



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-05-16
Meddelad i Jönköping

Mål nr
6264-16

SÖKANDE

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

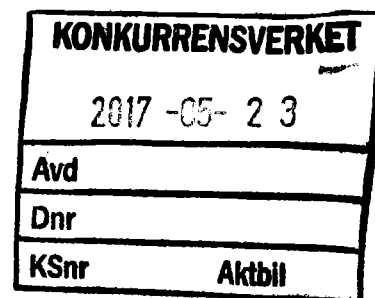
Ombud: Advokat Henrik Willquist
Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB
Box 1027
251 10 Helsingborg

MOTPART

Jönköpings kommun, 212000-0530
551 89 Jönköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDE

Jönköpings kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende ramavtal för löpande saneringsarbeten, ref nr 16/91. Upphandlingen genomfördes med ett öppet förfarande. Avtal ska 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 genom lottning. Av tilldelningsbeslut den 22 december 2016 framgår att Jönköping kommun avsåg att teckna avtal med tre andra leverantörer än OCAB AB (OCAB).

Dok.Id 221575

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
---	-------------------------------------	---	--------------------------------	---

OCAB yrkar att lottningen skall göras om.

Jönköpings kommun bestrider ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

OCAB

Jönköping kommun har genomfört upphandlingen som omfattar såväl Jönköping som Habo kommun. Den befintliga leverantören avseende sanerings-tjänster åt kommunerna är Corvara Industri- och Skadeservice AB (Corvara). Enligt uppgift vann Corvara den föregående upphandlingen genom att lägga lägsta pris, 289 kr per timme. Utvärderingskriteriet var lägsta pris. Av förfrågningsunderlaget framgår att det lägsta pris som får offereras är 400 kr, dvs. mer än 110 kr över vad Corvara vann föregående upphandling på. OCAB:s listpris för saneringstekniker är 360 kr per timme. Kommunen har anfört att 400 kr är ett marknadsmässigt golvpris och att priser under dessa är onormalt låga. OCAB gör gällande att 399 kr per timme för de aktuella tjänsterna inte är onormalt lågt. Det skall noteras att 400 kr inte är det enda golvpris som kommunen använt i upphandlingen. Det är sammanlagt 14 olika moment som skall prissättas. Samtliga 14 moment har ett "golv". Samtliga anbudsgivare har i samtliga 14 moment angett identiska värden. Den enda tänkbara slutsats som är möjlig att dra av detta är att "golven" är mycket höga eftersom inte en enda anbudsgivare valt att lägga sig över det. Genom att konstruera utvärderingsmodellen så att alla anbudsgivare skulle komma att lägga samma anbudspris skapade Jönköpings kommun ett till synes objektiva sätt att säkerställa att befintlig leverantör genom lottning skulle tilldelas kontraktet för båda kommunerna.

Det fanns en misstanke om att Jönköpings kommun föredrog att fortsätta arbeta med Corvara. Därför annonserades redan under "frågor & svar" frå-

gan om att delta i lottningen. Kommunen svarade att anbudsgivare var "hjärtligt välkomna". Jönköpings kommun genomförde sedan, utan att kommunicera vare sig lokal eller tidpunkt, lottningen utan utomståendes närvaro. Det har av "frågor & svar" tydligt framgått att anbudsgivarna önskade delta vid lottningen. Svaret som lämnades kan inte uppfattas på annat sätt än att kommunen förstod att OCAB ville delta i lottningen. Det beslut som Jönköpings kommun har lämnat är ett gynnande förvaltningsbeslut som inte kan tas tillbaka. Skulle kommunen mena att det krävs ytterligare någon aktivitet för anbudsgivarna för att få delta vid lottningen erinras om den serviceskyldighet som åligger kommuner. Kommunen hade då haft att informera om detta vilket inte skett. Det ifrågasätts om lottningen har gått korrekt till. Lotterierna kunde ha utfallit annorlunda om OCAB eller någon annan utomstående hade fått närvara när lottningarna genomfördes. Jönköpings kommun har brustit mot transparensprincipen och möjligen också likabehandlingsprincipen. OCAB lider eller har riskerat att lida skada till följd av detta.

Jönköpings kommun

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. Det kan även noteras att OCAB inte uttryckt någon önska om att delta vid lottningen. OCAB har inte heller lidit eller riskerat att lida någon skada av kommunens hantering. Kommunen kan även lugna OCAB 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 utvärdering som inkluderar samtliga kostnader och material AFD. 61 i bilaga 2.

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.

Kommunen har anfört att den satt ett marknadsmässigt golvpris för utvärdering som inkluderar samtliga kostnader och material enligt vad som framgår av förfrågningsunderlaget i AFD. 61 "Ersättning". Enligt förvaltningsrättens mening har kommunen lämnat en godtagbar förklaring till golvpriserna i utvärderingen. 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 utvärderingsmodell-

en. 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

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det framgår av Frågor och svar att kommunen angett att anbudsgivarna är välkomna att delta vid lottningen. OCAB har dock inte uttryckligen angett att de vill delta i lottningen. Under sådana omständigheter finner förvaltningsrätten inte att det förelegat skäl för den upphandlande myndigheten att informera bolaget om tid och plats för lottningsförfarandet.

Ifråga om lottningsförfarandet i övrigt gått korrekt till kan följande konstateras. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 ref. 60 framfört bland annat följande beträffande lottningsförfarande i då aktuell upphandling: "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 myndigheten har närvarat och intygat att lottningen har genomförts på ett korrekt sätt. Förvaltningsrätten finner därmed att det inte finns skäl att ifrågasätta att kommunen genomfört förfarandet vid själva lottningssituationen på ett ob-

jektivt och godtagbart sätt. Vad bolaget anfört i denna del medför ingen annan bedömning. 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.