



SÖKANDE

Echion Bygg AB, 559194-8269
Isafjordsgatan 32 c
164 40 Kista

MOTPART

Järfälla kommun
177 80 Järfälla

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-10-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Järfälla kommun genomför en upphandling benämnd ”Fönsterbyte Lundsolan, dnr TEN 2019/326”. Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Kommunen har den 29 maj 2019 beslutat att annan anbudsgivare än Echion Bygg AB (Echion) kommer att tilldelas avtal.

Echion ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att vinnande anbudsgivare (A1) och det anbud som fått andra plats i utvärderingen (A2) ska förkastas och att Echion ska tilldelas avtal. Bolaget anför bl.a. följande.

I det fall de inte tilldelas avtalet är den ekonomiska skadan omfattande då bolaget avsatt resurser för att planera, genomföra och följa upp projektet. Deras offerter för denna entreprenad avseende materialkostnader ligger på samma nivå som en av de tre största entreprenadbolagen i Sverige. A1 har offererat ett orimligt lågt pris avseende fast pris för entreprenad. För att styrka detta bifogar de sin egna kalkyl. Deras bedömning är inte subjektiv utan vilar på nettopriser kring material, gällande kollektivavtal och nödvändiga åtgärder för att skydda personal och entreprenad. A1:s offererade materialkostnad och den kalkylerade kostnaden för arbetsinsats, dvs antal uppskattade timmar, ligger under det som kan/bör förväntas som minimumnivå med krav på avtalsenliga löner samt åtgärder för säker arbetsplats. Det är inte heller en rimlig prissättning vid beaktande av lönsamhetskrav. Det torde därför vara så att A1:s anbud avseende material antingen ligger mycket högre än Echions förutsättning eller att det har prissatts med negativ marginal.

Kommunens bedömning om att anbudet är fullgott förutsätter att kommunen har full insyn i A1:s offerter. Bolaget vill i så fall se bevis på att det ligger

på en sådan nivå som ger A1 en vinst och möjlighet att överleva. De hade det lägsta anbudet fram till att det visade sig felaktigt då bolaget missat stora delar av omfattningen vilket ledde till ett reviderat pris. Deras offererade timpris ligger på en nivå med kollektivavtal och vinst som grund. De timpriser som avses i överprövningen syftar på ÄTA-priser och inte fortlöpande arbete. Det är vidare irrelevant om kommunen gjort en prisjämförelse med andra upphandlingar då varje anbud bedöms individuellt.

Även A2 har offererat ett orimligt lågt timpris vid händelse av ÄTA-arbeten. Av punkt 3.9.1.2 under rubriken "Montörer" i de administrativa föreskrifterna framgår att montörer offererade för uppdraget bl.a. ska ha minst två års erfarenhet av att arbeta som fönstermontörer. Av punkt 6.1 i samma föreskrifter framgår att entreprenören är skyldig att vidta åtgärder så att inte lag eller gällande svenska kollektivavtal för arbetet åsidosätts. Det framgår även att om entreprenören inte tecknat svenskt kollektivavtal ska ändå motsvarande villkor gälla för entreprenörens anställda. För yrkesarbetare med minst två års erfarenhet gäller enligt byggavtalet 2017 en grundlön om minimum 27 753 kr. Detta innebär en lönekostnad för företaget om 37 446 kr, vilket ger en timkostnad om 216,45 kr. A2 har i sitt anbud för ÄTA-arbeten offererat en timkostnad om 200 kr. I det fall anbudsgivaren vidhåller sin prissättning, innebär det att bolaget inte betalar avtalsenlig ersättning. Kommunen har inte tagit hänsyn till sina egna skrav avseende kollektivavtal gällande lönesättning.

Kommunen yrkar att förvaltningsrätten ska avslå bolagets begäran om ingripande av upphandlingen och anför bl.a. följande.

Av den utvärderingsrapport som bifogades tilldelningen framgår tydligt hur utvärderingen har gjorts och att den följer den utvärderingsmodell som anges i upphandlingsdokumentet. I krav AFC.34 i administrativa föreskrifter har kommunen under rubriken "Arbetsrättsliga villkor" angett

att ”entreprenören är skyldig att vidta åtgärder så att inte lag eller gällande kollektivavtal för arbete åsidosätts”. Kommunen har dock inte ställt något krav på lönesättning som ett unikt ska-krav.

Kommunen har genomfört en upphandling som följer lagstiftningen, de grundläggande principerna för offentlig upphandling och de förutsättningar som är fastställda i upphandlingsdokumentet. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra någon egen utvärdering av anbudet. Kommunen har gjort en prisjämförelse med de priser som kommunen erhållit i tidigare upphandlingar samt utgått från marknadspriser för fönster och då kunnat konstatera att priserna som A1 har offererat är låga men inte orimligt låga.

Echion har innan förhandlingen offererat det lägsta priset för ÄTA-arbeten av de anbudsgivare som kvalificerat sig till utvärderingen. Bolaget har offererat ett timpris om 350 kr medan A1 har offererat ett timpris om 480 kr. Kommunen anser inte att dessa priser är orimligt låga. Kommunen har därefter gått igenom samtliga priser för att säkerställa att dessa stämmer och att inga ytterligare kostnader skulle tillkomma. Efter förhandlingen har samtliga anbudsgivare erbjudits att revidera sina priser. A1 inkom med ett nytt lägre pris om 400 000 kr och Echion höjde sitt pris till 963 711 kr eftersom bolaget hade missat vissa kostnader i sin kalkyl.

Bolagets påstående om att A1:s anbud ligger under det som kan/bör förväntas som minimivå med krav på bl.a. avtalsenliga löner är ett antagande som bolaget själva har gjort. Hur Echion har gjort sin bedömning är vidare irrelevant och saknar grund i upphandlingen eftersom bolaget inte har full insikt eller kännedom om de grunder som ligger till grund för de kalkyler som övriga anbudsgivare har gjort för att kunna sätta pris i upphandlingen. Kommunen har under förhandlingen samt efter ansökan om överprövning ställt frågor via mail kring prissättningen som A1 har offererat. A1 har visat att kostnaderna för inköp av material har kunnat

sänkas, att bolaget har kostnadstäckning för fasta kostnader såsom lön etc. och vilken vinstmarginal som A1 förväntas få för uppdraget. Det svar som inkommit till kommunen har bedömts vara fullgott och styrker den bedömning som kommunen har gjort i samband med utvärderingen. Huruvida A1 kommer att göra en vinst i uppdraget är oväsentligt. Det finns vidare inget i LOU eller i EU-direktivet som hindrar en anbudsgivare att i den enskilda upphandlingen lämna ett pris som innebär en negativ marginal.

Eftersom A2 inte är i ett läge för att tilldelas kontrakt bemöts inte bolagets påstående i denna del. Echion har hamnat på tredje plats i utvärderingen och har inte visat på vilket sätt bolaget lidit skada eller riskerar att komma att lida skada till följd av de påstådda bristerna vid utvärderingen och A1:s offererade pris. Av upphandlingsdokumentet framgår även att ersättning för nedlagt arbete som har samband med anbudsgivningen inte utgår varför dessa resurser inte kan ligga till grund för ekonomisk skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av 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.

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 tillfredställande 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.

Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad Echion har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Echion har angett att de vill se bevis på att AI:s offerter ligger på en sådan nivå som ger AI vinst och möjlighet att överleva. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte finns något krav på att en anbudsgivare ska gå med vinst med anledning av de priser som offereras. Vidare anser förvaltningsrätten att bolaget inte har preciserat vilka specifika handlingar som bolaget vill se. Vid angivna förhållanden anser förvaltningsrätten att det inte finns skäl att vidta någon åtgärd med anledning av vad bolaget anfört i denna del.

Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om kommunen, mot bakgrund av vad Echion anfört, har handlat i strid med LOU och om detta i sådant fall har medfört att Echion har lidit eller kan komma att lida skada.

Echion har fått en tredje placering vid kommunens utvärdering av anbudet. Av upphandlingsdokumentet framgår att kommunen har för avsikt att teckna avtal med en anbudsgivare. Det krävs därför att förvaltningsrätten anser att det finns skäl för ingripande av upphandlingen, mot bakgrund av de

invändningar som framförts mot både A1:s och A2:s anbud, för att Echion ska anses ha lidit skada.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att en definition av begreppet onormalt lågt anbud varken finns i LOU eller i det bakomliggande direktivet. Den upphandlande myndigheten har en relativt stor frihet att, utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger, avgöra vad som ska anses vara ett onormalt lågt anbud (jfr HFD 2016 ref. 3, prop. 2015/16:195 s. 794 f. och 1115). Av praxis framgår att det i mål som det aktuella, där sökanden är en förlorande anbudsgivare som gör gällande att vinnande anbudsgivares anbud är onormalt lågt, är det sökanden som har bevisbördan för att anbudet förefaller vara onormalt lågt. Eftersom kommunen har en relativt stor frihet att avgöra vad som ska anses vara ett onormalt lågt anbud, måste det krävas att Echion förebringar förhållandevis stark bevisning till stöd för att anbudspriserna är att betrakta som onormalt låga (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 mars 2018 i mål nr 2895–2896-17).

Echion har bl.a. gjort gällande att kommunen inte har tagit hänsyn till de i upphandlingen ställda ska-krav avseende kollektivavtal vad gäller lönesättning. Av punkt AFC. 34 i de administrativa föreskrifterna framgår bl.a. följande; ”entreprenören är skyldig att vidta åtgärder så att inte lag eller gällande svenska kollektivavtal för arbetet åsidosätts. Om entreprenören inte tecknat svenskt kollektivavtal ska ändå motsvarande villkor gälla för entreprenörens anställda”. Förvaltningsrätten konstaterar att det av de administrativa föreskrifterna endast framgår att bl.a. svenska kollektivavtal för arbetet inte får åsidosättas. Förvaltningsrätten anser inte att detta innebär att varje del i de offererade anbuden automatiskt måste kunna täcka kostnaderna för lön i enlighet med kollektivavtal.

Echion har vidare anfört att A1 offererat orimligt lågt pris avseende fast pris för entreprenad. Bolaget hänvisar till sin egna kalkyl och anger att bedömningen baseras på bl.a. nettopriser kring material och gällande kollektivavtal. Echion anser därmed att A1:s anbud avseende material torde ligga mycket högre än bolagets förutsättning eller att det skett en prissättning med negativ marginal. Echion anser vidare att A2 har offererat ett orimligt lågt pris om 200 kr vid händelse av ÄTA-arbeten. Bolaget hänvisar till lägsta att grundlönen för montörer med minst två års erfarenhet enligt kollektivavtal (Byggavtal 2017) innebär en timkostnad om 216,45 kr. Eftersom A2 offererat en timkostnad om 200 kr vid händelse av ÄTA-arbeten anser Echion att anbudsgivaren offererat ett orimligt lågt pris.

Förvaltningsrätten anser att ett anbudspris som är lägre än minimumnivå enligt kollektivavtal per automatik inte innebär att det är ett onormalt lågt pris. Det är även tillåtet för anbudsgivare att pressa sina vinstmarginaler, eller till och med gå med förlust som ett led i en medveten strategi (jfr t.ex. EU-domstolens dom i de förenade målen C-147/06 och C-148/06, SEC AP och Santorso). Det finns därmed inget krav på att ett lämnat anbud ska leda till vinst för anbudsgivaren. Ett lågt pris är därmed i sig inte tillräckligt för att förkasta ett anbud.

En skyldighet att förkasta ett anbud inträder först när den upphandlande myndigheten har gjort bedömningen att ett anbud är onormalt lågt och leverantören inte förmått förklara anbudet på ett tillfredställande sätt (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom meddelad den 10 juli 2019 i mål 2993-18). Kommunen har i det aktuella målet vitsordat att A1:s anbud kan anses lågt. Kommunen har dock under bl.a. förhandlingen ställt frågor kring prissättningen som A1 har offererat och bedömt att prissättningen inte är onormalt låg. Detta har även bekräftats på nytt efter att ansökan om överprövning har getts in. Kommunen har dock inte bemött invändningarna gällande A2.

Förvaltningsrätten anser att Echion, mot bakgrund av vad som har anförts, inte har förmått visa att A1 och A2 har offererat onormalt låga priser. Detta då Echion endast hänvisat till att anbudspriserna inte kan täcka samtliga kostnader och ge vinst enligt bolagets egna beräkningar med utgångspunkt i bl.a. aktuella kollektivavtal. Den kalkyl som Echion har lämnat in till förvaltningsrätten till stöd för sina invändningar utgår från bolagets egna förutsättningar och kan inte användas som mått för andra anbudsgivare. Mot bakgrund av detta bedömer förvaltningsrätten att Echion inte har framfört omständigheter som visar att kommunen har handlat i strid med upphandlingsdokumentet, de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU med anledning av vad Echion har anfört. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Johanna Cervin-Ellqvist
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande juristen Narin Demirel 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 nyårs-afton, 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 avisar 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 rätts-tillämpningen.
- 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.

