



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2017-10-31

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (11)

Mål nr

21740-17

SÖKANDE

Prenax AB, 556540-7474

Ombud: Fredrik Petersson

Box 1080

164 25 Kista

MOTPART

Sveriges Radio Förvaltnings AB, 556023-4030

Ombud: Bolagsjurist Katarina Aurell Tham

Sveriges Radio Förvaltnings AB

105 10 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Prenax AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 904854

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag-fredag
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		08:00-16:30
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND

Sveriges Radio Förvaltnings AB (SRF) genomför en samordnad upphandling (dnr UH-2017-5) av löpande prenumerationstjänster för Sveriges Radio Förvaltnings AB, Sveriges Television AB, Sveriges Utbildningsradio AB och Sveriges Radio AB (programbolagen). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Som tilldelningsgrund tillämpas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till bästa förhållande mellan pris och kvalitet. I tilldelningsbeslut den 12 september 2017 antog SRF ett annat anbud än det från Prenax AB.

YRKANDEN M.M.

Prenax AB (Prenax) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Eftersom det egentligen är fråga om ett ramavtal, samt då det saknas särskilda skäl att låta avtalstiden löpa längre än lagstadgade fyra år, strider avtalet i första hand mot 7 kap. 2 § LOU. Av avtalsmallen framgår förvisso inte uttryckligen att det är fråga om ett ramavtal. Av upphandlingsdokumenten framgår dock att upphandlingen omfattar en fullständig prenumerationstjänst avseende svensk och utländsk dag- och fackpress samt att avtal ska tecknas för en period om 24 månader och därefter förlängas automatiskt 12 månader i taget i maximalt 72 månader samt att programbolagen inte garanterar några volymer under avtalsperioden. I upphandlingsdokumentet *Utvärderingsmodell* anges att pris ska lämnas för en enhet av respektive slag och av tillhörande prisbilaga framgår utvärderingen baseras en sammanlagd prisuppgift avseende samtliga prenumerationer. Programbolagen efterfrågar alltså à-priser baserade på avrop av enskilda produkter. Utvärderingen bygger således på antaganden, eftersom faktisk volym och omfattning av uppdraget inte är fastställt i avtalet. Att fyra programbolag upphandlar tjänsterna tillsammans talar vidare för att det är fråga om ett

ramavtal eftersom bolagen sannolikt har olika behov av olika volymer vid olika tidpunkter, vilket inte kan förutses på förhand. Av EU-rättspraxis står klart att det är avtalets faktiska funktion som avgör hur det ska tolkas, inte dess benämning. Programbolagen bär bevisbördan för att det föreligger tillräckliga skäl att gå utöver den fastställda tidsbegränsningen i 7 kap. 2 § LOU. I förevarande fall föreligger varken fråga om ett avgränsat projekt eller en upphandling som medför så stora investeringar för leverantörerna att avtalstiden måste överstiga fyra år.

I andra hand, för det fall att förvaltningsrätten inte anser att det är fråga om ett ramavtal, strider den aktuella avtalstiden om sex år mot proportionalitetsprincipen och LOUs bakomliggande syften. Detta med hänsyn till att avtalstidens oskäligen långa längd innebär att marknaden stängs för konkurrens under onödigt lång tid. Regeln om ramavtalstid bör fungera som ett riktmärke även för andra avtalstyper. Upphandlingen rör inte ett tillfälligt projekt eller en tjänst som är naturligt begränsad i tid. Av branschpraxis framgår att normal avtalstid är fyra år.

Till följd av den långa avtalstiden lider bolaget skada genom att utestängas från möjligheten till leverans under sex år istället för fyra år eller kortare tid.

SRF bestrider Prenax yrkanden och begär att ansökan avslås. Till stöd för sin inställning anføres bl.a. följande. Avtalet utgör ett tjänstekontrakt varför 7 kap. 2 § LOU inte är tillämplig vilket tydligt framgår av upphandlingsdokumenten. Kontraktet ska täcka programbolagens totala behov av en prenumerationstjänst vilken tillhandahålls löpande under hela den tidsbegränsade avtalsperioden. Avtalet innehåller samtliga detaljerade villkor för leverantörens tillhandahållande och programbolagens faktiska köp av tjänsten ifråga. Det förekommer inte några skrivningar om avrop och avtalsvillkoren är inte beroende av ytterligare åtgärder från programbolagens sida. Att tjänsten består av tillhandahållande av prenumerationer

vars exakta antal av naturliga skäl kan variera under avtalsperioden medför inte att det är fråga om ett ramavtal. Någon exakt volym kan inte garanteras eftersom detta är beroende av det specifika antalet prenumerationer som beställs och tecknas av respektive programbolag varje år. Den faktiska volymen och omfattningen av uppdraget är bestämd och en uppskattad årsvolym om 6 miljoner kr har fastställts. Upphandlingen omfattar således en bestämd kvantitet av tjänster med exakta villkor för tillhandahållandet vilket framgår av avtalet. SRF har medvetet valt att inte genomföra en ramavtalsupphandling eftersom det faktiska behovet är känt samt då programbolagen har ett löpande behov av prenumerationstjänster. Samma prenumerationstjänst tillhandahålls bolagen år efter år utan behov av avrop. Det bestrids vidare att utvärderingen av priset skulle medföra att det är fråga om en ramavtalsupphandling. I punkt 5.1 *Skallkravsbilaga* utvärderas det sammanlagda priset för prenumerationstjänsten vari det framgår att offererat pris ska inkludera samtliga kostnader hänförliga till den efterfrågade tjänsten.

Det bestrids även att den aktuella avtalstiden om sex år skulle strida mot proportionalitetsprincipen och LOU:s bakomliggande syften. Avtalets tidsbegränsning är rimlig och proportionerlig med hänsyn till den typ av tjänst som avtalet avser, investeringskostnader, branschpraxis, administrativa kostnader samt den resursåtgång som krävs för att implementera tjänsten. Hänsyn måste även tas till kostnader förenade med genomförandet av en upphandling av ifrågavarande slag. En alltför kort avtalstid kan innebära att en tidigare leverantör, i detta fall Prenax, kan gynnas och att upphandlingen då skulle strida mot principen om lika-behandling. Nu förevarande avtal kan sägas upp och konkurrensutsättas genom en ny upphandling två år efter avtalsslutet. Det är dessutom kommersiellt rimligt, befogat och i enlighet med proportionalitetsprincipen att ha möjlighet att förlänga avtalet för en bestämd period.

Eftersom Prenax anbud inte vunnit upphandlingen kan någon skada inte anses ha skett. Avtalsperiodens längd har därmed inte påverkat Prenax möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och bolagets möjlighet att tilldelas kontraktet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

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)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot dessa grundläggande principer eller någon annan bestämmelse i LOU 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).

Frågan om ramavtal

LOU stadgar att ramavtal avser 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 (1 kap. 20 §).

Frågan om gränsdragningen mellan ramavtal och tjänstekontrakt har behandlats i ett flertal avgöranden från bl.a. Kammarrätten i Göteborg. I domar den 21 februari 2013 i mål nr 6975-12 och 6976-12 fastslogs att ett ramavtal kännetecknas av att det finns på förhand fastställda villkor för

senare tilldelning av kontrakt. Motsvarande fråga prövades i dom meddelad den 22 juli 2013 mål nr 3124–3127-13, rörande avtal om avfallshämtning som fyra olika kommuner ingått. Beträffande tre av kommunerna fann kammarrätten att omfattningen av avfallshämtning i huvudsak reglerades i respektive avtal, och att dessa därför inte var att anse som ramavtal. I den fjärde kommunens avtal konstaterades däremot att avfallshämtning skulle ske efter överenskommelse mellan entreprenören och beställaren. Då omfattningen av hämtningar enligt kammarrätten hade lämnats oreglerad mellan parterna och då avrop skulle ske löpande under avtalsperioden, var detta att betrakta som ett ramavtal. I dom den 4 april 2017 i mål nr 5389-5390-16 bedömdes ett avtal, i vilket den upphandlande myndigheten till övervägande del inte garanterade någon volym beträffande de tjänster som skulle beställas, utgöra ett ramavtal. I det aktuella målet angavs på flera ställen i anbudsunderlaget att några volymer inte garanterades utan att antagen leverantör var skyldig att leverera det verkliga behovet. Skulle den upphandlande myndighetens avrop under- respektive överstiga beräknad kvantitet skulle detta inte betraktas som avtalsbrott utan leverantören var skyldig att leverera det verkliga behovet. Den upphandlande myndigheten anförde att det var självklart att några volymer inte kunde garanteras beträffande den tjänst (kommunikation samt telefoni) som upphandlingen avsåg.

Prenax har anfört att nu aktuellt upphandlingsavtal utgör ett ramavtal eftersom utvärderingsmodellen bygger på antaganden samt då den faktiska volymen och omfattningen av uppdraget vid upphandlingstillfället ännu inte är fastställd. SRF har invänt att det aktuella avtalet fullständigt reglerar leverantörens uppdrag. Den första frågan förvaltningsrätten ska ta ställning till är därmed om regleringen i 7 kap. LOU avseende ramavtal är tillämplig. Av upphandlingsdokumentens utvärderingsmodell med tillhörande prisfil framgår att anbudsgivaren ska lämna pris avseende en enhet av respektive tidsskrift samt att det pris som senare kommer att ligga till grund för

utvärderingen utgörs av det sammanlagda priset avseende samtliga dessa prenumerationer. Förvaltningsrätten konstaterar, i enlighet med vad Prenax anfört, att det mot bakgrund av detta framgår att utvärderingen baseras på den upphandlande myndighetens antaganden om en viss omfattning av framtida behov och beställning av prenumerationer.

I upphandlingsdokumentet *Administrativa föreskrifter* under rubriken *1.1 Omfattning* anges att upphandlingen avser prenumerationstjänster för samtliga fyra programbolag, att avtalets beräknade värde uppgår till ca 6 miljoner kr årligen samt att SRF inte garanterar några volymer under avtalsperioden. I yttrande till förvaltningsrätten har SRF anfört att programbolagen inte kan garantera några volymer eftersom tjänsten består av tillhandahållande av prenumerationer vars exakta antal kan variera under avtalsperioden. Det är således ostridigt att avtalet inte fastställer några exakta volymer. SRF har invänt att det trots detta är tydligt att några avrop inte görs, att villkoren för leverantörens åtagande är uttömmande reglerat i avtalet samt att avtalet innehåller samtliga detaljerade villkor för leverantörens tillhandahållande och programbolagens faktiska köp av tjänsten ifråga.

Förvaltningsrätten kan i denna fråga konstatera följande. I upphandlingsdokumentens avtalsmall, under rubrikerna *4. Syfte och omfattning* och *5. Leverans och beställning av tjänsterna*, anges att leverantören ska tillhandahålla en etablerad och väl fungerande prenumerationstjänst samt tillhandahålla dessa i enlighet med vad som specificeras i *Bilaga 2* (Förfrågningsunderlag) och *Bilaga 3* (Kravspecifikation). I upphandlingsdokumentet *Regler och förutsättningar* under *1.10 Förteckning över förfrågningsunderlag* anges att förfrågningsunderlaget omfattar samtliga upphandlingsdokument, däribland *Allmänna inköpsvillkor för tjänster*. I inköpsvillkoren fastslås att avtalad leveransdag avser den dag som parterna har avtalat att tjänsten ska levereras och/eller uppdraget ska vara slutfört samt att

leverantören ska leverera tjänsten enligt de villkor och vid de tidpunkter som anges i avtalet samt att tjänsten ska kunna kontrolleras av SRF på avtalad leveransdag.

Det framstår således som att de olika upphandlingsdokumenten refererar till varandra utan att någonstans närmare specificera omfattningen av tjänsterna eller hur och när beställning samt leverans av tjänster ska ske. Avtalet förefaller därmed inte utgöra en uttömmande reglering av leverantörens uppdrag. Istället framstår det som att tjänsterna ska levereras efter överenskommelse mellan leverantören och de upphandlande myndigheterna samt att avrop ska ske löpande under avtalsperioden. I enlighet med ovan angivna praxis framstår aktuellt avtal som varande ett ramavtal.

Förvaltningsrätten anser därför att det är fråga om avtalsvillkor vilka innebär senare tilldelning eller avrop, oaktat att dessa termer inte tillämpas i avtalet och att avtalet, i vart fall till övervägande del, inte garanterar någon volym beträffande tjänsterna som ska levereras, utan att leverantören ska leverera programbolagens verkliga behov. Avtalet ska därför anses vara ett ramavtal i den mening som avses i LOU.

Eftersom förvaltningsrätten konstaterar att det nu är fråga om ett ramavtal saknas anledning att pröva Prenax anförda andrahandsgrund.

Frågan om särskilda skäl

Ett ramavtal får endast löpa under längre tid än fyra år om det finns särskilda skäl (7 kap. 2 § LOU). Motsvarande uttrycklig begränsning finns inte för ett vanligt kontrakt enligt LOU.

I förarbetet till den tidigare lagstiftningen (se prop. 2006/07:128 s. 334) anges bl.a. följande. Det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl för att

tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl ska vara hänförliga till föremålet för upphandlingen. Det är svårt att ange något exempel på när bestämmelsen kan tillämpas men det kan vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka ska betala sig under avtalstiden.

I avtalsmallen anges under rubriken *9. Avtalstid* att avtalet, efter undertecknandet, löper under tjugofyra månader och förlängs därefter automatiskt, om det inte sägs upp av SRF senast tre månader före avtalets upphörande, 12 månader i taget. Avtalet är som längst gällande 72 månader från undertecknandet, varvid det upphör automatiskt.

Av lagkommentaren (Rosén Andersson, Mühlenbock, Willquist och Piper) till den tidigare upphandlingslagstiftningen (dåvarande bestämmelse i 5 kap. 3 §, som motsvarar 7 kap. 2 § i nya LOU) framgår att det inte finns något principiellt hinder mot att låta ett ramavtal ha en ordinarie löptid med möjlighet till förlängning. I den enskilda upphandlingen får en sådan konstruktion dock inte medföra att den sammantagna löptiden – med beaktande av förlängningsoptionen som om den utnyttjats – överstiger fyra år. Att nu förevarande avtal kan sägas upp av de upphandlande myndigheterna efter två år medför därmed inte att det inte skulle kunna vara fråga om ett avtal som löper utöver den gräns som fastställts för ramavtal samt att hela den maximala avtalstiden ska beaktas vid bedömningen av om detta strider mot 7 kap. 2 § LOU.

SRF har bl.a. anfört att avtalets tidsrymd är befogad utifrån ett införande- och kontinuitetsperspektiv, branschpraxis och de administrativa kostnaderna förenade med att genomföra en upphandling av ifrågavarande slag samt att det är kommersiellt rimligt, befogad och i enlighet med proportionalitets-

principen att ha möjlighet att förlänga avtalet för en bestämd period efter två år. Leveransen innefattar tillhandahållande av en heltäckande prenumerationstjänst innefattande bl.a. ett för de fyra bolagen koncernövergripande prenumerationssystem med införande av en webbportal och databas vilket kräver omfattande resurser och tid för utbildning, implementering och infasning. Som det får förstås menar SRF att detta innebär att det finns särskilda skäl för den längre avtalstiden, oaktat att det är fråga om ett ramavtal. Förvaltningsrätten konstaterar att det är SRF som har bevisbördan för att så är fallet.

SRF har inte närmare specificerat vilka kostnader, eller i vilken omfattning investeringar krävs i förevarande fall. Kammarrätten har fastslagit att det, för att på grund av stora investeringar med lång avskrivningstid göra undantag och tillåta att ett ramavtal löper under längre tid än fyra år, måste krävas att omständigheterna i det enskilda fallet är sådana att inget annat skulle vara ekonomiskt försvarbart eller att detta krävs för att inte hämma konkurrensen på marknaden (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 oktober 2016 i mål nr 1054-16). SRF har inte visat att så är fallet. Det finns därför inte särskilda skäl för en avtalstid som överstiger fyra år.

Frågan om skada

Mot bakgrund av att långa ramavtal anses förhindra, begränsa eller snedvräta konkurrensen får samtliga potentiella leverantörer, däribland Prenax, anses lida skada genom att inte ha möjlighet att konkurrera om kontrakt under den tid som anses oskäligen enligt LOU.


Slutsats

Reglerna om ramavtal är tillämpliga på upphandlingen. Det har inte framkommit särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år. Prenax kan lida

skada om avtalet ändå löper längre tid, eftersom bolaget då berövas
möjligheten att tilldelas kontrakt under den överskjutande tiden. Felet kan
inte läkas genom rättelse. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Erik Mellstrand

Rådman

Avital Belchatowski har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

