



SÖKANDE

Hellsténs Bygg & Entreprenad i Eskilstuna AB, 556800-4955

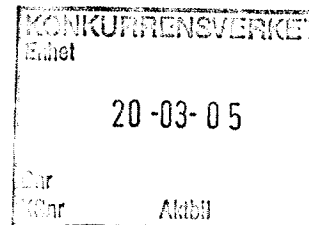
Ombud: Advokat Olof Torén och jur.kand. Linnéa Lindahl
EmpLaw Advokater AB

MOTPARTER

1. Eskilstuna kommun, 212000-0357
2. Eskilstuna Kommunfastigheter AB, 556499-5909

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Hellsténs Bygg & Entreprenad i Eskilstuna AB:s yrkande om ersättning för skada och rättegångskostnader.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Eskilstuna kommun genomför för egen del och som ombud för Eskilstuna Kommunfastigheter AB (nedan gemensamt benämnda kommunen) upphandling av ramavtal avseende ”Komplettering *Entreprenadmaskintjänster*” (dnr TK 19.019). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU med tilldelningsgrunden de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden utifrån lägst pris. Vidare är upphandlingen uppdelad i sju olika grupper; i) grävmaskiner bandburna ii) grävmaskiner hjulburna iii) dumprar hjulgående iv) dumprar bandgående v) teleskoptruck runtomsvängande vi) grävlastare ramstyrd vii) väghyvlar. Anbud kan lämnas för en eller flera grupper. Avsikten är att två leverantörer

Dok.Id 410048

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

kommer att antas per grupp och rangordnas utifrån den angivna tilldelningsgrunden. Genom tilldelningsbeslut den 18 juni 2019 antogs och rangordnades Hellsténs Bygg & Entreprenad i Eskilstuna AB (nedan Hellstén) på andra plats efter m4 Gruppen Aktiebolag (nedan M4-gruppen) för anbudsområde ”grävmaskiner hjulburna”.

Hellstén ansöker om överprövning av upphandlingen avseende anbudsområde ”grävmaskiner hjulburna” och yrkar att upphandlingen i denna del ska rättas på så sätt att ny utvärdering görs varvid anbudet från M4-Gruppen inte beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen i aktuell del ska göras om. Därutöver yrkar Hellstén att det ska tillerkännas kostnadsersättning enligt 20 kap. 20 § LOU.

Kommunen har därefter upphävt tilldelningsbeslutet och den 23 oktober 2019 meddelat ett rättat tilldelningsbeslut avseende anbudsområde ”grävmaskiner hjulburna” varvid Hellstén alltjämt antogs och rangordnades på andra plats efter M4-gruppen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖR

Hellstén

Nytt tilldelningsbeslut

LOU ger inte uttryckligen utrymme för den upphandlande myndigheten att fatta ett nytt tilldelningsbeslut efter att ett tilldelningsbeslut har överklagats. Inte heller förvaltningslagen (2017:900) ger en beslutande myndighet rätt att ompröva ett beslut efter att det har överklagats och överlämnats till domstol. Att överklagandet har nått domstol när omprövning sker utgör en slags

litispendens. Det nya tilldelningsbeslutet innebär dessutom att Hellstén, som är klagande, på nytt förfördelas i upphandlingen efter att en av konkurrenterna beretts tillfälle att komplettera sitt anbud.

Krav avseende resurser och referenser

Kommunen skickade ett frågeformulär för att anbudsgivarna skulle påvisa kravuppfyllnad avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet avseende resurser (punkt 1.3.4) respektive referenser (punkt 1.3.5). Svar skulle anges på formuläret och inges senast den 29 maj 2019.

M4-gruppen besvarade frågan om resurser med ingivande av en förteckning på underleverantörer och en förteckning över cirka 350 fordon som tillhandhålls av underleverantörerna. Av förteckningen framgår dock att inte någon av de 38 stycken angivna hjulburna grävmaskinerna har en vikt överskridande 20 ton. Genom innehållet i förteckningen har M4-gruppen således lämnat uppgift om att det inte förfogar över de i upphandlingen efterfrågade maskinerna med litteranummer 21.2418 och 21.2419. Kravet på yrkesmässig och teknisk kapacitet är därmed inte uppfyllt.

Kommunen anför att den genom en utökad kontroll konstaterade att grävmaskin med litteranummer 21.2418 fanns med i M4-gruppens anbud. Kommunen redogör dock inte för hur den kommit till konstaterandet. Vidare begärde kommunen den 9 september 2019 ett förtydligande avseende hur M4-gruppen har tillgång till hjulburna grävmaskiner med litteranummer 21.2418 och 21.2419. M4-gruppen uppgav att flera delägare förfogar över grävmaskin med litteranummer 21.2418. Förtydligandet innebär dock att uppgifterna i förteckningen ändrats eller ersatts. Det är alltså inte fråga om en precisering eller konkretisering av i anbudet befintliga uppgifter.

Beträffande grävmaskin med litteranummer 21.2419 uppgav M4-gruppen endast att flera delägare är villiga att investera i denna grävmaskin om behov finns. Svaret visar inte att M4-gruppen faktiskt har tillgång till den efterfrågade grävmaskinen. Därutöver ombads M4-gruppen den 1 oktober 2019 att förtydliga vad som avsågs med ordet ”investera” och hur inställetiden kommer att uppfyllas. Det svar som M4-gruppen lämnade är inte att betrakta som ett förtydligande och kommunens frågor om inställetid besvarades inte. M4-gruppen angav endast att maskinen med litteranummer 21.2419 prissatts med syfte att investera i eller hyra maskinen. Det framgår inte av vilken aktör som maskinen kommer att hyras.

M4-gruppen lämnade också sitt svar efter att angiven svarsfrist löpt ut. Mejlkonversationen som lagts fram i målet visar inte att förseningen kan accepteras. Av upphandlingsdokumentet framgår att funktionen frågor och svar i upphandlingsverktyget är det anvisade sättet för kommunikation mellan anbudsgivare och den upphandlande myndigheten (se punkten 1.1.11). Kommunen skickade den 9 september 2019 privata frågor till Hellstén respektive M4-gruppen genom frågor och svar. Båda anbudsgivarna svarade på frågan, men M4-gruppen lämnade sitt svar tio dagar efter utsatt svarstid. Det förefaller således inte ha funnits något tekniskt problem i kommunikationen med M4-gruppen i frågor och svar. Det har även kommit fram att M4-gruppen den 1 oktober 2019 på nytt fick en möjlighet att lämna uppgifter. Av mejlkonversationerna kan inte utläsas att M4-gruppen har haft några problem med funktionen frågor och svar. Upphandlingsverktygets supportenhet anger att M4-gruppen har varit inne i funktionen och att det skett efter att den privata frågan skickades ut. Uppgiften om att M4-gruppen inte sett frågan och inte hunnit svara i tid har alltså inte stöd i faktiska förhållanden. Slutsatsen kan inte bli annan än att M4-gruppen särbehandlats under den förnyade utvärderingen. Det framgår även av svaret från M4-gruppen att det förts diskussioner mellan kommunen och

M4-gruppen. Ett sådant förfarande är inte förenligt med principerna i LOU (jfr prop. 2006/07:128 s. 377).

Beträffande kravet avseende referenser har M4-gruppen besvarat frågan genom att ange referensuppdrag som utförts för kommunen. Under perioden 2015–2018 hade M4-gruppen ramavtal för hjulburna grävmaskiner upp till 20 ton (litteranummer 21.2413–21.2417). En annan leverantör hade uppdraget för grävmaskin med litteranummer 21.2418. Detta innebär att M4-gruppen inte har kunnat lämna referenser för den grupp av maskiner som upphandlingen omfattar. M4-gruppen har därmed inte styrkt att underleverantörerna har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet avseende referenser som krävs enligt upphandlingsdokumentet.

M4-gruppen har i efterhand lämnat ett referensuppdrag för kommunen. Kommunen har sedermera, till relevant förvaltning, ställt fråga om maskiner grävmaskiner med litteranummer 21.2418 eller 21.2419 har hyrts av M4-gruppen. Svaret är vagt och innehåller endast information om att kommunen har hyrt grävmaskiner från M4-gruppen under föregående ramavtal. Svaret är inte en bekräftelse på att kommunen har hyrt grävmaskiner med litteranummer 21.2418 eller 21.2419 av M4-gruppen. Vidare är det upphandlingskonsulten som formulerat frågan till referenten och frågan är missvisande. Det tidigare ramavtalet omfattade endast maskiner upp till 20 ton (litteranummer 21.2417). Som framgår av M4-gruppens egen förteckning har M4-gruppens medlemmar inte några maskiner med en vikt över 20 ton. Kommunens resonemang i denna del bygger alltså på overifierade påståenden om felklassning.

Kommunen påstår att M4-gruppen har tillhandahållit efterfrågade maskiner men att dessa varit felklassade. Det saknas underlag för påståendet. Maskinklasserna följer ett system för klassning av anläggningsmaskiner utarbetat av branschorganisationerna Maskinentreprenörerna,

Maskinleverantörerna och Sveriges Byggindustrier. Hänvisning till systemet finns i upphandlingarna. Den upphandlande myndigheten råder inte över klassningen. Det bestrids alltså att det föreligger någon felklassning. En vanligt förekommande hjulburen grävmaskin som ofta avropas i kommunens entreprenader är Liebherr 918 som har en vikt understigande 20 ton. Av uppgift från maskintillverkaren klassas maskinen under litteranummer 21.2417. Uppgifterna från kommunen om att M4-gruppen i tidigare skeden, efter avrop, tillhandahållit de i upphandlingen aktuella tyngre maskinerna med en vikt över 20 ton har inte stöd i faktiska förhållanden.

Sammantaget uppfyller M4-gruppen inte kraven avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet i upphandlingsdokumentet (punkterna 1.3.4 och 1.3.5) och borde därmed rätteligen ha diskvalificerats i upphandlingen (se HFD 2016 ref. I och II). LOU ger ett visst utrymme för att bereda anbudsgivare tillfälle att förklara, förtydliga eller komplettera uppgifter som lämnats i anbudet. Obligatoriska krav som är bristfälligt eller inte alls uppfyllda i det ursprungliga anbudet, får dock inte kompletteras i efterhand (jfr t ex Kammarrätten i Jönköpings mål nr 834-12 och Kammarrätten i Stockholms mål 7929-17). I aktuella fall uppfyllde M4-gruppen inte samtliga obligatoriska krav. Detta framgår dessutom av vad kommunen tidigare har anfört och det var även på grund av dessa skäl som tilldelningsbeslutet återtogs. Att bereda M4-gruppen möjlighet att i efterhand uppfylla obligatoriska krav strider mot likabehandlingsprincipen. M4-gruppen har också oriktigt angett att det har resurser som bolaget uppenbarligen inte förfogar över.

Sanningsförsäkran på heder och samvete

Det är ostridigt att M4-gruppen inte inom svarsfristen inkom med intyget om att ingen i förvaltnings-, lednings- eller kontrollorganen för leverantören

är dömd för brotten som anges i 13 kap. 1 § LOU. I svarsblanketten har M4-gruppen inte kryssat i att intyg lämnats. Det dokument som lämnades av M4-gruppen är också daterat den 12 juni 2019. M4-gruppen anmodades på nytt att inkomma med intyget med en förlängd tidsfrist. Det måste ha varit tydligt för M4-gruppen att intyget var ett krav i upphandlingen. Om det förelåg någon osäkerhet beträffande intyget har M4-gruppen under upphandlingen haft möjlighet att ställa frågor till kommunen. Det framstår som att M4-gruppen inte haft för avsikt att uppfylla det ställda kravet. Det strider mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens att i en sådan situation godta anbudet. Kravet är inte svårt att tillämpa och kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att frånfalla kravet.

Utvärderingsmodell och onormalt lågt anbudspris

Viktningen om 3 500 timmar för grävmaskiner hjulburna med tillbehöret asfaltsfräs är oproportionerligt. Det är inte lika vanligt förekommande att grävmaskinen med litteranummer 21.2418 används med asfaltsfräs till skillnad mot att den används utan sådant tillbehör. Grävning är det huvudsakliga syftet med en grävmaskin. Trots detta är viktningen lika vad gäller grävmaskin utan respektive med tillbehöret. Under frågor och svar i den tidigare upphandlingen (TK18.084), vilket också är kontraktshandling i K 19.019 i nu aktuell ramavtalsupphandling (se punkten 3.1.8), anges att hänsyn har tagits till historiska data för maskinernas användning vid viktningen (jfr publik fråga 2). Sedan kommunens befintliga ramavtal (TK 18.094) började gälla har kommunen dock avropat hjulburna grävmaskiner med asfaltsfräs endast ett fåtal gånger och då som en tilläggstjänst.

Upphandlade myndigheter är skyldiga att ifrågasätta onormalt låga anbud. M4-gruppen har i anbudsformuläret avseende tillbehöret asfaltsfräs angett ett pris om 10 kr, vilket bör jämföras med Hellsténs pris uppgående till 200

kr. Denna skillnad borde ha uppmärksammats av kommunen då anbudet från M4-gruppen i den delen är att anses som onormalt lågt. M4-gruppens prisangivelse är helt enkelt taktisk. Tillsammans med den oproportionerliga viktningen av det aktuella tillbehöret får M4-gruppens låga prissättning ett stort genomslag. Kommunen har under frågor och svar i upphandlingen (TK 18.08) angett att den kommer att vara uppmärksam på så kallad ”taktisk prissättning” (se publik fråga 2). Det finns risk för att M4-gruppen inte kommer kunna, eller ha för avsikt, att fullgöra avtalet i den del som avser asfaltsfräs om kommunen, såsom påstås, får ett ökat behov av maskin med asfaltsfräs. Genom rangordningen i ramavtalet finns en öppning för en eventuell strategisk leveransvägran.

Två ramavtalsupphandlingar

Kommunen har genomfört två ramavtalsupphandlingar avseende samma tjänst, såvitt här aktuellt ”hjulburna grävmaskiner”. I nu aktuell ramavtalsupphandling saknas variabler för att avgöra vilket ramavtal som kommunen ska tillämpa vid avrop. Maskinklasserna är det enda som skiljer ramavtalen åt. För många arbeten kan flera maskinklasser användas. Kommunen kan välja att använda en grävmaskin i klassen 21.2418 (20,1–23,0 ton) trots att arbetet likväl kan utföras med en grävmaskin i en lägre klass. Till följd av att kommunen vid avrop fritt kan välja mellan de två ramavtalen finns det utrymme för en godtycklig bedömning, vilket strider mot principen om öppenhet och likabehandlingsprincipen. Vidare är det ur leverantörssynpunkt viktigt med förutsebarhet om omfattningen av ett ramavtal. För att kunna planera verksamheten behöver Hellstén kunna uppskatta och planera hur stora resurser som behöver avsättas för ramavtalen.

Skada

Felaktigheterna i upphandlingen har medfört att Hellstén inte har rangordnats som nr 1 utan som nr 2.

Kommunen

Tilldelningsbeslutet

Tilldelningsbeslut är som huvudregel preliminära, vilket innebär att det kan återtas eller ändras av den upphandlande myndigheten. En sådan rättelse kan exempelvis ske i samband med en överprövningsprocess. Om felet är möjligt att rätta genom ett nytt tilldelningsbeslut är det tillåtet och ofta även lämpligt att så sker. I och med överprövningsprocessen uppdagades att det förelåg oklarheter i inkomna anbud och därför togs beslut att återta tilldelningsbeslutet för aktuellt anbudsområde. Härvid ska också särskilt framhållas att de oklarheter som uppmärksammades genom överprövningen föreligger i samtliga anbud, varvid samtliga anbudsgivare i upphandlingen har getts möjlighet att inkomma med förtydligande.

Two ramavtalsupphandlingar

Under 2018 upphandlades ett ramavtal för entreprenadmaskintjänster och lastbilstransporter (dnr TK 18.094), varvid Hellstén tilldelades ramavtal och rangordnades på första plats avseende maskingruppen ”hjulburna grävmaskiner”. Den nu aktuella ramavtalsupphandlingen har gjorts i syfte att komplettera det befintliga ramavtalet. Det har nämligen identifierats behov av maskiner som inte efterfrågades i den tidigare upphandlingen. Av anbudsformulären från upphandlingarna kan tydligt urskiljas att det inte är samma typer av maskiner som kan avropas från de två ramavtalen. Den avslutade ramavtalsupphandlingen (dnr TK.18.094) omfattade maskintyperna med litteranummer 21.2413–2417. Den nu aktuella

ramavtalsupphandlingen avser i stället maskintyperna med litteranummer 21.2418 och 21.2419. Behov av dessa maskiner föreligger varför en ny upphandling behövde genomföras för att undvika direktupphandlingar. I upphandlingsdokumenten för respektive upphandling anges att beställaren väljer enhälligt vilken maskin som anropas utefter vad den anser passar bäst för uppdraget (se punkten 1.1.4). Det är behovet i den aktuella situationen som styr vilken maskin och vilket ramavtal som ska användas i varje enskilt fall. Det finns alltså inte något utrymme att fritt välja mellan ramavtalen då avtalen erbjuder olika typer av maskiner.

Krav avseende resurser och referenser

Efter återtagandet av det första tilldelningsbeslutet genomfördes en utökad kontroll av samtliga anbud. Vid den kontrollen konstaterades att det förelåg oklarheter i inkomna anbuden avseende vilka maskiner som anbudsgivarna faktiskt har tillgång till. Mot denna bakgrund gavs både Hellstén och M4-gruppen möjlighet att förtydliga hur de avser att tillhandahålla efterfrågade maskiner. Vid kontrollen konstaterades att maskin med litteranummer 21.2418 fanns med i M4-gruppens anbud. Förtydligandet som begärdes avseende M4-gruppens anbud avsåg därför på vilket sätt det hade tillgång till maskiner med litteranummer 21.2419. Vad gäller förtydligande avseende Hellsténs anbud avsåg det på vilket sätt tillgång till maskiner med litteranummer 21.2418 och 21.2419 finns, då Hellstén i sitt anbud endast gjort en generell skrivelse kring detta. Både Hellstén och M4-gruppen angav genom förtydliganden att de avser att hyra eller investera i efterfrågade maskiner om behov finns. Kravet är därmed uppfyllt av båda anbudsgivarna. Anbudsgivarna har också behandlats lika eftersom båda har getts möjlighet att lämna förtydligande. Hellstén kan därmed inte anses ha lidit någon skada då det även i bolagets anbud fanns oklarheter kring vilka maskiner det har tillgång till.

På grund av tekniska problem fick M4-gruppen inte del av begäran om förtydligandet i rätt tid, trots att funktionen kring automatisk mejl var aktiverad. Mot denna bakgrund fick M4-gruppen möjlighet att inkomma med svar efter utsatt tid. Under dessa omständigheter hade det varit oproportionerligt om M4-gruppens svar inte godkänkts.

Kommunen har fått bekräftat av den referens som M4-gruppen angett att kommunen under de tre senaste åren har hyrt grävmaskiner från M4-gruppen mer än tre gånger under föregående ramavtal. M4-gruppen har tillhandahållit de efterfrågade maskinerna men dessa har varit felklassade och ingått i den grupp som gäller upp till 20 ton fast maskinerna egentligen skulle ha varit klassade i nu efterfrågade litteranummer. När felklassningen uppdagades togs beslut att göra en kompletterande upphandling som avsåg grävmaskiner med nu aktuella litteranummer. I tidigare ramavtal har maskinerna som egentligen skulle haft litteranummer 21.2418 och 21.2419 gått under 21.2413–21.2417. Maskinerna har alltså avropats och använts men varit felklassade. M4-gruppen uppfyller dock kravet avseende referenser.

Sanningsförsäkran

I 15 kap. 7 och 9 §§ LOU anges vilka bevis som en upphandlande myndighet får begära att en leverantör ska lämna in för att visa att den inte ska uteslutas enligt 13 kap. 1 §. Dessa bevis är i första hand ett ”utdrag ur ett brottsregister”, i andra hand en ”likvärdig handling som har utfärdats av en behörig myndighet” och i tredje hand en ”utsaga som leverantören har lämnat på heder och samvete inför ett behörigt organ eller av en liknande försäkran”. Det alternativ som är aktuellt i Sverige är att en leverantörs företrädare lämnar in en sanningsförsäkran på heder och samvete. En företrädare som har avgett en sådan sanningsförsäkran kan dömas för brottet Osann eller vårdslös försäkran, brottsbalken 15 kap. 10 §, om det som den

intygat skulle visa sig vara falskt. En sanningsförsäkran ska omfatta leverantörens företrädare. I svenska aktiebolag är företrädarna i vart fall styrelsens ledamöter och suppleanter, verkställande direktören och eventuella externa firmatecknare.

Det stämmer att svarsfristen var satt till den 29 maj 2019. Anledningen till att en ny begäran om bevis skickades till M4-gruppen är att i svaret, som inkom i rätt tid, saknades ett undertecknat dokument för intyg på heder och samvete. M4-gruppen hade dock inte missat eller glömt att skicka med intyget, utan menade att dokumentet som skulle skrivas under var utformat på ett sådant sätt att deras vd inte kunde skriva under det på "heder och samvete". M4-gruppen menade att det inte är möjligt för vd att intyga på det sätt som efterfrågades då de är ca 70 anställda och har över 200 delägare samt delägarnas egen personal. I samband med den andra begäran lämnades förklaring om att kommunen följer upphandlingsmyndighetens vägledning om hur uteslutningsgrunderna ska kontrolleras och informerade även om att det inte är alla anställda som intygandet avser utan att den avser de personer som ingår i förvaltnings-, -lednings- eller kontrollorganen i bolaget. Det i LOU lagstadgade kravet om att en upphandlande myndighet ska kontrollera uteslutningsgrunder har varit svårt att tillämpa och det som anges i upphandlingsmyndighetens vägledning, ESPD-systemet, Vägledning nr 5 (2017) har följts. Bedömningen är att M4-gruppen missuppfattade intygandet och att det in en sådan situation varken är proportionerligt eller likabehandlande att utesluta anbudet på den grunden.

Utvärderingsmodell och onormalt lågt anbudspris

Angående den viktning som gjorts framgår det tydligt av anbudsformuläret att viktningen inte är en garanti om framtida köp. Tidigare beställningar har ingenting att göra med hur det kommande behovet ser ut. Eftersom behovet av maskinen troligen kommer att öka framöver har det tagits i beaktning vid

den nu kompletterande upphandlingen. Vidare är bedömningen att M4-gruppens priser inte är onormalt låga i den mening som avses i 16 kap. 7 § LOU. Ett företags prissättning kan vara taktisk och användas som ett konkurrensmedel. Det innebär att en anbudsgivare kan prissätta vissa delar i anbudet lägre för att sedan gå med vinst på en annan del. I detta fall har M4-gruppen prissatt ett tillbehör med ett lägre pris. Tillbehöret avropas dock med en maskin som har ett grundpris. Vid en jämförelse av de totala anbudspriserna i anbudena har det konstaterats att anbudena inte skiljer sig åt särskilt mycket. Med hänsyn till anbudspriserna som helhet är bedömningen att det inte finns några onormalt låga priser i något av de inkomna anbudena.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

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 (20 kap. 6 § LOU).

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En sådan åtgärd ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet (4 kap. 9 § LOU).

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden (16 kap. 7 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter talan grundas på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Vidare är det som huvudprincip den som har ansökt om överprövning som har att visa att upphandlingen har skett i strid mot LOU och att den har lidit eller kan komma att lida skada på grund härav.

Hellstén har gjort gällande att M4-gruppen rätteligen borde ha diskvalificerats från upphandlingen på grund av bolaget inte uppfyller obligatoriska krav avseende i) teknisk och yrkesmässig kapacitet – resurser, ii) teknisk och yrkesmässig kapacitet – referenser och iii) sanningsförsäkran. Enligt Hellstén har kommunen även tillåtit M4-gruppen att lämna kompletteringar i syfte att kraven i efterhand ska uppfyllas, vilket står i strid mot likabehandlingsprincipen. Därutöver har Hellstén framfört invändningar mot utvärderingsmodellens utformning, att kommunen varit förhindrad att fatta ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen under överprövningsprocessen, att M4-gruppen lämnat ett onormalt lågt anbud och att upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens på så sätt att kommunen ges utrymme att fritt välja mellan två ramavtal som avser samma typ av tjänst.

Yrkande om ersättning

Frågor om skadestånd med anledning av en upphandling prövas inte av allmän förvaltningsdomstol. Talan om skadestånd enligt 20 kap. 20 § LOU ska väckas hos allmän domstol (se 20 kap. 21 § LOU). Förvaltningsrätten kan därför inte pröva Hellsténs yrkande om ersättning för skada. Därutöver saknar förvaltningsrätten möjlighet att bevilja Hellstén ersättning för rättegångskostnader. Yrkandet om ersättning ska därmed avvisas.

Nytt tilldelningsbeslut

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att överprövning av upphandling utgör ett ansökningsförfarande i första allmänna förvaltningsdomstolsinstans. Vid överprövning av upphandling är det alltså inte fråga om en sådan situation som regleras i 39 § förvaltningslagen. Bestämmelserna i förvaltningslagen har därmed inte utgjort hinder för kommunen att fatta ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen under överprövningsprocessen.

Av rättspraxis följer att en upphandlande myndighet har möjlighet att på eget initiativ rätta eller ompröva sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut så länge något kontrakt i upphandlingen inte har tecknats. En rättelse eller omprövning får däremot inte ske i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU eller på sådant sätt att de grundläggande principerna träds för när (jfr t.ex. Kammarrätten i Jönköpings mål 153–170-11 och Kammarrätten i Sundsvalls mål 779-19). Kommunen har upphävt det tidigare tilldelningsbeslutet för att på nytt kontrollera och pröva anbuden och har därefter fattat ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund och med beaktande av vad som kommit fram i målen att kommunen inte har brutit mot de grundläggande unionsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i

LOU genom att fatta ett nytt tilldelningsbeslut under överprövningsprocessen. Vad Hellstén har anfört i detta hänseende utgör således inte skäl för ingripande mot upphandlingen.

Separata ramavtal avseende entreprenadmaskintjänster

Förvaltningsrätten konstaterar att den nu aktuella ramavtalsupphandlingen utgör en komplettering till kommunens befintliga ramavtal avseende entreprenadmaskintjänster. Det är inte samma grävmaskiner som kan komma att avropas från de två separata ramavtalen utan maskinerna har olika klassbeteckning. Såvitt kommit fram i målen innebär klassbeteckningen att grävmaskinerna skiljer sig åt beträffande bl.a. vikt. Eftersom det rör sig om olika maskiner som kan avropas från respektive ramavtal anser förvaltningsrätten att kommunen inte kan anses ges utrymme för en obegränsad frihet beträffande vilket ramavtal avrop ska ske från. Ur punkten 1.1.4 i respektive upphandlingsdokument kan också utläsas att det är kommunens behov i den aktuella situationen som avgör vilken grävmaskin som ska avropas och därmed vilket ramavtal som ska tillämpas i varje enskilt fall. Förutsättningarna för tilldelning från respektive ramavtal får därmed anses vara tillräckligt klara och upphandlingen har i denna del skett på ett så öppet och förutsägbart sätt som förutsätts i LOU. Utifrån vad Hellstén har anfört i målet anser förvaltningsrätten att den nu aktuella ramavtalsupphandlingen inte kan anses stå i strid mot principen om likabehandling och principen om transparens. Vad Hellstén har anfört i detta hänseende visar således inte att det finns skäl för ingripande mot upphandlingen.

Utvärderingsmodellens utformning

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att utforma kraven och kriterierna för tilldelning av kontrakt i upphandlingsdokumenten som

den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, under förutsättning att LOU och de däri angivna unionsrättsliga principerna iakttas.

Tilldelningsgrunden i upphandlingen är de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden utifrån lägst pris. Anbudsgivarna har haft att lämna pris för posterna; i) *hjulburen grävmaskin (klass 21.2418)*, ii) *hjulburen grävmaskin (klass 21.2418) inklusive asfaltsfräs*, iii) *hjulburen grävmaskin (klass 21.419)* och iv) *hjulburen grävmaskin (klass 21.419) inklusive asfaltsfräs*. Samtliga poster som ska prissättas multipliceras med på förhand angivna antal timmar. Posterna summeras sedermera till ett belopp som utgör det totala anbudspriset. Viktningen avseende antalet timmar är densamma för grävmaskin utan respektive med tillbehöret asfaltsfräs.

Ur anbudsformuläret kan utläsas att viktningen beträffande antalet timmar som efterfrågade grävmaskiner kommer att användas med respektive utan tillbehöret asfaltsfräs utgör en uppskattning och att inga garantier om framtida köp kan utlovas. Kommunen har dock framfört att behovet av maskinerna förväntas öka. Enligt förvaltningsrätten har det inte kommit fram tillräckliga skäl för slutsatsen att utvärderingsmodellen skulle tillmäta grävmaskiner utan respektive med asfaltsfräs en oproportionerligt stor betydelse i förhållande till det eventuella verkliga behovet. Mot denna bakgrund och särskilt med hänsyn till den betydande frihet en upphandlande myndighet har att utforma kriterierna för tilldelning av ramavtal finner förvaltningsrätten att vad Hellstén har anfört i målet inte visar att utvärderingsmodellen har utformats på ett sådant sätt som står i strid mot de grundläggande principerna i LOU. Det har inte heller kommit fram att utformningen av utvärderingsmodellen skulle leda till ett icke rättvisande resultat eller att de mest ekonomiskt fördelaktiga anbuden inte har antagits i upphandlingen. Det saknas därmed skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund.

Onormalt lågt anbudspris

Den generella utgångspunkten vid bedömningen av anbudspriser är att leverantören, baserat på företagsinterna överväganden, själv har att avgöra vilka priser denne kan och vill offerera i en specifik upphandling. Någon definition av begreppet onormalt lågt anbud finns varken i LOU eller i direktivet. Det ankommer således på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma denna fråga inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger (se HFD 2016 ref. 3). I praxis har klargjorts att det endast är sådana priser eller kostnader som ska utgöra avtalsvillkor som omfattas av bestämmelserna om onormalt låga anbud (se HFD 2019 ref. 39).

Det är sökanden vid en överprövningsprocess som har bevisbördan för att en konkurrerande leverantörs anbud förefaller onormalt lågt. Eftersom en upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att avgöra vad som ska anses som onormalt lågt anbud måste det dessutom krävas att sökanden förebringat förhållandevis stark bevisning till stöd för att anbudet är att betrakta som onormalt lågt (jfr Kammarrätten i Jönköpings mål 2895–2896-17).

Förvaltningsrätten anser att vad Hellstén har anfört i målet inte ger tillräckligt stöd för slutsatsen att M4-gruppens lämnade priser i upphandlingen framstår som onormalt låga i den meningen som avses i 16 kap. 7 § LOU. Kommunen har därmed inte varit skyldig att inhämta någon förklaring om anbudspriset från M4-gruppen. Det saknas därmed skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund.

Sanningsförsäkran på heder och samvete

I 13 kap. 1 och 2 §§ LOU regleras de situationer när det vid direktivstyrda upphandlingar i princip är obligatoriskt för en upphandlande myndighet att utesluta en leverantör från fortsatt deltagande i upphandlingen.

Av 4 kap. 10 § LOU följer att en upphandlande myndighet innan den tilldelar ett kontrakt ska kontrollera bl.a. om leverantören ska uteslutas med stöd av 13 kap. LOU. Beträffande den aktuella kontrollen som en upphandlande myndighet har att genomföra ska myndigheten tillämpa 15 kap.

Av 15 kap. LOU framgår i sin tur att en anbudsgivare under vissa förutsättningar får lämna en egen försäkran bl.a. om att det inte finns grund enligt 13 kap. 1–3 §§ för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen (15 kap. 1 § LOU). Den upphandlande myndigheten ska vidare godta försäkran som preliminärt bevis och myndigheten får begära att en leverantör som lämnat in en försäkran enligt 15 kap. 1 § LOU ska komplettera sin försäkran med ett eller flera av de intyg som omfattas av den (15 kap. 2 och 3 §§ LOU). Innan kontrakt tilldelas ska den upphandlande myndigheten begära bevisning från den leverantör som myndigheten beslutar om att tilldela kontrakt (15 kap. 4 § LOU).

I 15 kap. 7–9 §§ LOU anges vilka bevis som en upphandlande myndighet får begära att en leverantör ska lämna in för att visa att det inte finns skäl för uteslutning enligt 13 kap. LOU. Om sådana dokument som avses i 7 § inte utfärdas av staten ifråga eller om de inte omfattar alla situationer enligt 13 kap. 1 och 2 §§ samt 3 § punkt 2 §, får dokumenten ersättas av en utsaga som leverantören har lämnat på heder och samvete inför ett behörigt organ eller av en liknande försäkran (15 kap. 9 § LOU).

Såvitt kommit fram i målen har anbudsgivarna i upphandlingen lämnat en så kallad egen försäkran inom ramen för ett ESPD-formulär enligt 15 kap. 1 § LOU. Vid kontroll enligt 4 kap. 10 § LOU har kommunen efter anbudstidens utgång begärt in kompletterande dokument från anbudsgivarna som varit aktuella för tilldelning av ramavtal. Kommunen har i detta sammanhang begärt in bl.a. en sanningsförsäkran (intyg på heder och samvete) avseende att ingen uteslutningsgrund enligt 13 kap. 1 § LOU föreligger. Såvitt kommit fram i målen lämnade M4-gruppen det kompletterande dokumentet inom angiven tidsfrist, dock utan att dokumentet var undertecknat av behörig företrädare för bolaget. Eftersom intyget saknade underskrift framställde kommunen en ny begäran till M4-gruppen.

Av 15 kap. 4 § tredje stycket LOU följer att leverantören ska på begäran av myndigheten komplettera eller förtydliga de dokument som myndigheten har begärt. Kommunen har därmed haft möjlighet att begära att M4-gruppen ska komplettera det aktuella beviset (sanningsförsäkran) med en underskrift på det sätt som gjorts. M4-gruppen har också efterkommit denna begäran. Härvid anser förvaltningsrätten dessutom att kompletteringen ifråga inte heller kan anses ha ersatt eller tillfört några nya sakuppgifter på ett sådant sätt som ändrat anbudets innehåll eller giltighet. Sammantaget finner förvaltningsrätten att kommunen inte har överträtt likabehandlingsprincipen eller någon annan bestämmelse i LOU genom att begära och godta M4-gruppens komplettering av inlämnat kompletterande dokument i form av sanningsförsäkran. Kommunen kan inte heller anses ha frånfallit något krav. Vad Hellstén har anfört i detta hänseende visar således inte att det finns skäl för ingripande mot upphandlingen.

Krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet - resurser

I upphandlingsdokumentet anges att anbudsgivaren ska förfoga över nödvändiga personal- och tekniska resurser som behövs för att utföra/genomföra efterfrågat uppdrag. Anbudsgivaren ska, på förfrågan från kommunen, visa att kravet uppfylls genom att bifoga en redogörelse där det framgår vilka personal- och tekniska resurser som anbudsgivaren förfogar över och att dessa resurser är tillräckliga (jfr punkten 1.3.4).

I aktuellt fall har M4-gruppen efter anbudstidens utgång och på förfrågan från kommunen lämnat handlingar för att påvisa uppfyllnad av kvalificeringskravet avseende resurser. Till följd av vissa oklarheter begärde emellertid kommunen att M4-gruppen skulle förtydliga hur tillgång innehas till efterfrågade maskiner med litteranummer 21.2418 och 21.2419. Som svar på begäran klargjorde M4-gruppen att delägare förfogar över maskin med litteranummer 21.2418 respektive att maskin med litteranummer 21.2419 kommer antingen att införskaffas eller hyras.

Förvaltningsrätten konstaterar att begäran om förtydligande med exakt samma innehåll också vid samma tillfälle har efterfrågats från Hellstén. Såvitt kommit fram förelåg samma oklarheter i Hellsténs anbud. Inget annat har kommit fram än att anbudsgivarna i detta hänseende har befunnit sig i samma situation och att anbudsgivarna har behandlats lika genom att de har beretts möjlighet att lämna ett förtydligande gällande hur tillgång innehas till de i upphandlingen efterfrågade grävmaskiner. Enligt förvaltningsrätten har det alltså inte varit fråga om någon otillåten särbehandling eller konkurrensbegränsning på det sätt som Hellstén gjort gällande i målet. Kommunen har därmed inte överträtt likabehandlingsprincipen eller någon annan bestämmelse i LOU genom att begära och godta lämnat förtydligande från M4-gruppen.

Beträffande att M4-gruppen har lämnat svar på kommunens begäran om förtydligande efter utsatt svarsfrist framgår det av handlingarna i målet att det förelegat en teknisk brist i upphandlingsverktyget på så sätt att M4-gruppen inte fick någon automatisk notifikation per mejl om kommunens begäran om förtydligande. Förvaltningsrätten finner att det underlag som kommunen har presterat i målet ger tillräckligt stöd för att det inte är möjligt att utesluta att det försenade svaret har sin grund i tekniskt fel i upphandlingsverktyget som förelegat utanför M4-gruppens kontroll. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att kommunen inte kan anses ha överträtt likabehandlingsprincipen eller någon bestämmelse i LOU genom att beakta M4-gruppens förtydliganden trots att det inkommit efter utsatt svarstid.

Kommunen har vidare den 1 oktober 2019 begärt ett förtydligande från M4-gruppen avseende bl.a. vad som menas med ordet investera.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen har haft möjlighet att begära att M4-gruppen ska komplettera eller förtydliga de kompletterande dokument som myndigheten begärt inom ramen för ESPD (jfr 15 kap. 4 § tredje stycket LOU). Enligt förvaltningsrätten innebär M4-gruppens lämnade förtydligande inte heller att det har ersatt eller tillfört några nya sakuppgifter på ett sådant sätt som ändrat anbudets innehåll eller giltighet. Det är därmed inte fråga om en åtgärd som står i strid mot 4 kap. 9 § LOU och de däri angivna grundläggande principerna. Det har inte heller kommit fram att kommunen beaktat andra uppgifter än vad som framgår av M4-gruppens anbud, begärda kompletterande dokument enligt 15 kap. 4 § LOU och efterfrågade förtydliganden. Vad Hellstén har anfört om eventuella odokumenterade kontakter mellan kommunen och M4-gruppen visar inte att det finns skäl för ingripande mot upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner att inget annat har kommit fram än att M4-gruppen uppfyller kvalificeringskravet avseende resurser. Kommunen har därmed

förfarit korrekt genom att kvalificera M4-gruppen till anbudsutvärdering i upphandlingen.

Krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet – referenser

I upphandlingsdokumentet anges att anbudsgivaren ska ha den tekniska förmågan och kapaciteten samt erfarenheten som krävs för att genomföra aktuellt uppdrag med en för kommunen godtagbar kvalitet. Som bevis ska anbudsgivaren, på förfrågan av kommunen, redovisa ett referensuppdrag av tidigare likvärdigt uppdrag under de tre senaste åren. Med likvärdigt uppdrag avses uppdrag där anbudsgivaren har haft ramavtal med kund och hyrt ut maskiner till förare, vilken maskintyp som helst, från den grupp anbudsgivaren lämnar anbud inom minst tre gånger. Har anbudsgivaren inte haft ett ramavtal med en kund så kan istället tre referensuppdrag från tre olika kunder, det vill säga ett referensuppdrag per kund, som har hyrt en maskin med förare, vilken maskintyp som helst, från den grupp anbudsgivaren lämnar anbud inom (jfr punkten 1.3.5).

I aktuellt fall har M4-gruppen efter anbudstidens utgång och på förfrågan från kommunen angivit ett referensuppdrag som avser ett ramavtal avseende maskintjänster åt kommunen för att påvisa uppfyllnad av kvalificeringskravet avseende referenser. Vid kommunens kontroll med angiven referent bekräftades att M4-gruppen har tillhandahållit någon av de i upphandlingen efterfrågade grävmaskinerna vid minst tre tillfällen. Kommunen har under överprövningsprocessen framfört att det förekommit en felklassificering i ramavtalet på så sätt att grävmaskiner med litteranummer 21.2418 och 21.2419 inte angetts i avtalet som M4-gruppens referensuppdrag avser men att dessa maskiner trots detta faktiskt har avropats. Enligt förvaltningsrätten har det inte kommit fram tillräckliga skäl för att ifrågasätta denna uppgift från kommunen. Förvaltningsrätten finner därmed att inget annat har kommit fram i målen än det av M4-gruppen

angivna referensuppdraget är att anses som ett likvärdigt uppdrag. M4-gruppen uppfyller således kvalificeringskravet avseende referenser. Kommunen har därmed förfarit korrekt genom att kvalificera M4-gruppen till anbudsutvärdering i upphandlingen. Vad Hellstén har anfört föranleder inget annat ställningstagande.

Oriktiga uppgifter

Enligt förvaltningsrätten har det inte kommit fram att M4-gruppen i något avseende har lämnat oriktiga uppgifter. Det saknas därmed skäl för ingripande mot upphandlingen utifrån vad Hellstén har anfört i detta hänseende.

Sammanfattningsvis

Förvaltningsrätten finner att Hellstén inte har visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Det saknas därmed grund för ingripande mot upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Kristina H Samuelsson
Rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



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 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.

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.