

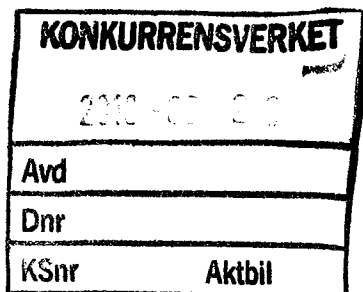


**KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 05.

DOM

2018-09-28
Meddelad i Stockholm

Mål nr 3308-18



KLAGANDE

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798

MOTPART

Arbetskydd Express Int. AB, 556873-6952

Ombud: Sten Lövrup och André Prentell

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 12 mars 2018 i mål nr 25238-17, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom.

Dok.Id 438002

Postadress
Box 2302
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 5

Telefon
08-561 690 00
E-post: kammarrattenistockholm@dom.se
www.kammarrattenistockholm.domstol.se

Telefax
08-14 98 89

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Arbetsskydd Express Int. AB, AE:s, ansökan om överprövning samt för fram bl.a. följande. Förvaltningsrättens bedömning beror på att rätten missförstått utvärderingsmodellen och bruttoprisernas funktion i upphandlingen. Förvaltningsrätten har även bedömt att syftet med SKI:s krav på verkliga priser är att undvika onormalt låga priser. Denna bedömning bygger på felaktiga antaganden och slutsatser om syftet bakom SKI:s agerande och kravställning. Förvaltningsrätten har inte förstått utvärderingsmodellen i upphandlingen och har baserat sin bedömning på en föreställning om att de ifrågasatta bruttopriserna för produkterna i det specificerade sortimentet skulle komma att utgöra faktiska priser under ramavtalstiden.

Upphandlingen omfattar två sortiment. Ett specificerat sortiment och ett övrigt sortiment. Det specificerade sortimentet omfattar produkter som kravställts i detalj gällande exempelvis materialsammansättning och funktionskrav. Dessa produkter beräknas täcka 80 procent av de avropsberättigade myndigheternas behov av yrkeskläder och skor. De varor som ingår i det övriga sortimentet är inte kravställda på samma sätt som i det specificerade sortimentet. Det övriga sortimentet består i stället av varor som har samma benämning som de varor som anges i prisbilagan.

Syftet med det övriga sortimentet är att komma åt sådana undantagssituationer då till exempel verksamheten hos en upphandlande myndighet förändras på ett sätt som inte kunnat förutses eller att sällan förekommande arbetsuppgifter ställer särskilda krav på de kläder som används. Det förekommer också fall då enskilda medarbetare har behov som gör att produkterna i det specificerade sortimentet inte kan användas.

För det specificerade sortimentet har anbudsgivarna fått lämna sina mest konkurrenskraftiga priser, dvs. vilka priser de vill. Dessa benämns ”nettopriser”. I utvärderingen utgör summan av nettopriserna den absolut största delen av anbudens utvärderingspris. Det finns därför ett starkt incitament för anbudsgivarna att lämna pressade priser för dessa frekvent köpta varor. Eftersom det övriga sortimentet inte är specificerat är det inte möjligt att utvärdera detta på produktnivå. SKI upphandlar därför inte specifika produktpriser på detta sortiment utan en generell rabatt som vid avrop ska dras från leverantörens ordinarie pris för produkterna.

I praktiken utvärderas det övriga sortimentet på följande sätt. Alla anbudsgivare bifogar till sina anbud en ”bruttoprislista”. Denna ska innehålla anbudsgivarens ordinarie priser för det övriga sortimentet, dvs. leverantörens sortiment av varor med samma benämning som de i det specificerade sortimentet. Listan ska alltså innehålla även andra hantverksbyxor än de som erbjuds inom det specificerade sortimentet. I själva prisbilagan ska anbudsgivarna för produkterna i det specificerade sortimentet ange dels nettopriset, dels det ordinarie priset, bruttopriset, för erbjudna produkter. Nettopriset får inte vara högre än bruttopriset. Därtill ska anbudsgivaren ange en generell rabattsats för övrigt sortiment. Nettopriset är det pris som faktiskt ska betalas för produkterna i det specificerade sortimentet. Bruttopriset och rabatten används endast för att utvärdera övrigt sortiment, dvs. vilken prisbild som kan förväntas vid köp av produkter från övrigt sortiment.

Det säger sig självt att en anbudsgivare som vill vinna fördelar i upphandlingen kan ange fiktiva lägre bruttopriser för de artiklar som omfattas av det specificerade sortimentet. En fara med utvärderingsmodellen är således att anbudsgivare anger bruttopriser för produkterna i det specificerade sortimentet som inte är företagets ordinarie priser. För övriga produkter i bruttoprislistan saknas incitament för att lämna felaktigt låga priser, då de inte utvärderas. Syftet med kravet på

”verkliga priser” är därmed att säkerställa att utvärderingen är likabehandlande och sker utifrån en rättvisande bild av leverantörernas priser för övrigt sortiment. Om felaktiga lägre priser anges som bruttopriser blir kopplingen mellan utvärderingssumman för ”bruttopris minus rabatt” och vad som kan bli aktuellt att betala under avtalstiden lägre. Eftersom de felaktiga uppgifterna om bruttopriser inte avser priser som kan komma att tillämpas under avtalstiden så handlar det inte om onormalt låga priser utan helt enkelt om felaktig information. Det är nettopriserna som ska tillämpas. Det bör även nämnas att om priserna hade angetts för höga hade det på samma sätt inneburit att anbudet skulle förkastas. Incitament att lämna höga bruttopriser för det specificerade sortimentet saknas dock. Risk att för höga bruttopriser anges finns dock för de produkter i bruttoprislistan som inte ingår i det specificerade sortimentet.

Arbetskydd Express Int. AB (AE) har inte svarat på överklagandet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om 12 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ska tillämpas vid utvärderingen av AE:s anbud.

I 1 kap. 9 § LOU anges allmänna principer för offentlig upphandling, bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Enligt 12 kap. 3 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Myndigheten får dock förkasta anbudet först sedan den skriftligen begärt en förklaring från anbudsgivaren till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar.

Kammarrättens bedömning

SKI har i upphandlingen använt sig av en utvärderingsmodell som haft som utgångspunkt att anbudsgivare ska ange netto- och bruttopriser för produkterna i sitt specificerade sortiment, bifoga en bruttoprislista för det övriga sortimentet samt ange en generell rabattsats som ska tillämpas vid köp från det övriga sortimentet. Utifrån lämnade priser har en anbudssumma tagits fram för utvärdering av anbudena. Anbudsgivarna är efter vunnen upphandling inte bundna av de lämnade bruttopriserna. De utgör inte avtalsinnehåll, utan ska användas i utvärderingsmodellen för att få en korrekt prisbild av anbudsgivarens priser i det övriga sortimentet. SKI har i denna del i 2.11.1 tredje stycket i förfrågningsunderlagen angett att angivet bruttopris ska vara anbudsgivarens verkliga priser och att bruttopriset inte ska vara framtaget för upphandlingen. Det framgår av handlingarna att vid avrop från ramavtalet är det nettopriset som är det pris som de avropsberättigade myndigheterna ska betala.

Bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU avser att förebygga att myndigheter ingår kontrakt när det finns en inte obetydlig risk för att leverantören inte kommer att utföra arbetet – eller delar av det – i enlighet med kontraktet (se HFD 2016 ref. 3 I). Bestämmelsen utgör även en skyddsregel för anbudsgivare och tar sikte på att ett anbud inte får förkastas på grund av att det är onormalt lågt utan att anbudsgivaren har fått chansen att först lämna en förklaring.

Syftet med kravet i 2.11.1 tredje stycket i förfrågningsunderlaget har inte varit att förkasta anbud från anbudsgivare som inte kommer att leverera i enlighet med kontrakt, utan att identifiera anbudsgivare som inte har lämnat sina verkliga bruttopriser i anbudet och som därmed kan antas gömma högre priser i sin bruttoprislista avseende det övriga sortimentet.

Mot bakgrund av det ovan anförda och då de lämnade bruttopriserna inte kan anses utgöra ett pris i den meningen som avses i 12 kap. 3 § LOU har SKI inte varit skyldig att tillämpa den bestämmelsen när den uteslöt AE:s anbud.

Kammarrätten har därefter att ta ställning till om det uppställda kravet i 2.11.1 tredje stycket i förfrågningsunderlaget strider mot de allmänna principerna i 1 kap. 9 § LOU och, om så inte är fallet, om AE:s lämnade bruttopriser inte har varit deras verkliga.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Ett förfrågningsunderlag ska dock vara så klart och tydligt utformat att en anbudsgivare på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. En upphandlande myndighet har emellertid stor frihet att utforma utvärderingsmodeller och att utvärdera anbuden (se RÅ 2010 ref. 78). Först när det klart kan konstateras att en upphandlande myndighets bedömningar gjorts i strid med förfrågningsunderlaget eller i strid med principerna i 1 kap. 9 § LOU finns skäl att ingripa.

Det aktuella ska-kravet i förfrågningsunderlaget har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen, dvs. att identifiera de anbud som innehåller de lägsta priserna. Kravet kan inte i sig anses oproportionerligt. Att SKI i förfrågningsunderlaget inte angett hur den kan komma att verifiera anbudsgivarens priser strider enligt kammarrättens mening inte mot principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Av utredningen framgår att det i AE:s anbud finns stora skillnader mellan lämnade bruttopriser i det specificerade sortimentet och i det övriga sortimentet som AE inte har lämnat tillfredsställande förklaringar till. SKI har därför haft rätt att förkasta AE:s anbud.

Sammanfattningsvis anser kammarrätten att det saknas skäl för att ingripa mot upphandlingen i aktuella delar enligt LOU. Överklagandet ska därför bifallas och förvaltningsrättens dom upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Annica Lindblom
lagman
ordförande

Eva Hammar
kammarrättsråd

Gunilla Berendt
kammarrättsråd
referent

/Bodil Fransén
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 32

DOM
2018-03-12
Meddelad i Stockholm

Mål nr
25238-17

SÖKANDE

Arbetskydd Express Int. AB, 556873-6952

Ombud: Sten Lövrup och André Prentell
Jansson & Norin AB
Kungsporsavenyen 18
411 36 Göteborg

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska rättas avseende anbudsområdena 1a, 1b och 1c genom att AE med en korrekt tillämpning av förfarandet i 12 kap. 3 § LOU ges tillfälle att förklara sitt anbud.

Dok.Id 941729

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en upphandling av ramavtal avseende yrkeskläder och skor, dnr 2016-2. Upphandlingen är uppdelad i sammanlagt nio anbudsområden. Vid upphandlingen tillämpas ett öppet förfarande enligt 4 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Förhandsannons om upphandlingen skickades ut den 22 december 2016 och tilldelningsbeslut meddelades den 20 oktober 2017. Av beslutet framgår att Arbetskydd Express Int. AB (nedan AE) fått sitt anbud förkastat på grund av bristande kravuppfyllelse.

AE ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud tas upp till prövning och att en ny utvärdering sker avseende områdena 1a, 1b och 1c. I andra hand yrkas att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Till grund för ansökan har AE anfört bl.a. följande. Prövningen av anbud har inte skett på det sätt som angivits i underlaget och detta har lett till att AEs anbud felaktigt förkastats. SKI har förkastat AEs anbud utan att ha fog för detta. AE uppfyller samtliga krav i upphandlingen, har lämnat anbud helt i enlighet med i anbudet angivna förutsättningar och har lämnat in samtliga de förklaringar och förtydliganden som SKI krävt. Det sätt på vilket man begärt förtydligande/komplettering strider mot förfrågningsunderlaget samt LOU. Om inte AEs anbud felaktigt förkastats hade bolaget tilldelats ramavtal i upphandlingen och är därför skadelidande.

SKI anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Det sätt SKI genomfört upphandlingen på har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. Förfrågningsunderlaget är utformat på ett transparent sätt och alla anbudsgivare har haft möjlighet att lämna anbud på lika villkor. AE riskerar därför inte att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Såsom angivits ovan genomför SKI en ramavtalsupphandling avseende yrkeskläder och skor. Av de administrativa kraven för upphandlingen följer att anbudsgivare ska lämna ett bruttopris för de varor som offereras i upphandlingen. Av punkten 2.11.1 tredje stycket i de administrativa kraven framgår följande:

Angivet bruttopris ska vara anbudsgivarens verkliga priser, dvs. bruttopriset ska inte vara framtage[t] för denna upphandling. Om SKI misstänker att bruttopriset är framställt för denna upphandling kan SKI komma att verifiera anbudsgivarens priser.

AE har fått sitt anbud förkastat på grund av att SKI funnit att bolaget inte uppfyllt kravet på att lämna verkliga priser.

Till grund för ansökan om överprövning har AE bl.a. anfört att SKI brutit mot förfarandebestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU när bolagets anbud uteslöts. AE har i denna del anfört bl.a. följande. SKI har angivit att anbudsgivarnas bruttopris ska vara deras verkliga priser och anbudsgivarna är dessutom tvungna att intyga att detta krav uppfylls för att kunna lämna anbud. SKI anger även att om myndigheten misstänker att bruttopriset är framställt för upphandlingen så kan den komma att verifiera anbudsgivarens priser. SKI anger även att myndigheten kan komma att begära in motivering till priser samt att de kan komma att förkasta anbudsgivare som lämnat ”oskäligt låga priser i enlighet med bestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU” om de inte anser att eventuell förklaring är godtagbar. När SKI slutligen har genomfört sin utvärdering så verkar de ha sammanblandat dessa båda skrivningar och helt plötsligt begärt ”förklaringar till låga priser pga. misstanke att detta inte är era verkliga bruttopriser”. I underlaget framgår dock ingenstans att detta är någonting som SKI vare sig har möjlighet eller

rättighet till att göra. SKI har rätt att ”verifiera” anbudsgivarens priser. En sådan verifiering borde rimligtvis ske genom att någon typ av objektiva kriterium som visar att priserna de facto är ”verkliga”. Om SKI anser att priserna är onormalt låga så bör de begära en förklaring av detta, om de vill verifiera bruttopriserna ska de göra detta. SKI har ingen möjlighet att göra den typ av ”fria bedömningar” som de nu gjort. Om det SKI avsåg göra var att kräva förklaringar av det som de ansåg var onormalt låga anbud, skulle de förtydligat detta i sitt utskick och då dessutom krävt förklaringar som skulle visa att så inte var fallet. Så som förtydligandet varit utformat kan det inte anses vara att likställa med en begäran om förtydligande avseende onormalt låga anbud i enlighet med 12 kap. 3 § LOU. SKIs metod för att slippa de höga beviskrav som ställs på en upphandlande myndighet vid förkastande enligt 12 kap. 3 § LOU verkar vara att göra en ”förtäckt” bedömning av ”onormalt låga anbudspris” och istället kalla detta för en ”verifiering” av att ett absolut krav uppfyllts. EU-domstolen har dock tydligt markerat att när det gäller förtydliganden av onormalt låga anbudspriser så ska anbudsgivare som misstänks för detta få möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt göra sin ståndpunkt gällande genom att lämna alla förklaringar till de olika delarna av sitt anbud. Anbudsgivarens rätt att förtydliga sitt anbud innebär att den upphandlande myndigheten inte ska kunna fatta godtyckliga beslut. För att detta krav ska anses uppfyllt måste den upphandlande myndighetens begäran vara ”tydligt formulerad”, så att anbudsgivaren förstår på vilket sätt myndigheten uppfattar anbudet som onormalt lågt. SKIs begäran är vag och otydlig och kan därför inte anses uppfylla kraven på likabehandling och transparens.

SKI har i denna del anfört bl.a. följande. LOU innehåller inga specifika krav på hur upphandlingsdokument ska utformas. Som huvudregel har den upphandlande myndigheten därför stor frihet att själv utforma sin upphandling och bestämma vilka krav som ska ställas. Även upphandlingsdokument som inte är optimalt utformade godtas under

förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när. En upphandlande myndighet är också normalt oförhindrad att själv bestämma om och hur en anbudsgivare ska visa att kraven är uppfyllda, så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas. Kravet på att bruttopriserna inte ska vara framtagna för upphandlingen är tydligt angivet i förfrågningsunderlaget. Kravet syftar till att SKI ska få en rättvisande bild av prisnivån mellan inkomna anbud då dessa utvärderas. Av den redogörelse för kravet och syftet med den som AE själv lämnat i ansökan framgår också att bolaget varit väl medvetet om kravet och förstått dess innebörd. Enligt SKI är det tydligt att kravet i upphandlingen och bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU avser helt olika situationer. SKI har heller inte sammanblandat dessa vid utvärderingen av AEs anbud. För det första är kravet i avsnitt 2.11.1 och 12 kap. 3 § LOU inte utformade på samma sätt. Syftet med respektive reglering är dessutom helt olika. Medan kravet i upphandlingen alltså rör prissättningen och utvärderingen av priserna i inkomna anbud, är avsikten med bestämmelsen i LOU att en upphandlande myndighet inte ska behöva ingå avtal med leverantörer vars priser är så låga att det finns risk för att leverantören inte kommer att kunna leverera i enlighet med anbudet eller kommer att begära ytterligare ersättning. 12 kap. 3 § LOU kan i detta avseende beskrivas som en skyddsregel för upphandlande myndigheter. Det kontradiktoriska förfarande som måste föregå en utslutning enligt bestämmelsen skyddar sedan en anbudsgivare från den upphandlande myndighetens godtycke. SKI har inte lagt AEs anbud åt sidan för att bolagets bruttopriser varit onormalt låga i den mening som avses i 12 kap. 3 § LOU. Anbudet har istället förkastats eftersom att SKI anser att kravet i avsnitt 2.11.1 inte är uppfyllt. Det framgår också av upphandlingsprotokollet. Att upphandlande myndigheter dessutom har rätt att ställa krav som rör prissättningen i ett anbud framgår tydligt av den kammarrättspraxis som rör användandet av golv- och takpriser.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Frågan i målet är om kravet på att en anbudsgivare ska offerera sina verkliga priser i aktuellt fall utgör en prövning av om anbudet är orimligt lågt och om SKI därför skulle ha tillämpat bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU och förfarandebestämmelserna som återfinns däri.

Av 12 kap. 3 § LOU följer att en upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. Bestämmelserna avser att förebygga att myndigheter ingår kontrakt när det finns en inte obetydlig risk för att leverantören inte kommer att utföra arbetet – eller delar av det – i enlighet med kontraktet (se HFD 2016 ref. 3 I). Av EU-domstolens praxis kan vidare utläsas att bestämmelsen syftar till att säkerställa att leverantörer lämnar anbud som är allvarligt menade (jfr EU-domstolens dom i SAG ELV Slovensko, C-599/10, p. 29 och 31).

Såsom ovan angetts följer det av kravet i 2.11.1 i förfrågningsunderlaget att en anbudsgivare ska ange sina verkliga priser. Av samma punkt följer vidare att SKI kan komma att verifiera anbudsgivarens priser om myndigheten finner anledning att anta att anbudsgivaren inte uppfyller kravet på verkliga priser. Av sista stycket samma punkt följer vidare att SKI kan komma att begära in motivering till de priser som lämnats i anbudet. Om SKI inte anser att eventuell förklaring är godtagbar äger SKI rätt att förkasta anbudsgivare som lämnat oskäligt låga priser i enlighet med bestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU.

Av utredningen i målet framgår vidare att SKI har skickat ett meddelande till AE där myndigheten begär att bolaget skriftligen förklarar hur det uppfyller kravet i 2.11.1 i förfrågningsunderlaget. Grunden för SKIs

begäran är att myndigheten vid en jämförelse av priserna i bolagets anbud funnit att vissa angivna bruttopriser ligger på en avsevärt mycket lägre nivå än för motsvarande produkter i bolagets övriga sortiment.

Enligt förvaltningsrättens bedömning talar det faktum att SKI i förfrågningsunderlaget kopplat kravet på verkliga priser till bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU för att det aktuella kravet syftar till att motverka onormalt låga anbud. Denna bedömning stöds även av det faktum att SKI i viss mån tillämpat ett sådant kontradiktoriskt förfarande som föreskrivs i samma bestämmelse inför uteslutningen av AEs anbud.

Av utredningen i målet framgår vidare att SKI vid sin utvärdering av om AE lämnat verkliga bruttopriser gjort en jämförelse med övriga i anbudet förekommande prisnivåer. I sitt yttrande till förvaltningsrätten har SKI även betonat det faktum att de utpekade bruttopriserna i AEs anbud är så låga att de inte kan vara deras verkliga. Enligt förvaltningsrättens bedömning talar dessa omständigheter för att SKI genom att ställa upp kravet på verkliga bruttopriser sökt undvika att kontrakt tecknas med anbudsgivare vilka lämnat orimligt låga anbud.

Till stöd för denna bedömning talar även den omständigheten att SKI i sitt yttrande till domstolen angett att anledningen till AEs låga bruttopriser sannolikt är att *"bolagets anbud ska erhålla en anbudssumma som lämpar sig väl för utvärderingen, men som i själva verket säger mycket lite om den totala kostnadsbilden för de upphandlande myndigheter som ska nyttja ett ramavtal med AE"*. Enligt förvaltningsrättens bedömning delar denna situation stora likheter med omständigheterna i Högsta förvaltningsdomstolens ovan angivna mål. I det fallet hade anbudsgivare på olika sätt lämnat strategiskt låga, och till och med negativa, anbudspriser inom vissa positioner vilket gav bolagen utrymme för leveransstrategiskt handlande i samband med myndigheternas avrop. Högsta förvaltningsdomstolen fick i det aktuella målet anledning att pröva om de uppgivna priserna var orimligt låga. Enligt förvaltningsrättens

mening talar även dessa omständigheter för att kravet på att anbudsgivaren ska offerera sina verkliga priser till att undvika att SKI antar ett orimligt lågt anbud.

Sammantaget gör förvaltningsrätten bedömningen att kravet på att en anbudsgivare ska offerera sina verkliga priser syftar till att undvika en situation där anbudsgivare på ett strategiskt sätt lämnar låga priser inom ett visst sortiment för att i motsvarande mån lämna högre priser inom andra delar av anbudet och på så sätt vinner anbudstaktiska fördelar. Ett sådant krav och dess syfte får enligt förvaltningsrättens mening vara likställt med de syften som ryms inom bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU.

Eftersom det varit frågan om att identifiera anbud vars anbudspriser är orimligt låga aktualiseras enligt förvaltningsrättens bedömning bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU vilken ska ges företräde framför myndighetens egna uppställda ska-krav. Detta eftersom den aktuella bestämmelsen, med dess inneboende kontradiktoriska förfarande där en anbudsgivare ska ges möjligheten att bl.a. förklara de låga priserna, innebär ett skydd för anbudsgivarna från eventuellt godtycke från den upphandlande myndighetens sida genom att uttryckligen föreskriva vilka åtgärder som ska vidtas om myndigheten anser att ett anbud är orimligt lågt (jfr SAG ELV Slovensko, p. 29 och 35). Enligt förvaltningsrättens bedömning vore en ordning där en upphandlande myndighet kan undgå de krav och skyddsbestämmelser som uppställs i det klassiska direktivet (dir. 2004/18/EG) om offentlig upphandling och bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU genom att omvandla uteslutningsgrunder till formella ska-krav inte förenligt med unionsrätten (jfr SAG ELV Slovensko, p 34). Enligt förvaltningsrättens bedömning var SKI därför skyldigt att tillämpa de förfarandebestämmelser som återfinns i 12 kap. 3 § LOU när den uteslöt AEs anbud.

SKI har till stöd för sin inställning åberopat Kammarrätten i Stockholms dom av den 3 oktober 2017 i mål 533-17. I målet fann rätten att en upphandlande myndighet kunde kräva att anbudsgivarnas priser inte understeg en viss lägstanivå, utan hinder av bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU. Enligt SKI är domstolens resonemang tillämpligt också i detta mål.

Förvaltningsrätten noterar att det aktuella kravet som kammarrätten hade att pröva i ovan nämnda mål var att anbud under en viss prisnivå inte skulle accepteras. Det rörde sig således om s.k. golvpris för uppdragets utförande. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan ingen direkt jämförelse ske mellan förutsättningarna i det målet där myndigheten tillämpat en golvprisnivå mot nu aktuella omständigheter där myndigheten aktivt granskat vissa enskilda kostnadsposter och ställt dem i förhållande till andra prisuppgifter i anbudet. Förvaltningsrätten noterar vidare att kammarrättens dom inte vunnit laga kraft (se Högsta förvaltningsdomstolens beslut av den 19 december 2017 om prövningstillstånd i mål 5924-17). Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att den av SKI åberopade domen från kammarrätten inte kan anses vägledande i detta mål.

Frågan förvaltningsrätten därmed har att pröva är om SKI tillämpat ett korrekt kontradiktoriskt förfarande när den uteslöt AEs anbud. EU-domstolen har uttalat att anbudsgivaren genom förfarandet ska få tillfälle att lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att det lämnade anbudet är allvarligt menat. Myndigheten ska tydligt formulera den begäran som riktas till de berörda anbudsgivarna så att dessa har möjlighet att på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt förklara sina anbud (se SAG ELV Slovensko, p. 29 och 31). Av utredningen i målet framgår att SKI har skickat en begäran om förtydligande av AEs anbud. I förfrågan angavs att anledningen till densamma var att SKI misstänker att de bruttopriser som bolaget lämnat inte är bolagets verkliga och att denna bedömning grundar sig i en jämförelse av förekommande priser i anbudet. Bolagets svarade på förfrågan och angav

vidare att bolaget önskar att SKI återkommer om myndigheten önskar en utförligare redovisning av marginaler eller specifika förklaringar på produktnivå. SKI meddelade därefter tilldelningsbeslut i upphandlingen utan att på nytt höra av sig till AE.

Enligt förvaltningsrätten bedömning har SKI brutit mot förfarandebestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU bl.a. genom att det inte av begäran om förtydligande tydligt framgick att AE därmed fick möjlighet att förklara sitt pris utifrån förutsättningen att det ansågs onormalt lågt samt genom att inte ge AE tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta bolagets anbud. Sådana väsentliga brister i det kontradiktoriska förfarandet som skett i aktuellt fall medför att AE i vart fall kunnat komma lida skada (se Högsta förvaltningsdomstolens ovan angivna dom, s. 5 f.). Enligt förvaltningsrättens bedömning har det heller inte i målet förekommit en sådan omfattande utredning av AEs prissättning och förutsättningarna för denna att bristerna i förfarandet och det tillkommande skyddet för anbudsgivaren kan läkas inom ramen för förvaltningsrättens handläggning. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen rättas avseende anbudsområdena 1a, 1b och 1c genom att AE med en korrekt tillämpning av förfarandet i 12 kap. 3 § LOU ges tillfälle att förklara sitt anbud.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Leif Nilsson

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Viktor Robertson har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.