



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2020-02-17
Meddelad i Stockholm

Sida 1 (10)

Mål nr
21310-19

SÖKANDE

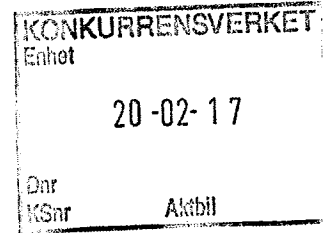
NGS Group Aktiebolag, 556535-1128
Kungsgatan 12
111 35 Stockholm

MOTPART

Ekerö kommun
Box 205
178 23 Ekerö

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1173978

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd31.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	-	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Ekerö kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende bemanningstjänster, dnr KSUH19/29. Upphandlingen, som avser fyra olika anbudsområden, genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). NGS Group AB Vikariepoolen (namnändrat till NGS Group Aktiebolag) har lämnat anbud för anbudsområdet skol- och förskolepersonal. Bolagets anbud har förkastats enligt 16 kap. 7 § LOU då anbudspriserna för yrkeskategorierna grundskollärare, fritidspedagog utan behörighet, barnskötare och barnskötare utan behörighet bedömts som onormalt låga och bolaget inte på ett tillfredställande sätt förklarat de låga priserna.

NGS Group Aktiebolag (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att utvärderingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud accepteras och en ny tilldelning genomförs. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Bolagets anbud har felaktigt förkastats på grund av onormalt låga priser. De priser som bolaget offererat är inte onormalt låga för anbudsområdet. Bolaget lider skada genom att bolaget felaktigt inte tilldelats avtalet och tappar därför affärer och omsättning.

Bolaget har i sin förklaring till de redovisade timpriserna angett följande; *”Vi valde efter noggrann avvägning att lämna ett anbud baserat på våra kostnader men med en förhållandevis liten marginal, mot bakgrund av vad som krävts för att vinna liknande prisupphandlingar i Stockholmsregionen den senaste tiden. Anbudet är således inte onormalt lågt utan rimligt och lagt för att uppfylla samtliga krav i förfrågningsunderlaget. Våra sociala och arbetsrättsliga skyldigheter efterlevs via vårt kollektivavtal med Almega Kompetensföretagen. I kollektivavtalet ingår arbetsmarknadsförsäkringar och pensionsinbetalningar. NGS Group Vikariepoolen har även ett lokalt avtal med Lärarnas samverkansråd. Löneplacering görs enligt sedvanliga*

kriterier och är en av de centrala frågorna för oss för att vara en attraktiv arbetsgivare. Vi följer löneutvecklingen genom att bevaka SCB och tillämpliga kollektivavtal. Lönenivåerna i bemanningsbranschen för de upphandlade tjänsterna ligger generellt något under de nivåerna personalen kan få vid en anställning i kommunen eller direkt på enheterna, både gällande behörig och obehörig personal. Vår personal väljer oss när de söker arbete för en begränsad period och ofta med specifika önskemål, som tex. geografiska områden, arbetstider samt pedagogiskt verksamhetsområde som vi enkelt kan bemöta men kan vara svårare för dem att få tillgodosett om de tar vikariat eller fasta anställningar direkt på enheter. Vissa anställda lärare och pedagoger stannar en termin, andra flera och många återkommer igen”.

Bolaget kan utifrån de offererade priserna leverera kompetent personal som genom anställning får kollektivavtal, komplett försäkringsskydd, kontinuerlig fortbildning och personalvård. Bolaget uppfyller vidare kraven på att sociala och arbetsrättsliga skyldigheter efterlevs. Merparten av bolagets anställda arbetar en kort period i företaget i kombination med studier eller annat arbete. Bolaget erbjuder en tidsbegränsad timanställning som en väg in i arbetslivet för studenter eller nyutexaminerade barnskötare, förskollärare, fritidspedagoger eller lärare, samt en möjlighet till en fast tjänst. För behöriga lärare kan det vara en tillfällig anställning mellan två fasta arbeten. De flesta väljer att arbeta inom företaget för flexibilitet och frihet. En del av bolagets prisstrategi är att kombinera bolagets lönsamhetskrav med kostnadseffektiva lösningar för bolagets kunder inom skolans värld. Ur en etisk-moralisk aspekt i en skattefinansierad verksamhet är bolagets uttalade strategi att arbeta med förhållandevis låga marginaler inom segmentet skola.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Som grund för bedömningen har kommunen jämfört bolagets anbudspriser med övriga

anbudsgivares anbudspriser, prissättning i tidigare upphandling samt kommunens interna kostnader. Bolaget har förutom kostnader för lön och sociala avgifter även rimligtvis kostnader för utbildning, administration, försäkring, ersättare vid sjukdom/vård av sjukt barn och vinst. Det är därför rimligt att anta att bolagets kostnader överstiger bolagets erbjudna anbudspriser. Jämförelserna ger både enskilt och sammanvägt tydligt stöd för att bolagets anbudspriser avseende de angivna yrkeskategorierna är onormalt låga.

Bolaget har i den förklaring som lämnats bl.a. angett att prissättningen baserats på vad som krävts för att vinna liknande prisupphandlingar den senaste tiden och det är därför rimligt att anta att den aktuella prissättningen till relativt stor del baseras på spekulativt beteende och inte på de särskilda förutsättningarna som föreligger i kommunen. Bolaget har inte heller bifogat någon redovisning eller uträkning av sina egna kostnader för de aktuella yrkeskategorierna.

I upphandlingen ges inga garantier avseende minsta avropsvolym eller fördelning av avrop mellan yrkeskategorierna i det aktuella anbudsområdet. Samtliga sju yrkeskategorier som anbudsområdet avser måste därför kunna levereras oberoende av varandra. Det finns därmed ingen självklar möjlighet för en leverantör att täcka upp en förlust på leverans av bemanningstjänster avseende en yrkeskategori, genom leverans av bemanningstjänster avseende en annan yrkeskategori. Således måste bolagets anbudspriser bedömas och motiveras enskilt per yrkeskategori och inte tillsammans.

Kommunen är vidare geografiskt en relativt vidsträckt kommun även om den är en del av Stockholmsregionen. Stora delar av kommunen består av landsbygd och det är stora avstånd till de skolor som ligger längst ut på Munsö och Färingsö från de centrala delarna av regionen. Då kommunen inte ger någon ersättning för restid eller reskostnader är det något som

anbudsgivarna får stå för. Det påverkar självklart den timlön som krävs för att kunna bemanna enligt avtalet, särskilt de skolor och verksamheter som ligger längst ut i kommunen. Kommunen har i avtalet även särskilt påpekat de geografiska förutsättningarna och det anges bl.a. att anbudsgivaren inte systematiskt får tacka nej till avrop på grund av geografiska skäl.

Kommunen har även som upphandlande myndighet en skyldighet att i upphandlingen säkerställa att leverans kan ske enligt avtalet under hela avtalsperioden med en längsta avtalstid på fyra år. Kommunen bedömer att det är väldigt osannolikt att bolaget kommer att kunna leverera bemanningstjänster avseende de angivna yrkeskategorierna till erbjudet pris under upphandlingens hela avtalstid. Bolaget har sammantaget inte kunnat styrka att de erbjudna anbudspriserna inte skulle innebära en betydande risk för kommunen avseende leverans av aktuella yrkeskategorier. Den förklaring som bolaget gav var kortfattad och saknade helt kostnadsuträkning eller annan redovisning som på ett tillfredsställande sätt kunde förklara de låga anbudspriserna. Anbudet har därmed korrekt förkastats på grund av onormalt lågt pris.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 16 kap. 7 § LOU framgår bl.a. att den upphandlande myndigheten, om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska förkasta anbudet om

leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Det är upphandlande myndighet som har att visa att anbudspriset är onormalt lågt i förhållande till den tjänst som ska upphandlas och att det finns grund att ifrågasätta anbudets seriositet. Vidare är det anbudsgivaren som ska ge in bevisning som förklarar det låga priset och som har att visa att anbudet är seriöst menat (jfr EU-domstolens dom i mål C-599/10, punkterna 28–29).

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

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Av kommunens upphandlingsrapport framgår att bolagets anbud har förkastats på grund av att anbudspriset för vissa yrkeskategorier har bedömts som onormalt låga. Av rapporten framgår vidare att kommunen innan förkastandet av anbudet har berett bolaget möjlighet att inkomma med

förklaring till de anbudspriser som kommunen ansåg var onormalt låga. Förvaltningsrätten har därmed att pröva om kommunen har haft fog för att förkasta bolagets anbud som onormalt lågt.

Någon definition av begreppet onormalt lågt anbud finns varken i LOU eller i det bakomliggande direktivet. Den upphandlande myndigheten har därför en relativt stor frihet att, utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger, avgöra vad som ska anses vara ett onormalt lågt anbud. Vad som kan konstateras vara onormalt lågt motsvarar dock inte vad som kan sägas vara allmänt vedertagna affärsmässiga hänsyn. I praxis har anbudsgivare exempelvis tillåtits att pressa sina vinstmarginaler eller till och med gå med förlust som ett led i en medveten strategi för att vinna marknadsandelar (HFD 2016 ref. 3 och SOU 2014:51 s. 303). Konkurrensverket har i rapporten 2013:6 ”Osund konkurrens i offentlig upphandling” bl.a. uttalat att prisnivån på andra anbud i upphandlingar av samma slag kan ge ledning för en marknadsmässig bedömning av vad som är en ”normal” prisnivå. Även prisbilden i den aktuella upphandlingen och uppgifter från branschorganisationer eller fackförbund kan vara vägledande vid bedömningen.

Av utredningen i målet framgår att kommunen vid en jämförelse av bolagets anbud med bl.a. andra anbud i upphandlingen, tidigare genomförd upphandling och kommunens interna kostnader konstaterat att det föreligger en betydande skillnad vad gäller bolagets anbudspriser för bl.a. yrkeskategorierna grundskollärare, fritidspedagog utan behörighet, barnskötare och barnskötare utan behörighet. Förvaltningsrätten anser att kommunen vid en jämförelse av bolagets anbudspriser med bl.a. andra anbudsgivare och tidigare upphandling haft skäl att misstänka att anbudet innehåller priser som medför att anbudet kan anses som onormalt lågt. Kommunen har därmed haft skäl att granska bolagets anbud närmare och begära en förklaring från bolaget på det sätt som skett.

Bolaget har som förklaring till att det låga anbudet ändå är seriöst menat angett bl.a. följande. Bolaget har lämnat anbudspriser baserat på sina kostnader men med en förhållandevis liten marginal mot bakgrund av vad som krävts för att vinna liknande upphandlingar i regionen den senaste tiden. Bolaget kan utifrån de offererade priserna leverera kompetent personal som genom anställning får kollektivavtal, komplett försäkrings-skydd, kontinuerlig fortbildning och personalvård. Löneplaceringar görs enligt sedvanliga kriterier och utvecklingen följs genom att bevaka SCB och tillämpliga kollektivavtal. Lönenivåerna ligger även generellt något under de nivåer som personal kan få genom en anställning hos bl.a. kommunen. En del av bolagets prisstrategi är att kombinera lönsamhetskrav med kostnadseffektiva lösningar för bolagets kunder inom skolans värld och att arbeta med förhållandevis låga marginaler inom segmentet skola.

Frågan är om de förklaringar som bolaget har lämnat till det låga priset är godtagbara och om anbudet, trots det låga priset är seriöst menat.

Kommunen har anfört att det mot bakgrund av bolagets anbudspriser i jämförelse med övriga anbudsgivares anbudspriser, prissättning i tidigare upphandling och kommunens interna kostnader finns skäl att anta att bolaget inte kommer att kunna leverera i enlighet med sitt anbudspris, särskilt med beaktande av att avtalet sträcker sig till fyra år som längst. Kommunen invänder även mot att bolaget inte bifogat någon uträkning av sina kostnader till sin förklaring. Kommunen anser att bolaget rimligtvis även har andra kostnader som inte har tagits med i priset. Att stora delar av kommunen består av landsbygd och avstånden till vissa skolor är stort från centrala delar av Stockholmsregionen är även det något som påverkar priset. Kommunen gör vidare gällande att inga garantier avseende minsta avropsvolym mellan yrkeskategorierna ges och att anbudspriserna därför måste bedömas och motiveras enskilt. Kommunen anser att den aktuella

prissättningen till relativt stor del baserats på spekulativt beteende och inte på de särskilda förutsättningarna som föreligger.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlande myndigheter har en skyldighet att säkerställa att upphandlingen är effektiv bl.a. i den meningen att den ska säkerställa att leverans kan ske i enlighet med avtalet (se prop. 2015/16:195 s. 794 f.) Om ett onormalt lågt anbud visserligen kan förklaras, men trots det inget farhågor beträffande leveranssäkerhet m.m., kan det hävdas att det allmänna kravet på att en upphandlande myndighet ska iaktta skälig omsorg vid förberedandet av en upphandling leder till att det i den faktiska tillämpningen inte existerar något utrymme för myndigheten att anta ett anbud av sådant slag (SOU 2014:51 s. 303).

Förvaltningsrätten anser att de angivna anbudspriserna inget farhågor beträffande leveranssäkerhet avseende de aktuella yrkeskategorierna. Förvaltningsrätten har särskilt beaktat att anbudspriserna är väsentligt lägre i förhållande till övriga anbudspriser samt annan upphandling gällande samma tjänster, vilket ger en indikation på att anbudspriserna väsentligt ligger under vad som får anses vara en marknadsmässig bedömning av en normal prisnivå. Förvaltningsrätten har även beaktat att bolaget ska kunna och vilja leverera till de villkor som offererats under en tid om fyra år som längst. Förvaltningsrätten anser att det av bolagets förklaring inte på ett tillfredställande sätt framgår hur bolaget kan erbjuda de aktuella anbudspriserna utan att anbudets seriositet kan ifrågasättas. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av detta att kommunens farhågor avseende leveranssäkerhet har varit motiverade och att bolaget inte har kunnat presentera en sådan utredning som på ett godtagbart sätt förklarar den ifrågasatta prissättningen i anbudet. Kommunen har därmed haft fog för att förkasta anbudet med stöd av 16 kap. 7 § LOU. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU mot bakgrund av vad bolaget har anfört. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Marcus Edelgård
Rådman

Föredragande juristen Narin Demirel har varit föredragande.



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 beslutets datum.

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 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 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.