



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-06-15
Meddelad i Linköping

Mål nr
3622-17

SÖKANDE

Mattias Markanläggning AB, 556663-4159
Värred 163
438 97 Rävlanda

MOTPART

Göteborgs Stad
Nämnden för inköp och upphandling
Box 1111
405 23 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2017-06-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 290069

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag–fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs Stad (Nämnden) genomför upphandling av ramavtal avseende "Hantverkstjänster – Mark" med diarie-nummer 432/15. Upphandlingen genomförs enligt reglerna för öppet förfarande enligt LOU. Tilldelning av kontrakt i upphandlingen sker utifrån pris. Genom tilldelningsbeslut den 3 maj 2017 antogs och rangordnades 26 leverantörer. Mattias Markanläggning AB rangordnades som nummer 8.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen.

Nämnden bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT**Bolaget**

Metoden som använts i upphandlingen medför en stor möjlighet till fusk. Det är anmärkningsvärt att en så stor organisation väljer att använda sig av att dra lott med papperslappar, när det finns säkrare sätt som exempelvis lottningssystem via dator. Vidare väljer upphandlingsbolaget att två anställda närvarar när lottningen utförs. Detta är anmärkningsvärt då det vid tidigare tillfällen närvarat tre personer när beslut gällande samma avtal lottats fram. En utomstående person borde ha närvarat vid lottningen.

Att de sju företag som hamnade överst på listan är stora företag väcker ytterligare misstankar om fusk. Det kanske finns en privat anledning till att gynna större företag. Eftersom nitton företag är godkända och har samma timkostnad borde man gjort mer för att skilja dem åt än bara lottning. Exempelvis borde man kollat upp alla tre referenser innan lottningen genomfördes. Detta för att faktiskt försäkra sig om att referenserna stämmer.

Nämnden

Det följer av praxis att lottning är ett godtagbart sätt att avgöra rangordning för anbudsgivare som har lämnat samma anbudspris. Lottning är vanligt förekommande när man vill låta slumpen särskilja fall som i alla relevanta avseenden är lika, bl.a. när det visar sig att urvalsreglerna i en upphandling inte räcker till. Det anses allmänt att en sådan metod inte gynnar någon av anbudsgivarna på någon annans bekostnad, utan att de upphandlingsrättsliga principerna därigenom upprätthålls.

Av upphandlingsdokumenten i aktuell upphandling under punkt AFB.53 framgår att det i fall flera anbud uppfyller alla kvalificerande krav och har lämnat samma anbudspris kommer lottning att användas för att avgöra hur de ska rangordnas i förhållande till varandra.

Det finns inga bestämmelser i LOU som reglerar lottning för att särskilja lika anbud, utan regelverket har fastlagts i praxis. Det finns inget avgörande som slår fast hur många, eller vilka personer som måste delta vid lottningen, utan det som klargörs är att de upphandlingsrättsliga principerna måste upprätthållas.

I förevarande fall har lottningen genomförts av två personer som är anställda vid Inköp och upphandling, vilket Bolaget har synpunkter på. Inledningsvis kan sägas att Inköp och upphandling eller anställda på förvaltningen inte har något intresse av vilken eller vilka anbudsgivare som vinner eller placerar sig bäst i rangordningen i en upphandling. Inköp och upphandling avropar inte hantverkstjänster och i det fall någon av upphandlarna skulle kunna vara i en jävsituation får upphandlaren inte handlägga eller delta i det aktuella upphandlingsområdet. Det finns heller ingen önskan att gynna stora företag.

Utvärderingsgrund i upphandlingen har enbart varit lägsta pris och lottning har angivits som metod för att särskilja anbud med samma anbudspris. Det är inte tillåtet för en upphandlande myndighet att använda andra kriterier i utvärderingen än de som angivits i upphandlingsdokumenten. Det har därmed inte varit möjligt att använda t.ex. referensbedömning, vilket Bolaget föreslår, i utvärderingen.

För öppnande av anbud finns det däremot en bestämmelse i 12 kap. 10 § LOU som stadgar att minst två personer måste närvara vid anbudsöppningen. Av bestämmelsen framgår att anbuden ska föras upp i en förteckning som ska bestyrkas av de närvarande personerna. Denna förteckning syftar till att det i efterhand ska gå att kontrollera att anbudsöppningen har gått rätt till. En parallell kan dras mellan denna förteckning och ett lottningsprotokoll som syftar till att visa att lottningen har gått rätt till. Antalet personer som minst ska närvara vid öppning respektive lottning bör då vara detsamma, det vill säga minst två, för att det ska vara säkerställt att de grundläggande principerna upprätthålls samt att allt går rätt till vid förfarandena.

Det finns med andra ord inte någon skyldighet för upphandlande myndigheter att tillse att det närvarar en utomstående person vid en lottning av en upphandlings resultat. Att en utomstående person inte har närvarat är inte heller en omständighet som ger anledning att anta att lottningen inte har gått rätt till.

Det finns inga bestämmelser i LOU eller avgöranden som reglerar vilken metod som ska användas vid en lottning för att skilja lika anbud åt. Att dra lappar ur en låda är en vanligt förekommande och allmänt accepterad metod för lottning. Att använda den metoden vid lottning innebär heller inget brott mot LOU eller de grundläggande principerna.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Lagen ska enligt övergångsbestämmelserna tillämpas på upphandlingar som påbörjats efter ikraftträdandet. I nu aktuellt mål är därför denna lag tillämplig.

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.

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlade myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövning av upphandling är det den sökande parten som ska ange de omständigheter som denne vill åberopa till stöd för att förutsättningarna för ett ingripande är uppfyllda (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Det finns ingen bestämmelse i LOU som reglerar hur rangordning ska ske när det i en upphandling finns lika anbud med samma lägsta pris. De grundläggande principerna som uttrycks i 4 kap. 1 § LOU måste emellertid följas.

I upphandlingsdokumentet *administrativa föreskrifter* under punkten AFB.53 anges att i det fall flera anbud uppfyller alla kvalificerande krav och har lämnat samma anbudspris kommer lottning att användas för att avgöra hur de ska rangordnas i förhållande till varandra.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att lottning är ett allmänt vedertaget förfarande för att utan olikbehandling avgöra utgången när lika fall står mot varandra. Det anses allmänt att en sådan metod inte i sig gynnar någon av deltagarna på någon annans bekostnad. Något principiellt hinder mot att vid lika anbud använda lottning finns därför inte (se RÅ 2009 ref. 60). Att tillämpa lottning som metod för att rangordna lika anbud med samma lägsta pris i förhållande till varandra strider alltså inte mot LOU. Vidare anser förvaltningsrätten att själva lottningsförfarandet, det vill säga att lottningen avgjorts genom dragning av papperslappar, inte heller kan anses stå strid mot LOU. Skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund finns därmed inte.

Av lottningsprotokollet den 3 maj 2017 framgår att två anställda vid den upphandlande myndigheten har genomfört och närvarat vid lottningen. Därtill framgår att lottningsförfarandet har skett genom dragning av lappar med respektive leverantörs namn. Förvaltningsrätten anser att det inte har kommit fram omständigheter beträffande genomförande av lottningen som ger anledning att anta att den inte utförts på ett godtagbart sätt eller ifrågasätta resultatets riktighet. Det finns heller ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att tillse att lottningen t.ex. filmas eller att en utomstående person närvarar vid lottningen. Skäl för ingripande mot upphandlingen enligt LOU på denna grund finns därmed inte.

Bolaget har även invänt att den upphandlande myndigheten innan lottningen genomfördes borde kontrollerat att samtliga tre referensuppdrag som anbudsgivarna lämnade stämmer.

Anbudsgivare i en upphandling ska kunna räkna med att den upphandlande myndigheten vid utvärderingen av anbudet följer det i upphandlingsdokumentet redovisade tillvägagångssättet (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs mål 4278-09 och Kammarrätten i Jönköpings mål 2811-14). Förvaltningsrätten finner att en referensbedömning i syfte att rangordna anbudet i upphandlingen skulle ha stått i strid med det tillvägagångssätt som anges i *administrativa föreskrifterna* och därmed även mot de grundläggande principerna. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att den upphandlande myndigheten har förfarit korrekt vid rangordningen av lika anbud med samma lägsta pris. Det saknas därmed grund för ingripande mot upphandlingen enligt LOU på denna grund.

I punkten 2.2.4 i upphandlingsdokumentet anges att anbudsgivare ska uppge tre referenseruppdrag för att styrka krav på erfarenhet. Av nämnda punkt framgår vidare att den upphandlande myndigheten kommer att kontrollera ett av tre angivna referensuppdrag. Förvaltningsrätten finner att inget annat har kommit fram i målet än att den upphandlande myndigheten har genomfört referenskontroll i enlighet med vad som anges i upphandlingsdokumentet. Det har inte heller kommit fram skäl för att ifrågasätta de i upphandlingen kvalificerade leverantörernas uppfyllelse av det obligatoriska kravet avseende referensuppdrag. Vad Bolaget har anfört i denna del utgör inte grund för ingripande mot upphandlingen enligt LOU.

Mot ovan angiven bakgrund finner förvaltningsrätten att det inte har kommit fram grund för ingripande mot upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LOU med anledning av vad Bolaget har anfört. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Kristina H Samuelsson

Rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



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.