



SÖKANDE

Miva Montage AB, 556328-1244

Ombud: Advokat Christoffer Stavenow och jur.kand. Max Thimmig
Stavenow & Partners Advokatbyrå AB
Skeppsbron 40
111 30 Stockholm

MOTPART

Stockholm Vatten AB

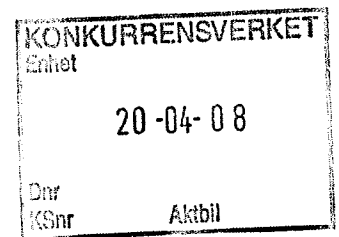
Ombud: Advokaterna Henrik Nilsson och Bo Thomaeus
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå KB
Box 7836
103 98 Stockholm

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



YRKANDEN M.M.

Stockholm Vatten AB (Stockholm Vatten) genomför en upphandling av ramavtal för maskinentreprenader, dnr 19MB866. Upphandlingen genomförs genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Stockholm Vatten har i tilldelningsbeslut den 6 december 2019 beslutat att teckna avtal med Nytorps Rör AB (Nytorps Rör) som huvudentreprenör och ytterligare tre bolag som andreentreprenörer. Miva Montage AB (bolaget) bedömdes uppfylla samtliga krav men kom på femte plats efter prisutvärdering.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse av upphandlingen på så sätt att Nytorps Rörs anbud förkastas och bolagets anbud tilldelas upphandlingen. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Stockholm Vatten anser att ansökan ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I 4 kap. 1 § LUF anges att 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.

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

Förvaltningsrätten har därför att pröva om Stockholm Vatten kan anses ha stridit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har anfört att anbudet från Nytorps Rör skulle ha uteslutits på tre separata grunder och rätteligen borde ha förkastats. Dessa grunder är onormalt lågt pris, strategisk prissättning och att anbudet inte uppfyller ett obligatoriskt krav.

Onormalt lågt pris

Bolaget anför att Nytorps Rör lämnat priser på ett par tjänster som är onormalt låga. För kategorin administratör har Nytorps Rör lämnat priset 50 kr per timme, för arbetsledare/projektledare 150 kr per timme och för arbetsledare med BAS-U uppdrag 150 kr per timme. Stockholm Vatten begärde in en förklaring av de erbjudna priserna och det råder, enligt bolaget, inget tvivel om att priserna är onormalt låga. Övriga anbudsgivare i upphandlingen har lämnat betydligt högre priser. Priser i tidigare upphandlingar under 2018 och 2019 ligger också på en betydligt högre nivå. Nytorps Rör har i sin förklaring inte angivit på vilket sätt företagets låga pris stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Stockholm Vatten anför att Nytorps Rör lämnade en detaljerad och tillfredsställande förklaring till sina låga anbudspriser. Priset berodde inte på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter. Något stöd för att förkasta anbudet förelåg således inte.

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt ska, enligt 15 kap. 7 § LUF, den upphandlande enheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan förklaring kan bl.a. gälla om leverantören kan utnyttja kostnadseffektiva metoder eller tekniska lösningar för att fullgöra kontraktet. Enheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden, eller om det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Nytorps Rör har i sin förklaring till onormalt lågt anbud bl.a. angett att det är kollektivavtalsanslutet och iakttar gällande lagar och bestämmelser avseende arbetarskydd och arbetsförhållanden. Vidare anges att den affärs- mässiga bedömningen utgår från marknadspositionering mot sina konkurrenter, säkerhet för dess personal inför eventuella konjunktur- förändringar och fortsatt tillväxt i region Stockholm. Nytorps Rör har även angett att det vill öka sina marknadsandelar och att leverans i sig ger ett mervärde. Bifogat till förklaringen finns en lönsamhetskalkyl.

Förvaltningsrätten konstaterar att Stockholm Vatten har begärt och fått in en förklaring till Nytorps Rörs låga priser. Förvaltningsrätten anser att det vinnande bolaget genom sitt svar har lämnat en tillräckligt tillfredsställande förklaring för att Stockholm Vatten skulle kunna godta förklaringen utan att behöva förkasta anbudet. Det vinnande bolaget har genom förklaringen visat att anbudet är allvarligt menat och att rimliga överväganden har gjorts gällande prissättningen. Det har enligt förvaltningsrättens mening inte funnits anledning att misstänka att det vinnande bolaget inte kommer full- följa avtalets obligatoriska krav eller att priset skulle bero på att tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter åsidosatts. Sammanfattnings- vis anser förvaltningsrätten att den angivna förklaringen är tillräckligt tillfredsställande för att Stockholm Vatten inte ska ha haft en skyldighet att förkasta anbudet.

Strategisk prissättning

I frågor och svar har Stockholm Vatten som svar på publik fråga 3 angett följande: ”Notera dock att all form av taktisk prissättning i form av nollanbud eller liknande kommer att resultera i diskvalificering.”

Bolaget anför att Stockholm Vatten i frågor och svar angivit att alla anbud som innehåller taktisk eller strategisk prissättning kommer att diskvalificeras. Nytorps Rör har använt sig av strategisk prissättning eftersom priserna för montörer, smeder, svetsare och projektörer ligger mellan 500 kr och 700 kr per timme medan priserna för administratörer, arbetsledare/projektledare och arbetsledare med BAS-U uppdrag ligger mellan 50 och 150 kr. Att det är strategiskt medges även av företagets verkställande direktör i förklaringen till det erbjudna priset. Det strider mot lika-behandlingsprincipen att anta anbudet eftersom en upphandlande myndighet har en skyldighet att följa de kriterier myndigheten själv ställt upp. Frågor och svar omfattas av upphandlingsdokumenten och ett krav som framställs där ska därmed gälla på samma sätt som andra krav i upphandlingen. Svaret hade enligt bolaget varit annorlunda formulerat om det endast avsett entreprenaddelens yrkeskategorier.

Stockholm Vatten anför att det är riktigt att det i ett förklarande tillägg i svar på publik fråga 3 om prissättning för vissa tjänster inom entreprenaddelen framhållits att taktisk prissättning tjänsterna emellan genom t.ex. nollanbud för en tjänst som underförstått skulle kallas något annat och på så vis ändå betinga ersättning, i sig skulle vara grund för diskvalificering. Tilläggstexten tar sikte på entreprenaddelen och den i frågan väckta problematiken att yrkeskategorier smed, licenssvetsare och montör i vissa situationer kan anses utföra smide, svets och montage oaktat yrkesroll. Någon sådan problematik föreligger inte för administrationsdelen. Om tjänster i den delen

prissätts lågt är det inte vare sig i tilläggstextens eller i ren allmän mening ett utslag av taktisk prissättning, enligt Stockholm Vatten. Nytorps Rörs anbud är taktiskt i den bemärkelse att all anbudsgivning är taktisk, dvs. syftandes till det bästa anbudet.

Av EU-domstolens praxis (se t.ex. C-42/13 *Cartiera dell'Adda* p. 42–43) framgår att en upphandlande myndighet strängt ska följa de kriterier som den själv har fastställt. Denna skyldighet härrör från principen om likabehandling och från det därav följande kravet på öppenhet.

Av Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2011:1 *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling* framgår att strategisk anbudsgivning eller taktisk prissättning innefattar alla tillfällen då en anbudsgivare försöker utnyttja svagheter eller på annat sätt anpassa sig till villkoren i ett förfrågningsunderlag med syfte att vinna en offentlig upphandling. Enligt Konkurrensverket leder en osund strategisk anbudsgivning till ett sämre utfall för den upphandlande myndigheten.

Förvaltningsrätten anser att det svar som lämnats i frågor och svar får anses omfattas av upphandlingsdokumenten och därför utgör ett krav som anbudsgivarna haft att förhålla sig till. Det sista stycket i svaret är visserligen allmänt hållet i sin formulering, vilket läst för sig själv skulle kunna tolkas som att alla former av taktisk prissättning kommer att diskvalificeras. Förvaltningsrätten anser dock att svaret måste läsas i sin helhet, eftersom hela svaret tillsammans utgör svar på en specifik fråga från en anbudsgivare om just prissättning. Tillsammans med de omständigheter som anges i frågan innebär svaret förbud mot taktisk prissättning på det sätt som görs gällande i frågeställningen, dvs i entreprenaddelen. Det kan inte enligt rättens mening, tolkas så generellt att det anses omfatta hela upphandlingen, inklusive den administrativa delen. Detta eftersom dessa roller inte utför uppgifter som kan tolkas till en annan roll på det sätt som

exemplifierades i den ställda frågan. Det kan vidare konstateras att Stockholm Vatten i sitt svar exemplifierat vad som skulle kunna utgöra sådan förbjuden strategisk prissättning, i form av nollanbud eller liknande. Enligt förvaltningsrättens mening är Nytorps Rörs erbjudna priser låga, men de kan inte betraktas som nollanbud och inte heller som liknade anbud. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten därmed att Stockholm Vatten inte haft skäl att diskvalificera det vinnande bolagets anbud på den grunden att det skulle röra sig om otillåten strategisk prissättning.

Kravuppfyllnad

Av ansökningsinbjudan avsnitt 3.2.3 *Teknisk kapacitet – Organisation* anges följande:

Anbudssökande ska ha kapacitet, förmåga och erfarenhet som krävs för att fullgöra uppdraget under hela avtalstiden.

Anbudsansökanden ska förfoga över en organisation som har både kompetens och kapacitet att åta sig hela uppdraget inom det som anbudsansökan avser. Organisationen ska redovisas och bifogas ansökan och bl.a. innehålla information om

- Antalet arbetsledare
- Antal yrkesarbetare indelat i yrkeskategorier
- Eventuella underentreprenörer
- Organisation för Miljö och kvalitet

Anbudsansökande har möjlighet att komplettera redogörelsen under kvalificeringen med mindre detaljer så som projekt för att visa på resursernas erfarenhet av olika projekt med viss storlek. Anbudssökanden ombeds redan i redogörelsen kort beskriva erfarenheterna hos personerna med fokus på utbildning, år i yrket och erfarenhet av entreprenader av detta slag.

Bolaget anför att Nytorps Rör inte uppfyller kravet på teknisk kapacitet rörande organisation enligt punkt 3.2.3 ansökningsinbjudan. Av kravet framgår att anbudssökanden redan i redogörelsen ombed beskriva erfarenheterna hos de erbjudna personerna. Detta ska alltså ingå i redovisningen av anbudsgivarnas organisation. Nytorps Rör har i sitt anbud endast bifogat en bilaga med ett organisationsschema men har inte beskrivit erfarenheterna hos de erbjudna personerna. Bolaget anser därför att anbudet inte uppfyller

samtliga obligatoriska krav och att det strider mot likabehandlingsprincipen att ändå anta anbudet. Bolaget anser vidare att Nytorps Rör inte har kapacitet, förmåga eller erfarenhet av maskinentreprenader.

Stockholm Vatten anför att beträffande detta krav anges att anbudssökande ska förfoga över en organisation som har både kompetens och kapacitet att åta sig hela uppdraget inom det som anbudsansökan avser. Denna organisation ska redovisas och bifogas ansökan. Nytorps Rör har bifogat dessa uppgifter och således uppfyllt samtliga obligatoriska krav. Något krav om att skicka in redogörelse kring erfarenhet hos de anställda, utbildning, antal år i yrket samt tidigare entreprenaderfarenheter uppställs inte i ansökningsinbjudan. Att möjlighet givits för komplettering i senare skede medför inte att avsaknaden av sådan information innebär ett åsidosättande av ett obligatoriskt krav.

Av det ovanstående angivna kravet framkommer dels att anbudsgivare ska ha den kapacitet, förmåga och erfarenhet som krävs för uppdraget, och dels att anbudsgivare ska beskriva sin organisation enligt vissa uppställda krav. Förvaltningsrätten konstaterar att den första delen av kravet inte innefattar något krav på bevisning kring sin förmåga, varför något sådant inte heller lämnats in. Gällande den andra delen har Nytorps Rör till sitt anbud bifogat en organisationsskiss som även innehåller uppgifter om antalet anställda och i vilka roller de arbetar samt kvalitets- och miljöansvar. Förvaltningsrätten anser att Nytorps Rör genom inlämnad bilaga har redovisat de uppgifter som uppräknas i kravet. Utöver detta anges i underlaget att anbudsgivarna ombeds kort beskriva erfarenheterna hos personerna med fokus på utbildning, år i yrket och erfarenhet av entreprenader av detta slag. Enligt förvaltningsrättens mening är denna beskrivning inte formulerad som ett obligatoriskt krav, eftersom Stockholm Vatten valt att inte använda ordet *ska* utan istället ordet *ombeds*. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det inte framkommit att det vinnande bolaget inte uppfyllt samtliga

obligatoriska krav, baserat på vad bolaget anför. Det har därför inte heller på denna grund funnits skäl att utesluta anbudet från Nytorps Rör.

Skada

Bolaget anför att det har lidit skada genom att Stockholm Vatten antagit ett anbud som borde ha uteslutits. Bolaget hamnade på en femte plats och fyra anbudsgivare skulle komma att antas som leverantörer till ramavtalet.

Förvaltningsrätten har funnit att det inte finns anledning att ingripa mot upphandlingen på de grunder som bolaget har angett. Skäl för att rätta eller göra om upphandlingen föreligger därför inte och ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Anna Önell
Chefsrådman

Johanna Broo 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 rätts-tillämpningen.
- 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.

