



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Föredraganden
Johanna Maukku

DOM
2016-04-26
Meddelad i
Falun

Mål nr
1384-16



Ankomstdatum
2016-04-26

SÖKANDE

Svevia AB, 556768-9848
Box 4018
171 04 Solna

Ombud: Peter Thors
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

MOTPART

AB Borlänge Energi, 556005-5385
Box 834
781 28 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudsutvärderingen görs om varvid Svevia AB:s anbud inte ska förkastas på den grunden att det är onormalt lågt.

Dok.Id 163862

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45 S-791 21 Falun	Kullen 4	023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se	023-383 00 80	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

AB Borlänge Energi (Borlänge Energi) genomför en upphandling av Vägmarkeringar inom Borlänge kommun (ref nr 2016/40). Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 30 mars 2016, varvid annan leverantör än Svevia AB (Svevia) tilldelades kontraktet. Sveglias anbud förkastades med motiveringen att anbudet innehöll ett onormalt lågt pris.

Svevia ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen rättas på så sätt att bolagets anbud utvärderas. Svevia anför som grund för sin ansökan i huvudsak följande. Borlänge Energi har inte följt det i LOU föreskrivna förfarandet innan anbudet förkastades, dels har inte den översända begäran om förklaring av anbudspriset varit tydligt formulerad, dels har de inte beretts tillfälle att yttra sig över Borlänge Energis skäl för förkastande. Deras anbudspris är seriöst menat och Borlänge Energi saknar godtagbara skäl att förkasta anbudet. De har lidit eller riskerar att lida skada på grund av Borlänge Energis förfarande.

Borlänge Energi bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad målet gäller

Målet gäller frågan om en av Borlänge Energi genomförd upphandling ska rättas på grund av att Borlänge Energi saknat fog för att förkasta ett anbud från Svevia. För att besvara den frågan ska prövas dels om Borlänge Energi åtsidosatt de förfaranderegler som gäller för att upphandlande myndighet ska kunna förkasta ett onormalt lågt anbud, dels om det sedan Svevia lämnat förklaringar för sin prissättning funnits skäl att förkasta anbudet.

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Svevia anfört är visat att Borlänge Energi brutit mot någon av de grundläggande principerna

eller annan bestämmelse i LOU och detta medfört att Svevia lidit, eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Bestämmelser om onormalt lågt pris m.m.

Av 12 kap. 3 § LOU framgår 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. Vidare framgår att den upphandlande myndigheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.

Bestämmelsen i LOU genomför artikel 55 i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Någon definition av begreppet onormalt låga anbud finns varken i LOU eller i direktivet. Det ankommer således på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma denna fråga inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger.

Det ankommer på den upphandlande myndigheten att *för det första* identifiera misstänkta anbud, *för det andra* bereda de berörda företagen tillfälle att visa att deras anbud är seriösa genom att från dem begära de förklaringar som den upphandlande myndigheten anser vara betydelsefulla, *för det tredje* bedöma relevansen av förklaringar som företagen lämnar och *för det fjärde* fatta beslut om att godta eller förkasta dessa anbud. De krav som sammanhänger med den kontradiktatoriska karaktären av förfarandet för kontroll av onormalt låga anbud i direktivet har uppfyllts endast när samtliga dessa delar har genomförts i tur och ordning (jfr EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani).

Direktivbestämmelsen innefattar ett krav på att den upphandlande myndigheten i samråd med anbudsgivaren ska granska anbudet med beaktande av förklaringarna. Detta krav har i 12 kap. 3 § tredje stycket LOU utformats så att myndigheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.

En begäran om förklaring kan enligt paragrafens andra stycke t.ex. avse anbudsgivarens möjligheter att utnyttja kostnadseffektiva metoder, tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet. Begäran om förtydligande kan också avse egenarten hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av anbudsgivaren, om anbudsgivaren iakttar de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som gäller på den ort där kontraktet ska fullgöras eller om anbudsgivaren fått möjlighet att erhålla statligt stöd.

Även trovärdiga och seriösa förklaringar, möjligheten att dra nytta av betydande skalfördelar eller pressande av vinstmarginaler för att på ett effektivare sätt kunna ta sig in på den aktuella marknaden ska bedömas (jfr EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-147/06 och C-148/06, SECAP och Santorso).

Det kontradiktatoriska förfarandet

Regleringen om det kontradiktatoriska förfarandet innefattar en möjlighet för den upphandlande myndigheten att förkasta ett onormalt lågt anbud. Om myndigheten anser att ett anbud förefaller vara onormalt lågt och också överväger att förkasta detta på den grunden inträder myndighetens skyldighet att undersöka det låga anbudet. Detta ska ske genom det anvisade skriftliga förfarandet. Bestämmelserna avser att förebygga att den upphandlande myndigheten ingår kontrakt när det finns en inte obetydlig risk för att leverantören inte kommer att utföra hela eller delar av arbetet i enlighet med kontraktet. Förfarandet syftar till att skydda anbudssökande och anbudsgivare från godtycke från den upphandlande myndighetens sida och säker-

ställa en sund konkurrens mellan företagen. Genom myndighetens undersökning ska anbudsgivaren få tillfälle att lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att anbudet är allvarligt menat. Den upphandlande 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 Högsta förvaltningsdomstolens, HFD, avgöranden i mål nr 6159-14, 6160-14, 6578-14 samt 6579-14 och i dessa angivna avgöranden från EU-domstolen).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Vid en bedömning av anbud har, i det första steget, således den upphandlande myndigheten att bedöma om ett anbud innehåller priser som medför att anbudet kan misstänkas vara onormalt lågt. Svevia har lämnat det lägsta anbudspriset samt prissatt tre poster i mängdförteckningen med låga à-priser i förhållande till den fiktivt angivna mängden. Borlänge Energi har angett att myndigheten vill undvika spekulationspriser. Det saknas skäl att invända mot Borlänge Energis åtgärd att granska Sveglias anbud närmare.

Borlänge Energi har, innan Sveglias anbud förkastades, skickat ut en förfrågan avseende prissättningen. I förfrågan angav Borlänge Energi att låga priser lämnats på vissa delar i mängdförteckningen och att en kommentar önskades till de låga priserna på tre poster. Svevia svarade på förfrågan och anförde att två av posterna prissatts på ett avvikande sätt i förhållande till övriga à-priser med likartade utföranden men att Svevia står fast vid avlämnat pris samt att en av posterna prissatts lågt eftersom linjetyper inte är vanligt förekommande i kommuner och arbetet oftast utförs med maskinläggning. Borlänge Energi meddelade sedan beslut om tilldelning och förkastat Sveglias anbud utan att på nytt höra av sig till dem.

Utredningen i målet visar således att Borlänge Energis närmare granskning av Sveglias anbud inte följt det förfarande som anvisats i 12 kap. 3 § LOU.

För att ett ingripande mot upphandlingen ska kunna ske med hänvisning till bristerna i det kontradiktoriska förfarandet, krävs det att Svevia har lidit eller har riskerat att lida skada till följd av dessa brister.

Ett syfte med det kontradiktoriska förfarandet är som framgått att anbudsgivaren ska ges möjlighet att förklara sitt anbud för den upphandlande myndigheten och därigenom beredas skydd mot godtycklig behandling. Sådana väsentliga brister i skyddet som är i fråga i detta mål medför typiskt sett att anbudsgivaren vid tidpunkten för upphandlingsfelet riskerar att lida skada.

De åtgärder som står domstolen till buds är enligt 16 kap. 6 § LOU att förordna att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (jfr RÅ 2005 ref. 47). Eftersom felet i målet inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, skulle det ligga närmast till hands att förordna om rättelse på så sätt att Svevia med en korrekt tillämpning av förfarandet i 12 kap. 3 § LOU ges tillfälle att förklara anbudet. Svevia har i förvaltningsrätten fört fram en grundlig argumentation för att visa att anbudet är seriöst menade. Det saknas därför skäl att förordna om rättelse på grund av de brister i förfarandet som förekommit hos Borlänge Energi.

Har det funnits skäl för Borlänge Energi att förkasta Svevias anbud?

När myndigheten fått in förklaringar till anbudet ska den bedöma om förklaringarna är godtagbara och anbudet trots det låga priset är seriöst menat. Denna bedömning får göras i varje enskilt fall med hänsyn till upphandlingsföremålet (jfr prop. 2006/07:128 s. 407).

Det är anbudsgivaren som ska ge in bevisning som förklarar det låga priset. Anbudsgivaren är också den som bäst har tillgång till sådana uppgifter som kan tydliggöra att det egna anbudet är allvarligt menat. I syfte att säkerställa effektiv konkurrens ska alla relevanta faktorer som anbudsgivaren gjort gällande och som hänför sig till kontraktsföremålet beaktas vid myndighetens

granskning av om ett anbud är onormalt lågt (jfr tidigare angivna HFD-avgöranden m.m.).

Svevia har till stöd för att anbudet är allvarligt menat anfört i huvudsak följande. Bolaget har god kännedom om vilka faktiska mängder av de olika arbetena som normalt sett ska utföras i förhållande till entreprenadavtalet. De fiktiva mängderna i mängdförteckningen för de nu aktuella posterna överstiger vad som normalt förekommit vid tidigare entreprenader. Bolaget har därför prissatt dessa arbeten lågt i syfte att få ett konkurrenskraftigt anbud. Om hela den mängden arbeten som angetts för dessa poster skulle utföras är bolagets förlust försumbar och utgör en engångsförlust. Bolaget innehar motsvarande uppdrag avseende utförande av vägmarkeringar i hela Dalarnas län åt Trafikverket. Det uppdraget och aktuell upphandling löper parallellt för hela avtalstiden, inklusive förlängningsoptioner. Bolaget har därför samordningsvinster som gör att bolaget kan erbjuda en generellt sett lägre prisbild jämfört med konkurrenter. Den faktiska skillnaden mellan bolagets anbudspris och den anbudsgivare som tilldelades kontraktet är inte mer än 6 520 kr eller ca en procent av anbudssumman. Det är anbudspriset i dess helhet som ska ligga till grund för bedömningen av om ett anbudspris är onormalt lågt. Bolaget har inte möjlighet att tacka nej till avrop av arbeten för vilka Borlänge Energi ifrågasatt à-priserna. Leveransvägran innebär ett kontraktsbrott som skulle vara skadestandsgrundande.

Borlänge Energi har för sin del anfört att det i förfrågningsunderlaget angetts att anbud med spekulationspriser kan komma att förkastas och att sådana priser undanbes. Sveglias priser i nu aktuella poster kan inte ses som annat än spekulationspriser, eftersom posterna i mängdförteckningen är fiktiva. Förklaringarna Svevia lämnat kan inte ses som objektivt godtagbara. I förfrågningsunderlaget har även angetts att om Borlänge Energi antar ett anbud med onormalt lågt pris kommer Borlänge Energi att nyttja sådant anbud i första hand. Sveglias argument om att arbetena utgör en engångsförlust som är försumbar är därför felaktigt. Sveglias förlust blir mycket större än vad Svevia anfört. I förfrågningsunderlaget har uttryckligen angivits att

spekulationspriser undanbes. Trots detta har Svevia lämnat anbud med vad som kan anses marknadsmässiga i tron om att bolaget kan förutse mängden vägmarkeringar som Borlänge Energi kommer att avropa. Detta kommer medföra Svevia stor ekonomisk skada om upphandlingen rättas så som Svevia yrkat.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I målet är fråga om en upphandling som avser utförande av vägmarkeringar som avser arbeten under ett år och nio månaders tid med möjlighet till förlängning upp till två år.

Förvaltningsrättens bedömning är att de förklaringar som Svevia nu lämnat får anses som tillräckligt detaljerade och noggrant redovisade i förhållande till upphandlingens omfattning. Rätten fäster härvid avseende vid att Svevia bl.a. har möjlighet att samordna utförandet med andra uppdrag och att bolaget redogjort för vilka affärsmässiga bedömningar som övervägts. Vad Borlänge Energi anför visar inte att Sveglias förklaringar och överväganden skulle sakna affärsmässighet eller ge befogad anledning att anta att anbudet skulle leda till leveransvägran eller på annan grund leda till att upphandlingen inte skulle få avsett resultat. Förutsättningar att förkasta Sveglias anbud har således inte förelegat. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed och rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd. Rättelse ska därför ske på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Sveglias anbud inte ska förkastas på den grunden att det är onormalt lågt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).

Essa Malmqvist
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.