



SÖKANDE

Torbjörn Sundström Entreprenad Aktiefbolag, 556170-3686
c/o Anders Sundström
Strömsegatan 2
961 37 Boden

MOTPART

Övertorneå kommun
957 85 Övertorneå

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Torbjörn Sundström Entreprenad Aktiefbolags
ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2019-02-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Övertorneå kommun har genom förenklat förfarande upphandlat totalentreprenad av VA-ledningar i Norra Pello. Upphandlingen avsåg etapp 2 samt option för etapp 3. I tilldelningsbeslut den 19 september 2018 meddelade kommunen att man avser teckna kontrakt med Nyab Infrastruktur AB (Nyab) för projektet VA Pello etapp 2. Torbjörn Sundström Entreprenad Aktiebolag (bolaget) var en av två anbudsgivare.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad bolaget framför

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att tilldelningsbeslutet ska upphävas samt att bolaget ska tilldelas kontraktet. Bolaget anför sammanfattningsvis följande. Nyab uppfyller inte kraven i AFB.52 eftersom dess kreditvärdering understiger UC klass 3. Vidare har kommunen åsidosatt sin skyldighet att ifrågasätta misstänkt prisdumpning. Kommunen har således brustit i sin bedömning av anbudet.

Nyab:s anbud avviker avsevärt från övriga anbudsgivare i pris. Med dessa prisuppgifter framstår det som om kommunen vid tilldelningsbeslutet inte gjort någon kontroll av de miljö, social- eller arbetsrättsliga skyldigheterna eller begärt en förklaring av hur det är möjligt att Nyab klarar dessa åtaganden. Det framstår snarare som att kommunen möjliggjort ett kringgående av bestämmelsen i 16 kap. 7 § LOU. Bolaget har varit delaktigt i projekteringen av VA Pello etapp 2 och 3, och har därmed mycket god kännedom om hur arbetet ska genomföras. Bolaget har även god lokal-kännedom, vilket har betydelse vid anbudsgivning. Trots detta är pris-skillnaden mellan Nyab och bolaget 33 procent. Entreprenadbranschen är hårt konkurrensutsatt med höga kostnader för maskiner och förare samt

höga driftskostnader. Dessa fasta kostnader, samt kostnader för material och varor, är i huvudsak desamma för företag i branschen. Att jämföra tidigare etapp, som saknade fullständigt underlag, för att beräkna alla poster är inte lämpligt och att jämföra två inkomna anbud ger ingen bedömning av riktigheten i prisnivåer. En enskild bedömning ska utföras i varje upphandling och en bedömning bör ske om prisnivåerna avviker från varandra.

Det är riktigt att ett bolag kan åberopa annat företags finansiella eller ekonomiska resurser i enlighet med 14 kap. 6 § LOU. Att så har skett framgår dock inte av anbudsutvärderingen. Åtagandet från NYAB Sverige AB saknar vidare inkomststämpel och det går därmed inte att fastställa att handlingen inkom till kommunen innan anbudstidens utgång.

Bolaget har vid upprepade tillfällen begärt att få ta del av vinnande anbud. Kommunen har dock inte lämnat ut handlingarna eller fattat något avslagsbeslut. Att kommunen i sitt yttrande påstår detta är anmärkningsvärt och påverkar kommunens trovärdighet i målet. Genom detta förfarande har bolagets grundlagsfästa rättigheter grovt åsidosatts. Att inte få del av handlingarna innan tiden för överklagande gör det mycket svårt att granska kommunens tilldelning.

Vad kommunen framför

Kommunen anser att ansökan ska avslås och framför i huvudsak följande. Kommunen har iakttagit de grundläggande principerna i LOU och har vid prövning och utvärdering av anbudet endast agerat enligt de förutsättningar som redovisats i förfrågningsunderlaget. Förfaringssättet har inte på något sätt lämnat utrymme för godtycke vid prövningen.

Kommunen har vid anbudsbedömning inte uppfattat Nyab:s anbud som onormalt lågt och fann inte att anbudens prisskillnader skulle leda till någon

djupare utredning enligt 16 kap. 7 § LOU. Kommunen konstaterade snarare att det är ett etablerat faktum att det förekommer skillnader i anbudspriser avseende entreprenader. Vid upphandling av etapp 1 förekom också prisskillnader på i snitt 33 procent mellan det högsta och lägsta anbudet, som då var bolagets.

Kommunen har i AFB.52 ställt krav på lägst riskklass 3 enligt UC eller likvärdig riskklass hos annat kreditvärderingsinstitut. Myndigheten kan själv kontrollera detta för nationella anbudsgivare. Nyab har i sitt anbud åberopat annat företags finansiella och ekonomiska resurser i enlighet med 14 kap. 6 § LOU. Inlämnat finns även ett åtagande där det andra företaget, NYAB Sverige AB, förbinder sig att tillse att Nyab kommer att förfoga över nödvändiga finansiella och ekonomiska resurser för fullgörandet av Nyab:s åtagande enligt kontraktet för upphandlingen. Kommunen har godtagit detta i enlighet med 14 kap. LOU. Kommunen har vidare kontrollerat även detta företags ekonomiska ställning och bedömt den som mycket god, utan något att anmärka på.

Nyab har begärt sekretess för en del av sitt anbud. Efter en sekretessprövning har kommunen kommit fram till delvis bifall på bolagets begäran att få ta del av anbudet. Beslut samt handlingar har överlämnats till bolaget.

SKÄLEN FOR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska, om den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I mål om ingripande 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 han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till det som parten har åberopat (RÅ 2009 ref. 69).

Enligt 4 kap. 10 § LOU ska upphandlande myndighet, innan den tilldelar kontrakt, kontrollera bl.a. att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten.

Om en part utan framgång hos den upphandlande myndigheten har begärt att få ta del av uppgifter som den önskar åberopa, ska domstolen ta ställning till om begärda uppgifter krävs för en effektiv granskning av upphandlingsförfarandet. När den som sökt överprövning ifrågasätter att vinnande anbud uppfyller ett visst obligatoriskt krav, ska rätten inhämta den utredning som krävs för att göra en effektiv prövning av upphandlingen (HFD 2015 ref. 55 och Kammarrättens i Stockholm dom den 10 mars 2017 i mål nr 358-17).

Begäran att få ta del av vinnande anbud

Bolaget har anfört att det har begärt att få ut handlingar från kommunen, men att några handlingar inte har lämnats ut samt att något beslut om avslag på begäran inte har lämnats. Förvaltningsrätten utövar inte tillsyn över kommunen och har i förevarande mål att pröva om kommunen har genomfört aktuell upphandling i strid med LOU. Vad bolaget anfört i denna del

omfattas således inte av domstolens prövning och föranleder inte någon ytterligare åtgärd från förvaltningsrättens sida.

Onormalt lågt anbud

Enligt 16 kap. 7 § första stycket LOU ska, om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Av andra och tredje stycket följer att myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset, eller myndigheten finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social - eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Någon definition av begreppet onormalt låga anbud finns inte i LOU. Det är den upphandlande myndigheten som utifrån omständigheterna i det enskilda fallet ska avgöra vad som förefaller vara ett onormalt lågt anbud (prop. 2015/16:195 s. 1114). Bestämmelsen ger upphandlande myndighet en förhållandevis stor frihet att avgöra vad som utgör ett onormalt lågt anbud. I mål där sökanden är en förlorande anbudsgivare som gör gällande att vinnande anbudsgivares anbud inte borde ha antagits utan att upphandlande myndighet först begärt en förklaring, bör sökanden ha bevisbördan för att anbudet förefaller vara onormalt lågt. Eftersom upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att avgöra vad som ska anses vara ett onormalt lågt anbud måste det krävas att sökanden förebringar förhållandevis stark bevisning till stöd för att anbudet är att betrakta som onormalt lågt (se Kammarrättens i Jönköping dom den 16 mars 2018 i mål nr 2895–2896-17).

Enligt förvaltningsrättens mening är vad bolaget åberopat i denna del inte tillräckligt för att anse att Nyab:s pris framstått som onormalt lågt på ett sådant sätt att det ålegat kommunen att begära en förklaring av anbudets

pris. Det saknas därför skäl för ingripande mot upphandlingen med anledning av vad som anförts härom.

Krav avseende kreditvärdighet

Av AFB.52 punkt 3 i de administrativa föreskrifterna framkommer att anbudsgivaren ska ha lägst riskklass 3 enligt UC klassificering eller likvärdig riskklass hos annat kreditvärderingsinstitut. Upphandlande myndighet kontrollerar detta själv vad avser nationella anbudsgivare.

Enligt 14 kap. 6 § LOU får en leverantör för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser bl.a. ekonomisk och finansiell ställning.

Bolaget menar att Nyab inte uppfyller kravet i AFB.52 eftersom deras kreditvärdering understiger UC klass 3. Kommunen har dock framfört att Nyab i sitt anbud åberopat annat företags ekonomiska och finansiella resurser i enlighet med 14 kap. 6 § LOU och har till domstolen inkommit med åtagandet från NYAB Sverige AB. Av handlingen framgår att NYAB Sverige AB förbinder sig att tillse att Nyab kommer att förfoga över nödvändiga finansiella och ekonomiska resurser för fullgörandet av Nyab:s åtagande enligt kontraktet för upphandlingen avseende VA Pello etapp 2 och 3. Bolaget har i sin tur invänt att det aktuella åtagandet inte är inkomststämplat och att det därmed inte är möjligt att fastställa att det inkom till kommunen innan anbudstidens utgång.

Förvaltningsrätten kan konstatera att det inlämnade åtagandet är daterat den 15 augusti 2018, vilket var sista anbudsdag. Att åtagandet inte är inkomststämplat är enligt domstolens mening inte tillräckligt för att ifrågasätta att handlingen lämnades in tillsammans med Nyabs anbud. Bolaget har vidare inte åberopat några omständigheter i övrigt som medför att det finns skäl att

anta att åtagandet inkommit till kommunen först efter anbudstidens utgång. Förvaltningsrätten bedömer att aktuellt åtagande får anses visa att bolaget har tillgång till den ekonomiska och finansiella kapaciteten hos NYAB Sverige AB vid tidpunkten för fullgörandet av kontraktet. Övriga handlingar i målet får vidare anses visa att Nyab därigenom uppfyller kravet i AFB.52.

Bolaget har även anfört att det i anbudsutvärderingen inte anges att Nyab åberopat annat företags kapacitet. Någon skyldighet för upphandlande myndighet att i anbudsutvärderingen redovisa vilka sådana åtaganden som åberopats av vinnande anbudsgivare, föreligger enligt förvaltningsrättens mening inte. Bolaget har inte utvecklat närmare vilken bestämmelse i LOU detta kan anses stå i strid med samt hur bolaget lidit skada till följd av en sådan eventuell brist. Ett ingripande enligt LOU blir därför inte aktuellt.

Slutsats

Mot bakgrund av det som ovan anförts har någon grund för ingripande mot upphandlingen inte framkommit. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Överklagandet ska ges in till Förvaltningsrätten i Luleå men vara ställt till Kammarrätten i Sundsvall. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Frida Englund
förvaltningsrättsfiskal

David Munck har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

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 nyårs-afton, 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.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

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 avisar 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 rätts-tillämpningen.
- 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.