



PARTER

Sökande

Systemtext AB, 556813-3937

Box 8079

200 41 Malmö

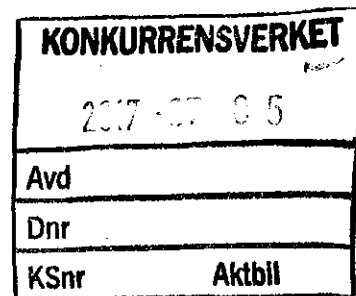
Motpart

Naturvårdsverket

10648 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Naturvårdsverket genomför en ramavtalsupphandling för hänvisnings- och informationsskyltar till Sveriges nationalparker, NV-08839-16. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsbeslut meddelades den 10 maj 2017 varvid kontrakt tilldelades K-E-L-O Ängelholm AB (Kelo).

Systemtext AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten, med ändring av Naturvårdsverkets beslut att tilldela uppdraget till Kelo, istället ska tilldela bolaget uppdraget.

Naturvårdsverket bestrider bolagets yrkande.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Anbudsfrågan p. 3.3

Av ansökningsfrågan p. 3.3 sista stycket framgår följande.

”Om anbudsgivare avser använda underleverantörer ska anbudsgivare visa att anbudsgivare förfogar över de nödvändiga resurserna, exempelvis genom att lägga fram ett samarbetsavtal. Naturvårdsverket kommer dock att beakta även andra sätt för anbudsgivaren att förfoga över nödvändiga resurser.”

Av p. 5.2 i ansökningsfrågan framgår att tilldelning sker till det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga med hänvisning till pris. Av tilldelningsbeslutet framgår att såväl bolaget som Kelo uppfyllde samtliga skalkrav och att Kelo tilldelades kontrakt då de hade angivit det lägsta priset. Kelos angivna pris är helt missvisande då det bygger på underleverantören Willis priser till Kelo vilka rimligen måste anses vara felräknade.

Willis har i dess försäkran intygat att de "förfogar över de nödvändiga resurser som krävs för att säkerställa tillverkning av de produkter som efterfrågas i upphandlingen av hänvisnings-och informationsskyltar". Samarbetet gäller enligt försäkran smidesarbeten. En granskning av Willis årsredovisning för verksamhetsåret 2015/2016 visar att deras omsättning under den aktuella perioden varit 1 403 000 kr samt att omsättningen minskat med två tredjedelar sedan verksamhetsåret 2012/2013. Det finns en företagsinteckning om 1 500 000 kr. Av årsredovisningen framgår vidare att Willis har tre anställda. Den redovisade lönekostnaden för 2015/2016 motsvarar emellertid normalt ca en medarbetare.

Ungefär två tredjedelar av den leverans som följer av upphandlingen avser smidesarbeten vilka Kelo ska köpa från Willis. För att Willis ska kunna uppfylla de underleveranser som följer av upphandlingen måste Willis tredubbla dess leveranskapacitet, innebärande inköp av maskiner och lager samt anställa fler medarbetare. Det innebär en mycket stor osäkerhet då Willis inte har egna medel att finansiera den behövliga expansionen. Det åligger Naturvårdsverket att göra en rimlig analys av Willis ekonomiska styrka för att av försiktighetsskäl säkra att Kelo kan uppfylla sina åtaganden enligt anbud. En sådan analys hade givit vid handen att Willis leveranskapacitet och svaga ekonomi är sådan att det föreligger en betydande risk att Kelo inte kommer kunna uppfylla leveransåtagandet till Naturvårdsverket.

Kelos låga anbudspris

Kelos anbud innebär att Naturvårdsverket uppskattar värdet av upphandlingen till ca 8 mkr under avtalsperioden. Andelen smide motsvarar då drygt 5 mkr. Bolagets inköpspris för motsvarande smidesvolym är 9,2 mkr. Såvitt känt är bolagets verksamhet större än Kelos och det är därmed antagligt att bolaget har lägre inköspriser än Kelo. Den mycket stora skillnaden mellan Kelo/Willis och bolagets leverantörspriser har föranlett att bolaget har gjort en genomgång med sina smidesleverantörer för att fastställa en marknads-

mässig kostnad för de smidesleveranser som omfattas av upphandlingen. En gjord kalkyl visar tydligt att Kelo/Willis har prissatt produktionen lågt under produktionskostnaden vilket kommer innebära att både Kelo och Willis kommer gå med stora förluster. Det kan på goda grunder antas att Kelos enda möjlighet att klara åtagandet gentemot Naturvårdsverket är att Kelo under avtalstiden kommer att hemställa om betydande höjning av priserna i anbudet.

Naturvårdsverket

Naturvårdsverket påbörjade den aktuella upphandlingen under hösten 2016 och valde upphandlingsform i december 2016 varför lag (2007:1091) om offentlig upphandling är tillämplig.

Anbudsfrågan p. 3.3

En upphandlande myndighet får fritt bestämma vilka kriterier den vill lägga till grund för tilldelning av kontrakt. Myndigheten får dock endast välja kriterier som är ägnade att fastställa det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Naturvårdsverket har i aktuell upphandling valt att ställa de krav med avseende på underleverantörer som framgår av p. 3.3 i anbudsfrågan. Vid utvärderingen av anbud får endast de krav som ställts i anbudsfrågan beaktas.

Kelo har i sitt anbud avseende p. 3.3

- Angivit att de kommer använda underleverantör, för nu aktuell del Willis.
- Bekräftat att kraven i 3.1 är uppfyllda även för Willis
- Angivit att de är införstådda med och accépterar de krav som efterfrågats i p. 3.3 i anbudsfrågan.
- Visat att de förfogar över Willis resurser genom att presentera ett samarbetsavtal.

Bolaget har anfört att Willis historiskt sett har haft låg omsättning och därför riskerar att inte klara av att leverera. Låg historisk omsättning hos en underleverantör utgör inte skäl att utesluta en anbudsgivare. Även nystartade bolag, helt utan historisk omsättning, får lämna anbud om de uppfyller ställda krav. Naturvårdsverket har gjort bedömningen att ställda krav uppfylls.

Vid anbudsutvärderingen har Naturvårdsverket gjort den kontroll av Willis som enligt anbudsförfrågan skulle göras och inte funnit anledning att förkasta anbudet med anledning av vad som framkommit därav. Inte heller i Willis ratingrapport finns uppgifter som skulle föranlett ytterligare utredning.

Kelos låga anbudspris

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 tillfredställande svar. Det är upp till den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma vad som är ett onormalt lågt anbud. Någon allmän skyldighet att förkasta ett sådant anbud kan inte utläsas av 12 kap. 3 § LOU. Om en myndighet anser att ett anbud förefaller onormalt lågt och också överväger att förkasta detta på den grunden inträder dock en skyldighet för myndigheten att skriftligen begära en förklaring till det låga anbudet.

Naturvårdsverket har inte bedömt att anbudet från Kelo varit onormalt lågt. Istället har bedömningen gjorts att utrymme för prispress har funnits. Arbetsprocesser och tidsåtgång kan t.ex. skilja sig mycket mellan olika utförare. Naturvårdsverkets tidigare erfarenheter har gett vid handen att det kan förekomma betydande prisskillnader vid köp av detta slag. Någon skyldighet att inleda ett förfarande enligt 12 kap. 3 § LOU har därmed inte inträtt.

Något stöd för att vinnande anbud inte varit seriöst menat har inte framkommit.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har den 1 januari 2017 upphävts och ersatts med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Av övergångsbestämmelserna framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet. Den upphävda lagen är således tillämplig i detta fall.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 §. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU (jfr HFD 2013 ref. 53). Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndigheter har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Kravet i anbudsfrågan p. 3.3

Bolaget har anfört att Naturvårdsverket Kelos anbud borde ha förkastats då anbudet inte uppfyller kravet i anbudsfrågan p.3.3. Av nämnda punkt framgår att anbudsgivare, för det fall de avser att använda underleverantörer, ska visa att de förfogar över de nödvändiga resurserna, exempelvis genom att bifoga ett samarbetsavtal. I målet har framkommit att Kelo i sitt anbud

angivit att de avser använda sig av Willis som underleverantör. Det framgår vidare att bolaget till sitt anbud bifogat ett samarbetsavtal vari Willis försäkrat att de förfogar över de nödvändiga resurser som krävs för att säkerställa tillverkning i den aktuella upphandlingen. Bolaget har emellertid anfört att det åligger Naturvårdsverket att göra en rimlig analys av Willis ekonomiska styrka för att säkra att Kelo kan uppfylla sina åtaganden enligt sitt anbud.

Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga. En sådan kontroll skulle i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Om den upphandlande myndigheten i upphandlingen i förfrågningsunderlaget inte uppställt krav på att uppgiften också skulle styrkas skulle en annan ordning kunna strida mot de grundläggande principerna i LOU (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juni 2011 i mål nr 981-11).

Kelo har, i enlighet med kravet i p. 3.3, angivit att de avser att använda sig av en underleverantör samt bifogat ett samarbetsavtal. Det har i målet inte framkommit att Naturvårdsverket i förfrågningsunderlaget har ställt krav på att den underleverantör anbudsgivaren ska använda sig av ska ha en viss omsättning, ekonomisk situation eller ett visst antal anställda. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten inte att det finns skäl för ingripande mot upphandlingen med anledning av vad bolaget anfört i denna del.

Lågt anbudspris

Bolaget har anfört att Kelo/Willis har prissatt produktionen långt under produktionskostnaden och att det på goda grunder kan antas att Kelo under avtalstiden kommer att hemställa om betydande höjning av priserna i anbudet.

Enligt 12 kap. 3 § LOU får en upphandlande myndighet 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 tillfredställande svar. I svensk rättstillämpning har detta bedömts som att någon allmän skyldighet att förkasta ett sådant anbud inte föreligger och en leverantör har inte heller ansetts kunna kräva att den upphandlande myndigheten ska förkasta en konkurrents anbud för att dess anbudspris bedöms vara onormalt lågt (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 juni 2007 i mål nr 1641-07).

Genom LOU-direktivet 2014/24/EU införs en skyldighet för upphandlande myndigheter att ifrågasätta anbud med misstänkt låga anbudspriser och förkasta anbud som är onormalt låga på grund av att leverantören inte har iakttagit miljö-, social- och arbetsrättsliga krav enligt artikel 18.2. Bestämmelsen är implementerad i den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling som trädde i kraft den 1 januari 2017. Som ovan nämnts är den nya lagen inte tillämplig i förevarande mål. Direktivet skulle emellertid ha varit genomfört i medlemsstaterna den 18 april 2016 varför direktivets bestämmelser under vissa förutsättningar kan få direkt effekt.

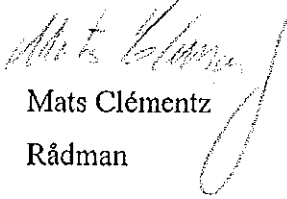
Någon definition av begreppet onormalt lågt anbud finns inte. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall göra denna bedömning med hänsyn till upphandlingsföremålet (se Konkurrensverkets rapport 2013:6, Osund konkurrens i offentlig upphandling). Det förhållandet att det offererade priset i ett anbud är väsentligt lägre än i övriga anbud innebär inte per automatik att det är att anse som ett onormalt lågt anbud.

I förevarande fall har Naturvårdsverket anfört att de bedömt att utrymme för prispress funnits och att de inte bedömt att Kelos anbud varit onormalt lågt. Vidare har de anfört att deras tidigare erfarenheter gett vid handen att det kan förekomma betydande prisskillnader vid köp av detta slag. Mot bak-

grund härav och till upphandlande myndighets möjlighet att själva avgöra vad som är ett att anse som ett onormalt lågt anbud finner förvaltningsrätten inte att bolaget har visat att Kelos anbud är att anse som onormalt lågt. Det har inte heller i övrigt framkommit skäl att tro att Kelos anbud inte varit allvarligt menat. Därmed saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva frågan om direktivets bestämmelser har direkt effekt eller om en direktivkonform tolkning ska göras. Det saknas således skäl för ingripande med stöd av LOU även i denna del mot bakgrund av vad bolaget har anfört. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Mats Clémentz
Rådman

Sara Rostamian har föredragit målet.

