



KLAGANDE

Ecenea Procurement AB, 556977-2204

Ombud: Jurist Ann-sofie Hogrebe

MOTPART

Luleå kommun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Luleå dom den 3 mars 2025 i mål nr 2209-24,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 13 mars 2025 upphör därmed att gälla.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Dok.Id 268357

Postadress
Box 714
851 21 Sundsvall

Besöksadress
Södra Tjörngatan 2

Telefon
060-18 66 00
E-post: kammarrattenisundsvall@dom.se
www.kammarrattenisundsvall.se

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Ecenea Procurement AB yrkar att kammarrätten ska besluta att bolaget har lidit skada samt i första hand visa målet åter till förvaltningsrätten för prövning i sak och i andra hand pröva målet i sak. Bolaget anför bl.a. följande.

Bolaget begärde överprövning av kommunens tidigare upphandling av ramavtal för upphandlingskonsulter. Förvaltningsrätten bedömde att den upphandlingen var förenad med brister och ålade kommunen att göra om den. Kommunen inrättade då ett dynamiskt inköpssystem för upphandlingskonsulter och avropade ett tre år långt ramavtal. Avropet har samma omfattning, upphandlingsföremål och syfte som det ramavtal som tidigare upphandlades. Bolaget, som anslöt sig till inköpssystemet i tron att kommunen återkommande skulle konkurrensutsätta kontrakt, konstaterade att avropet riskerade att bli föremål för en överprövning som kommunen inte skulle vinna eller att bli ogiltigförklarat även om bolaget tilldelades avtalet. Kommunen hörsammade inte påtalanden från flera andra leverantörer om att ett avrop av ramavtal från ett inköpssystem är oförenligt med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Bolaget valde därför att ansöka om överprövning innan anbudstiden löpte ut i stället för att lämna ett tidskrävande anbud. Det vore orimligt om bolaget som lämnade anbud i den tidigare upphandlingen, med framgång ansökte om överprövning, kvalificerade sig i det dynamiska inköpssystemet och sedan ansökte om överprövning på nytt, inte kan anses lida skada eller riskera att lida skada bara för att bolaget inte lämnade ett nytt anbud. Det var visserligen möjligt för bolaget att vid förvaltningsrätten utveckla skaderesonemanget, men bolaget angav tydligt att skadan var hänförlig till inköpssystemet och avropet genom att bolaget inte tilldelas avtal. Kommunens agerande innebär att inköpssystemet har spelat ut sin roll och medför att samtliga kvalificerade leverantörer lider skada.

Luleå kommun anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande.

Den tidigare avbrutna ramavtalsupphandlingen är avslutad och har egentligen inget med den aktuella överprövningen att göra. Det är inte möjligt att skaderekvisitet nu är uppfyllt baserat på att bolaget hade ett intresse i en tidigare upphandling. Skadan som bolaget anser sig lida är hypotetisk och hänförlig till framtida eventuella affärer. Bolaget uppfyllde samtliga krav i avropet och de påstådda felen förhindrade inte bolaget att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Att hänvisa till tidsåtgång för att upprätta anbud eller risken för överprövning är inte skäl för en anbudsgivare som har intresse i upphandlingen att avstå från att lämna anbud. Om bolaget hade ett faktiskt intresse borde det ha värnat om att minimera riskerna för överprövning genom att föra en dialog med kommunen. Ett intresse i en tidigare upphandling eller en annan anbudsgivares påtalanden kring eventuella felaktigheter kan inte heller läka bolagets passivitet. Bolagets agerande tyder i stället på ett bristande intresse för upphandlingen och på att syftet är att säkra möjligheten till framtida affärer.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att bolaget har talerätt i fråga om överprövning av upphandlingen.

En förutsättning för att upphandlingen ska rättas eller göras om är att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada till följd av att kommunen agerat i strid med bestämmelserna om upphandling. Frågan är om bolaget har visat att så är fallet.

Som förvaltningsrätten har konstaterat är en allmän utgångspunkt vid skadeprövningen 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. Det är inte

tillräckligt att leverantören i allmänna ordalag beskriver den skada eller risk för skada som bristen har lett till utan det krävs att leverantören på ett tydligt och konkret sätt redogör för hur bristen har påverkat leverantörens möjlighet att konkurrera i upphandlingen. Den skada eller risk för skada som leverantören åberopar ska vidare hänföra sig till möjligheten att konkurrera i just den upphandling som begärs överprövad.

Bolaget har i stort beskrivit att det lider skada eftersom det inte kan konkurrera om flera avrop till följd av att ramavtalet innebär att inköpssystemet har spelat ut sin roll de närmaste tre åren samt att muntliga inslag urholkar utvärderingens objektivitet och transparens. Invändningarna, som framför allt avser bolagets möjlighet till deltagande i eventuella framtida avrop i kommunens inköpssystem, är allmänt hållna och bolaget har inte heller framfört någon omständighet som visar att villkoren i det aktuella avropet har påverkat bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Kammarrätten anser inte att bolaget på ett tydligt och konkret sätt har visat att det lidit eller kan komma att lida skada hänförligt till upphandlingen. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (KR-09).

I avgörandet har kammarrättsrådet Petra Ebbing (ordförande), kammarrättsrådet Natalie Kramer och tf. kammarrättsassessorn Rickard Lindström (referent) deltagit.

Föredragande har varit kammarrättsfiskalen Peter Gustafsson.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

H 11

DOM
2025-03-03
Meddelad i Luleå

Mål nr
2209-24

SÖKANDE

Ecenea Procurement AB, 556977-2204

Ombud: AA

MOTPART

Luleå kommun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Ecenea Procurement AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Luleå kommun genomför en upphandling ”Upphandlare för varierande upphandlingsuppdrag, KLF 2024/1455” (nedan avropet) via ett dynamiskt inköpssystem. Innan sista anbudsdag passerat ansökte Ecenea Procurement AB (nedan Ecenea) om överprövning av nämnda upphandling.

På begäran av Ecenea har förvaltningsrätten interimistiskt beslutat att inget avtal får tecknas innan förvaltningsrätten har bestämt något annat.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Ecenea

Ecenea yrkar i ansökan att förvaltningsrätten ska besluta att avropet ska göras om då avropet genomförs i strid med LOU samt framför i huvudsak följande.

Bristerna är framför allt hänförliga till att kommunen avropar ett ramavtal för upphandlingskonsult, vilket inte får göras inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem. Kommunen kommer också inom ramen för utvärderingen av anbudan att genomföra muntliga intervjuer med offererade upphandlingskonsulter. Enligt 12 kap. 5 § LOU får muntlig kommunikation inte användas inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem, och enligt 8 kap. 1 § LOU ska det dynamiska inköpssystemet drivas helt som en elektronisk process. Kommunens utvärderingsmodell strider således mot uttryckliga bestämmelser i LOU.

Ecenea lämnade anbud i den upphandling som föregick avropet av upphandlingskonsulter, och som förvaltningsrätten i Luleå genom dom i mål nr 712-24 meddelade skulle göras om. Det var Ecenea som ansökte om överprövning i det ovan nämnda målet.

Ecenea är kvalificerad leverantör i det dynamiska inköpssystem som inrättats av kommunen. Ecenea har stort intresse av att bli kommunens leverantör. Ecenea har tidigare erfarenhet av att kommunen inte genomför upphandlingar enligt bestämmelserna i LOU, och anser att det är av största vikt att upphandlande myndigheter generellt och kommunen specifikt, inte kan använda dynamiskt inköpssystem på ett helt felaktigt sätt för att undkomma att behöva tillämpa avtalsspärr och således undkomma en överprövning för det fall en felaktig utvärdering genomförs igen.

Ecenea riskerar att lida stor skada för det fall det dynamiska inköpssystemet som Ecenea är kvalificerad leverantör i nyttjas på ett felaktigt sätt. Om det nu ifrågavarande avropet skulle få genomföras och mynna ut i att ett tre år långt ramavtal ingås med en leverantör, innebär det att det dynamiska inköpssystemet har spelat ut sin roll de närmaste tre åren och att Ecenea inte kommer ha möjlighet att konkurrera om fler avrop från det dynamiska inköpssystemet under den tidsperioden. Eceneas skada är hänförlig till det dynamiska inköpssystemet som Ecenea är kvalificerade i.

Ecenea riskerar också att lida skada när muntliga moment genomförs i utvärderingen som inte spelas in eller lagras. Att genomföra muntliga moment medför en större subjektivitet vid utvärderingen samt att transparensen urholkas då det inte går att styrka vad som faktiskt sades eller inte vid de intervjuer som genomförts. Sådana omständigheter kan till viss del tillåtas inom ramen för andra upphandlingsförfaranden där en obligatorisk avtalsspärr medför att anbudsgivare kan få den upphandlande myndighetens bedömning i utvärderingen prövad i domstol, men lagstiftaren har alltså tydligt reglerat att muntlig kommunikation inte tillåts inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem. Ecenea riskerar att lida skada över att muntliga inslag används och urholkar objektiviteten och transparensen, samtidigt som ingen avtalsspärr tillämpas och avtal får tecknas i direkt anslutning till att tilldelningsbeslut meddelas anbudsgivarna.

Det tycks vara så att kommunen konstruerat inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem och det nu föreliggande avropet för att kringgå bestämmelser i LOU, eftersom avropet innehåller hela kommunens behov av upphandlingskonsulter de kommande tre åren, och övervikten/huvuddelen i avtalet utgör ett ramavtal och inte faktiskt anskaffning.

Ecenea lider stor skada om upphandlande myndigheter tillåts att konstruera upphandlingar på det beskrivna sättet och om ramavtal får tilldelas genom avrop från dynamiska inköpssystem då det urholkar rättssäkerheten genom att ingen avtalsspärr behöver tillämpas samt att det motverkar en effektiv konkurrens och hela det övergripande syftet med upphandlingslagstiftningen.

Kommunen

Kommunen anser i första hand att Eceneas talan ska avvisas och i andra hand att ansökan ska avslås samt framför i huvudsak följande.

Ecenea har inte talerätt. Eftersom de inte har lämnat in något anbud i avropet kan de inte heller anses vara intresserade av att tilldelas något kontrakt och uppfyller således inte rekvisiten i 20 kap. 4 § LOU för att få ansöka om överprövning.

Den skada som Ecenea anser sig ha lidit är enbart en fiktiv skada. För att en domstol ska ingripa mot en upphandling måste leverantören visa att denna har eller kan komma att lida skada. Utifrån det som Ecenea har anfört framkommer det inte att de vare sig har eller kan komma att lida skada. Både utifrån det faktum att något anbud inte har inkommit, men också utifrån att den skada som påtalas de facto inte föreligger.

Kommunen anser att det av effektivitets- och processekonomiska skäl är motiverat att i detta fall pröva om skada föreligger innan en materiell prövning görs. Anser domstolen inte att det föreligger någon skada behöver således ingen materiell prövning göras.

Kommunen anser att både Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2017 ref. 62 samt EU-domstolens mål C-230/02 Grossman Air Service, talar för att Ecenea inte har rätt att överpröva detta avrop eftersom de valt att inte lämna något anbud i avropet. Genom att aktivt avstå från att delta i upphandlingen har de inget intresse av att delta i avropet och då inte heller att tilldelas avtalet. Således uppfyller inte Ecenea rekvisiten för att vara en leverantör i den mening som avses i 20 kap. 4 § LOU och har därför inte talerätt.

Enligt HFD 2013 ref. 53 måste en leverantör visa att det föreligger en faktisk skada för att ett ingripande mot en upphandling ska göras. Det förefaller vara så att Eceneas redovisning av sin skada bygger på att kommunen skulle ha inrättat ett dynamiskt inköpssystem för att kunna undgå avtalsspärr för att därigenom undgå överprövning. Det är svårt att följa logiken i detta argument eftersom avropet nu är överprövat och den påstådda skadan att Ecenea lider skada av att ett avrop görs via ett dynamiskt inköpssystem utan avtalsspärr därmed faktiskt inte finns. Den angivna skadan är således endast en fiktiv skada och inte en faktisk skada.

Kommunen anser också att det är uppenbart att Ecenea varken kan eller kan komma att lida skada av några eventuella felaktigheter i upphandlingen eftersom något anbud inte getts in. För att en leverantör ska anses kunna lida skada eller kunna komma att lida skada måste det finnas ett intresse av att kunna bli tilldelad kontrakt. För avropet har uppenbarligen inte Ecenea detta intresse och skaderekvisitet faller därmed.

Om inte en leverantör kan visa att skada föreligger behöver inte domstolen gå vidare att pröva om det föreligger någon överträdelse av lagstiftningen.

Ecenea

Ecenea framför härafter i yttrande i huvudsak följande.

Det råder inga tvivel om att Ecenea Procurement AB omfattas av begreppet leverantör oaktat huruvida anbud har lämnats eller inte i avropet. Ecenea Procurement AB har i allra högsta grad ett intresse av att tilldelas avtal i det aktuella avropet som kommunen genomför, och givet den beskrivna bakgrunden till avropet, som också vitsordas av kommunen, är det anmärkningsvärt att kommunen hävdar att Ecenea Procurement AB inte skulle ha ett sådant intresse som avses i resonemanget i HFD 2017 ref. 62.

Leverantören som ansökte om överprövning i HFD 2017 ref. 62 hade nämligen enligt egen utsago aldrig haft ett intresse av att tilldelas kontraktet i fråga, utan av ett kontrakt som skulle upphandlas nästa gång.

I stället för att göra om den tidigare överprövade upphandlingen inrättade kommunen ett dynamiskt inköpssystem. Avropet som nu är föremål för överprövning är det första avropet som kommunen gör från det dynamiska inköpssystemet, och avropet innehåller samma omfattning som den tidigare öppna upphandlingen innehöll, där Ecenea lämnade anbud och fick rätt i förvaltningsrätten avseende att upphandlingen skulle göras om.

Endast genom den bakgrund som föregår det aktuella avropet har Ecenea tydligt visat att Ecenea har ett intresse av att tilldelas avtal för det aktuella avtalet och den aktuella avtalsomfattningen. Ecenea har alltså tidigare lämnat anbud med syfte att teckna det nu ifrågavarande avtalet, och Ecenea har därefter också ansökt och kvalificerats i kommunens dynamiska inköpssystem

för upphandlingskonsulter, i syfte att teckna avtal med kommunen om leverans av upphandlingskonsulter.

Ecenea har avstått från att lämna anbud för det aktuella avropet. Detta beror endast på anledningen att Ecenea anser att avropet genomförs i strid med LOU och är konstruerat på sådant sätt att kommunen ska undvika att genomföra en upphandling där avtalsspärr måste tillämpas och där anbudsgivare således ges möjlighet till en rättslig prövning. Kommunen nyttjar förfarandet dynamiskt inköpssystem på ett felaktigt sätt för att tilldela ett ramavtal av stor omfattning och många odefinierade framtida beställningar.

Att lämna anbud i upphandlingar, avrop eller förnyade konkurrensutsättningar tar mycket tid i anspråk av en anbudsgivare. Ecenea har, i stället för att lämna anbud, valt att överpröva avropet innan anbudstidens utgång eftersom Ecenea är fast övertygad om att avropet genomförs i strid med LOU på ett sådant sätt som medför att Ecenea, och leverantörer i allmänhet, lider skada.

Det följer tydligt av rättspraxis avseende talerätt att en leverantör kan anses ha intresse att tilldelas avtal utan att för den delen lämna anbud, särskilt om avståndet att lämna anbud beror på att upphandlingen strider mot LOU. Ecenea vill här särskilt lyfta fram Kammarrätten i Stockholms dom den 2 november 2022 i mål nr 9370-21.

Kommunen blandar ihop två olika skaderekvisit med olika ordalydelser i LOU. Ecenea önskar tydliggöra att det råder skillnader mellan det mer subjektiva skaderekvisitet i 20 kap. 4 § LOU och skaderekvisitet som ställs upp i 20 kap. 6 § LOU.

Ordalydelsen i 20 kap. 4 § LOU ställer till skillnad från 20 kap. 6 § LOU upp ett krav på att leverantören enbart behöver anse sig ha lidit skada och ställer inte upp ett krav på att skadan ska ha orsakats av en påstådd överträdelse. Av

formuleringen ”anse sig” följer att skaderekvisitet i 20 kap. 4 § är en subjektiv bedömning som lämnas upp till leverantören att göra. Skaderekvisitet som behöver vara uppfyllt för talerätt ska således inte blandas ihop med det mer strikta skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU. Detta styrks exempelvis av Högsta förvaltningsdomstolens resonemang i HFD 2013 ref. 53.

Ecenea anser sig lida skada i enlighet med 20 kap. 4 § LOU eftersom kommunen har utformat avropet i strid med LOU. Kommunen använder ett dynamiskt inköpssystem på ett felaktigt sätt som inte är förenligt med lagen, vilket exempelvis innebär att kommunen kan låta bli att tillämpa avtalsspärr.

Ecenea kan komma att lida *faktisk* skada i enlighet med 20 kap. 6 § LOU för det fall kommunen tillåts tilldela avtal med anledning av det avrop som utförs på ett felaktigt sätt i strid med LOU. Eceneas skadelidande är inte fiktiv utan högst reellt, och det ligger i sakens natur att en leverantör som är kvalificerad deltagare i ett dynamiskt inköpssystem lider skada för det fall avrop i det dynamiska inköpssystemet genomförs på ett sätt som hämmar konkurrensen och syftet med det dynamiska inköpssystemet.

Eceneas skada är dessutom förenlig till det aktuella och nu inrättade dynamiska inköpssystemet, och det nu aktuella avropet. Ecenea har genom den bakgrund som beskrivits tydligt visat intresse att tilldelas avtal. Kommunen tillämpar dock på ett felaktigt sätt ett dynamiskt inköpssystem för att avropa ett ramavtal som till huvudsak reglerar framtida köp, vilket gör att Ecenea och samtliga leverantörer i det dynamiska inköpssystemet lider faktisk skada när de inte tilldelas avtal och får konkurrera om varje specifikt upphandlingskontrakt på sådant sätt som ett dynamiskt inköpssystem ska fungera. Om denna tillämpning accepteras av domstolen, eller om Eceneas skadelidande inte bedöms nå upp till skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU, får det oönskade konsekvenser för all upphandling då upphandlande myndigheter skulle vara fria att använda ett

standardiserat elektroniskt system för stora avrop av ramavtal och utan att tillämpa avtalsspärr och andra konkurrensfrämjande bestämmelser i LOU.

Ecenea kan också komma att lida faktisk skada av kommunens användning av muntliga moment i utvärderingen som inte spelas in eller lagras. Ecenea har i den tidigare överprövningen av den tidigare upphandlingen visat att kommunen i det fallet genomförde muntliga utvärderingar och bedömde dessa på ett sätt som inte framgick av upphandlingsdokumentationen. Att genomföra muntliga moment i en upphandling är alltid förenat med en viss försämring av transparens, särskilt när momenten inte spelas in eller lagras. Muntliga moment kan accepteras inom ramen för upphandlingsförfaranden som annonseras och där avtalsspärr tillämpas, men inte inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem.

Eceneas skadelidande uppfyller således både rekvisiten i 20 kap. 4 § LOU och 20 kap. 6 § LOU.

Kommunen

Kommunen framför härefter i yttrande bl.a. följande.

Det är korrekt att kommunen tidigare har försökt att upphandla upphandlingskonsulter. Det gjordes genom upphandling KLF 2024/225 Upphandlingskonsulter för upphandlingsuppdrag nedan kallad ramavtalsupphandlingen. Det är korrekt att omfattningen i ramavtalsupphandlingen liknar den omfattning som avropet har. Enbart för att två upphandlingar liknar varandra i utformning betyder inte det att de ska ses som en och samma upphandling.

Några dagar efter det att förvaltningsrätten i Luleå meddelade dom i mål nr 712-24 samt 662-24 vilket medförde att kommunen skulle göra om upphandlingen meddelade kommunen via upphandlingssystemet att ramavtalsupphandlingen avbröts. I och med att en upphandling avbryts så avslutas den

också. När en upphandling avbryts och måste göras om är oftast omfattningen i den första och andra upphandlingen av uppenbara skäl tämligen lika, samma behov kvarstår. Det betyder dock inte att dessa ska ses som en och samma upphandling. Det torde således inte råda något tvivel om att ramavtalsupphandlingen är avslutad och att avropet därför är en ny upphandling.

Inför uppstart av en ny upphandling som utmynnade i avropet pratade kommunen med marknaden för att få vägledning i hur marknaden ansåg att upphandlingskonsulter på bästa sätt skulle kunna upphandlas. Det som marknaden föreslog var att kommunen skulle inrätta ett dynamiskt inköpssystem och sedan göra avrop, varpå kommunen följde marknadens råd när det nya upphandlingsförsöket skulle genomföras. Viktigt att tillägga är de delar som ansågs strida mot LOU i ramavtalsupphandlingen som överprövades i mål nr 712-24 är nu korrigerade i avropet.

Som tillägg vill kommunen peka på att det i 20 kap. 4 § LOU ställs upp två rekvisit för att en part ska ha talerätt i en överprövning. Dels ska det vara fråga om en *leverantör* och denna leverantör ska också *anse sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada*.

Även om Ecenea kan anses vara en leverantör i paragrafens mening så faller deras talerätt eftersom de varken kan anses ha lidit skada eller kunna komma att lida skada.

Enligt HFD 2017 ref. 62 är det tydligt att en förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling. Av avgörandet C-230/02 Grossman Air Service framgår också att den som ansöker om överprövning ska ha ett befogat intresse av att tilldelas det ifrågavarande avtalet.

Vad gäller avropet har inte Ecenea visat att något intresse föreligger och inte heller att de har ett befogat intresse av att tilldelas avropet. Ecenea har inte någon gång under tiden som avropet har varit annonserat ställt några frågor eller på annat sätt kontaktat kommunen för att påtala att det finns brister i underlaget.

I den praxis som Ecenea hänvisar till, som berör en parts talerätt och där parten har ansetts ha talerätt, har det funnits någon form av kommunikation mellan parten och den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång. Så har inte varit fallet för avropet. Ecenea har varken ställt några frågor eller på annat sätt försökt att kontakta kommunen under upphandlingens gång.

Således finns det inget som visar eller ens tyder på att Ecenea har varit intresserade av att tilldelas kontraktet i avropet, varför Ecenea saknar talerätt.

Inte heller föreligger något samband mellan ramavtalsupphandlingen där Ecenea var anbudsgivare och avropet. Det är därför felaktigt att anse att det föreligger talerätt avseende avropet enbart på grund av att intresse fanns i tidigare upphandling. Även det styrks av HFD 2017 ref. 42.

Förutom att en part måste visa att de har talerätt i en överprövning enligt 20 kap. 4 § LOU, behöver de, för att vinna framgång med sin talan, även visa att den överträdelse som den upphandlande myndigheten har gjort medför att samma part lider skada eller kan komma att lida skada av överträdelsen. Detta framgår av 20 kap. 6 § LOU.

Kommunen anser att Ecenea inte har några belegg för sina argument gällande att det föreligger någon skada enligt 20 kap. 6 § LOU. Kommunen har tydligt redovisat att ramavtalsupphandlingen inte är samma som avropet och att det som Ecenea anfört är direkt felaktigt. Ramavtalsupphandlingen och avropet är två separata upphandlingar, där Ecenea i den senare inte under någon del av

processen visat något som helst intresse för avropet. Ecenea har inte ställt någon fråga i upphandlingen. Inte heller har de hört av sig till kommunen på annat sätt gjort någon ansats till att påpeka att de anser att felaktigheter föreligger.

Enligt HFD 2022 ref. 4 måste en leverantör ha gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer. Ecenea har underlåtit att agera vilket är en förutsättning för att minska sin skada. De har således inte uppfyllt sin plikt att göra det som krävs för att minimera sin skada. I enlighet med angivet rättsfall är således inte skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU uppfyllt.

Det är också av vikt att påpeka att det inte föreligger några hinder för Ecenea att lämna något anbud. Ecenea är kvalificerade i det dynamiska inköpssystemet och har således fått vetskap om att avropet ska genomföras. Vidare uppfyller Ecenea samtliga krav som ställts i avropet. Inga av de påstådda fel som Ecenea påtalar hindrar dem från att lämna anbud. Eftersom avropet innehåller fasta priser kan inte heller dessa påstådda fel kunna påverka Ecenea att lämna deras mest fördelaktiga anbud. Det föreligger således inga som helst hinder för Ecenea att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och faktiskt vinna kontraktet i avropet.

Att det tar tid och resurser att lämna ett anbud är inget som kommunen ifrågasätter. Däremot att i stället välja att lägga tid och resurser på en överprövning anser kommunen är mycket anmärkningsvärt. Genom att lämna ett anbud i avropet finns en chans att faktiskt tilldelas ett kontrakt. Genom att inte göra det finns ingen chans alls att bli tilldelade kontraktet i avropet.

Vidare vill kommunen påpeka att för att det enligt 20 kap. 6 § LOU ska föreligga skada måste den skadelidande kunna visa på vilket sätt den ifrågasatta överträdelsen medför en skada. Det är svårt att se hur överträdelsen som Ecenea pekar på faktiskt skulle kunna leda till någon skada för dem.

Vad kommunen förstår har Ecenea framfört tre olika omständigheter för sin påstådda skada.

- i. Det första handlar om att kommunen skulle använt ett upphandlingsförfarande utan avtalsspärr för att kringgå möjligheterna till överprövning.
- ii. Det andra handlar om att Ecenea anser sig lida skada eftersom kommunen gör ett felaktigt avrop vilket hindrar framtida affärer.
- iii. Det tredje handlar om att utvärderingen omfattas av muntliga moment som inte kommer att spelas in eller lagras.

Den första omständigheten anser sig kommunen redan ha svarat på i tidigare yttrande.

Vad avser den andra omständigheten vill kommunen hänvisa till det tidigare framförda där det tydligt framgår att det inte föreligger några som helst hinder för Ecenea att lämna in anbud i detta avrop. Av praxis framgår att skaderekvisitet är uppfyllt trots att anbud inte är lämnat vid de fall ett anbud hade förkastats eller inte kunnat godtas på grund av att kraven för att delta hindrar ett deltagande. Sådana omständigheter föreligger inte i avropet.

Viss ledning torde därför kunna hämtas från HFD 2022 ref. 30 där domstolen ansåg att en leverantör som korrekt hade förkastats inte kunde uppfylla skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU avseende andra påstådda brister i upphandlingen. Eftersom leverantören i HFD-avgörandet inte hade något giltigt anbud för upphandlingen kunde inte andra fel i upphandlingen åberopas. I detta fall har Ecenea inte heller något anbud varför delar som inte påverkar själva anbudsgivningen inte heller kan ingå i skadebedömningen enligt 20 kap. 6 § LOU.

HFD 2022 ref. 4 har en hänvisning till HFD 2017 ref. 62 gällande skadeprövningen avseende 20 kap. 6 § LOU, även om HFD 2017 ref. 62 handlar om 20 kap. 4 § LOU. I en av kammarrättsmålen som föranledde HFD 2022 ref. 4 (Kammarrätten i Sundsvall mål nr 1150-20) återfinns i domskälen följande text med hänvisning till HFD-avgörandet från 2017 ”Det kan konstateras att den skada som bolaget gör gällande genom denna invändning inte hänför sig till möjligheten att erhålla det aktuella avtalet, utan till möjligheten att erhålla ett senare hypotetiskt avtal.”.

Det är tydligt att skadan ska ha en koppling till den aktuella upphandlingen och inte möjligheten till kommande upphandlingar.

Varken tillsammans eller var för sig är argumenten kring en felaktig användning av dynamiskt inköpssystem eller att det skulle hindra kommande affärer något som gör att rekvisiten för skada enligt 20 kap. 6 § LOU är uppfyllt. Den andra omständigheten som Ecenea åberopar kan inte användas för att påvisa att skada föreligger.

Slutligen är det Eceneas tredje omständighet kring de muntliga intervjuerna. Kommunen vill påpeka att intervjuerna, till skillnad mot vad Ecenea anger, kommer att spelas in. I punkt 3.4 i avropsdokumentet framgår klart och tydligt att intervjuerna kommer att spelas in. I övrigt anser kommunen att argumenten som framförs kan användas emot även den tredje omständigheten.

Skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU kan inte anses uppfyllt eftersom anbud inte är inlämnat och omständigheterna som åberopas inte avser själva anbudsinlämningen utan i stället andra delar av upphandlingen.

Ecenea

Ecenea framför slutligen i huvudsak följande.

Ecenea har tidigare visat att skadelidande enligt 20 kap. 6 § LOU inte är avhängig huruvida anbud har lämnats eller inte. En leverantör kan anses ha lidit eller kan komma att lida skada även om anbud inte har lämnats, och det är också av den anledningen som en leverantör kan anses ha talerätt enligt 20 kap. 4 § även för det fall anbud inte har lämnats. Det vore onaturligt om leverantören som avstått att lämna anbud får ansöka om överprövning, men inte kan anses lida skada enligt 20 kap. 6 § LOU.

Ecenea har tidigare redogjort utförligt för bolagets skadelidande med anledning av att kommunen brutit mot bestämmelser i LOU vid genomförandet av avropet. Ecenea har visat stort intresse att bli kommunens leverantör för upphandlingskonsulter, bland annat genom deltagande i den föregående upphandlingen. Ecenea har därefter ansökt om deltagande och kvalificerats i kommunens dynamiska inköpssystem. Ecenea har också, innan anbudstiden för det aktuella avropet gått ut, ansökt om överprövning och påtalat de nu aktuella bristerna.

Det finns inga belägg för att en brist enligt HFD 2022 ref. 4 I och II måste påtalas genom frågor och svar i upphandlingen. En brist kan lika gärna påtalas på andra sätt under anbudstiden, exempelvis genom ett meddelande till den upphandlande myndigheten eller genom en ansökan om överprövning. Det som enligt HFD 2022 ref. I och II ska tas i beaktande är huruvida leverantören väntat in tilldelningsbeslut innan bristen påtalas, för att i det fall man förlorar tilldelningen, påtala en brist och överpröva.

Det stämmer inte heller att bristen inte har påtalats under anbudstiden genom frågor och svar. Det är inte Ecenea som har ställt frågorna, utan andra anbudsgivare hann före. Med anledning av kommunens ignoranta svar, där inga förändringar gjordes för att komma till rätta med lagöverträdelsen, valde Ecenea att ansöka om överprövning direkt under anbudstiden.

I Frågor och svar, har flera frågor ställts av anbudsgivare vad gäller huruvida avropet avser ett kontrakt eller ett ramavtal, och kommunen har systematiskt svarat ”kontrakt” för att få genomföra avropet från det dynamiska inköps-systemet. Rimligtvis var och är kommunen medveten om att ett ramavtal inte får tilldelas genom avrop från ett dynamiskt inköpssystem, varför man trots invändningar felaktigt fortsatt att hävda att avtalet är ett kontrakt.

Det är rimligtvis också därför kommunen hittills inom ramen för detta mål inte har bemött omständigheten att avtalet som avropas är ett ramavtal och inte ett kontrakt. Det bör framhållas att kommunen inte heller har invänt mot det faktum att ett ramavtal inte får avropas genom ett dynamiskt inköpssystem. Kommunen är således medvetna om de rättsliga förutsättningarna, och har fått det påtalat att avtalet utgör ett ramavtal och inte ett kontrakt, men har valt att inte vidta rättelse utan fortsätta med avropet i strid mot LOU.

Det har med anledning av ställda frågor och svar som kommunen gett inte funnits någon anledning för Ecenea att ställa samma frågor igen, eller att ytterligare en gång påtala för kommunen att avropet utgör ett ramavtal och inte ett kontrakt. Det har med anledning av kommunens svar inte heller funnits anledning för Ecenea att lämna anbud, eftersom avropet så tydligt strider mot LOU.

För det fall kommunen hade valt att vidta själv rättelse när de genom frågor och svar blev uppmärksammade på bristerna, eller när de genom Eceneas ansökan om överprövning (under anbudstiden) fick meddelande om Eceneas inställning, hade Ecenea kunnat lämna anbud i det aktuella avropet.

Ecenea önskar också tydliggöra att Ecenea lider skada i det aktuella dynamiska inköpssystemet och det aktuella avropet som Ecenea är kvalificerad leverantör inom, och att den skadan är ytterst reell och inte hypotetisk. Endast det faktum

att Ecenea avstått att lämna anbud kan inte ge grund för att Eceneas skada inte är hänförlig till det aktuella dynamiska inköpssystemet och det aktuella avropet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Talerätt

Kommunen har gjort gällande att Ecenea saknar talerätt i målet, vilket bolaget tillbakavisat.

En leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada vid en offentlig upphandling får enligt 20 kap. 4 § LOU ansöka om överprövning av upphandlingen. Det är sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant (jfr HFD 2013 ref. 53). En leverantör har dock endast rätt att få en upphandling överprövad om denne har eller har haft ett intresse av att ingå avtal i upphandlingen (HFD 2017 ref. 62).

Det är ostridigt i målet att Ecenea inte har lämnat in något anbud i förevarande upphandling. Ecenea har dock ansökt om deltagande och kvalificerat sig i kommunens dynamiska inköpssystem och i stället valt att ansöka om överprövning redan under anbudstiden. Till detta ska även läggas den bakgrund som föreligger, att bolaget tidigare ansökt om överprövning och vunnit framgång i ramavtalsupphandlingen av upphandlingskonsulter. Domstolen finner med detta sagt att annat inte har framkommit än att bolaget får anses vara en leverantör i den mening som avses i LOU som har haft ett intresse av att ingå avtal i upphandlingen. Eftersom bolaget anser sig ha lidit skada på grund av det dynamiska inköpssystemet och det aktuella avropet, uppfyller bolaget förutsättningarna för att ha rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen. Ecenea har således talerätt i målet.

Överprövning

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

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53). Om så inte har skett saknas skäl för rätten att i övrigt pröva de omständigheter i sak som sökanden åberopar (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 18 december 2013 i mål nr 5044-13). Hur noggrant en sökande i mål om överprövning av upphandling måste förklara varför denne anser sig kunna lida skada beror på omständigheterna i det enskilda fallet. 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. Vidare måste den potentiella skadan vara orsakad av det påstådda felet i upphandlingen. Den skada eller risk för skada som leverantören åberopar ska hänföra sig till möjligheten att konkurrera i just den upphandling som begärs överprövad (HFD 2022 ref. 4).

Ecenea har valt att inte lämna något anbud i avropet, trots att bolaget är en kvalificerad leverantör i kommunens dynamiska inköpssystem. Kommunen har också i sitt yttrande till förvaltningsrätten anført att Ecenea uppfyller samtliga krav som ställts i avropet. Ecenea har gjort gällande att bolaget har avstått från att lämna anbud då avropet, enligt bolagets mening, genomförs i strid med LOU på ett sådant sätt att Ecenea och leverantörer i allmänhet lider skada.

Ecenea har därför valt att ansöka om överprövning under anbudstiden. Ecenea menar att bolagets skada är hänförlig till kommunens dynamiska inköpssystem och det nu aktuella avropet.

Med beaktande av de omständigheter som Ecenea har lagt till grund för sin talan kan förvaltningsrätten konstatera att Ecenea inte har klargjort, än mindre konkretiserat, hur de av bolaget åberopade felaktigheterna i upphandlingen har påverkat bolagets möjlighet att konkurrera i avropet. Det kan därutöver konstateras att den uppgivna skada som Ecenea uppger sig lida eller riskera att lida i första hand synes ta sikte på möjligheten att kunna konkurrera om eventuella framtida avrop från det dynamiska inköpssystemet. Med detta sagt, och då ett intresse av att delta i en kommande upphandling inte kan beaktas vid bedömningen av om en påstådd brist medfört skada eller risk för skada enligt 20 kap. 6 § LOU, finner domstolen att Ecenea inte kan anses ha visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada med anledning av de åberopade felen i upphandlingen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Ecenea inte kan anses ha klargjort på vilket sätt de påstådda felen medfört skada eller risk för skada för bolaget. Enbart påståendet om att bolaget och andra leverantörer riskerar att lida skada om kommunen tillåts genomföra avropet via det dynamiska inköpssystemet är inte tillräckligt för att bedöma att bolaget lidit eller riskerat att lida skada på ett sådant sätt som krävs enligt 20 kap. 6 § LOU. Vid denna bedömning saknas anledning att göra någon vidare prövning av det som bolaget åberopat som grund för att ett ingripande mot upphandlingen ska ske.

Eceneas ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Marika Pernu
rådman

Emil Bexelius har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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 den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma 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 infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, 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.

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 rätts-tillämpningen.
- 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.

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.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.



Hur man överklagar

KR-09

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga det till Högsta förvaltningsdomstolen. Överklagandet ska skickas till kammarrätten. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga 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 en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen senast den dag tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen är en lördag, söndag eller 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 Högsta förvaltningsdomstolen 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.

Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva ett överklagande. Högsta förvaltningsdomstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rätts-tillämpningen att överklagandet prövas, eller
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller kammarrättens beslut. Det är därför viktigt att du i överklagandet tar med allt som du vill föra fram.

Så här gör du

1. Skriv kammarrättens namn, målnummer och beslutsdatum.
2. Förklara vilken ändring du vill ha och varför du tycker att beslutet ska ändras.
3. Förklara varför du anser att Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd ovan).
4. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Bifoga de skriftliga bevis du hänvisar till om de inte redan finns i målet.
5. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer. Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om hur domstolen kan nå dig: e-postadresser, postadresser,

och telefonnummer. Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.

6. Skicka eller lämna in överklagandet till kammarrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Kammarrätten kontrollerar att överklagandet har kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet, och då står kammarrättens beslut fast.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar kammarrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta förvaltningsdomstolen.

Har du tidigare fått handlingar med förenklad delgivning kan även Högsta förvaltningsdomstolen skicka handlingar på detta sätt.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med kammarrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.