



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-10-09
Meddelad i Linköping

Mål nr
4345-17

SÖKANDE

m4 gruppen Aktiebolag, 556787-8318
Kraftlinjegatan 14
721 36 Västerås

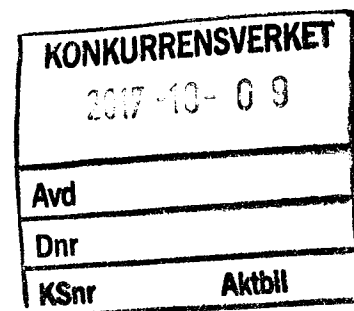
MOTPARTER

1.Strängnäs kommun
645 80 Strängnäs

2. Hellsténs Bygg & Entreprenad i Eskilstuna AB, 556800-4955
Artistgatan 38
644 35 Torshälla

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar om rättelse med innebörden att en ny utvärdering ska göras varvid Hellsténs Bygg & Entreprenad i Eskilstuna AB:s anbud inte ska beaktas.

Dok.Id 300014

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

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

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Strängnäs kommun (Kommunen) genomför upphandling av ”Ramavtal avseende entreprenadmaskintjänster”, TSN/2017:168-059. Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande och Kommunen kommer att teckna ett ramavtal med den anbudsgivare som lämnar det mest fördelaktiga anbudet på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Enligt tilldelningsbeslutet den 1 juni 2017 har Hellsténs Bygg och Entreprenad i Eskilstuna AB (Hellsténs) tilldelats kontraktet.

m4 gruppen Aktiebolag (Bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

Hellsténs har fått tillfälle att yttra sig men har inte avhörtts.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bolaget

Onormalt lågt anbud

Hellsténs har i prisbilagan angett priset 1 kr per timme avseende lätt lastbil, position 25. I prisbilagan står att samtliga priser i bilagan avser totalt pris för maskin/fordon och förare per timme. Kommunen har bett om en förklaring på detta. Svaret är inte relevant eftersom det inte står i förfrågan att någon lätt lastbil ska kopplas med maskin inklusive maskinföraren. Lätt lastbil inklusive förare för 1 kr per timme med avtalsenlig lön är inte relevant.

Teknisk kapacitet

Hellsténs har specificerat sin maskinpark och på krav-frågan om det avser att anlita underleverantörer svarat nej. Hellsténs har offererat maskin- och fordonstyper det inte förfogar över. Kommunen har skickat en förfrågan avseende dessa uppgifter. Svaret som givits är inte relevant då Kommunen frågar om vilka maskin- och fordonstyper som ska tillhandahålls. Detta har inget att göra med de uppskattade volymerna i prisbilagan.

Kommunen*Onormalt lågt anbud*

Hellsténs har i tre positioner, 25 (lätt lastbil), 37 och 38 (tillägg för arbete vid icke ordinarie arbetstid) i prisbilagan angett priset till 1 kr per timme. Kommunen skickade därför en förfrågan och begärde att en förklaring skulle lämnas på det låga priset eller kostnaden. Kommunen fann att svaret var en tillfredställande förklaring på det låga priset och att rättslig grund att förkasta anbudet inte förelåg. Hellsténs åberopade tidigare erfarenhet av branschen samt att det låga priset i position 25 var inräknat i övriga angivna priser. Hellsténs har också uttryckligen bekräftat att företaget kommer att leverera till det angivna priset och att utebliven leverans innebär rätt till vite. Kommunen skickade i aktuellt mål även en förfrågan till Bolaget, som angett priset 1 kr per timme för positionerna 27 och 28, samt bad om en förklaring avseende de låga priserna. Bolaget anförde i huvudsak, precis som Hellsténs, att merkostnaden skulle ingå i övriga priser och att personalen i fråga skulle få avtalsenligt lön.

Teknisk kapacitet

Hellsténs har i sitt anbud uppgett att företaget inte avsåg att anlita underleverantörer för uppdraget. Vidare har Hellsténs i sitt anbud beskrivit sin maskinpark bestående av fem grävmaskiner, fyra lastbilar, två lastmaskiner och en traktor. Mot bakgrund av dessa uppgifter skickade Kommunen en förfrågan till Hellsténs. Kommunen fann att svaret på förfrågan avseende den tekniska kapaciteten var tillfredställande och att det inte fanns någon rättslig grund att utesluta anbudet. Här beaktades det särskilt att det inte var ett krav i upphandlingen att anbudsgivaren själv eller genom underentreprenör skulle ha rådighet över ett visst antal maskiner. Det var heller inget krav att anbudsgivaren närmare skulle beskriva hur tillhandahållandet av var och en av entreprenadmaskintjänsterna var tänkt eller för vilka priser. Kommunens behov av maskinerna kan variera stort. Det upphandlade avtalet avser alla möjliga typer av entreprenadmaskiner med förare och är inte begränsat till de maskiner för vilka priser efterfrågas i prisbilagan. Det skulle därför stå i strid med proportionalitetsprincipen om det skulle ha ställts krav på att anbudsgivaren skulle ha ett visst antal maskiner i sin egen eller i på förhand angivna underentreprenörers maskinpark, såväl som om anbudsgivaren redan i anbudet skulle behöva ange exakt vilka underleverantörer som skulle kontrakteras för att tillhandahålla vissa maskiner eller ett visst antal maskiner av en viss art.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 14 kap. 1 § 3 LOU framgår bl.a. att de krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och står i proportion till detta.

Av 16 kap 7 § LOU framgår att om ett anbud förefaller onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantörer förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantörer inte på ett tillfredställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

I 20 kap. 6 § LOU anges att 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Utgångspunkter vid bedömningen

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref 69). Det är som huvudregel den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och som således ska visa (göra sannolikt) att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav. I de fall det kan presumeras att snedvridning av konkurrens skett, kan sökanden dock få en viss lättnad i bevishänseende, varvid det ankommer på den upphandlande

myndigheten att visa t.ex. att de unionsrättsliga principerna inte åsidosatts (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 augusti 2011 mål nr 1903–1913-11).

Onormalt lågt anbud

Vid bedömningen av anbudspriser är en generell utgångspunkt att leverantören, baserat på företagsinterna överväganden, själv har att avgöra vilka priser bolaget kan och vill offerera i en specifik upphandling. Att en leverantör erbjuder mycket låga priser eller till och med negativa priser, leder inte alltid till att anbudet ska anses vara onormalt lågt. Dock måste anbudet kunna bära sig självt ekonomiskt. En definition av begreppet onormalt lågt anbud finns varken i LOU eller i det bakomliggande direktivet. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att det ankommer 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). Vidare har den upphandlande myndigheten en stor frihet att avgöra om anbudsgivarens förklaringar ska anses tillräckliga för att anbudet ska antas (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 oktober 2013 i mål 2598-13).

Bolaget har gjort gällande att Hellsténs svar på Kommunens förfrågan avseende anbudspriset inte är relevant då företaget uppgett att *servicebil ingår och är inräknade i timpriset för maskin inklusive yrkesarbetare / maskinförare*.

Av handlingarna i målet framkommer att Kommunen i en förfrågan har bett Hellsténs om en förklaring till det låga priset i bl.a. position 25 (lätt lastbil) i prisbilagan. I sitt svar har Hellsténs anfört att företaget har lång erfarenhet av prissättning, kalkylering och avrop av tjänster av maskinentreprenad. Det har i sitt i anbud tagit hänsyn till de extra kostnader som position 25 kan medföra men att de ligger inräknade i övriga priser. Vidare har Kommunen

efter begäran fått bekräftat av Hellsténs att det offererade priset även gäller då Kommunen endast avropar en lätt lastbil självständigt och inte som en servicebil till andra maskiner.

Anbudsgivarnas offererade priser har avsett uppskattade volymer. Vidare har prisbilagan innehållit 39 antal poster som har offererats. Detta innebär att det finns ett utrymme till taktisk och konkurrenskraftig prissättning på det sätt Hellsténs har gjort. I fråga om Bolagets invändning att Hellsténs svar, avseende sättet lastbilen används på, inte är relevant, har Kommunen fått ett förtydligande från Hellstén som Kommunen har godtagit. Det har inte framkommit några skäl att ifrågasätta Kommunens godtagande. Därutöver framgår i målet att det vinnande anbudet är ca 8 procent lägre än Bolagets anbud avseende den totala anbudssumman. Det Bolaget har anfört i målet ger inte stöd för slutsatsen att det vinnande anbudet är så lågt att det inte ska anses vara allvarligt menat (jfr EU domstolens dom i mål C-599/10, *SAG ELV m.fl.*, jfr p 28-29).

Vad Bolaget har anfört kan därför inte anses utgöra tillräcklig bevisning för att anbudet ska bedömas som onormalt lågt. Något skäl att ingripa mot upphandlingen på grunden att det vinnande anbudet är onormalt lågt föreligger därför inte.

Teknisk kapacitet

Bolaget har gjort gällande att Hellsténs anbud har innefattat maskiner som företaget inte förfogar över samt att det i sitt anbud angett att möjligheten att anlita underleverantörer inte kommer att utnyttjas.

Kommunen avser att teckna ett ramavtal som omfattar maskintjänster (hyra av maskiner med maskinförare) inom transport och entreprenad som en komplettering till egna resurser. Av upphandlingsdokumentet framgår vilka

områden Kommunen redan har specifika avtal för och som därmed inte omfattas av upphandlingen. Enligt punkten 4.7 i upphandlingsdokumentet ska en prisbilaga fyllas i av anbudsgivaren. Det anges dock att *Angiven volym är uppskattad och avspeglar inte aktuellt behov*. Posterna i prisbilagan som anbudsgivarna ska offerera priser för avser bl.a. specifika maskintyper och tillbehör till dessa. I upphandlingsdokumentet finns det inget krav på att anbudsgivaren ska inneha specifika typer av entreprenadmaskiner eller att dess maskinpark ska vara av viss storlek. Däremot framgår avseende kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet, att anbudsgivaren *ska ha och för uppdraget avsätta tillräckliga resurser och tillräckligt kompetens för att kunna leverera efterfrågade tjänster*, jfr punkten 3.7 i upphandlingsdokumentet.

Kommunen har i en förfrågan till Hellsténs avseende teknisk kapacitet angivit att anbudsgivaren måste ha kapacitet att tillhandahålla en eller flera av de i prisbilagan efterfrågade maskinerna. Kommunen har sedan ställt frågan hur Hellsténs avser att uppfylla kravet på teknisk kapacitet med tanke på att dess maskinpark inte förfaller omfatta samtliga av de efterfrågade maskinerna. Hellsténs har i sitt svar angett att de i anbudskedet inte vet vilka tjänster samt i vilken omfattning Kommunen avser att köpa dessa och därvid hänvisat till att det i upphandlingsdokumentet framgått att angiven volym i prisbilagan är uppskattad. Vidare anges i svaret att avsikten är att använda den egna maskinparken men att med den nya informationen kan fortfarande kravet uppfyllas genom bl.a. UE (underentreprenörer). Två av dessa entreprenörer nämns sedan i svaret.

Det står klart att de angivna volymerna i prisbilagan varit uppskattade. De specifika maskinerna i prisbilagan utgjorde inte ett krav i upphandlingen men är likväl en indikation på vilka maskiner Kommunen kan komma att avropa. Det Kommunen angivit i förfrågan till Hellsténs kan utifrån det som framkommer i upphandlingsdokumentet avseende beskrivningen av uppdra-

get, kravet på teknisk kapacitet och angivna maskiner i prisbilagan inte anses utgöra ny information eller nya krav.

I Hellsténs svar framkommer att den tekniska kapaciteten delvis kommer att uppfyllas med hjälp av underleverantörer. Det är inte krav att anbusgivaren ska anlita underleverantörer, jfr punkten 3.2 i upphandlingsdokumentet. Däremot ges den möjligheten under förutsättningen att vissa uppgifter redovisas i anbudet, bl.a. underleverantörens namn. Det går inte att utläsa att anbudsgivare måste ange vilka maskiner en underleverantör ska kontrakteras för, men Kommunen har ställt kravet att anbudsgivaren ska ange vilken del av uppdraget som underleverantören ska utföra.

Enligt förvaltningsrättens mening kan Hellsténs svar inte vara ett förtydligande, en rättelse eller en tillåten komplettering. Svaret på förfrågan innebär därmed att Hellsténs ändrat sitt anbud genom att i svaret ange att underleverantörer kommer att användas i det fall Kommunen avropar en tjänst som Hellsténs inte kan leverera genom den egna maskinparken. Eftersom det enligt upphandlingsdokumentet varit ett krav att anbudsgivaren redan i anbudet ska lämna information om underleverantörer och det kravet inte är uppfyllt, har Kommunen agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att godta anbudet och tilldela Hellsténs avtalet. Bolaget, som har varit en kvalificerad anbudsgivare och som vid utvärderingen hamnade på andra plats, har därmed lidit skada på grund av detta (för kravet på bevisning på skada, se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 maj 2015 i mål nr 2805-14). Det finns därför skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU.

Med hänsyn till när överträdelsen skett under upphandlingsprocessen bedömer förvaltningsrätten att tillräcklig åtgärd är rättelse med innebörden att en ny utvärdering görs varvid anbudet från Hellsténs Bygg & Entreprenad i Eskilstuna AB inte ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D/LOU).

Mats Edsgården

Chefsrådman

Föredragande har varit Såma Kader.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 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.