

2
FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM

DOM
2018-01-19
Meddelad i Stockholm

1
Mål nr
18846-17

Avdelning 33

Dok.Id 933349

SÖKANDE

Flood Herslow Holme Advokatbyrå AB, 556874-6597
Box 7615
103 94 Stockholm

MOTPART

E-Hälsomyndigheten
Sankt Eriksgatan 117
113 43 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

| | |
|------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKE | |
| 2018-01-19 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 933349

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag-fredag

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

E-Hälsomyndigheten genomför en upphandling av ramavtal för juridiska tjänster, dnr 2017/02398. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande i enlighet med lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Genom tilldelningsbeslut den 3 augusti 2017 antogs tre rangordnade leverantörer. Som första leverantör i rangordningen antogs Hellström Advokatbyrå Kommanditbolag (Hellströms). Som andra leverantör i rangordningen antogs Flood Herslow Holme Advokatbyrå AB (FHH).

FHH ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att en förnyad utvärdering görs där Hellströms anbud inte beaktats. I andra hand yrkar FHH att upphandlingen ska göras som. Till stöd för sin ansökan anför FHH bl.a. följande. Hellströms har lämnat ett anbud med onormalt låga anbudspriser och har inte på tillfredsställande sätt förklarat de låga priserna. Hellströms har i tidigare upphandlingar avseende juridiska tjänster lämnat anbud med onormalt låga priser, särskilt för vissa kompetensnivåer. Så är även fallet i förevarande upphandling. Den timtaxa som Hellströms tidigare har lämnat har varit onormalt låg och kan jämföras med timkostnadsnormen för rättshjälpsbiträde. Advokatsamfundet har genom remiss till Justitiedepartementet uppgett att Advokatsamfundet anser att timkostnadsnormen är för låg och att Statskontorets beräkning av kostnaden för en juristtimme är för låg. Av detta torde tydligt framgå att Hellströms offererade priser är onormalt låga. I förevarande upphandling som genomförs av E-hälsomyndigheten så framgår av utkast till ramavtal (som anbudsgivare har att godkänna och som ska ligga till grund för ramavtalet) att de angivna timpriserna ska inkludera samtliga med uppdraget förenade kostnader. De av Hellströms lämnade timpriserna kommer inte ens att täcka kostnaderna för att driva en advokatbyrå. Kostnaderna kommer att överstiga intäkterna. Det är inte möjligt att upprätthålla någon vinstmarginal med de

av Hellströms lämnade anbudspriserna. Timpriserna som Hellströms lämnat är onormalt låga, något som även bekräftas av att E-hälsomyndigheten begärt in förklaring till Hellströms anbudspriser. Vid bedömningen av den förklaring som Hellströms lämnat ska det beaktas att juridiska tjänster som tillhandahålls av advokatbyråer i flera avseenden är tämligen homogena och att prisbilden inom branschen är tämligen likartad. Det är inte möjligt att använda särskilt kostnadseffektiva metoder för att lämna juridisk rådgivning eller att utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra ett kontrakt avseende juridiska tjänster. Hellströms svar saknar affärsmässighet och ger istället befogad anledning att anta att upphandlingen inte kommer få avsett resultat. Av betydelse är även att upphandlingen omfattar skatterätt. Hellströms erbjuder inte skatterätt som ett eget kompetensområde utan Hellströms måste inhämta kompetensen genom underleverantör. I förhållande till en sådan underleverantör är det för Hellströms nödvändigt att utge marknadsmässig ersättning. Hellströms har inte på ett tillfredsställande sätt förklarat varför Hellströms accepterar att ta förluster som därvid uppkommer. Det kan även hållas osäkert hur Hellströms med hänsyn till sina priser skulle kunna fullgöra sina skyldigheter i miljö- social- eller arbetsrättsliga avseenden. De kraftigt låga priserna är omständigheter som tyder på att Hellströms anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven angående personalresurser i punkt 2.1.3.2 i förfrågningsunderlaget. Det kommer inte vara möjligt för Hellströms att tillhandahålla de angivna resurserna med de priser som Hellström offererat. Effekten kommer istället bli att Hellströms kommer välja sådana avrop som passar Hellströms. Ramavtalet ger inte E-Hälsomyndigheten rätt att säga upp avtalet med Hellströms i en sådan situation utan Hellströms kommer istället kunna lämna anbudssvar för lukrativa uppdrag där Hellströms kan tillämpa en högre timkostnadsnorm medan uppdrag som förutsätts utföras av personer som har onormalt låga priser i själva verket aldrig kommer utföras. Hellströms har vid fakturering i andra upphandlingar inte angett vilka timpriser som har tillämpats utom i undantagsfall. I de situationer då Hellströms har angett priser har Hellströms

inte debiterat enligt sina lägre priser. Utifrån fakturorna kan konstateras att det krävs ett stort antal timmar i samtliga ärenden, även de ärenden som endast innefattat begränsade åtgärder, för att komma upp i de priser som Hellströms debiterat.

Om Hellströms inte har kunnat redogöra för särskilda omständigheter som påvisar att Hellströms är särskilt konkurrenskraftigt eller att Hellströms av någon annan anledning har större möjligheter att offerera särskilt låga priser skulle Hellströms gå med förlust med de priser som Hellströms har offererat. Hellströms anbud uppfyller inte samtliga ställda obligatoriska krav och skulle därför rätteligen ha diskvalificerats. Genom att utvärdera anbudet och tilldela Hellströms kontrakt har E-Hälsomyndigheten brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet. Detta har inneburit skada eller risk för skada för FHH då FHH, om Hellströms anbud hade diskvalificerats, skulle ha rangordnats som nummer ett i upphandlingen istället för Hellströms.

E-Hälsomyndigheten bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Hellströms har inte lämnat onormalt låga anbudspriser och har på ett tillfredsställande sätt redovisat en förklaring till E-Hälsomyndigheten gällande sina priser. Grund för att förkasta Hellströms anbud har därför inte förelegat eftersom Hellströms anbud även i övrigt uppfyllt samtliga ska-krav. E-Hälsomyndigheten kan därmed inte anses ha brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU på sådant sätt att FHH har lidit skada eller kan komma att lida skada.

Det kan inledningsvis konstateras att det i och för sig inte föreligger något hinder för en anbudsgivare att tillämpa en fri prissättning. I förevarande fall har Hellströms offererat ett pris gällande en tjänstekategori som i förhållande till andra anbudsgivare var lågt. Mot denna bakgrund gjordes en begäran om förklaring till prissättningen och den förklaring som Hellströms

lämnade är enligt E-Hälsomyndigheten godtagbar. E-Hälsomyndigheten delar inte FHH:s uppfattning att det av Hellströms offererade anbudspriset för den aktuella tjänstekategorin var onormalt lågt. Det förhållandet att advokatbyråer tillämpar en prissättning för juniora medarbetare understigande ”timkostnadsnormen” torde vara vanligt förekommande, särskilt i upphandlande avtal med stat och kommuner. Det offererade priset i sig är inte så lågt att det kan antas leda till att Hellströms inte kommer att kunna fullgöra sina skyldigheter i miljö-, social- eller arbetsrättsliga avseenden. Även om domstolen skulle komma fram till att Hellströms anbud var onormalt lågt så är det E-Hälsomyndighetens uppfattning att det inte strider mot de grundläggande principerna att anta det anbud som har lägst pris. En överträdelse mot det upphandlingsrättsliga regelverket borde endast uppstå om E-hälsomyndigheten skulle finna det sannolikt att Hellströms skulle frångå sitt offererade pris vid framtida avrop. E-Hälsomyndigheten finner inte skäl att anta att Hellströms skulle ange ett pris som inte är seriöst menat och att de skulle frångå detta vid ett aktuellt framtida avrop och därmed inte leverera enligt villkoren i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

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

Av 16 kap. 7 § LOU framgår bl.a. att om ett anbud förefaller vara onormalt lågt ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden samt att myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Det framgår även att en upphandlande myndighet också ska förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 4 kap. 1 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). 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.

FHH har anfört att Hellströms har lämnat ett anbud med onormalt låga anbudspriser och har inte på tillfredsställande sätt förklarat de låga priserna samt att de kraftigt låga priserna är omständigheter som tyder på att Hellströms anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven angående personalresurser i punkt 2.1.3.2 i förfrågningsunderlaget.

E-Hälsomyndigheten har anfört att Hellströms på ett tillfredsställande sätt har redovisat en förklaring gällande sina priser och att Hellströms anbud även i övrigt uppfyllt samtliga ska-krav.

I punkt 2.1.3.2 *Personalresurser* i förfrågningsunderlaget anges följande:

Anbudsgivaren ska kunna tillhandahålla en (1) jurist per nedanstående kompetensnivåer och per rättsområde som anges under avsnitt 1.4.2, som ska uppfylla nedanstående krav.

- Kompetensnivå 3
Personen ifråga ska vara advokat med minst tio års erfarenhet av kvalificerat juridiskt arbete inom det aktuella rättsområdet.
- Kompetensnivå 2
Personen ifråga ska vara advokat/jurist med minst fem års erfarenhet av kvalificerat juridiskt arbete inom det aktuella rättsområdet.
- Kompetensnivå 1
Personen ifråga ska vara jurist med minst ett års erfarenhet av kvalificerat juridiskt arbete inom det aktuella rättsområdet.

Anbudsgivaren ska till anbudet bifoga en beskrivning som visar hur ovanstående krav uppfylls.

Beskrivningen ska tydligt visa på att anbudsgivaren har kapacitet att erbjuda personer med kompetensnivå 1-3 inom samtliga rättsområden som anges under avsnitt 1.4.2.

Anbudsgivaren ska vidare till anbudet bifoga CV för föreslagna personer inom kompetensnivå 3 för samtliga rättsområden. Av CV ska det tydligt framgå att ovanstående krav uppfylls.

I punkt 1.4.2. *E-Hälsomyndighetens identifierade rättsområden* anges följande rättsområden.

- i) Allmän affärsjuridik
- ii) IT-rätt
- iii) Immaterialrätt (inklusive licensavtalsskrivning)
- iv) Integritetsfrågor/PUL/GDPR
- v) Konkurrensrätt/marknadsrätt
- vi) Offentlig upphandling
- vii) Arbetsrätt
- viii) Skatterätt

FHH har hos förvaltningsrätten framställt yrkanden om edition avseende Hellströms anbud och den förklaring Hellströms lämnat till sina anbudspri- ser samt att förvaltningsrätten i annat fall skulle besluta att inhämta Hell- ströms anbudshandlingar. Förvaltningsrätten avslog yrkandet om edition

men beslutade att inhämta de aktuella handlingarna till följd av förvaltningsrättens utredningsskyldighet.

Innan ett mål 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. Denna underrättelseskyldighet begränsas dock av 10 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen, OSL. Detta framgår av 18 och 19 §§ förvaltningsprocesslagen, FPL.

Av 10 kap. 3 § OSL framgår att sekretess inte hindrar att en enskild som är part i ett mål i en domstol och som på grund av sin partsställning har rätt till insyn i handläggningen, tar del av en handling i målet. En sådan handling får dock inte lämnas ut till parten i den utsträckning det av hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagd uppgift i materialet inte röjs. I sådana fall ska myndigheten 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 ska skydda.

Enligt 36 kap. 2 § OSL gäller sekretess hos domstol i mål i domstolens rättsskipande eller rättsvårdande verksamhet 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.

De inhämtade handlingarna är i huvudsak av sådan karaktär att de omfattas av underrättelseskyldighet enligt 18 § FPL. För att förvaltningsrätten ska kunna avgöra målet utan att FHH fått kännedom om dem och möjlighet att yttra sig över dem, krävs således dels att de omfattas av sekretess enligt 36 kap. 2 § OSL, dels att det av hänsyn till enskilt intresse är av synnerlig vikt att uppgifterna i dem inte röjs för FHH. Dessa bestämmelser ska här tolkas i

ljuset av EU-rätten så långt det är möjligt utan att tolkningen strider mot deras ordalydelse (jfr HFD 2015 ref. 55).

Dåvarande EG-domstolen har i dom den 14 februari 2008 i mål C-450/06 (*Varec*) uttalat bl.a. följande. 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 (p. 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 (p. 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 (p. 51).

Kammarrätten i Jönköping har i sitt avgörande i mål 2851-16 kommit till slutsatsen att det inte skulle strida mot ordalydelsen av bestämmelserna i 10 kap. 3 § och 36 kap. 2 § OSL att tolka dem i enlighet med dessa uttalanden. Förvaltningsrätten gör samma bedömning. Det innebär att utrymmet för att avstå från kommunikering med hänvisning till sekretess i den aktuella situationen i upphandlingsmål är större än i många andra typer av mål som förekommer i förvaltningsdomstolar.

Förvaltningsrätten noterar att FHH har hos E-Hälsomyndigheten begärt att i sin helhet få ta del av Hellströms anbud och korrespondens avseende offerrade priser. E-Hälsomyndigheten avslog FHH:s begäran den 18 augusti 2017. FHH har hos Kammarrätten i Stockholm överklagat detta beslut och vidhållit sin begäran. Kammarrätten har i dom meddelad den 29 november 2017 i mål 5721-17 avslagit överklagandet med hänvisning till att kammarrätten anser att de uppgifter som FHH vill ta del av, dvs. prisuppgifter och

underlaget för dessa, är av sådant slag att det kan antas att Hellströms lider skada om uppgifterna röjs.

Mot denna bakgrund, och då även förvaltningsrätten gör bedömningen att de åberopade handlingarna inte kan kommuniceras och att det inte heller i övrigt kan lämnas närmare upplysning om anbudet eller förklaringens innehåll utan att Hellströms lider allvarlig skada, beslutar rätten därmed att ytterligare kommunikering inte är möjlig.

Förvaltningsrätten har inhämtat Hellströms anbud samt den förklaring Hellströms lämnat avseende prissättningen. Förvaltningsrätten har vid granskningen av dessa handlingar inte funnit något som tyder på att Hellströms anbud inte uppfyller de i upphandlingen obligatoriska kraven, att den förklaring som Hellström lämnat till sina priser inte är godtagbar eller att priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter. Här vill förvaltningsrätten särskilt framhålla beträffande det av FHH åberopade förhållandet att Hellströms inte erbjuder skatterätt som ett eget kompetensområde utan behöver inhämta sådan kompetens genom underleverantör att vad Hellströms angett och förklarat i denna del inte innefattar något åsidosättande enligt LOU av kravet i upphandlingsunderlaget. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Allan Johansson
Rådman

Madeleine Pettersen har handlagt målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.