

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
196-21

meddelad i Stockholm den 10 januari 2022

KLAGANDE

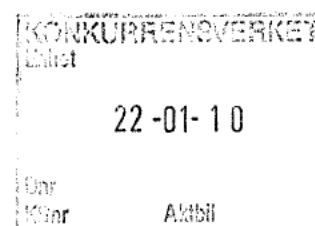
Byggnadsaktiebolaget Mimer, 556019-3384

Ombud: [REDACTED] och [REDACTED]
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 22
211 34 Malmö

MOTPART

AB Golv & Tak, 556312-8403

Ombud: Advokat [REDACTED]
Advokatfirma DLA Piper Sweden KB
Box 7315
103 90 Stockholm



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms dom den 22 december 2020 i mål nr 6433-20

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen bifaller överklagandet och upphäver underinstan-
sernas avgöranden.

Dok.Id 253928

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se
www.hogstaforvaltningsdomstolen.se

Telefax

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

DOM

Mål nr
196-21

Högsta förvaltningsdomstolen visar målet åter till förvaltningsrätten för fortsatt prövning i enlighet med vad som anges i punkt 33 i domskälen.

BAKGRUND

1. Ett ramavtal är ett avtal som fastställer villkoren för kontrakt som senare ska ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer. Genom att teckna ett ramavtal avseende en viss vara eller tjänst behöver en upphandlande myndighet inte genomföra en helt ny upphandling varje gång den har behov av varan eller tjänsten, utan kan då i stället köpa varan eller tjänsten av en leverantör som omfattas av ramavtalet (s.k. avrop).
2. Det här målet gäller om det vid upphandlingen av ett ramavtal måste anges ett tak för de varor och tjänster som ska omfattas av ramavtalet, dvs. en övre gräns för hur mycket som totalt sett kan avropas. I målet aktualiseras också flera frågor kring den skadeprövning som ska göras när en upphandling överprövas.
3. Byggnadsaktiebolaget Mimer genomför en upphandling av ramavtal avseende golvarbeten, uppdelat i två geografiska områden. Tre anbudsgivare har antagits som leverantörer. AB Golv & Tak har rangordnats på andra plats för båda områdena. Avrop ska ske dels i enlighet med rangordningen, dels – vid avrop över ett visst belopp – genom s.k. förnyad konkurrensutsättning. Det sistnämnda innebär att de antagna ramavtalsleverantörerna på nytt inbjuds att komma med anbud.
4. I upphandlingsdokumentet angavs att en ungefärlig volym per år för hela Mimer är ca 6,5 miljoner kr. Där tillhandahölls också en ordning för hur frågor angående upphandlingen kunde ställas under anbudstiden. Någon fråga angående ramavtalets maximala omfattning kom såvitt framgår inte in.
5. Golv & Tak ansökte hos Förvaltningsrätten i Uppsala om överprövning av upphandlingen och anförde följande. Upphandlingen innehåller flera brister. En

DOM

Mål nr
196-21

av dessa är att det saknas uppgift om tak för den kvantitet som totalt sett kan avropas genom ramavtalet. Bolaget lider skada eller riskerar åtminstone att lida skada på grund av detta. Om den totala kvantiteten hade angetts så skulle bolaget nämligen ha kunnat planera och optimera sin resursallokering för uppdraget på ett bättre sätt, i stället för att vara tvunget att ta höjd för högre volymer än det faktiska utfallet. Bolaget hade kunnat uppnå kostnadsbesparingar genom en bättre uppskattning av behovet av material, varor, fordon och personal med rätt kompetens. Detta hade kunnat reflekteras i ett lägre offererat pris och därmed en större chans att rangordnas på en bättre placering. Om uppgiften om total kvantitet hade funnits med i upphandlingen hade Mimer dessutom inte haft möjlighet att upphandla obegränsat med tjänster genom ramavtalet. Om gränsen hade uppnåtts skulle i stället en ny upphandling ha behövt göras, i vilken bolaget hade kunnat rangordnas på en bättre placering med större möjligheter att tilldelas avropade kontrakt.

6. Förvaltningsrätten biföll ansökan och förordnade att upphandlingen skulle göras om. Förvaltningsrätten konstaterade att Mimer inte hade preciserat den totala kvantitet som kan komma att avropas från ramavtalet, och fann att upphandlingsdokumentet av den anledningen hade utformats i strid med upphandlingslagstiftningen. Förvaltningsrätten ansåg vidare att Golv & Tak, med beaktande av att den konstaterade bristen kunde hänföras till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, i tillräcklig grad hade visat att det i vart fall riskerar att lida skada till följd av denna brist.
7. Kammarrätten i Stockholm avslöj Mimers överklagande dit med i huvudsak samma motivering som förvaltningsrätten.

YRKANDEN M.M.

8. *Byggnadsaktiebolaget Mimer* yrkar att ansökan om överprövning ska avslås.

DOM

Mål nr
196-21

9. *AB Golv & Tak* anser att överklagandet ska avslås. Bolaget anför vidare att om Högsta förvaltningsdomstolen skulle finna att det inte finns förutsättningar att ingripa mot upphandlingen på den grund som har prövats av underinstanserna så kvarstår att pröva de övriga grunder för ingripande som bolaget gjorde gällande i förvaltningsrätten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågorna i målet

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

Rättslig reglering m.m.

11. Enligt 1 kap. 20 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling avses med ramavtal ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod. En upphandlande myndighet får enligt 7 kap. 1 § ingå ramavtal om den använder något av upphandlingsförfarandena i lagen.
12. I 4 kap. 1 § anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.
13. Dessa bestämmelser motsvaras av bestämmelser i artiklarna 18 och 33 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling.

DOM

Mål nr
196-21

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

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Krävs det att ramavtalets maximala omfattning anges?

16. Den första fråga som Högsta förvaltningsdomstolen ska ta ställning till är om det vid upphandling av ett ramavtal finns ett krav på att den maximala omfattningen av ramavtalet anges samt om detta krav i så fall har tillgodosetts i den aktuella upphandlingen.
17. EU-domstolen har i rättsfallet *Simonsen & Weel* uttalat följande (C-23/20, EU:C:2021:490, punkterna 62, 63, 71 och 74).
18. Öppenhetsprincipen och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörer som berörs av ingåendet av ett ramavtal skulle åsidosättas om den upphandlande myndigheten inte angav det högsta värdet eller den största kvantitet som ett sådant

DOM

Mål nr
196-21

avtal avsåg. Att detta anges är av stor betydelse för att en anbudsgivare ska kunna bedöma sin kapacitet att fullgöra sina skyldigheter enligt ramavtalet. Uppgifter om största kvantitet eller högsta värde kan lämnas antingen i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. När detta gränsvärde har nåtts har ramavtalet inte längre några verkningar.

19. Av rättsfallet framgår således att det vid upphandling av ett ramavtal måste anges den största kvantitet eller det högsta värde som ramavtalet ska omfatta. Mimer har dock anfört att rättsfallet gällde en upphandling av ramavtal med endast en leverantör och att EU-domstolens uttalanden därför inte är tillämpliga med avseende på upphandlingar av ramavtal med flera leverantörer. Det finns emellertid ingenting i EU-domstolens resonemang som talar för att domstolens slutsatser inte skulle gälla för ramavtal generellt. Kravet på att ange största kvantitet eller högsta värde får därför anses gälla även i den nu aktuella upphandlingen.
20. Mimer har i upphandlingsdokumentet under rubriken omfattning uppgett en ungefärlig total volym per år. Någon uppgift om ramavtalets maximala omfattning har dock inte lämnats. Kravet på att ange största kvantitet eller högsta värde är därmed inte uppfyllt, vilket innebär att Mimer har brutit mot principerna om öppenhet och likabehandling i 4 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling.

Allmänt om skadeprövningen

21. Nästa fråga är vad som krävs för att en leverantör ska anses ha visat att en sådan brist har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling. Att det är leverantören som har bevisbördan för detta framgår av rättsfallet HFD 2013 ref. 53.
22. Någon direkt motsvarighet till bestämmelsen om den skadeprövning som domstolen enligt 20 kap. 6 § ska göra när en upphandling överprövas finns inte i rättsmedelsdirektivet. Skaderekvisitet är emellertid utformat på samma sätt som

det skaderekvisit som enligt artikel 1.3 i direktivet gäller för själva talerätten. Skadeprövningen enligt 20 kap. 6 § bör därför göras med beaktande av den praxis som EU-domstolen har utvecklat i anslutning till rättsmedelsdirektivet.

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

de uppgifter som lämnas i upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga bör t.ex. redan under anbudstiden vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra detta, och i stället väntar med att påtala eventuella brister till efter det att tilldelningsbeslutet är fattat, kan kravet i 20 kap. 6 § på att bristen ska ha medfört att leverantören har lidit eller riskerar att lida skada normalt sett inte anses vara uppfyllt (se eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punkterna 55 och 56; jfr även Simonsen & Weel, punkt 89).

Skadeprövningen i detta fall

26. Mimer har anfört att redan den omständigheten att Golv & Tak har antagits som ramavtalsleverantör, och att avropen från ramavtalet delvis kommer att ske genom förnyad konkurrensutsättning, innebär att skaderekvisitet inte är uppfyllt för bolagets del. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar dock att eftersom tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet också delvis ska ske i enlighet med den fastställda rangordningen av leverantörer, och Golv & Tak har rangordnats som nummer två i ramavtalets båda områden, kan bolaget komma att tilldelas färre kontrakt än den anbudsgivare som har rangordnats på första plats. Den omständigheten att bolaget har antagits som leverantör utesluter således i sig inte att det har lidit eller kan komma att lida skada på grund av bristen i upphandlingen.
27. Golv & Tak har anfört att om en total kvantitet för ramavtalet hade angetts så skulle bolaget ha kunnat göra bättre uppskattningar av behovet av material, varor, fordon och personal och därmed ha kunnat planera och optimera sin resursallokering för uppdraget på ett bättre sätt. Detta skulle ha kunnat reflekteras i ett lägre anbudspris och därmed en större chans att rangordnas på en bättre placering. I stället var bolaget tvunget att ta höjd för högre volymer än det faktiska utfallet.
28. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar att bolaget under anbudstiden hade kunnat begära ett förtydligande från Mimer av vad som gällde rörande den maximala omfattningen av ramavtalet. I stället valde bolaget att lämna ett anbudspris

DOM

Mål nr
196-21

som tog höjd för att den ungefärliga volym som angavs i upphandlingsdokumentet kunde komma att överskridas. Bolaget kan därmed inte anses ha gjort vad som krävs för att undvika att skadas till följd av bristen i upphandlingen. Till detta kommer att bolagets beskrivning av hur dess anbudspris påverkades av att det inte fanns någon uppgift om största kvantitet eller högsta värde för ramavtalet är förhållandevis allmänt hållen.

29. Högsta förvaltningsdomstolen finner mot denna bakgrund att Golv & Tak inte har visat att bristen i upphandlingen har medfört att bolaget har lidit eller riskerar att lida skada genom att inte ha kunnat lämna ett än mer konkurrenskraftigt anbud.
30. Bolaget har vidare anfört att det har lidit eller åtminstone riskerar att lida skada eftersom Mimer, om den maximala omfattningen av ramavtalet hade angetts, skulle ha varit tvunget att genomföra en ny upphandling om denna omfattning hade överskridits. Bolaget hade då fått en chans att rangordnas på en bättre placering i den nya upphandlingen.
31. Som framgått kan intresset av att delta i en kommande upphandling emellertid inte beaktas vid en överprövning av en upphandling enligt 20 kap. 6 § (se punkt 24). Det som bolaget har anfört om att det har fråntagits möjlighet att delta i en eventuell framtida upphandling saknar således betydelse för bedömningen av om bolaget har lidit eller riskerar att lida skada till följd av bristen i den nu aktuella upphandlingen.

Slutsatser

32. Mimer har brutit mot upphandlingslagstiftningen genom att inte ange den största kvantitet eller det högsta värde som ramavtalet ska omfatta. Golv & Tak har dock inte visat att denna brist har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling. Mimers överklagande ska därför bifallas och underinstansernas avgöranden upphävas.

DOM

Mål nr
196-21

33. Golv & Tak gjorde i förvaltningsrätten gällande att det även finns andra brister i upphandlingen. Målet ska därför visas åter till förvaltningsrätten för prövning av om det finns grund för ingripande mot upphandlingen med hänvisning till vad Golv & Tak har anfört i övrigt.

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

Föredragande har varit justitiesekreteraren Sara Westerlund.