



SÖKANDE

ArkivIT AB, 556854-0883

Ombud: Juridiskt biträde Sten Lövrup och Biträdande jurist André Prentell

Fondia Legal Services AB

Birger Jarlsgatan 55

111 45 Stockholm

MOTPART

Stockholms stad, Stadsarkivet

Box 22063

104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-01-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Stockholms stadsarkiv (Stadsarkivet) genomförde en upphandling av e-arkivkonsulttjänster, diarienummer 2.4.1-13711/17. Upphandlingen avbröts i juni 2018 med hänvisning till otydligheter i förfrågningsunderlaget.

Stadsarkivet genomför nu en ny upphandling, ”Upphandling av e-arkivkonsult, Dnr 2.4.1-9180/18”. Upphandlingen avser ramavtal för arkivkonsulttjänster och genomförs som ett öppet förfarande. Kontraktet löper under ett år med möjlighet till förlängning med ytterligare tre år. Tilldelningsgrunden i upphandlingen har varit lägsta pris. Sex leverantörer har lämnat anbud i upphandlingen. Av fattat tilldelningsbeslut i upphandlingen framgår att Occident AB tilldelats ramavtalet såsom rangordnad etta.

YRKANDEN

ArkivIT yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas. Rättelsen ska bestå i att Occident AB:s anbud förkastas och att ArkivIT ska tilldelas avtalet såsom rangordnad etta. ArkivIT yrkar i andra hand att Stadsarkivets upphandling av e-arkivkonsulttjänster ska avbrytas och göras om.

Stadsarkivet bestrider ArkivIT:s yrkanden och menar att såväl upphandling, utvärdering och likabehandlingsprincip uppfyllt kraven i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Stadsarkivet anser därför att ArkivIT:s ansökan och yrkanden bör avslås och att avtal får tecknas i enlighet med den rangordning som tilldelningsbeslutet fastslår.

GRUNDER

ArkivIT anför i huvudsak följande som grund för sin talan. Det föreligger brister i kravuppfyllnaden avseende Occident AB:s anbud. Vidare har

Stadsarkivet infört ett krav avseende prissättning i syfte att reglera hur ArkivIT får prissätta sina tjänster. Obligatoriska krav som grundas på ett golvpris förhindrar leverantörer från att konkurrera med priset i de fall anbudens prissättning begränsas av skallkrav. Stadsarkivets kravställning leder åtminstone till att leverantörer behandlas olika. Mot bakgrund av att utvärderingsmodellen baseras på lägsta pris borde anbudsgivare vara fria att konkurrera med låga priser i enlighet med etablerad praxis. Mot bakgrund av att Stadsarkivet brutit mot likabehandlingsprincipen borde upphandlingen göras om. Oaktat bedömningen kring huruvida kravställningen missgynnat ArkivIT eller på annat sätt utformats i strid med likabehandlingsprincipen måste kravet om maximalt 20 procent variation anses vara oproportionerligt. Den angivna avtalstiden strider också mot transparens- och proportionalitetsprincipen. Hade ArkivIT fått behålla sin prissättning från den första upphandlingen till fullo, eller i alla fall inom någon av kategorierna ”projektledning” eller ”teknik”, hade ArkivIT med marginal haft det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudspriset. ArkivIT är därför skadelidande, eller riskerar att lida skada, av Stadsarkivets kravställning. Vid en förnyad upphandling har ArkivIT möjlighet att lämna ett nytt anbud och rangordnas högst. Även på denna grund är ArkivIT skadelidande.

Stadsarkivet bestrider ArkivIT:s yrkanden på i huvudsak följande grunder. Utvärderingen av de inkomna anbuden har utförts korrekt och vinnande anbud har uppfyllt alla ställda krav. Likabehandlingsprincipen har inte åsidosatts. Prisregleringen utgör inte någon begränsning i likabehandlingen och är inte oproportionerlig mot syftet och ändamålet med upphandlingen. Stadsarkivet har valt aktuell avtalsperiod utifrån behovet av ett flexibelt avtal och den är inte oproportionerlig.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47 samt HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 13 september 2013 i mål nr 4385-13). Förvaltningsrätten prövar därför först de brister som åberopats som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen.

Vad parterna anför

ArkivIT anför bl.a. följande. Den avbrutna upphandlingen hade i princip samma utformning som den som nu genomförs. Den enda skillnaden är att Stadsarkivet i den nya upphandlingen angivit en begränsning under punkten 5.2 avseende hur anbudsgivare får prissätta sina tjänster. Av kravet följer att skillnaden mellan högsta och lägsta timpris för de olika kompetensområdena

inte får variera med mer än 20 procent. Stadsarkivet har i all rimlighet infört kravet i 5.2 enbart i syfte att reglera hur ArkivIT får prissätta sina tjänster. I den ursprungliga upphandlingen hade ArkivIT lämnat priser med procentuellt relativt stora variationer medan övriga anbud inte ens varit i närheten av att variera med mer än 20 procent. Eftersom ArkivIT inte har samma konkurrensfördelar inom kompetensområdet ”arkivarie”, som inom de två övriga kompetensområdena, har ArkivIT tvingats jämna ut sina anbudspriser. Detta medförde att ArkivIT tvingades sänka sina priser inom kompetensområdet ”arkivarie” med över 20 procent för att kunna bibehålla ett någorlunda konkurrenskraftigt anbud, och höja sina priser i kompetensområdena ”projektledning” och ”teknik” med 87 procent respektive 19 procent. Skallkraven leder till att leverantörer behandlas olika. Mot bakgrund av att utvärderingsmodellen baseras på lägsta pris borde anbudsgivare vara fria att konkurrera med låga priser i enlighet med etablerad praxis. Mot bakgrund av att Stadsarkivet brutit mot likabehandlingsprincipen borde upphandlingen göras om.

Kravet om maximalt 20 procent variation måste oavsett anses vara oproportionerligt. Det finns inget försvarbart syfte med att begränsa leverantörernas möjlighet till fri prissättning på det sätt som Stadsarkivet gjort. Kravet har ingen som helst koppling till upphandlingsobjektet, vare sig ur ett kvalitets-säkringsperspektiv eller ur ett ekonomiskt perspektiv. Det är således väldigt otydligt vad syftet med Stadsarkivets begränsande kravställning är. De olika kompetensområdena är av så pass olika slag att det faller sig naturligt att en viss prisdifferens föreligger områdena emellan. Det finns därför ingen rimlig anledning till att prissättningen inom de olika kompetensområdena måste överensstämma i den utsträckning som Stadsarkivet krävt. Upphandlande myndigheter har en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud om anbudsgivare inte på ett tillfredsställande sätt kan förklara sina onormalt låga priser. Stadsarkivet tycks ha försökt komma runt vad som utgör tvingande lagstiftning enligt LOU. Att utforma sin kravställning i syfte att eventuellt

slippa behöva tillämpa dessa tvingande regler kan inte på något sätt vara varken lämpligt, effektivt eller nödvändigt. Den negativa effekten av Stadsarkivets kravställning är uppenbar. ArkivIT har inte tillåtits att lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud utan risk för att uteslutas. Den negativa effekten i relation till det obefintliga, alternativt högst olämpliga, syftet måste sammantaget innebära att Stadsarkivets kravställning är i strid med proportionalitetsprincipen.

Stadsarkivet anför bl.a. följande. Anledningen till att den första upphandlingen avbröts var att man vid utvärderingen fann otydligheter i förfrågningsunderlaget, vilket ledde till felaktigheter i anbuden. Ingen begärde överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen. Ett förtydligande gjordes därefter kring prissättning men detta var inte riktat mot ArkivIT. Förfrågningsunderlaget förtydligades även vad gäller beskrivning av antalet tekniska resurser. Justeringen kring prisregleringen anger inte något golvpris och utgör inte någon begränsning i likabehandlingen. Den är inte heller oproportionerlig mot syftet och ändamålet med upphandlingen. Förutsättningar i den omgjorda upphandlingen har varit likadana för alla anbudsgivare och således inte riktade mot någon som begränsning. Det har stått ArkivIT fritt att prissätta sina tjänster på lika villkor som alla andra. De har därmed kunnat konkurrera med lågt pris genom att prissätta på ett sådant sätt att anbudets totalvärde skulle hamna på samma nivå som i första upphandlingen. Likabehandlingsprincipen har inte åsidosatts på något sätt. Det justerade förfrågningsunderlaget avseende prissättning har inte ställt några högre krav på anbudsgivare utan har skett för att uppnå en realistisk prissättning som syftar till att anbudsgivare inte bryter mot några arbetsrättsliga skyldigheter utifrån 16 kap. LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt Högsta förvaltningsdomstolen, HFD, är det i princip inte förenligt med upphandlingslagstiftningen att ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå anses oskäligt lågt och därför inte kommer att antas. Ett sådant krav står i strid med likabehandlingsprincipen. Enligt HFD ska istället ett anbud, som den upphandlande myndigheten uppfattar grundas på ett onormalt lågt pris, utvärderas efter ett sådant kontradiktoriskt förfarande som föreskrivs i 12 kap. 3 § i den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (se HFD 2018 ref. 50).

I det nu aktuella målet är det inte fråga om något rent golvpris. I förfrågningsunderlaget punkt 5.2 anges bl.a. följande. ”Skillnaden mellan högsta och lägsta timpris för de olika kompetensområdena får ej variera med mer än 20 %.” Frågan är då om denna typ av begränsning av leverantörers möjlighet att fritt lämna ett anbudspris kan anses vara tillåten.

I HFD 2018 ref. 50 resonerade HFD på följande sätt. En leverantör som exempelvis kan dra nytta av betydande stordriftsfördelar eller som önskar pressa sina vinstmarginaler för att kunna ta sig in på en viss marknad kan vilja konkurrera med ett lågt pris. Ett obligatoriskt krav som grundas på ett golvpris förhindrar emellertid leverantören från att konkurrera med priset eftersom anbud under golvpriset automatiskt utesluts. Ett sådant förfarande kan därför leda till att leverantörer behandlas olika. Ett golvpris innebär också att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra. Myndigheten kan inte heller bedöma om ett anbud med ett lågt pris är seriöst menat. Det är därför i princip inte förenligt med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling att ange ett golvpris. Även bestämmelsen om utvärdering av onormalt låga anbud i 12 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling är ett uttryck för likabehandlings-

principen. Av den bestämmelsen framgår att den upphandlande myndigheten har möjlighet att förkasta ett anbud först efter det att myndigheten skriftligen har begärt att leverantören förklarar det låga priset och inte fått ett tillfredsställande svar. Detta kontradiktoriska förfarande syftar till att skydda en leverantör från den upphandlande myndighetens godtycke och att säkerställa en sund konkurrens mellan leverantörer. Den upphandlande myndighetens bedömning av om förklaringarna är godtagbara och anbudet, trots det låga priset, är seriöst menat ska därför göras i varje enskilt fall med hänsyn till kontraktsföremålet (jfr HFD 2016 ref. 3 I och II), och inte genom automatisk uteslutning.

Enligt förvaltningsrättens mening är det uppställda kravet tydligt formulerat och kan inte uppfattas på annat sätt än att anbud vars timpriser för de olika kompetensområdena varierar med mer än 20 procent kommer att uteslutas. Att Stadsarkivet inte uttryckligen har angivit detta i upphandlingsdokumenten förändrar inte förvaltningsrättens bedömning.

Kravet på att timpriserna för de olika kompetensområdena inte får variera mer än 20 procent har enligt ArkivIT fått till följd att bolaget tvingats justera sina priser i den nya upphandlingen. Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta att ArkivIT därför inte har kunnat dra nytta av de konkurrensfördelar man haft på vissa kompetensområden. Enligt förvaltningsrättens mening förhindrar det obligatoriska kravet leverantörer från att konkurrera med priset på motsvarande sätt som ett golvpris gör. I båda fallen utesluts anbuden automatiskt om kraven inte uppfylls. På samma sätt som gäller för golvpriser har den nu aktuella begränsningen även förhindrat Stadsarkivet från att bedöma anbuden i verklig konkurrens med varandra. Förvaltningsrätten anser således att Stadsarkivet, genom att uppställa ett obligatoriskt krav avseende begränsning av variation av priserna, har brutit mot lika-behandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU.

ArkivIT har i den tidigare upphandlingen lämnat lägre priser än i den nuvarande upphandlingen. Det är inte orimligt att anta att ArkivIT även i den nya upphandlingen hade erbjudit lägre priser om Stadsarkivet hade underlåtit att ange en begränsning av prissättningen. ArkivIT har därmed visat att de i vart fall har riskerat att lida skada av det uppställda kravet.

Sammanfattningsvis kan det således konstateras att Stadsarkivet har brutit mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU genom att uppställa de aktuella begränsningarna av anbudspriserna. ArkivIT har i vart fall riskerat att lida skada av det uppställda kravet. Då bristen har påverkat det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva övriga invändningar från ArkivIT.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-5).

Terese Danielsson
Rådman

Erica Malmgren 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.

