



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

DOM

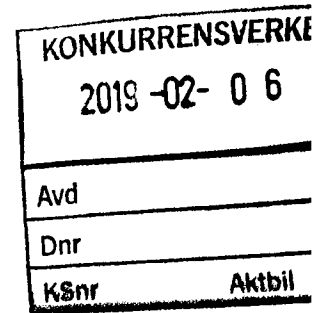
2019-02-06

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (8)

Mål nr

28789-18



SÖKANDE

Movare AB, 556963-0139

Ombud: Advokaterna Markus Garfvé och Fredrik Winroth
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

Riksarkivet
Box 125 41
102 29 Stockholm

SAKEN

Överprövning av ett avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Movare AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 20 december 2018 upphör
därmed att gälla.

Dok.Id 1061319

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd20.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND

Riksarkivet ingick den 1 maj 2017 ett ramavtal med tre leverantörer, varav Movare AB (bolaget) och GLC Flytt AB (GLC) var två av dem. Enligt ramavtalet har Riksarkivet rätt att avropa flyttjänster från det. Den 29 september 2018 lämnade Riksarkivet en avropsförfrågan genom ramavtalet avseende flyttjänst till Landsarkivet i Göteborg, enligt vilket tilldelning skulle ske efter förnyad konkurrensutsättning. Bolaget och GLC lämnade avropssvar vid den förnyade konkurrensutsättningen. Riksarkivet fattade den 29 november 2018 tilldelningsbeslut och GLC tilldelades kontraktet. Riksarkivet tillämpade inte någon frivillig avtalsspärr. Riksarkivet och GLC tecknade den 4 december 2018 avtal avseende flyttjänster till Landsarkivet i Göteborg, Dnr RA 2018/8666. Av tilldelningsbeslutet framgår att GLC uppfyller samtliga krav i avropsförfrågan och har det lägsta priset samt att den tredje leverantören inte kvalificerades för utvärdering.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att det aktuella kontraktet ska ogiltigförklaras. Bolaget för i huvudsak fram följande. Av GLC:s ursprungliga anbud i den förnyade konkurrensutsättningen framgår att GLC inte uppfyllde de obligatoriska krav som ställts avseende biläggande av försäkringsvillkor. Av punkt 7.2 i avropsförfrågan framgår att Riksarkivet ställer krav på att ramavtalsleverantören ska ha för verksamheten erforderliga försäkringar under uppdraget samt att bilaga *Försäkringar* ska bifogas med avropssvaret och beskriva erforderliga försäkringar som ramavtalsleverantören har. GLC har i stället för att bifoga bilaga *Försäkringar* valt att hänvisa till Alltrans 2007 och Kontor 2003, vilka är allmänna villkor inom flyttbranschen. GLC har tillåtit att komplettera sitt avropssvar efter begäran av Riksarkivet om förtydligande avseende de erforderliga försäkringarna. Då Riksarkivet inte förkastade GLC:s avropssvar har Riksarkivet agerat i strid mot de

grundläggande principerna som kommer till uttryck i 4 kap. § 1 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Genom att ändå tilldela GLC kontraktet har Riksarkivet agerat i strid mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens (öppenhet och förutsägbarhet). Riksarkivet har agerat i strid mot bestämmelserna om rättelse av fel, förtydligande och komplettering som dessa kommit till uttryck i 4 kap. 9 § LOU genom att tillåta GLC att efter anbudstiden komplettera sitt avropssvar med bilaga *Försäkringar*. De felaktigheter som förekommit under den förnyade konkurrensutsättningen är av sådan karaktär att de strider mot de grundläggande principerna som utgör kärnan för offentlig upphandling och som ska genomsyra hela upphandlingsförfarandet (vilket framgår av beaktandesats 1 till direktiv 2014/24/EU).

Då Riksarkivet inte har tillämpat någon frivillig avtalsspärr utan valt att teckna avtal i direkt anslutning till tilldelningsbeslutet saknas det enligt 20 kap. 6 § 2 st. LOU möjlighet för annan leverantör att överpröva upphandlingen som sådan. Av de grundläggande principerna om transparens och likabehandling följer att en upphandlande myndighet i samband med en upphandling är bunden av, och inte får efterge, de obligatoriska krav som den upphandlande myndigheten uppställt. Av 20 kap. 13 § LOU följer att ett avtal ska ogiltigförklaras om avtalets slutits efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal och den upphandlande myndigheten inte följt de villkor som framgår av 7 kap. 7-9 §§ LOU. Med hänsyn till att de grundläggande principerna enligt beaktandesats 1 i direktiv 2014/24/EU ska genomsyra hela det offentliga upphandlingsförfarandet kan det inte anses förenligt med villkoren i 7 kap. 7-9 §§ LOU att en upphandlande myndighet i samband med en förnyad konkurrensutsättning tillåts att frånga de grundläggande principerna. En annan tolkning av bestämmelserna skulle medföra att leverantörerna saknar rättsmedel för att erhålla upprättelse.

Av Högsta förvaltningsdomstolens två domar, HFD 2016 ref. 37 I och II, framgår att de obligatoriska kraven till varje pris måste upprätthållas genom hela upphandlingen och att tillåta avsteg eller avvikelser från sådana krav innebär en överträdelse av likabehandlingsprincipen. Av EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15 Pippo Pizzo framgår att leverantörer som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav ska uteslutas från upphandlingen. Av Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 6350-16 framgår att det är en grundläggande princip i offentliga upphandlingsförfaranden att det inte är tillåtet att ändra ett anbud efter den dag som bestämts för ingivande av anbudet. Dock får en upphandlande myndighet begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I och med att GLC tillåtits att komma in med kompletteringar har GLC särbehandlats i strid mot såväl bestämmelserna om rättelse av fel, förtydligande och komplettering, som de kommit till uttryck i 4 kap. 9 § LOU, och de grundläggande principerna som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU – och då främst principen om likabehandling. Riksarkivets agerande har inneburit skada eller risk för skada för bolaget eftersom agerandet inneburit att GLC tilldelats kontraktet i den förnyade konkurrensutsättningen. Hade Riksarkivet agerat i enlighet med LOU hade det inneburit att bolaget hade tilldelats kontraktet.

Riksarkivet bestrider bifall till ansökan och för i huvudsak fram följande. GLC har svarat att försäkring finns och tolkat det som att de ska ge in villkoren för sin transportförsäkring, vilket de också har gjort genom hänvisning till aktuella avtal i branschen. Det finns en möjlighet för anbudsgivarna att tolka detta krav på olika sätt. Det kan tolkas som att något specifikt försäkringsbrev inte behöver ges in, utan att det räcker med att beskriva sina försäkringar. Riksarkivet har inte heller närmare specificerat exakt på vilket sätt det ska anges. Det finns en möjlighet för den

upphandlande myndigheten att begära in kompletteringar om behov anses föreligga, utan att vare sig transparens- eller likabehandlingsprinciperna överträds. Det kan konstateras att anbudsgivarna tolkat detta på olika sätt och att ingen av dem kunnat uteslutas på denna grund. Riksarkivet anser att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen om en leverantör som lämnar in uppgifter om sin transportförsäkring skulle uteslutas när en leverantör som lämnar in uppgifter om sin verksamhetsförsäkring, men inte lämnat uppgifter om transportförsäkring, inte skulle uteslutas. Av detta skäl och för att kunna jämföra anbuderna samt göra en korrekt utvärdering har ett förtydligande inlämnats av GLC, detta har kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) har upphört att gälla och ersatts av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Enligt övergångsbestämmelserna ska dock 2007 års lag fortfarande tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Med anledning av att upphandlingen av det i målet aktuella ramavtalet påbörjades före den 1 januari 2017 ska bestämmelserna i ÄLOU tillämpas.

I 16 kap. 13 § första stycket 2 ÄLOU anges att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § samma lag utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Det är den part som gör gällande att en upphandling är felaktig som på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter som denne grundar sin talan. Domstolen är vid sin prövning begränsad till de grunder som parten har åberopat (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om avtalet mellan GLC och Riksarkivet ska förklaras ogiltigt.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att bolaget har gjort gällande att Riksarkivet har frångått bestämmelsen i ÄLOU om rättelse av fel, förtydligande och komplettering samt de grundläggande principerna som kommer till uttryck i ÄLOU under den förnyade konkurrensutsättningen.

Bestämmelsen om överprövning av avtals giltighet återfinns i 16 kap. 13 § ÄLOU och genomförde bestämmelserna i EU-direktivet 2007/66/EG (ändringsdirektivet) om ogiltighet av avtal. Av beaktandesats 9 i ändringsdirektivet framgår att en obligatorisk avtalsspärr kan inverka på de effektivitetsvinster som är syftet med dessa anbudsförfaranden och att medlemsstaterna därför, i stället för en avtalsspärr, ska kunna föreskriva ogiltighet som effektiv sanktion vid överträdelse av bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning. Av förarbetena till 16 kap. 13 § ÄLOU framgår följande. Bestämmelsen innehåller en utömmande uppräkningslista av de fall av felaktig eller underlåten upphandling som kan föranleda att en domstol förklarar ett ingånget avtal ogiltigt. Bestämmelsen är föranledd av att det inte finns något krav på att iaktta en avtalsspärr vid förnyad konkurrensutsättning. Under sådana förhållanden kräver genomförandet av artikel 2d.1c i ändringsdirektivet att ett ingånget avtal ska kunna förklaras ogiltigt. En förnyad konkurrensutsättning ska följa de villkor som är uppställda i 5 kap. 7 § eller i ramavtalet. Om så inte har skett, och detta har

medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska ett ingånget avtal förklaras ogiltigt. Ändringsdirektivets bestämmelser om ogiltighet av avtal innefattar inte några särskilda föreskrifter om vilka överträdelser som ska medföra ogiltighet. Som övrigt bör de överträdelser som avses här leda till ogiltigförklaring av avtalet i fråga, om överträdelserna inverkat på anbudsgivarens möjligheter att erhålla kontraktet. Eventuella brister i förfarandet som inte påverkar utgången av en förnyad konkurrensutsättning ska således inte föranleda någon ogiltighet (prop. 2009/10:180 s. 135, 360-361).

Bolaget har fört fram att det, med hänsyn till att de grundläggande principerna ska genomsyra hela det offentliga upphandlingsförfarandet, inte kan anses förenligt med villkoren i 7 kap. 7-9 §§ LOU att en upphandlande myndighet i samband med en förnyad konkurrensutsättning tillåts frångå de grundläggande principerna som uppställs i lagen. En annan tolkning skulle, enligt bolaget, medföra att leverantörerna saknar rättsmedel för att erhålla upprättelse. Bolaget har dock inte preciserat vilket eller vilka av de villkor som uppställs i 7 kap. 7-9 §§ LOU (som i huvudsak motsvaras av 5 kap. 7 § ÄLOU) som bolaget menar inte har följts. I 5 kap. 7 § ÄLOU återfinns de förfaranderegler som ska tillämpas vid avrop från ramavtal genom förnyad konkurrensutsättning med flera leverantörer där inte samtliga villkor för avropet är fastställda. Det är dessa villkor som inte ska ha följts för att rätten ska kunna besluta att ett avtal är ogiltigt. Förvaltningsrätten anser således att 5 kap. 7 § ÄLOU inte tar sikte på det fall som bolaget fört fram dvs. de fall då den upphandlande myndigheten brutit mot bestämmelsen om rättelse av fel, förtydligande och komplettering och därigenom principerna om likabehandling och transparens.

Bolaget har inte gjort gällande att Riksarkivet inte följt de villkor som återfinns i ramavtalet som ligger till grund för den förnyade konkurrensutsättningen. Förvaltningsrätten anser, mot bakgrund av vad som

förts fram i ovanstående stycke, att det inte framkommit att Riksarkivet inte följt de villkor som framgår av 5 kap. 7 § ÄLOU. Mot den bakgrunden och då 16 kap. 13 § ÄLOU innehåller en utömmande uppräkningslista av de fall av felaktig eller underlåten upphandling som kan föranleda att en domstol förklarar ett ingånget avtal ogiltigt anser förvaltningsrätten att det inte finns någon möjlighet för domstolen att med stöd av 16 kap. 13 § ÄLOU förklara avtalet ogiltigt till följd av fel i den förnyade konkurrensutsättningen. Enligt förvaltningsrättens mening saknas det därmed stöd i ÄLOU för att ogiltigförklara avtalet med hänvisning till att Riksarkivet brutit mot bestämmelsen om rättelse av fel, förtydligande och komplettering och därigenom principerna om likabehandling och transparens.

Mot bakgrund av det ovan anförda kan förvaltningsrätten således inte förklara avtalet ogiltigt på de av bolaget anförda grunderna. Bolagets ansökan om överprövning av avtalets giltighet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Helena Akers
Förvaltningsrättsfiskal

Louise Ljöstad 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 avisar 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 annat 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.