



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM

2019-08-21

Meddelad i Göteborg

Mål nr

4124-19, 4171-19,

4172-19, 4175-19,

4293-19 och 4298-19

SÖKANDE

Pollex AB, 556336-4107

MOTPARTER

1. Lerums kommun (mål nr 4124-19 och 4171-19)
2. Härryda kommun (mål nr 4172-19 och 4175-19)
3. Marks kommun (mål nr 4293-19 och 4298-19)

Ombud för 2-3:

Lerums kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, förkortad LUF

KONKURRENSVERKET	
2019-08-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna om överprövning.

Dok.Id 614854

Postadress

Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax

031 - 711 78 59

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Lerums kommun genomför tillsammans med Härryda kommun och Marks kommun (nedan kommunerna) två upphandlingar av ramavtal för renovering av tryck- och självfallsledningar, slipning (diarienummer KS18.757) och ramavtal för renovering av tryck- och självfallsledningar i mark, formpassat rör (diarienummer KS18.757/2).

Av tilldelningsbeslut den 22 mars 2019 framgår att VA-Teknik Scandinavia AB (nedan Svatek) vunnit upphandlingarna och att Pollex AB (nedan Pollex) kommit på andra plats.

Det som förvaltningsrätten ska pröva i dessa mål är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingarna på de grunder som Pollex har anfört.

YRKANDEN M.M.

Pollex

Pollex ansöker om överprövning och yrkar *i första hand* att rättelse ska ske på så sätt att Svateks anbud förkastas eftersom det är onormalt lågt. *I andra hand* yrkar Pollex att upphandlingarna ska göras om eftersom utvärderingsmodellen inte uppfyller ställda krav. Pollex anför bl.a. följande.

Svatek har offererat onormalt låga priser. Kommunerna borde därmed ha begärt in en förklaring från Svatek även avseende anbudspriset för slipning. Eftersom även kommunerna har uppfattat anbudet som onormalt lågt när det gäller formpassade rör har en förklaring begärts in i den upphandlingen. Kommunerna har dock endast efterfrågat en förklaring till den stora skillnaden i Svateks offererade priser mellan år 2014 och nu aktuellt anbud. Begäran är därför inte korrekt formulerad från kommunernas sida. Inte heller den förklaring som Svatek har lämnat är tillfredsställande eftersom en

reviderad affärsmodell knappast kan resultera i ett så lågt pris som nu är fallet, jämfört med tidigare års anbud. Det kan därmed ifrågasättas om Svatek avser att utföra uppdragen i enlighet med inlämnade anbud. Eftersom kommunerna har vägrat att lämna ut hela Svateks mängdförteckningar och à-prislistor går det inte att närmare veta hur Svatek har prissatt sina anbud. För att förvaltningsrätten ska kunna bedöma upphandlingarna måste dessa listor begäras in.

Om Svatek inte felaktigt hade rangordnats som nummer ett hade Pollex tilldelats avtal. Pollex har därmed lidit skada till följd av kommunernas agerande.

Utvärderingsmodellen innehåller dessutom i praktiken golvpriser (kolumn G i á-prislistorna), vilket inte är tillåtet enligt praxis. Även om leverantörerna inte var oförhindrade att lämna lägre priser har de inte kunnat konkurrera på detta sätt eftersom lägre priser inte har påverkat utvärderingspriset. Om kommunen inte hade använt dessa golvpriser hade Pollex kunnat använda en annan prisstrategi och lämnat andra priser i mängdförteckningarna och à-prislistorna. Pollex hade då haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet. Pollex har därför i vart fall riskerat att lida skada till följd av den tillämpade utvärderingsmodellen.

Kommunerna

Kommunerna anser att ansökningarna ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunerna har agerat i enlighet med gällande regler och Pollex har inte visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada genom den utvärderingsmodell som kommunerna har använt. Kommunerna har fattat ett sekretessbeslut avseende delar av Svateks anbud. Pollex har inte överklagat det beslutet. De aktuella uppgifterna behövs inte heller för att Pollex ska kunna ta tillvara sin rätt.

De prisuppgifter som de två leverantörerna har lämnat i upphandlingen avseende slipning är:

	<u>Prissatt mängdförteckning</u>	<u>å-prislista</u>
Pollex	2 089 900 kr	987 000 kr
Svatek	1 509 770 kr	875 000 kr

De prisuppgifter som de två leverantörerna har lämnat i upphandlingen avseende formpassat rör är:

	<u>Prissatt mängdförteckning</u>	<u>å-prislista</u>
Pollex	13 369 500 kr	987 000 kr
Svatek	7 356 400 kr	875 000 kr

När det gäller upphandlingen avseende slipning har kommunerna inte begärt in något förtydligande gällande anbudspriserna eftersom kommunerna inte har ansett att något anbud har varit onormalt lågt. Vid en genomgång av de två anbuden kan bl.a. följande konstateras. När det gäller mängdförteckningen har Svatek bl.a. lägre priser på etablering och startkostnad. Detta har Svatek förklarat med att bolaget numera har företagsetablering och personal på plats i närområdet. För flertalet andra poster som inte avser etablering har Svatek markant högre priser än vad Pollex har offererat. Pollex har å andra sidan en prissättning som innebär en hög startkostnad och stora etableringskostnader, men för flertalet andra poster ligger prisnivån under Svateks prisbild.

I å-prislistan förekommer små och fullt normala variationer mellan de två anbuden. De två anbudsgivarna har således valt olika prissättningsmodeller vilket för Svateks del har gett ett fördelaktigare resultat vid utvärderingen. Någon grund att hävda att Svateks anbud är onormalt låga finns dock inte. Det finns inte heller något formkrav på hur en begäran enligt 15 kap. 7 § LUF ska se ut och Svatek har avseende formpassat rör lämnat en fullt ut godtagbar förklaring som överensstämmer med det lämnade anbudet.

När det gäller utvärderingsmodellen har kommunerna använt en modell som innebär att anbudsgivarna, för det fall de lämnar priser under en viss angiven nivå i å-prislistan, ändå utvärderas på den av kommunerna angivna nivån. Något lägsta utvärderingspris finns alltså inte i den prissatta mängdförteckningen utan endast i å-prislistan. Anledningen är att inte premiera en strategisk prissättning innebärande att priser som är orimligt låga premieras i utvärderingen i allt för hög grad. Modellen är alltså en metod för att säkerställa att allt för låga priser inte får för stort genomslag. Det är tillåtet med fastprisupphandlingar där leverantörerna helt har frångått möjligheten att konkurrera med priset. Det borde således även vara tillåtet att delvis begränsa leverantörernas möjlighet att konkurrera med priset. Högsta Förvaltningsdomstolens mål nr 5924-17 (HFD 2018 ref. 50, *förvaltningsrättens anmärkning*) berör inte uttryckligen frågan om s.k. golvpriser vid utvärderingen, men däremot är Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 4551-18 mer relevant. I kammarrättens mål anges att golvpriser strider mot likabehandlingsprincipen men det anges ingen förklaring till bedömningen.

I de nu aktuella utvärderingarna är det den prissatta mängdförteckningen som har störst betydelse. I denna finns ingen angiven lägsta prisnivå med avsikt på utvärderingspris utan leverantörerna har kunnat sätta de priser som de anser sig kunna konkurrera med. Noteringen i å-prislistan om vad kommunerna anser vara lägsta utvärderingspris har ingen betydelse i dessa upphandlingar och båda leverantörerna har betydligt överstigit lägsta utvärderingssumman om 530 750 kr. Pollex har därmed inte heller lidit skada eller riskerat att lida skada till följd av utvärderingsmodellens utformning.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande enheter ska 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 (4 kap. 1 § LUF).

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i LUF 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 (20 kap. 6 § första stycket LUF).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingarna på grund av att de upphandlande myndigheterna har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LUF. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan.

För att grund för ingripande mot upphandlingarna ska finnas är det inte tillräckligt att den sökande anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska *visa* att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats.

Pollex har invänt *dels* att Svateks anbud är onormalt låga, *dels* att den utvärderingsmodell som kommunerna har använt strider mot de grundläggande principerna för upphandling.

Onormalt låga anbud

I de nu aktuella upphandlingarna har det endast inkommit två anbud varför det inte går att endast jämföra anbuden för att konstatera att det är fråga om onormalt låga anbud. Prisskillnaden mellan anbuden är inte extremt stor när det gäller slipning och kommunerna har angett vad skillnaderna består i. Det har inte framkommit skäl att betvivla kommunernas uppgifter i dessa delar och det saknas skäl för förvaltningsrätten att begära in de enskilda uppgifter som kommunerna har valt att sekretessbelägga. De skillnader som finns mellan de två anbuden är fullt förståeliga och Svatek har även när det gäller upphandlingen avseende formpassat rör lämnat en förklaring som stämmer överens med de priser som bolaget har offererat i upphandlingen. Det saknas därmed skäl att tro att Svatek inte avser att leverera till offererade priser.

Kommunerna har också avseende formpassat rör begärt in en förklaring till det låga priset från Svatek och fått en godtagbar sådan som stämmer överens med de anbudspriser som Svatek har lämnat i upphandlingen. Det finns inte heller några lagstadgade formkrav som anger hur en sådan begäran om förklaring ska se ut.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att det av Svatek lämnade anbudspriset avseende slipning inte kan anses vara onormalt lågt. Kommunerna har därmed inte heller varit skyldiga att begära in en förklaring från bolaget i denna upphandling. När det gäller upphandlingen av formpassat rör har kommunerna begärt in en förklaring och fått ett godtagbart svar, som stämmer överens med Svateks lämnade anbudspriser. Det saknas därmed enligt förvaltningsrättens bedömning skäl att ingripa mot någon av upphandlingarna på denna grund.

Utvärderingsmodellen

Pollex har också anfört att kommunerna har tillämpat en utvärderingsmodell med s.k. golvpriser, vilket enligt bolaget inte är tillåtet enligt praxis.

Den praxis som finns på området rör inte golvpriser vid utvärderingen, utan golvpriser i kvalificeringsfasen. Det är därmed inte givet att bedömningen i HFD 2018 ref. 50 skulle ha blivit densamma om det istället varit fråga om golvpriser vid utvärderingen.

Oavsett detta kan det dock i nu aktuella upphandlingar konstateras att båda leverantörer som lämnat anbud har angett ett pris som ligger över det satta lägsta utvärderingspriset. Även om Pollex invänt att bolaget hade kunnat ändra sin prisstrategi om dessa golvpriser inte hade funnits med, anser förvaltningsrätten att Pollex inte visat hur bolaget har lidit eller riskerat att lida skada genom den aktuella utvärderingsmodellen eftersom bolaget inte ens har legat på lägsta prisnivå. Förvaltningsrätten gör således bedömningen att det saknas skäl att ingripa mot upphandlingarna även på denna grund.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att Pollex inte har anfört några omständigheter som medför att det finns skäl att ingripa mot någon av de aktuella upphandlingarna. Ansökningarna om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Karin Johansson
Rådman

Föredragande i målen har varit Lena Rehnberg.



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 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.