



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2019-10-10

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (9)

Mål nr

12669-19

SÖKANDE

Construera Sverige AB, 556735-3080

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

MOTPART

AB Ekerö Bostäder, 556519-3645

Ombud: Jur.kand. Amar Al Djaber
ZIAN AB
Box 601
101 32 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2019-10-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Construera Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 1149691

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: avd32.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

AB Ekerö Bostäder (Ekerö Bostäder) genomför en ramavtalsupphandling av byggtrepreparadbeten, dnr 19/9. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Föremålet för upphandlingen är tillhandahållande av en arbetare som efter avrop ska utföra byggtrepreparadbeten. Lägsta pris har angetts som tilldelningsgrund. Priset ska utöver kostnader för arbetaren bl.a. omfatta kostnader för arbetsledning, hjälpmedel och resor. Construera Sverige AB:s (Construera) anbud förkastades med motiveringen att anbudet innehöll ett onormalt lågt pris och att bolaget inte lämnat någon tillfredställande förklaring till den låga prissättningen.

Construera ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse av upphandlingen på så sätt att bolagets anbud ska tas upp till prövning. I andra hand yrkar Construera att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Det lämnade anbudspriset är affärsmässigt motiverat och seriöst menat. Ekerö Bostäder har inte visat att anbudspriset är onormalt lågt. Construera har lämnat en tillfredställande förklaring till priset men anbudet har trots detta förkastats. Anbudet är inte onormalt i den meningen som avses i LOU. Till följd av Ekerö Bostäders agerande har Construera lidit skada i den mening som avses i LOU.

Construera avser att leverera samtliga efterfrågade tjänster i full överensstämmelse med avtalet och Ekerö Bostäders villkor för utförande av det. Construera har lång och gedigen erfarenhet samt har alltid levererat i full överensstämmelse med befintliga avtal med andra kommuner och kommunala bolag och alltid med kundernas bästa som högsta prioritet. Construera har för avsikt att fortsätta göra så för det fall att bolagets anbud skulle antas av Ekerö Bostäder. Prissättningen kommer inte att påverka

kvaliteten eller omfattningen av bolagets åtagande respektive utförande. Construera kommer att utföra arbetet i enlighet med avtalet och uppfylla samtliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter.

Construera verkar i en hårt konkurrensutsatt bransch där priserna är det främsta konkurrensmedlet. I den aktuella upphandlingen är tilldelningsgrunden lägsta pris och det finns ingen nedre gräns för vilket pris som får lämnas. Construera har anpassat sina anbudspriser därefter. Anpassningen av priset är nödvändig för att bolaget ska kunna behålla sina marknadsandelar som det har idag. Förhoppningen är också att anpassningen i bästa fall leder till att Construera kan utöka sina marknadsandelar. Construera har flera anställda som bor i kommunen nära uppdragsområdet. Bolaget har även flera andra kunder i området som gör att de kan synkronisera uppdragen och utnyttja stordriftsfördelar.

Costrueras intäkter kommer från många olika kunder och många parallella uppdrag. Bolaget har en stark likviditet på grund av en hög omsättning och ett stort antal beställare. Construera är därför inte beroende av att just det aktuella uppdraget måste täcka alla kostnader. Construera har tidigare vid vissa särskilt intressanta upphandlingar konkurrerat med låga priser för att vinna marknadsandelar. Bolagets förklaringar då har varit desamma som i detta fall, och har alltid godkänts. EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen har i sin praxis också godtagit förklaringar liknande de Construera har lämnat i den aktuella upphandlingen.

För det fall att förvaltningsrätten inte bifaller Construeras förstahandsyrkande ska upphandlingen göras om eftersom upphandlingsmodellen strider mot LOU. Beslutet att förkasta bolagets anbud strider mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Detta eftersom det inte går att förutse slutresultatet i upphandlingen utifrån förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Det är inte möjligt att avgöra när

Ekerö Bostäder tänker förkasta eller anta ett anbud trots att utvärderingsgrunden för upphandlingen är lägsta pris. Det går inte heller att utläsa vad en tillfredställande förklaring till ett lågt pris skulle vara. Ekerö Bostäders agerande strider vidare mot regeringsformens krav på opartiskhet och saklighet vid myndighetsutövning.

Ekerö Bostäder bestrider bifall till Construeras ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Construeras förklaring till det låga anbudspriset är vag och bedöms därför inte som tillräcklig. Upphandlingen omfattar endast en yrkesroll och det har därmed inte varit möjligt för anbudsgivare att lämna taktiska priser eller dumpa vissa roller. Det lämnade anbudet är onormalt lågt för den aktuella yrkesrollen och därför är anbudet onormalt i sin helhet.

För att klargöra om ett pris är onormalt lågt måste alla relevanta uppgifter i aktuell upphandling beaktas genom en helhetsbedömning av vilka kostnader som ska inkluderas i lämnat timpris. Det aktuella timpriset omfattar kostnader för bl.a. arbetsledning, arbetare, hjälpmedel, underentreprenader, försäkringar samt utredning och projektering. Timpriset ska även omfatta bl.a. servicebil, arbetsredskap samt förbrukningsmaterial. Ekerö Bostäder äger enligt upphandlingsdokumentet rätt att avropa yrkesarbetare till angivet pris. Construera har inte kunnat påvisa hur längre avrop av efterfrågad roll ska finansieras varför seriositeten av lämnad prissättning ifrågasätts.

Ekerö Bostäder kan inte se att Construeras anbud bär sina kostnader. Det finns därför en överhängande risk för att Construera kommer att överfakturera i syfte att få ekonomin att gå runt. Upphandlingen avser entreprenadarbeten avseende löpande underhåll samt utförande av större entreprenadarbeten. Alla större uppdrag kommer att avropas genom förnyad konkurrensutsättning varför rangordnad entreprenör inte på något sätt kan räkna hem större uppdrag. Ekerö Bostäder har tidigare i en liknande upphandling anlitat en anbudsgivare med anbud som varit i samma nivå som

Construeras. Detta fick till följd att anbudsgivaren i fråga vägrade att leverera tjänsten till det pris som angetts då det inte täckte anbudsgivarens kostnader.

Att i generella termer förklara att anbudsgivaren kan använda kostnadseffektiva metoder eller dra stordels fördelar kan knappast utgöra ett tillfredställande svar om anbudsgivaren inte samtidigt förklarar hur dessa stordels fördelar påverkar prissättningen. Det utgår ingen restid eller restidsersättning vid utförande av uppdraget, varför påståendet om stordriftsfördelar inte har någon betydelse. Construera har hänvisat till olika upphandlingar där mycket låga eller negativa anbud har godkänts av domstolar och myndigheter. I samtliga dessa upphandlingar har prissättningen utvärderats på flera yrkesroller och anbudsgivare har haft möjlighet att lämna strategiska anbud genom att höja priser på vissa yrkesroller och sänka priset på andra. Det går heller inte att jämföra anbudspriser för upphandlingar i andra typer av branscher. Prissättningen i den aktuella upphandlingen omfattar kostnader som inte behöver beaktas i andra upphandlingar.

Förvaltningsrätten har vid bedömningen av om Construeras förklaring varit tillfredställande enbart att beakta den förklaring Ekerö Bostäder haft tillgång till inför beslutet att utesluta bolaget. Förklaringar som lämnats i samband med överprövningen ska inte beaktas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I 20 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att

leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

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

Av 19 kap. 27 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten, om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma om ett anbud är onormalt lågt inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger (jfr HFD 2016 ref. 3). Ett onormalt lågt anbud kan dock sägas vara ett sådant anbud som inte motsvarar vedertagna affärsmässiga hänsyn. Bedömningen av om ett anbud är onormalt lågt ska göras i förhållande till det som upphandlas (jfr prop. 2015/16:195 s. 794 och 2006/07:128 s. 407).

Den upphandlande myndigheten har en skyldighet att se till att upphandlingen är effektiv, bl.a. i den meningen att de ska säkerställa att leverans kan ske i enlighet med kontraktet. Om ett lågt anbud inger farhågor beträffande leveranssäkerhet m.m., kan det hävdas att det allmänna kravet på att en myndighet ska iaktta skälig omsorg vid förberedandet av en

upphandling medför att det i praktiken inte finns något utrymme att godta ett sådant anbud (prop. 2015/16:195 s. 795).

Förvaltningsrättens bedömning

Av handlingarna i målet framgår att Construeras anbud har förkastats på grund av att anbudspriset bedömts som onormalt lågt. Det framgår vidare att Ekerö Bostäder innan förkastandet skett har gett Construera möjlighet att inkomma med en förklaring till sitt anbudspris.

Förvaltningsrätten har inledningsvis att bedöma om Ekerö Bostäder har haft fog för att begära att Construera ska förklara sitt anbudspris. För att så ska vara fallet krävs att Ekerö Bostäder har gjort sannolikt att anbudspriset är så pass lågt att det kan anses vara onormalt.

Av utredningen i målet framgår att Construera har offererat ett timpris om 285 kr. Det framgår vidare att de anbudsgivare som gått vidare till utvärdering offererade timpriser mellan 360 kr och 375 kr. Mot denna bakgrund och med beaktande av de kostnadsposter som ska inräknas i timpriset, anser förvaltningsrätten att Ekerö Bostäder får anses ha haft fog för att granska Construeras anbud närmare och begära en förklaring till priserna.

Förvaltningsrätten har härefter att bedöma om Construera har lämnat en tillfredsställande förklaring till det låga priset. Det är anbudsgivaren som ska ge in bevisning som förklarar det låga priset. Anbudsgivaren är också den som har bäst tillgång till sådana uppgifter som kan tydliggöra att det egna anbudet är seriöst menat (HFD 2016 ref. 3). Förvaltningsrättens prövning i mål där anbud uteslutits är inte begränsad till omständigheter och bevisning som lagts fram före beslutet om uteslutning. Förvaltningsrätten har därför även att beakta det som åberopas under domstolsprocessen.

De förklaringar som Construera angett är i huvudsak att de har anställda och kunder i närområdet, varför de kan synkronisera uppdragen och utnyttja stordriftsfördelar. Bolaget har vidare en god ekonomi och använder sig av strategier som innefattar låg prissättning för att behålla och utöka marknadsandelar. Av denna anledning behöver varje uppdrag inte täcka alla kostnader.

Av vad som framkommit i målet är föremålet för upphandlingen tillhandahållande av en arbetare som efter avrop ska utföra löpande och större byggtreprenadarbeten till ett fast timpris. Vinnande anbudsgivare garanteras inte att få utföra större arbeten då avrop ska ske genom förnyad konkurrensutsättning. Mot bakgrund av upphandlingsföremålet framstår det enligt förvaltningsrättens mening som mindre motiverat för en etablerad aktör inom branschen, att utan närmare redogörelser än de som Construera har lämnat, åta sig uppdraget till ett pris som är mycket lågt eller inte bär sina kostnader. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att de förklaringar som Construera har lämnat inte på ett godtagbart sätt förklarar den ifrågasatta prissättningen. Ekerö Bostäder får därmed anses ha haft fog för att förkasta bolagets anbud. Det kan heller inte anses att Ekerö Bostäder på det sätt som Construera gjort gällande har brutit mot transparens- eller likabehandlingsprinciperna eller någon annan bestämmelse i LOU. Sammantaget saknas enligt förvaltningsrättens mening skäl för ingripande enligt LOU eller på annat sätt utifrån vad Construera har anfört. Ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Mats Mossfeldt

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Alexander Viksten 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.

