



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2020-04-15

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (9)

Mål nr

2292-20

SÖKANDE

AB Big Care, 556596-0555

Björnidegränd 4

162 46 Vällingby

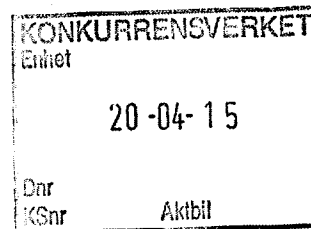
MOTPART

Järfälla kommun

177 80 Järfälla

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår AB Big Cares ansökan om överprövning.

Dok.Id 1212092

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd33.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

-

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

BAKGRUND

Järfälla kommun (kommunen) genomför en upphandling av beredskaps-tjänster avseende sjuksköterskor för kvällar och nätter inom kommunen (Beredskapstjänster HSL Son 2019/110 Än 2019/71). Upphandlingen sker genom ett förenklat förfarande enligt 19 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

I upphandlingsdokumentet *Allmän orientering och upphandlingsföreskrifter* anges i *kravet 1.17 Onormalt låga anbud* att kommunen vid onormalt låga anbud kommer att tillämpa 16 kap. 7 § LOU.

Av tilldelningsbeslut och tillhörande utvärderingsrapport framgår att Järfälla kommun med stöd av 16 kap. 7 § LOU har förkastat anbudet från AB Big Care och antagit en annan anbudsgivare som leverantör för drift av de upphandlade tjänsterna.

YRKANDEN M.M.

AB Big Care (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar om rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras varvid bolagets anbud inte ska anses vara onormalt lågt alternativt att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande. Kommunen har inte följt det kontradiktoriska förfarandet som föreskrivs i 16 kap. 7 § LOU, vilket har medfört skada för bolaget.

Kommunen ställde i e-post den 2 december 2019 en skriftlig förfrågan till bolaget om att förtydliga den angivna baskostnaden per månad samt inkomma med en kalkyl som bl.a. skulle innehålla specificerade overhead-kostnader och beräknat antal timmar. I ett telefonsamtal den 5 december 2019 redogjorde bolagets VD för kommunens upphandlare om bolagets

skalfördelar och undrade om svaret var tillräckligt. Han uppmanades av kommunens upphandlare att skriva ner svaret och skicka det till kommunen samt gavs uppfattningen att något ytterligare underlag inte krävdes. Bolaget skickade samma dag ett e-postmeddelande till kommunen om att man kunde effektivisera kostnaden för kommunens sjuksköterskeberedskap genom samordning med ett flertal uppräknade och närbelägna samt likartade verksamheter. Något kompletterande beräkningsunderlag efterfrågades inte av kommunen. Däremot kallades bolaget till ett preliminärt möte som skulle äga rum den 16 januari 2020 men som avbokades den 8 januari 2020. Därefter meddelade kommunen tilldelningsbeslut utan att bolaget hade beretts tillfälle till ytterligare förklaring av hur anbudspriset beräknats om kvarstående tvivelsmål funnits kring seriositeten i anbudspriset. Bolaget hade av sitt naturliga affärsintresse givetvis fortsatt kommunikationen med kommunen om det även efter bolagets kommunikation med kommunen hade ställts krav på kalkyl eller annat. Bolaget kan utan problem lämna en sådan ekonomisk kalkyl som kommunen har efterfrågat för att visa att anbudet är seriöst menat.

Konkurrensverket har i sin rapport 2013:6 Osund konkurrens i offentlig upphandling angett att förfarandet vid förkastande av onormalt låga anbud ska ske i fem steg och att detta är baserat på bakomliggande EU-direktiv. Den upphandlande myndigheten ska först identifiera misstänkt låga anbud. Den berörda anbudsgivaren ska sedan ges tillfälle att visa att anbudet är seriöst varefter den upphandlande myndigheten ska bedöma relevansen av anbudsgivarens förklaringar. Den upphandlande myndigheten ska sedan, som det fjärde steget, *ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att eventuellt förkasta anbudet*. Först därefter ska myndigheten fatta beslut om att godta eller förkasta anbudet. Kanske var kommunens tanke att kravet i det fjärde steget skulle tillgodoses av det inställda mötet den 16 januari 2020. Kommunen har dock inte erbjudit bolaget möjlighet att yttra sig över på vilken grund man valt att förkasta

anbudet. Kommunen har på så sätt lagt ansvaret på bolaget för att inte tillräcklig information skulle ha kommit fram istället för att ta sitt egna ansvar och följa det kontradiktoriska förfarandet.

Järfälla kommun anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunen har inte förkastat bolagets anbud på ett felaktigt sätt. I samband med kvalificering av de inkomna anbuden konstaterade kommunen att bolagets offererade pris för baskostnad per månad låg långt under övriga anbudsgivares offererade pris för baskostnad per månad samt det pris som kommunen i dagsläget betalar för aktuell tjänst. Kommunen kontaktade därför bolaget via e-post den 20 november 2019 för att kontrollera om det angivna priset stämde eller om det kunde röra sig om en uppenbar felskrivning. Den 22 november 2019 mottog kommunen svar där bolaget bekräftade att anbudet stämde. Utifrån det inkomna svaret begärde kommunen den 2 december 2019 ett förtydligande enligt 16 kap. 7 § LOU över den prissättning som bolaget lämnat. I begäran framgår att kommunen vill ha ett förtydligande och en kalkyl som visar hur bolaget har räknat för att klara uppdraget. Av förtydligandet ska det framgå hur man räknat inklusive overheadkostnader samt hur många timmar bolaget räknat med i uppdraget.

Bolaget har påstått att de genom telefonsamtalet den 5 december 2019 gavs uppfattningen att de inte behövde inkomma med en kalkyl. Detta är en felaktig tolkning som saknar grund. Det besked som lämnades till bolaget under telefonsamtalet var att kommunen ville få svar på den begäran om förtydligande som hade ställts. Av bolagets svar i e-post den 5 december 2019 framgår enbart att bolaget har liknande beredskaper med ett antal kommuner. Det framgår inte på vilket sätt dessa uppdrag kommer ge skalfördelar eller på vilket sätt man kan effektivisera kostnaderna genom samordning för det aktuella uppdraget. Bolaget har dessutom inte klargjort för hur de har kommit fram till det offererade priset. Den kalkyl som

kommunen har efterfrågat saknas och bolaget har inte angett hur många timmar som de har räknat med. Det enda som framkommer är att man utför liknande uppdrag i ett antal andra kommuner och därmed kan effektivisera erbjudandet och offerera lägre priser. Hur detta ska ske förklaras inte.

Upphandlande myndighet ska, enligt 16 kap. 7 § LOU, förkasta ett anbud om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Kommunen vidhåller bedömningen att bolagets förklaring är otillfredsställande samt inte uppfyller den begäran om förtydligande som kommunen har tillsänt bolaget. Kommunen har ingen skyldighet att kontakta anbudsgivare på det sätt som bolaget gör gällande innan tilldelning sker.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har mot denna bakgrund att pröva om det på grundval av vad bolaget anför är visat att Järfälla kommun har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller mot någon annan bestämmelse i LOU och om detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada (se 20 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande att Järfälla kommun inte har följt det förfarande som föreskrivs i 16 kap. 7 § LOU, genom att inte bereda bolaget tillfälle att yttra sig över kommunens skäl att förkasta bolagets anbud.

Det är i målet ostridigt att den aktuella upphandlingen omfattas av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, som trädde i kraft den 1 januari 2017 och då ersatte lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU.

I 16 kap. 7 § första stycket LOU anges att om ett anbud förefaller onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. I 16 kap. 7 § andra stycket anges vidare att myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Utgångspunkten i 16 kap. 7 § LOU är således att upphandlande myndighet anser att ett anbud är onormalt lågt ("förefaller" onormalt lågt). Av utredningen framgår att AB Big Care i sitt anbud har angett en baskostnad per månad på 36 000 kr. Det saknas skäl att invända mot kommunens åtgärd att granska bolagets anbud närmare.

Bestämmelsen i 16 kap. 7 § LOU genomför artikel 69.1 och 69.2 a-c, e och f samt artikel 69.3 första och andra styckena i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt motsvarar delvis 12 kap. 3 § ÄLOU. Bestämmelsen i 16 kap. 7 § LOU *första stycket* syftar till att säkerställa att leverantörer får möjlighet att lämna en förklaring till ett lågt anbud, innan det kan bli aktuellt för myndigheten att förkasta anbudet. Som EU-domstolen har slagit fast beträffande 2004 års direktiv är

förekomsten av ett sådant *kontradiktoriskt förfarande* mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör, för att den sistnämnda ska kunna bevisa att dess anbud är allvarligt menat, ett krav för att undvika godtycke från den upphandlande myndighetens sida och säkerställa sund konkurrens mellan företagen, se EU-domstolens dom SAG ELV Slovensko m.fl., C-599-10, EU:C:2012:191, punkterna 27-29 och där angiven praxis (prop. 2015/16:195 s. 1114).

Av artikel 69.3 framgår att den upphandlande myndigheten ska bedöma de uppgifter som lämnats ”efter att ha hört anbudsgivaren”. Förutom att myndigheten ska ha begärt en förklaring enligt 16 kap. 7 § första stycket LOU, får detta anses avse sedvanlig skriftväxling till den nivå då den upphandlande myndigheten finner att utredningen är tillräcklig, varefter den fattar beslut i den ena eller andra riktningen. Om resultatet av myndighetens bedömning är att leverantören inte på ett tillfredsställande sätt kunnat förklara det onormala priset, ska anbudet förkastas. Som artikel 69.3 får förstås ankommer det på leverantören att visa att det aktuella anbudet inte ska anses vara onormalt lågt. Enligt artikeltexten får myndigheten ”endast förkasta anbudet när de ingivna bevisen inte på ett tillfredsställande sätt förklarar de låga priser eller kostnader som föreslagits”. Det är således leverantören som ska inge bevisning som förklarar det låga priset (se prop. 2015/16:195 s. 1115).

I förevarande fall har kommunen, innan bolagets anbud förkastades, begärt ett förtydligande av bolaget avseende bolagets anbud. I begäran till bolaget angav kommunen att dess bedömning var att bolaget lämnat ett onormalt lågt anbud avseende baskostnad per månad och att kommunen därför ville ha in ett förtydligande och en kalkyl som visar hur bolaget räknat för att klara uppdraget. Kommunen angav vidare att det av förtydligandet ska framgå hur bolaget räknat inklusive overheadkostnader, hur många timmar bolaget räknat på m.m.

Enligt förvaltningsrätten är kommunens begäran om förtydligande tillräckligt tydligt utformad för att det ska gå att förstå varför kommunen vill ha en förklaring och på vilket sätt det ska ske.

Av utredningen i målet framgår att bolaget den 5 december 2019 skriftligen svarade på kommunens begäran och angav att bolaget har liknande verksamheter i Stockholm och att detta medför att bolaget kan offerera lägre pris än sina konkurrenter. Järfälla kommun har ansett att bolaget genom sitt svar inte har gett en godtagbar förklaring till sitt låga anbudspris.

Bolaget har invänt att de i telefonsamtal med ansvarig upphandlare den 5 december 2019 redogjorde för bolagets skalfördelar och då gavs uppfattningen att något ytterligare underlag inte efterfrågades. Det saknas dock stöd för detta i utredningen och förvaltningsrätten instämmer i kommunens bedömning att bolaget genom sitt skriftliga svar den 5 december 2019 inte på ett godtagbart sätt har förklarat den ifrågasatta prissättningen.

Bolaget har vidare invänt att kommunen meddelat tilldelningsbeslut utan att på nytt höra av sig till bolaget. Enligt bolaget ska upphandlande myndighet ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att eventuellt förkasta anbudet och först därefter får myndigheten fatta beslut om att godta eller förkasta anbudet.

Som framgår av ovan motsvarar bestämmelsen i 16 kap. 7 § LOU *delvis* 12 kap. 3 § ÄLOU, som numera är upphävd. Bestämmelsen i 12 kap. 3 § ÄLOU genomförde artikel 55 i det nu upphävda direktivet 2004/18/EG om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Artikel 55.2 i 2004 års direktiv innefattade ett krav på att

den upphandlande myndigheten i *samråd* med anbudsgivaren skulle granska anbudet med beaktande av de ingivna förklaringarna. Detta utformades i 12 kap. 3 § tredje stycket ÄLOU så att den upphandlande myndigheten var skyldig att ge anbudsgivaren *tillfälle att yttra sig* över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna (till det låga anbudet).

Förvaltningsrätten konstaterar att det i 16 kap. 7 § LOU och bakomliggande direktivbestämmelse i 2014 års direktiv inte uppställs motsvarande krav på samråd/tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av lämnade förklaringar som uppställdes i 12 kap. 3 § ÄLOU och dess bakomliggande direktivbestämmelse. Kommunen har således inte haft skyldighet att på nytt höra av sig till bolaget på det sätt som bolaget har gjort gällande.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad bolaget anfört inte visar att Järfälla kommun har genomfört upphandlingen i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Maria L. McMurray
Rådman

Föredragande juristen Camilla Brizzi 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 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.

