



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2017-12-22
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 7093-17

KONKURRENSVERKET	
2017-12-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Polygon Sverige AB, 556034-6164
 Stenåldersgatan 2 B
 213 76 Malmö

MOTPART

Malmö stad
 205 80 Malmö

Ombud: Stadsjurist Franciska Nermark
 Stadskontoret
 205 80 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Polygon Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 393590

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

Serviceförvaltningen/Kommunteknik på Malmö stad genomför en upphandling avseende Avfuktning och sanering (SN-2016-1460). Upphandlingen genomförs i enlighet med reglerna för öppet förfarande i LOU och som tilldelningsgrund tillämpas lägsta pris. Genom tilldelningsbeslut den 27 juni 2017 tilldelades Anticimex AB (Anticimex) kontraktet.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Polygon Sverige AB (Polygon) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar, som det får förstås, att upphandlingen i första hand ska rättas varigenom anbudet från Anticimex anbud ska förkastas och i andra hand att den ska göras om. Till stöd för sin talan anför Polygon bl.a. följande.

Upphandlande myndighet ska förkasta onormalt låga anbud vilket inte skett i detta fall. Malmö Stad har beslutat att ge Anticimex uppdraget att leverera de tjänster som upphandlingen Avfuktning och sanering anger. Detta efter att Anticimex fått lägsta totalvärde i prisbilagan. Några exempel från Anticimex prissättning är timdebitering avfuktningstekniker 100 kr/tim samt avfuktare med kapacitet ≥ 5 kg/h 1 kr/dygn. Om man ska följa svensk lagstiftning och betala avtalade löner till anställd personal kan inte denna prissättning vara mer än oseriös och av prisdumpande karaktär.

Upphandlande myndighet ska förkasta onormalt låga anbud, vilket inte har skett i detta fall. Polygon har lidit skada genom att upphandlande myndighet valt en leverantör som sätter priser som deras bolag och övriga branschen inte kan klara om man ska driva en verksamhet enligt svensk lagstiftning.

Malmö stad (staden) anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

Staden har upphandlat ramavtal för avfuktungs- och saneringstjänster. Uppskattat totalt kontraktvärde är SEK 2 400 000. Upphandlingen påbörjades den 26 januari 2017 och genomfördes med öppet förfarande enligt LOU. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utvärderades och tilldelades på grunden pris. Kontrakt tilldelas den anbudsgivare som har lägst utvärderingspris. Sökanden Polygon hade tredje lägsta utvärderingspris i upphandlingen. Om anbudet från vinnande anbudsgivare Anticimex hade förkastats hade sökanden inte vunnit upphandlingen utan placerats som tvåa. Redan på den grunden att sökanden inte lidit eller kan komma att lida skada saknas skäl för ingripande enligt LOU.

Under utvärderingen uppmärksammade staden att Anticimex anbud uppvisade tecken på strategisk prissättning där vissa prisposter föreföll låga. Timpriset för vissa tjänster var lägre än vad som utgör en sedvanlig timlön. Priserna för att hyra maskiner och utrustning var som helhet höga, men för vissa maskiner endast en krona. Malmö Stad begärde därför en förklaring till priserna av anbudsgivaren. Därvid framkom bl.a. följande. Anticimex timpriser synes låga avseende prisposterna social sanering, avfuktningstekniker och saneringspersonal inkl. rivning. Social sanering utgör endast en liten del av volymen i kontraktet och har liten påverkan på kontraktets lönsamhet. Avfuktningstekniker och saneringspersonal inklusive rivning används vid sanering av fukt- och vattenskador, liksom maskiner upptagna i prisbilagan. Vid sanering av fuktskador används både personal och maskiner vilka debiteras enligt priser i prisbilagan. Beställaren åberopar dock inte enskilda prisposter utan denne avropar en åtgärd, exempelvis åtgärd av vattenskada. Leverantören tillhandahåller då den personal, utrustning och maskiner som erfordras för att åtgärda skadan. Leverantörens huvudsakliga kostnadstäckning behöver alltså inte ske genom timpriset på personal utan kan också ske genom dygnspriset för de maskiner som används i uppdraget. Låga timpriser kan då kompenseras av höga priser för utrustning och maskiner.

Anticimex har förklarat att det är fullt görligt att få tillräcklig lönsamhet samt betala skäliga löner i uppdraget när prisposterna och avtalet ses som en helhet. I sammanhanget bör också noteras att anbudsgivaren kan göra en annan bedömning än beställaren beträffande sannolikhet för och omfattning av de olika prisposter och mängder som kan komma i fråga för uppdragen. Anticimex har därutöver på stadens begäran särskilt intygat att de kommer att följa samtliga social- och arbetsrättsliga skyldigheter och avtalsvillkor under hela avtalstiden samt fullgöra sina skyldigheter avseende socialförsäkringar, avgifter och skatter.

Ramavtalet tilldelas en leverantör och denna har ingen möjlighet att avböja att utföra ett uppdrag. Staden bedömer sig ha goda möjligheter att tillse att avtalsvillkoren följs under avtalstiden. Staden har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU och det saknas skäl för ingripande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 16 kap. 7 § ska den upphandlande myndigheten, om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, begära att en leverantör förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan begäran om förklaring kan gälla

1. om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet,
2. om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som föreslås av leverantören,
4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,
5. om leverantören kan få statligt stöd, eller
6. skyldigheter som avses i 17 kap. 6 eller 7 §§.

Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Anbudet ska också förkastas om det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Det kontradiktoriska förfarandet syftar till att skydda anbudssökande och anbudsgivare från godtycke från den upphandlande myndighetens sida och att säkerställa en sund konkurrens mellan företagen. Genom myndighetens undersökning ska anbudsgivaren få tillfälle att lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att det lämnade anbudet är allvarligt menat (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2016 ref. 3).

Förvaltningsrättens bedömning

Polygon gör gällande att upphandlingen ska göras om, då Malmö Stad genomfört en upphandling som gör det möjligt att prissätta strategiskt och på grund av detta vinna upphandlingen. Polygon anser att upphandlingen borde

ogiltigförklaras eftersom den vinnande anbudsgivaren själv kan styra leveranserna och prissättningen.

Förvaltningsrätten kan emellertid inte finna att det som Polygon anfört visar att förfrågningsunderlaget eller utvärderingsmodellen i aktuell upphandling har utformats på ett sådant sätt att de grundläggande principerna enligt LOU åsidosätts.

Malmö stad har vid sin anbudsutvärdering funnit att Anticimex uppfyller ställda krav och har offererat lägst pris. Malmö stad uppmärksammade dock att Anticimex anbud visade tecken på strategisk prissättning där vissa prisposter föreföll låga och begärde därför en förklaring till priserna. Anticimex lämnade enligt staden en tillfredsställande förklaring till ifrågasatta prisposter. Staden har därmed följt det förfarande som uppställs i 16 kap. 7 § LOU. Polygon har enligt förvaltningsrättens bedömning inte visat att Malmö stad vid denna bedömning tagit ovidkommande hänsyn, brutit mot likabehandlingsprincipen eller på annat sätt agerat i strid med LOU.

Polygon har vidare anfört att Anticimex anbud borde ha förkastats eftersom anbudspriset är onormalt lågt. Polygon anser att om svensk lagstiftning ska följas och löner enligt avtal ska betalas måste denna prissättning betraktas som oseriös och jämföras med prisdumpning.

För att ett ingripande enligt LOU ska bli aktuellt krävs att Polygon lidit eller kan komma att lida skada. Polygon har i aktuell upphandling tredje lägsta utvärderingspris. Även om upphandlingen skulle rättas på så sätt att Anticimex anbud skulle uteslutas har Polygon inte konkretiserat på vilket sätt bolaget lidit eller kan komma att lida skada på grund av de anförda invändningarna mot upphandlingen. Det finns därför inte heller i detta hänseende skäl för ett ingripande enligt LOU.

Polygon Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)

Louise af Klint

Astrid Lindeskog har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

