



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-11-23
Meddelad i Linköping

Mål nr
6835-17

SÖKANDE

AVARN Security Services AB, 556095-6772

Ombud: Richard Lindbom
c/o Avarn Security
Box 490 17
100 28 Stockholm

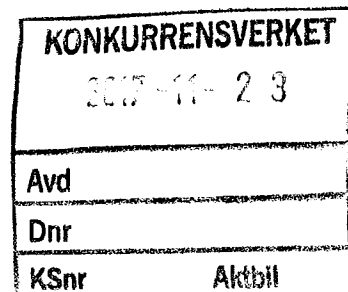
MOTPART

Tekniska Verken i Linköping AB, 556004-9727
Box 1500
581 15 Linköping

Ombud: Advokat Erik Olsson och bitr. juristen Emily Tomas da Costa
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjnings-
sektorerna, förkortad LUF



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar om rättelse med innebörden att en ny anbudsutvärdering ska genomföras varvid Tekniska Verken i Linköping AB ska begära en förklaring av Nokas Security AB i enlighet med 15 kap 7 § LUF.

Dok.Id 306639

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Tekniska Verken i Linköping AB (Tekniska Verken) genomför upphandling avseende ramavtal för bevakningstjänster, dnr 17/105. Upphandlingen genomförs genom förhandlat förfarande enligt LUF och tilldelningsgrunden är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Av tilldelningsbeslutet den 11 september 2017 framgår att Nokas Security AB (Nokas) tilldelades kontrakt.

AVARN Security Services AB (Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att Nokas anbud ska förkastas och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Tekniska Verken yrkar att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Riktat krav i upphandlingen

Tekniska Verken har agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Aktuell upphandling är omgjord efter ett tidigare beslut i förvaltningsrätten. I den tidigare upphandlingen skulle anbudsgivaren ange hur många skyddsvakter den kunde ha tillgängliga för uttryckning. Bolaget angav två stycken skyddsvakter och Nokas uppgav tio stycken skyddsvakter. I aktuell upphandling har kravet, punkt 4.1.9.1 i upphandlingsdokumentet, ändrats så att leverantören ska kunna leverera tio stycken skyddsvakter, en förändring som har gjorts för att underlätta Nokas möjligheter att vinna upphandlingen.

Onormalt lågt anbud m.m.

I upphandlingsdokumentet har ett obligatoriskt krav ställts innebärande att leverantören ska kunna leverera två stycken skyddsvakter till fem skyddsobjekt vid ett och samma tillfälle. En sådan beredskap skulle kräva 40 tjänster som inte är uppbokade i andra uppdrag. Det är tydligt att Nokas inte har räknat med att kunna uppfylla detta uppdrag, framförallt att det inte har tagit betalt för det. Tekniska Verken har själv ställt detta krav och borde förstå vad det innebär.

Det är numera obligatoriskt att ifrågasätta anbud med misstänkt låga priser och förkasta sådana anbud om förklaringen inte är tillfredsställande. Tekniska Verken har inte ställt någon fråga till Nokas om det låga anbudet. Att Tekniska Verken hänvisar till Nokas goda ekonomi är inte intressant.

Bolaget har förlorat uppdragets omsättning och vinst. Bolaget har genom att förlora uppdraget lidit skada.

Tekniska Verken

Riktat krav i upphandlingen

Det stämmer att Nokas i den tidigare upphandlingen uppgav tio stycken skyddsvakter. Det av Nokas angivna antalet skyddsvakter gällde emellertid ett utvärderingskriterium som innebar att anbudsgivaren skulle uppge ”antal tillgängliga [skyddsvakter] för uttryckning åt Tekniska Verken AB kl 13.00 en vardag”. Det nuvarande kravet efterfrågar tio skyddsvakter under hela dygnet och även helgdagar. Därutöver har antalet skyddsvakter, utifrån utvärderingskriterierna, inte varit utslagsgivande. Kravet på ett visst antal skyddsvakter har inte medfört att Nokas i praktiken har kunnat vinna upphandlingen.

Den ändring i kravet som har gjorts i förhållande till den ursprungliga skrivningen har enbart föranletts av en fråga som ställts av en leverantör inom ramen för ”Frågor och svar”. Denna leverantör efterfrågade ett specifikt tak för antalet skyddsvakter som kan krävas vid varje tillfälle, eftersom den ursprungliga skrivningen endast uppgav ett lägsta antal. Ändringen syftade till att göra kostnaderna för offererade tjänster kalkylerbara för deltagande leverantörer. Skrivningen medför inte att varken Bolaget eller andra leverantörer fått försämrade möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud till förmån för Nokas. Det bör här understrykas att kraven är nödvändiga för att uppnå en adekvat skyddsnivå för de skyddsobjekt som omfattas av upphandlingen. Kraven kan därför inte anses vara oproportionerliga i förhållande till syftet. Upphandlingsdokumentet har utformats i överensstämmelse med likabehandlingsprincipen och har inte i något avseende särbehandlat Nokas i förhållande till Bolaget eller andra anbudsgivare. Det förhållandet att Bolaget självt uppfyllt det aktuella kravet och därmed kvalificerats för utvärdering, talar i sig för att upphandlingsdokumentet inte har utformats på ett sådant sätt att endast Nokas i praktiken kunnat vinna upphandlingen.

Onormalt lågt anbud m.m.

Frågan om huruvida Nokas vid fullgörandet av uppdraget kan tillhandahålla antalet efterfrågade skyddsvakter är en avtalsrättslig fråga och inte något som ska bedömas vid en anbudsutvärdering. I andra hand görs gällande att det inte förelegat någon skyldighet att kontrollera Nokas lämnade uppgifter. Den upphandlande myndigheten har inte någon skyldighet att kontrollera uppgifter som förekommer i anbudet, såvida anledning saknas att ifrågasätta lämnade uppgifter. Det har i det aktuella fallet inte funnits några som helst motstridigheter i Nokas anbud som har gett anledning till att ifrågasätta riktigheten av de uppgifter som lämnats. Bolaget har heller inte gjort gällande

att några sådana motstridigheter har förekommit. Det har därmed varit rätt att utgå från de uppgifter som lämnats av Nokas.

Vad ett onormalt lågt anbud är har inte definierats i lagen utan en bedömning måste göras av omständigheterna. I detta fall konstateras att Nokas jämförelsepris efter eventuella påslag, visserligen framstår som avvikande lågt men dock inte som onormalt lågt i jämförelse med Bolagets anbud. Härvid ska tilläggas att Nokas har en tämligen god ekonomisk ställning som visar på både kortsiktig och långsiktig betalningsförmåga. Det har inte funnits några som helst indikationer på att Nokas inte skulle ha ekonomisk bäring för att genomföra det upphandlade uppdraget enligt de villkor som ställts i upphandlingen. Anbudet har därför framstått som seriöst. Endast två anbud har inkommit under upphandling. Det går därför inte att dra några generella slutsatser om hur Nokas anbudspris förhåller sig till priset för motsvarande tjänster på marknaden. Det kan likväl vara så att Bolagets anbudspris är onormalt högt. Bolagets invändning att Nokas inte kan leverera antalet efterfrågade skyddsvakter till offererat pris är ogrundat och rent spekulativt. Det bestrids att Nokas anbudspris framstått som onormalt lågt. Det har överhuvudtaget inte funnits någon skyldighet att begära in en förklaring av anbudspriset.

Bolaget har varken lidit skada eller kan lida skada. Detta eftersom Bolaget alldeles oavsett kravets utformning inte skulle ha tilldelats avtalet i upphandlingen. Bolaget har kunnat uppfylla kravet och har därmed inte varit förhindrat att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 4 kap 1 § LUF framgår att upphandlande enheter ska 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 4 kap 2 § framgår bl.a. att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Av 15 kap 7 § framgår bl.a. att om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande enheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden.

Av 20 kap 6 § framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap 1 § 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

Förvaltningsrättens bedömning

Utgångspunkter vid bedömningen

Som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref 69). Det är som huvudregel den som ansökt om över-

prövning som har bevisbördan och som således ska visa (göra sannolikt) att upphandlingen skett i strid med lagstiftningen och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav. I de fall det kan presumeras att snedvridning av konkurrens skett, kan sökanden dock få en viss lättnad i bevishänseende, varvid det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa t.ex. att de unionsrättsliga principerna inte åsidosatts (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 augusti 2011 mål nr 1903–1913- 11).

Riktat krav i upphandlingen

Bolaget har gjort gällande att ett krav i upphandlingen har riktats mot Nokas och anfört att detta strider mot likabehandlingsprincipen. Tekniska Verken har anfört att kravet har ändrats bl.a. för att göra kostnaderna kalkylbara för anbudsgivarna samt att det varit nödvändigt för att nå målet med upphandlingen. Frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om kravet i upphandlingsdokumentet, punkten 4.1.9.1, utformats för att gynna Nokas.

I den tidigare upphandlingen har anbudsgivarna fått ange hur många skyddsvakter de kan leverera vid en viss tidpunkt på vardagar. Bolaget uppgav att de kunde leverera två stycken skyddsvakter medan Nokas uppgav tio stycken skyddsvakter. I den aktuella upphandlingen har ett krav varit att anbudsgivarna ska kunna leverera totalt minst tio stycken skyddsvakter, det vill säga minst två stycken skyddsvakter till minst fem olika skyddsobjekt, inom en viss tid och inom ett visst område.

Det är den upphandlande myndigheten som utifrån sitt behov avgör vilka krav som ska ställas i upphandlingen. En förutsättning är dock att kraven är relevanta för upphandlingen och tillämpningen i det enskilda fallet inte strider mot de grundläggande principerna i lagen.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att kravet har ett tydligt samband med kontraktsföremålet och att det är en lämplig och effektiv åtgärd för att säkerställa att den upphandlade tjänsten kan utföras. Det aktuella kravet är därmed relevant och proportionerligt i förhållande till syftet med upphandlingen. Förvaltningsrätten bedömer att den omständigheten att ett krav ställts på att kunna leverera tio stycken skyddsvakter inte visar att upphandlingen varit utformad för att gynna Nokas. Bolaget har inte heller lagt fram någon annan konkret omständighet som visar att Bolaget missgynnats av kravet eller att kravet verkat konkurrenshämmande. Bolaget har också självt uppfyllt det aktuella kravet och kvalificerats för utvärdering. Bolaget har därmed inte visat att det aktuella kravet strider mot bestämmelserna i LUF eller principerna som bär upp lagen på ett sådant sätt att Bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada.

Onormalt lågt anbud m.m.

Bolaget har gjort gällande att Nokas lämnat ett onormalt lågt anbud och särskilt pekat på att kravet på att kunna leverera tio stycken skyddsvakter inte kan uppfyllas med hänsyn till det anbudspris som har lämnats. Därutöver menar Bolaget att Tekniska Verken inte ställt den obligatoriska frågan enligt 15 kap 7 § LUF. Tekniska Verken har anfört att det inte går att dra några generella slutsatser om hur Nokas anbudspris förhåller sig till priset för motsvarande tjänster på marknaden då endast två anbud kommit in. Härvid åberopas Nokas årsredovisning som Tekniska Verken menar visar på god betalningsförmåga. Frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om Nokas anbud förefaller onormalt lågt och om Tekniska Verken i så fall borde ha begärt en förklaring från leverantören.

Vid bedömningen av anbudspriser är en generell utgångspunkt att leverantören, baserat på företagsinterna överväganden, själv har att avgöra vilka priser bolaget kan och vill offerera i en specifik upphandling. Att en leverantör

erbjuder mycket låga priser eller till och med negativa priser, leder inte alltid till att anbudet ska anses vara onormalt lågt. Dock måste anbudet kunna bära sig självt ekonomiskt. En definition av begreppet onormalt lågt anbud finns varken i LUF eller i det bakomliggande direktivet. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma denna fråga inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger (se HFD 2016 ref 3 I). Vidare har den upphandlande myndigheten en stor frihet att avgöra om anbudsgivarens förklaringar ska anses tillräckliga för att anbudet ska antas (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 oktober 2013 i mål 2598–2601-13). I och med ikraftträdandet av den nya lagen den 1 januari 2017 är upphandlande myndigheter skyldiga att begära in en förklaring från den leverantör som lämnat ett anbud som förefaller vara onormalt lågt. Ett sådant kontradiktoriskt förfarande mellan upphandlande myndighet och leverantören ifråga, är till för att den sistnämnda ska kunna bevisa att dess anbud är allvarligt menat, ett krav för att undvika godtycke från den upphandlande myndighetens sida och säkerställa sund konkurrens mellan företagen (prop. 2015/16:195 s. 1114 f och 1270. Jfr även SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, punkterna 28-29)

I upphandlingen har två anbud lämnats. Detta innebär att det kan vara svårt att avgöra huruvida ett anbud förefaller onormalt lågt i förhållande till upphandlingsobjektet. Den upphandlande myndigheten har stor frihet att avgöra om ett anbud ska bedömas som onormalt lågt efter att det kontradiktoriska förfarandet tagit vid. Vid bedömningen av om ett anbud förefaller onormalt lågt måste dock beaktas att tröskeln för att skyldigheten enligt 15 kap 7 § ska aktiveras är lägre än vid bedömningen av om ett anbud ska förkastas då det är onormalt lågt. Den upphandlande myndighetens handlingsutrymme får därmed inte utsträckas så pass mycket att bestämmelsen, 15 kap 7 §, förlorar sitt syfte genom att den upphandlande myndigheten tolkar fram förklaringar till ett lämnat anbudspris. Om anbudet förefaller onormalt lågt ankommer det på leverantören att visa att det inte är för lågt. Förklaringar

ska således anges av anbudsgivaren efter att den upphandlande myndigheten ställt frågan innan myndigheten därefter tar ställning till om anbudet ska förkastas eller inte.

Av anbudsutvärderingen framgår att Nokas utvärderingspris varit cirka 687 procent lägre än Bolagets pris. Tekniska Verken har i förevarande fall inte begärt någon förklaring då det inte ansetts att anbudet förefallit onormalt lågt. Enligt förvaltningsrättens bedömning är skillnaden mellan anbuden så pass stor att Nokas anbud förefaller onormalt lågt. Det aktuella anbudet har därmed utlöst Tekniska Verkens aktivitetsplikt enligt 15 kap 7 §. Det innebär att Tekniska Verken därmed agerat i strid med 15 kap 7 § genom att inte begära en förklaring av Nokas.

Bolaget har varit en av två kvalificerade anbudsgivare som vid en utvärdering inte tilldelats kontrakt. Utifrån omständigheterna och det som har anförts bedömer förvaltningsrätten att Bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada (för kravet på bevisning på skada, se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings domar den 28 maj 2015 i mål nr 2805-14 och den 3 september 2014 mål nr 2234-14).

Bristerna i upphandlingen är inte hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, varför rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd. Ansökan ska därför bifallas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras varvid Tekniska Verken ska begära en förklaring av Nokas i enlighet med 15 kap 7 § LUF.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Kristina H Samuelsson
Rådman

Föredragande har varit Såma Kader.

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.

