



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-05-16
Meddelad i Jönköping

Mål nr
3-17

SÖKANDEN

1. Skadeteknik Sverige AB, 556797-9835
Nastagatan 15
702 27 Örebro

Ombud: Sanela Begovic
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

Ombud: Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

2. OCAB i Jönköpings- och Skaraborgs län AB, 556378-3934
Hjälmarydsvägen 1
573 38 Tranås

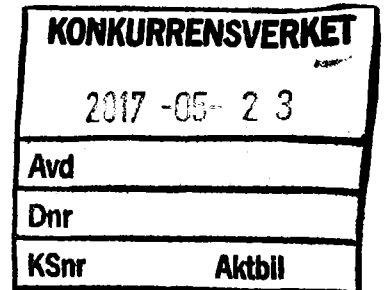
Ombud: Advokat Henrik Willquist
Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB
Box 1027
251 10 Helsingborg

MOTPART

Jönköpings kommun, Upphandlingsavdelningen
Stadskontoret
551 89 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Dok.Id 224269

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag-fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	---	--------------------------------	---

Jönköpings kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende ramavtal för löpande saneringsarbeten, ref nr 16/91. Upphandlingen genomfördes med ett öppet förfarande. Avtal skulle tecknas med upp till tre entreprenörer per geografiskt område, rangordnat. De geografiska områdena i upphandlingen är Jönköpings kommun och Habo kommun. Vid anbudstidens utgång hade fyra anbud inkommit. Samtliga fyra anbud uppfyllde kvalificeringskraven och hade samma anbudssumma. Tilldelningen avgjordes därför genom lottning. Av tilldelningsbeslut den 22 december 2016 framgår att Skadeteknik Sverige AB (Skadeteknik) rangordnats på andra plats avseende Jönköping kommun och på tredje plats avseende Habo Kommun.

Skadeteknik yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkas att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits, innebärande att ny lottning ska genomföras varvid anbudsgivare tillåts närvara.

Jönköpings kommun bestrider bifall till ansökningarna.

VAD PARTERNA ANFÖR

Skadeteknik Sverige AB

Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingsgrund är lägsta pris. Om flera anbudsgivare lämnat samma pris skulle vinnaren lottas fram. I anbudsförmuläret har kommunen angivit att arvode under 400 kr utvärderas som 400 kr. I fråga om prispåslag för OB-tillägg har angivits att påslag under 40 % utvärderas som 40 % respektive 80 % vid helg och 100 % vid storhelg. Ifråga om uttryckning har angivits att uttryckningskostnad under 600 kr utvärderas som 600 kr. Ifråga om avfuktare har angivits att pris under 70 kr utvärderas som 70 kr respektive 90 kr och 110 kr för större storlekar. Ifråga om städning har angivits att pris under 40 kr utvärderas som 40 kr respek-

tive 35 kr vid större yta. Marknadpriser för aktuella tjänster ligger mellan 310 – 360 kr i timmen.

Genom frågor och svar ställde en anbudsgivare frågor om vad prisbegränsningarna angivna av kommunen innebar vid en utvärdering samt hur lottningen skulle gå till. Kommunen svarade att lägre priser än de som angivits i anbudsformuläret inte skulle beaktas särskilt vid utvärderingen. Därtill meddelades att anbudsgivare tilläts vara med vid lottning. Skadeteknik anmälde att bolaget önskade närvara vid en eventuell lottning. Samtliga anbudsgivare lämnade samma pris i sina respektive anbud. Upphandlingen avgjordes genom lottning. Befintlig leverantör rangordnades som etta i upphandlingen avseende båda geografiska avtalsområden. Ingen anbudsgivare bereddes tillfälle att närvara vid lottningen.

Kommunen har genom förfrågningsunderlaget styrt prisbilden. Det av kommunen satta priset överstiger med råge rådande marknadspris. Lägsta pris är angivet som tilldelningskriterium, men mot bakgrund av konstruktionen med begränsningen av utvärderingen av priset innebär det att lägsta pris aldrig kan bli tilldelningskriterium. "Golvet" för utvärderingen medför självfallet att samtliga anbudsgivare lämnat samma pris. Samtliga anbudsgivare har också de facto lämnat samma anbudspris. Det framstod som uppenbart redan vid annonseringen att inga lägre anbudspriser skulle lämnas eftersom det är helt lönlöst för anbudsgivaren och inte skulle beaktas vid utvärderingen. Genom utvärderingsbegränsningen såvitt gäller priset har lottning redan från början varit avsett att vara det sätt tilldelning skulle komma att ske. Anbudsgivarna har inte haft några möjligheter att bedöma och förutse förutsättningarna för tilldelning på förhand, annat än att man på förhand förstod att lägsta pris inte skulle särskilja anbuderna och lottning avgöra kontraktstilldelningen. Det är inte en giltig tilldelningsgrund. Lottning är endast tillåten som särskiljande efter ett rent faktiskt urval skett enligt det tilldelningskriterium som angivits. Eftersom kommunen i praktiken helt

styrkt urvalet till att bli överflödigt med den gjorda begränsningen i prisutvärderingen är inte lottning tillåten. Det är dessutom så att det inte finns något skäl till varför den gjorda beloppsbegränsningen av timpriset gjorts av kommunen. Det är ju långt ifrån ett orimligt lågt pris, under vilket anbud inte ska godtas. Inte heller ger ett högt golvpris garantier för att sociala aspekter garanteras, t ex lön till de som utfört arbetet. Av den anledningen framstår den gjorda begränsningen enbart gjord i syfte att lotten ska avgöra tilldelningen. Skadeteknik bestrider att 400 kr/timme motsvarar lägsta pris efter en konkurrensutsättning (marknadsmässigt) pris. Det är istället fråga om ett överpris som resulterat i att Jönköpings kommuns genomförda upphandling dels rent faktiskt inte blivit konkurrensutsatt, i strid med LOU:s grundläggande principer, dels att en otillåten utvärderingsgrund använts. Skadeteknik, som deltar i ett mycket stort antal av de offentliga upphandlingarna som sker i landet, har inte kännedom om något avtal med villkor enligt Jönköpings kommuns kommersiella villkor som har timpris som överstiger 400 kr per timme. Till stöd för att det på marknaden rådande priset ligger under 360 kr/timme åberopas tre ramavtal mellan Skadeteknik och tre andra uppdragsgivare.

I den mån lottning får tillgripas måste förfarandet vara oantastligt och objektivt. Kommunen har i Tendsign angett att samtliga anbudsgivare är välkomna att närvara. Skadeteknik har i sitt anbud uttryckligen lämnat en önska om att få närvara vid lottningen. Med anledning av kommunens svar har Skadeteknik haft anledning att räkna med att lottdragningen skulle ske i närvaro av anbudsgivarna som kunnat kontrollera att den genomförts transparent och likabehandlande. Skadeteknik har inte lämnats tillfälle att närvara trots att det angivits att bolaget vill närvara. Kommunen har därför åsidosatt föreskrifterna för förfarande för lottningen som angivits i frågor och svar. Det framstår som mycket anmärkningsvärt att befintlig leverantör blivit lottad som etta på båda geografiska avtalsområden. Det finns skäl att ifrågasätta om lottningen utförts på ett acceptabelt sätt. Omständigheterna är sådana att

det kan antas att lottningen är på förhand uppgjord. Det finns därför skäl att ifrågasätta om lottningen utförts på ett acceptabelt sätt. Principen om likabehandling har åsidosatts. Enbart sannolikheten för att befintlig anbudsgivare vid båda lottningarna för anbudsområdena skulle vunnit kontraktet talar för att inte slumpen avgjort tilldelningen. För att lottning ska vara acceptabelt vid lika anbud för att särskilja anbuderna måste det klart framgå att slumpen avgjort rangordningen. Anbudsgivarna har inte likabehandlats vid lottdragningen. Rättelse ska ske på så vis att lottningen genomförs på nytt i enlighet med vad kommunen meddelat skulle ske, nämligen genom att anbudsgivarna är välkomna att delta och meddela tid och plats och på transparent sätt genomföra lottningen med samtliga anbudsgivare angivna på lotterna och blind dragning i närvaro av samtliga anbudsgivare som vill delta.

Skadeteknik har lidit skada eftersom bolaget vid en korrekt utförd upphandling med utvärdering av lägsta pris med stor sannolikhet hade vunnit upphandlingen med hänsyn till de konkurrenskraftiga priserna bolaget kan erbjuda. Genom att kommunen istället för att utvärdera lägsta pris genom att beakta konkurrenskraftiga priser tillämpat ett ifrågasatt lottningsförfarande har bolaget inte vunnit upphandlingen som rangordnat etta. Risken för skada är även i fråga om lottningen gått till på ett oegentligt och icke likabehandlande sätt uppenbar då det finns skäl att anta att lottningen på förhand varit uppgjord till befintlig leverantörs favör för båda avtalsområdena, till skada för Skadeteknik.

Jönköpings kommun

Lottningen var naturligtvis inte uppgjord på förhand. Lottningen har genomförts på ett objektiva och opartiska sätt under överseende av tre av kommunens upphandlare. Lottningen har således genomförts på ett vedertaget och godtagbart sätt (jmf RÅ 2009 ref. 60). Att anbudsgivare inte har meddelats tid och plats och därmed inte givits en reell möjlighet att delta medför inte att någon överträdelse av de gemenskapsrättsliga principerna har skett. Ska-

deteknik har heller inte lidit eller riskerat att lida någon skada av kommunens hantering.

Kommunen kan även lugna Skadeteknik avseende timpriset. Kommunen har tidigare haft problem med tilläggsdebiteringar för utrustning och förbrukningsmaterial och har därför, bl.a. för att undvika onormalt låga anbud och för att få en bättre kontroll och förutsägbarhet, satt ett marknadsmässigt golvpris för utvärderingen som inkluderar samtliga kostnader och material, AFD 61 i förfrågningsunderlaget. Kommunen har genom förfarandet fått fyra seriösa anbud från kompetenta aktörer och undvikit lycksökare som tyvärr ofta förekommer i tjänsteupphandlingar. Det satta golvpriset är på inget sätt ett överpris för den upphandlande tjänsten. Vid ett timpris på 310-360 kr hade kommunen, baserat på tidigare erfarenheter avseende timdebiteringar, i realiteten fått betala mellan 400 - 470 kr per timma. Det är möjligt att kommunen med facit i hand skulle ha satt ett något lägre golvpris eller haft ett annat särskiljande än lottning. Kommunens förfarande kan dock inte sägas ha begränsat konkurrensen och baserat på tidigare erfarenheter har förfarandet definitivt främjat ett kostnadseffektivt utnyttjande av skattemedel.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. I övergångsbestämmelserna till LOU föreskrivs dock att ÄLOU fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom de upphandlingar som förevarande mål gäller har påbörjats före den 1 januari 2017 är ÄLOU tillämpliga i dessa mål.

I 1 kap. 9 § ÄLOU anges att upphandlande myndigheter ska 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 12 kap. 1 § ÄLOU följer att en upphandlande myndighet ska anta anbudet som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Av Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1084-11 framgår bl.a. följande. Varken i LOU eller i direktivet 2004/18/EG finns det en definition av begreppet lägsta pris. Med lägsta pris får förstås att den leverantör som uppfyllt upphandlingens samtliga krav och som har det lägsta priset vinner upphandlingen. Bedömningen av om det sätt på vilket den upphandlande myndigheten angett att lägsta pris ska beräknas är förenligt med LOU, får göras utifrån de allmänna principerna i LOU.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref.78 uttalat bl.a. följande. En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (se HFD 2012 ref. 48 I-II).

Förvaltningsrättens bedömning

Vid en ansökan om överprövning av upphandling är det den sökande parten som ska ange de omständigheter som denne vill åberopa till stöd för att förutsättningar för ett ingripande är uppfyllda (RÅ 2009 ref. 69). Det är den

som gör gällande att det föreligger fel i en upphandling som ska påvisa bristerna i upphandlingen och orsakssambandet mellan dessa och åberopad skada. För att domstolen ska finna grund för ingripande är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit skada eller kunnat komma att lida skada, utan sökanden ska också visa att så har varit fallet på grund av de brister som har påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Golvpriser i utvärderingsmodellen

Av anbudsformuläret till förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare ska lämna arvode för bl.a. timkostnader för tekniker. I anbudsformuläret har kommunen angett minimipriser avseende samtliga arvoden och produkter i formuläret.

Skadeteknik har bl.a. anfört att de av kommunen satta golvpriserna i utvärderingsmodellen med råge överstiger marknadspriserna, att konkurrensen har begränsats och att utvärdering inte skett till lägsta pris. Kommunen har anfört att den satt ett marknadsmässigt golvpris för utvärderingen som inkluderar samtliga kostnader och material och att detta inte begränsat konkurrensen. Kommunen har vidare anfört att syftet med att sätta fastslagna golvpriser är för att få bättre kontroll och förutsägbarhet samt för att undvika oseriösa anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att kommunen har lämnat en godtagbar förklaring till de golvpriser som satts i utvärderingsmodellen. Skadeteknik har bestridit att golvpriserna inkluderar mer än övriga upphandlingar normalt sett gör men har inte närmare utvecklat sin argumentation i denna del. Även om det skulle stämma att golvpriserna i viss utsträckning överstiger de priser som anbudsgivarna annars skulle ha erbjudit, finns det, enligt förvaltningsrättens mening, inte stöd för att kommunen i denna del överskridit sin frihet när det gäller utformningen av utvärderingsmodellen. Förvaltningsrätten konstaterar i övrigt att den av kommunen valda utvärde-

ringsmodellen är tydligt och objektivt utformad. Utvärderingsmodellen har medfört att alla anbudsgivare har begränsats på samma sätt och därmed haft möjlighet att konkurrera på samma villkor. Jönköpings kommun har även utvärderat anbuden i enlighet med angiven utvärderingsmodell för lägsta pris. Utvärderingsförfarandet har därmed gått korrekt till. Att Jönköpings kommun därefter i den uppkomna situationen utsett en vinnande anbudsgivare genom lottning, innebär således inte ett åsidosättande av bestämmelserna i ÄLOU eller att utvärderingen skett i strid mot dess grundläggande principer. Det saknas därför skäl för ingripande i denna del.

Lottningsförfarandet

Av handlingarna i målet framgår att Jönköpings kommun i frågor och svar har angivit att anbudsgivarna är välkomna att delta vid lottningen. I förevarande fall är det ostridigt att kommunen inte bjudit in Skadeteknik till anbudslottningen trots att bolaget uttryckligen angett att de önskar delta. Frågan är då om kommunens förfarande har medfört att Skadeteknik lidit eller riskerat att lida skada av detta.

Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 2009 ref. 60 har framfört bland annat följande beträffande lottningsförfarande i den aktuella upphandlingen: "När det gäller själva lottningsförfarandet framgår det av ett protokoll att tre personer vid de upphandlande myndigheterna har intygat att lottningen gått korrekt till. Någon utomstående kontrollant har inte varit närvarande och inte heller getts möjlighet att närvara. Även med beaktande av detta förhållande har det emellertid inte kommit fram någon omständighet som ger anledning att anta att lottningen utförts på ett sätt som inte kan godtas."

Jönköpings kommun har i yttrande till förvaltningsrätten beskrivit hur det aktuella lottningsförfarandet gått till. Förvaltningsrätten noterar att någon utomstående kontrollant inte har närvarat under lottningen men att det av ett ingivet protokoll framgår att tre personer från den upphandlande myndig-

heten har närvarat och intygat att lottningen har genomförts på ett korrekt sätt. Förvaltningsrätten finner med beaktande av detta att det inte finns skäl att ifrågasätta att kommunen genomfört förfarandet vid själva lottningssituationen på ett objektivet och godtagbart sätt. Bolagen kan därmed inte anses ha lidit skada av att Jönköpings kommun inte bjöd in bolagen till lottningen. Vad bolagen anfört i denna del medför ingen annan bedömning. Skäl för ingripande enligt LOU finns därför inte heller på denna grund. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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

Susanne Karlberg

Rådmannen Susanne Karlberg har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

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

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

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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.