



SÖKANDE

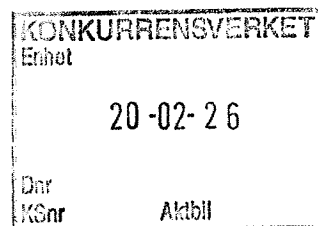
OCT Office and Computer Transport AB, 556269-7788

Ombud: Advokaterna Gabriella Fossum och Björn Nicolai
Advokatfirman Vinge KB

Box 11025
404 21 Göteborg

MOTPART

Riksarkivet
Box 125 41
102 29 Stockholm



SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett genom att ny prövning av anbud gjorts inför vilken Riksarkivet ska begära att Eterne AB förklarar sitt låga anbudspris och därefter pröva om anbudet ska förkastas enligt vad som föreskrivs i 16 kap. 7 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Riksarkivet genomför en upphandling av flyttjänster (dnr RA 2019/10715) genom förnyad konkurrensutsättning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU, som avrop från Kammarkollegiets ramavtal Flyttjänster, delområde Stockholms län (dnr 23.3-5425-16). Arkivet beslutade den 4 december 2019 att avtal skulle tecknas med leverantören Eterne AB.

OCT Office and Computer Transport AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse, i första hand på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska företas vid vilken Eterne AB:s anbud inte får beaktas, och i andra hand genom att en ny anbudsutvärdering ska företas. Bolaget anför bl.a. följande.

Eterne AB har använt sig av timpriser i den aktuella upphandlingen som strider mot villkoren i tillämpligt ramavtal, och dennes anbud ska därför förkastas. Av avsnitt 8.3.3 i avropsrutinen till ramavtalet framgår att prissättningen i upphandlingen inte får understiga i ramavtalet reglerade golvpriser, som anges i särskild bilaga. Upphandlingen är uppdelad i delområdena A, B och C. Riksarkivet har i den ifyllbara svarblanketten angivit egna uppskattningar för de aktuella delområdena. Delområde A är baserat på uppskattningarna det klart mest omfattande, och utgör enligt arkivets egen beräkning ca 80 procent av helheten. Av de tre anbud som lämnades i upphandlingen erbjöd två, bland dessa bolaget, anbudspriser i samma storleksordning som arkivets uppskattade totalpris. Eterne AB:s uppgick emellertid endast till ca 69 procent av det uppskattade beloppet. Detta är en väsentlig avvikelse från både vad arkivet uppenbarligen hade förväntat sig och de priser som erbjudits av övriga leverantörer. Dessa omständigheter innebär utan tvekan att Eterne AB:s anbud förefaller vara onormalt lågt, och arkivet borde ha krävt att leverantören skulle lämna en förklaring till detta enligt 16 kap. 7 § LOU.

Arbetstiden för delområde A får uppskattas till ca 15 100 timmar. Förutsättningarna för att beräkna tidsåtgång i upphandlingen är tydliga, då Riksarkivet i detalj har angett dels hur många team som ska arbeta med uppdraget, dels hur varje team ska vara sammansatt av olika kompetenser och dels att förväntat antal hyllmeter att packa är 150–200 hyllmeter. Att dessa förutsättningar är tydliga för samtliga anbudsgivare får anses styrkt av det förhållandet att Riksarkivets uppskattning och såväl bolagets som den tredje anbudsgivarens offererade totalpriser ligger mycket nära varandra. Baserat på den tidsåtgång som bolaget räknat ut innebär det att Eterne AB:s genomsnittliga ersättning per timme för delområde A, förutsatt att ersättningen motsvarar 80 procent av erbjudet totalpris, måste understiga samtliga ramavtalets golvpriser. Beaktas dessutom de övriga kostnader som ingår i deluppdraget, t.ex. kostnader för transportbilar och slitage av dessa, bränsle samt vägtullar, blir slutsatsen att Eterne AB:s timpriser måste vara ännu lägre. Även bortsett från dessa merkostnader krävs att Eterne AB kan utföra uppdraget på mer än 400 timmar mindre än bolaget för att timpriset ska överstiga golvpriset för t.ex. packmästare inom delområde A. I realiteten, med avdrag för andra kostnader än timkostnad, måste Eterne AB utföra uppdraget på betydligt kortare tid än så, vilket helt enkelt inte är möjligt.

Om delområde A utgör ca 80 procent av det totala uppdraget kvarstår endast ca 20 procent för delområde B och C, vilket beräknat på Eterne AB:s anbudspris endast motsvarar ca 68 procent av Riksarkivets uppskattade kostnad för dessa områden. Det innebär att Eterne AB:s timpriser för delområde B och C, beräknat på en total tidsåtgång om 6 400 timmar och givet att Eterne AB inte har några andra kostnader för uppdraget än ren arbetskraft, måste vara ännu lägre än för deluppdrag A, och vida understiga golvpriserna. Bolagets uppskattning av tidsåtgången baseras även här på förutsättningarna i upphandlingen och styrks av att såväl Riksarkivets som bolagets och den tredje anbudsgivarens prisberäkningar ligger mycket nära varandra.

Det kan således konstateras att Eterne AB inte erbjuder priser som är högre än tillämpliga golvpriser i upphandlingen, vilket innebär att dess anbud ska förkastas. I vart fall innebär Eterne AB:s låga timpris att det inte finns utrymme att betala kollektivavtalsenlig lön för transportledare. Även detta utgör ett skäl att begära in en förklaring till det låga anbudspriset enligt 16 kap. 7 § LOU, vilket inte har skett.

Bolaget kom på andra plats i anbudsutvärderingen och har därmed riskerat att lida skada på grund av att Riksarkivet agerat i strid med LOU.

Riksarkivet bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför följande. Eterne AB:s prissättning understiger inte ramavtalets golvpriser. Varken golvpriser eller riktpriser kan ges den innebörd som bolaget anför. Eterne AB:s anbud är inte onormalt lågt eftersom golvpriserna inte har understigits. Inte heller utan beaktande av golvpriser anser Riksarkivet att anbudet är onormalt lågt. Riksarkivet finner inte heller att anbudet av något annat skäl är onormalt lågt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Kan målet avgöras utan ytterligare kommunikering?

Innan ett mål i förvaltningsdomstol avgörs ska en part som huvudregel ha fått kännedom om det som tillförts målet av annan än parten själv och fått möjlighet att yttra sig över det (se 18 § förvaltningsprocesslagen [1971:291]).

Den därmed följande skyldigheten för domstolen att låta part ta del av allt relevant material i målet kan dock begränsas avseende en viss handling i den

utsträckning det utifrån hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagd uppgift i handlingen inte röjs. I sådana fall ska domstolen på annat sätt lämna parten upplysning om vad materialet innehåller i den utsträckning det behövs för att parten ska kunna ta till vara sin rätt och det kan ske utan allvarlig skada för det intresse som sekretessen är avsedd att skydda (jfr 19 § förvaltningsprocesslagen och 10 kap. 3 § första stycket offentlighets- och sekretesslagen [2009:400]).

Förvaltningsrätten har under handläggningen av målet inte låtit bolaget ta del av Eterne AB:s prisbilaga med hänvisning till de ovanstående bestämmelserna. Förvaltningsrätten har istället upplyst bolaget om att de timpriser som anges i prisbilagan inte understiger de golvpriser som framgår av bilaga 2 till Ramavtal Flyttjänster dnr. 23.3.5425-16 och berett bolaget möjlighet att yttra sig över detta.

Uppgifterna i handlingen har tidigare bedömts vara föremål för sekretess enligt 31 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen (se Kammarrätten i Stockholms dom den 23 januari 2019 i mål 8983-19). Denna sekretessbestämmelse gäller dock inte inom ramen för domstols rättskipande eller rättsvårdande verksamhet (se 43 kap. 3 § samma lag). I sådan verksamhet gäller istället sekretess enligt 36 kap. 2 § samma lag för uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftförhållanden om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs.

Den aktuella handlingen är av sådan karaktär att den omfattas av domstolens underrättelseskyldighet enligt 18 § förvaltningsprocesslagen. För att förvaltningsrätten ska kunna avgöra målet utan att bolaget fått ta del av den krävs således dels att den omfattas av sekretess enligt 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen, dels att det av hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att uppgifterna i den inte röjs för bolaget.

EU-domstolen har i dom den 14 februari 2008 i mål C-450/06 *Varec* uttalat bl.a. följande avseende sekretess i upphandlingsmål. De ekonomiska aktörerna ska kunna lämna all användbar information till de upphandlande myndigheterna utan att befara att dessa lämnar ut sådana uppgifter till tredje man som skulle kunna vara till skada för nämnda aktörer (punkt 36). I samband med en prövning av en offentlig upphandling ska prövningsorganet kunna besluta att inte lämna ut information i handlingar till parter och deras advokater, om detta är nödvändigt för att säkerställa skyddet för en sund konkurrens eller för de ekonomiska aktörernas legitima intressen (punkt 43). Det ska göras en avvägning mellan parternas rätt att få tillgång till information och andra ekonomiska aktörers rätt till skydd för sin konfidentiella information och sina affärshemligheter (punkt 51).

Det strider inte mot ordalydelsen av bestämmelserna i 10 kap. 3 § och 36 kap. 2 § OSL att tolka dem i enlighet med dessa uttalanden (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 april 2017 i mål nr 2851-16). Det innebär att utrymmet för att avstå från kommunikering med hänvisning till sekretess under omständigheterna är större än i många andra typer av mål som förekommer i förvaltningsdomstol.

Förvaltningsrätten anser att den aktuella handlingen innehåller uppgifter som omfattas av sekretess. Det får, i ljuset av EU-domstolens uttalanden, anses vara av synnerlig vikt av hänsyn till enskilt intresse att uppgifterna i den inte röjs för bolaget. Mot bakgrund av det anförda – och sedan bolaget upplysts om och fått tillfälle att yttra sig över handlingens innehåll i den utsträckning som bedöms vara nödvändigt för att det ska kunna ta till vara sin rätt i målet – anser förvaltningsrätten att ytterligare kommunikering inte är nödvändig.

Överprövning av upphandling

Förutsättningar för prövningen

Frågan i målet är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som bolaget har anfört. I mål om ingripande enligt LOU bär parterna själva som huvudprincip ansvaret för utredningen och domstolens prövning är begränsad till vad parterna har anfört (se RÅ 2009 ref. 69).

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter bl.a. behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iakttä principen om proportionalitet.

Bolaget har till stöd för sin ansökan om överprövning anfört dels att Eterne AB understigit tillåtna golvpriser i upphandlingen och dels att dennes anbud i vilket fall som helst är onormalt lågt och därför föranlett en förklaringsbörda enligt 16 kap. 7 § LOU.

Har ramavtalets golvpriser understigits?

I avsnitt 8.3.3 i ramavtalets avropsrutin anges enligt vilka kriterier avropade uppdrag ska tilldelas vid förnyad konkurrensutsättning. Under rubriken ”Pris” anges att priser inte får understiga i ramavtalet reglerade golvpriser. I bilaga 2 till ramavtalet finns lägsta tillåtna timpriser angivna för tjänsterna expressarbete, packmästare, arbetsledare samt flyttfordon. Minimipriserna

för personal faller inom spannet 302–328 kr per timme och för flyttfordon 423–484 kr.

I upphandlingens svarblankett fylls, utöver erbjudna totalpriser, timpriser för de olika tjänsterna som golvpriserna avser i. Eterne AB har i fråga om samtliga dessa tjänster uppgett priser som överstiger de föreskrivna golvpriserna.

Bolaget menar att Eterne AB erbjudit ett så lågt totalpris att, med hänsyn till den tidsåtgång som är nödvändig för att utföra uppdraget, den faktiska timkostnaden omöjlig kan överstiga golvpriserna. Detta påstående baserar sig emellertid helt och hållet på bolagets egen uppskattning av den minsta möjliga tidsåtgången, då någon sådan uppskattning inte återfinns i upphandlingsdokumenten. Bolaget har uppgett att denna beräkning med säkerhet kan göras utifrån Riksarkivets uppdragsbeskrivning, och att dess korrekthet ytterligare beläggs av att bolagets, den tredje leverantörens och Riksarkivets uppskattningar av kostnaden för uppdraget alla legat inom samma spann. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att det helt saknas information om hur någon av dessa beräkningar rent faktiskt gått till, varför de svårligen kan kontrolleras. Förvaltningsrätten anser vidare att en uppskattning av tidsåtgången baserat på informationen i upphandlingsdokumenten innehåller alldeles för många osäkerhetsfaktorer för att den ska kunna ges den exakta tillförlitlighet som bolaget tycks förespråka.

Utgångspunkten när en upphandlande myndighet ska bedöma om ett anbud uppfyller ställda krav är att anbudsgivaren lämnat korrekta uppgifter. En upphandlande myndighet har därför normalt inte något mer långtgående kontrollansvar än vad som följer av de krav som ställts upp i upphandlingsdokumenten (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 18 november 2016 i mål nr 2256-16).

Det som bolaget anfört i denna del visar inte att Eterne AB:s erbjudna priser understigit tillåtna golvpriser i upphandlingen. Det har därmed inte funnits någon skyldighet för myndigheten att förkasta det vinnande anbudet på denna grund.

Borde Riksarkivet begärt en förklaring enligt 16 kap. 7 § LOU?

Bolagets andra invändning gäller att Eterne AB – oberoende av om golvpriserna understigits – i vart fall påstås ha lämnat ett onormalt lågt anbud, vilket Riksarkivet borde bett denne att förklara.

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt är den upphandlande myndigheten skyldig att begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden, varefter anbudet ska förkastas om förklaringen inte bedöms tillfredställande (jfr 16 kap. 7 § LOU). Detta är ett uttryck för den upphandlande myndighetens skyldighet att se till att en upphandling är effektiv i den meningen att det ska säkerställas att leverans kan ske i enlighet med kontraktet (jfr prop. 2015/16:195 s. 794 f).

Det ankommer på den upphandlande myndigheten att i det enskilda fallet avgöra huruvida ett anbud i prishänseende är misstänkt lågt (jfr C-285/99 och C-286/99 *Lombardini och Mantovani*, punkt 55 och HFD 2016 ref 3).

Om en upphandlande myndighet underlåter att iaktta sin skyldighet att identifiera misstänkt låga anbud till men för upphandlingens effektivitet och med ökad risk för att oseriösa anbud antas bör denna brist kunna ligga till grund för ett ingripande enligt LOU. Utformningen av bestämmelsen i 16 kap. 7 § LOU ger den upphandlande myndigheten en förhållandevis stor frihet att avgöra vad som utgör ett onormalt lågt anbud. I mål där sökanden är en förlorande anbudsgivare som gör gällande att den vinnande anbudsgivarens anbud inte borde ha antagits utan att den upphandlande myndigheten

först begärt en förklaring bör det vara sökanden som har bevisbördan för att anbudet förefaller vara onormalt lågt (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 mars 2018 i mål nr 2895–2896-17).

I upphandlingens svarblankett anges Riksarkivets uppskattade kostnad för de olika deluppdragen, vilka sammanlagt uppgår till 8 150 000 kr.

Eterne AB har erbjudit ett totalpris för de tre deluppdragen som sammanlagt uppgår till ca 67 procent av den av myndigheten uppskattade totalsumman. Erbjudna priser för de separata deluppdragen uppgår till 50–70 procent av uppskattade belopp.

Bolagets totalpris uppgår enligt tilldelningsbeslutet till 7 275 105 kr, och den tredje leverantörens till 7 751 200 kr. Eterne AB:s totalpris uppgår till 5 601 270 och motsvarar således ca 72–76 procent av övriga anbudspriser i upphandlingen.

Riksarkivet har anfört att Eterne AB:s anbud inte kan anses vara onormalt lågt eftersom det ligger inom ramen för vad som är tillåtet med tillämpning av ramavtalets golvpriser. Det går, såsom ovan konstaterats, inte att utifrån tillgängligt underlag dra slutsatsen att de timvis föreskrivna golvpriserna understigs genom Eterne AB:s anbud. Förvaltningsrätten noterar dock att golvpriserna är satta av Kammarkollegiet på okänt underlag, och att deras förhållande till rådande marknadsersättning avseende den specifika uppdragstyp som nu är ifråga också den är okänd. Det framgår inte heller att de tjänster för vilka golvpriserna gäller är de enda kostnadskomponenterna i de aktuella uppdragen. Enbart den omständigheten att det inte har visats att golvpriserna understigits utesluter enligt förvaltningsrättens mening inte att anbudet betraktas om onormalt lågt, utan detta måste bedömas självständigt.

Eterne AB:s anbud är väsentligen lägre än de andra två anbuden i upphandlingen. Det är dock, med beaktande av det få antalet anbud och den upphandlande myndighetens generella frihet att inom rimliga gränser avgöra vad som är att anse som ett onormalt lågt anbud, svårt att enbart utifrån denna omständighet konstatera att myndigheten varit skyldig att ställa en fråga enligt 16 kap. 7 § LOU. Det aktuella anbudspriset avviker emellertid därutöver också kraftigt från de uppskattade priser för de olika deluppdragen som myndigheten själv i förväg beräknat. Det saknas visserligen information om hur myndigheten gått till väga för att göra den aktuella prisuppskattningen, och därmed hur tillförlitlig den kan antas vara. Det som bolaget anfört är dock enligt förvaltningsrättens mening tillräckligt för att anbudspriset ifråga, utifrån vad som är känt för domstolen, i någon mån ska framstå som anmärkningsvärt. Riksarkivet har i sin tur helt avstått från att bemöta bolagets resonemang. Bristen på information måste i detta avseende ligga myndigheten till last.

Förvaltningsrätten finner av ovanstående skäl att Eternes AB:s anbud är onormalt lågt, varför Riksarkivet borde ha bett bolaget förklara denna omständighet i enlighet med 16 kap. 7 § LOU.

Ingripande

Myndigheten har brutit mot en bestämmelse i LOU genom att inte på föreskrivet sätt begära in en förklaring från Eterne AB. Beroende på om en sådan förklaring bedöms tillfredställande kan kvalificeringen i upphandlingen komma att påverkas, med den möjliga utgången att bolaget tilldelas kontrakt istället för Eterne AB. Bolaget har således riskerat att lida skada genom den upphandlingsrättsliga bristen. Det betyder att det finns förutsättningar att ingripa mot upphandlingen.

Bolagets ansökan om överprövning ska således bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett, genom att ny prövning av anbuderna gjorts inför vilken Riksarkivet ska begära att Eterne AB förklarar sitt låga anbudspris och därefter pröva om anbudet ska förkastas enligt vad som föreskrivs i 16 kap. 7 § LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Babak Werngren
Förvaltningsrättsfiskal

Specialistföredraganden Veronica Montell 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 beslutets datum.

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 nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

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.