



KLAGANDE

Skanska Sverige AB, 556033-9086

Ombud: Advokat Magnus Vidänge
MVAdvokat AB

MOTPART

Jönköpings kommun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 11 oktober 2024 i
mål nr 3034-24, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar att Jönköpings kommuns upphandling Norra Strandgatan VA-förnyelse i samverkansform partnering (ref nr 24/52) ska rättas på så sätt att Skanska Sverige AB, vid en förnyad anbudsprövning, ska anses på ett tillfredsställande sätt ha förklarat sitt låga anbudspris.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Dok.Id 374965

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 11

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Skanska Sverige AB (bolaget) yrkar att kammarrätten upphäver kommunens tilldelningsbeslut och förordnar att upphandlingen ska rättas genom att ny anbudsutvärdering genomförs, varvid bolagets anbud ska beaktas, alternativt att upphandlingen görs om.

Kommunen anser att överklagandet ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

De diskussioner som parterna har fört är inte en sådan ”tydligt formulerad begäran” som ska krävs enligt vedertagen rättspraxis. Det saknar dock betydelse att kommunen inte levde upp till LUF:s krav på ett kontradiktoriskt förfarande, då även sådana omständigheter som framkommer under överprövningsprocessen ska beaktas vid bedömningen om ett anbud är att anse som onormalt lågt i LUF:s mening.

Bolaget är ett av Sveriges största byggbolag med en synnerligen god ekonomisk ställning. Det har aldrig förekommit att bolaget har vägrat att leverera enligt ett ingånget kontrakt. Även om bolaget har räknat fel i sitt kalkylarbete, eller det av andra skäl visar sig att ett specifikt projekt ger ett negativt resultat, fullföljer bolaget ingångna kontrakt. Det föreligger således redan härav en presumtion för att alla bolagets anbud alltid är seriöst menade. Det måste vara uppenbart även för kommunen.

Kommunen har i målet inte givit något annat argument för sitt beslut att förkasta bolagets anbud än att ”det föreligger en mycket stor skillnad mellan anbuderna”, med vilket avses de två anbud som kom in i upphandlingen. Kommunen baserar således hela sin bedömning på två anbud. Kommunen

har inte heller angivit någon hållbar bevisning för att de förklaringar som bolaget har lämnat på sitt lämnade pris inte är korrekta.

Bolaget kommer i denna entreprenad alltid att få betalt för sina yrkesarbetare. Yrkesarbetarna ersätts med faktisk avtalad lön med ett påslag om 31,42 %, plus ett påslag med den offererade procentsatsen om 5 %, plus ett påslag med det offererade entreprenörarvodet som är 10,9 %.

Bolaget har i förvaltningsrätten detaljerat och noggrant redovisat vilka överväganden som gjorts i kalkylarbetet och hur bolaget i detta projekt kommer att kunna hålla nere sina kostnader för resor, traktamente, handverktyg och mindre redskap samt hur bolaget avser få täckning för sina försäkringskostnader. Det är explicit dessa kostnader som kommunen har angivit ska täckas av den offererade procentsatsen för yrkesarbetare. Bolaget har även tydliggjort att det vore strategiskt mycket viktigt att få en möjlighet att genomföra ett projekt i strategisk samverkan med Jönköping, vilket är en av anledningarna till att bolaget i detta fall har valt att pressa sina priser extra mycket för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Det har ålegat förvaltningsrätten att pröva om bolagets anbud, trots att det förekommer ett lågt pris, är seriöst menat. Det är svårt att utläsa om det överhuvudtaget har gjorts en bedömning av frågan om det finns någon befogad anledning anta att bolagets påstått låga anbud skulle leda till leveransvägran eller på annan grund leda till att upphandlingen inte skulle få avsett resultat. Vidare har varken kommunen eller förvaltningsrätten gjort någon bedömning av bolagets anbud i dess helhet.

Påslaget på yrkesarbetare med procentsatsen om 5 % är således endast en mycket begränsad del av den totala ersättning som bolaget kommer att erhålla. Kommunen antyder att även andra parametrar än just den jämförelsevis låga procentsats som bolaget har offererat som påslag på

yrkesarbeters timmar har beaktats, men inte lämnat något svar på den frågan.

Kommunen

Det rör sig om ett större samhällsprojekt där den aktuella upphandlingen endast utgör en del. Det är utifrån 15 kap 7 § LUF väl motiverat att begära en förklaring av det onormalt låga anbudet. Kommunen har både skriftligt och i dialog mycket konkret begärt en sådan förklaring. Kommunen har beaktat allt vad som anförts av bolaget, men trots det inte kunnat finna att det finns en tillfredsställande förklaring.

Bolagets argumentation skulle närmast innebära att större företag i princip inte skulle kunna lämna ett onormalt lågt pris och att det alltid går att utgå från att större företag fullföljer avtal även vid grova felräkningar av anbud. Det är ett synsätt som enligt kommunen strider mot 4 kap 1 § LUF och likabehandlingsprincipen.

Det är alltså oklart vad bolaget har räknat med i sitt anbud som väsentligt skiljer sig från det andra anbudet och vad som ingår i kostnader för procentsats för yrkesarbetare. Att bolaget i efterhand lämnat allehanda vaga förklaringar till det låga anbudet förändrar inte den omständigheten att kommunen gjort en korrekt bedömning. Utgångspunkten är anbudet och den förklaring som lämnats av bolaget och inte en i efterhand förd argumentation. Det är inte korrekt att kommunen förkastat bolagets anbud endast genom att jämföra anbuds nivåer. Jämförelsen av anbudspris med övriga anbudspriser är endast en av flera parametrar som beaktats i bedömningen.

Bolagets anbud avseende ”procentsats för yrkesarbetare” får betydelse för hela bolagets anbud, som rent faktiskt innebär att det inte skulle föreligga faktisk kostnadstäckning för yrkesarbetare. Det är inte vanligt förekommande i branschen eller i upphandlingar hos Jönköpings kommun.

Bolagets anbud avviker väsentligt från hur anbud brukar se ut avseende aktuell typ av entreprenader. Bolagets anbud är därför onormalt lågt.

Bolaget hävdar att deras yrkesarbetare ersätts med faktisk avtalad lön med ett påslag om 31,42 %, plus ett påslag med den offererade procentsatsen om 5 %, plus ett påslag med det offererade entreprenörarvudet som är 10,9 %. Utöver dessa kostnader ska det betalas en mängd andra kostnader såsom arbetskläder, verktyg m.m. Bolaget har aldrig redovisat vilka kostnadsposter det lagt till grund för sin beräkning. Med beaktande (inräknat) ovan angivna pålägg finns ingen vinst och inte heller kostnadstäckning för personal.

Även om bolaget ska bedriva projektet med förlust får det anses rimligt att de lämnar en tydlig beräkning utifrån förfrågningsunderlaget för att rätten ska kunna finna att det föreligger en tillfredsställande förklaring. I förfrågningsunderlaget har angetts att samtliga personalkostnader ska vara täckta. Det ska understrykas att huvuddelen av entreprenaden utgörs av arbete och inte material. Kostnader för maskiner erhåller anbudsgivare täckning för.

Trots frågor har bolaget aldrig lämnat någon tillfredsställande förklaring om vilka kostnader som beräknats vilket inte är särdeles svårt. Avgifter enligt kollektivavtal utgör arbetstidsförkortning, fackliga kostnader, pension, löneskatt på pensioner, grupplivsförsäkringar, föräldrapenning och semesterersättning och enligt AUB.52 ingår resor, verktyg, skydd och arbetskläder samt utbildningar. Att redovisa lagstadgade sociala avgifter utgör inte svar på kommunens fråga.

Det finns ytterligare en parameter som avviker och det är poängsättningen för parametern ”Skriftlig redogörelse” (AUB 52). Bolaget fick 88 poäng medan den vinnande leverantören fick 105 poäng. I övrigt bedöms det inte finnas avvikelser vid en helhetsgranskning av anbuden.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Utifrån skillnaden i anbudspris mellan anbudsgivarna i upphandlingen och då särskilt av bolaget offererad procentsats för yrkesarbetare bedömer kammarrätten att bolagets anbud förefaller onormalt lågt. Kommunen har därför varit skyldig att genom det kontradiktoriska förfarande som föreskrivs i 15 kap. 7 § LUF inhämta bolagets förklaring till sitt låga anbudspris.

Det ankommer på den upphandlande enheten att vid ett öppet förfarande skriftligen tydligt formulera sin begäran om förklaring till ett lågt anbudspris så att anbudsgivaren ges möjlighet att på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt försvara varför dess anbud är allvarligt menat. En domstol har i sådana fall endast att pröva huruvida begäran om förtydligande gjorde det möjligt att i tillräcklig mån förklara innehållet i sitt anbud (jfr C-599/10 - SAG ELV Slovensko, punkterna 31 och 32).

Parterna är eniga om att de diskuterat bolagets procentsats för yrkesarbetare under den muntliga anbudspresentationen och att det därefter skulle skickas en skriftlig fråga till bolaget. Kommunens första skriftliga fråga avsåg huvudsakligen om bolagets angivna procentsats om 5 % var korrekt och bolaget ombads att förklara hur procentsatsen räknats fram. Bolagets svar var mycket kortfattat, vilket föranledde kommunen att ställa följande frågor.

- ”Förklara hur ni har räknat fram procentsatsen 5,0 %. Förklaringen ska bestå av en detaljerad beskrivning av vilka kostnader som ingår och ligger till grund för lönesumman som procentpåslaget tillämpas på. I samband med intervjutillfället angavs att ni tolkat in andra kostnader i sociala avgifter än lagstadgad social avgift om 31,42 %.”
- ”Redogör för projektets kostnad per timme, det innebär att ni ska ange en projektkostnad per timma (SEK/timme) med er procentsats för en yrkesarbetare som har en lön på 40 000 SEK/ månad före skatt exklusive sociala avgifter (31,42%). Andra kostnader än sociala avgifter som tillkommer ska ingå i beräkningen för projektkostnad per timme.”

Kommunen gav samtidigt ett exempel på beräkning av timkostnad för yrkesarbetare som tjänar 40 000 kr i månaden före skatt (baserat på 168 timmar per månad) och bolaget ombads att svaret skulle bestå av både en detaljerad beskrivning av den första frågan och en specifik timkostnad (SEK/timme) av den andra frågan.

Bolaget svarade följande

- ”Alla övriga personalkostnader, exklusive avtalad lön och sociala kostnader, ingår i procentpåslaget om 5%. Exempel på övriga kostnader är försäkringar, resor, traktamente, handverktyg och mindre redskap. För definition av handverktyg och mindre redskap, se litt 4.2 i Formulär LR06, Sveriges Byggindustrier. ”
- Vi är eniga i Ert räkneexempel. Om avtalad lön är 40 000 SEK/månad så blir personalkostnaden 328,50 SEK/timme.

Kammarrätten kan konstatera att all kommunikation i det tillämpade öppna förfarandet rörande bolagets erbjudna pris inte skett skriftligen och att kommunen, utifrån tillgängligt underlag, inte heller på ett tydligt sätt förklarat att frågorna har ställts på grund av bolagets anbud förefallit vara onormalt lågt samt att det utan ett tillfredsställande svar från bolaget inom viss tid skulle komma att förkastas. Upphandlingslagstiftningen är en förfarandelagstiftning (prop. 2015/16:195 s. 855, HFD 2013 ref. 5), vilket innebär att en upphandlande enhet är skyldig att tillse att i lag föreskriven leverantörsskyddande process fullt ut efterlevs. Kammarrätten bedömer att kommunen genom sitt handlande gentemot bolaget överträtt det reglerade kontradiktoriska förfarandet i 15 kap. 7 § LUF.

Eftersom kommunen inte ombesörjt det kontradiktoriska förfarandet på ett lagenligt sätt vid prövningen av aktuellt anbud anser sig kammarrätten, i motsats till om kommunen hanterat denna process på ett korrekt sätt, vara oförhindrad att beakta de ytterligare förklaringar som bolaget har anfört under överprövningsprocessen (jfr HFD 2016 ref. 3 I och II).

Bedömningen av om en anbudsgivares förklaringar är tillfredställande och anbudet trots det låga priset är seriöst menat ska göras i varje enskilt fall med hänsyn till upphandlingsföremålet (prop. 2006/07:128 s. 407). Det är bolaget som ska ge in bevisning som förklarar det låga priset (prop. 2015/16:195 s. 1115 och C-599/10 - SAG ELV Slovensko, punkterna 28 och 29). Kravet på bevisning måste ställas i proportion till den avvikelse som ska förklaras (se Kammarrätten i Stockholms dom den 14 maj 2024 i mål nr 7295-23).

Enligt kammarrätten har bolaget i tillräcklig grad under överprövningsprocessen redovisat hur påslaget om 5 % på avtalad lön inklusive sociala avgifter ger bolaget kostnadstäckning. Bolaget har även anfört att ytterligare ett motiv till prissättningen är att det vill in på den aktuella lokala marknaden. Vidare anser kammarrätten att anbudspriset inte saknar affärsmässighet eller ger befogad anledning att anta att det låga priset skulle leda till leveransvägran eller till att upphandlingen inte skulle få avsett resultat. Kammarrättens finner därför sammantaget att bolaget givit en tillfredställande förklaring till sitt låga anbudspris. Det har därför inte funnits grund att förkasta bolagets anbud på det sätt som skett.

Genom att förkasta bolagets anbud har kommunen således brutit mot 15 kap. 7 § LUF och den grundläggande principen om likabehandling. Till följd av detta har bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Överklagandet ska därför bifallas och upphandlingen ska rättas på så sätt att bolaget, vid en förnyad anbudsprövning, ska anses på ett tillfredsställande sätt ha förklarat sitt låga anbudspris.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär KR-09).

I avgörandet har kammarrättsrådet Tomas Kjellgren (ordförande), kammarrättsrådet Anders Poulsen och tf. kammarrättsassessorn Louise Millqvist (referent) deltagit.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING****DOM**
2024-10-11
Meddelad i JönköpingMål nr
3034-24**SÖKANDE**

Skanska Sverige AB, 556033-9086

Ombud: Advokat Magnus Vidänge
MVAdvokat AB**MOTPART**

Jönköpings kommun

SAKENÖverprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom
försörjningssektorena (LUF)**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Skanska Sverige AB:s ansökan om överprövning
och Jönköpings kommuns begäran om upphävande av förlängd avtalsspärr.

BAKGRUND

Jönköpings kommun (kommunen) genomför ett öppet upphandlingsförfarande
gällande projektet förnyelse av VA-nätet i huvudsak utmed Norra Strandgatan
i Jönköping (ref.nr. 24/52). Upphandlingen genomförs som en samverkans-
entreprenad, en s.k. partnering, uppdelad i två faser. Under Fas 1 granskar
parterna sedan tidigare utförd projektering för att identifiera eventuella för-
bättringsmöjligheter. Under Fas 2 sker därefter färdigprojektering samt ut-
förande av entreprenaden.

Genom tilldelningsbeslut har NCC Sverige AB (NCC) antagits. Skanska
Sverige AB (Skanska), vars anbud av kommunen har förkastats såsom
onormalt lågt, har ansökt om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Skanska yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås i sin helhet samt yrkar för egen del att förvaltningsrätten ska besluta om att häva avtalsspärren. För det fall att rätten finner att Skanska inte har lagt anbud med onormalt lågt pris, eller att Skanska anses ha lämnat en tillfredsställande förklaring därtill och att grund för att förkasta anbudet saknas, ska utvärderingen göras om.

VAD PARTERNA BLAND ANNAT FÖR FRAMSkanska

Kommunen beslutade under sin kvalificering och utvärdering av anbudet att förkasta Skanskas anbud då det bedömdes vara ”onormalt lågt”. Enligt 15 kap. 7 § LUF finns det en möjlighet att förkasta ett anbud som är onormalt lågt. Det förutsätter dock att anbudsgivaren har beretts möjlighet att förklara det lämnade priset.

Som framgår av lagtexten är det alltså fråga om ett kontradiktoriskt förfarande där anbudsgivaren måste ges möjlighet att lämna en förklaring till ett anbud som förefaller vara onormalt lågt. Enligt rättsfallet HFD 2016 ref. 3 ska anbudsgivaren få tillfälle att lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att anbudet är allvarligt menat. Den upphandlande myndigheten ska tydligt formulera den begäran som riktas till den berörda anbudsgivaren, så att denne har möjlighet att på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt förklara sitt anbud. Så har inte skett i denna upphandling. Kommunen har endast genom en s.k. privat fråga i upphandlingsverktyget, efter att anbud lämnats, frågat Skanska om dess offererade procentsats för yrkesarbetare under Fas 2 var 5.0 procent

samt efterfrågat en förklaring hur procentsatsen beräknats. Efter Skanskas svar återkom kommunen med ännu en s.k. privat fråga och klargjorde att frågan inte hade besvarats på ett korrekt sätt. Skanska svarade därefter på den förtydligande frågan och bekräftade vad som ingick i det offererade procentpåslaget om 5 procent. Denna skriftväxling kan inte anses uppfylla kravet på en tydligt formulerad begäran såsom den upphandlande enheten enligt praxis måste framställa till anbudsgivaren för att det ska vara möjligt att förkasta ett anbud som onormalt lågt. Kommunen har genom sitt agerande brutit mot 15 kap. 7 § LUF. Skanska har inte ens förstått att detta varit kommunens uppfattning. Det har dock klarlagts genom kommunens yttrande till förvaltningsrätten, att det är Skanskas offererade ”Procentsats för yrkesarbetare” som kommunen anser vara onormalt låg.

Skanskas anbud är dock inte onormalt lågt. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivarna ange en ”Procentsats för yrkesarbetare” som ska täcka ”Alla övriga personalkostnader”, förutom avtalad lön och sociala avgifter. Därutöver ska entreprenören ersättas med en ytterligare procentsats som beräknas på totalkostnaden för yrkesarbetarens lön och sociala avgifter, för täckande av ”övriga personalkostnader”. Sådana kostnader utgörs enligt kommunen av kostnader för exempelvis ”försäkringar, resor, traktamente, handverktyg och mindre redskap”. För täckande av dylika kostnader har Skanska i sitt anbud offererat en procentsats om 5 procent, vilket kommunen ansett vara för lågt.

I den aktuella entreprenaden avser Skanska att använda sig enbart av yrkesarbetare som bor i Jönköping. Det kommer därför inte att uppkomma några kostnader för resor eller traktamenten. Skanska äger de handverktyg och mindre redskap som man räknar med behövs i entreprenaden, varför inte heller sådana kommer att tynga projektet med kostnader. 5 procents påslag är tillräckligt.

Vad gäller ”försäkringar” är detta normalt sett en post som antingen, vid entreprenader som utförs på löpande räkning, ersätts separat enligt AB 04 kap 6 § 9, punkt 6 eller en post som ingår i den fasta delen som fastställs enligt det offererade entreprenörsarvodet. Försäkringar är en post som svårligen låter sig delas upp och separeras mellan olika projekt och individer. Skanska har därför i detta projekt, som ofta annars, valt att inkludera dessa kostnader i entreprenörsarvodet. Hur entreprenören väljer att fördela sina kostnader på olika poster i en total prissättning av en entreprenad, är inte en fråga som beställaren kan eller får ha några synpunkter på.

Det vore strategiskt mycket viktigt för Skanska att få genomföra projektet i samverkan med kommunen. Det är en av anledningarna till att priset pressats extra mycket för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Konkurrensen på marknaden är mycket hård och prissättningen utgör en stor del av det strategiska arbetet med att bibehålla och öka marknadsandelar. Skanska har analyserat en stor mängd avtal med liknande ersättningsmodell och har många års erfarenhet av liknande kontrakt. Det innebär inte att anbudet är att anse som onormalt lågt. Tvärtom är arbetena prissatta utifrån bedömningen att projektet kommer att generera skälig vinst på kontraktet som helhet.

När det gäller entreprenörsarvodet är det av relevans att beakta det entreprenörsarvode för Fas 2 som Skanska har offererat. Det ligger till grund för den fasta delen av ersättningen till entreprenören. Påslaget kommer i den aktuella entreprenaden att beräknas på ett betydligt större belopp än vad som gäller för procentsatsen för yrkesarbetare, då samtliga andra typer av kostnader i entreprenaden m.m. avsevärt överstiger antalet timmar för yrkesarbetare. För dessa ”övriga kostnader” har Skanska offererat ett entreprenörsarvode om 10,9 procent. Det är dock inte helt enkelt att jämföra olika entreprenader/upphandlingar med varandra för att fastställa vad som är en normal nivå. I denna entreprenad är dock de poster som ska täckas av entreprenörsarvodet färre än vad som annars är brukligt. Det innebär att den offererade procent-

satsen är förhållandevis hög med den påverkan det har på Skanskas marginal i projektet.

Den modell som kommunen har valt att tillämpa för ersättning för yrkesarbetare avviker från vad som är gängse i branschen. Det är knappast möjligt att med bibehållen trovärdighet hävda att en viss offererad procentsats avseende denna begränsade del av kontraktssumman, avviker från vad som är normalt i branschen. Det normala är antingen att även yrkesarbetare, på samma sätt som tjänstemannaorganisationen i den här entreprenaden, ersätts enligt avtalade timpriser där ”samtliga kostnader för respektive resurs” ingår. Eller så ingår ”övriga kostnader” för yrkesarbetare i entreprenörsarvodet/den fasta delen. Det kom in endast två anbud i denna upphandling. Att NCC offererat 75 procent påslag på yrkesarbetares lön kan inte heller ges någon avgörande betydelse i prövningen. Att grunda bedömningen på endast två jämförelseobjekt är inte trovärdigt.

Respektive leverantörs fiktiva utvärderingssumma är endast relevant vid utvärdering av anbuden och saknar betydelse för kontraktssumman. Skillnaden mellan den faktiska kostnaden för entreprenaden är betydligt mindre. I vart fall är det normalt i branschen med stor skillnad. Snarare blir slutsatsen att kommunen grundar sin bedömning på godtycke samt att de kommer att få betala ett överpris för entreprenaden, jämfört med vad den rätteligen borde kosta.

Skanska är ett av Sveriges största byggföretag och har möjlighet till stordriftsfördelar och effektivt resursutnyttjande. Därtill har bolaget en god ekonomisk ställning. Det finns därmed en tveklös förmåga att leverera enligt avtalet till det offererade priset. Det finns inget som indikerar att Skanskas anbud och prisättning är oseriös. I praxis har anbudsgivare tillåtit pressa sina vinstmarginaler, eller till och med gå med förlust, som ett led i en medveten strategi

för att vinna marknadsandelar utan att det har ansetts vara ett onormalt lågt anbud.

Det är förvisso anbudsgivaren som har att visa att det lämnade anbudet är seriöst menat. Men innan bevisbördan landar på anbudsgivaren är det den upphandlande enheten som måste kunna bevisa att det finns fog att anta att ett anbud är onormalt lågt. Kommunen har inte uppfyllt sin bevisbörda, eller ens försökt påvisa att det skulle finnas anledning att anta att Skanskas anbud inte är seriöst menat. En ytterligare relevant aspekt är om det är tillräckligt att endast en separat del av anbudet anses vara låg, och att det ska kunna motivera ett förkastande av hela anbudet. Eller om det är anbudet i sin helhet som ska bedömas.

Genom kommunens agerande, utan att först ge Skanska en möjlighet att förklara det lämnade priset och trots att det inte har funnits stöd i LUF att förkasta det, har Skanska lidit skada. Skanska har i sin ansökan om överprövning på ett tillfredsställande sätt förklarat hur anbudsarbetet har genomförts och vilka överväganden som legat till grund för anbudet. Detta inklusive en förklaring till den offererade procentsatsen om 5 procent för yrkesarbetare. Bevisbördan som ligger på Skanska är därmed uppfylld. Det faller därmed på kommunen att visa på motsatsen, att anbudet inte varit seriöst menat. Kommunen har inga faktiska argument som skäl för sin bedömning. De har därmed inte efterlevt LUF:s grundläggande princip om likabehandling av anbudsgivare och har därmed inte agerat i enlighet med LUF.

Skanska bestrider kommunens särskilda yrkande om att förvaltningsrätten ska besluta att den förlängda avtalsspärren inte ska gälla. Det är en grundläggande princip i en rättsstat att ett offentligt organs beslut ska kunna prövas mot gällande lagstiftning, vilket möjliggörs genom avtalsspärren. Skanskas ansökan om överprövning är inte uppenbart ogrundad eller inlämnad av rent okynne.

Åtgärden att häva en avtalsspärr är därmed ett undantag som enligt förarbeten och doktrin ska användas restriktivt och i rena undantagsfall.

Kommunen

Det inkom två anbud i upphandlingen. Dessa från Skanska och NCC. För förvaltningsrättens prövning är det av väsentlig betydelse att domstolen bedömer helheten i anbudsförfarandet. Det framgår av upphandlingsunderlaget att det ingår muntlig anbudspresentation genom intervju. Det är den upphandlande enheten som avgör vad som förefaller vara ett onormalt lågt anbud utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Är anbudet uppenbart onormalt lågt anges i doktrinen att den upphandlande enheten kan hänvisa till vad som är onormalt avseende aktuella kontraktsföremålet, men även för branschen.

För den aktuella upphandlingen ska anbudsgivare i sitt anbud ange ”Procentsats för yrkesarbetare” på avtalad lön. Procentsats för yrkesarbetare är en stor kostnadspost i upphandlingen. Skanska har lämnat ett anbud med en procentsats om 5 procent för yrkesarbetare. Det avviker helt från vad som får anses normalt utifrån kontraktsföremålet och utifrån branschen. Skanska skulle inte få kostnadstäckning för en yrkesarbetare med de kostnader det innebär. Om anbudet hade utvärderats, vilket i och för sig inte skedde eftersom det förkastades, hade anbudspriset uppgått till 31 330 000 kr. Detta att jämföra med NCC:s anbud om 50 160 000 kr. Skillnaden uppgår till ca 40 procent och är anmärkningsvärd. Den är i huvudsak hänförlig till procentsats för yrkesarbetare. Såväl berörd del som hela anbudet är därmed onormalt lågt. NCC har också fått lämna förklaring till dess pris. Inget talar för att det är ett överpris avseende ”Procentsats för yrkesarbetare”.

Skanska har vid flera tillfällen fått möjlighet att förklara sitt anmärkningsvärt låga anbud. Redan inför anbudspresentation förklarades att priset för procentsatsen yrkesarbetare var onormalt lågt och inte ansågs kunna täcka kostnader

för yrkesarbetare. Vid intervjun enades man om att frågan skulle handläggas skriftligt. Kommunen gjorde således Skanska väl medvetna i ett tidigt skede om att kommunen uppfattade angiven ”Procentsats för yrkesarbetare” som onormalt låg. Trots begäran om förtydligande har Skanska inte lämnat någon tillfredsställande förklaring. Därför var det uteslutet för kommunen att jämföra anbudet på ett konkurrensneutralt sätt. Det föranledde de s.k. privata frågorna i upphandlingsverktyget. Vidare har det skett telefonsamtal mellan kommunen och Skanska. Det har därmed varit tydligt vad kommunen efterfrågat, men inte fått någon tillfredsställande förklaring. Skanska har därmed vid ett flertal tillfällen beretts möjlighet att på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt förklara sitt anbud avseende ”Procentsats för yrkesarbetare”.

Det är Skanska som har bevisbördan för att lämnat anbud är seriöst. Kommunen är inte beredd att ingå avtal i ett samhällskritiskt projekt som saknar affärsmässig bärighet. Det är väsentligt att även en större aktör har anbud som bedöms tillförlitliga och där stora samhällsprojekt med säkerhet kan genomföras. Skanskas anbud med onormalt lågt pris innebär en oacceptabel samhälls- och ekonomisk risk. Flertalet av Skanskas överväganden har inte tidigare presenterats. Det rör sig därför närmast om efterhandskonstruktioner.

Avtalsspärren ska hävas då projektet är samhällskritiskt och måste samordnas med andra arbeten. Skanskas talan är grundlös. Skadan och olägenheterna av en avtalsspärr är betydligt större för kommunen än en eventuell skada för Skanska.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande regler m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 19 kap. 2 § LUF 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i LUF och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LUF besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande enheten, enligt 15 kap. 7 § LUF, begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Den upphandlande enheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Det ankommer på den upphandlande enheten att i varje enskilt fall bedöma om ett anbud förefaller vara onormalt lågt inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger (se rättsfallet HFD 2016 ref. 3 I). En sådan omständighet som kan medföra att ett anbud anses onormalt lågt är exempelvis om det ligger väsentligen under övriga anbud i upphandlingen (se Kammarrätten i Sundsvalls dom meddelad 20 mars 2018 i mål nr 207-208-18). Enbart påståenden, såsom att leverantören tagit rimlig höjd för kostnader eller mer allmänt hållna förklaringar, räcker som utgångspunkt inte för att en förklaring ska vara tillfredsställande.

Utdrag ur upphandlingsdokument

På sid. 19-20 i det aktuella upphandlingsdokumentet, aktbilaga 4, anges följande.

AUB.52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud

Anbudet med bästa förhållandet mellan pris och kvalitet kommer att antas

Vid bedömning av vilket anbud som har bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kommer B att beakta L:s anbud, anbudspresentation inklusive efterföljande intervju.

Utvärdering kommer att ske enligt mervärdesmodellen.

De kriterier som utvärderas är:

- Timpriser
- Procentsats för beräkning av arvode, Fast del.
- Procentsats för yrkesarbetare

Leverantörens anbud och anbudspresentation:

- *Organisation*
- *Planering*
- *Genomförande*

Summan av priserna under AUB.52 *Timpriser, Entreprenörarvode Fast del Fas 2* och *Procentsats för yrkesarbetare* är det samma som anbudssumman.

Övriga kriterier ger ett mervärde med fiktiva summor. Efter reducering av anbudssumman med erhållet mervärde fås en jämförelsesumma. L som erhåller den lägsta jämförelsesumman har anbudet med bästa förhållandet mellan pris och kvalitet och kan bli aktuell för kontraktsskrivning.

Om två eller flera L erhåller lika jämförelsesumma kommer den L som erhållit högst poäng vid Leverantörens anbudspresentation och Intervju med nyckelpersoner att rangordnas högre. Om dessa har samma poäng vid dessa kriterier kan tilldelning ske efter förhandling och skiljebud.

Timpriser

L anger offererade timpriser för respektive resurs exklusive mervärdeskatt.

Timpriser ska avse resurser med erfarenhet och kompetens enligt beskrivna krav och innefatta samtliga kostnader för respektive resurs, exempelvis resor, traktamente och övriga ersättningar samt utrustning.

Offererade priser är bindande och ska gälla oaktat mängd beställda tjänster.

Entreprenörarvode Fast del Fas 2

Utifrån överenskommen *Riktkostnad* ska Fas 2 genomföras med gemensam ekonomistyrning mot upprättad budget, med budgetavstämningar och kostnadsstyrning.

Beställningsskrivelsens Kontraktssumma består av en överenskommen Riktkostnad för projektet och ett i förväg avtalat arvode, benämnt Fast del. Fast del tas fram genom avtalat procentpåslag, på beräknad Riktkostnad. Riktkostnaden är den kostnad som B och L tillsammans har tagit fram för att genomföra projektet under Fas 2 på avtalat sätt.

B ersätter E i form av rörlig ersättning enligt prestationsbunden betalningsplan baserad på Riktkostnad för allt arbete, material och hjälpmedel. Visar kvalitetsuppföljningen att avtalade egenskaper inte uppnåtts, upprättas i dialog en beskrivning av vilka åtgärder som skall utföras för att avtalade egenskaper skall uppfyllas. För detta ändringsarbete utgår ingen ersättning till E.

Genom att L har accepterat obligatoriska krav och villkor, innefattar denna acceptans också alla eventuella merkostnader som tillkommer vid respektive beställningsskrivelse till följd av lämpliga och nödvändiga ändringar och tillägg av AB 04.

Procentsats för yrkesarbetare

Yrkesarbetare i entreprenaden ersätts med ett procentpåslag på avtalad lön inklusive sociala avgifter. Alla övriga personalkostnader ska täckas av

procentpåslaget.

Exempel på övriga kostnader är försäkringar, resor, traktamente, handverktyg och mindre redskap. För definition av handverktyg och mindre redskap, se *litt 4.2 i Formulär LR06*, Sveriges Byggindustrier.

Förvaltningsrättens bedömning

Prövning av onormalt lågt anbud

Ett tilldelningsbeslut måste innehålla tillräckligt med information för att en anbudsgivare ska ha möjlighet att ansöka om överprövning (jfr prop. 2009/10:180 s. 113). Även om Skanska anser att aktuellt tilldelningsbeslut är för otydligt avseende vad som menas med onormalt lågt pris, saknas anledning för åtgärd enligt LUF med anledning av detta. Rätten bedömer att det, utifrån vad som framgått av handlingarna, måste anses ha varit tillräckligt tydligt för Skanska vad kommunen hade ifrågasatt. Vid tillämpning av motsvarande bestämmelse i lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 16 kap. 7 §, har ansetts att en upphandlande myndighet har en förhållandevis stor frihet att avgöra vad som utgör ett onormalt lågt anbud. I mål där en leverantör gör gällande att det vinnande anbudet är onormalt lågt krävs det att den klagande leverantören förebringar förhållandevis stark bevisning till stöd för sitt påstående (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 mars 2018 i mål nr 2895-2896-17). I nu nämnda avgörande påtalas även att myndigheten har en relativt stor frihet att avgöra vad som ska anses vara ett onormalt lågt anbud.

Även om parterna inte är överens bedömer förvaltningsrätten att ifrågasatt kostnad får anses täcka en tämligen stor del av upphandlingen. Däri har även kostnad för försäkringar specificerats att ingå. Rätten anser sammanfattningsvis att kommunen har haft fog för att bedöma bolagets anbud som onormalt lågt.

Det finns inte heller skäl att ifrågasätta att kommunen har brutit mot 15 kap. 7 § LUF.

Det finns inget krav på att leverantörer ska lämna anbud som innebär att de förväntas gå med vinst eller på annat sätt göra en bra affär. Däremot krävs det att ett anbud är seriöst menat och att det kan antas att leverantörerna har en vilja och förmåga att fullgöra avtalet enligt de i anbudet och upphandlingsdokumentet ställda villkoren. Bevisbördan måste ställas i proportion till den avvikelse som förklaras (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 14 maj 2024 i mål nr 7295–23).

Skanska har ursprungligen främst fokuserat på vad som ingår i procentpåslaget och dess formel för beräkning av anbudspris. I den konkreta delen framgår endast att man ska använda lokal arbetskraft och att man redan förfogar över handverktyg och mindre redskap. Försäkringar anses kunna hänföras till entreprenörsarvodet. De förklaringar som Skanska har lämnat anser rätten vara mer allmänt hållna och bekräftar inte hur man på ett realistiskt sätt har kommit fram till aktuell kostnad för yrkesarbetare. Detta trots vad Skanska har fört fram, t.ex. om bolagets goda ekonomi, stordriftsfördelar, verksamma på en konkurrensutsatt marknad med behov att pressa priser för att vinna upphandlingar där skälig vinst ändå kommer genereras. Förvaltningsrätten anser inte att ansökan ska bifallas i denna del.

Transparensbrister

Vad gäller transparens anser förvaltningsrätten att förutsättningarna för anbudsgivning avseende procentsats för yrkesarbetare är tillräckligt tydliga i upphandlingsdokumentet AUB.52. Därför avslås ansökan om överprövning i sin helhet.

Upphävande av förlängd avtalsspärr

Möjligheten att upphäva en förlängd avtalsspärr har införts för att undvika orimliga konsekvenser. En upphandling ska inte fördröjas genom en ansökan om överprövning som uppenbarligen saknar grund. Effekten av att spärren upphävs blir att myndigheten omedelbart får ingå avtal. Därmed minskar leverantörens möjlighet till överprövning. Möjligheten bör därför användas endast i undantagsfall och med stor försiktighet (se rättsfallet HFD 2020 ref. 19 och prop. 2009/10:180 s. 127). Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten, även med beaktande av vad kommunen har anfört, att det inte har kommit fram tillräckliga skäl i målet för att upphäva den förlängda avtalsspärren.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga 1 (FR-05).

Eleonora Dufva

Tf. rådmannen Eleonora Dufva har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.



Hur man överklagar

KR-09

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga det till Högsta förvaltningsdomstolen. Överklagandet ska skickas till kammarrätten. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga beslutet.

I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen senast den dag tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen är en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får Högsta förvaltningsdomstolen inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva ett överklagande. Högsta förvaltningsdomstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rätts-tillämpningen att överklagandet prövas, eller
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller kammarrättens beslut. Det är därför viktigt att du i överklagandet tar med allt som du vill föra fram.

Så här gör du

1. Skriv kammarrättens namn, målnummer och beslutsdatum.
2. Förklara vilken ändring du vill ha och varför du tycker att beslutet ska ändras.
3. Förklara varför du anser att Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd ovan).
4. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Bifoga de skriftliga bevis du hänvisar till om de inte redan finns i målet.
5. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer. Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om hur domstolen kan nå dig: e-postadresser, postadresser,

och telefonnummer. Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.

6. Skicka eller lämna in överklagandet till kammarrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Kammarrätten kontrollerar att överklagandet har kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet, och då står kammarrättens beslut fast.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar kammarrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta förvaltningsdomstolen.

Har du tidigare fått handlingar med förenklad delgivning kan även Högsta förvaltningsdomstolen skicka handlingar på detta sätt.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med kammarrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.