



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 32

DOM
2018-03-12
Meddelad i Stockholm

Sida 1 (10)

Mål nr
25238-17

SÖKANDE

Arbetskydd Express Int. AB, 556873-6952

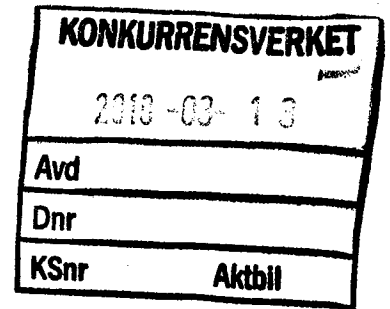
Ombud: Sten Lövrup och André Prentell
Jansson & Norin AB
Kungsporsavenyen 18
411 36 Göteborg

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska rättas avseende anbudsområdena 1a, 1b och 1c genom att AE med en korrekt tillämpning av förfarandet i 12 kap. 3 § LOU ges tillfälle att förklara sitt anbud.

Dok.Id 941729

| | | | | |
|-------------------|---------------------|--|----------------|------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 | 08-561 680 01 | måndag–fredag 08:00–16:30 |
| | | E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se | | |
| | | www.domstol.se/forvaltningsratt | | |

YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en upphandling av ramavtal avseende yrkeskläder och skor, dnr 2016-2. Upphandlingen är uppdelad i sammanlagt nio anbudsområden. Vid upphandlingen tillämpas ett öppet förfarande enligt 4 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Förhandsannons om upphandlingen skickades ut den 22 december 2016 och tilldelningsbeslut meddelades den 20 oktober 2017. Av beslutet framgår att Arbetsskydd Express Int. AB (nedan AE) fått sitt anbud förkastat på grund av bristande kravuppfyllelse.

AE ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud tas upp till prövning och att en ny utvärdering sker avseende områdena 1a, 1b och 1c. I andra hand yrkas att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Till grund för ansökan har AE anfört bl.a. följande. Prövningen av anbud har inte skett på det sätt som angivits i underlaget och detta har lett till att AEs anbud felaktigt förkastats. SKI har förkastat AEs anbud utan att ha fog för detta. AE uppfyller samtliga krav i upphandlingen, har lämnat anbud helt i enlighet med i anbudet angivna förutsättningar och har lämnat in samtliga de förklaringar och förtydliganden som SKI krävt. Det sätt på vilket man begärt förtydligande/komplettering strider mot förfrågningsunderlaget samt LOU. Om inte AEs anbud felaktigt förkastats hade bolaget tilldelats ramavtal i upphandlingen och är därför skadelidande.

SKI anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Det sätt SKI genomfört upphandlingen på har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. Förfrågningsunderlaget är utformat på ett transparent sätt och alla anbudsgivare har haft möjlighet att lämna anbud på lika villkor. AE riskerar därför inte att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Såsom angivits ovan genomför SKI en ramavtalsupphandling avseende yrkeskläder och skor. Av de administrativa kraven för upphandlingen följer att anbudsgivare ska lämna ett bruttopris för de varor som offereras i upphandlingen. Av punkten 2.11.1 tredje stycket i de administrativa kraven framgår följande:

Angivet bruttopris ska vara anbudsgivarens verkliga priser, dvs. bruttopriset ska inte vara framtage[t] för denna upphandling. Om SKI misstänker att bruttopriset är framställt för denna upphandling kan SKI komma att verifiera anbudsgivarens priser.

AE har fått sitt anbud förkastat på grund av att SKI funnit att bolaget inte uppfyllt kravet på att lämna verkliga priser.

Till grund för ansökan om överprövning har AE bl.a. anfört att SKI brutit mot förfarandebestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU när bolagets anbud uteslöts. AE har i denna del anfört bl.a. följande. SKI har angivit att anbudsgivarnas bruttopris ska vara deras verkliga priser och anbudsgivarna är dessutom tvungna att intyga att detta krav uppfylls för att kunna lämna anbud. SKI anger även att om myndigheten misstänker att bruttopriset är framställt för upphandlingen så kan den komma att verifiera anbudsgivarens priser. SKI anger även att myndigheten kan komma att begära in motivering till priser samt att de kan komma att förkasta anbudsgivare som lämnat "oskäligt låga priser i enlighet med bestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU" om de inte anser att eventuell förklaring är godtagbar. När SKI slutligen har genomfört sin utvärdering så verkar de ha sammanblandat dessa båda skrivningar och helt plötsligt begärt "förklaringar till låga priser pga. misstanke att detta inte är era verkliga bruttopriser". I underlaget framgår dock ingenstans att detta är någonting som SKI vare sig har möjlighet eller

rättighet till att göra. SKI har rätt att "verifiera" anbudsgivarens priser. En sådan verifiering borde rimligtvis ske genom att någon typ av objektiva kriterium som visar att priserna de facto är "verkliga". Om SKI anser att priserna är onormalt låga så bör de begära en förklaring av detta, om de vill verifiera bruttopriserna ska de göra detta. SKI har ingen möjlighet att göra den typ av "fria bedömningar" som de nu gjort. Om det SKI avsåg göra var att kräva förklaringar av det som de ansåg var onormalt låga anbud, skulle de förtydligat detta i sitt utskick och då dessutom krävt förklaringar som skulle visa att så inte var fallet. Så som förtydligandet varit utformat kan det inte anses vara att likställa med en begäran om förtydligande avseende onormalt låga anbud i enlighet med 12 kap. 3 § LOU. SKIs metod för att slippa de höga beviskrav som ställs på en upphandlande myndighet vid förkastande enligt 12 kap. 3 § LOU verkar vara att göra en "förtäckt" bedömning av "onormalt låga anbudspris" och istället kalla detta för en "verifiering" av att ett absolut krav uppfyllts. EU-domstolen har dock tydligt markerat att när det gäller förtydliganden av onormalt låga anbudspriser så ska anbudsgivare som misstänks för detta få möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt göra sin ståndpunkt gällande genom att lämna alla förklaringar till de olika delarna av sitt anbud. Anbudsgivarens rätt att förtydliga sitt anbud innebär att den upphandlande myndigheten inte ska kunna fatta godtyckliga beslut. För att detta krav ska anses uppfyllt måste den upphandlande myndighetens begäran vara "tydligt formulerad", så att anbudsgivaren förstår på vilket sätt myndigheten uppfattar anbudet som onormalt lågt. SKIs begäran är vag och otydlig och kan därför inte anses uppfylla kraven på likabehandling och transparens.

SKI har i denna del anfört bl.a. följande. LOU innehåller inga specifika krav på hur upphandlingsdokument ska utformas. Som huvudregel har den upphandlande myndigheten därför stor frihet att själv utforma sin upphandling och bestämma vilka krav som ska ställas. Även upphandlingsdokument som inte är optimalt utformade godtas under

förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när. En upphandlande myndighet är också normalt oförhindrad att själv bestämma om och hur en anbudsgivare ska visa att kraven är uppfyllda, så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas. Kravet på att bruttopriserna inte ska vara framtagna för upphandlingen är tydligt angivet i förfrågningsunderlaget. Kravet syftar till att SKI ska få en rättvisande bild av prisnivån mellan inkomna anbud då dessa utvärderas. Av den redogörelse för kravet och syftet med den som AE själv lämnat i ansökan framgår också att bolaget varit väl medvetet om kravet och förstått dess innebörd. Enligt SKI är det tydligt att kravet i upphandlingen och bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU avser helt olika situationer. SKI har heller inte sammanblandat dessa vid utvärderingen av AEs anbud. För det första är kravet i avsnitt 2.11.1 och 12 kap. 3 § LOU inte utformade på samma sätt. Syftet med respektive reglering är dessutom helt olika. Medan kravet i upphandlingen alltså rör prissättningen och utvärderingen av priserna i inkomna anbud, är avsikten med bestämmelsen i LOU att en upphandlande myndighet inte ska behöva ingå avtal med leverantörer vars priser är så låga att det finns risk för att leverantören inte kommer att kunna leverera i enlighet med anbudet eller kommer att begära ytterligare ersättning. 12 kap. 3 § LOU kan i detta avseende beskrivas som en skyddsregel för upphandlande myndigheter. Det kontradiktoriska förfarande som måste föregå en uteslutning enligt bestämmelsen skyddar sedan en anbudsgivare från den upphandlande myndighetens godtycke. SKI har inte lagt AEs anbud åt sidan för att bolagets bruttopriser varit onormalt låga i den mening som avses i 12 kap. 3 § LOU. Anbudet har istället förkastats eftersom att SKI anser att kravet i avsnitt 2.11.1 inte är uppfyllt. Det framgår också av upphandlingsprotokollet. Att upphandlande myndigheter dessutom har rätt att ställa krav som rör prissättningen i ett anbud framgår tydligt av den kammarrättspraxis som rör användandet av golv- och takpriser.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Frågan i målet är om kravet på att en anbudsgivare ska offerera sina verkliga priser i aktuellt fall utgör en prövning av om anbudet är orimligt lågt och om SKI därför skulle ha tillämpat bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU och förfarandebestämmelserna som återfinns däri.

Av 12 kap. 3 § LOU följer att en upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. Bestämmelserna avser att förebygga att myndigheter ingår kontrakt när det finns en inte obetydlig risk för att leverantören inte kommer att utföra arbetet – eller delar av det – i enlighet med kontraktet (se HFD 2016 ref. 3 I). Av EU-domstolens praxis kan vidare utläsas att bestämmelsen syftar till att säkerställa att leverantörer lämnar anbud som är allvarligt menade (jfr EU-domstolens dom i SAG ELV Slovensko, C-599/10, p. 29 och 31).

Såsom ovan angetts följer det av kravet i 2.11.1 i förfrågningsunderlaget att en anbudsgivare ska ange sina verkliga priser. Av samma punkt följer vidare att SKI kan komma att verifiera anbudsgivarens priser om myndigheten finner anledning att anta att anbudsgivaren inte uppfyller kravet på verkliga priser. Av sista stycket samma punkt följer vidare att SKI kan komma att begära in motivering till de priser som lämnats i anbudet. Om SKI inte anser att eventuell förklaring är godtagbar äger SKI rätt att förkasta anbudsgivare som lämnat oskäligt låga priser i enlighet med bestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU.

Av utredningen i målet framgår vidare att SKI har skickat ett meddelande till AE där myndigheten begär att bolaget skriftligen förklarar hur det uppfyller kravet i 2.11.1 i förfrågningsunderlaget. Grunden för SKIs

begäran är att myndigheten vid en jämförelse av priserna i bolagets anbud funnit att vissa angivna bruttopriser ligger på en avsevärt mycket lägre nivå än för motsvarande produkter i bolagets övriga sortiment.

Enligt förvaltningsrättens bedömning talar det faktum att SKI i förfrågningsunderlaget kopplat kravet på verkliga priser till bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU för att det aktuella kravet syftar till att motverka onormalt låga anbud. Denna bedömning stöds även av det faktum att SKI i viss mån tillämpat ett sådant kontradiktoriskt förfarande som föreskrivs i samma bestämmelse inför uteslutningen av AEs anbud.

Av utredningen i målet framgår vidare att SKI vid sin utvärdering av om AE lämnat verkliga bruttopriser gjort en jämförelse med övriga i anbudet förekommande prisnivåer. I sitt yttrande till förvaltningsrätten har SKI även betonat det faktum att de utpekade bruttopriserna i AEs anbud är så låga att de inte kan vara deras verkliga. Enligt förvaltningsrättens bedömning talar dessa omständigheter för att SKI genom att ställa upp kravet på verkliga bruttopriser sökt undvika att kontrakt tecknas med anbudsgivare vilka lämnat orimligt låga anbud.

Till stöd för denna bedömning talar även den omständigheten att SKI i sitt yttrande till domstolen angett att anledningen till AEs låga bruttopriser sannolikt är att *"bolagets anbud ska erhålla en anbudssumma som lämpar sig väl för utvärderingen, men som i själva verket säger mycket lite om den totala kostnadsbilden för de upphandlande myndigheter som ska nyttja ett ramavtal med AE"*. Enligt förvaltningsrättens bedömning delar denna situation stora likheter med omständigheterna i Högsta förvaltningsdomstolens ovan angivna mål. I det fallet hade anbudsgivare på olika sätt lämnat strategiskt låga, och till och med negativa, anbudspriser inom vissa positioner vilket gav bolagen utrymme för leveransstrategiskt handlande i samband med myndigheternas avrop. Högsta förvaltningsdomstolen fick i det aktuella målet anledning att pröva om de uppgivna priserna var orimligt låga. Enligt förvaltningsrättens

mening talar även dessa omständigheter för att kravet på att anbudsgivaren ska offerera sina verkliga priser till att undvika att SKI antar ett orimligt lågt anbud.

Sammantaget gör förvaltningsrätten bedömningen att kravet på att en anbudsgivare ska offerera sina verkliga priser syftar till att undvika en situation där anbudsgivare på ett strategiskt sätt lämnar låga priser inom ett visst sortiment för att i motsvarande mån lämna högre priser inom andra delar av anbudet och på så sätt vinner anbudstaktiska fördelar. Ett sådant krav och dess syfte får enligt förvaltningsrättens mening vara likställt med de syften som ryms inom bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU.

Eftersom det varit frågan om att identifiera anbud vars anbudspriser är orimligt låga aktualiseras enligt förvaltningsrättens bedömning bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU vilken ska ges företräde framför myndighetens egna uppställda ska-krav. Detta eftersom den aktuella bestämmelsen, med dess inneboende kontradiktoriska förfarande där en anbudsgivare ska ges möjligheten att bl.a. förklara de låga priserna, innebär ett skydd för anbudsgivarna från eventuellt godtycke från den upphandlande myndighetens sida genom att uttryckligen föreskriva vilka åtgärder som ska vidtas om myndigheten anser att ett anbud är orimligt lågt (jfr SAG ELV Slovensko, p. 29 och 35). Enligt förvaltningsrättens bedömning vore en ordning där en upphandlande myndighet kan undgå de krav och skyddsbestämmelser som uppställs i det klassiska direktivet (dir. 2004/18/EG) om offentlig upphandling och bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU genom att omvandla uteslutningsgrunder till formella ska-krav inte förenligt med unionsrätten (jfr SAG ELV Slovensko, p 34). Enligt förvaltningsrättens bedömning var SKI därför skyldigt att tillämpa de förfarandebestämmelser som återfinns i 12 kap. 3 § LOU när den uteslöt AEs anbud.

SKI har till stöd för sin inställning åberopat Kammarrätten i Stockholms dom av den 3 oktober 2017 i mål 533-17. I målet fann rätten att en upphandlande myndighet kunde kräva att anbudsgivarnas priser inte understeg en viss lägstanivå, utan hinder av bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU. Enligt SKI är domstolens resonemang tillämpligt också i detta mål.

Förvaltningsrätten noterar att det aktuella kravet som kammarrätten hade att pröva i ovan nämnda mål var att anbud under en viss prisnivå inte skulle accepteras. Det rörde sig således om s.k. golvpris för uppdragets utförande. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan ingen direkt jämförelse ske mellan förutsättningarna i det målet där myndigheten tillämpat en golvprisnivå mot nu aktuella omständigheter där myndigheten aktivt granskat vissa enskilda kostnadsposter och ställt dem i förhållande till andra prisuppgifter i anbudet. Förvaltningsrätten noterar vidare att kammarrättens dom inte vunnit laga kraft (se Högsta förvaltningsdomstolens beslut av den 19 december 2017 om prövningstillstånd i mål 5924-17). Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att den av SKI åberopade domen från kammarrätten inte kan anses vägledande i detta mål.

Frågan förvaltningsrätten därmed har att pröva är om SKI tillämpat ett korrekt kontradiktoriskt förfarande när den uteslöt AEs anbud. EU-domstolen har uttalat att anbudsgivaren genom förfarandet ska få tillfälle att lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att det lämnade anbudet är allvarligt menat. Myndigheten ska tydligt formulera den begäran som riktas till de berörda anbudsgivarna så att dessa har möjlighet att på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt förklara sina anbud (se SAG ELV Slovensko, p. 29 och 31). Av utredningen i målet framgår att SKI har skickat en begäran om förtydligande av AEs anbud. I förfrågan angavs att anledningen till densamma var att SKI misstänker att de bruttopriser som bolaget lämnat inte är bolagets verkliga och att denna bedömning grundar sig i en jämförelse av förekommande priser i anbudet. Bolagets svarade på förfrågan och angav

vidare att bolaget önskar att SKI återkommer om myndigheten önskar en utförligare redovisning av marginaler eller specifika förklaringar på produktnivå. SKI meddelade därefter tilldelningsbeslut i upphandlingen utan att på nytt höra av sig till AE.

Enligt förvaltningsrätten bedömning har SKI brutit mot förfarandebestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU bl.a. genom att det inte av begäran om förtydligande tydligt framgick att AE därmed fick möjlighet att förklara sitt pris utifrån förutsättningen att det ansågs onormalt lågt samt genom att inte ge AE tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta bolagets anbud. Sådana väsentliga brister i det kontradiktoriska förfarandet som skett i aktuellt fall medför att AE i vart fall kunnat komma lida skada (se Högsta förvaltningsdomstolens ovan angivna dom, s. 5 f.). Enligt förvaltningsrättens bedömning har det heller inte i målet förekommit en sådan omfattande utredning av AEs prissättning och förutsättningarna för denna att bristerna i förfarandet och det tillkommande skyddet för anbudsgivaren kan läkas inom ramen för förvaltningsrättens handläggning. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen rättas avseende anbudsområdena 1a, 1b och 1c genom att AE med en korrekt tillämpning av förfarandet i 12 kap. 3 § LOU ges tillfälle att förklara sitt anbud.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Leif Nilsson

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Viktor Robertson har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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