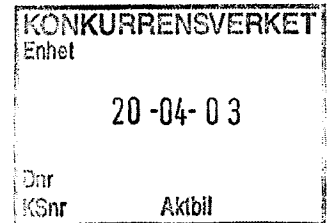




SÖKANDE

OCAB i Uppsala AB, 556966-6885

Ombud: Advokat Henrik Willquist
Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB
Box 1027
251 10 Helsingborg



MOTPART

Enköpings kommun

Ombud: Advokat Maria Pedersen och Jur.kand. Louise Oldmark
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
10369 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Enköpings kommun (kommunen) genomför upphandling *Ramavtal Rivning och sanering 2019*, dnr TF 2018/760. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt LOU. I tilldelningsbeslut den 27 november 2019 har anbud från bland annat Refix Skadesanering AB (Refix) antagits.

OCAB i Uppsala AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbud från Refix inte ska beaktas i utvärderingen. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Samtliga tre anbud som placerade sig före bolagets anbud i utvärderingen har bedömts som onormalt låga och kommunen har begärt en förklaring av dessa. Refix har därvid angett följande.

”Vi har på grund av strategiska skäl valt att lämna dessa priser och avser uppfylla vår leverans enligt förfrågningsunderlaget.”

Refix förklaring är inte tillfredställande. Kommunen har vid sin bedömning av förklaringen att beakta samtliga relevanta faktorer som anbudsgivaren gjort gällande. Refix har gjort gällande att bolaget "av strategiska skäl" valt att lägga erbjudna priser. Vilka strategiska skäl det är saknas det uppgift om och förklaringen är extremt allmänt hållen och saknar koppling till de offererade priserna. Några skäl att anta att anbudet är seriöst står heller inte att finna i förklaringen. En förklaring måste innehålla någon form av noggrannhet och vara så pass detaljerad att den går att bedöma. Refix priser är vidare sådana att det saknas möjlighet att gå med vinst. Även om det inte är ett krav att gå med vinst måste det i sådana fall kunna förklaras varför bolaget valt att lägga ett så lågt anbud. Refix har inte lämnat någon förklaring, än mindre redovisat att bolaget har ekonomisk uthållighet att leverera enligt erbjudna priser.

Ett nyligt avgörande från Kammarrätten i Göteborg (mål nr 2796-19) visar tydligt på vad som krävs för att förklaring ska anses vara tillfredsställande. Avgörande avser dessutom samma bransch som nu är aktuell. Den ifrågasatta anbudsgivaren angav i sin förklaring att:

- Bolaget åsatt vissa prispositioner lågt av marknadsstrategiska skäl
- Bolaget har lång erfarenhet och kunskap vilket medfört att bolaget har kunnat "räkna" så att entreprenaden blir ekonomiskt genomförbar
- Bolaget är Sveriges största saneringsfirma och kan dra nytta av stordriftsfördelar
- Bolaget vill vinna marknadsandelar
- Bolaget har överkapacitet

Förklaringen ansågs vara godtagbar. Inget av detta återfinns i Refix förklaring. Nivån kan orimligt vara så låg att vilka ord som helst, oavsett sammanhang, kan förslå som tillfredsställande förklaring. Refix förklaring innebär endast att det funnits "strategiska skäl" att lämna priserna i fråga. Vilka strategiska skäl det rör sig om framgår inte. Refix har vidare en svag ekonomisk situation och uppvisade för föregående räkenskapsår en förlust om knappt 1 miljon kr (på en omsättning om 30 miljoner kr). Refix saknar uppenbart ekonomisk uthållighet och att sälja sina tjänster till under marknadspris är inte möjligt för ett företag i den ekonomiska situation som Refix befinner sig i.

Bolaget lider eller riskerar att lida skada till följd av brottet mot LOU. Om Refix anbud förkastas kommer bolaget att rangordnas som trea i ramavtalet och har möjlighet att få avrop och delta i den förnyade konkurrensutsättningen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Anbudet från Refix antogs efter att kommunen begärt att anbudsgivaren skulle förklara sitt pris. Reflix har efter förfrågan från kommunen angivit

att företaget av strategiska skäl lämnat ett lågt anbudspris. Mot bakgrund av den övriga information som Refix lämnat i upphandlingen har kommunen inte haft anledning att ifrågasätta Refix förmåga att leverera i enlighet med avtalet. Refix har uppfyllt samtliga krav i upphandlingen samt lämnat ett av de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden.

Enligt 16 kap. 7 § LOU framgår att ett anbud som förefaller vara onormalt lågt ska förkastas, men först efter att den upphandlande myndigheten har begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. I punkterna 1-6 i bestämmelsen finns en förteckning över omständigheter som begäran om förklaring kan gälla, såsom att leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet. Listan är exemplifierande och inte uttömmande.

Regeln om möjligheten för en upphandlande myndighet att förkasta ett anbud finns till för att skydda den upphandlande myndigheten från att teckna avtal med en leverantör som givit ett oseriöst och inte allvarligt menat anbud vars anbudsgivare inte kommer att kunna leverera i enlighet med kontraktet. Förekomsten av ett kontradiktoriskt förfarande mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren, för att anbudsgivaren ska kunna bevisa att anbudet är allvarligt menat, är till för att undvika godtycke från den upphandlande myndighetens sida och säkerställa en sund konkurrens mellan företagen, se t.ex. C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. m.fl.

En anbudsgivares främsta konkurrensmedel i en upphandling är priset. Utgångspunkten vid bedömning av anbudspriser, är att leverantören själv har att bestämma vilka priser som den kan och vill offerera i en specifik upphandling, det vill säga detta är företagsinterna överväganden som leverantören själv styr över. LOU uppställer inget krav på att en anbudsgivare måste gå med vinst i det anbudet som leverantören har kalkylerat

och offererat. Det är varken förbjudet att lägga mycket låga priser, nollpriser eller rentav minuspriser. En leverantör kan ha goda skäl till och ha ett starkt intresse av att vinna en upphandling, exempelvis på grund av att leverantören vill ta sig in på en ny marknad. Om tillräcklig ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet finns saknas konkurrensmässiga skäl till att hindra leverantören från att lägga sitt bästa anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 4 kap. 1 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Den aktuella upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande i enlighet med 19 kap. LOU. Det är därmed bestämmelserna om onormalt låga anbud i 19 kap. 27 § LOU som är tillämpliga.

I 19 kap. 27 § LOU stadgas att om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska också 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.

Den generella utgångspunkten vid bedömning av anbudspriser är att leverantören, baserat på företagsinterna överväganden, själv har att avgöra vilka priser bolaget kan och vill offerera i en specifik upphandling. Att en leverantör erbjuder mycket låga priser - eller till och med negativa priser - leder inte alltid till att anbudet ska anses vara onormalt lågt. En definition av begreppet onormalt lågt anbud finns varken i LOU eller i det bakomliggande direktivet och Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma denna fråga inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger (se HFD 2016 ref. 3 I).

Av Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 mars 2018 i mål nr 2895--2896-17 framgår att det ankommer på den upphandlande myndigheten att avgöra vad som är att betrakta som ett onormalt lågt anbud samt att upphandlande myndighet har en förhållandevis stor frihet i denna fråga. I mål där sökanden är en förlorande anbudsgivare som gör gällande att vinnande anbudsgivares anbud är onormalt lågt är det den sökande som har bevisbördan för detta. Det krävs förhållandevis stark bevisning till stöd för att anbudet är att betrakta som onormalt lågt mot bakgrund av att upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att avgöra detta.

Förvaltningsrätten konstaterar i sammanhanget att det i kammarrättsavgörandet (mål nr 2796-19) som bolaget åberopat inte förs något närmare resonemang av domstolarna om vad en godtagbar förklaring ska innehålla. I målet konstaterades huvudsakligen att hänvisningar till bland annat marknadsstrategiska skäl och stordriftsfördelar *kunde* anses som en godtagbar förklaring. Enligt förvaltningsrätten går det inte att av avgörandet att dra slutsatsen att en godtagbar förklaring måste innehålla sådana exempel som bolaget anger.

Utifrån vad som framgår av materialet i målet har kommunen tillämpat det kontradiktatoriska förfarandet som föreskrivs i 19 kap. 27 § LOU. Kommunen har begärt att Refix ska förklara sitt pris och myndigheten har därefter bedömt att Refix på ett tillfredställande sätt har förklarat priset.

Förvaltningsrätten finner att Refix förklaring visserligen är mycket kortfattad men att den får anses godtagbar mot bakgrund av den relativt stora frihet en upphandlande myndighet har att avgöra om ett anbud är onormalt lågt. Det bolaget har anfört visar inte heller att Refix anbud skulle sakna affärsmässighet eller att det finns befogad anledning att anta att det låga anbudet skulle leda till leveransvägran eller på annan grund leda till att upphandlingen inte skulle få avsett resultat. Förvaltningsrättens samlade bedömning är således att bolaget inte har förmått visa att kommunen agerat i strid mot LOU när Refix anbud antogs i upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Per-Erik Nistér
tf. rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



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.

