

Ramavtalsupphandlingar och öppenhetsprincipen – EU-domstolens avgörande i mål C-216/17 Coopservice

Sedan ställningstagandet publicerades har EU-domstolen den 17 juni 2021 meddelat dom i mål C-23/20 Simonsen & Weel. I domen utvecklar domstolen hur så kallade takvolymerna ska tillämpas i ramavtal.

EU-domstolen uttalar i domen bland annat att i meddelandet om upphandling ska anges uppskattad kvantitet och/eller uppskattat värde samt den största kvantitet och/eller det högsta värdet för de varor som ska levereras enligt ett ramavtal, och att ramavtalet inte längre har några verkningar när detta gränsvärde har nåtts.

Vi analyserar för närvarande domen och kommer sedan att revidera vårt ställningstagande.

Högsta förvaltningsdomstolen har även meddelat prövningstillstånd i några överprövningsmål rörande takvolymerna. Vi kan därför förvänta oss ytterligare utveckling av praxis.

Sammanfattning

Enligt Konkurrensverkets bedömning följer det av EU-domstolens dom den 19 december 2018 i mål C-216/17 (*Coopservice*) att en upphandlande myndighet som är part i ett ramavtal är skyldig att precisera den totala kvantitet och det högsta belopp som ramavtalet omfattar. Skyldigheten inkluderar att, så långt det är möjligt, göra en uppskattning av värdet eller storleksordningen och frekvensen på de efterföljande kontrakt som ska tilldelas med ramavtalet som grund. Detta innebär att den upphandlande myndigheten är skyldig att göra en rimlig uppskattning av det förväntade värdet och den förväntade kvantiteten. I och med avgörandet i *Coopservice* har EU-domstolen klargjort att uttrycket ”i tillämpliga fall” i artikel 1.5 i 2004 års direktiv (artikel 33.1 i 2014 års direktiv) innebär att angivelsen av kvantiteten av de varor eller tjänster som ramavtalet avser inte är frivillig. En annan tolkning skulle åsidosätta de grundläggande upphandlingsprinciperna.

Inledning

Syftet med offentlig upphandling är att säkerställa att offentliga medel utnyttjas på ett så effektivt sätt som möjligt samt att undanröja risken för att nationella anbudsgivare eller nationella anbudssökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt.¹ Genom att dra nytta av konkurrensen på den för upphandlingen aktuella marknaden säkerställer de upphandlande myndigheterna att offentliga medel används på ett effektivt sätt. Upphandlande myndigheter ska dra fördel av inköpsamordning och därigenom uppnå stordriftsfördelar i form av lägre priser och transaktionskostnader.²

Upphandlande myndigheter ska vid utformandet av upphandlingsdokumenten beakta principerna för offentlig upphandling genom att säkerställa att samtliga potentiella ekonomiska aktörer bland annat behandlas på ett öppet, likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Villkoren för tilldelningsförfarandet ska av den anledningen formuleras på ett klart, precist och entydigt sätt, så att normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå och tolka innebörden av dem på samma sätt.³

Korrekt utformade upphandlingsdokument ger den upphandlande myndigheten möjlighet att kontrollera att anbudet uppfyller upphandlingskriterierna, samtidigt som de ekonomiska aktörerna får en möjlighet att i konkurrens och på lika villkor lämna anbud i upphandlingen.⁴

Bakgrund och problemformulering

Efter en begäran om förhandsavgörande från Högsta förvaltningsdomstolen i Italien meddelade EU-domstolen den 19 december 2018 dom i mål C-216/17 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. arl mot Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST) m.fl. (Coopservice)*.

Den hänskjutande domstolen begärde ett förhandsavgörande för att få klarhet i huruvida en lokal hälso- och sjukvårdsmyndighet i egenskap av upphandlande myndighet fick tilldela ett kontrakt för tillhandahållande av vissa tjänster direkt till en leverantör, med vilken en annan motsvarande lokal myndighet hade ingått ett ramavtal dessförinnan. Det nationella målet rörde tillämpningen av ett ramavtal med en leverantör och samtliga villkor fastställda. Ramavtalet innehöll

¹ Se mål C-410/14, *Falk Pharma*, punkt 35 och där angiven praxis.

² Se skäl 59 i direktiv 2014/24/EU.

³ Se mål C-76/16 *Ingsteel och Metrostav*, punkt 34, i vilket EU-domstolen menar att det enligt principen om likabehandling krävs att anbudsgivare ges samma möjlighet att utforma sina anbud, vilket innebär att samma villkor ska gälla för alla anbudsgivare. Vidare uttalar domstolen att syftet med kravet på öppenhet, som är en följd av likabehandlingsprincipen, är att minimera risken för favorisering och godtycke från den upphandlande myndighetens sida. För ett liknande resonemang se även mål C-27/15 *Pizzo*, punkt 36.

⁴ Se mål C-42/13 *Cartiera dell'Adda*, punkt 44, mål C-496/99 *Succhi di Frutta*, punkt 108–111 och mål C-216/17 *Coopservice*, punkt 63.

en utvidgningsklausul som gjorde det möjligt för ett antal upphandlande myndigheter att ansluta sig till det i efterhand.

Den hänskjutande domstolens tolkningsfrågor kan sammanfattas enligt följande:

1. Har en upphandlande myndighet rätt att upphandla ramavtal på andra specifikt angivna upphandlande myndigheters vägnar, vilka inte direkt är parter i ramavtalet?
2. Har en upphandlande myndighet som inte har undertecknat ramavtalet men som är avropsberättigad rätt att underlåta att fastställa kvantiteten av de tjänster som kan beställas när den ingår efterföljande kontrakt eller att fastställa kvantiteten med hänvisning till dess ordinarie behov?

EU-domstolen fastslog avseende den första tolkningsfrågan att en upphandlande myndighet får handla för egen räkning och på andra specifikt angivna upphandlande myndigheters vägnar, vilka emellertid inte direkt är parter i ett ramavtal, förutsatt att kraven på offentliggörande, rättssäkerhet och följaktligen öppenhet iakttas.

När det gäller den andra tolkningsfrågan har Konkurrensverket dock uppmärksammat att det efter EU-domstolens avgörande i *Coopservice* råder en viss oklarhet avseende vilken information som ska finnas med i upphandlingsdokumenten vid ramavtalsupphandlingar och vilken betydelse sådana uppgifter har för möjligheterna att göra avrop från ett ramavtal. Konkurrensverket vill därför redogöra för hur vi som tillsynsmyndighet bedömer frågorna.

Avgränsningar

Ställningstagandet behandlar främst EU-domstolens resonemang avseende svaret på den andra tolkningsfrågan i *Coopservice*, nämligen frågan om de upphandlande myndigheter som inte har undertecknat ett ramavtal har rätt att underlåta att fastställa kvantiteten av de tjänster som kan beställas när de ingår efterföljande kontrakt eller att fastställa kvantiteten med hänvisning till deras ordinarie behov.

EU-domstolens förhandsavgörande i *Coopservice* grundas på en tolkning av reglerna i direktiv 2004/18/EG (2004 års direktiv). Sedan dess har direktiv 2014/24/EU (2014 års direktiv) trätt i kraft och ersatt det tidigare direktivet.⁵ Definitionerna av de olika typerna av ramavtal och de tillämpliga bestämmelserna är dock enligt Konkurrensverkets mening i allt väsentligt oförändrade, varför domstolens uttalanden i *Coopservice* blir lika giltiga i förhållande till 2014 års direktiv.⁶

⁵ Se artikel 91 i 2014 års direktiv.

⁶ Jfr skäl 60 i 2014 års direktiv och Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, tredje upplagan, s. 1105 och s. 1111 f.

Frågan om hur domen ska tolkas i förhållande till de övriga direktiv som finns på upphandlingsområdet behandlas inte inom ramen för detta ställningstagande. Ställningstagandet behandlar inte upphandlingar enligt 19 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) dvs. upphandlingar under tröskelvärdena eller upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2 och bilaga 2 a.

Om begreppet ramavtal

Ramavtal är en avtalsform som används i stor utsträckning,⁷ och som betraktas som en effektiv upphandlingsform.⁸ Ramavtal får anses vara en upphandlingsform som typiskt sett lämpar sig för situationer där en upphandlande myndighet med rimlig grad av säkerhet kan förutse framtida återkommande anskaffningsbehov och vill planera för det förutsedda behovet.⁹

Definitionen av ramavtal återfinns i 1 kap. 20 § LOU. Ramavtal definieras där som 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.

Ramavtal regleras vidare i 7 kap. LOU där lagstiftaren gör skillnad på olika typer av ramavtal:

1. ramavtal med en leverantör med samtliga villkor fastställda, se 7 kap. 4 § LOU,
2. ramavtal med flera leverantörer med samtliga villkor fastställda, se 7 kap. 5 § 1 LOU, och
3. ramavtal med flera leverantörer utan samtliga villkor fastställda, se 7 kap. 5 § 2 LOU.¹⁰

1 kap. 20 § LOU genomför artikel 33.1 i 2014 års direktiv i svensk rätt. Av artikeln framgår att ett ramavtal avser ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris, och i tillämpliga fall, uppskattade kvantiteter.¹¹

Distinktionen mellan ramavtal med eller utan samtliga villkor fastställda görs i engelskan med begreppen *framework contract* och *framework agreement*. Ett

⁷ Närmare 37 procent av de upphandlingar som annonserades 2017 avsåg ramavtal. Se Konkurrensverkets rapport 2018:9 Statistik om offentlig upphandling 2018.

⁸ Se skäl 60 i 2014 års direktiv, jfr även skäl 15 i 2004 års direktiv om effektiva upphandlingsmetoder och instrument.

⁹ Prop. 2015/16:195 del 1 s. 515.

¹⁰ Se även prop. 2015/16:195 del 1 s. 517 ff.

¹¹ Jfr även artikel 1.5 och skäl 11 i 2004 års direktiv.

framework contract är att likställa med ett offentligt kontrakt.¹² I Sverige används ramavtal som ett gemensamt begrepp både i LOU och i den svenska versionen av 2014 års direktiv.

Att skilja mellan offentliga kontrakt och ramavtal är inte alltid enkelt att göra.¹³ Prövningen får göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. När en upphandlande myndighet väl använder ett ramavtal och tilldelar kontrakt är den skyldig att hålla sig inom de ramar som ges av villkoren i ramavtalet. Detta gäller såväl ramavtal med samtliga villkor fastställda som ramavtal som inte har det.¹⁴ Huruvida ett villkor är fastställt eller inte bestäms av nationell rätt.¹⁵

Enligt skäl 61 i 2014 års direktiv bör ett ramavtal inte användas på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. På motsvarande sätt stadgas i 4 kap. 2 § LOU att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹⁶

Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Det sagda gäller även upphandlingar av ramavtal. I *Coopservice* har EU-domstolen tydliggjort vilken information som ska finnas med vid annonseringen av ramavtal genom att tolka relevanta artiklar i 2004 års direktiv.

EU-domstolens dom i Coopservice

Som framgår ovan är det den hänskjutande domstolens andra tolkningsfråga i *Coopservice* som särskilt berör frågan om vilka krav som ska ställas på upphandlingsdokumenten vad gäller fastställandet av kvantiteten av de tjänster som kan beställas.

Det bör noteras att EU-domstolen i domen skiljer på dels den upphandlande myndigheten som från början var part i avtalet, dels sådana anslutande upphandlande myndigheter som inte har undertecknat avtalet men som genom en uttrycklig angivelse i upphandlingsdokumenten har rätt att avropa från det. I det följande benämns dessa som ramavtalsparten respektive den anslutande myndigheten.

Med sin andra tolkningsfråga ville den hänskjutande domstolen få klarhet i frågan om den anslutande myndigheten har rätt att underlåta att fastställa

¹² Se EU-kommissionens tolkningsmeddelande avseende ramavtal, Explanatory note – Framework agreements – Classic Directive Document, Ref. Ares(2016)810203 – 16/02/2016, s. 4.

¹³ Prop. 2015/16:195 Del 1 s. 515. För skillnaden mellan offentliga kontrakt och ramavtal, samt vad som inte utgör ett offentligt kontrakt se mål C-410/14 *Falk Pharma* punkt 41–42 och mål C-9/17 *Tirkkonen* punkt 41.

¹⁴ A. prop. s. 514.

¹⁵ Se kommissionens Explanatory note, s. 3.

¹⁶ Se även artikel 18.1 andra stycket i 2014 års direktiv.

kvantiteten av de tjänster som kommer att kunna beställas när den senare ingår efterföljande kontrakt. Om svaret var nekande, dvs. att kvantiteten *måste* anges, undrade den hänskjutande domstolen om den anslutande myndigheten kan fastställa kvantiteten med hänvisning till myndighetens ordinarie behov.

EU-domstolens svar lyder i korthet att båda alternativen är uteslutna. Den anslutande myndigheten har inte rätt att underlåta att fastställa kvantiteten av de tjänster som kan beställas när den ingår efterföljande kontrakt. Den har inte heller rätt att enbart hänvisa till sitt ordinarie behov eftersom en sådan hänvisning inte är tillräckligt tydlig för en ekonomisk aktör med hemvist i en annan medlemsstat.¹⁷

I tillämpliga fall eller i samtliga fall?

Utgångspunkten för EU-domstolens bedömning i *Coopservice* är artikel 1.5 i 2004 års direktiv. I bestämmelsen definieras begreppet ramavtal. Bestämmelsen motsvaras i 2014 års direktiv av artikel 33.1 och har genomförts genom 1 kap. 20 § LOU.

I artikel 1.5 i 2004 års direktiv definieras ramavtal på följande sätt:

”ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.”

Enligt EU-domstolen kan man av uttrycket ”i tillämpliga fall” inte dra slutsatsen att angivelsen av kvantiteten av de tjänster som ramavtalet avser skulle vara frivillig.¹⁸ Den slutsatsen följer enligt EU-domstolen av såväl flera bestämmelser i 2004 års direktiv, som av öppenhets- och likabehandlingsprincipen.

De andra bestämmelser som EU-domstolen stödjer sig på, utöver artikel 1.5 i 2004 års direktiv, är artikel 9.3 och 9.9, artikel 32.3 och bilaga VII A till direktivet, punkt 6 c. Nedan redogörs för bestämmelserna var för sig och vilka slutsatser domstolen drar vid sin tolkning av dem.

I punkt 6 c i bilaga VII A till 2004 års direktiv specificeras vilken information som ska finnas med i annonser om offentliga upphandlingar i TED (databasen Tenders Electronic Daily), dvs. vad som gäller för upphandlingar över tröskelvärdet.¹⁹ I bestämmelsen anges att ett meddelande om upphandling ska innehålla ramavtalets planerade löptid, det totala beräknade värdet för tjänsterna under hela löptiden samt, i den utsträckning detta är möjligt, kontraktens värde och frekvens.

¹⁷ Se punkt 67 i domen.

¹⁸ Se punkt 57–58 i domen.

¹⁹ Utformningen och offentliggörandet av meddelanden om upphandling regleras i artikel 36 i 2004 års direktiv. Bestämmelsen och den tillhörande bilagan motsvaras i dag av artikel 51 och bilaga V del C artikel 10 a till 2014 års direktiv.

Med kontraktens värde och frekvens menas värdet och frekvensen av de enskilda avrop som görs från ramavtalet.

Hur ska ramavtalets värde beräknas och anges?

Nästa fråga är hur det totala värdet för ramavtalet ska beräknas. I artikel 9 i 2004 års direktiv hittar man reglerna om tröskelvärdesberäkning dvs. metoderna för hur det uppskattade värdet på offentliga kontrakt, ramavtal och dynamiska inköpssystem ska beräknas. Av artikel 9.9 framgår att ramavtal ska uppskattas till det högsta uppskattade värdet exklusive mervärdesskatt av samtliga planerade kontrakt under ramavtalets hela löptid.²⁰ Det är den upphandlande myndigheten som ska göra en rimlig uppskattning av ramavtalets högsta förväntade värde.²¹ Bestämmelsen genomförs i 5 kap. 14 § LOU.

Enligt EU-domstolen följer det redan av artikel 1.5 tillsammans med bilaga VII A punkt 6 c och artikel 9.9 i 2004 års direktiv, att ramavtalsparten dels är tvungen att precisera den totala kvantitet som kan komma att avropas genom efterföljande kontrakt, dels är tvungen att göra en uppskattning av värdet och frekvensen av vart och ett av de efterföljande kontrakten.²²

Ytterligare ett argument som EU-domstolen framhåller är lydelsen av artikel 32.3 i 2004 års direktiv. Bestämmelsen motsvaras av artikel 33.3 i 2014 års direktiv. Av artikeln följer att om ett ramavtal sluts med en enda ekonomisk aktör, ska efterföljande kontrakt tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Bestämmelsen reglerar alltså ramavtal med en leverantör där samtliga villkor är fastställda. Enligt EU-domstolen ska bestämmelsen förstås på så sätt att ramavtalet inte längre har någon verkan när den upphandlande myndigheten har avropat hela den totala kvantitet som anges i ramavtalet.²³

Det tredje argument som EU-domstolen framhåller för sin tolkning att uppgiften om kvantiteten av de tjänster som ramavtalet avser inte är frivillig är det faktum att bara en sådan tolkning uppfyller de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Enligt EU-domstolen skulle både öppenhets- och likabehandlingsprincipen åsidosättas om ramavtalsparten inte angav den totala kvantitet som avtalet avsåg.²⁴

Domstolen betonar att skyldigheten att agera på ett öppet sätt är särskilt viktig när det är fråga om efterföljande kontrakt till ramavtal eftersom det avseende sådana kontrakt inte föreligger någon underrättelseskyldighet om tilldelningsbeslut.²⁵

Enligt EU-domstolens bedömning skulle en motsatt tolkning kunna medföra att ramavtal används för att på ett konstgjort sätt dela upp kontrakt så att man

²⁰ Bestämmelsen motsvaras av artikel 5.5 i 2014 års direktiv.

²¹ Se Upphandlingsmyndighetens Vägledning om ramavtal och avrop inom LOU och LUF 2012:5, s. 27 och Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, tredje upplagan, s. 1116.

²² Se punkt 60 i domen.

²³ Se punkt 61 i domen.

²⁴ Se punkterna 62–65 i domen.

²⁵ Se punkt 65 i domen. Jfr artikel 35.4 i 2004 års direktiv och artikel 50.2 andra stycket i 2014 års direktiv.

hamnar under direktivets tröskelvärden. Den typen av förfarande står i strid med det så kallade uppdelningsförbudet i artikel 9.3 i 2004 års direktiv och i artikel 5.3 i 2014 års direktiv (jfr 5 kap. 6 § LOU).

Måste det anges ett tak?

EU-domstolen fastställer i *Coopservice* att den anslutande myndigheten inte har rätt att underlåta att ange kvantiteten av de tjänster som kommer att kunna beställas när den ingår efterföljande kontrakt. När det gäller ramavtalsparten tycks EU-domstolen ställa ytterligare krav. I punkt 66 i domen uttalar EU-domstolen att en sådan upphandlande myndighet redan från början är skyldig att ange kvantiteten *och det högsta beloppet* avseende de tjänster som ska omfattas av ramavtalet (Konkurrensverkets kursivering). Enligt domstolen utgör skyldigheten ett uttryck för förbudet att använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.²⁶

Konkurrensverkets bedömning

Det nationella målet som låg till grund för EU-domstolens dom i *Coopservice* rörde ett ramavtal med en leverantör och samtliga villkor fastställda. Direktivets krav på vad upphandlingsdokumenten ska innehålla gäller dock alla direktivstyrda upphandlingar av ramavtal, oavsett typ av ramavtal. Enligt Konkurrensverkets mening följer av avgörandet i *Coopservice* att ramavtalsparten är skyldig att precisera den totala kvantitet och det högsta belopp som ramavtalet omfattar. Skyldigheten inkluderar att, så långt det är möjligt, göra en uppskattning av värdet eller storleksordningen och frekvensen på de efterföljande kontrakt som ska tilldelas med ramavtalet som grund.

Med total kvantitet som kan komma att avropas avses enligt Konkurrensverkets bedömning den maximala kvantitet som kan förutses.²⁷ Skyldigheten måste ses i ljuset av att det är en inneboende egenskap hos ramavtal att parterna i avtalet inte förpliktar sig att beställa en i förväg fastställd volym av de aktuella varorna, tjänsterna eller byggentreprenaderna. Ett visst utrymme för flexibilitet måste också följa av att det vid upphandlingar av ramavtal typiskt sett föreligger en viss osäkerhet om vilka volymer som kommer att avropas under avtalsperioden. Kravet kan därför enligt Konkurrensverkets bedömning endast innebära att ramavtalsparten är skyldig att göra en rimlig uppskattning av det förväntade värdet, om än en nogsam sådan, och den förväntade kvantiteten.

Ytterligare en fråga som uppkommer och som domen inte uttryckligen ger vägledning om är dess konsekvenser för inköpscentraler. I det bakomliggande målet var det fråga om en form av samordnad upphandling men till synes inte en inköpscentral.²⁸ Mot bakgrund av att EU-domstolen tolkar direktivets

²⁶ Se artikel 32.2 femte stycket i 2004 års direktiv och skäl 61 i 2014 års direktiv.

²⁷ Jfr även Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, tredje upplagan, s. 1116 f.

²⁸ Se artikel 2.16 i 2014 års direktiv.

bestämmelser om ramavtal utifrån de allmängiltiga principerna om öppenhet och likabehandling är det rimligt att även ramavtalsupphandlingar som görs av inköpscentraler omfattas av skyldigheten att ange ramavtalets maximala kvantitet och värde. Konkurrensverket bedömer därför att domstolens uttalanden är generellt tillämpliga oavsett vem som genomför upphandlingen.

Skyldigheten inträder vid anslutning till ramavtalet

I sitt svar på den andra tolkningsfrågan konstaterar EU-domstolen att den anslutande myndigheten måste ange kvantiteten av de tjänster som den avser att avropa. Däremot föreligger en viss otydlighet när det gäller tidpunkten för när uppgiften måste lämnas. Är det redan när myndigheten ansluter sig till ramavtalet eller kan det ske senare, vid tidpunkten för avropet? Av EU-domstolens svar, där domstolen konstaterar att "det är uteslutet att de upphandlande myndigheter som inte har undertecknat ramavtalet underlåter att ange kvantiteten av de tjänster som kommer att kunna beställas när de senare ingår kontrakt som grundas på detta ramavtal" (Konkurrensverkets kursivering) drar Konkurrensverket slutsatsen att skyldigheten inträder när myndigheten ansluter sig till ramavtalet. En sådan tolkning får även stöd av vad som stadgas i artikel 35 i 2004 års direktiv (artikel 49 i 2014 års direktiv) om att meddelanden om upphandling ska användas som anbudsinfordran för alla förfaranden. Skyldigheten är särskilt viktig eftersom ramavtalsparten inte är skyldig att skicka något meddelande om resultatet av upphandlingsförfarandet för varje kontrakt som grundar sig på ramavtalet.²⁹ En annan slutsats skulle dessutom enligt Konkurrensverkets mening stå i strid med öppenhets- och likabehandlingsprincipen.

EU-domstolens uttalande att ett ramavtal med en leverantör och med samtliga villkor fastställda slutar ha verkan när dess maximala kvantitet har avropats innebär att ett avrop utöver den i avtalet angivna kvantiteten kan utgöra en otillåten direktupphandling, givet att det inte är fråga om en sådan tillåten ändring av avtal som uppfyller förutsättningarna i 17 kap. LOU.³⁰ En sådan otillåten direktupphandling kan ligga till grund för en ansökan om upphandlingsskadeavgift från Konkurrensverket enligt 21 kap. LOU. Enligt Konkurrensverkets mening bör uttalandet att avtalet slutar ha verkan förstås i en upphandlingsrättslig mening och inte i en avtalsrättslig sådan.

Ramavtalsparten bör dock inte sätta ett högsta tak som med oproportionerlig marginal överstiger det egentliga behovet när man anger den maximala kvantitet som kan komma att avropas på ramavtalet. Ett sådant förfarande, som skulle kunna ha påverkan på potentiella anbudsgivares beslut att delta i upphandlingen, skulle nämligen anses stå i strid med öppenhetsprincipen. Därtill anges i skäl 61 till 2014 års direktiv att ett ramavtal inte bör användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

²⁹ Jfr artikel 35.4 i 2004 års direktiv och artikel 50.2 andra stycket i 2014 års direktiv.

³⁰ Se även artikel 72 i 2014 års direktiv. Resonemanget förutsätter att det i övrigt saknas skäl att direktupphandla.

Kravet på förutsebarhet vid förnyad konkurrensutsättning

Det är däremot inte självklart hur långtgående slutsatser det går att dra av EU-domstolens uttalande om att ett ramavtal slutar ha verkan när dess maximala kvantitet har avropats när det är fråga om ramavtal *utan* samtliga villkor fastställda och där förnyad konkurrensutsättning ska ske.³¹ Å ena sidan följer det av de grundläggande unionsrättsliga kraven på öppenhet, likabehandling och förutsebarhet en skyldighet för upphandlande myndigheter att lämna klar och tydlig information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. Av informationen ska varje leverantör som överväger att lämna ett anbud kunna bedöma om det är affärsmässigt motiverat att göra det och hur anbudet i så fall ska utformas.³² Å andra sidan ligger det i sakens natur att det vid ramavtal med förnyad konkurrensutsättning inte föreligger samma förväntansbild på förutsebarhet; det enda leverantören med säkerhet kan veta är att det finns en viss möjlighet att leverantören tilldelas ett eller flera framtida kontrakt. Vid den typen av ramavtalsupphandlingar föreligger en inbyggd oklarhet för leverantörer, vilken inte i sig kan anses stå i strid med öppenhetsprincipen eller unionsrätten i övrigt.

I stället får bestämmelserna om ramavtal i 2014 års direktiv enligt Konkurrensverkets mening ge uttryck för en avvägning mellan leverantörers rätt till en så god öppenhet och förutsebarhet som möjligt och upphandlande myndigheters behov av att möjliggöra rationella och kostnadseffektiva anskaffningar av varor, tjänster och byggentreprenader för likartade och ofta återkommande behov. Mot bakgrund av de grundläggande principerna är det Konkurrensverkets bedömning att de resonemang om uppskattning av värde och kvantitet som EU-domstolen för i *Coopservice* även gäller ramavtalsupphandlingar med förnyad konkurrensutsättning.

³¹ Jfr punkt 61 i domen.

³² Se prop 2015/16:195 s. 516 och Kammarrätten i Stockholms dom den 12 februari 2016 i mål nr 6450-15.