


SÖKANDE

Förvaltningsaktiebolaget Månljuset, 559087-9408

MOTPART

Kungälv kommun, 212000-1371

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019 05 31	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Kungälv kommun (kommunen) genomför upphandlingen *Klottersanering*, dnr KS2018-1719, som ett öppet förfarande enligt LOU. Tilldelning sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån lägsta pris totalt. Av tilldelningsbeslut meddelat den 31 januari 2019 framgår att Caretia Rail AB antagit som leverantör. Av utvärderingsrapporten framgår att anbudet från Förvaltningsaktiebolaget Månljuset (Månljuset) inte har kvalificerats för vidare utvärdering eftersom det inte ansågs uppfylla de obligatoriska kraven avseende organisation, erfarenhet och resurser samt till följd av att bolagets anbud anses vara onormalt lågt.

YRKANDEN M.M.

Månljuset ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse med innebörden att beslutet om tilldelning ska återkallas, varvid bolagets anbud istället ska antas. Månljuset anför bl.a. följande. Kommunen har inte beaktat bolagets svar på de frågor

som ställts och har därför inte haft rätt att förkasta anbudet. Anbudet är med beaktande av de lämnade svaren kvalificerat och har det lägsta priset, varför bolaget borde tilldelas kontraktet. Kommunen har utifrån punkt 2.3 i upphandlingsdokumentet *Kontroll av anbudsgivare* begärt uppgifter från Skatteverket och har därefter, mot bakgrund av bolagets beskrivning av organisationen, begärt en förklaring till bolagets låga arbetsgivaravgifter (0 kr i september, 1 696 kr i oktober respektive 565 kr i november 2018). Av lämnat svar framgår att bolaget under perioden mestadels arbetat med inhyrda konsulter och underentreprenörer samt att arbetsgivaravgifterna avser bolagets timanställda. Bolagets ledande person har bedrivit studier till slutet av december 2018 och har därför inte tagit ut lön från bolaget under året. Under perioden november 2018-januari 2019 har tre sanerare anställts.

Vad gäller offererade priser har bolaget förklarat varför särskilt kostnads-effektiva metoder kan utnyttjas. Även hur bolaget avser att fullgöra kontraktet avseende miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter har redogjorts för, liksom att bolaget erhåller statlig ersättning. Prisskillnaden mellan bolagets anbud och det vinnande anbudet är endast 66 240 kr totalt och då är bolaget redan etablerat i kommunen medan anbudsvinnaren i dagsläget endast är verksam på andra platser, varför det priset istället borde ifrågasättas.

Vidare har kommunen uppskattat volymen till ca 700 000 kr per år. Om hela beloppet skulle utgöra ordinarie tid med en kostnad på 350 kr per timme motsvarar det en heltidstjänst per år. Bolagets uppfattning är att kravet på bemanning är uppfyllt genom att tre sanerare kommer att tillhandahållas. Hade bolagets anbud inte diskvalificerats, hade anbudet varit det med lägst pris och hade därför antagits. Bolaget har därmed lidit, eller kan komma att lida, skada till följd av att kommunen felaktigt diskvalificerat anbudet.

Kommunen motsätter sig bifall till yrkandet om rättelse och anför bl.a. följande. De förklaringar som bolaget har lämnat i sina svar har beaktats, men de har inte ändrat kommunens inställning. Uppgifterna om inbetalda arbetsgivaravgifter tyder på att Månljuset utför uppdrag i mycket begränsad omfattning. Detta, tillsammans med de beskrivningar som har lämnats kring Månljusets organisation, gör att kommunen står fast vid bedömningen att bolaget inte uppfyller de krav som ställts på erfarenhet och organisation för att kunna komma i fråga som leverantör av den upphandlade tjänsten. Inte heller har det svar som Månljuset har lämnat gällande prissättning varit tillfredsställande. Den låga timkostnad om 295 kr per timme som har angetts, ska täcka bolagets samtliga omkostnader för att kunna utföra uppdraget, däribland kostnader för personal, bil, utrustning och administration. Oklarheter i hur många anställda Månljuset har samt att de förlitar sig på underentreprenörer och subventionerade anställningar tyder också på att prissättningen inte är hållbar. Som en jämförelse har anbudsvinnaren beräknat en timkostnad om 422 kr. Sammantaget uppfyller Månljuset inte samtliga ställda krav och upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU, varför det saknas skäl till ändring eller rättning av kommunens tilldelningsbeslut.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 7 § LOU framgår att om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten 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. En upphandlande myndighet ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlingsdokumentet

Av de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumentet avseende organisation och erfarenhet, yrkeskunnande samt priser framgår, såvitt här är relevant, följande.

2.5 Organisation och erfarenhet

Anbudsgivaren ska ha dokumenterad erfarenhet, kompetens och resurser från upphandlingsområdet. Till anbudet ska inkomma en kort beskrivning av företaget och antal anställda.

2.6 Referensuppdrag

Till styrkande av kravet på organisation och erfarenhet ovan ska anbudsgivaren bifoga två referensuppdrag från klottersanering motsvarande som här efterfrågas.

3.14 Priser

Priser ska anges i bilaga 3 Anbud-/Prisformulär och ska innefatta samtliga omkostnader för att utföra uppdraget enligt de krav som ställts, inkl. grund- och etableringskostnad, bilkostnad, resetillägg, ev. trängselskatt m.m.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten ska pröva om det, mot bakgrund av vad Månljuset har anfört, är visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och om det i så fall har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada

Organisation och erfarenhet

Kommunen har mot bakgrund av uppgifterna om arbetsgivaravgifter samt bolagets beskrivningar av sin organisation angett att Månljuset inte lever upp till de krav som ställts på organisation och erfarenhet för att kunna komma i fråga som leverantör av den upphandlade tjänsten. Den fråga som förvaltningsrätten härvid har att ta ställning till är om kommunen har haft rätt att förkasta Månljusets anbud utifrån detta.

Förvaltningsrätten konstaterar att det krav som ställs i punkt 2.5 innebär att en kort beskrivning av företaget och antal anställda ska lämnas. För att styrka sin organisation och erfarenhet ska anbudsgivaren bifoga två referensuppdrag. Av utredningen i målet framgår att Månljuset har lämnat en kortfattad beskrivning av sin organisation samt lämnat information om hur många anställda bolaget har. Det har inte heller framkommit annat än att Månljuset har lämnat de uppgifter som krävts avseende referensuppdrag. Vidare kan konstateras att det i upphandlingen inte uppställts något krav på att en leverantörs organisation ska ha varit etablerad vid en viss tidpunkt. Månljuset har i sin förklaring till kommunen angett att de tre anställda

sanerarna har rekryterats efter den period för vilken arbetsgivaravgifterna varit låga. Förvaltningsrätten anser att bolagets förklaring är godtagbar samt att det i övrigt saknas uppgifter om vilka krav i upphandlingsdokumentet gällande organisation och erfarenhet som bolaget inte har uppfyllt. Med hänsyn till detta finner förvaltningsrätten att Månljuset uppfyller de i upphandlingsdokumentet ställda kraven avseende erfarenhet och organisation och att kommunen således inte har haft rätt att förkasta bolagets anbud på den grunden.

Onormalt lågt pris

Den generella utgångspunkten vid bedömning av anbudspriser är att leverantören, baserat på företagsinterna överväganden, själv har att avgöra vilka priser bolaget kan och vill offerera i en specifik upphandling. Att en leverantör erbjuder mycket låga priser – eller till och med negativa priser – leder inte alltid till att anbudet ska anses vara onormalt lågt. Dock måste anbudet kunna bära sig självt ekonomiskt. En definition av begreppet onormalt lågt anbud finns varken i LOU eller i det bakomliggande direktivet och Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma denna fråga inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger (jfr HFD 2016 ref. 3 I).

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att omständigheterna är sådana att anbudspriset i sig är så lågt att det finns grund att ifrågasätta dess seriositet. För det fall denna bevisbörda fullgörs har anbudsgivaren att visa att anbudet är seriöst trots att det är lågt (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 mars 2018 i mål nr 207–208-18 och EU-domstolens dom i mål C-599/10 SAG ELV Slovensko mfl.). Den upphandlande myndigheten har härvid en stor frihet att avgöra om anbudsgivarens förklaringar ska anses tillräckliga för att anbudet ska

utvärderas eller om det ska förkastas (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 oktober 2013 i mål nr 2598–2601-13).

Kommunen har i förevarande fall bedömt att Månljuset har offererat priser som förefaller onormalt låga och därmed begärt en förklaring enligt 16 kap. 7 § LOU. Av handlingarna kan utläsas att Månljusets totala anbud är ca 30 procent lägre än det vinnande anbudet och ca 55 procent lägre än anbudet med det högsta priset. Även Månljusets timpris är ca 30 procent lägre än det timpris som offererats i det vinnande anbudet. Även om en jämförelse mot övriga anbud som lämnats i upphandlingen måste göras med viss försiktighet anser förvaltningsrätten att det mot bakgrund av den stora prisskillnaden saknas skäl att invända mot kommunens åtgärd att begära en förklaring avseende prissättningen.

Kommunen har vid granskning av den inkomna förklaringen funnit att Månljuset inte har motiverat sina låga anbudspriser på ett tillfredställande sätt. Kommunen har anfört att anbudet är onormalt lågt med hänsyn till de kostnader som anbudspriset ska täcka. Även oklarheter kring antalet anställda och Månljusets affärsmodell i övrigt, tyder enligt kommunen på att prissättningen inte är hållbar. Kommunen har som en jämförelse angett att Månljusets timpris skiljer sig relativt mycket från anbudsvinnarens timpris. Utöver denna jämförelse har kommunen inte presenterat någon utredning om vilka priser som kan betecknas som ”normala” för den typ av arbeten som efterfrågas i upphandlingen. Månljuset har som förklaring till sina låga priser angett att låga priser har kunnat uppnås bl.a. till följd av lokala rekryteringar, däribland en person med lönebidrag, samt genom utvecklande av metoder och rutiner för att på ett kostnadseffektivt sätt kunna prissätta tjänsten utan att åsidosätta miljö-, social-, eller arbetsrättsliga skyldigheter. Månljuset har även angett att priserna är satta utifrån interna affärsmässiga överväganden.

Månljusets förklaring till den låga prissättningen har varit kortfattad och allmänt hållen och bolaget har inte presenterat vare sig någon beräkning eller övrig bevisning till stöd för sina påståenden. Mot denna bakgrund samt med beaktande av de kostnader som ska täckas av det offererade priset anser förvaltningsrätten, i likhet med kommunen, att Månljusets förklaring inte är tillfredsställande i den mening som avses i LOU. Vid dessa förhållanden, och då inte heller vad som i övrigt har anförts av Månljuset ger stöd för en annan bedömning, finner förvaltningsrätten att kommunen har haft skäl att förkasta anbudet med stöd av 16 kap. 7 § LOU.

Sammanfattning

Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att det inte är visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Månljusets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Kristina H Samuelsson

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Felicia Stenström.



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 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 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.