



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Föredraganden
Annelie Gustafson

DOM
2018-06-29
Meddelad i Falun

Mål nr
1324-18

1

KLAGANDE

PSI Services AB, 556933-7214
Ovädersgatan 3A
418 34 Göteborg

MOTPART

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs stad
Box 1111
405 23 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2018-06-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår PSI Services AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 222624

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax
023-383 00 80

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–12:00
13:00–16:00

BAKGRUND

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs stad (nämnden) genomför genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling avseende ramavtal för ”Klottersanering Område Centrum”, referensnummer 166/17. Tilldelningsbeslut meddelades den 1 mars 2018 varvid annan anbudsgivare än PSI Services AB (PSI) antogs som vinnande leverantör.

YRKANDEN M.M.

PSI ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att vinnande anbud ska diskvalificeras eftersom det inte uppfyllt ska-krav 1.3.1.5.1 gällande referenser. I andra hand yrkar PSI att vinnande anbud ska förkastas på grund av orimligt lågt pris. PSI anför att bolaget har lidit skada eftersom de kom på andra plats i anbudssammansättningen.

Nämnden anser att ansökan om överprövning ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Förvaltningsrätten har att pröva om det mot bakgrund av vad PSI anført är visat att nämnden brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att det medfört att PSI lidit eller kan komma att lida skada (se 20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principer om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (se 4 kap. 1 § LOU).

En huvudprincip enligt LOU är att anbud som inte uppfyller upphandlingsdokumentens obligatoriska krav som regel inte ska beaktas vid

utvärderingen. Krav som anges i upphandlingsdokumenten måste därmed vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet. Den upphandlande myndigheten får vid anbudsprövningen inte heller frångå ställda krav, eftersom förfarandet då skulle strida mot lika-behandlings- och öppenhetsprincipen.

Det är PSI som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter som talan grundas på och som har att klargöra och konkretisera på vilket sätt de påstådda bristerna har medfört skada (jfr RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 53).

Krav 1.3.5.1 – Referensuppdrag

PSI anför i huvudsak följande. Av upphandlingsdokumentet framgår tydligt att det är ett obligatoriskt krav att leverantören ska ha tre referensuppdrag som innefattar motsvarande det som kan komma att beställas från ramavtalet och avse den typ av klottersanering som upphandlingen omfattar. Ordalydelsen kan inte tolkas på annat sätt än att det är uppdraget som avses, alltså hur en tjänst levereras, och inte tjänsten i sig. Vinnande anbudsgivare har uppgett ett ramavtal avseende Hantverktjänster Klottersanering som referens nr 2. Det är inte en tillsynsentreprise utan enbart ett avropsavtal. Enligt referensuppdragets upphandlings- och avtalshandlingar nämns inte tillsyn eller schemalagd rondering. Det framgår dock tydligt att avtalet enbart avser avrop. Inte heller bolagets fakturor, vilka PSI tagit del av, påvisar någon form av fakturering för tillsyn. Det ställs helt andra krav på utföraren vid tillsynsentreprenader med schemalagd rondering, som i aktuell upphandling, än ett uppdrag som enbart avser successiva avropsbeställningar. Erfarenheter från de två olika typerna av uppdrag är inte jämförbara, vilket nämnden även bedömt i sin utvärdering av en annan anbudsgivare vars referenser inte godkändes eftersom de enbart avsåg saneringsuppdrag och inga tillsynsentreprenader. Denna tolkning går i linje med det ställda kravet i upphandlingsdokumenten. Principerna om likabehandling

och förutsägbarhet har därmed åsidosatts i denna del. Det förhållandet att vinnande anbudsgivare är befintlig leverantör kan vidare inte minska kravet på övriga två referenser. Vinnande anbudsgivare har därutöver brutit i befintligt avtal med nämnden på ett flertal punkter och kan inte anses ha tillgodogjort sig den erfarenhet som åberopas. PSI lämnar in flertalet handlingar till stöd för dessa brister.

Nämnden anför i huvudsak följande. De tre referensuppdrag som vinnande anbudsgivare har lämnat in visar att bolaget har erfarenhet av uppdrag som motsvarar det som kan komma att beställas från ramavtalet. Erfarenhetskravet är därmed uppfyllt. Kravet innebär att de tre referensuppdragen sammantaget ska styrka att leverantören har erfarenhet av uppdrag motsvarande det som kan komma att beställas från ramavtalet för att köparen ska kunna förlita sig på att den leverantör som ramavtal ingås med har förmåga att fullgöra avtalet. Utöver erfarenhetskravet har det i upphandlingen ställts särskilda krav som handlar om organisation, erfarenhet och kompetens som krävs för tillsynsdelen. Det finns alltså fler krav än enbart erfarenhetskravet som syftar till att säkra förmågan att fullgöra tillsynsdelen av tjänsten. Syftet med referenstagningen är huvudsakligen att leverantören har erfarenhet av borttagning av klotter. Det saknar betydelse om saneringsbehovet upptäckts av entreprenören själv (tillsyn) eller av beställaren (avrop). Det ställs inte heller något krav på en viss omfattning för respektive referens utan endast att referensuppdragen sammanlagt ska ha en volym om minst 1,5 miljoner kr per år. Däremot kan inte samtliga tre referensuppdrag avse enbart avropsarbeten eller tillsyn, eftersom de då inte visar den erfarenhet som upphandlingen omfattar. Vad gäller den andra anbudsgivarens referens saknades erfarenhet av tillsynsentreprenader. Det är därför olika situationer.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I upphandlingsdokumentet punkt 1.3.5.1 anges bl.a. följande.

1.3.5.1 Referensuppdrag

Referensuppdrag ska styrka att leverantören har erfarenhet av uppdrag av motsvarande det som kan komma att beställas från ramavtalet. För att komma i fråga som leverantör ska anbudsgivaren här beskriva minst tre (3) genomförda eller pågående uppdrag avseende klottersanering av den typ som denna upphandling omfattar. De beskrivna referensuppdragen ska ha/haft en sammanlagd volym om minst 1,5 miljoner kronor per år.

Av kravet framgår att anbudsgivare genom tre referensuppdrag ska beskriva genomförda eller pågående uppdrag avseende klottersanering av den typ som upphandlingen omfattar. Syftet med det ställda kravet är enligt nämnden att tillse att leverantören har en kapacitet att utföra uppdraget. Enligt förvaltningsrättens mening medför kravets ordalydelse inte att varje referensuppdrag ska avse samtliga typer av klottersanering som upphandlingen omfattar, utan att det ska ske en sammantagen bedömning av de tre samlade referensuppdragen för bedömning av anbudsgivarens kapacitet. Vid bedömningen av referensuppdraget handlar det därför inte om kvaliteten på det utförda arbetet. Nämnden har uppgett att vinnande anbudsgivare genom de tre lämnade referensuppdragen visat att de har erfarenhet av både entreprenadtillsyn och avropsbeställningar för klottersanering. PSI har invänt mot referensuppdrag nr 2 men har inte framfört någon invändning avseende de andra referensuppdrag som vinnande anbudsgivare har lämnat. Eftersom referens nr 2 ostridigt rör sig om ett avropsavtal för bl.a. klottersanering har nämnden haft fog att räkna med den vid kvalificeringen. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att PSI inte har visat att nämnden har avvikit från upphandlingsdokumentens obligatoriska krav, brutit mot likabehandlingsprincipen eller på något annat sätt agerat i strid med LOU när de har godkänt vinnande anbudsgivares referenser. Vad PSI anfört medför därför inte skäl för ingripande enligt LOU.

Onormalt lågt pris

PSI anför i huvudsak följande. Utifrån den information som går att utläsa från de, till stor del sekretessbelagda, dokument som PSI tagit del av samt nämndens yttrande har vinnande anbudsgivare förklarat sin orimligt låga prissättning i huvudsak genom en kostnadskalkyl och att inga affärsmässiga, bidragssubventionerade eller kostnadseffektiva metoder har redovisats. Det uppdrag som upphandlas, liksom nuvarande uppdrag, är ett provisionsavtal där leverantören faktureras en procent av avtalets redovisade omsättning. En seriöst och affärsmässigt ämnad förklaring och kostnadskalkyl borde som minst innehålla kostnader som tydligt framgår av upphandlingsdokumenten. Det förhållandet att bolaget utelämnat en sådan kostnad i redovisningen bör anses vara grund för att även ifrågasätta nämndens seriositet i bedömningen av vinnande anbudsgivares förklaring. Av dokument som PSI tagit del av framgår vidare att vinnande anbudsgivare historiskt underlåtit att redovisa och betala provision på nuvarande avtal. Trots nästan fyra års erfarenhet som nuvarande leverantör på befintligt uppdrag har bolaget inte full förståelse för sina egna kostnader för uppdraget. Kostnadskalkylen kan således inte uppfattas affärsmässig eller seriös. Utifrån vinnande anbud kan maximalt två stycken anställas på heltid för tillsyn och de får då 2,5 minuter per tillsyn inklusive eventuella åtgärder. Ett sådant anbudspris måste antas gå ut över bristande arbetsmiljö, tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter eller utebliven avtalad leverans. Vinnande anbudsgivare påvisar utifrån uthämtade handlingar stora brister i leverans på befintligt avtal. Inrapporterade saneringar inom vinnande anbudsgivares nuvarande entreprenadområden har mer än halverats sedan entreprenadens start vilket svårligen förklaras på annat sätt än att de har underlåtit att utföra avtalad tillsyn. Anbudet är nästan ett likvärdigt pris som tidigare avtal. Bristerna som påvisas kan inte tyda på annat än att det orimligt låga priset medför en uppenbar risk för utebliven leverans.

Nämnden anför i huvudsak följande. Nämnden har begärt förklaring till vinnande anbudsgivares pris eftersom det initialt framstod som misstänkt lågt. Nämnden fattade beslut utifrån de förklaringar som kom in, vilket i huvudsak bestod av en kostnads kalkyl, jämförelse med tidsåtgång för motsvarande uppdrag i innevarande ramavtal och hur eventuell underfinansiering skulle täckas. Förklaringen ansågs utifrån gällande praxis vara rimlig och det saknades grund att förkasta anbudet som onormalt lågt. Förklaringen saknar inte affärsmässighet och har inte medfört någon befogad anledning att anta att det låga anbudet skulle leda till leveransvägran eller i övrigt riskera att upphandlingen inte skulle få avsett resultat. Vad PSI har anfört i fråga om brister i vinnande anbuds tidigare avtal kan inte leda till någon rättsföljd.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska en upphandlande myndighet begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden (se 16 kap. 7 § LOU). Myndigheten ska därefter förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska också förkasta anbudet om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Nämnden har anfört att vinnande anbud initialt ansågs vara misstänkt lågt. Därför begärdes ett förtydligande. Förvaltningsrätten har därmed att bedöma om PSI gjort sannolikt att anbudet är att anse som onormalt lågt på grund av att vinnande anbudsgivare inte har lämnat en tillfredsställande förklaring. PSI har i denna del bl.a. anfört att det finns brister i hur vinnande anbudsgivare genomför nuvarande avtal och har även beräknat vad vinnande anbud räcker till. Vidare har PSI anfört, och lämnat in handlingar till stöd för, att antalet klotteraneringar har sjunkit i det aktuella området under nuvarande avtals-

tid. Enligt förvaltningsrätten kan det som PSI anfört inte leda till slutsatsen att det mot denna bakgrund funnits anledning att förkasta anbudet. I denna bedömning lägger förvaltningsrätten särskild vikt vid att anbudsgivare får lämna anbud som medför låg vinst eller till och med förluster (jfr Konkurrensverkets rapport 2013:6 *Osund konkurrens i offentlig upphandling* s. 59 ff.). Vidare lägger förvaltningsrätten särskild vikt vid att syftet med bestämmelsen är att skydda upphandlande myndigheter så att de kan förkasta anbud som inte är seriösa och att den upphandlande myndigheten har stor frihet att avgöra om en anbudsgivares förklaringar till ett lågt anbud ska anses tillräckliga för att anbudet ska utvärderas. Vinnande anbudsgivare är därutöver nuvarande avtalspart och har därför god insyn i vad avtalet omfattar och innebär. Med hänsyn härtill, och till att det inte framkommit omständigheter som visar att anbudet är oseriöst menat, anser förvaltningsrätten att det inte framkommit skäl för ingripande enligt LOU.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten gör sammanfattningsvis bedömningen att PSI inte har framfört omständigheter som visar att nämnden har förfarit i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Reb Kerstinsdotter
förvaltningsrättsfiskal



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.