



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM

2018-04-16

Meddelad i Växjö

Mål nr
5221-17

SÖKANDE

Elservice Strömsnäsbruk-Markaryd AB, 556724-8561
Box 106
285 23 Markaryd

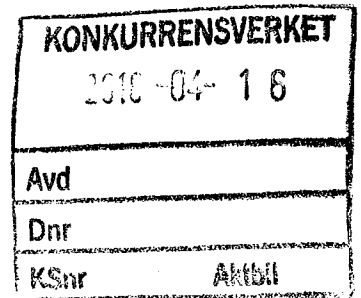
MOTPARTER

1. Markaryds kommun
Box 74
285 22 Markaryd

2. Mjäryds Elmontage AB
Mjäryd 1327
287 91 Strömsnäsbruk

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras vid vilken anbudet från Mjäryds Elmontage AB inte ska beaktas.

Dok.Id 172713

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Markaryds kommun genomför en upphandling av ramavtal avseende elservice, dnr KS 2017/353.052. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling enligt lagen om offentlig upphandling och ramavtal ska tecknas med tre leverantörer. Av tilldelningsbeslutet daterat den 18 december 2017 framgår att Markaryd kommun beslutat att med följande rangordning anta anbuden från 1. El Aktiebolaget Johansson och Sparf, 2. Mjäryds Elmontage AB (Mjäryd), 3. Elservice Strömsnäsbruk-Markaryd AB (bolaget).

Bolaget yrkar att Mjäryds anbud ska förkastas då anbudet är onormalt lågt vad gäller anbudspris 2.8 c samt inte uppfyller kraven i punkten 2.8f.

Markaryds kommun anser att ansökan ska avslås. Ingen av de grundläggande principerna för offentlig upphandling har trätts för när.

VAD PARTERNA ANFÖR*Bolaget*

Mjäryd har avseende anbudspriset i 2.8f angett ett entreprenörsarvode på 10 procent. Enligt anbudsformuläret står det klart och tydligt max 8 procent i påslag. Detta innebär att Mjäryds inte uppfyller kraven enligt anbudsformuläret. Detta kan inte på något vis misstolkas utan det är väldigt tydligt.

16 kap. 7 § LOU reglerar tydligt hur anbud med onormalt låga priser ska hanteras. Detta har inte skett och Mjäryds anbud ska därför diskvalificeras. Avseende anbudspris 2.8c så har Mjäryd angett ett timpris/lärling på 75 kr/tim. Enligt elinstallationsavtalet gäller en lägsta lön på 82 kr/tim. Enligt ABT 06 § 9 ska samtliga kostnader för uppdraget ingå. Det betyder att det

timpris som Mjäryd angivit ger ett kraftigt minusresultat eller att man med stora marginaler inte kommer att följa den fackligt utarbetade lägsta lönen. Anbudspriset är därför onormalt lågt. Dumpningen av lärlingspriset har en direkt avgörande effekt på rangordningen. Konsekvenserna är stora med att vara på tredje plats istället för andra plats. Antal uppdrag till nummer tre kommer att vara mycket begränsade då både nummer ett och två måste tacka nej först.

Kommunen

Avseende anbudspris punkten 2.8f får enligt upphandlingsdokumentet entreprenörsarvodet vara max 8 procent i kommande avtal. Om anbudsgivare angett högre påslag har detta rättats av kommunen vid utvärdering. Anbudsgivarens åtgärd får således anses som en sådan uppenbar felskrivning eller annat uppenbart fel som kommunen kunnat rätta. Även om kommunen inte vidtagit någon rättelse har detta inte föranlett någon förändring då prisuppgiften inte ingått i eller påverkat utvärderingen. Antagna leverantörer kommer inte att få debitera mer än 8 procent entreprenadpåslag enligt ABT 06 kap 6 § 9 punkt 8b i kommande avtal.

Avseende anbudspriset i punkten 2.8.c så har kommunen inte angett någon nedre gräns för timpris för lärlingar. Något onormalt lågt anbud föreligger därför inte från Mjäryd och det saknas således grund för att ifrågasätta anbudets seriositet. Bolaget uppger att Mjäryds timpris för lärling inte motsvarar lägsta lön. Lön för lärling är inte samma sak som vad som godtas ur debiteringshänseende. Vilken lönsamhet ett företag åtnjuter vid en specifik offererad prisbild får vara respektive företags egen angelägenhet. Mjäryd bedöms ha en stabil och stark ekonomisk ställning. Deras anbud kan inte bedömas vara annat än seriöst menat. Vid en diskvalificering av Mjäryds anbud kan klaganden endast nå rangordning 2 och inte rangordning 1. En förändrad rangordning som kan uppnås utefter klagandens yrkanden torde erfarenhetsmässigt erhålla lika antal uppdrag för klaganden.

Mjäryd

Vad gäller påslaget för entreprenörsarvode, punkten 2.8f, så är denna inte med i utvärderingen. Rangordningen förändras därför inte. Avseende punkten 2.8c är det rimligt att debitera 75 kronor per timme. Det innebär dock inte att lärlingarna inte skulle ha avtalsenliga löner. Mjäryd är ansluten till installatörsföretagen vilket innebär att företaget följer de avtal som gäller.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET*Utgångspunkter för prövningen*

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll av om det utifrån de omständigheter sökanden anfört, finns grund att ingripa mot upphandlingen. Den part som gör gällande att fel begåtts ska på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter som talan grundar sig på (se RÅ 2009 ref 69).

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har 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.

Fråga om onormalt lågt anbud

Bolaget gör först gällande att timpriset för lärling är onormalt lågt och att kommunen inte har iakttagit de procedurregler som följer av 16 kap. 7 § LOU.

I fråga om s.k. onormalt låga anbud ska en upphandlande myndighet enligt 16 kap. 7 § LOU begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden, om anbudet förefaller vara onormalt lågt. Myndigheten ska därefter förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. En upphandlande myndighet 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.

Av lagens förarbeten (se prop. 2015/16:195 s. 794 f) framgår att syftet med bestämmelsen är att tydliggöra att upphandlande myndigheter har en skyldighet att begära en förklaring till anbud som förefaller onormalt låga, samt att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att se till att en upphandling är effektiv i den meningen att de ska säkerställa att leverans kan ske i enlighet med kontraktet. Det framgår även att det är den upphandlande myndigheten som utifrån omständigheterna i det enskilda fallet ska avgöra vad som förefaller vara ett onormalt lågt anbud (a.a. s. 1114 f).

Av lagens förarbeten och av syftet med bestämmelsen om onormalt låga anbud framgår att det är myndigheten som ska avgöra om ett pris förefaller onormalt lågt. Mot bakgrund av det anser förvaltningsrätten att det inte finns anledning att ifrågasätta kommunens bedömning av anbudets ekonomiska rimlighet. Förvaltningsrätten anser därför att kommunen inte haft någon skyldighet att begära in en förklaring till det angivna priset.

I samma fråga gör bolaget även gällande att Mjäryds timpris för lärlingar inte följer elinstallationsavtalet. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att det angivna timpriset som Mjäryd angett i anbudet utgör det pris som debiteras kommunen. Timpriset saknar, såvitt framkommit och så som kommunen framhåller, helt koppling till de skyldigheter som leverantören har rent arbetsrättsligt gentemot sina arbetstagare. Mjäryd uppger också att företaget är ansluten till installatörsföretagen och att företaget följer de avtal som gäller. Det har därmed inte framkommit att anbudet är onormalt låg på grund av att det inte uppfyller skyldigheterna ur miljö-, social- eller arbetsrättsligt hänseende. Någon skyldighet för kommunen att förkasta det aktuella anbudet har därmed inte förelegat. Kommunen har således inte agerat i strid med 16 kap. 7 § LOU. Det saknas därför skäl att på denna grund ingripa mot upphandlingen.

Fråga om obligatoriskt krav

Bolaget gör vidare gällande att Mjäryd inte uppfyller kravet i punkten 2.8f avseende entreprenörsarvode.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet.

I HFD 2016 ref. 37 fastslogs att upphandlande myndigheter inte kan förbise leverantörers bristande kravuppfyllelse med hänvisning till proportionalitetsprincipen ens om kravet är av ringa betydelse. Om en upphandlande myndighet under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling. Överväger myndigheten att avvika från ett obligatoriskt krav genom att

godta ett anbud som inte uppfyller kravet har myndigheten vissa möjligheter att tillåta eller begära komplettering eller förtydligande av lämnade anbud, förutsatt att det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömer att dessa bestämmelser inte ger utrymme för en komplettering, är det i princip inte möjligt att godta ett sådant anbud.

Av förfrågningsunderlaget under punkten 2.8. anbudspris framgår följande.

Avseende ABT 06 kap. 6 § 9 punkterna 1 och 5 ersätts kostnader för varor och material resp ev underentreprenör med av entreprenören verifierade självkostnader.

f. Ange påslag (max 8 %) för entreprenörarvode i % enligt ABT 06 kapitel 6 § 9 punkt 8 b.

Även om förfrågningsunderlaget avseende påslaget för entreprenörsarvode kunde ha varit utformat på ett tydligare sätt så finner förvaltningsrätten, utifrån hur punkten 2.8 och 2.8.f är utformade, att angivna procentsatser utgör ett uppställt obligatoriskt krav på hur hög procentsats som accepteras. Genom att Mjäryd offererat en procentsats som överstiger den angivna procentsatsen i förfrågningsunderlaget har Mjäryd inte uppfyllt ovanstående obligatoriska krav.

Kommunen lämnar som förklaring att om en anbudsgivare har angett högre påslag så har detta rättas av kommunen vid utvärderingen då felet är en uppenbar felskrivning. I 4 kap. 9 § första stycket LOU anges att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören.

Av utvärderingsprotokollet framgår att Mjäryds anbud har ett påslag om 10 procent avseende entreprenörsarvodet. Förvaltningsrätten finner att kommunen således har utvärderat ett anbud som inte uppfyller det ställda

kravet på max 8 procent påslag. Kommunen har genom att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga uppställda krav brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Fråga är herefter om bolaget lidit eller kan komma att lida skada till följd av överträdelsen.

Kommunen anser att bolaget inte har lidit skada då bolaget endast kan nå rangordning två vid en diskvalificering av Mjäryds anbud. Bolaget å sin sida menar att antalet uppdrag som går till nummer tre kommer att vara mycket begränsade.

I praxis har leverantörer som tilldelats kontrakt inom ett ramavtal ansetts lida skada när en överträdelse medfört att en leverantör kan tänkas hamna i en sämre position i förhållande till kontraktstilldelningen än vad som annars hade varit fallet.

Av förfrågningsunderlaget under punkten 2.7 tilldelning av uppdrag framgår följande.

1. För tilldelning av uppdrag inom serviceområdet med värde upp till 400 000 SEK exkl moms kommer fastställd rangordning mellan ramavtalsentreprenörerna att gälla.
2. För tilldelning av uppdrag mellan 400 001 – 1 000 000 SEK exkl moms kommer förnyad konkurrensutsättning att tillämpas mellan de av beställaren antagna ramavtalsentreprenörerna.
3. För tilldelning av uppdrag över 1 000 000 SEK exkl moms har beställaren rätt att fritt konkurrensutsätta uppdraget på marknaden.

I det fall entreprenör med bästa rangordning under punkt 1 ovan tackar nej till ett uppdrag, går förfrågan vidare till leverantör med näst bästa rangordning osv.

Förvaltningsrätten konstaterar att vid avrop under ett värde på 400 000 kronor kan förfrågan gå vidare till leverantör med fallande rangordning. Bolaget riskerar därmed, genom att ha hamnat i en sämre position, att inte tilldelas avropskontrakt. Bolaget har härigenom lidit eller kan komma att lida skada till följd av att Mjäryds anbud har utvärderats trots att anbudet inte uppfyller alla obligatoriska krav. Överklagandet ska därför bifallas och en ny utvärdering ska genomföras där Mjäryds anbud inte ska ingå.

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

Per Hansson
rådman

Föredragande: Tove Engelkes



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.

