



KONKURRENSVERKET	
2013 -10- 2 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Göteborgs Stads Upphandlings AB, 556070-5054
Box 1111
405 23 Göteborg

MOTPARTER

1. Byggfram Entreprenad AB, 556634-2761

Ombud: Advokaterna Rikard Backman och Johan Svensson
Advokatfirman Credo AB
Korsgatan 3
411 16 Göteborg

2. Erlandsson Bygg i Väst AB, 556351-9163

Ombud: Advokat Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 11235
404 25 Göteborg

3. Rune Adielsson Byggnads AB, 556380-0753

Ombud: Advokat Kajsa Adlercreutz och jur.kand. Linda Dahlström
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

4. Gustav Ericssons Byggnads i Vallda AB (i konkurs), 556684-7157

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 3 april 2013 i mål
nr 13295-12, 13381-12, 13385-12 och 13429-12, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Dok.Id 261714

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1531 401 50 Göteborg	Stora Nygatan 21	031-732 74 00 E-post: kammarratten.goteborg@dom.se www.kammarratten.goteborg.se	031-732 76 00	måndag – fredag 08:00-16:00

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom.

YRKANDEN M.M.

Göteborgs Stads Upphandlings AB (Upphandlingsbolaget) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Byggfram Entreprenad AB:s (Byggfram), Erlandsson Bygg i Väst AB:s (Erlandsson), Rune Adielssons Byggnads AB:s (RA) och Gustav Ericssons Byggnads i Vallda AB:s (Gebab) begäran om överprövning då anbuden är onormalt låga och inte kan betraktas som seriösa. Motparterna anser att kammarrätten ska avslå överklagandet. Parterna hänvisar till det som tidigare anförts med följande tillägg.

Upphandlingsbolaget anför

Konkurrensverket har i sitt yttrande tydligt klargjort att syftet med bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU är att upphandlande myndigheter inte ska behöva anta anbud som inte är seriösa. Enligt Upphandlingsbolagets mening måste bestämmelsen kunna tillämpas så att syftet säkerställs. Som bevisning för att ett anbud inte är seriöst måste det vara tillräckligt att en upphandlande myndighet kan visa kombinationen av att anbudspriset innebär ett olönsamt kontrakt och att tidigare debitering med motsvarande prissättning från aktuell leverantör kompenserats på sådant sätt att utförandet i praktiken inte skett till det offererade priset. Om den upphandlande myndigheten ska behöva visa att leverantören i sig inte är seriös konsumeras uteslutningsgrunden i 12 kap. 3 § LOU av bestämmelsen i 10 kap. 2 § punkten 4 LOU (allvarligt fel i yrkesutövningen), vilket knappast är tanken.

Förvaltningsrätten har inte alls företagit någon bedömning av anbudspriserna och de kostnader som krävs för att arbetet ska kunna utföras utan endast på ett summariskt sätt konstaterat att priserna inte *markant avviker* från ett sedvanligt pris. Den bedömning som förvaltningsrätten borde gjort är i stället en bedömning av anbudspriset i relation till det arbete som ska utföras såsom tjänsten definierats i förfrågningsunderlaget och tillhörande utförandeföreskrifter. Genom att förvaltningsrätten avstått från att göra den inledande bedömningen och därigenom definiera ett onormalt lågt anbud i förhållande till kostnaderna för arbetets utförande har resterande bedömningar i domskälen blivit ologiska och inkonsekventa. Om förvaltningsrätten hade gjort en bedömning utifrån kontraktsföremålets karaktär skulle det ha varit klarlagt att ett anbud under 300 kr, med hänsyn till nödvändiga kostnadsposter, varit att anse som onormalt lågt. Bevisbördan skulle i sådant fall gått över på bolagen och inte, såsom förvaltningsrättens dom får tolkas, stannat kvar på Upphandlingsbolaget. Det ska noteras att någon motsatstolkning innebärande att ett anbud på 300 kr är "normalt" inte låter sig göras. Upphandlingsbolaget har däremot valt att endast begära förklaring från anbudsgivare som lämnat anbud under denna presumtion, helt i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Någonstans måste en upphandlande myndigheten, för att alls kunna tillämpa 12 kap. 3 § LOU, bestämma en gräns som *generellt* indikerar ett onormalt lågt anbud och begära förklaringar under den satta nivån.

Det vore givetvis en önskvärd tanke att det är sund och hård konkurrens som pressat fram de prisnivåer som inkommit i upphandlingen. En sund konkurrens förutsätter dock att offererade priser upprätthålls vid utförandet av tjänsten och inte på något sätt kompenseras. Att offerera ett anbudspris som inte täcker kostnaderna för utförandet och sedan kompensera detta med tillkommande debitering i strid med fastställda villkor medför en *osund konkurrens* där spelreglerna för att erhålla ett offentligt ramavtal sätts ur spel. Det är ett faktum att compensation av underprissatta anbud är frekvent förekommande inom byggbranschen (Byggchefsbarometern 2011 och 2012,

artikeln "Underprissättningen ska upp på bordet" i Byggindustrin 13/2013 samt "Etik och korruptionsrisker i samhällsbyggnadssektorn", Transparency International Sverige, rapport 3/2012). LO har i en rapport "Vinnare och förlorare" nyligen konstaterat, efter en kostnadskalkyl för byggbranschen med utgångspunkten om en lön på 150 kr, att ett timpris under 300 kr innebär att något är fel.

Förvaltningsrätten har fäst stor vikt vid att bolagen tidigare offererat i paritet med nuvarande nivåer. Tidigare anbuds nivå innebär emellertid inte att de anbudena eller nuvarande anbud är trovärdiga och seriösa. Eftersom bolagen, såsom Upphandlingsbolaget visat, på olika sätt kompenserat låga anbudspriser med avtalsstridiga kostnader när tjänsterna väl utförs är det inte fråga om att leverera till offererat pris. Lönsamheten för avtalen sker därmed inte genom vinstmarginal för det offererade anbudspriset utan genom uttag av olika former avtalsstridiga kompensationskostnader. Det saknar då helt betydelse att bolagen inte avstått från avrop eftersom debiteringen inte baseras på den underliggande upphandlingen. Ett ramavtal med samtliga villkor fastställda bygger på att inga som helst extradebiteringar eller förhandlingar om tillkommande kostnader kan eller får ske när tjänsten ska utföras.

Upphandlingsbolaget har för Byggfram och RA, vilka valt att redovisa självkostnadskalkyler med påstådd vinstmarginal, kunnat konstatera att kalkylerna i relation till de kostnader som krävs för arbetets utförande inte är trovärdiga. Antingen saknas för arbetets utförande nödvändiga kostnader eller är kostnaderna alltför lågt beräknade för att framstå som trovärdiga och seriösa. Erlandsson och Gebab har valt att inte redogöra för bakgrunden till påstådd kostnadstäckning till offererat pris. Det finns emellertid, mot bakgrund av att dessa bolag är kollektivavtalsanslutna och de kostnader som enligt utförandeföreskrifterna ska vara inkluderade i anbudspriset samt SBI:s beräkning, fog för att det för samtliga fyra bolagen skulle röra sig om olönsamma kontrakt om anbudena antagits.

Upphandlingsbolaget är fullt medvetet om att ett företag kan lägga anbud under kostnadstäckning förutsatt att anbudsgivaren har rationella motiv som ändå rättfärdigar anbudet som seriöst. Däremot måste det i sådana lägen, för att syftet med bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU inte ska förfelas, göras en strukturerad avvägning (proportionalitetsbedömning) mellan motivet att upprätthålla ett olönsamt kontrakt mot risken för att den upphandlande myndigheten eller de avropare som använder ramavtalet kommer att drabbas av kompensationskostnader som en effekt av det olönsamma anbudspriset. En sådan avvägning har förvaltningsrätten inte gjort.

I förvaltningsrätten ingiven bevisning från aktuella händelser under 2012 i föregående ramavtal visar att bolagen på olika sätt kompenserat sina anbudspriser när arbetet väl utförts för att ändå skapa lönsamhet. De uppdagade avtalsstridiga kompensationsdebiteringarna är endast exempel och grundar sig på stickprov. Någon fullständig genomlysning av bolagens debiteringar har inte företagits. Upphandlingsbolaget kommer svårligen kunna synliggöra överdriven timdebitering till följd av olönsamma avtalspriser i den förmodat verkliga omfattningen. Det ska noteras att Upphandlingsbolaget på olika sätt aktivt arbetar med att motverka dylika överdebiteringar. Kärnan till att motverka överdebitering till följd av olönsamma avtalspriser är emellertid att bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU kan användas på ett effektivt sätt för att förhindra att ramavtal alls ingås när anbudet inte är seriöst.

Särskilt om Byggfram

Byggfram har dubbeldebiterat fakturor från underleverantörer, debiterat kostnader för resor och verktyg i strid med avtalet och vid ett flertal tillfällen lagt på en kostnadspost benämnd "egen tid" med i många fall höga belopp på sina fakturor. Omständigheterna, vilka tydligt indikerar att kompensation mot offererat anbudspris sker under avtalstiden, är genom ingivna fakturor i förvaltningsrätten klarlagda. I tillägg till vad som redovisats i förvaltningsrätten kan konstateras att Byggfram krediterat Lokalförvaltningen

där tidsåtgången inte återspeglar verkliga förhållanden. Byggfram har exempelvis fakturerat tjänstemannatid med 26 timmar där verkligt nedlagd tid var 6 timmar. Även på andra fakturor framstår den debiterade tjänstemannatiden som överdriven. För övrigt behöver Upphandlingsbolaget inte visa någon medveten överfakturering, utan endast att det låga anbudspriset medför en risk för kompensationskostnader, vilket Upphandlingsbolaget har gjort. För att klargöra det orimliga i Byggframs egen kalkyl, i förhållande till upphandlingsföremålet, redovisas vad utfallet skulle bli vid tillämpningen av branschens egna beräkningsgrunder för verifierad självkostnad vid arbeten på löpande räkning (nedan branschens beräkningsgrunder) samt de specifika kostnaderna som är kopplade till upphandlingsföremålet. Utan medräknande av några som helst overheadkostnader (dvs. ingen sköter fakturering eller löneutbetalningar, inga kostnader för lokaler etc.), vilket givetvis också ska ingå i en fullvärdig kalkyl, skulle Byggfram ha en timkostnad på 327 kr om lagar och avtal följs och där specifika kostnader för kontraktet beaktats. Då ska beaktas att Byggframs egen uppgift om servicebil är orimligt lågt beräknad och snarast framstår som täckning för drivmedel. Till det angivna anbudspriset skiljer därmed 37 kr och till angiven kostnadstäckning 38,50 kr.

Särskilt om Erlandsson

Av ett antal fakturor m.m. framgår att Erlandsson har debiterat arbetsledning tros att detta ska ingå i timkostnaden samt i ett fall krediterat en faktura avseende 6 timmars arbete där angiven person endast varit på plats i 30 minuter. Erlandsson, som för övrigt är kollektivavtalsanslutet, har som en förklaring uppgett att bolaget har en "produktionskostnad" i förhållande till upphandlingsföremålet på 277 kr. Påståendet är helt överifierat. Branschens beräkningsgrunder, som baseras på snittlönen för byggnadsarbetare i Göteborg 2012 då Erlandsson inte redovisat sina egna kostnadsposter, resulterar i en kostnad på 357 kr. Då har inga overheadkostnader räknats med. Det framstår som orealistiskt att Erlandsson skulle ha en självkostnad som ligger

80 kr lägre än kalkylens summa. Till det av Erlandsson offererade priset skiljer det 64 kr. Visserligen kan en affärsmässigt motiverad underprissättning få förekomma och utgöra en förklaring till ett lågt pris. Rent logiskt går det dock inte att hävda både kostnadstäckning för ett offererat pris och samtidigt hävda förklaring som bygger på att anbudet skulle var affärsmässigt underprissatt. Någon isolerad underprisbedömning i den aktuella upphandlingen kan inte göras eftersom Erlandssons prissättning i ett flertal av Upphandlingsbolagets ramavtal indikerar olönsamma kontrakt. – Enligt Credisafe är branschnyckeltalet för soliditet 23,85 procent medan Erlandsson de två senaste åren haft en soliditet på 12,7 respektive 13,53 procent.

Särskilt om RA

RA har debiterat arbetsledning samt kostnader för diverse verktyg och förbrukningsartiklar och som förklaring hänvisat till särskilda överenskommelser. Det är därför uppenbart att RA inte har för avsikt att följa offererat pris utan utgår, helt i strid med bestämmelserna om ramavtal med samtliga villkor fastställda, att det går att förhandla om tillkommande debitering. Upphandlingsbolaget har gjort stickprovskontroller på fakturor till Lokalförvaltningen under hösten 2012 och arbetsledning, vilket ska ingå enligt avtalsvillkoren, förekommer på ett flertal fakturor. Någon annan slutsats än att RA satt i system att i strid med avtalet debitera arbetsledning med 500 kr per timma kan svårligen dras. Vid tillämpning av branschens beräkningsgrunder skulle RA ha en timkostnad på 325 kr vilket skiljer 40 kr till det angivna anbudspriset och 57 kr till angiven kostnadstäckning.

Särskilt om Gebab

Nu åberopas ett stort antal (60 st) fakturor från Gebab till Familjebostäder där överdriven tidsåtgång eller orimligt hög debitering ifrågasatts. I flertalet fall har kreditering skett. Även andra felaktigheter har anförts från Familjebostäder. Sammantaget är det fråga om ett tydligt mönster av överfakture-

ring i tid och/eller försök att få ut ytterligare ersättningar mot offererat pris. Det går inte att hävda kostnadstäckning för ett offererat pris och samtidigt hävd en förklaring som bygger på att anbudet skulle vara affärsmässigt underprissatt. Gebab har bevisligen inte haft en uthållig förmåga att leverera till underpris. Den inledda konkursen måste vara det tydligaste beviset för att Upphandlingsbolaget haft fog för att Gebabs anbudspriser inte kan medför att bolaget kan agera uthålligt på en marknad. Grund för att leverans till anbudspriset inte kan ske uthålligt är nu en realitet.

Byggfram anför

Byggfram har under föregående period skickat omkring 1 600 fakturor till de verksamheter inom Göteborgs Stad som omfattades av avtalet. Det förefaller naturligt att det i någon faktura av misstag fakturerats ett för högt belopp och i lika många fall fakturerats ett för lågt belopp. Det finns dock inga medvetna avtalsstridiga debiteringar från Byggframs sida. Såvitt avser de av Upphandlingsbolaget nu åberopade fakturorna har Byggfram med Lokalförvaltningen i de aktuella fallen haft en överenskommelse om att ta upp tjänstemannaarbete som på beställarens önskemål uppkommit utöver vanligt arbetsledande arbete såsom "eget arbete". Detta arbete har bestått av projektering. Det torde vara allmänkunskap att så gott som varje byggnadsarbete av någon betydelse kräver vad som i branschen går under samlingsnamnet projektering. Projektering kan sägas omfatta allt arbete som inte är utförandearbete, till exempel utredning syftande till framtagande av ritningar och beskrivningar eller andra utförandehandlingar eller instruktioner. Särskilt när fråga är om åtgärdande av olika skador, till exempel fuktskador, måste naturligen åtgärdandet föregås av en utredning av felorsak. Sådan utredning kan bli omfattande och kostnaderna för projektering vid både nybyggnation och andra byggnadsarbeten är genomgående betydande. Den projektering som fakturerats Lokalförvaltningen i samband med de aktuella arbetena torde ha inneburit kraftiga besparingar för beställarna, eftersom den fakture-

rade timpengen ligger långt under normal marknadsmässig ersättning för liknande projekteringsarbeten.

När det gäller arbeten på Bagaregårdsskolan medger Byggfram att nedlagd tid för eget arbete felaktigt angetts till 26 timmar vilket också uppmärksammas av beställaren varpå kreditering skett. Den omständigheten att en faktura blivit felaktig visar inte att Byggfram försökt kompensera ett lågt anbud genom att ta ut "extrakostnader" e.d. Det ska också framhållas att Byggfram vid upprepade tillfällen fått påpekande från bl.a. Lokalförvaltningen om att bolaget missat att fakturera visst arbete eller bolaget på slutfakturor gjort för stora avdrag för tidigare á-contofakturering.

Vidare ifrågasätts relevansen i målet av den åberopade Byggchefsbarometern. En sådan undersökning kan på intet sätt visa att Byggfram agerat på sätt som påstås av Upphandlingsbolaget. Av rättssäkerhetsskäl och för att skydda anbudsgivaren mot godtycke från den upphandlande myndighetens sida ska bevisbördan, enligt rådande praxis, kvarbli på den upphandlande myndigheten.

Någon proportionalitetsbedömning eller rimlig motivering till uteslutningen har under upphandlingsfasen inte redovisats för Byggfram och kan således förutsättas inte ha skett. Att Upphandlingsbolaget under domstolens handläggning av överprövningsärendet försökt motivera sitt beslut visar inte att någon sådan prövning faktiskt skett. Om så vore fallet skulle Upphandlingsbolaget, i enlighet med kontradiktoriska förfarandet, rimligen ha lämnat en tydligt formulerad begäran om vad man vill ha svar på i anbudsgivarens förklaring och berett Byggfram möjlighet att inkomma med sådan komplettering. Upphandlingsbolaget har inte visat att Byggfram beretts tillfälle att förklara sig.

Erlandsson anför

Den i förvaltningsrätten påstådda överdebiteringen om 49 521 kr var en normal avräkning efter slutfört uppdrag i sund dialog med förvaltningen, vilket föranlett krediteringen. Detsamma gäller de fakturor som Upphandlingsbolaget nu åberopar. Mindre fel händer i alla affärstransaktioner. Härutöver bör en jämförelse göras mellan det totala värdet av de uppdrag som Erlandsson har utfört för Göteborgs Stads räkning 2012, över 12 miljoner kr. Bedömningen av om ett ingivet anbud är att anse som lågt ska lämpligen ske i aktuellt fall genom en jämförelse av i första hand inkomna anbud i denna upphandling eller, i andra hand inkomna anbud i tidigare av Upphandlingsbolaget genomförda likaratade upphandlingar.

Vidare förefaller Upphandlingsbolaget numera göra gällande att Erlandsson inte längre har förmåga att långsiktigt kunna fullgöra aktuellt uppdrag till offererade priser. Detta är en ny omständighet/grund som därför inte får beaktas i kammarrätten. Oaktat detta är påståendet felaktigt då Erlandssons soliditet, på närmare anförda grunder, blir en missvisande faktor i Upphandlingsbolagets analys av bolaget.

RA anför

Upphandlingsbolaget har inte visat att RA:s anbudspris är lågt i förhållande till de tjänster som ska utföras. Det förhållandet att de anbudsgivare som tilldelats ramavtal offererat anbudspriser om ca 300 kr per timme visar att RA:s anbudspris inte kan betraktas som lågt i förhållande till föremålet för upphandlingen. Förvaltningsrätten har med stöd av tillämplig rättspraxis gjort bedömningen att det är möjligt att leverera till det av RA offererade priset. Det har då inte funnits någon anledning att beakta Upphandlingsbolagets ogrundade påståenden om överdebiteringar. För övrigt har Upphandlingsbolaget inte på något sätt visat att RA tidigare kompenserat anbudspris med avtalsstridiga kostnader eller inte skulle ha följt fastställda villkor i

ramavtal. RA har vid summering av de av Upphandlingsbolaget nu åberopade fakturor dragit av kostnader för verktyg och förbrukningsmaterial, som inte kunnat faktureras enligt gällande avtalsvillkor. Arbetsledning har debiterats enligt särskild överenskommelse. Även om kompensation skulle ha skett innebär det inte så kommer att ske i kommande ramavtal.

Gebab anför

Det bestrids att Gebab medvetet skulle ha överdebiterat eller på andra sätt försökt kompensera sina anbudspriser genom att försöka få ersättning för avtalsstridiga kostnader. Däremot har man ibland haft olika uppfattningar om inriktningen på och omfattningen av arbeten och därför också om kostnaderna. En del entreprenader har helt enkelt blivit mer komplicerade eller omfattande än vad som kunde förutses. Vissa krediteringar ska inte ses som medgivande av felaktigheter i debiteringen utan som ett uttryck för att Gebab velat upprätthålla goda relationer. Vidare kan konstateras att kreditfakturorna endast utgör 7,8 procent av antalet skickade debetfakturor och de krediterade beloppen 3,4 procent av det totalt fakturerade beloppen. De uppdrag där Upphandlingsbolaget påstår att det förekommit felaktigheter i debiteringen motsvarar för övrigt en mycket liten del av det totala antalet uppdrag som Gebab utfört för Upphandlingsbolaget respektive samtliga uppdrag som utförts inom avtalet.

Gebab har genom revisorsintyg styrkt att bolaget har god kreditvärdighet och ekonomi samt att bolaget långsiktigt kan upprätthålla det aktuella ramavtalet och utföra leveranser till det pris som angetts i anbudet. Därtill har Gebab upprätthållit ett avtal med motsvarande, och till och med lägre, priser under lång tid vilket visar att det offererade priset är långsiktigt hållbart samt aldrig tackat nej till avrop inom tidigare avtal. Gebab har den soliditet och ekonomiska ställning som i övrigt krävs enligt skall-kraven i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

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 fått ett tillfredsställande svar. Vidare ska den upphandlande myndigheten ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.

Konkurrensverkets rapport 2013:6 Osund konkurrens i offentlig upphandling

Konkurrensverket har i förvaltningsrätten gett sin syn på vissa aspekter på tillämpningen av bestämmelserna om onormalt låga anbud. Verket har där-
efter i Rapport 2013:6 närmare utvecklat sin syn i dessa hänseenden och angett bl.a. följande.

Syftet med bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU är att skydda upphandlande myndigheter så att de kan förkasta anbud som inte är seriösa. Bedömningen av om anbudspriserna ska anses låga ska göras i förhållande till upphandlingsföremålet. Vid bedömning av vad som är ett "normalt" anbud ska stor försiktighet gälla för jämförelse mot andra anbud i upphandlingen. Detta gäller särskilt för branscher som präglas av stark prispress och med inslag av osund konkurrens. Timpriser mellan liknande tjänster i olika upphandlingar kan inte jämföras om det finns skillnader i vilka kostnader eller utlägg som leverantören får debitera enligt villkoren i de olika avtalen när tjänsten utförs. Som vägledning för om ett anbud är misstänkt lågt kan bl.a. uppgifter branschorganisationer eller fackförbund om t.ex. genomsnittlig timkostnad för utförandet av det arbete som upphandlingen användas. Om prisbilden i upphandlingen används som jämförelse måste det ske med försiktighet och i förhållande till föremålet för upphandlingen. Erfarenheter från tidigare upphandlingar kan påverka bedömningen. Om prisnivån har

bidragit till problem med överdebitering och uteblivna leveranser kan det tala för att prisbilden i den tidigare upphandlingen var onormal. Om den upphandlande myndigheten kan visa att tidigare upphandlingar resulterat i avtalade priser som tidigare leverantörer försökt förhandla upp kan myndigheten ha godtagbara skäl att ifrågasätta anbudspriser som ligger i nivå med den tidigare upphandlingen.

Den upphandlande myndigheten bör ha bevisbördan för att omständigheterna är sådana att anbudspriset i sig är så lågt att det därmed finns grund för att ifrågasätta dess seriositet. Vid förklaringar av typen att leverantören vill ta sig in på en ny marknad genom att under en tid gå med låg vinst eller till och med förlust bör den upphandlande myndigheten undersöka rimligheten i påståendet med hänsyn till leverantörens förklaringar och ingiven bevisning. Verket anser inte att upphandlande myndigheter är skyldiga att acceptera sådana förklaringar om de inte stöds av annan utredning. Även leverantörens storlek och finansiella styrka kan vara av betydelse. Exempelvis kan leverantörens nyckeltal bedömas i syfte att utreda om leverantören har den ekonomiska uthållighet som krävs för att fullgöra uppdraget och samtidigt göra en förlust. Bevisbördan för att anbudet är seriöst bör ligga på anbudsgivaren. Verket har även ansett att hänsyn till sekretessen för affärshemligheter rörande företagets kostnadsstrukturer, prissättningsstrategier eller liknande inte medför att bevisbördan inte bör placeras hos anbudsgivaren.

Vad avser bedömningen av anbudsgivarens förklaringar har Konkurrensverket anfört följande. Verket anser att den direktivbestämmelse som ligger till grund för 12 kap. 3 § LOU ger upphandlande myndigheter stor frihet att avgöra om en anbudsgivares förklaringar till sitt anbud ska anses tillräckliga för att anbudet ska utvärderas eller trots förklaringarna ska förkastas. EU-domstolen har t.ex. uttalat att direktivbestämmelsen uttryckligen ger den upphandlande myndigheten rätt att avgöra om förklaringarna är godtagbara. En liknande uppfattning kommer också till uttryck i en vägledning från kommissionen. Upphandlande myndigheter behöver inte heller acceptera att

anbudsgivare generellt hänvisar till olika förklaringar som skäl till det låga anbudspriset.

Bedömningen av om ett anbud ska förkastas kan påverkas av hur förfrågningsunderlaget har utformats. Den upphandlande myndigheten kan redan i förfrågningsunderlaget uttrycka sin uppfattning om vilka prisnivåer som anses vara lägsta rimliga för "normalt" låga anbud. Det bör i många fall underlätta vid bedömningen av om ett anbud i upphandlingen bör ifrågasättas och slutligen förkastas. Även utformningen av det aktuella avtalet kan påverka bedömningen. Om ett avtal saknar leveransskyldighet för leverantörerna eller innebär debitering per timme utan att det är enkelt att kontrollera hur det fakturerade antalet timmar överensstämmer med den faktiska nedlagda arbetstiden ökar åtminstone teoretiskt risken för att anbudsgivaren kompenserar ett lågt anbudspris med överdebitering eller uteblivna svar på avrop. Om avtalet är utformat på detta vis ökar den upphandlande myndighetens behov av att kunna förkasta sådana anbud, eftersom myndigheten under avtalstiden har mindre möjligheter att kontrollera att anbudsgivarna faktiskt levererar enligt överenskomna villkor.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Frågan i målet är om Upphandlingsbolaget haft skäl för att med stöd av 12 kap. 3 § LOU utesluta de i målet aktuella bolagen från utvärdering.

Den första frågan att ta ställning till är om det timpris om 300 kr som Upphandlingsbolaget har angett i förfrågningsunderlaget är så lågt att det finns anledning att ifrågasätta timpriser därunder som oseriösa.

Mot bakgrund av det som Upphandlingsbolaget uppgett om hur den gränsen bestämts finner kammarrätten att det funnits goda skäl för att begära förklaringar av anbudsgivare som offererat ett lägre pris.

Härefter ska bedömas om bolagen genom sina förklaringar har visat att de låga anbudena likväl inte hade bort förkastas (jfr EU-domstolens dom i mål C-599/10 punkterna 28 och 29). Av de skäl som Konkurrensverket enligt ovan angett har den upphandlande myndigheten härvid även enligt kammarrättens mening en stor frihet att avgöra om anbudsgivarens förklaringar ska anses tillräckliga för att anbudet ska utvärderas eller förkastas. Detta medför att kravet på anbudsgivarna får vara högt ställt.

Gebab har försatts i konkurs i juli 2013. Därmed får anses visat att Upphandlingsbolaget har fog för sin bedömning avseende Gebabs möjligheter att fullfölja ett avtal.

Svarandebolagen har i övrigt lämnat olika förklaringar till sina låga anbud samt till vad som förevarit i tidigare avtalsförhållanden med Upphandlingsbolaget. Förklaringarna har avsett beräkningar av kostnadstäckning, synergieffekter, överkapacitet m.m. och har i allt väsentligt varit allmänt hållna. Upphandlingsbolaget har bemött det som bolagen anfört enligt vad som ovan redovisats. Enligt kammarrättens mening kan härvid även ny argumentation framföras (HFD 2013 ref. 5). Mot bakgrund av typen av upphandling med avsaknad av leveransskyldighet i en bransch med stark prispress, svårighet att kontrollera fakturering m.m. annat än stickprovvis, tidigare problem med de aktuella bolagen samt den frihet i bedömningen som enligt det ovan sagda bör finnas för den upphandlande myndigheten ger det som framkommit i målen inte stöd för annan slutsats än att Upphandlingsbolaget haft skäl för att förkasta anbudena.

Kammarrätten konstaterar vidare att Upphandlingsbolaget har uppfyllt de formella krav på förfarandet som gäller enligt 12 kap. 3 § LOU. Det har inte heller i övrigt framkommit att de upphandlingsrättsliga principerna om transparens och likabehandling träffs för när. Upphandlingsbolagets överklagande ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap.

LOU.



Åsa Ståhl



Mikael Ecklind



Bert Nilsson
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2013-04-03
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
13295-12 E
13381-12 E
13385-12 E
13429-12 E
Enhet 1:2

Sida 1 (13)

Bilaga A

SÖKANDE

1. Byggfram Entreprenad AB, 556634-2761

Ombud: Advokat Rikard Backman och advokat Johan Svensson
Advokatfirman Credo AB
Korsgatan 3
411 16 Göteborg

2. Erlandsson Bygg i Väst AB, 556351-9163

Ombud: Advokat Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 11235
404 25 Göteborg

3. Rune Adielsson Byggnads AB, 556380-0753

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och jur. kand. Linda Dahlström
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

4. Gustav Ericssons Byggnads i Vallda AB, 556684-7157

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur. kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, 556070-5054
Box 1111
405 23 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

Dok.Id 197668

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00

Avdelning 1

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att sökandebolagens anbud inte förkastas på grund av onormalt lågt anbudspris.

Avdelning 1

BAKGRUND

Göteborgs Stads Upphandlings AB (Upphandlingsbolaget) har genomfört en upphandling av ramavtal gällande vissa mindre byggtreprepararbeten för Göteborgs Stads förvaltningar och bolag, dnr 267/12. Upphandlingsbolaget avsåg att ingå ramavtal med flera leverantörer. Avrop på ramavtalet skulle ske utan förnyad konkurrensutsättning. I upphandlingen fanns ett krav att anbudsgivare skulle bifoga en förklaring till anbudspriser som understeg 300 kr per timme.

I tilldelningsbeslut meddelat den 31 oktober 2012 framgick bl.a. följande. Det hade kommit in 40 st. anbud. Beslut hade fattats att teckna ramavtal med sju leverantörer. Fem anbudsgivare var uteslutna pga. onormalt lågt anbudspris.

YRKANDEN M.M.

Byggfram Entreprenad AB (Byggfram)

Byggfram yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud ska inkluderas i upphandlingens utvärderingsfas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Upphandlingsbolaget har uteslutit Byggframs anbud i strid mot bestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU trots att bolaget lämnat ett tillfredsställande svar enligt dessa bestämmelser. Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada om beslutet består. Byggframs anbud uppgår till 290 kr per timme för byggnadsarbetare. Upphandlingsbolaget har inte angett i vilket avseende ett lågt anbud ska förklaras. Byggfram har långsiktig förmåga att leverera de tjänster ra-

Avdelning 1

mavtalet omfattar till det angivna anbudspriset. Av tidigare åberopat revisorsintyg framgår att bolaget har ett eget kapital över 7,9 milj. kr och att den koncern Byggfram ingår i har ett eget kapital över 11,7 milj. kr. Det finns dessutom inget i LOU som hindrar att en anbudsgivare lägger ett anbud som innebär att anbudsgivaren inte går med vinst. Härtill kommer att det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att anbudsgivaren inte kan leverera tjänsterna till det angivna priset. Så sent som i juli 2011 har Byggfram i en liknande upphandling blivit godtaget av Upphandlingsbolaget till ett anbudspris på 270 kr per timme. Byggfram har upprättat hållit nämnda kontrakt till detta pris. Den nu aktuella upphandlingen avser endast 8 av bolagets 27 anställda hantverkare. Upphandlingsbolaget har inte visat att Byggfram inte över tid har vilja och förmåga att leverera till det offererade priset. Upphandlingsbolaget har inte påstått att Byggfram tidigare på något sätt missbrukat ett liknande ramavtal genom att avstå från att leverera eller genom att överfakturera för att kompensera ett lägre pris. Byggframs anbud bygger på en kostnadskalkyl på totalt 288,52 kr per timme som innefattar timlön, semesterersättning, arbetsgivaravgifter, bilresor, FORA, helglön, arbetstidsförkortning och vägavgifter. Svensk rättspraxis om bevisbördans placering i nu aktuellt avseende är riktig. Omständigheterna talar starkt för att Upphandlingsbolaget aldrig haft för avsikt att godta ett anbud under 300 kr per timme. Det ska också göras en jämförelse med andra anbud i upphandlingen för att fastställa om ett visst anbud är att betrakta som onormalt lågt. Enligt uppgift tilldelades anbudsgivare avtal efter anbud på såväl 300 som 304 och 308 kr per timme. Byggframs anbud är endast 3,3 procent lägre än det accepterade timpriset på 300 kr. Det föreligger inga medvetna avtalsstridiga debiteringar från Byggframs sida.

Avdelning 1

Erlandsson Bygg i Väst AB (Erlandsson)

Erlandsson yrkar att upphandlingen ska rättas på sätt att bolaget ska kvalificeras till utvärdering. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Erlandsson anför bl.a. följande. Upphandlingsbolaget har förkastat Erlandssons anbud pga. lågt pris trots att offererat pris inte är onormalt lågt. I vart fall har en tillfredsställande förklaring lämnats till det offererade priset. Erlandsson har lidit eller kan komma att lida skada. Det lämnade anbudspriset uppgår till 293 kr per timme. I anbudet lämnades bl.a. följande förklaring. Erlandsson har som tydlig målsättning att öka bolagets etablering samt marknadsandelar på Göteborgsmarknaden och aktuellt kontrakt ser vi som en viktig del i denna målsättning. Då vår samlade volym på byggservice är 250 milj.kr har vi möjlighet att göra strategiska värderingar av detta slag. Erlandssons pris ligger endast drygt 2 procent under fyra av de bolag som tilldelats ramavtal i upphandlingen. Erlandssons "produktionskostnad" är 277 kr per timme. Erlandsson har i dag sju olika ramavtal tecknade med Upphandlingsbolaget där avtalade anbudspriser ligger mellan 284 och 308 kr per timme, varav fyra understiger 300 kr per timme. Erlandsson har över tid levererat och kommer att leverera till dessa priser enligt gällande ramavtal. Bolaget har heller inte tackat nej till uppdrag under dessa avtal. Upphandlingsbolaget har inte ens påstått att Erlandsson inte skulle ha kapacitet att kunna leverera till det offererade priset, än mindre bevisat att så skulle vara fallet. Erlandsson har inte vid något tillfälle försökt kompensera sig för gällande anbudspriser.

Rune Adielsson Byggnads AB (RA)

RA yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras där anbudet från RA ska ingå. I andra hand yrkar RA att upphandlingen ska göras om. RA anför bl.a. följande. Upphandlingsbolaget

Avdelning 1

har förkastat RA:s anbud pga. att det är onormalt lågt. Anbudet uppgick till 285 kr per timme och motiverades med bl.a. följande. Göteborgs Stad är en av våra viktigaste kunder. Vi motiverar timpriset enligt nedanstående kalkyl. I kalkylen anges timkostnad, arbetsgivaravgifter, bilkostnad, förbrukningsprodukter, administration och vinst. Kalkylen är hämtad ur RA:s egen verklighet och framräknad med hänsyn till historiska data. RA har varit etablerad på byggmarknaden i 20 år och har därigenom utvecklat ett mycket effektivt tillvägagångssätt när det gäller att fördela samtliga kostnader rätt. RA har sedan flera år det högsta möjliga kreditbetyget. Den presentation från Sveriges Byggindustrier som Upphandlingsbolaget lagt till grund för sin bedömning är sammanställd för att ta upp möjliga kostnader i ett byggbolag. Den är därmed inte sammanställd som en vägledning för att finna en minimikostnad per timme. RA hade 2011 en lönsamhet över branschsnitt och denna har fortsatt 2012. Upphandlingsbolaget har inte visat att RA saknar förmåga att leverera till det offererade anbudspriset eller att anbudet är oseriöst. Genom att utesluta anbudet har RA lidit skada eller kan komma att lida skada. Uppställt krav i förfrågningsunderlaget återspeglar inte det förfarande som har tillämpats av Upphandlingsbolaget genom att samtliga anbud under 300 kr har förkastats trots de förklaringar anbudsgivarna lämnat. Förfrågningsunderlaget kan därför betraktas som otydligt.

Gustav Ericssons Byggnads i Vallda AB (Gebab)

Gebab yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid Gebabs anbud tas upp till prövning. Gebab anför bl.a. följande. Gebabs anbud har förkastats pga. påstått onormalt lågt pris. Gebab har därmed lidit skada eller riskerar i vart fall att lida skada. Gebab offererade ett timpris på 297 kr. I det befintliga ramavtalet levererar Gebab motsvarande tjänster till ett timpris på 282 kr.

Avdelning 1

Dessutom har omkring tio leverantörer, som också tilldelats ramavtal timpriser som är lägre än Gebabs. Det nu offererade timpriset på 297 kr kan därför inte anses som onormalt lågt. EU-kommissionen har tillkännagett sin uppfattning om vad som är ett onormalt lågt anbud i sitt förslag till nytt upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn. Gebabs affärsidé bygger till del på att arbeta inom avtal som genererar stora volymer och på så sätt skapa skalfördelar och kostnadseffektivitet. Upphandlingsbolaget har inte kunnat visa att Gebab saknar förmåga att leverera till det offererade priset. Av återopat revisorsintyg framgår att Gebab har en god finansiell ställning. Avtalet skulle endast utgöra mellan 5 och 10 procent av Gebabs totala verksamhet. Gebab har aldrig dubbelfakturerat någon kund eller gjort avtalsstridiga debiteringar. Det har förekommit olika syn på hur en viss avtalsbestämmelse ska tolkas. Gebab har aldrig tackat nej till ett avrop och har inte för avsikt att göra det i framtiden heller.

Göteborgs Stads Upphandlings AB (Upphandlingsbolaget) inställning till ansökningarna

Upphandlingsbolaget bestrider sökandenas yrkanden och yrkar att förvaltningsrätten inhämtar ett yttrande från Konkurrensverket samt anför bl.a. följande. Sökandenas anbud har rätteligen uteslutits, då bolagens anbud är onormalt lågt, lämnade förklaringar inte kunnat godtas och ett antagande av bolagens anbud skulle innebära att ramavtalet skulle tillämpas på ett otillbörligt sätt och i övrigt motverka effektiv och sund konkurrens. Uteslutningen är därmed korrekt, nödvändig och proportionell. Frågan i målen handlar till stor del om sund konkurrens i ramavtal utan ömsesidig bundenhet. Leverantörer som lämnat låga priser kan då avstå från att leverera så länge företagets resurser inte är tillgängliga. Detta får effekten att det är möjligt att tillämpa ramavtalet som en slags försäkring i lågkonjunktur. För att en varaktig och sund konkurrenssituation mot det offentliga ska kunna

Avdelning 1

vidmakthållas krävs att onormalt låga anbud ska kunna förkastas av den upphandlande myndigheten. En beställare kan tvingas kontakta ett mycket stort antal företag innan någon är beredd att leverera till priserna i ramavtalet, vilka kanske ligger under självkostnad. Onormalt låga anbudspriser är ett incitament till överdebiteringar. Upphandlingsbolaget har haft problem med oseriösa leverantörer som tilldelats kontrakt med anbudspriser som inte täcker självkostnaden. Den aktuella gränsen har fastställts utefter SBI:s beräkningar om självkostnad för byggnadssektorn i Göteborg år 2009. SBI har beräknat den lägsta kostnaden en leverantör kan utföra sådana tjänster som upphandlingen omfattar (självkostnad) till 330 – 390 kr per timme. För 2012 skulle självkostnaden med stor sannolikhet varit högre. S.k. kors-subsventionering ska inte tillmätas avgörande betydelse vid bedömningen av om ett onormalt lågt anbud föreligger. Medelvärdet för de utvärderade anbuden i aktuell upphandling ligger på 350 kr. Det är inte affärsmässigt att en beställare ska tvingas lägga orimligt mycket resurser innan någon leverantör är villig att leverera till sitt offererade ramavtalspris eller att osund priskonkurrens på sikt medför att leverantörer avstår från att lägga anbud till det offentliga. Upphandlingsbolaget har gjort individuella proportionalitetsbedömningar av de olika anbudsgivarnas förklaringar till sitt pris. Svensk kammarrättspraxis kring bevisbördans placering för onormalt låga anbud är inte i överensstämmelse med EU-rätten.

Särskilt om Byggframs ansökan

Byggfram är kollektivavtalsanslutet. I SBI:s beräkning ingår inte servicebil, traktamente och moms. I aktuell upphandling ska sådana kostnader ingå i timpriset. Företagets storlek har endast marginell betydelse för självkostnaden för en byggarbetare. Byggframs timlön är drygt 6 kr högre än SBI:s kalkyl. Indirekta kostnader saknas helt i Byggframs kalkyl och bl.a. kostnad för servicebil, arbetsledning, administration och provision finns inte med. Upphandlingsbolaget åberopar fakturor som visar att dubbelfak-

Avdelning 1

turering och feldebitering skett av Byggfram i nu gällande ramavtal. Byggfram har att visa att det inte kvarstår misstankar om att leverans inte kan ske till det offererade priset inbegripet risken för "extrakostnader". Byggfram har inte redogjort för någon form av särredovisning som stödjer korssubventionering.

Särskilt om Erlandssons ansökan

Erlandsson är kollektivavtalsanslutet. Av intyg framgår att Erlandsson överdebiterat avropare i Göteborgs Stad och behövt kreditera ett flertal felaktiga fakturor. Tidigare ramavtal har till största delen avsett andra personalkategorier och olika förutsättningar vad gäller kostnader för arbetets utförande. Erlandsson har att visa att det inte kvarstår misstankar om att leverans inte kan ske till det offererade priset inbegripet risken för "extrakostnader". Erlandsson har endast anfört ett påstående om att bolaget genom oredovisade skalfördelar har kostnadstäckning för det offererade priset och har valt att inte alls redogöra för sina kalkyleringsförutsättningar. Erlandsson har under 2012 krediterat Idrotts- och föreningsförvaltningen ca 49 000 kr till följd av upprepad överdebitering. Man har också debiterat arbete som inte alls utförts.

Särskilt om RA:s ansökan

RA är kollektivavtalsanslutet. RA:s kalkyl tar enbart sikte på direkta kostnader och även dessa är orimligt låga. Som exempel ska posten administration täcka semesterersättning, försäkringar, kontor och två anställda. Enbart semesterersättning är högre än vad RA kalkylerat. RA har erbjudit en kapacitet i avtalet med 43 personer. RA har, såvitt är känt, 44 anställda, varför möjligheten att fördela indirekta kostnader på andra kostnadsbärare framstår som ytterst begränsad. I fakturor i nu gällande ramavtal har RA debiterat sådant som skall ingå ("extrakostnader"). Den "nakna" personalkostnaden för RA som följer av lag och kollektivavtal är drygt 255 kr.

Avdelning 1

Ändå påstår RA att bolaget inte har dessa kostnader, vilket innebär att anbudet inte kan anses seriöst.

Särskilt om Gebabs ansökan

Gebab har inte presenterat någon som helst kalkyl över sina självkostnader som visar att bolaget kan leverera till det aktuella priset. Gebab preciserar inte vad skalfördelarna skulle bestå i. Kreditvärdigheten ligger helt i paritet med vad som utgjort minimikrav i upphandlingen. Soliditeten har minskat markant mot föregående år. I anbudet har Gebab ställt 60 personer tillgängliga för ramavtalet, vilket motsvarar hela företagets kapacitet. Vad Gebab har att visa är att det inte kvarstår misstankar om att leverans inte kan ske till det offererade priset inbegripet risken för "extrakostnader". Gebab har krediterat Familjebostäder då arbete som utförts av Gebab väsentligen avvikit i tidsåtgång mot normal debitering för samma typ av arbete.

Förvaltningsrätten har i målen inhämtat yttrande från **Konkurrensverket**, som anfört bl.a. följande.

En upphandlande myndighet har inte i något fall en skyldighet att förkasta anbud med onormalt lågt pris. Rättens prövning i mål där anbud uteslutits med stöd av 12 kap. 3 § LOU bör normalt inte begränsas till omständigheter och bevisning som lagts fram före beslutet om uteslutning, utan även det som åberopats under domstolsprocessen ska beaktas vid rättens prövning. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att omständigheterna är sådana att anbudspriset, i förhållande till föremålet för upphandlingen, som sådant är lågt. Den upphandlande myndigheten har vidare bevisbördan för att anbudsgivaren har beretts tillfälle att förklara sig enligt kraven i 12 kap. 3 § LOU. Den aktuella anbudsgivaren har bevisbördan för att omständigheterna är sådana att det låga priset i dennes anbud ska anses vara seri-

Avdelning 1

öst och därmed inte onormalt lågt i den mening som avses i 12 kap. 3 § LOU.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas (1 kap. 9 § LOU).

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.

En begäran om förklaring kan gälla

1. om anbudsgivaren kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder att fullgöra kontraktet,
2. om anbudsgivaren kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av anbudsgivaren,
4. om anbudsgivaren iakttar de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som gäller på den ort där kontraktet ska fullgöras, och
5. om anbudsgivaren fått möjlighet att erhålla statligt stöd.

Den upphandlande myndigheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna (12 kap. 3 § LOU).

Avdelning 1

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Har bestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU följts?

EU-domstolens praxis innebär att det alltid och ovillkorligen krävs av en upphandlande myndighet att den innan ett anbud förkastas pga. att det bedöms onormalt lågt tillämpar nämnda bestämmelse, (se t.ex. mål nr. C-285/99 och C-286/99). Det har också godtagits att upphandlande myndighet redan i förfrågningsunderlaget ställer krav på anbudsgivare att ge förklaring till ett lågt pris under viss nivå.

Upphandlingsbolaget har i nu aktuella mål begärt förklaring till anbud under 300 kr per timme redan i förfrågningsunderlaget. Bolaget har därefter låtit anbudsgivarna yttra sig över Upphandlingsbolagets preliminära bedömning. Upphandlingsbolaget synes inte på något sätt ha begränsat vad anbudsgivarna fick anföra för att förklara sig. Någon skyldighet för Upphandlingsbolaget att ange vad anbudsgivarens förklaring ska avse kan inte anses finnas. Förfarandet har därmed skett i enlighet med bestämmelserna 12 kap. 3 § LOU.

Föreligger ett onormalt lågt anbud?

Såsom bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU får förstås krävs att anbudspriset är mycket lågt och att det dessutom inte kan anses som seriöst menat för att det ska få förkastas. Om priset är lågt får bedömas i förhållande till de tjänster som upphandlingen avser. Det måste också finnas anledning att

Avdelning 1

anta att anbudsgivaren trots dennes förklaringar inte kommer att kunna eller vilja leverera enligt de offererade villkoren.

I målen har de fyra sökandebolagen bl.a. åberopat följande. Anbudspriset ligger nära de priser som de vinnande anbudena offererat och är därför inte mycket lågt. De har tidigare inte avböjt avrop och kunnat leverera till motsvarande priser i liknande ramavtal. Göteborgs Stad är en viktig kund. De har en stark finansiell ställning.

Upphandlingsbolaget har bl.a. anfört att anbudsgivarna försökt kompensera ett lågt pris och att man haft problem med feldebiteringar i tidigare ramavtal. Redovisade kalkyler framstår som ohållbara.

De nu aktuella anbudsgivarna har erbjudit priser mellan 285 och 297 kr per timme medan det lägsta antagna anbudet, såvitt framgår, var 300 kr per timme. I upphandlingen hade kommit in 40 anbud och medelpriset av utvärderade anbud har uppgetts vara 350 kr. Mot denna bakgrund får det antas att det råder en hård konkurrens för att erhålla aktuella avtal och att detta pressat fram låga priser. De nu aktuella anbudspriserna kan med hänsyn härtill inte anses markant avvika från ett sedvanligt pris för den tjänst som upphandlingen omfattar.

Härtill kommer att sökandebolagen tidigare har eller haft liknande ramavtal med Upphandlingsbolaget till priser i samma storleksordning. Även om det i dessa avtal åberopats diverse feldebiteringar har det i vart fall inte framkommit att sökandebolagen avstått från avrop. Det får därför antas att de även i nu aktuell upphandling kan leverera till offererat pris. Vad Upphandlingsbolaget anfört om risken för att så inte ska ske kan därför inte föranleda att de aktuella anbudena ska förkastas.

Avdelning 1

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Upphandlingsbolaget inte haft tillräckliga skäl att förkasta sökandebolagens anbud på angivna grunder. Eftersom detta medfört att bolagen riskerat att lida skada föreligger förutsättningar för ingripande enligt LOU. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att anbuden inte får förkastas på den grund som prövats i målen, dvs. pga. att anbuden ansetts onormalt låga.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b LOU)



Peter Kockum

Rådman