



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2016-10-26
Meddelad i
Uppsala

Mål nr E
1522-16

SÖKANDE

Rosendal El AB, 556772-8208
Litslena Sneby 38
745 96 Enköping

MOTPART

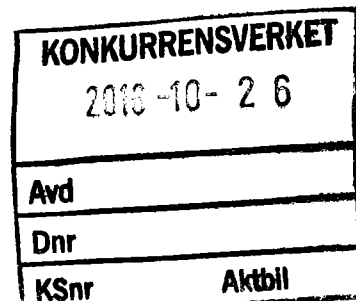
Enköpings kommun

Ombud:

Advokat Maria Pedersen
Advokat Ingrid Sandstedt
Jur.kand. Sofia Wedbäck
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 182300

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Enköpings kommun (kommunen) har genom ett förhandlat förfarande genomfört en upphandling benämnd "Ramavtal elentreprenader", dnr TF 2015/594. Kommunen har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbud från andra än Rosendal El AB (bolaget).

Rosendal El AB (bolaget) ansöker om överprövning av kommunens upphandling. Bolaget yrkar att kommunen ska begära in en förklaring till det onormalt låga anbudet från en anbudsgivare och att dennes anbud ska förkastas om inte en rimlig förklaring lämnas, alternativt att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Anbudsgivare nr 8 har lämnat ett pris som inte kan anses försvarbart. Det är ett onormalt lågt anbud som kan förkastas och upphandlande myndighet ska ta reda på varför en anbudsgivare lämnat ett sådant anbud.

Anbudsgivare nr 8 lämnar en timpeng på i 1 kr per arbetstimme för data/datatekniker. Med hänvisning till kollektivavtalad lägsta månadslön om 25 741 kr bör kommunen förkasta det lämnade anbudet för det fall att anbudsgivaren inte kan lämna en rimlig förklaring till det lämnade anbudet då det troligen inte är allvarligt menat. Enligt aktiebolagslagen ska företag drivas med vinst. Vidare har anbudsgivaren lämnat det näst högsta priset för elmontör, 465 kr per timme. De två offererade timkostnaderna är orealistiska och innebär en konkurrensfördel för anbudsgivaren, då viktningen totalt sett gett denne det lägsta priset, vilket inte kan anses vara tillämpligt i den dagliga verksamhetsutövningen. En upphandlande myndighet bör lägga stor vikt vid att offererade priser är realistiska eftersom de kan väntas tillämpas vid användningen av avtalet.

Av AFB.13 i förfrågningsunderlaget framgår att arbetet kan upphandlas som totalentreprenad alternativt som utförandeentreprenad. I en totalentreprenad ingår inte bara utförande av montage utan även projektering. Det framgår inte av anbudsformuläret huruvida timpriset för data/teletekniker ska innefatta projekteringsarbete eller vilken fördelning av antalet timmar mellan totalentreprenad/utförandeentreprenad som föreligger. Vilken typ av arbete som avses ingå i timpriset samt fördelningen mellan total- och utförandeentreprenad är relevant för timpriset. Vinnande anbud har satt en krona som timpris. Samtliga övriga anbudsgivare har satt över 300 kr per timme. Vinnande anbud är befintlig leverantör till upphandlande myndighet och kan antas sitta på mer information än övriga anbudsgivare om fördelningen mellan total- och utförandeentreprenad. Upphandlingen är då inte transparent. Vidare framgår det inte av förfrågningsunderlaget i AFA.121 på vilka grunder en antagen leverantör kan tacka nej till en jobbförfrågan. Vinnande anbudsgivare synes utgå ifrån att bolaget har en rätt att alltid tacka nej till teleteknikarbete och slipper då stå sitt pris. Om förfrågningsunderlaget kan tolkas så är det inte heller på denna grund transparent och i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget har rangordnats som nummer fyra i upphandlingen och riskerar att lida skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Kommunen har inte brutit mot LOU och inte heller har bolaget visat att det lidit eller skulle kunna komma att lida skada.

Kommunen har inte gjort bedömningen att det offererade priset är onormalt lågt och att det finns grund att utesluta anbudet. Även om förvaltningsrätten mot förmodan skulle anse att anbudet är onormalt lågt innebär det inte att kommunen måste förkasta anbudet. Bestämmelsen i 15 kap. 17 § LOU in-

nebär endast att kommunen får förkasta ett anbud. Bestämmelsen är inte tvingande. LOU innehåller inte något förbud mot att anta onormalt låga anbud.

Det finns heller inte enligt nuvarande praxis någon möjlighet för en missnöjd anbudsgivare att föra talan utifrån uppfattningen att en konkurrents anbud är så lågt att den upphandlande myndigheten ska förkasta det och att den upphandlande myndigheten därmed har gjort sig skyldig till ett upphandlingsrättsligt fel genom att inte göra det (se Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 28 augusti 2013 i mål nr 17960-13 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 2 juli 2009 i mål nr 1247-09).

Bolaget har anfört att det inte framgår om timpriset för data/teletekniker ska innefatta projekteringsarbete eller vilken fördelningen är av antalet timmar mellan utförandeentreprenad/totalentreprenad. Det kan dock inledningsvis konstateras att det som skiljer en utförandeentreprenad från en totalentreprenad inte är priset för olika typer av arbetare utan det som skiljer är vem som ska stå för projektering. Kostnader för olika typer av arbetare skiljer sig typiskt sett inte åt beroende på om det är en utförandeentreprenad eller totalentreprenad. Av AFA.13 framgår att projektörer anges vid avrop vid respektive beställning. Det står därför klart att projektering inte ingår i timpriset för data/teletekniker. I AFB.13 har kommunen angett hur uppdelningen mellan utförandeentreprenad och totalentreprenad kommer att göras. Av AFB. 14 följer att projektering debiteras löpande. Bolaget har självt uppfattat de administrativa föreskrifterna på detta sätt. Om projektering hade varit en del av timpriset hade bolagets anbud varit betydligt högre. Bolaget har även i tidigare upphandlingar och kontraktsförhållanden uppfattat de administrativa föreskrifterna på detta sätt.

Bolaget anför även att det inte framgår i AFA.121 på vilka grunder en antagen leverantör kan tacka nej till en jobbförfrågan. Bolaget anför vidare att

det synes som att vinnande anbudsgivare utgår från att bolaget har en rätt att tacka nej till en teletekniker och då slipper att stå för sitt pris. Det är oklart vad detta skulle ha för relevans i nu förevarande fall eftersom det endast är en spekulation från bolagets sida.

Av annonsen i upphandlingen framgår att anbudena ska vara giltiga t.o.m. den 19 april 2016. Med anledning av överprövningsprocessen var det inte möjligt att teckna avtal före den 19 april 2016. Av den anledningen skickade kommunen den 15 april 2016 ut en förfrågan om anbudsgivarna kunde förlänga sitt anbuds giltighetstid. Bolaget inkom dock inte med något svar den 19 april 2016 utan först den 20 april 2016, dvs. efter att anbudens giltighetstid löpt ut.

Ett anbuds giltighetstid måste förlängas under den tid det är giltigt och sker inte förlängning då är det inte längre möjligt att teckna avtal med den aktuella leverantören. Eftersom kommunen inte längre kan teckna avtal med bolaget kan bolaget inte heller lida skada av den påstådda överträdelsen mot LOU. Av Högsta förvaltningsdomstolens dom i HFD 2011 not 70 följer även att en leverantör som inte förlänger sitt anbuds giltighetstid går miste om möjligheten att föra talan i en överprövningsprocess.

Bolaget genmäler och anför i huvudsak följande.

Enligt andra mål har man dömt att ett anbud åter kan vara giltigt även om förlängningen inkommit senare än sista giltighetsdagen (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4963-09). I bolagets fall var anbudet ogiltigt i ungefär 12 timmar och anledningen till sent svar var att svarstiden endast var två dagar under vilken beslutsfattare på bolaget var sjuk.

Bolaget önskar att förvaltningsrätten ska avgöra huruvida 1 kr per timme för tekniker kan vara godtagbart eller ej. Enligt bolagets uppfattning har man

inte för avsikt att fullgöra sina uppdrag om man lämnat pris på detta sätt. Vinnande anbud har ett av de dyraste timpriserna för elmontör och ett pris som inte ens täcker avlöning för en data/teletekniker, medan alla andra anbudsgivare har lämnat sunda priser på både elmontör och data/teletekniker.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska ta ställning till om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av vad bolaget anfört.

Bolaget har anfört i första hand att den vinnande anbudsgivarens anbud bör förkastas eftersom det är onormalt lågt och i andra hand att upphandlingen bör göras om eftersom förfrågningsunderlaget är oklart. Kommunen har dels invänt att bolagets anbud inte kan antas eftersom det inte förlängt sin anbudstid i rätt tid, dels att kommunen inte haft någon skyldighet att förkasta det vinnande anbudet, dels att förfrågningsunderlaget varit transparent.

Anbudstidens förlängning

Inledningsvis måste prövas vilken betydelse det har att bolagets förlängning av anbudstiden kom in en dag efter den ursprungliga anbudstidens utgång.

Frågan om anbudstidens giltighet är främst av civilrättslig natur (jfr RÅ 2008 not 26). Upphandlande myndighet är dock skyldig att iaktta de upphandlingsrättsliga principerna vid förfaranden rörande förlängning av anbudstid. Om myndigheten t.ex. erbjuder vinnande anbudsgivare att förlänga anbudstiden är myndigheten enligt förvaltningsrättens uppfattning också skyldig att erbjuda de andra anbudsgivarna detsamma (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 22 november 2011, mål nr 4625-11).

Eftersom det är en civilrättslig fråga mellan parterna synes det inte föreligga något absolut hinder för kommunen att godta bolagets för sent inkomna förlängning av anbudet. Med hänsyn till den mycket korta svarstiden och bolagets ringa dröjsmål kan istället ifrågasättas om inte likabehandlingsprincipen hade krävt att förlängningen godtagits. Om en upphandlande myndighet avser att fullfölja upphandlingen och skickar begäran om förlängning med så kort svarstid, ligger nämligen i sakens natur att myndigheten antingen får antas vara beredd att godkänna ett för sent inkommet svar från den av myndigheten utsedde leverantören eller genom påstötningar eller dylikt kommer att säkerställa att denne hinner inkomma med svar i tid. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att den sent inkomna förlängningen inte som sådan bör hindra bolaget från att vara en möjlig leverantör. Förvaltningsrätten anser, till skillnad från kommunen, inte att det följer av HFD 2011 not 70 att det skulle föreligga ett hinder för bolaget att föra talan i den här uppkomna situationen.

Frågan om bolagets ställning genom den sent inkomna förlängningen har betydelse för bolagets möjlighet att få prövat sin begäran om rättelse. Däremot har frågan om förlängningen enligt förvaltningsrättens uppfattning ingen betydelse för bolagets möjlighet att få prövat sitt klagomål på förfrågningsunderlaget, eftersom fel i förfrågningsunderlaget leder till att upphandlingen måste göras om snarare än att sökanden kan tilldelas kontrakt (jfr även Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 juni 2012, mål nr 5010-12, dock med annorlunda förutsättningar).

Onormalt lågt anbud

Det kan inledningsvis konstateras att kommunen har fog för sin inställning att det inte föreligger någon skyldighet för upphandlande myndighet att pröva om ett anbud är onormalt lågt. I 15 kap. 17 § LOU anges att en upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt, men att anbudet får förkastas först sedan myndigheten skrift-

ligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar. Det följer av regelns ordalydelse att det är fråga om en ensidig rättighet, men inte skyldighet, för den upphandlande myndigheten att förkasta ett anbud såsom onormalt lågt. Detta har också bekräftats i vägledande avgöranden (se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 2 juli 2009 i mål nr 1247-09). Bolagets talan kan därför inte bifallas på denna grund varför det inte kan bli aktuellt med rättelse.

Regeln att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att pröva om ett anbud är onormalt lågt kommer att förändras genom ny lagstiftning och nytt direktiv (se artikel 69, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG). Ikraftträdandet anges till den 18 april 2016. Eftersom upphandlingen har påbörjats före den 18 april 2016 behöver inte förvaltningsrätten ta ställning till om direktivets bestämmelse har direkt effekt, eftersom direktivet inte hade trätt ikraft (se direktivets artikel 90.1) vid tidpunkten för upphandlingens påbörjande (se bl.a. EU-domstolens avgöranden mål C-576/10 kommissionen mot Nederländerna punkterna 52 och 53 samt C-337/98 kommissionen mot Frankrike punkterna 41 och 42).

Förfrågningsunderlagets transparens

Bolaget har även anfört att förfrågningsunderlaget brister i transparens. Bolaget kan, oavsett om anbudets giltighetstid förlängts eller inte, enligt förvaltningsrättens uppfattning i princip få till stånd ett ingripande mot upphandlingen med anledning av fel i förfrågningsunderlaget eftersom fel i förfrågningsunderlaget leder till att upphandlingen måste göras om snarare än att sökanden kan tilldelas kontrakt (jfr även Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 juni 2012, mål nr 5010-12, dock med annorlunda förutsättningar). Det är inte heller nödvändigt att ha lagt ett anbud för att kunna klaga på förfrågningsunderlaget. Frågan är då om bolaget visat att det föreligger en så-

dan oklarhet i förfrågningsunderlaget att det finns anledning för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen.

Bolaget har gjort gällande dels att det finns en oklarhet i prissättningen genom att arbetet upphandlas såsom antingen totalentreprenad eller utförandeentreprenad, dels genom att vinnande anbudsgivare synes utgå från att denne har en rätt att alltid tacka nej till teleteknikarbete.

När det gäller frågan om det föreligger oklarhet i prissättningen genom att arbetet upphandlas såsom antingen totalentreprenad eller utförandeentreprenad har kommunen lämnat en förklaring om debiteringen med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget. Bolaget har inte haft något att invända mot kommunens förklaring. Förvaltningsrätten gör bedömningen att det inte framgår att det skulle föreligga en sådan oklarhet i denna fråga att det skulle motivera ett ingripande i upphandlingen. När det gäller frågan om den vinnande anbudsgivaren skulle ha fog för att utgå från att denne kan tacka nej till teleteknikarbete anser förvaltningsrätten att det inte visats att det skulle föreligga ett sådant förhållande.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten har funnit att bolaget, trots sent inkommen förlängning av anbudets giltighetstid, kan föra talan mot upphandlingen. Det föreligger dock ingen skyldighet för kommunen att förkasta ett anbud som är onormalt lågt. Det har inte heller visats att det föreligger oklarhet i förfrågningsunderlaget. Eftersom det inte visats att det förelegat något fel i upphandlingen, som bolaget skulle kunna lida skada av, ska ansökan avslås.

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

Per-Erik Nistér

f.d. rådman

Målet har handlagts av föredraganden Carl Martin Gölstam.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.