



KLAGANDE

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs kommun

Ombud: Advokat Ponthus Andersson och biträdande jurist Camilla Brizzi

MOTPART

Optimalt Brandskydd bear AB, 559443-6353

Ombud: Advokaterna Claes Henriksson Svegfors och Maria Lidbom

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 28 februari 2025
i mål nr 837-25, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet, upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Optimalt Brandskydd bear AB:s ansökan om överprövning av upphandlingen Tekniska konsulter – Brandkonsult 116/24.

YRKANDEN M.M.

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs kommun yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Optimalt Brandskydd bear AB:s ansökan om överprövning. Nämnden anför följande.

En tillfredställande förklaring till ett onormalt lågt anbud ska baseras på de verkliga kostnaderna i bolaget för att kunna vara rimlig och övertygande.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Bolaget tillämpar en lönemodell med en lägre grundlön och därtill resultatbaserade ersättningar. Bolaget har uttryckligen uppgett att den totala lönen för anställda som arbetar mest i ramavtal är minst 45 000 kr per månad. Att de anställda som ska utföra uppdragen i verkligheten erhåller löner runt 45 000 kr per månad framgår också av löneuppgifterna för de fem senaste månaderna och de beslutade arbetsgivaravgifterna för perioden som föregick tilldelningen. I sin förklaring till anbudspriset har bolaget däremot valt att enbart redovisa grundlönen på 30 000 kr per månad. En sådan lön är varken faktisk, marknadsmässig eller konkurrenskraftig. Bolaget har genom att endast beakta delar av sina nettokostnader för lön skapat en fiktiv kalkyl med kostnadstäckning. De två kalkyler som bolaget har lämnat skiljer sig också åt i flera väsentliga avseenden.

Upphandlande myndigheter måste ges möjlighet att göra likabehandlande bedömningar av onormalt låga anbud. I detta ligger att anbudsgivarnas lönemodeller inte kan leda till att anbudsgivarna tillåts redovisa olika lönekostnader när deras faktiska löner är desamma. Bedömningen kan omöjligen bli likabehandlande om anbudsgivare som helt eller delvis utbetalar rörlig lön inte behöver redovisa denna del som en lönekostnad. Samma resonemang gäller för anställda som även är delägare och får ersättning helt eller delvis genom vinstuttag.

Bolaget har under överprövningsprocessen förklarat sitt anbud med att delägarna just för detta avtal, om så krävs, skulle vara beredda att arbeta till enbart grundlönen. Förklaringar som bygger på att en leverantör i ett specifikt avtal ska arbeta för lägre löner än annars i verksamheten måste behandlas med försiktighet. Bolaget har inte visat att lönemodellen och anställningsavtalen stödjer påståendet. Det finns inte heller något stöd för att bolaget i verkligheten tillämpar en lönemodell där de som utför arbetet i avtal med lägre ersättningsnivåer enbart erhåller grundlön. Om den typen av argument accepteras som tillfredställande skulle ett ägarlett bolag i princip alltid ha möjlighet att förklara ett onormalt lågt anbud genom att ange att

delägarna just i det aktuella avtalet skulle vara beredda att utföra arbetet till lägre ersättning. Upphandlande myndighet måste ha ett betydande utrymme för att inte behöva acceptera sådana förklaringar, särskilt när det är fråga om en personalintensiv tjänst och där det saknas möjligheter att kontrollera den tidsåtgång som kommer debiteras i de projekt som avropas från ramavtalet. Att ersätta erfarna konsulter med löner som varken är marknadsmässiga eller konkurrenskraftiga innebär en påtaglig risk för att bolaget inte kommer att leverera enligt ramavtalets villkor.

Det saknas rättsligt stöd i vägledande avgöranden för att bolag får pressa prisbilden för att vinna marknadsandelar, även om det riskerar att leda till förlust i bolaget. Högsta förvaltningsdomstolen och EU-domstolen har uttalat sig kring att pressa vinstmarginaler. Det uttalas däremot inte att en anbudsgivare kategoriskt kan hänvisa till att den avser att gå med förlust i syfte att ta sig in på en marknad som en tillfredställande förklaring.

Förvaltningsrätten har inte gjort någon egentlig bedömning av bolagets förutsättningar att klara ett underprissatt anbud under avtalstiden. Bolaget är ett litet företag med begränsad ekonomi och delade under sitt första förkortade räkenskapsår ut hela sin vinst. Bolaget har varken sådan storlek eller finansiell styrka som kan motivera en långsiktig leveransförmåga till underprissättning. Strategin att gå in med låga priser i upphandlingar genererar ingen långsiktig lönsamhet utan behöver kompenseras med privata avtal till högre priser. Bolaget har uppgett att sådana uppdrag sker ”ad hoc” och har inte visat att det finns någon egentlig trygghet för sådan finansiering. Bolaget är nystartat och kan därmed inte på ett tillförlitligt sätt visa att det tidigare kunnat leverera till kostnadsbilden över en längre tid. Det ramavtal som bolaget refererar till har en väsentligt lägre volym än kommande ramavtal och kräver därför inte samma kapacitet. Det finns en stor konkurrens för de avrop som kommer ske genom förnyad konkurrensutsättning och leverantörer kan inte utgå från att de kan vinna dessa

konkurrensutsättningar med en prisbild som kompenserar för låga fasta priser på övriga avrop.

Optimalt Brandskydd bear AB anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Nämndens argumentation utgår från uppgifter i den kalkyl som bolaget fyllde i på begäran i samband med frågor om bolagets anbudspris. En kalkyl är per definition framåtsyftande och uppgifterna i den är teoretiska eftersom de ännu inte är kända. Nämnden efterfrågade inte historiska uppgifter i den tillhandahållna kalkylen och sådana uppgifter kan inte rakt av användas i ett företags kalkyl i samband med anbudsgivande. Nämnden har inte heller angett att förklaringarna av anbudspriset skulle redovisas eller beräknas på särskilt sätt vid angivande av månadslön i kalkylen. I detta fall är den enda säkra uppgiften i anbudskalkylen att en grundlön om 30 000 kr kommer att utgå i enlighet med de anställdas och ägarnas anställningsavtal. En högre lön än grundlönen förutsätter att bolaget som helhet går tillräckligt bra att även provisionslön ska utgå till de anställda. Bolaget har styrkt att grundlönen är 30 000 kr och att de anställda är beredda att arbeta för den lönen under den tid som ramavtalet löper. Att medarbetarna under de senaste månaderna före anbudslämnandet uppburit högre månadslöner beror på att det resultatmässigt har gått bra för bolaget som helhet. Nämnden har inte presenterat något stöd för påståendena om konkurrenters lönekostnader.

Bolaget har i sina förklaringar till anbudspriset inte bara åberopat produktionsbaserade grunder, utan även informationsbaserade och strategiska grunder. Nämnden har vid utvärderingen försummat eller i vart fall bortsett från att bedöma vad bolaget har anfört i dessa delar och har inte gjort någon helhetsbedömning av bolagets förklaringar. Detta agerande står i strid med myndighetens skyldighet att beakta samtliga förklaringar som lämnats innan myndigheten fattar beslut. Det utgör i sig ett brott mot LOU som innebär att rättelse ska ske.

Bolaget kan välja att dela ut vinst i stället för att ha avtalade höga och/eller rörliga löner. I ett ägarlett bolag som väljer att betala ut låga löner under verksamhetsåret och därefter dela ut vinst som aktieutdelning till delägarna skulle frågan om vad som är s.k. teoretisk och verklig lön aldrig aktualiseras. Det kan omöjligen ha betydelse om ägarna väljer att tillgoda sig ett gott resultat i bolaget genom utdelning eller provisionslön. Bolaget har möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud med bibehållen vilja och förmåga att fullgöra ramavtalet tack vare att dess ägare kan anpassa sitt löneuttag efter hur verksamheten utvecklar sig. I offentliga upphandlingar som den nu aktuella där det enda konkurrensmedlet är lägst pris måste leverantörerna ha rätt att fullt ut konkurrera med sin prissättning och därmed lönesättningsmodell. Den flexibilitet som ett ägarlett bolag medger kan vara en konkurrensfördel och verksamhet som bedrivs på annat sätt har andra fördelar. Inget av det är emellertid ”positiv särbehandling” eller något som står i strid med likabehandlingsprincipen vid konkurrensutsättning.

Bolaget har förklarat att de anställda generellt är beredda att arbeta till den i anställningsavtalen avtalade grundlönen om så krävs. Det finns ingen anledning att anta att bolaget skulle frånga avtalsvillkoren vid uppdragens utförande, att bolaget skulle sakna förmåga att leverera i enlighet med ramavtalet eller att upphandlingen på annan grund inte skulle få avsett resultat. Av upphandlingsdokumentet framgår att kommunen förbehåller sig rätten att inte avropa från berörd ramavtalsleverantör i upp till sex månader om leverantören i utförandet för fel och får anmärkningar om detta. Detta innebär extra incitament för bolaget att leverera samtliga offererade kompetenser enligt avtalade priser vid avrop. Att vägra leverans eller att utföra uppdrag på ett dåligt sätt skulle snabbt innebära att bolagets rykte försämras och förhindra att bolaget i framtida upphandlingar pressar sina priser på aktuellt sätt i syfte att tilldelas avtal. Sådan skada är betydligt större än den ekonomiska skada bolaget i värsta fall kan lida genom att i

detta avtal leverera ett större antal timmar till mycket låga priser än vad bolaget kalkylerat. Vid större uppdrag ska kommunen genomföra förnyad konkurrensutsättning bland de sju antagna leverantörerna. Bolaget har då möjlighet att lämna ett högre pris än det offererade ramavtalspriset. Kommunen har också rätt att säga upp ramavtalet efter två år. Inte ens om de flesta av de sju ramavtalsleverantörerna skulle misslyckas med att leverera det som efterfrågas skulle resultatet av upphandlingen påverkas. Att de låga anbudspriser skulle äventyra en stabil leverans åt kommunen under ramavtalstiden utgör därmed inte grund för att förkasta anbudet.

I praxis har näringsidkare som vill ta sig in på en ny marknad tillåtit att pressa sina vinstmarginaler. Detta avser bolaget i dess helhet och inte det enskilda kontraktet i fråga. Vinstmarginalen kan pressas genom en enskild förlustaffär, exempelvis för att ta sig in på en ny geografisk marknad eller en ny kundkategori, i syfte att långsiktigt öka vinsterna. Även om bolaget är relativt nystartat så är dess personal mycket erfaren och har drivit bolag med samma verksamhet och affärsmodell under mer än 20 år. Bolaget uppfyller ställda krav på ekonomisk kapacitet och upphandlingsdokumentet förutser att antagna anbudsgivare kan vara av mycket varierande storlek. Att ramavtalet i upphandlingen är större än det som bolaget har med exempelvis Eslövs kommun saknar betydelse. Hittills har bolaget bedrivits med god lönsamhet och det finns inget som talar emot att så inte kommer ske även i framtiden. Kommunens begäran om förklaring vad gäller underlag, historik m.m. ställer i praktiken högre krav på bolaget än på övriga anbudsgivare. Kommunens agerande är konkurrensbegränsande och inte förenligt med LOU och principerna om likabehandling och transparens.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att bolagets anbud föreföll vara onormalt lågt och att nämnden har haft fog för att

granska anbudet närmare. Frågan i målet är om bolaget har lämnat en tillfredställande förklaring till det låga priset.

Vid bedömningen ska beaktas om anbudsgivarens förklaringar och överväganden är affärsmässiga och om det finns befogad anledning att anta att det låga anbudet skulle leda till leveransvägran eller på annan grund leda till att upphandlingen inte skulle få avsett resultat (se HFD 2016 ref. 3).

Det ankommer på leverantören att visa att det aktuella anbudet inte ska anses vara onormalt lågt (se prop. 2015/16:195 s. 1115).

I syfte att säkerställa effektiv konkurrens ska alla relevanta faktorer som anbudsgivaren gjort gällande och som hänför sig till kontraktsföremålet beaktas vid myndighetens granskning av huruvida ett anbud som framstår som onormalt lågt ska godtas eller förkastas (se Lombardini, C-285/99 och C-286/99, p. 82).

Bolaget har i huvudsak förklarat det låga anbudet med att de anställda är delägare och har låga garanterade grundlöner. Enligt bolaget innebär affärsmodellen att bolaget kan pressa priserna med bibehållen kostnadstäckning, men också att bolaget har vilja och förmåga att leverera till de låga priserna över tid i syfte att slå sig in på en ny marknad.

Nämnden har ifrågasatt bolagets kostnadstäckning för det låga anbudet, eftersom kalkylen utgår från de anställdas grundlön, vilken inte avspeglar deras verkliga lön, och inte tar hänsyn till andra kostnader än lönekostnader i tillräckligt hög utsträckning. Nämnden menar också att det finns skäl att ifrågasätta bolagets vilja och förmåga att leverera enligt ramavtalet till det offererade priset under hela avtalsperioden.

Enligt kammarrätten har nämnden haft skäl att ifrågasätta bolagets kostnadstäckning för det låga priset på den grund att de utbetalade lönerna

historiskt har överskridit de avtalade grundlönerna. En kalkyl som bygger på lönekostnader som väsentligt avviker från bolagets faktiska lönekostnader, och som dessutom inte är marknadsmässiga, kräver ytterligare förklaringar för att vara tillförlitlig. En förklaring som bygger på att delägarna är beredda att, om så krävs, arbeta för den avtalade grundlönen är inte i sig tillräcklig. Det finns även andra brister i bolagets kalkyl som ger skäl att ifrågasätta kostnadstäckningen. Bland annat framstår rese- och administrationskostnaderna som mycket låga. Kalkylen baseras även på att konsulterna ska debitera minst 134,5 timmar per månad, vilket lämnar begränsat utrymme för rese- och administrationstid. Bolagets förklaringar framstår i dessa delar inte som rimliga och får inte stöd av ingiven bevisning. Det har inte heller framkommit något stöd för att bolaget kan förväntas erhålla högre ersättning för större uppdrag som föregås av förnyad konkurrensutsättning. Det finns således en mycket begränsad möjlighet att kompensera den låga fasta prissättningen genom andra delar av ramavtalet. Enligt kammarrätten har bolaget därmed inte på ett tillfredställande sätt förklarat kostnadstäckningen för det aktuella ramavtalet.

Bolaget har även gjort gällande att prissättningen är affärsmässigt motiverad i syfte att erhålla marknadsandelar i Göteborgsregionen. Det har inte framkommit några skäl att ifrågasätta denna uppgift. Att prissättningen är affärsmässigt motiverad är däremot inte ensamt en tillräcklig förklaring till ett lågt anbud. Det krävs också att underprissättningen inte ger befogad anledning att anta att det låga anbudet skulle leda till leveransvägran eller på annan grund leda till att upphandlingen inte skulle få avsett resultat.

Nämnden har i denna del anfört att bolaget är nystartat, har begränsad ekonomi och inte har visat att den bristande lönsamheten i det aktuella ramavtalet kompenseras med långsiktigt vinstgivande avtal. Kammarrätten instämmer i nämndens bedömning att dessa omständigheter ger skäl att ifrågasätta bolagets leveransförmåga över tid. Även den omständighet att bolaget historiskt har betalat ut högre löner till de anställda ger skäl att

ifrågasätta bolagets vilja och förmåga att över tid leverera till de låga priser som har offererats. Att bolaget, under en begränsad tid, har haft liknande ramavtal med andra kommuner är inte tillräckligt för att visa på en sådan vilja och förmåga. Att nämnden har antagit flera leverantörer och att ramavtalet innehåller sanktioner vid utebliven leverans påverkar inte heller bedömningen.

Sammantaget bedömer kammarrätten att bolagets förklaringar av det låga anbudet inte är tillfredställande. Nämnden har därmed haft fog för att förkasta anbudet som onormalt lågt. Vad bolaget i övrigt har anfört utgör inte skäl att ingripa mot upphandlingen. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas och Optimal Brandskydd bear AB:s ansökan om överprövning avslås.

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

I avgörandet har deltagit kammarrättslagmannen Ann-Louise Björnsson (ordförande), tf. kammarrättsassessorn Jonna Olofsson (referent) och kammarrättsrådet Lennart Berglund.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2025-02-28
Meddelad i Göteborg

Mål nr
837-25

SÖKANDE

Optimalt Brandskydd bear AB , 559443-6353

Ombud: Claes Henriksson Svefors och Maria Lidbom

MOTPART

Göteborgs Stad, Nämnden för inköp och upphandling

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen benämnd
Tekniska konsulter - Brandkonsult 116/24 ska rättas på så sätt att en ny
anbudsutvärdering genomförs. Vid denna får Optimalt Brandskydd bear ABs
anbud inte förkastas på den grunden att det är onormalt lågt.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Besöksadress
Sten Sturegatan 14
Telefon
031 - 732 70 00

Öppettider
måndag–fredag
08:00–16:00

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

E-post
forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
Webbplats
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

BAKGRUND

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs kommun (nämnden) genomför en upphandling benämnd Tekniska konsulter - Brandkonsult 116/24 (upphandlingen). Upphandlingen som sker med ett öppet förfarande avser ett ramavtal för att tillgodose nämndens behov av brandkonsulter. Av tilldelningsbeslutet framgår att andra leverantörer än Optimalt Brandskydd bear AB (bolaget) vunnit upphandlingen och att bolagets anbud inte kvalificerats med hänsyn till att de inte lämnat en tillfredsställande förklaring till det onormalt låga anbudet som bolaget lämnat.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att upp upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från bolaget ska tas upp till utvärdering. De anför i huvudsak följande. Nämnden har agerat i strid med LOU och likabehandlingsprincipen. Deras anbud är inte onormalt lågt och bolaget har i vart fall lämnat en godtagbar förklaring till anbudet. Om det inte vore för nämndens agerande hade bolaget haft möjlighet att tilldelas ramavtalet varför bolaget nu lidit eller riskerar att lida skada.

Omständigheten att en anbudsgivare lämnat lägst pris i en upphandling och att priset är 11 procent lägre än det näst lägsta priset i en ramavtalsupphandling med flera leverantörer, innebär inte att ett anbud är onormalt lågt. De har förklarat sig villiga att leverera till de angivna priserna under hela ramavtalstiden. De har också förklarat att bolaget är förhållandevis nystartat. Det är inte tillåtet för upphandlande myndighet att spekulera kring bolagets affärsmässiga överväganden på det sätt nämnden gjort och lägga det till grund för att förkasta anbudet.

Nämnden har dragit egna slutsatser utifrån de förklaringar som bolaget lämnat om bolagets lönenivåer och löneuttag och menar att bolaget inte tagit hänsyn till att ”den reella ersättningen för personalen (som är delägare och ska utföra uppdragen)” är betydligt högre än den lågt redovisade lönen och att detta skulle ha varit med i bolagets förklaringar av anbudspriset. Detta trots att bolaget förklarat att fem av de för närvarande sex anställda personerna också är delägare, varför de utöver lön har möjlighet att få utdelning om företaget gjort ett bra resultat. Att bolaget har betalat ut högre löner än 30 000 kr per månad innebär inte att det offererade priset inte bygger på en seriös kalkyl. De anställdas lön är enligt avtal 30 000 kr per månad vilket anges i kalkylen. Bolagets anbudspris ska sättas i relation till vad som anses vara upphandlingens resultat. Nämnden upphandlar ett ramavtal med flera leverantörer och det förefaller osannolikt att nämnden inte kommer kunna få leveranser under avtalsperioden. Nämndens påstående och argument att upphandlingens resultat skulle kunna äventyras om bolagets anbud antas verkar nästan utgå ifrån ett ramavtal där det endast finns en ramavtalsleverantör, vilket inte är fallet. Nämnden blandar ihop den företagsekonomiska aspekten med den lönemässiga. Bolagets kalkyl är just en kalkyl som verifierar att det företagsekonomisk är möjligt för en eller flera att arbeta heltid i ramavtalet. Siffrorna i kalkylen återspeglar dock inte nödvändigtvis de löner som medarbetarna faktiskt fått under föregående år. Bolaget har en grundlön med möjlighet till extra löneutbetalningar när vissa kriterier är uppfyllda. Det är vanligt att ägarledda konsultbolag kan erbjuda offentliga aktörer lägre priser än övriga kunder eftersom avtal med det offentliga ger större säkerhet. Hittills har lönerna överstigit den i anbudet kalkylerade och utdelning har också kunnat lämnas. Sedan bolagets första verksamhetsår har löneuttaget ökat trots flera nya ramavtal med timarvoden i paritet med det som lämnats i upphandlingen. Bolaget har låg overhead bland annat då flera administrativa uppgifter hanteras av personal i bolaget inte sällan utanför ordinarie arbetstid. Interntid för de anställda i Bolaget sker inom ramen för tjänsten men utan krav på en viss procentuell del av arbetsdagen på det sätt som nämnden i sin kalkyl-mall

verkar anse att anbudsgivare ska kalkylera. Bolaget har andra kunder där tjänster levereras till högre timarvode. Aktieutdelning kan inte likställas med lön eftersom den inte är garanterad. Den kan heller inte tas upp som ersättning i en kalkyl avseende kostnadstäckning för anbudspris. Eftersom det är omöjligt att veta i förhand i vilken utsträckning bolagets ramavtal med nämnden kommer att generera uppdrag har bolaget i sina förklaringar redovisat ett kritiskt scenario och att bolaget klarar även ett sådant scenario under avtalstiden. Bolaget har redovisat en kalkyl med full täckning för alla kostnader och med utrymme för vinst. Den farhåga som nämnden uttrycker gällande att ramavtalsleverantörer i bättre tider kommer att prioritera andra uppdrag med högre priser gäller rimligen i förhållande till alla anbudsgivare i upphandlingen eftersom alla vinstdrivande bolag i sådant fall riskerar uppvisa en tendens att prioritera uppdrag med ett högre arvode i tider av ett högre konjunkturläge. Nämndens argument är således inte hållbart enbart i förhållande till en av anbudsgivarna. Några krav på att anbudsgivarna ska ha varit verksamt under viss tid har inte ställts upp. Att nämnden använder argument kopplat till att bolaget är nystartat som motivering för att förkasta Bolagets anbud bryter mot LOU och särskilt principen om likabehandling. Bolaget kan med utdrag från bokföring och med lönespecifikationer och bankutdrag styrka att bolaget regelbundet betalt ut den månadslön som angetts i anbudskalkylen. Bolaget har förklarat varför angivet timpris inte är onormalt lågt utan att den kalkyl som gjorts visar ett överskott, givet att delägarna i bolaget är beredda att om så krävs arbeta till den kalkylerade timkostnaden, i vart fall i det aktuella uppdraget. Bolaget har således kalkylerat med en viss vinst på uppdraget, men också genom kalkylen förklarat att kostnadstäckning är tillräckligt och att Bolaget har andra avtal och kunder där anbudspriserna är högre, varför bolaget klarar av att leverera till lägre anbudspriser på nämndens ramavtal. I nuläget har bolaget ramavtal med flera kommuner. Av de ramavtalen framgår att priserna ligger på liknande nivå. Nämndens jämförelse med andra bolag är inte rimlig och detsamma gäller den kalkyl som nämnden krävt att bolaget ska fylla i.

Nämnden yrkar att bolagets ansökan avslås och anför i huvudsak följande.

Bolaget har inte styrkt att den lön som angetts i kalkylen är den verkliga lönen och därigenom inte heller kunnat verifiera påståendet om kostnadstäckning och vinst till det offererade priset. Bolagets förklaring är inte tillfredsställande.

Bolagets anbud är cirka 11 procent lägre än det näst lägsta anbudet. Det har därför varit korrekt att begära en förklaring av bolaget. Jämförelsen av vinstmarginal har gjorts i förhållande till de aktörer som lämnat anbud.

Bolagets hänvisning till vinstmarginal avser totalt sju bolag varav sex inte lämnat anbud. Upphandlande myndighet har stort utrymme att bedöma om en förklaring till ett onormalt lågt pris är tillfredsställande eller inte. I en seriositetsbedömning ligger det självklara att påståenden om kostnadstäckning och vinst för ett anbud ska kunna backas upp av verkliga förhållanden för det aktuella bolaget utifrån samtliga kostnader som krävs för att utföra kontraktet. En seriositetsprövning av ett anbudspris – som ska göra det sannolikt att avtalet kan fullgöras till det offererade priset under hela avtalstiden (i detta fall 4 år) – innebär också att ekonomiska förutsättningarna för det specifika företaget måste analyseras och bedömas. Ett anbud kan inte både ha kostnadstäckning och vara (affärsmässigt) underprissatt. Stöd för att begreppet ”tillfredsställande förklaring” innebär att den är baserad på verkliga kostnader kan hämtas från en vägledning från kommissionen kring bedömning av onormalt låga anbud utifrån bestämmelsen i LOU-direktivet. Av vägledningen framgår bland annat att beräkningen ska vara rimlig för att ett anbud ska anses vara ekonomiskt sunt. Bolaget har i sin motivering påstått att det kommer ha kostnadstäckning och kunna göra vinst till priset 437 kr. Det är då detta som nämnden haft att bedöma i seriositetsprövningen av anbudet.

Bolaget har angett en månadslön om 30 000 kr, vilket kraftigt avviker från normal lönenivå. En grundläggande förutsättning för bolagets påstående om vinst är därmed att bolaget kan göra det trovärdigt att bolaget verkligen tillämpar en markant avvikande ersättningsnivå för sina anställda i förhållande

till branschens övriga aktörer och att det dessutom är tillförlitligt att detta löneläge kommer upprätthållas under avtalstiden. För att det ska anses tillfredställande motiverat att bolaget kan leverera tjänsterna till anbudspriset under hela avtalstiden behöver lönenivån kunna bekräftas till 30 000 kr och även att denna nivå endast marginellt skulle höjas framgent. I annat fall är motiveringen helt enkelt inte ekonomiskt sund och blir då inte heller tillfredställande.

Nämnden anser att även om man helt bortser från eventuell utdelning, såsom bolaget gjort gällande, så har bolaget inte visat att de löner som bolaget tillämpar ligger på den nivå som angetts i kalkylen som skulle styrka kostnadstäckning och vinst. Det är alltså det faktum att kalkylen inte bygger på verklig lönekostnad som utgör den huvudsakliga grunden för att förklaringen inte är tillfredställande. Utöver det tar inte angivna overheadkostnader hänsyn till samtliga kostnader hänförliga till det såsom fakturering, avtalshantering, hantering av beställningar med mera. Om de administrativa uppgifterna ska utföras utanför arbetstid och kostnadsfritt utgör det en förklaring som har samma karaktär som förklaringen som bygger på att delägare avstår lön för ett specifikt avtal. Bolaget har heller inte tagit upp resekostnader, restid och traktamenten i sin kalkyl. Att ett företag inte har någon interntid alls utan kan debitera samtlig tid är inte rimligt.

Oaktat detta är nämndens uppfattning att incitament för delägare att arbeta till en väsentligt lägre ersättning än annars endast kommer vara aktuellt i en situation där bolaget inte skulle ha några andra tillgängliga uppdrag. Bolaget har sannolikt inte något annat avtal, varken med privat eller offentlig avtalspart, med en så låg timdebitering som det nu lämnat för det aktuella ramavtalet. Utifrån normala företagsekonomiska principer kommer bolaget därmed att – när det finns beläggning för personalen från andra avtal som ger vinst – knappast prioritera ramavtalet. En bedömning av risker kopplat till leverans till ett visst pris, såsom att avrop kan komma att avböjas i en hög

omfattning, sker individuellt för det bolag som lämnat det låga priset. Det ska alltså inte beaktas att andra bolag (med högre prissättning) i stället kan leverera. På grund av bolagets korta historik går det inte att avgöra om bolaget har förmågan till kontinuerlig leveransförmåga till det låga priset som angetts. En viss rating hos Creditsafe är inte någon garanti för ekonomisk uthållighet.

Nu aktuellt ramavtal har en helt annan volym än avtalet med Eslövs kommun eller övriga mindre kommuner som bolaget refererar till. Genom att det finns en stor konkurrens för de kommande avropen som sker med den avropsmetoden kan ingen leverantör på förhand utgå från att vinna dessa konkurrensutsättningar, än mindre med en prisbild som skulle kompensera för låga fasta priser för avropen med den kompetensstyrda fördelningsnyckeln.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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.

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

Av 16 kap. 7 § LOU framgår bl.a. följande. Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten 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.

I förarbetena till LOU anges att upphandlande myndighet har en skyldighet att se till att upphandlingen är effektiv, bl.a. i den meningen att de ska säkerställa att leverans kan ske i enlighet med kontraktet. Om ett lågt anbud inger farhågor beträffande leveranssäkerhet m.m., kan det hävdas att det allmänna kravet på att en myndighet ska iaktta skälig omsorg vid förberedandet av en upphandling medför att det i praktiken inte finns något utrymme att godta ett sådant anbud. Det är den upphandlande myndigheten som utifrån omständigheterna i det enskilda fallet ska avgöra vad som förefaller vara ett onormalt lågt anbud. I de mer uppenbara fallen torde det vara en enkel åtgärd för myndigheten att initialt hänvisa till vad som är onormalt avseende det aktuella kontraktsföremålet och i branschen i fråga (prop. 2015/16:195 s. 794, 795 och 1114).

I praxis har anbudsgivare exempelvis tillåtit att pressa sina vinstmarginaler eller till och med gå med förlust som ett led i en medveten strategi för att vinna marknadsandelar (jfr HFD 2016 ref. 3).

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att omständigheterna är sådana att anbudspriset i sig är så lågt att det finns grund att ifrågasätta dess seriositet. För det fall denna bevisbörda fullgörs har anbudsgivaren att visa att anbudet är seriöst trots att det är lågt (Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 mars 2018 i mål nr 207–208-18).

Huvudprincipen i mål om överprövning enligt LOU är att parterna själva bär ansvaret för utredningen och domstolens prövning är begränsad till vad parterna har fört fram. Den part som gör gällande att en upphandling är felaktig ska på ett klart sätt ange vilka omständigheter talan grundas på (RÅ 2009 ref. 69). Av detta följer att domstolens utredningsskyldighet är begränsad.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt förvaltningsrättens mening har en upphandlande myndighet en förhållandevis stor frihet att avgöra vad som utgör ett onormalt lågt anbud.

Det är ostridigt i målet att bolagets anbud är cirka 11 procent lägre än det näst lägsta anbudet. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att nämnden har haft fog för att anse att bolagets anbud föreföll vara onormalt lågt och därför begära en förklaring från bolaget.

Som förklaring till det ifrågasatta timpriset har bolaget bl.a. fört fram att bolaget utifrån tidigare avtal har god kunskap om de ekonomiska förutsättningarna för fullgörande av kontraktsåtagandet. Bolaget har redogjort för hur timpriset har tagits fram och angett att de kostnader som bolaget har täcks av intäkterna. Vidare har bolaget fört fram att de har en uttalad målsättning att etablera sig i Göteborgsregionen och att ramavtalet är ett sätt att uppnå det målet. Det framgår också av förklaringarna att bolaget som till majoriteten består av delägare arbetar för att kunna hålla sig på ett löneuttag om 30 000 kr per person och månad om så krävs. Att utföra exempelvis administrativa uppgifter utanför ordinarie arbetstid bedöms inte utgöra oavlönat arbete. Vidare framgår av bolagets underlag att resekostnader också ingår i deras kalkyl. Förvaltningsrätten anser att bolagets förklaringar är tillräckligt detaljerade och att anbudet framstår som seriöst. Nämndens invändningar om att lönen om 30 000 kr inte motsvarar den historiska verkligheten i bolaget ger inte anledning att ifrågasätta seriositeten i anbudet utifrån bolagets förklaringar. Särskilt inte med beaktande av att det i praxis framkommer att ett bolag får pressa prisbilden för att vinna marknadsandelar, även om det riskerar att leda till förlust i bolaget. Inte heller nämndens invändningar i övrigt om bland annat kostnader för administration, resor, eller bolagets kapacitet i förhållande till upphandlingsobjektet ger befogad anledning att anta att det låga anbudet skulle leda till leveransvägran eller på

annan grund leda till att upphandlingen inte skulle få avsett resultat.

Förutsättningar att förkasta bolagets anbud såsom onormalt lågt har därmed inte förelegat. Till följd av nämndens förkastande har bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Samtliga förutsättningar för att ingripa mot upphandlingen är därmed uppfyllda och ansökan om överprövning ska därför bifallas.

Upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs.

Vid denna får bolagets anbud inte förkastas på den grunden att det är onormalt lågt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR se bilaga 1 (FR-05).

Anders Grehn

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Hedvig Medin.



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.