



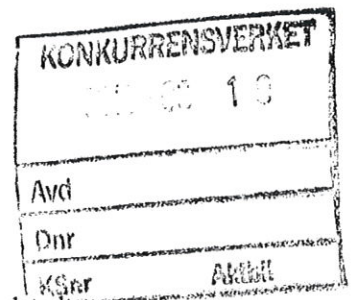
**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2018-03-16
Meddelad i Jönköping

Mål nr 2895–2896-17

1



KLAGANDE

Sandå Sverige AB, 556467-7119

Ombud: Advokaterna Maria Pedersen och Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Pedersen AB

MOTPARTER

1. Karlshamns kommun
2. Karlshamnsfastigheter AB, 556188-5160

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 16 oktober 2017 i
mål nr 1844–1845-17, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Dok.Id 220541

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

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

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Sandå Sverige AB (Sandå) yrkar i första hand att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från Stoby Måleri AB (Stoby) förkastas. Sandå yrkar i andra hand att kammarrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att Karlshamns kommun och Karlshamnsfastigheter AB begär en förklaring av Stobys onormalt låga anbud enligt 16 kap. 7 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

Karlshamns kommun och Karlshamnsfastigheter AB (hädanefter kommunen) motsätter sig bifall till överklagandet.

VAD PARTERNA ANFÖR

Sandå

De möten som påstås ha ägt rum under år 2016 visar inte att upphandlingen påbörjades det året. Även om upphandlingen skulle anses ha påbörjats år 2016 ska bestämmelserna om onormalt låga anbud i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling tillämpas.

De priser som Stoby har lämnat är 75-117 procent lägre än övriga anbud. Kommunen har i yttrande till förvaltningsrätten medgett att övriga anbud i upphandlingen var avsevärt högre. Det innebär att Stobys pris ”förefaller” vara onormalt lågt. Någon annan bedömning kan inte göras.

Upphandlande myndigheter är skyldiga att begära en förklaring till ett anbud som förefaller vara onormalt lågt. Myndighetens bedömningsutrymme får inte sträckas så långt att bestämmelsen förlorar sitt syfte genom att den upphandlande myndigheten tolkar fram en förklaring till ett lämnat anbud.

Om anbudet förefaller vara onormalt lågt ankommer det på leverantören att visa att så inte är fallet. Kommunen kan inte genom att enbart påstå att den inte har gjort bedömningen att Stobys anbud är onormalt lågt undkomma skyldigheten att begära en förklaring. Det är i strid med lagen om offentlig upphandling att, som kommunen gör, påstå att kommunen har gjort en bedömning av offererat pris och möjliga förklaringar. Det är Stoby som ska lämna en förklaring och inte kommunen som ska uppskatta en förklaring.

Kommunen

Upphandlingen påbörjades den 29 november 2016. Projektet startades genom att alla Karlshamns kommuns bolag fick frågan om de önskade delta i en upphandling av måleriarbeten. Karlshamns kommun och Karlshamnsfastigheter AB hade ett projektmöte inför upphandlingen den 20 december 2016.

Stobys anbud har inte uppfattats som onormalt lågt. Trots detta har kommunen nogsamt undersökt anledningen till att Stobys påslag på riksprislistan är lägre än påslagen för övriga anbud. Kommunen kunde försäkra sig om att Stoby hade tolkat upphandlingsdokumenten korrekt. Ett påslag om 75 procent på riksprislistan ger anbudsgivaren en god marginal samtidigt som upphandlande myndighet känner sig trygg i att anbudsgivarens medarbetare kommer att erhålla avtalsmässig ersättning. Det är endast om ett anbud förefaller vara onormalt lågt som kravet på en utredning av det låga priset träder in. Det har således inte funnits någon skyldighet att avkräva Stoby en förklaring. Kommunen kan därmed inte heller anses ha agerat i strid med lagen om offentlig upphandling.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

I målen har inte framkommit att Karlshamns kommun och Karlshamnsfastigheter AB under år 2016 har vidtagit någon sådan utåtriktad åtgärd som innebär att upphandlingsförfarandet ska anses ha påbörjats före det att lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft (jfr rättsfallet HFD 2013 ref. 31). Vid sådant förhållande följer av övergångsbestämmelserna att denna lag ska tillämpas i målen.

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt ska den upphandlande myndigheten, enligt 16 kap. 7 § första stycket LOU, begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska, enligt andra stycket, förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Enligt tredje stycket ska en upphandlande myndighet också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Upphandlande myndighets skyldighet att förkasta onormalt låga anbud

Kammarrätten har inledningsvis att ta ställning till om en domstol kan besluta om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling, på den grunden att den upphandlande myndigheten inte har bedömt att ett anbud förefaller vara onormalt lågt och av denna anledning inte har funnit skäl att begära en förklaring till anbudspriserna eller anbudskostnaderna från anbudsgivaren.

En upphandlande myndighet ska utan att begära en förklaring förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbets-

rättsliga skyldigheter. I andra fall gäller att skyldigheten att förkasta ett anbud inträder först när myndigheten eller enheten har gjort bedömningen att anbudet är onormalt lågt och leverantören inte har förklarat detta på ett tillfredställande sätt (jfr prop. 2015/16:195 s. 795-796). Det råder emellertid ingen tvekan om att det även ankommer på den upphandlande myndigheten att identifiera anbud som ur pris- eller kostnadshänseende är misstänkt låga (jfr EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani, punkt 55 och HFD 2016 ref. 3).

Om en upphandlande myndighet underlåter att iaktta sin skyldighet att identifiera misstänkt låga anbud till men för upphandlingens effektivitet och med ökad risk för att oseriösa anbud antas, anser kammarrätten att denna brist bör kunna ligga till grund för ett ingripande enligt lagen om offentlig upphandling. En annan ordning, där bedömningen av vad som är ett onormalt lågt anbud helt överläts till den upphandlande myndighetens fria skön och inte kan bli föremål för överprövning, skulle enligt kammarrätten innebära att myndighetens skyldighet att förkasta onormalt låga anbud enligt 16 kap. 7 § andra och tredje stycket LOU urholkas. Det bör således vara möjligt att besluta om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling på den grunden att den upphandlande myndigheten har underlåtit att begära en förklaring till ett anbud som förefaller vara onormalt lågt.

Bevisbörda och beviskrav

Någon definition av begreppet onormalt låga anbud finns varken i lagen om offentlig upphandling eller i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2016 ref. 3 uttalat att det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma om ett anbud är onormalt lågt, inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger. Utformningen av bestämmelsen i 16 kap. 7 § LOU ger enligt kammarrätten upphandlande myndighet en förhållandevis stor frihet att avgöra vad som utgör ett onormalt lågt anbud.

I mål som de aktuella, där sökanden är en förlorande anbudsgivare som gör gällande att vinnande anbudsgivares anbud inte borde ha antagits utan att upphandlande myndighet först begärt en förklaring, är det enligt kammarrätten sökanden som har bevisbördan för att anbudet förefaller vara onormalt lågt. Eftersom kommunen har en relativt stor frihet att avgöra vad som ska anses vara ett onormalt lågt anbud måste det krävas att sökanden förebär förhållandevis stark bevisning till stöd för att anbudet är att betrakta som onormalt lågt.

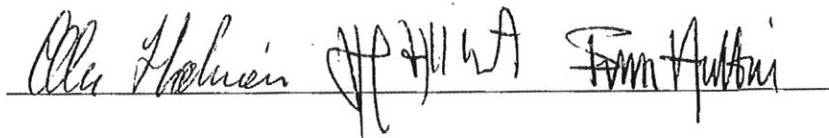
Bedömningen i de aktuella målen

Sandå har anfört att Stobys priser är 75-117 procent lägre än övriga anbudsgivares offererade priser. Sandå har vidare i yttrande till förvaltningsrätten anfört att Stobys påslag för invändig målning, med beaktande av rådande snittlöner, helglöner, avgift till måleriföretagen m.m., endast lämnar cirka 10 kr per timme till att täcka materialkostnaderna. Enligt Sandå är bolagets eget snitt för att täcka materialkostnader vid motsvarande arbeten 75 kr per timme. Sandå gör mot denna bakgrund gällande att Stoby med angivna priser inte kommer att kunna uppfylla sina social- och arbetsrättsliga skyldigheter.

Kommunen har vitsordat att Stobys anbud är lägre än övriga anbudsgivares anbud. Kommunens uppfattning är emellertid att ett påslag om 75 procent på riksprislistan ger anbudsgivare en god marginal och att det inte är så lågt att det ger anledning att befara att leverantörens anställda inte kommer att erhålla avtalsmässig ersättning. Enligt kammarrätten står de åtgärder som kommunen har vidtagit för att dra denna slutsats inte i strid med lagen om offentlig upphandling, såsom Sandå har gjort gällande. Åtgärderna måste istället anses ingå som ett led i identifierandet av misstänkt låga anbud.

Kammarrätten konstaterar att det är ostridigt att Stobys priser i aktuella delar är lägre än de priser som övriga anbudsgivare har lämnat. Parterna har dock olika uppfattningar om huruvida Stobys priser är så pass låga att de innebär att Stoby inte kommer att kunna uppfylla sina sociala och arbetsrättsliga skyldigheter eller om de i övrigt förefaller vara onormalt låga i lagens mening. Sandå har inte åberopat något underlag till stöd för sina beräkningar. Härtill kommer att kommunen har en förhållandevis stor frihet att avgöra vad som utgör ett onormalt lågt anbud. Mot denna bakgrund kan Sandå inte med erforderlig styrka anses ha visat att Stobys priser borde ha framstått som onormalt låga på ett sådant sätt att det har ålegat kommunen att begära en förklaring till anbudet. Vad Sandå i övrigt har anfört utgör inte heller skäl för att ingripa mot upphandlingen. Överklagandet ska följaktligen avslås.

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



Kammarrättsråden Ola Holmén (ordförande) och Hans-Olof Hallbäck samt tf. kammarrättsassessorn Finn Hultin (referent) har deltagit i avgörandet.