

**KLAGANDE**

TheIAndersson Bygg och Måleri AB, 556766-4601

Ombud:

Jur.kand. Ilan Sadé

Nordbro AB

Gibraltargatan 7

211 18 Malmö

MOTPARTER

1. Campus Roslagen AB, 556194-6053

2. Roslagsbostäder AB, 556045-3291

Ombud för 1 och 2:

Upphandlingsjuristen Jonna Andersson, upphandlingschefen Ola Kroon,
advokaten Kristian Pedersen och juristen Johan Falk

Husbyggnadsvaror HBV Förening

Box 5199

121 18 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 20 januari 2017 i mål nr 6369-16,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 30 januari 2017 upphör därmed att
gälla.

YRKANDEN M.M.

TheAndersson Bygg och Måleri AB (bolaget) fullföljer sin talan och anför bl.a. följande. Att hantera frågor om onormalt låga priser i anbud genom att, såsom de upphandlande myndigheterna har gjort, i förfrågningsunderlaget fastställa ett belopp vars underskridande automatiskt leder till förkastande av anbudet med hänvisning till oskäligt lågt pris, är inte förenligt med 12 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. De upphandlande myndigheterna har själva genom formuleringen av villkoren aktualiserat en tillämpning av denna bestämmelse och det förfarande som föreskrivs där blir då obligatoriskt. EU-domstolen har i flera avgöranden betonat att absoluta gränser för onormalt låga anbud inte är tillåtna. Den upphandlande myndigheten kan inte välja att helt avstå från tillämpningen av denna ordningsregel enbart för att ändamålen anses uppfyllda genom ett annat förfarande. Ett upphandlingsrättsligt relevant skyddsintresse har trätts för när om upphandlande myndigheter inte följer dessa regler.

Campus Roslagen AB och Roslagsbostäder AB (de upphandlande myndigheterna) bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Det finns inte något hinder i upphandlingslagstiftningen eller unionsrätten mot att kräva att anbudsgivare ska offerera skäliga priser. Det är tillåtet, och också förhållandevis vanligt, att ange fasta lägsta priser, s.k. golvpriser i offentlig upphandling. De upphandlande myndigheterna har inte på förhand tagit ställning till vad som kan utgöra ett normalt pris. Däremot har de upphandlande myndigheterna, efter affärsmässiga överväganden, tagit ställning till vad som utgör det lägsta skäliga pris som anbudsgivare kan offerera i upphandlingen. Denna bedömning har tydligt kommunicerats samtliga potentiella anbudsgivare genom information i förfrågningsunderlaget och har inte gett upphov till något godtycke.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad bolaget har anfört och vad som i övrigt har förekommit i målet föranleder ingen annan bedömning än den som förvaltningsrätten har gjort. Överklagandet ska därför avslås.

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

Anna Lönnestav
kammarrättsråd
ordförande

Pia Cedermark
kammarrättsråd

Klas Johansson
tf. kammarrättsassessor
referent

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA****DOM**
2017-01-20
Meddelad i UppsalaMål nr
6369-16 E**SÖKANDE**ThelAndersson Bygg och Måleri AB, 556766-4601
Tulkavägen 4
763 34 HallstavikOmbud: Jur.kand. Ilan Sadé
Nordbro AB
Gibraltargatan 7
211 18 Malmö**MOTPARTER**1. Campus Roslagen AB, 556194-6053
Evert Taubes gata 1
761 46 Norrtälje2. Roslagsbostäder AB, 556045-3291
Box 56
761 21 NorrtäljeOmbud för 1 och 2: Ola Kroon och Jonna Andersson
Husbyggnadsvaror HBV Förening
Box 5199
121 18 Stockholm**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Campus Roslagen AB och Roslagsbostäder AB (upphandlande myndigheter) genomför upphandling "Måleriarbeten – årsavtal". I tilldelningsbeslut den 21 november 2016 förkastades anbud från TheAndersson Bygg och Måleri AB (bolaget) på grund av bristande kravuppfyllnad.

Bolaget yrkar, som det slutligt formulerat sin talan, i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. I den nu aktuella upphandlingen har upphandlande myndigheter föreskrivit att anbud med timpris som understiger ett visst belopp kommer att förkastas "eftersom det anses som oskäligt lågt". Upphandlade myndigheter har sålunda infört en gräns för när anbudet ska anses som oskäligt lågt och förkastas på den grunden. Om upphandlade myndigheter anser att ett pris som understiger ett visst belopp ska anses vara onormalt lågt måste myndigheten dock, för att på den grunden kunna förkasta anbudet, inleda ett kontradiktoriskt förfarande enligt 12 kap. 3 § LOU där anbudsgivaren får möjlighet att förklara sig. Att hantera frågan om onormalt låga priser i anbud genom att i förfrågningsunderlaget fastställa ett belopp, vars underskridande automatiskt leder till förkastande av anbudet med hänvisning till oskäligt lågt pris, är inte förenligt med 12 kap. 3 § LOU och de principer som uppbär lagstiftningen. Att på förhand fastställa en absolut gräns för vad som kan anses som onormalt lågt strider vidare mot huvudändamålet med LOU, nämligen att främja en sund konkurrens. Priset är det viktigaste konkurrensmedlet i den aktuella upphandlingen och ordningen att fastställa ett lägsta pris som inte får understigas är oförenligt med upphandlingens ändamål – att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Huruvida anbudet är onormalt lågt eller inte ska prövas från fall till fall, varvid anbudet i dess helhet ska bedömas. Vad gäller bolagets anbud är det uppenbart att det inte är onormalt lågt. Upphandlande myndigheter har själva genom formuleringen av villkoren i

förfrågningsunderlaget aktualiserat en tillämpning av 12 kap. 3 § LOU och regelverket som styr förfarandet när priset anses onormalt lågt ska följaktligen tillämpas. Detta framgår även av domar från EU-domstolen som C-103/88, Fratelli Costanzo och C-285--286/99, Lombardini och Mantovani, samt Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2598-13. Av dessa rättsfall framgår att förfarandet som regleras i 12 kap. 3 LOU ska tolkas som att inga absoluta gränser för onormalt lågt pris ska fastställas. Det finns inget utrymme för kringgående av bestämmelserna genom att hänvisa till att gränsen för det onormalt låga priset har redovisats öppet i förfrågningsunderlaget. Bestämmelsen om fast pris i artikel 67 i det nya direktivet klargör visserligen att upphandlande myndigheter har rätt att på förhand ange vilket pris som efterfrågas men förfarandet kan inte likställas med att på förhand ange var gränsen går för ett onormalt lågt pris.

Upphandlande myndigheter bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och anför bland annat följande. Bolaget har inte visat på skada på grund av att det kontradiktoriska förfarandet inte tillämpats före det att bolagets anbud utslöts från upphandlingen. Upphandlingen bestod av flertalet prispositioner vari anbudsgivaren skulle fylla i sina anbudspriser. För merparten av dessa positioner skulle anbudsgivarna fylla i enhetspriser för olika typer av utföranden. För timarvodet för målare uppställdes dock ett ska-krav gällande att arvodet inte fick vara lägre än 350 kr/tim. Anbud med timarvode under detta belopp skulle förkastas. Bolaget uppfyllde inte det uppställda kravet på lägsta timarvode för målare och förkastades därför.

Kravet som ställts upp i upphandlingen är klart och precist. 12 kap. 3 § LOU har inte varit tillämplig och bolaget kan därför inte anses lida skada eller riskerat att lida skada för att det kontradiktoriska förfarandet i aktuell bestämmelse inte tillämpats. Uteslutning av bolagets anbud är helt i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och en annan hantering hade stridit mot likahandlingsprincipen.

De domar som bolaget åberopar berör främst att olika relativa utvärderingsmodeller inte är tillåtna vid fastställandet av om ett anbud är att anse som onormalt lågt. Avgörandena kan inte inrymma tolkningen att en konkret lägsta beloppsnivå inte skulle vara tillåtet enligt LOU. I de åberopade domarna hade anbudsgivarna inte haft möjlighet att förutse om det anbud som de lämnade in skulle komma att godkännas eller inte. En sådan situation har inte varit för handen i denna upphandling. Bolaget anför vidare att en på förhand fastställd absolut gräns för vad som anses som onormalt lågt skulle strida mot huvudändamålen med LOU med motivering att det inte skulle främja en sund konkurrens och för att priset är det viktigaste konkurrensmedlet i aktuell upphandling. Det kan konstateras att bolaget inte visat på några bestämmelser i direktiven eller lagstiftningen i övrigt som reglerar att en uppställning av krav på lägsta prisnivå inte skulle vara tillåtet i en upphandling.

Ska-kravet på lägsta timarvode bryter vidare varken mot någon av de grundläggande principerna (likabehandling-, transparens-, icke-diskriminerings- och proportionalitetsprincipen samt principen om ömsesidigt erkännande) eller strider mot något av rättsordningen skyddat intresse. Det kan inte heller anses vara lagstiftarens mening att begränsa upphandlande myndigheter från att av interna affärsmässiga/strategiska skäl sätta en konkret lägsta beloppsnivå. Den upphandlande myndigheten kan ha flera olika syften till att bestämma en lägsta beloppsnivå, såsom att exempelvis locka fler anbudsgivare att lämna anbud (p.g.a. av exempelvis garanterade vinstmarginaler) eller av andra strategiska skäl som är desamma som när en upphandlande myndighet väljer att sätta upp en fast prisnivå och endast konkurrera om kvaliteten. I skälen till artikel 67 i de nya direktiven anges att fast pris med rörliga kvalitetsparametrar är tillåtet. Detta kan inte tolkas på annat vis än att lagstiftaren de facto inte ser något hinder mot att upphandlande myndigheter tillämpar olika typer av fastställande av konkreta prisnivåer eller att det för den delen skulle anses snedvrída konkurrensen, särskilt inte om det finns kvalitets-

parametrar som ger anbudsgivarna möjlighet att konkurrera mot varandra med. Genom analog tillämpning av vad som går att utläsa i skälen till artikel 67 bör en konkret lägsta beloppsnivå vara tillåten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) har genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017, upphört att gälla. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

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

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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.

Vid en ansökan om överprövning av upphandling är det den sökande parten som har att ange de omständigheter som han vill åberopa till stöd för att förutsättningarna för ett ingripande är uppfyllda (se RÅ 2009 ref. 69). För att domstolen ska finna grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit skada eller kunnat komma att lida skada, utan sökanden ska också visa att så varit fallet på grund av de brister som påtalats (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2013 ref. 53).

Enligt 12 kap. 3 § LOU får en upphandlande myndighet 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.

I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande under punkten B23 - *Prövning av anbud*.

”Varje anbudsområde utvärderas separat. Anbud med timarvode lägre än 350 kr/tim för målare kommer inte att antas, eftersom det anses som oskäligt lågt.”

Bolaget har härvid gjort gällande att det aktuella avsnittet ska förstås som en hänvisning till begreppet onormalt lågt anbud och att bolaget därför borde ha givits möjlighet att förklara sin prissättning i enlighet med 12 kap. 3 § LOU.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU utgör en skyddsregel för anbudsgivarna och tar sikte på att ett anbud inte får förkastas på grund av att det är onormalt lågt utan att anbudsgivaren har fått chansen att först lämna en förklaring. Enligt förvaltningsrättens mening syftar bestämmelsen dock inte till att reglera begränsningar av vilka ska-krav en myndighet kan välja att uppställa i en upphandling. Det finns därvid inget hinder mot att sätta ett lägsta prisspann eller s.k. golvpris. Enligt förvaltningsrättens mening ger ordalydelsen av det aktuella avsnittet i förfrågningsunderlaget inte utrymme för annan tolkning än att det är fråga om ett golvpris även om denna term inte har använts. I aktuell upphandling utgjorde prisspannet ett ska-krav som alla anbudsgivarna, genom vad som anges i förfrågningsunderlaget, var medvetna om innan anbudslämning. Upphandlande myndigheter har, trots att detta i sig inte är nödvändigt, motiverat kravet på en lägstanivå och därvid angett att man velat undvika oskäligt låga anbud. Även om formuleringen skulle kunnat göras på ett annat sätt medför det enligt förvaltningsrätten inte

att bestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU skulle aktualiseras. Inte heller har kravet varit så pass otydligt att det står i strid med principen om transparens. Vare sig det faktum att upphandlande myndigheter uppställt ett krav på lägsta pris i förfrågningsunderlaget eller att bolagets anbud förkastats för att anbudet inte uppfyllt kravet kan således anses innebära att upphandlingen skett i strid med LOU eller gemenskapsrätten. Det är ostridigt att bolaget har lämnat lägre priser än de aktuella prisnivåerna. Upphandlande myndigheter har därför haft fog för att förkasta anbudet. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1A LOU)

Lina Törnqvist
rådman

Målet har handlagts av föredraganden Nicklas Rydgren.



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.



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, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 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 avtal inte får ingås, 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 nå 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.