

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
6159-14
6160-14

meddelad i Stockholm den 28 januari 2016

KLAGANDE

Eskilstuna kommun

Ombud: Stadsjuristen Anders Skåål
Eskilstuna kommun
631 86 Eskilstuna

MOTPARTER

1. Rexab Flytt & Tungtransport AB, 556471-3013
2. Västerås Flyttningsbyrå AB, 556603-4343

Ombud för 1 och 2: Advokaterna Hugo Norlén och Lovisa Nordström Lagerwall
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Jönköpings dom den 29 oktober 2014 i mål nr 1165-14 och 1166-14

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens dom och fastställer det slut förvaltningsrättens dom innehåller.

Dok.Id 166071

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

Mål nr
6159-14
6160-14

BAKGRUND

Eskilstuna kommun genomför med tillämpning av ett öppet förfarande en upphandling avseende ramavtal för flyttjänster. Lägsta pris har angetts som tilldelningsgrund. Rexab Flytt & Tungtransport AB (Rexab) och Västerås Flyttningsbyrå AB (Flyttningsbyrån) har lämnat anbud i upphandlingen. Kommunen har förkastat anbuden eftersom den bedömt att de innehåller onormalt låga priser som bolagen inte kunnat lämna godtagbara förklaringar till och som ger kommunen anledning att anta att bolagen inte kommer att fullfölja kontraktet så som det utformats och på förväntat sätt.

Rexab och Flyttningsbyrån begärde överprövning av upphandlingen och yrkade bl.a. att den skulle rättas på så sätt att bolagens anbud skulle utvärderas. Bolagen invände dels att kommunen inte följt det kontradiktoriska förfarande som föreskrivs i 12 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, dels att kommunen inte haft skäl att förkasta bolagens anbud såsom onormalt låga.

Förvaltningsrätten i Linköping avslog ansökningarna om överprövning. Bolagen överklagade till Kammarrätten i Jönköping som ändrade förvaltningsrättens dom och beslutade att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts. Enligt kammarrätten hade bolagen visat att deras anbud, i de delar som ifrågasatts, var allvarligt menade. Kammarrätten ansåg därför att kommunen inte haft fog för att förkasta anbuden med hänvisning till att de var onormalt låga.

YRKANDEN M.M.

Eskilstuna kommun yrkar i första hand att Högsta förvaltningsdomstolen ska upphäva kammarrättens dom och fastställa förvaltningsrättens dom. I andra hand yrkar kommunen att Högsta förvaltningsdomstolen ska besluta att upphandlingen ska göras om. Kommunen anför i huvudsak följande.

Såväl kammarrätten som förvaltningsrätten har funnit att det skydd som tillkommer anbudsgivarna enligt 12 kap. 3 § LOU är tillgodosett genom att

Mål nr
6159-14
6160-14

bolagen har fått argumentera emot kommunens förkastande inom ramen för överprövningen. Det finns goda skäl att instämma i den bedömningen.

Bolagens förklaringar avseende den låga prissättningen är inte objektivt godtagbara. Bolagen har gjort gällande att de lämnat lägre priser på tjänster som kommunen historiskt sett efterfrågat i liten utsträckning respektive högre priser på tjänster som kommunen efterfrågat i stor utsträckning. Påståendet vinner inte stöd av bolagens anbud, där bolagen i stället korsvis för olika tjänstekategorier lämnat väsensskilda priser utan någon koppling till vare sig historiska avrop eller redovisade volymantaganden.

I förevarande fall kan tjänsteinnehållet i ett avropat uppdrag medföra att Rexab konsekvent slussar uppdraget vidare till sitt dotterbolag Flyttningsbyrån, som enligt avtalade priser kan debitera väsentligt högre belopp för samma tjänster. När Rexab däremot kan debitera mer än Flyttningsbyrån, kommer förstnämnda bolag att acceptera uppdraget. En sådan ordning kan objektivt inte innebära att Rexab i alla lägen har för avsikt att leverera till offererade priser. Sannolikt kommer alltid något av bolagen att acceptera kommunens avropsförfrågan, men upplägget talar starkt för att det alltid kommer att vara det bolag som kan debitera mest som tar uppdraget. Anbudet är således inte allvarligt menade i egentlig mening. Det är fråga om en osund strategisk prissättning och en osund leveransstrategi som i grunden snedvrider konkurrensen och skadar den upphandlande myndigheten.

Rexab och *Flyttningsbyrån* bestrider bifall till överklagandet och yrkar i första hand att Högsta förvaltningsdomstolen ska fastställa kammarrättens dom. I andra hand yrkar bolagen att Högsta förvaltningsdomstolen ska förordna att upphandlingen görs om alternativt att målen återförvisas till kammarrätten. Bolagen anför i huvudsak följande.

Kommunen har inte berett bolagen möjlighet att yttra sig över kommunens skäl för att förkasta anbudet enligt 12 kap. 3 § tredje stycket LOU. Uteslutningen av bolagens anbud har således skett i strid med lagen redan på denna grund.

Mål nr
6159-14
6160-14

Kommunens påståenden om taktisk prissättning och koncernstrategisk anbudsgivning har ingen relevans för bedömningen av om anbuderna är onormalt låga, utan är fristående grunder som återopas först i Högsta förvaltningsdomstolen. Grunderna ska därför lämnas utan avseende. För fullständighetens skull vill bolagen dock anföra att kommunens påstående om att bolagen korsvis har lämnat låga respektive höga priser på de olika tjänstekategorierna, och att detta sannolikt kommer att utnyttjas av bolagen, är direkt felaktigt. Bolagens prissättningar av respektive kostnadspost överensstämmer närmast med varandra.

Det är kommunen som har bevisbördan för att bolagens samlade anbudspriser är onormalt låga. Kommunen har endast ifrågasatt vissa prisposter och har således inte ens påstått att bolagens samlade anbudspriser är onormalt låga. Trots att det hade varit enkelt för kommunen att visa hur prissättningen i andra upphandlingar sett ut, eller hur kostnadsbilden generellt ser ut på marknaden, har kommunen inte gett in någon bevisning till stöd för sitt påstående.

Bolagen har lämnat fullgoda förklaringar som visar att anbuderna är allvarligt menade och att bolagen kommer att kunna fullfölja kontraktet på erbjudna villkor. Bolagen har stor erfarenhet av kommunens behov och avropsvolymerna. För de tjänster som kommunen avropat i mindre utsträckning har bolagen lämnat ett lägre anbudspris än för de tjänster där avropen har varit mer frekventa. Anbuderna kommer som helhet att ge full kostnadstäckning plus skälig vinst. Kontraktet med kommunen kommer också att få synergieffekter för bolagens övriga verksamhet. Ekonomin i bolagen och i koncernen är mycket god. Bolagen har inte tidigare underlåtit att leverera på erbjudna villkor. Det är enkelt för kommunen att kontrollera att avtalet följs och beivra eventuella kontraktsbrott.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Vad målen gäller

Målen gäller frågan om en av Eskilstuna kommun genomförd upphandling av ramavtal ska göras om eller rättas på grund av att kommunen saknat fog för att

Mål nr
6159-14
6160-14

förkasta anbuden lämnade av Rexab och Flyttningsbyrån. För att besvara den frågan ska prövas dels om kommunen åsidosatt de förfaranderegler som gäller för att upphandlande myndigheter ska kunna förkasta ett onormalt lågt anbud, dels om det sedan bolagen lämnat förklaringar till sina respektive prissättningar funnits skäl att förkasta anbuden.

Rättslig reglering m.m.

I målen är fråga om tillämpning av bestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU om förkastande av anbud som anses onormalt låga. En upphandlande myndighet får inte förkasta ett sådant anbud innan den begärt förklaringar av anbudet genom ett i paragrafen föreskrivet förfarande. Bestämmelserna genomför artikel 55 i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Någon definition av begreppet onormalt låga anbud finns varken i LOU eller i direktivet. Det ankommer således på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma denna fråga inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger.

EU-domstolen har i sitt avgörande i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani, punkt 55, med hänvisning till en då gällande direktivbestämmelse som motsvarar den nu aktuella direktivbestämmelsen, uttalat att det ankommer på den upphandlande myndigheten att *för det första* identifiera misstänkta anbud, *för det andra* bereda de berörda företagen tillfälle att visa att deras anbud är seriösa genom att från dem begära de förklaringar som den upphandlande myndigheten anser vara betydelsefulla, *för det tredje* bedöma relevansen av förklaringar som de lämnar och *för det fjärde* fatta beslut om att godta eller förkasta dessa anbud. Domstolen konstaterade vidare att de krav som sammanhänger med den kontradiktoriska karaktären av förfarandet för kontroll av onormalt låga anbud i direktivet har uppfyllts endast när samtliga dessa delar har genomförts i tur och ordning.

Direktivbestämmelsen innefattar ett krav på att myndigheten i samråd med anbudsgivaren ska granska anbudet med beaktande av förklaringarna. Detta krav

Mål nr
6159-14
6160-14

har i 12 kap. 3 § tredje stycket LOU utformats så att myndigheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.

En begäran om förklaring kan enligt paragrafens andra stycke t.ex. avse anbudsgivarens möjligheter att utnyttja kostnadseffektiva metoder, tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet. Begäran om förtydligande kan också avse egenarten hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som föreslås av anbudsgivaren, om anbudsgivaren iakttar de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som gäller på den ort där kontraktet ska fullgöras eller om anbudsgivaren fått möjlighet att erhålla statligt stöd.

I EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-147/06 och C-148/06 SECAP och Santorso, punkt 26, nämns även som trovärdiga och seriösa förklaringar möjligheten att dra nytta av betydande skalfördelar eller pressande av vinstmarginaler för att på ett effektivare sätt kunna ta sig in på den aktuella marknaden.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Det kontradiktoriska förfarandet

Regleringen innefattar en möjlighet för myndigheten att förkasta ett onormalt lågt anbud. Om myndigheten anser att ett anbud förefaller onormalt lågt och också överväger att förkasta detta på den grunden inträder en skyldighet för myndigheten att undersöka det låga anbudet. Detta ska ske genom det anvisade skriftliga förfarandet.

Det framgår redan av de exempel på vad en begäran om en förklaring kan gälla att bestämmelserna avser att förebygga att myndigheter ingår kontrakt när det finns en inte obetydlig risk för att leverantören inte kommer att utföra arbetet – eller delar av det – i enlighet med kontraktet.

Mål nr
6159-14
6160-14

Det kontradiktoriska förfarandet syftar till att skydda anbudssökande och anbudsgivare från godtycke från den upphandlande myndighetens sida (76/81 Transporoute, punkt 17) och att säkerställa en sund konkurrens mellan företagen (C-599/10 SAG ELV Slovensko, punkt 29). Genom myndighetens undersökning ska anbudsgivaren få tillfälle att lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att det lämnade anbudet är allvarligt menat (punkt 28). Myndigheten ska tydligt formulera den begäran som riktas till de berörda anbudsgivarna så att dessa har möjlighet att på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt förklara sina anbud (punkt 31).

I det första steget har alltså den upphandlande myndigheten att bedöma om ett anbud innehåller priser som medför att anbudet kan misstänkas vara onormalt lågt. Rexab och Flyttningsbyrån har i sina anbud, avseende ett stort antal poster i upphandlingen, lämnat priser om 1 eller 10 kr per enhet. Det saknas skäl att invända mot kommunens åtgärd att granska bolagens anbud närmare.

I förevarande fall har kommunen, innan bolagens anbud förkastades, skickat ut en förfrågan till respektive bolag avseende prissättningen. I förfrågan till Rexab angav kommunen att anledningen till förfrågan var att pris om 1 kr hade lämnats på flera olika poster. I förfrågan till Flyttningsbyrån angavs att skälet till förfrågan var att pris om 1 respektive 10 kr hade lämnats på flera olika poster. Bolagen svarade på förfrågningarna och anförde samtidigt att de önskade en mer detaljerad förfrågan om kommunen ansåg att förklaringarna inte var tillfredsställande. Kommunen meddelade tilldelningsbeslut utan att på nytt höra av sig till bolagen.

Utredningen i målen visar således att kommunens granskning av bolagens anbud inte har följt det förfarande som anvisas i 12 kap. 3 § LOU.

För att ett ingripande mot upphandlingen ska kunna ske med hänvisning till bristerna i det kontradiktoriska förfarandet, krävs det att bolagen har lidit eller har riskerat att lida skada till följd av dessa brister.

Mål nr
6159-14
6160-14

Ett syfte med det kontradiktoriska förfarandet är som framgått att anbudsgivaren ska ges möjlighet att förklara sitt anbud för den upphandlande myndigheten och därigenom beredas skydd mot godtycklig behandling. Sådana väsentliga brister i skyddet som är i fråga i dessa mål medför typiskt sett att anbudsgivaren vid tidpunkten för upphandlingsfelet riskerar att lida skada.

De åtgärder som står domstolen till buds är enligt 16 kap. 6 § LOU att förordna att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (jfr RÅ 2005 ref. 47). Eftersom felet i dessa mål inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, skulle det ligga närmast till hands att förordna om rättelse på så sätt att bolagen med en korrekt tillämpning av förfarandet i 12 kap. 3 § ges tillfälle att förklara sina anbud. I underinstanserna, liksom här, har emellertid bolagen framfört en omfattande argumentation för att visa att anbuderna är seriöst menade. Det saknas därför skäl att i Högsta förvaltningsdomstolen förordna om rättelse på grund av de brister i förfarandet som förekommit hos kommunen.

Har det funnits skäl att förkasta anbuderna?

Det kan inledningsvis noteras att bolagen har gjort gällande att kommunen i Högsta förvaltningsdomstolen har åberopat nya grunder för förkastande av bolagens anbud och att dessa grunder ska lämnas utan avseende.

Kommunen har emellertid redan under tidigare skriftväxling genomgående invänt bl.a. att bolagen använt strategisk anbudsgivning. Invändningen har här preciserats på så sätt att kommunen gör gällande att bolagen har lämnat anbud med korsvis låga priser och att detta kan komma att medföra att ett av bolagen vid avrop avböjer att leverera till förmån för det andra koncernbolag som angett högre pris på den efterfrågade tjänsten.

Det kan därför inte anses vara fråga om någon sådan ny omständighet som förutsätter särskilda skäl för att kunna beaktas i Högsta förvaltningsdomstolen (jfr 37 § förvaltningsprocesslagen [1971:291]).

Mål nr
6159-14
6160-14

Bedömningen av om en anbudsgivares förklaringar är godtagbara 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). Av EU-domstolens praxis framgår, som tidigare nämnts, att det är anbudsgivaren som har att bevisa att anbudet är allvarligt menat (se SAG ELV Slovensko, punkterna 28 och 29). Anbudsgivaren är också den som har bäst tillgång till sådana uppgifter som kan förklara det låga priset.

I syfte att säkerställa effektiv konkurrens ska alla relevanta faktorer som anbudsgivaren gjort gällande och som hänför sig till kontraktets föremål beaktas vid myndighetens granskning av huruvida ett anbud som framstår som onormalt lågt ska godtas eller förkastas (se Lombardini och Mantovani, punkt 82 och SAG ELV Slovensko, punkterna 29 och 30).

Bolagen har till stöd för att anbuden är allvarligt menade anfört i huvudsak följande.

De kommer att leverera efterfrågade tjänster till de priser som framgår av anbuden. Rexab, som är moderbolag till Flyttningsbyrån, har under tio års tid varit avtalsleverantör åt kommunen för de aktuella tjänsterna utan att det riktats några anmärkningar mot utförandet. Det är mycket viktigt för bolagen att kunna behålla sin tillgänglighet i aktuell geografisk region. Utifrån Rexabs tidigare erfarenhet har bolagen angett låga priser på vissa poster och höga priser på andra, i syfte att lämna ett samlat attraktivt anbud. Bolagen kommer att gå med vinst på kontraktet men det skulle inte ha någon avgörande betydelse om kontraktet mot förmodan skulle resultera i en förlust, med hänsyn till bolagens höga omsättning och goda ekonomi. Kommunens påstående om korsvisa priser och risk för att uppdrag slussas vidare mellan bolagen bestrids.

Kommunen har för sin del anfört att det finns skäl att anta att bolagen inte kommer att fullfölja kontraktet så som det utformats och på förväntat sätt.

Mål nr
6159-14
6160-14

Påståendet om att anbudet bygger på Rexabs tidigare erfarenhet av kommunen vinner inte stöd av bolagens anbud. Bolagen har lämnat olika priser på samma poster, utan koppling till vare sig historiska avrop eller redovisade volymantaganden.

Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar att bolagen har angett olika priser såvitt avser de poster som kommunen ifrågasatt. Så har Rexab t.ex. angett att användningen av arbetsledare under vardagar kl. 17–22 och under vad som betecknas övrig tid kostar 1 kr per timme samt att flyttpersonal, oavsett tidpunkt, också kostar 1 kr per timme. Dotterbolaget, som alltså för vissa poster tagit upp en kostnad om 10 kr, har för sin del angett en betydligt högre kostnad för arbetsledare under s.k. övrig tid liksom för flyttpersonal under vardagar kl. 8–17. Omvänt gäller att Rexab angett en betydligt högre kostnad än dotterbolaget för arbetsledare under vardagar kl. 8–17.

Det står således klart att bolagens prissättning i dessa delar inte, som bolagen påstått, är i det närmaste överensstämmande. Skillnaderna i prissättning mellan koncernbolagen ger, beroende på utfallet av upphandlingen av ramavtalet, utrymme för leveransstrategiskt handlande från bolagens sida i samband med avrop.

Rexab och Flyttningsbyrån har visserligen lämnat självständiga anbud, men i dessa värderat enskilda och för upphandlingen gemensamma kostnadsposter på ett sätt som inte har getts en rimlig förklaring. Bolagen har hänvisat till Rexabs historiska erfarenhet av kommunen som kund men har inte, mot kommunens bestridande, kunnat precisera på vilket sätt den erfarenheten haft betydelse för prissättningen.

Mot denna bakgrund finner Högsta förvaltningsdomstolen att de båda bolagen inte kunnat prestera någon utredning som på ett godtagbart sätt förklarar den ifrågasatta prissättningen i respektive anbud.

Mål nr
6159-14
6160-14

Sammanfattande bedömning

Det saknas anledning att förordna om rättelse på grund av de brister i förfarandet som förekommit hos kommunen. Bolagen har inte förmått lämna godtagbara förklaringar till de låga anbudspriserna. Kommunen har därför med fog förkastat anbudet. Överklagandet ska därmed bifallas på så sätt att kammarrättens dom upphävs och det slut förvaltningsrättens dom innehåller fastställs.

I avgörandet har deltagit justitieråden Mats Melin, Eskil Nord, Thomas Bull, Inga-Lill Askersjö och Mahmut Baran.

Målen har föredragits av justitiesekreterarna Sofia Lönnberg och Emilia Franke.

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 11 april 2014 i mål nr 1204-14 och 1205-14