



KLAGANDE
NCC Roads AB, 556302-3307

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART
Trafikverket
781 89 Borlänge

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Faluns dom den 8 augusti 2014
i mål nr 1388-14, se bilaga A

SAKEN
Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014 -11- 27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN

NNC Roads AB (bolaget) överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att kammarrätten ska besluta om rättelse på så sätt att bolagets anbud tas med vid utvärderingen.

Trafikverket bestrider bifall till överklagandet.

PARTERNA ANFÖR

Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för överklagandet. Trafikverket har förkastat bolagets anbud med påståendet att detta är onormalt lågt. Detta är fel eftersom anbudspriset inte är onormalt lågt och bolaget har lämnat en fullgod förklaring till det offererade priset. Det saknas anledning att ifrågasätta anbudets seriositet.

I en upphandling som den aktuella måste anbudspriset i dess helhet vara onormalt lågt för att anbudet ska kunna förkastas. Det är inte tillräckligt att endast priser avseende vissa av de i kontraktet ingående arbetena anses vara onormalt låga. Det är anbudspriset i dess helhet som ligger till grund för de intäkter och den vinstmarginal som anbudsgivaren kommer att ha vid utförandet. Trafikverket ha inte gjort gällande att bolagets pris, i dess helhet, är onormalt lågt.

Trafikverket har inte följt formaliareglerna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Trafikverket har inte såsom anges i 12 kap. 3 § LOU först skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och därefter gett bolaget tillfälle att yttra sig över Trafikverkets skäl att förkasta anbudet. Trafikverket har påstått att verket muntligen berett bolaget tillfälle att förklara sitt pris. Detta bestrids av bolaget. Trafikverket har inte presenterat bevisning i form av mötesprotokoll m.m. till stöd för sitt påstående. När det gäller bevisbördan och beviskrav har Kammarrätten i Göteborg i mål nr

2698 – 2601-13 funnit att den upphandlande myndigheten ska visa att anbudspriset är onormalt lågt men anbudsgivaren har bevisbördan – och ska göra sannolikt – att ett anbud med onormalt lågt anbudspris är seriöst och att anbudsgivaren kommer att leverera till erbjudna villkor. I nu aktuellt mål kan konstateras att bolaget har en synnerligen stark ekonomisk ställning och att kontraktet i dess helhet medför ett rimligt ekonomiskt utfall för bolaget. – Det finns ingen möjlighet för bolaget att tjäna på att inte utföra arbetena.

Trafikverket anför följande till stöd för sin inställning. Vad gäller kontraktets utformning och dess påverkan för bolagets prissättning vill Trafikverket förtydliga följande. Av entreprenadkontraktet framgår det hur Trafikverket kommer att vitesbelägga en entreprenör som inte uppfyller ställda standardkrav inom föreskriven tid. Vidare framgår att när aktuellt arbete utförts och standardkraven uppfyllts, verifierats och godkänts av beställaren kan belopp upptagna i betalningsplanen faktureras. Detta innebär att om bolaget inte fullgör sitt åtagande på något av de konton som är ifråga kan betalningsplanen för den aktuella månaden inte godkännas för det aktuella kontot. Bolaget behöver då inte betala ut något till Trafikverket. Trafikverket ska vid dessa förhållanden ta ut viten för det ej färdigställda arbetet av bolaget. Negativ prissättning i den omfattning som nu är ifråga innebär att om arbetet inte blir gjort på hela året uteblir det som bolaget benämner ”rabatt” och i stället betalar bolaget ett betydligt lägre vitesbelopp. Kontraktet är uppbyggt för att hantera utbetalningar av pengar till entreprenören som ersättning för av denne utfört arbete. Vitesmodellen ska fungera som ett påtryckningsmedel från Trafikverkets sida om arbetet inte blir utfört. Vitesmodellen sätts ur spel med dessa negativa priser som är onormalt låga.

När det gäller beslutet att begära en förklaring till det låga anbudspriset har den upphandlande myndigheten som alltid att följa de grundläggande principerna, men det kan noteras att det i slutändan är tillräckligt att myndigheten ”finner” att anbudspriset är onormalt lågt. När en begäran om

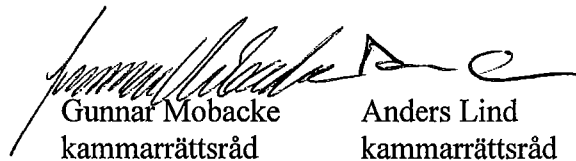
förklaring gjorts till anbudsgivaren framgår det redan av bestämmelsens ordalydelse att det åligger anbudsgivaren att ge ett tillfredsställande svar och det därför är denne som har att visa för den upphandlande myndigheten att det inte finns skäl för att anse att anbudet är onormalt lågt. Det är alltid anbudsgivaren som har ansvar för att dennes anbud uppfyller de krav som ställs i upphandlingen och motsvarande gäller i denna situation både vad gäller förklaringen och vad som sedan anförts mot myndighetens beslutsskäl, vilket understryks av att det är anbudsgivaren som ska ge in utredning till stöd för sin sak.

Det finns inte skäl att anse att vad bolaget fört fram om sitt låga anbudspris är tillräckligt för att Trafikverket inte ska anse att anbudspriset är onormalt lågt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Även med beaktande av vad som framförts i kammarrätten finns inte skäl att frångå förvaltningsrättens bedömning. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Gunnar Moberg
kammarrättsråd
ordförande

Anders Lind
kammarrättsråd
referent


Birgitta Törnered
kammarrättsråd

Jeanette Sundqvist
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Föredraganden
Anders Skåål

DOM
2014-08-08
Meddelad i
Falun

Mål nr
1388-14

Sida 1 (9)

Bilaga A

SÖKANDE

NCC Roads AB, 556302-3307
170 80 Solna

Ombud: Advokaterna Anders Nilsson och Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår NCC Roads AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 116011

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Trafikverket genomför, med tillämpning av öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), en upphandling avseende "Totalentreprenad för utförande av Basunderhåll Väg på allmänna vägar inom Område Hudiksvall inom Gävleborgs län" (TRV 2013/60813). Tilldelningsbeslut har meddelats den 10 mars 2014.

Trafikverket förkastade anbudet från NCC Roads AB med motiveringen att anbudet innehöll ett onormalt lågt pris.

YRKANDEN M.M.

NCC Roads AB (Bolaget) ansöker nu om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om med beaktande av anbudet från bolaget. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Trafikverket har förkastat bolagets anbud med motiveringen att anbudspriset är onormalt lågt. Bolaget har emellertid lämnat en fullgod förklaring till det offererade priset varför det saknats skäl att förkasta bolagets anbud. Bolaget har inte fått tillfälle att yttra sig över Trafikverkets skäl för att förkasta anbudet. Trafikverket har härigenom agerat i strid med reglerna i 12 kap. 3 § LOU. Bolaget har offererat det lägsta priset och har genom Trafikverkets ågerande lidit skada.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande. Reglerna i LOU avseende förkastande av onormalt lågt anbudspris har följts. För det fall Trafikverket inte följt reglerna i 12 kap. 3 § LOU har bolaget i vart fall inte lidit eller riskerat lida skada i och med att bolaget har yttrat sig. Bolaget har vidare lämnat ett anbud som innehåller otillåtna reservationer.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Inledning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad bolaget fört fram är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Onormalt lågt anbudspris m.m.

Av 12 kap. 3 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt men att anbudet får förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. Vidare framgår att den upphandlande myndigheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.

Bestämmelsen är en undantagsbestämmelse som ger den upphandlande myndigheten en möjlighet men inte en skyldighet att förkasta ett anbud som den uppfattar som onormalt lågt. Syftet med bestämmelsen är att skydda anbudsgivare mot godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Av EU-domstolens praxis följer att det är anbudsgivaren som har att visa att anbudet är allvarligt menat (EU-domstolens dom av den 29 mars 2012 i mål C-599/10 *SAG*).

Bolaget gör gällande att Trafikverket felaktigt har förkastat bolagets anbud och anför. Bolaget har i anbudet offererat negativa priser avseende ett fåtal icke reglerbara mängder vilket innebär att bolaget istället för att ta ut ersättning kommer att utge ersättning till Trafikverket. Prissättningsstrategin har bolaget tillämpat i tidigare upphandlingar med Trafikverket som upphandlande myndighet. Bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU är en undantagsbestämmelse som ska tillämpas restriktivt. Det är Trafikverket som har bevisbördan för att bolagets anbudspris är onormalt lågt. Bolaget har förstått förutsättningarna för anbudsgivning, har för avsikt att leverera till offererade priser och fullgöra sina skyldigheter, har inte erhållit något otillåtet statsstöd samt har lämnat ett anbud helt utan reservationer. Trafikverket är skyldigt att först begära in en förklaring till det låga priset. För det fall Trafikverket inte funnit förklaringen tillfredställande ska avsikten att förkasta anbudet kommuniceras bolaget som härigenom ges tillfälle att yttra sig över skälen för ett förkastande vilket emellertid inte skett.

Bolaget anför vidare att det inte är korrekt att bolaget under mötet fick tillfälle att lämna en förklaring enligt 12 kap. 3 § första stycket LOU. Bolaget menar vidare att Trafikverket skriftligen berett bolaget tillfälle att yttra sig en gång, inte två gånger som 12 kap. 3 § LOU föreskriver. Trafikverket har således inte iakttagit det skriftliga tvåstegsförfarandet som följer av bestämmelsen. Även för den händelse Trafikverket muntligen gett bolaget tillfälle att yttra sig vid anbudsgenomgången uppfylls inte kravet på skriftlighet. Inte heller har Trafikverket gett bolaget tillfälle att yttra sig över skälen till ett förkastande. Även om formkraven i 12 kap. 3 § LOU har följts har Trafikverket inte rätt att förkasta bolagets anbud under enbart påståendet att det innehåller ett onormalt lågt anbudspris då det i så fall sker godtyckligt. Någon möjlighet att avböja att utföra uppdrag eller underlåta att göra detsamma utan att det kan kontrolleras eller att Trafikverket inte skulle kunna få täckning för eventuella motfordringar föreligger inte.

Trafikverket menar att man har haft skäl att förkasta bolagets anbud som onormalt lågt och anför. I praxis har det accepterats att den upphandlande myndigheten förkastat s. k nollanbud där delar av anbudet består av nollprissättning. Bolagets förklaring till de låga anbudspriserna är allmänt hållen och ger ingen förklaring avseende varför vissa koder är negativt prissatta medan andra inte är det. Kraven på anbudsgivarens förklaring får vara högt ställda och allmänt hållna förklaringar behöver inte accepteras vilket följer av såväl praxis som Konkurrensverkets uttalanden i frågan. Den omständigheten att bolaget i tidigare upphandlingar använt sig av samma prissättningsstrategi saknar betydelse i förevarande fall då varje upphandling är unik. Det finns anledning att anta att bolaget inte kommer att kunna leverera enligt kontraktet och att det finns en risk att bolaget försöker få kompensation för det låga priset genom att erbjuda och ta betalt för andra tjänster än de som erbjudits och utvärderats i upphandlingen, genom överdebitering eller uteblivna leveranser.

Vid anbudsgenomgång med bolaget den 11 februari 2014 ombads bolaget att förklara den negativa prissättningen och hur detta skulle komma att påverka betalplanerna som följer av förfrågningsunderlaget. Bolaget hänvisade då till den i anbudet lämnade förklaringen och framhöll att man inte ansåg att den negativa prissättningen medförde ett onormalt lågt anbudspris, Trafikverket uttryckte då sin oro över prissättningen. Trafikverket var emellertid inte tillfreds med den av bolaget lämnade förklaringen och ombad därför bolaget i enlighet med 12 kap. 3 § tredje stycket LOU att yttra sig. Av den skrivelse som då skickades till bolaget den 20 februari 2014 framgick tydligt att Trafikverket inte ansåg att ett tillfredställande svar lämnats och att Trafikverket därför avsåg att förkasta anbudet med hänvisning till att det hade en orimligt låg prissättning. Likaså framgick av skrivelsen att det var en möjlighet att yttra sig enligt 12 kap. 3 § tredje stycket LOU bolaget gavs. Bolaget har i svar till Trafikverket den 25 februari 2014 uttalat sig på ett sådant sätt att det stått klart att bolaget vid den tidpunkten

haft inställningen att man yttrat sig med anledning av reglerna i bestämmelsens tredje stycke. Trafikverket har således tillämpat ett kontradiktiskt förfarande i vilket bolaget fått tillfälle att lämna en förklaring och har därefter fått tillfälle att yttra sig. Bolaget har därför inte lidit skada även för den händelse Trafikverket inte efterlevt formkraven i 12 kap. 3 § LOU. Bolaget har vid anbudsgenomgången erbjudit sig att prissätta med noll kronor som innehållen del de månader som annars har negativa summor i betalplanen. Erbjudandet har noterats av bolaget på de betalplaner som bolaget gett in efter anbudsgenomgången. Förfarandet utgör ett avsteg från den betalplan som utgjort en del av förfrågningsunderlaget. Vidare leder en negativ prissättning, till skillnad från noll kronor, till att syftet med villkoren avseende prissättning och relationen mellan olika konton, mängdförteckningar och den totala anbudssumman inte får avsedd effekt. Därmed utgör den negativa prissättningen en otillåten reservation.

Förvaltningsrätten konstaterar att det rimligen är anbudsgivaren, som har insikt i den egna organisationens ekonomi m.m., som har bäst förutsättningar att visa varför ett anbud som den upphandlande myndigheten bedömer är onormalt lågt ändå ska godtas. Enligt förvaltningsrätten kan bevisbördan därför inte uteslutande placeras på Trafikverket, bolaget har därför att visa att Trafikverket inte haft fog för att förkasta bolagets anbud.

I aktuellt fall är en förutsättning för att Trafikverket har rätt att förkasta bolagets anbud att verket först låtit bolaget visa att anbudet trots det låga priset är allvarligt menat (EU-domstolens dom av den 27 november 2001 i de båda förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini och Mantovani* p. 51). Av ordalydelsen i 12 kap. 3 § LOU följer därmed en skyldighet för Trafikverket dels att begära en förklaring från bolaget till det låga anbudspriset, dels ge bolaget tillfälle att yttra sig över skälen till ett förkastande.

klaring till bolagets negativa prissättning i mängdförteckningarna och hur detta påverkade betalningsplanerna som fanns med i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner, mot bakgrund av vad Trafikverket har uppgett, att det funnits goda skäl för verket att begära en förklaring av bolaget.

Härefter ska bedömas om bolaget genom sin förklaring har visat att det låga anbudet likväl inte borde ha förkastats (EU-domstolens dom i mål C-599/10 p. 28 och 29). En upphandlande myndighet har här en stor frihet att avgöra om anbudsgivarens förklaringar ska anses tillräckliga för att anbudet ska utvärderas eller förkastas. Detta medför att kravet på anbudsgivare får vara högt ställt (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 oktober 2013 i mål nr 2598–2601-13). Det är vidare anbudsgivaren som ska lämna nödvändig förklaring för att visa att anbudet är allvarligt menat.

Uppdragen inom den aktuella upphandlingen avser en totalentreprenad för utförande av basunderhåll på allmänna vägar inom området Hudiksvall i Gävleborgs län. I upphandlingen efterfrågas prissatta mängdförteckningar där anbudsgivarna ska lämna à-priser avseende efterfrågade konton eller poster. I mängdförteckningarna finns konton som avser såväl oreglerbara mängder som reglerbara mängder. De oreglerbara mängderna innebär ett fast pris för en viss bestämd mängd arbete. Reglerbara mängder kan komma att förändras och avropas den mängd som anses erforderligt till den à-pris som har offererats. Uppdraget består av planerade och oplanerade underhållsarbeten. Bolaget har uppgett att kontrakt för aktuellt område är en förutsättning för att bolaget effektivt ska kunna sysselsätta sina resurser samt att bolaget vill etablera sig på marknaden inom Gävleborgs län. Bolaget har vidare uppgett att man kanske är den aktör som har störst erfarenhet av att utföra aktuella kontrakt och har därmed en insikt i vilka delar av mängdförteckningar där det är möjligt att offerera mycket låga priser med bibehållet rimligt utfall för entreprenören sett till kontraktet som helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.