



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

DOM
2016-10-04
Meddelad i Göteborg

Mål nr
7571-16

Avd. 2

SÖKANDE

AP Måleri AB, 556204-9790
E A Rosengrens gata 31
421 31 Västra Frölunda

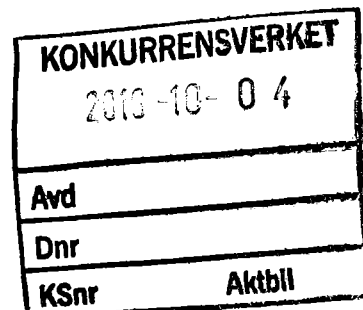
Ombud: Advokat Christian Härdgård
Advokatfirman Delphi i Malmö AB
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

MOTPART

Higab AB, 556104-8587
Box 5104
402 23 Göteborg

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 436816

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Higab AB (nedan Higab) genomför en förnyad konkurrensutsättning *Kajskjul 205 och 207, underhåll av fönster och fasader, dnr 4674*. Av tilldelningsbeslut den 28 juni 2016 framgår att AP Måleri AB har utsetts till vinnande leverantör.

YRKANDEN M.M.

AP Måleri AB (nedan bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten i första hand förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering av anbuderna genomförs där bolagets anbudssumma även inkluderar kostnaden för reglerbara mängder. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande.

I punkt AFB.31 i förfrågningsunderlaget regleras vad anbudet ska innehålla. Utformningen av ska-kravet visar att anbudssumman ska särskiljas från priserna för de reglerbara mängderna, inte inkluderas i anbudssumman. Bolaget har därför inte inkluderat detta i anbudssumman, vilket har resulterat i att anbudet är flera miljoner kr lägre än övriga anbudsgivares anbud.

I det direktiv som LOU bygger på anges att anbud som förefaller låga i förhållande till varorna, byggtreprenaden eller tjänsterna omfattas av bestämmelsen om onormalt låga anbud (se artikel 55.1 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster). I doktrinen framgår att förhållandet att det offererade priset i ett anbud är väsentligt lägre än i övriga anbud kan vara tillräckligt för att det ska anses vara ett onormalt lågt anbud (se *The law of public and utilities procurement*, S. Arrowsmith, 3 uppl. s. 802 ff.). En så stor skillnad som i det

aktuella fallet, 45 procent mellan den lägsta och näst lägsta anbudssumman, bör få den upphandlande myndigheten att ifrågasätta om det rör sig om ett onormalt lågt anbud eller om anbudet innehåller något annat fel. Det kan noteras att skillnaden mellan övriga anbudssummor är 13-17 procent.

Av praxis framgår vidare att en upphandlande myndighet ska iaktta viss försiktighet när innebörden av ett anbud bedöms och att det i princip strider mot god förvaltningssed att inte begära ett förtydligande när omständigheterna tyder på att det finns en enkel förklaring till tvetydigheten som lätt kan åtgärdas (se bl.a. Förstainstansrättens dom den 27 september 2002 i mål nr T-211/02, Tideland Signal Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission). På grund av de väsentliga prisskillnaderna borde Higab rimligtvis ha förstått att bolaget inte hade inkluderat summan av de reglerbara mängderna i sin anbudssumma. Med hänsyn till att summan framgår av anbudet och att bolagets anbud skulle ha varit lägst även om denna summa inkluderats skulle ett förtydligande av anbudet ha kunnat göras utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Genom att inte låta bolaget göra ett förtydligande har Higab agerat i strid med god förvaltningssed och LOU. Higab borde sammanfattningsvis ha bett bolaget förklara det låga offererade priset alternativt begärt in en komplettering av bolagets anbud, men har istället utvärderat och tilldelat bolaget kontrakt trots att anbudet innehåller ett uppenbart fel. På grund av Higabs agerande riskerar bolaget att tvingas fullgöra ett kontrakt som skulle medföra en stor ekonomisk förlust. Bolaget saknar möjlighet att utföra uppdraget i enlighet med förfrågningsunderlaget till det angivna anbudspriset. Bolaget har därför lidit eller riskerar att lida skada.

Higab anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

Förfrågningsunderlaget är korrekt. Anbudsformuläret ger i kombination med formulär till å-priser och förteckning över reglerbara mängder fullt

tillräcklig information för en erfaren entreprenör i måleri-branschen. Med hänsyn till de tydliga anvisningarna har det inte funnits anledning att anta att bolagets anbud skulle vara behäftat med en uppenbar felräkning eller felskrivning eller på annat sätt inte varit komplett. Det lämnade anbudspriset har inte heller varit så lågt att det har funnits anledning att anta att anbudet inte har varit komplett. Det har därför inte varit erforderligt med en komplettering. Det kan noteras att samtliga övriga anbudsgivare har inkluderat kostnaden för de reglerbara massorna i sina anbudspriser.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 iakttas (1 kap. 9 § LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (9 kap. 8 § första stycket och andra stycket första meningen LOU. Motsvarande bestämmelse för upphandlingar under tröskelvärdet finns i 15 kap. 12 § 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 (12 kap. 3 § första stycket LOU. Motsvarande bestämmelse för upphandlingar under tröskelvärdet finns i 15 kap. 17 § LOU).

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).

Utredning i målet

I de kompletterande utförandeföreskrifterna anges bl.a. följande.

AFB.31 Anbuds form och innehåll

Anbud skall avgivas på bifogat anbudsformulär och priser skall anges i svenska kronor (SEK) och avse pris exklusive mervärdesskatt.

Anbud skall innehålla följande:

- Anbudssumma, inrymmande samtliga delarbeten som erfordras för komplett färdigställande av entreprenaden
- Ersättning för ÄTA-arbeten (å-priser per arbetstimma) och å-pris reglerbara mängder
- Kvalitets- respektive miljöansvarig
- Bas P och Bas U
- Platsansvarig respektive ombud
- Eventuella reservationer ska vara prissatta

I förteckningen över reglerbara mängder anges bl.a. följande.

Med avvikelse från AB 04 kap. 6 § 6 gäller att arbeten enligt nedan skall regleras med å-pris, som anges i anbud, oavsett avvikelse från mängd angiven nedan.

Antagen mängd skall ingå i lämnat anbud.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse samma lag. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har gjort gällande att det inte har framgått tydligt av förfrågningsunderlaget att de reglerbara mängderna skulle inkluderas i anbudssumman. Förvaltningsrätten kan konstatera att det anges i förteckningen över reglerbara mängder att antagen mängd ska ingå i anbudet. Förteckningen är en del av förfrågningsunderlaget enligt punkt AFB.22 i de kompletterande utförandeföreskrifterna. Förhållandet att upphandlande myndighet uttryckligen har begärt att anbudsgivaren även ska redogöra för à-pris för reglerbara mängder medför inte att slutsatsen kan dras att summan inte ska inkluderas i anbudssumman. Ett sådant krav får snarast tolkas som att upphandlande myndighet vill ha prisuppgifter för det fall mängderna skulle avvika från de antagna mängderna. Vad bolaget har anfört visar därför inte att förfrågningsunderlaget brister i transparens.

Bolaget har vidare gjort gällande att upphandlande myndighet borde ha undersökt om det rört sig om ett onormalt lågt anbud. Förvaltningsrätten kan instämna i att anbudssumman har varit så låg i förhållande till övriga anbudssummor att det är något förvånande att upphandlande myndighet inte har reagerat. För det fall en upphandlande myndighet inte har för avsikt att förkasta anbudet finns det dock ingen skyldighet enligt LOU att utreda om det rör sig om ett onormalt lågt anbud. Vad bolaget har anfört i denna del

kan därför inte medföra att det finns förutsättningar för ett ingripande enligt LOU.

Bolaget har slutligen anfört att upphandlande myndighet borde ha erbjudit möjligheten att göra ett förtydligande eller komplettera anbudet och har bl.a. hänvisat till ett avgörande från Förstainstansrätten. Förvaltningsrätten kan konstatera att EU-domstolen i senare praxis har uttalat att det inte finns hinder för att det i nationell lagstiftning inte föreskrivs någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att begära in förtydliganden (se EU-domstolens dom den 29 mars 2012 i mål C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. m.fl.). Någon sådan skyldighet följer inte heller av LOU. Vad bolaget anfört i denna del kan därför inte medföra att det finns förutsättningar för ett ingripande enligt LOU.

Det kan avslutningsvis konstateras att risken för att behöva fullgöra ett avtal på oförmånliga villkor till följd av hur ett bolag har utformat sitt anbud, enligt förvaltningsrättens mening, inte kan medföra att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada i den mening som avses i LOU. Det är istället en fråga som får hanteras med stöd av civilrättsliga regler, såsom bestämmelserna i avtalslagen (1915:218). Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 B LOU)


Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Kristin Palm.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.