan säkerställas efter fyra år, leder det till att artroskopiutrustningarna inte går att använda redan efter fyra år trots att de har en ekonomisk livslängd på sju år.

I doktrin anses det vara godtagbart med en längre avtalstid än fyra år om ett leverantörsbyte skulle leda till orimliga tekniska svårigheter (Rosén Andersson, Helena, m.fl., Lagen om offentlig upphandling - en kommentar, upplaga 2, Norstedts Juridik, 2015, s. 299), vilket landstinget anser vara direkt jämförbart med den situation som redogjorts för ovan och som skulle drabba landstinget om avtalet inte får vara längre än fyra år. Det finns därmed ett klart och tydligt samband mellan behovet av en längre avtalstid och föremålet för upphandlingen. Avtalstiden medför inte heller att avtalet kommer att användas på ett otillbörligt sätt eller att det är konkurrensbegränsande då ingen annan leverantör än den som levererar artroskopiutrustningarna kan konkurrera om att få leverera de systembundna artiklarna. Särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år enligt 7 kap. 2 § LOU föreligger därmed.

För det fall att förvaltningsrätten skulle komma fram till att avtalet är ett ramavtal, att särskilda skäl föreligger för en längre avtalstid än fyra år och att landstinget därför ska annonsera i enlighet med direktivets artikel 49, bilaga V, del C, punkt 10 anför följande. I beskrivningen av upphandlingen i annonsen anges: "Västerbottens läns landsting har för avsikt att upphandla ett ramavtal på upp till totalt fyra (4) år för artroskopistaplar hela och i delar samt ett leveransavtal på fyra (4) + sju (7) år på tillbehör och förbrukningsmaterial med samma leverantör." Av upphandlingsdokumentens krav 10.1 framgår att leverantör ska tillhandahålla förbrukningsmaterial m.m. för att utrustningen ska fungera för sitt ändamål. Det framgår således tydligt att avsikten är att upphandla ett avtal på förbrukningsmaterial m.m. med samma leverantör för att upprätthålla funktionen och säkerställa ändamålet med artroskopiutrustningarna. För det fall att förvaltningsrätten finner att landstinget brutit mot ovan nämnda bestämmelse i detta avseende, har Arthrex inte lidit eller riskerat att lida skada av det. Arthrex har med lätthet kunnat bilda sig en uppfattning om villkoren i upphandlingen eftersom de framgår i enlighet med det ovan anförda.

#### *Skada till följd av avtalstiden*

På grund av systembundenheten kan någon skada för Arthrex inte ha uppkommit eller riskerat att uppkomma, då bolaget ändå inte skulle ha kunnat leverera de artiklar som leveransavtalet omfattar. Arthrex kan därför inte sägas ha blivit utestängda från att leverera dessa artiklar.

#### **TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER**

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. (4 kap. 1 § LOU)



Med ramavtal avses ett avtal som ingås med 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. (1 kap. 20 § LOU)

Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. (7 kap. 2 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. (20 kap. 6 § LOU)

#### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att upphandlingsdokumenten i aktuell upphandling innehåller två avtalsmallar. Den ena avser artroskopistaplar och benämns ramavtal, den andra avser förbrukningsmaterial, tillbehör och reservdelar till artroskopistaplarna och benämns leveransavtal.

Arthrex menar att även det avtal som benämns leveransavtal utgör ramavtal varmed bestämmelsen i 7 kap. 2 § LOU blir tillämplig samt att särskilda skäl enligt den bestämmelsen inte föreligger.

Den första frågan i målet blir då om även det avtal som benämns leveransavtal är att betrakta som ramavtal.

I avtalsmallen anges bl.a. följande.

#### *4 Kontraktets omfattning*

Leverantören åtar sig att leverera i enlighet och omfattning med de villkor som anges i detta kontrakt och de underlag som legat till grund för upphandlingen samt enligt de villkor som framgår av antaget anbud.

Kontraktet omfattar tillbehör, förbrukningsmaterial och reservdelar till av leverantören levererade artroskopistaplar.

#### Volym

Landstinget garanterar inte en viss volym eller ett visst värde under kontraktstiden. Eventuellt angivna volymer är uppskattade behov. Skulle omfattningen enligt detta kontrakt understiga alternativt överstiga uppskattade volymer, ska detta inte betraktas som kontraktsbrott från landstingets sida utan leverantören är skyldig att leverera i enlighet med det verkliga behovet.

#### *5 Kontraktstid*

Avtalet gäller fyra (4) år från avtalstecknande med möjlighet till förlängning för landstinget med upp till sju (7) år i av landstinget valbara perioder men dock längst sju (7) år från landstingets övertagande av den sista utrustningen enligt artroskopiutrustningsavtalet med samma diarienummer och parter.

Avtalet kan komma att förlängas eller hävas i av landstinget valbara delar.

#### *11 Avropsordning*

Beställande enhet lägger skriftliga avrop för varje enskild leverans till leverantör.

Förvaltningsrätten noterar att en karakteristisk egenskap för ramavtal är att volymen av det som ska köpas in inte regleras i avtalet. Det kan konstateras att det aktuella avtalet inte garanterar några volymer och även att det innehåller en avropsmekanism. Den omständigheten att förbrukningsartiklar m.m. som köps in ska användas till de artroskopistaplar som avropas medför inte på något sätt att volymer fastställs eftersom även avtalet avseende artroskopistaplar saknar fastställda volymer. På grund av det anförda finner för-

valtningsrätten att avtalet avseende förbrukningsartiklar m.m. måste ses som ett ramavtal.

Av punkten 5 i avtalsmallen framgår att avtalstiden kan komma att uppgå till maximalt elva år. Ramavtal får enligt 7 kap. 2 § LOU löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Bestämmelsen motsvarar artikel 33.1 tredje stycket i direktivet där det anges att ett ramavtal inte får löpa längre än fyra år, utom i undantagsfall som vederbörligen motiverats, särskilt genom föremålet för ramavtalet.

I skäl 62 andra stycket i direktivet anges följande:


Det bör också klargöras att det kan finnas undantagsfall i vilka löptiden för själva ramavtalen bör få fastställas till mer än fyra år. Dessa fall, som bör vara vederbörligen motiverade framför allt av föremålet för ramavtalet, kan uppstå exempelvis när ekonomiska aktörer måste förfoga över utrustning för vilken avskrivningstiden är längre än fyra år och som måste vara tillgänglig när som helst under ramavtalets hela löptid.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga, samt till föremålet för ramavtalet hänförliga, skäl för att tillämpa bestämmelsen. Oaktat vad som anförts av Arthrex anser förvaltningsrätten att det som landstinget har anført i målet i denna del – främst vikten av att säkerställa tillgång till förbrukningsmaterial m.m. för att kunna använda levererade artroskopiutrustningar under utrustningarnas sju år långa ekonomiska livslängd - sammantaget är tillräckligt för att utgöra särskilda skäl enligt 7 kap. 2 § LOU.

Enligt direktivet ska i meddelande om upphandling anges planerad längd på ramavtal och, i förekommande fall, uppgift om skälen till en eventuell längd på mer än fyra år. Oaktat om annonsen om upphandling brister avseende angivande av sådana skäl kan Arthrex, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada till följd därav.

På grund av det anförda, och då inte vad som i övrigt anförts av Arthrex medför att förfarandet vid upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna, ska ansökan avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05)



Björn Johansson  
Lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



## Hur man överklagar

FR-05

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

### 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.

#### Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, 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.

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

### 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](http://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.