



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM
2018-08-31
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
11862-17

SÖKANDE

Ada Service Partner AB, 556398-1405
Box 2528
403 17 Göteborg

Ombud: Advokaten Nicklas Gränsmarker och jur. kand. Nathalie Miska
Box 2523
403 17 Göteborg

MOTPART

Falkenbergs kommun

Ombud: Kommunjuristen Lina Weetman
Falkenbergs kommun
311 80 Falkenberg

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2018-08-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Förvaltningsdomstolen avslår ansökan.

Dok.Id 559330

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

Falkenbergs kommun (kommunen) genomför en upphandling av Lokalvård, dnr KS2017-198. Upphandlingen avser sex olika områden i kommunen. Fem leverantörer lämnade anbud i upphandlingen.

Av tilldelningsbeslut den 11 oktober 2017 framgår att Samhall AB (Samhall) tilldelats avtal avseende områdena Centrum, Tullbro och Tånga. Ada Service Partner AB (Ada) placerades på andra plats avseende dessa områden och tilldelades avtal avseende övriga områden.

YRKANDEN M.M.

Ada ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Samhall avseende området Centrum förkastas samt att upphandlingen får avslutas först sedan Samhall lämnat en förklaring till det låga anbudet avseende området Tullbro. Alternativt ska anbudet förkastas då det statliga stöd som Samhall tar emot är oförenligt med EUF-fördraget.

I första hand görs gällande att kommunen har brutit mot 16 kap. 7 § LOU genom att dels inte förkasta Samhalls onormalt låga anbud avseende området Centrum, dels inte begära en förklaring till Samhalls onormalt låga anbud avseende området Tullbro.

I andra hand görs gällande att kommunen har brutit mot 16 kap. 8 § LOU genom att inte begära att Samhall visar att det statliga stöd som bolaget tar emot är förenligt med EUF-fördraget. Då Samhall saknar möjlighet att visa stödets förenlighet med fördraget borde anbudet vid en rättelse förkastas.

Kommunens underlåtenhet i nu nämnda delar innebär även brott mot likabehandlingsprincipen.

Ada anför i övrigt bl.a. följande.

Onormalt lågt pris

Området Centrum

Vid en jämförelse med övriga anbud förefaller Samhalls anbud för området Centrum vara onormalt lågt eftersom det har ett pris som är 28-39 procent lägre än övriga anbud. Vidare har Samhall angett 13 383 arbetstimmar per år för området innebärande att uppdraget beräknas ta 1 566 - 7 489 timmar mindre i anspråk än vad övriga anbudsgivare har angett. – Då Samhall sysselsätter personer med funktionsnedsättning och som behöver visst stöd i sitt arbete framstår det inte som troligt att Samhall kan fullfölja uppdraget med en väsentligt mindre tidsåtgång än övriga anbudsgivare.

I begärd förklaring till det låga priset angav Samhall att bolaget valt att lägga ett lägre pris på grund av god kännedom om lokalerna som medför att arbetet kan effektiviseras och att bolaget kunnat räkna bort resekostnader då bolaget genom andra uppdrag har närhet till de aktuella lokalerna. – Samhalls förklaring är inte tillfredsställande och kommunen borde därför ha förkastat anbudet. Det kan inte vara tillräckligt att ange kännedom om lokaler som en anledning till att priset pressats väsentligt. Kännedom om lokalerna innebär inte att ytan blir mindre eller att färre timmar behöver läggas ned. Inte heller förklaringen om att resekostnader räknats bort är godtagbar då detta inte är en post som särskilt ska prissättas. – Den mer sannolika förklaringen är att Samhall kommer att lägga ned många fler timmar än vad som angetts för att uppfylla sitt åtagande. Detta innebär att timpriset sett i förhållande till det totala anbudspriset för området i själva verket är orimligt lågt. – Den omständigheten att kommunen inte har förkastat Samhalls anbud trots en förklaring som inte är tillfredsställande strider mot principen om likabehandling.

Området Tullbro

Vid en jämförelse med övriga anbud förefaller Samhalls anbud vara onormalt lågt eftersom priset är 12-34 procent lägre än övriga anbud. Även om skillnaden inte är lika flagrant som prissättningen av området Centrum är det ett onormalt lågt pris. Detta då Ada som i dag innehar avtal för området ligger lågt i sin prissättning och bedömer att det inte är möjligt att uppfylla uppdraget med en prissättning som understiger den som Ada angett. – Samhall har vidare angett 14 698 arbetstimmar per år för området och har därmed angett att uppdraget beräknas ta 2 017 - 5 669 timmar mindre i anspråk än vad övriga anbudsgivare har angett. – Vad gäller rimligheten av angiven tidsåtgång hänvisas till vad som angetts avseende området Centrum. – Så snart ett anbud förefaller vara onormalt lågt ska en förklaring begäras. Upphandlingen bör i denna del därför rättas på sådant sätt att kommunen begär en förklaring till Samhalls låga anbud och om en tillfredsställande förklaring inte lämnas förkasta anbudet.

Det statliga stödets förenlighet med EUF-fördraget

Det är allmänt känt att Samhall får statligt stöd (merkostnadsersättning) för att finansiera sin verksamhet. Även om Samhall inte får lov att använda merkostnadsersättningen för att erbjuda priser som understiger gällande marknadspriser är detta vad det statliga stödet i praktiken resulterar i.

EU-kommissionen har i december 2017 fattat beslut om att det statliga stödet till Samhall är oförenligt med den inre marknaden. Beslutet innebär att Sverige senast den 31 december 2018 måste ha genomfört en rad åtgärder. Staten ska bl.a. säkerställa att Samhall inte sänker sina priser under marknadsvärdet med hjälp av det statliga stödet.

Tillämpningen av 16 kap. 8 § LOU torde inte förutsätta att leverantören på myndighetens förfrågan svarar att ett lågt anbudspris beror på att företaget

kan få statligt stöd enligt 16 kap. 7 § p. 5 LOU. En sådan tillämpning hade inneburit att en leverantör som får statligt stöd alltid kan undvika att behöva visa stödets förenlighet med EU-rätten genom att aldrig uppge statsstöd som en anledning till ett onormalt lågt pris har lämnats. När det är känt eller kan misstänkas att en anbudsgivare mottar statligt stöd men som förklaring till ett lågt pris uppger en helt annan förklaring borde myndigheten därför agera enligt regeln i 16 kap. 8 § LOU.

Konsekvensen av att frågan om den merkostnadsersättning som Samhall mottar är förenlig med den inre marknaden vid tiden för utvärderingen var under utredning av EU-kommissionen, är att Samhall inte hade kunnat visa sådan förenlighet om kommunen begärt detta. Samhalls anbud borde därför redan då ha förkastats. Kommissionens beslut innebär vidare att Samhall vid en rättelse där kommunen ger Samhall möjlighet att visa stödets förenlighet med fördraget inte kan visa detta. Samhalls anbud borde därför vid en rättelse förkastas.

Skada

Ada har lämnat det efter Samhall lägsta anbudet avseende båda områdena. Om Samhalls anbud avseende nämnda områden rätteligen hade förkastats av kommunen hade Ada tilldelats aktuella kontrakt. På grund av kommunens agerande i upphandlingen har Ada sålunda riskerat att lida skada.

Kommunen yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Den generella utgångspunkten vid bedömningen av priser är att leverantören själv har att bestämma vilka priser som den kan och vill offerera i en specifik upphandling, dvs. det är överväganden som leverantören själv styr över. Någon definition av vad som är ett onormalt lågt anbud finns inte. En sådan bedömning måste därför göras från fall till fall av myndigheten.

*Onormalt lågt pris*Området Centrum

Kommunen bedömde att Samhalls anbudspris avseende området Centrum föreföll vara onormalt lågt vid en jämförelse med övriga anbud.

På kommunens begäran lämnade Samhall en förklaring till det låga priset och som kommunen ansåg vara tillfredsställande. Förklaringen visade att det fanns en anledning till det låga priset samt att Samhalls anbud var allvarligt menat och att man hade för avsikt att leverera till offererat pris. – Det är viktigt att notera att offererat pris avser ett fast kvadratmeterpris per lokaltyp som kommer att ligga till grund för fakturering under avtalstiden. Det är alltså inte möjligt för Samhall att i efterhand kräva extra ersättning för att uppdraget exempelvis tar mer tid i anspråk än beräknat.

Området Tullbro

Kommunen anser inte att Samhalls anbud avseende området Tullbro är onormalt lågt då skillnaden i pris vid en jämförelse med övriga anbud inte är större än vad som kan anses vara en normal avvikelse. Någon begäran om förklaring har därmed inte krävts av Samhall. Kommunen står fast vid denna bedömning.

Det statliga stödets förenlighet med EUF-fördraget

I 16 kap. 8 § LOU anges särregler för den situationen att ett onormalt lågt anbud beror på att statligt stöd har tagits emot. I de fall ett onormalt lågt anbud beror på att statligt stöd har tagits emot ska den upphandlande myndigheten fråga leverantören om stödet är förenligt med EUF-fördraget.

Kommunen begärde in en förklaring från Samhall vad avser priset för området Centrum. I Samhalls förklaring hänvisas inte till statligt stöd enligt 16 kap. 7 § p. 5 LOU. Kommunen har inte heller på något annat sätt i

upphandlingen funnit att det låga priset beror på att Samhall erhållit statligt stöd. Kommunen har att utgå från den förklaring till det låga priset som Samhall har lämnat. Kravet i 16 kap. 8 § LOU är därför inte tillämpligt då det förutsätter att den upphandlande myndigheten finner att en leverantörs låga pris beror på att leverantören fått statligt stöd. Så har inte skett i detta fall.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ett ingripande enligt LOU.

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 § första stycket LOU).

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan begäran om förklaring kan bl.a. gälla

1) om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet, 2) om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller

ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet, eller 5) om leverantören kan få statligt stöd. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden (16 kap. 7 § LOU).

Om en upphandlande myndighet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att leverantören fått ett statligt stöd, ska myndigheten ge leverantören en möjlighet att inom skälig tid visa att stödet är förenligt med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

Om leverantören efter en sådan åtgärd som avses i första stycket inte visat att stödet i fråga är förenligt med EUF-fördraget, ska anbudet förkastas (16 kap. 8 § LOU).

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 Regeringsrättens[numera Högsta förvaltningsdomstolen] avgörande RÅ 2009 ref. 69).

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 eller andra bestämmelser i LOU.

Onormalt lågt anbud

Området Centrum

Kommunen har följt förfarandet enligt 16 kap. 7 § LOU vid misstanke om onormalt låga anbud. I förarbetena till denna bestämmelse anges att det är

den upphandlande myndigheten som utifrån omständigheterna i det enskilda fallet ska avgöra vad som förefaller vara ett onormalt lågt anbud (prop. 2015/16:195 s. 1114-1115). Vid en sådan prövning har kommunen funnit att Samhalls anbud avseende området Centrum förefallit onormalt lågt och därför begärt att Samhall lämnar en förklaring till det låga priset. Förvaltningsrätten anser att den förklaring som Samhall har lämnat framstår som tillfredsställande. Det har inte heller framkommit skäl att tro att anbudet från Samhall inte är allvarligt menat eller att det råder tvivel om Samhalls leveransvilja eller leveransförmåga (jfr HFD 2016 ref. 3 I och II samt EU-domstolens dom i mål C- 599/10, SAG ELV Slovensko).

Området Tullbro

Kommunen har inte ansett att Samhalls anbudspris avseende området Tullbro förefallit onormalt lågt. Förvaltningsrätten finner inte skäl för att göra någon annan bedömning än kommunen. Kommunen har därför saknat skäl för att begära en förklaring till anbudspriset i denna del.

Det statliga stödets förenlighet med EUF-fördraget

Eftersom kommunen inte har funnit att Samhalls anbud förefallit onormalt lågt på grund av att Samhall mottar statligt stöd har det inte heller förelegat någon skyldighet för kommunen att ge Samhall möjlighet att visa att mottaget stödet är förenligt med EUF-fördraget. Den omständigheten att det är känt att Samhall mottar statligt stöd utlöser inte heller sådan skyldighet.

Därtill noteras att EU-kommissionen i åberopat beslut visserligen har funnit att det statliga stöd som Samhall mottar inte är förenligt med den inre marknaden, dvs. EUF-fördraget. EU-kommissionen konstaterar emellertid även att (40) det statliga stöd som Samhall mottar utgör s.k. befintligt stöd samt att (42) sådana stöd kan genomföras så länge kommissionen inte har förklarat dem oförenliga. Någon sådan förklaring hade EU-kommissionen

inte lämnat vid tidpunkten för kommunens tilldelningsbeslut. Följaktligen var det statliga stöd som Samhall mottog vid denna tidpunkt förenligt med EUF-fördraget. Vidare noteras att EU-kommissionen i beslutet slår fast att Samhall fastställer marknadsmässiga priser för sina varor och tjänster men att Sverige måste genomföra vissa administrativa åtgärder för att stödet till Samhall ska vara förenligt med den inre marknaden.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Ada inte har förmått visa att kommunen i upphandlingen har brutit mot någon bestämmelse i LOU. Det saknas därför skäl för ingripande mot upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

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

Ann-Carin Glimstedt
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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-post-adress, 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 rättsens 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 rättsens 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.