



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2019-10-21

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (7)

Mål nr

17608-19

SÖKANDE

Bite Mark & Anläggning AB, 556626-8537
Götlundagatan 2
124 71 Bandhagen

Ombud: Kristoffer Harlaut
Adress som ovan

MOTPART

Idrottsnämnden i Stockholms kommun
Box 8313
104 20 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019 10 22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1139975

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: avd33.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag-fredag

08:00-16:00

BAKGRUND

Idrottsnämnden i Stockholms kommun (nämnden) genomför en upphandling av ramavtal avseende mark- och anläggningsarbeten. Upphandlingen genomförs i form av ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, med lägsta pris som tilldelningsgrund. Efter anbudsprövningen utvärderades sju anbud och Bite Mark & Anläggning ABs (bolaget) anbud förkastades pga. att det ansågs vara onormalt lågt.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett genom att bolaget får sitt anbud utvärderat. Till stöd för sin talan framför bolaget i huvudsak följande.

Nämnden begärde den 15 juli 2019 att bolaget skulle komplettera vissa timpriser i anbudet. Sedan bolaget kompletterat anbudet begärde nämnden den 17 juli 2019 en förklaring till lämnade timpriser. Begäran skickades först till bolagets affärsområdeschef, som var på semester, och därefter till bolagets verkställande direktör. När bolaget svarade på nämndens begäran den 19 juli 2019 hade nämnden redan meddelat tilldelningsbeslutet. Nämnden har brutit mot LOU genom att förkasta anbudet utan att först ha bedömt bolagets förklaring till de lämnade priserna. Bolaget har inte fått samma möjlighet som övriga anbudsgivare att få sitt anbud utvärderat. Innan ett anbud förkastas ska anbudsgivaren ges tillfälle att förklara det låga priset. Det är inte möjligt för en anbudsgivare att ständigt bevaka frågor och förutse hur länge anbudsprövningen kommer pågå. Om annat inte anges bör en svarstid mellan sju och tio dagar anses vara normal. Med hänsyn till att bolaget ändå svarade på nämndens begäran under semestertid inom tre arbetsdagar, och då nämnden inte hade angett en svarsfrist, var det oproportionerligt att förkasta bolagets anbud. Dessutom iakttog nämnden inte sin skyldighet att låta bolaget yttra sig innan anbudet förkastades. Om bolaget hade fått delta i utvärderingen hade det tilldelats avtalet eftersom vinnande anbudsgivares priser är väsentligt mycket högre än bolagets priser. Genom att fråntas denna möjlighet har bolaget lidit skada eller riskerat att lida skada.

Av förfrågningsunderlaget framgår att arbeten som kommer att beställas inom ramen för det upphandlade avtalet omfattar fler moment och material än vad som utvärderas i anbudet. Bolaget har valt att hålla nere vissa priser för att vinna marknadsandelar men har lämnat ett seriöst anbud och kommer att leverera samtliga efterfrågade tjänster enligt avtalade villkor. Att anbudspriser är avvikande är inte detsamma som att dem är onormalt låga.

Nämnden bestrider bifall till ansökan och framför i huvudsak följande. Upphandlingen uppfyller kraven på öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet och strider inte heller på något annat sätt mot LOU. Efter anbudstidens utgång ifrågasattes om bolagets timpriser för maskiner inklusive förare och priser för material var seriösa eftersom dessa priser var 30 procent lägre än de vinnande anbudens priser och ännu lägre i jämförelse med övriga anbud. En begäran om förklaring till de låga priserna skickades på morgonen den 16 juli 2019 till bolagets uppgivna kontaktperson. När något svar inte hade inkommit följande dag skickades samma begäran till bolagets verkställande direktör. Tilldelningsbeslutet fattades den 19 juli 2019 och först senare samma dag lämnade bolaget ett svar. Ett företag som deltar i en upphandling ansvarar för att den som anges som kontaktperson är tillgänglig för frågor under den tid som upphandlingen pågår. Vidare bör en anbudsgivare vara beredd att svara på frågor efter anbudstidens utgång. Bolaget fick tre arbetsdagar på sig att förklara sina priser. Även om det var semestertider vore det orimligt att kräva en längre tidsfrist. Det har inte funnits någon skyldighet att låta bolaget yttra sig innan anbudet förkastades.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

Frågan i målet är om nämnden haft fog för att förkasta bolagets anbud som onormalt lågt. Därvid ska förvaltningsrätten ta ställning till om det var rätt av nämnden att begära förklaringar till bolagets priser och om bolaget har fått möjlighet att lämna förklaringar till priserna inom en rimlig tidsfrist.

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen 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.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning endast på de omständigheter som sökanden åberopar. Det är vidare den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på (se Högsta förvaltningsdomstolens refererade avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Av 19 kap. 27 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten, om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Vad som är ett onormalt lågt anbud definieras varken i LOU eller i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma om ett anbud är onormalt lågt inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger (jfr EU-domstolens avgörande i målen C-285/99 och C-286/99 punkt 67, Högsta förvaltningsdomstolens refererade avgörande HFD 2016 ref. 3 samt prop. 2015/16:195 s. 1114). Utformningen av bestämmelsen i 19 kap. 27 § LOU ger en upphandlande myndighet en förhållandevis stor frihet att avgöra vad som utgör ett onormalt lågt anbud (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 mars 2018 i mål nr 2895–2896-17). Ett onormalt lågt anbud kan dock sägas vara ett sådant anbud som inte motsvarar vedertagna

affärsmässiga hänsyn. Bedömningen av om ett anbud är onormalt lågt ska göras i förhållande till det som upphandlas (jfr prop. 2015/16:195 s. 794 och 2006/07:128 s. 407).

Det är viktigt att en anbudsgivare som misstänks för att ha lämnat ett onormalt lågt anbud får möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt göra sin ståndpunkt gällande genom att lämna alla förklaringar till de olika delarna av sitt anbud. Den upphandlande myndighetens begäran måste därmed vara tydligt formulerad så att anbudsgivaren förstår på vilket sätt myndigheten uppfattar anbudet som onormalt lågt (jfr EU-domstolens avgörande i målen C-285/99 och C-286/99 punkt 58 och C-599/10 punkterna 29 och 31).

Varken i 19 kap. 27 § LOU eller i direktiv 2014/24/EU anges att anbudsgivaren ska få möjlighet att komma in med efterfrågade förklaringar inom en viss bestämd tid och därefter få tillfälle att yttra sig innan anbudet förkastas. Av rättspraxis kan endast utläsas att anbudsgivaren ska få en rimlig tidsfrist att lämna förklaringar (EU-domstolens avgörande i mål 76/81 punkt 18). Tidsfristen bör bestämmas mot bakgrund av upphandlingsföremålets art och omfattning. Vidare bör tidsfristen kunna påverkas av hur precisa och lättbesvarade frågor som den upphandlande myndigheten ställer. En ytterligare omständighet som bör kunna påverka tidsfristens längd är om den upphandlande myndigheten redan i förfrågningsunderlaget gett vägledning om vilka prisnivåer myndigheten betraktar som misstänkt låga (Kammarrätten i Stockholms dom den 26 februari 2014 i mål nr 6230–13). Det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa att det finns fog för att ifrågasätta ett anbudspris seriositet och av denna anledning begära en förklaring till priset. Har denna bevisbörda fullgjorts ankommer det på anbudsgivaren att visa att anbudet är allvarligt menat och att det inte ska förkastas (jfr EU-domstolens dom i mål C-599/10 punkt 29 och Kammarrätten i Stockholms dom den 26 februari 2014 i mål nr 6230–13).

Förvaltningsrättens bedömning

Det är i målet ostridigt att bolagets priser för maskiner inklusive förare och material är sammanlagt 30 procent lägre än de vinnande anbudens priser. Vidare framgår av bolagets anbud att det uppgår till sammanlagt 623 500 kronor. Därtill framgår av upphandlingsprotokollet att det lägsta av de vinnande anbudena uppgår till sammanlagt 871 700 kronor. Mot bakgrund av dessa prisskillnader görs bedömningen att bolagets anbud föreföll vara onormalt lågt och att det således fanns anledning att ifrågasätta anbudets seriositet. Det var därmed riktigt av nämnden att begära förklaringar till de låga priserna.

Frågan uppkommer därmed om bolaget har fått möjlighet att förklara sig inom en rimlig tidsfrist. Av utredningen i målet framgår att nämnden begärde förklaringar gällande anbudets timpriser för arbetare och maskiner inklusive förare samt materialkostnader. I begäran frågade nämnden om priserna täcker alla kostnader per person som t.ex. kläder, telefon, dator, fordon och företagets eventuella vinst. Nämnden efterfrågade även en förklaring om hur täckningsbidraget är procentuellt fördelat per timme. Nämnden skickade begäran under förmiddagen den 16 juli 2019 till bolagets uppgivna kontaktperson via e-post. Under eftermiddagen den 17 juli 2019 skickade nämnden förfrågan till bolagets verkställande direktör via e-post och informerade om att kontaktpersonen inte hade svarat. Nämnden meddelade tilldelningsbeslutet under eftermiddagen den 19 juli 2019.

Det konstateras att nämnden inte har gett någon vägledning om vilka prisnivåer myndigheten betraktar som misstänkt låga. Det har därmed inte funnits anledning för bolaget att förbereda en förklaring till de låga priserna. Bolaget har emellertid haft ett ansvar för att, även under sommaren, vara tillgänglig för frågor genom sin uppgivna kontaktperson. Det har inte framkommit annat än att kontaktpersonen tog emot nämndens begäran den 16 juli 2019. Bolaget har således haft tre arbetsdagar på sig att förklara de låga priserna. Nämndens frågor har varit tydligt preciserade och av mindre

omfattning och bör ha varit möjliga att besvara på ett tillfredsställande sätt inom den aktuella tiden. Mot denna bakgrund bedöms bolaget ha fått möjlighet att förklara det låga anbudet inom en rimlig tidsfrist. Nämnden har därmed haft fog för att förkasta bolagets anbud som onormalt lågt. Vidare har det inte framkommit att nämnden har brutit mot någon av de grundläggande principerna enligt LOU. Det bolaget har framfört som skäl till de låga priserna i sin ansökan om överprövning medför inte en annan bedömning. Det saknas därmed förutsättningar för ett ingripande i upphandlingen. Ansökan om överprövning avslås därmed.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Johan Gefvert

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Niclas Fjällid har föredragit målet.



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 nyårsafton, 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.

