



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2013-11-05
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23789-13

SÖKANDE

Boetten Bygg AB, 556503-0029

Ombud: Advokat Madeleine Sifvert
Advokatfirman NOVA AB
Box 55996
102 16 Stockholm

MOTPART

Solna stad
Stadsbyggnadsnämnden
171 86 Solna

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013-11-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Boetten Bygg AB:s ansökan.

Förvaltningsrätten avslår Solna stads yrkande om att förvaltningsrätten ska förordna om att någon tiodagarsfrist inte ska gälla vid förvaltningsrättens avgörande.

Dok.Id 413754

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegehuddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Stadsbyggnadsnämnden i Solna stad (Staden) har genomfört en upphandling av ramavtal avseende byggarbeten, dnr SBN 2012:1214. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av rättelse av tilldelningsbeslut daterat den 24 september 2013 framgår att Staden avser att erbjuda andra leverantörer än **Boetten Bygg AB (Boetten)** att teckna kontrakt i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Boetten yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att lottningsförfarandet görs om eller att upphandlingen i sin helhet görs om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Av förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen framgår att Staden kommer att anta tre anbud med en inbördes rangordning och att utvärderingsgrunden "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" kommer att tillämpas. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att fastställas utifrån ett jämförelsepris, varvid ett vid referenstagning beräknat mervärde dras av från anbudspriset. Den anbudsgivare som erhåller lägst jämförelsepris kommer att anses som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och antas som ramavtalspart. Det framgår också att Staden inte kommer att acceptera timarvoden understigande 380 kr/timme. I upphandlingen har anbud inkommit från 28 byggtreprenörer.

Ett första tilldelningsbeslut meddelades den 16 maj 2013. Av upphandlingsrapporten framgår att 24 byggtreprenader offererat samma anbudssumma, vilket föranlett Staden att låta lotten avgöra tilldelningen.

Några dagar senare uppmärksammades emellertid att Staden förfarit felaktigt vid anbudsutvärderingen. Staden hade vid den första anbudsutvärderingen inte på ett korrekt sätt beräknat avdraget hänförligt till mervärde vid referenstagning. Efter att ha korrigerat detta och gjort korrekta avdrag återstod tolv byggentreprenörer (av de 24 med samma anbudssumma). Dessa tolv byggentreprenörer var således de anbudsgivare som lämnat anbud med lägsta möjliga anbudspris och högsta möjliga referenssnittbetyg och var således de som rätteligen skulle delta i lottningsförfarandet.

Staden genomförde därefter ett nytt lottningsförfarande och lät lotten avgöra vilka av de tolv som skulle antas som ramavtalsparter. Genom tilldelningsbeslut av den 4 juni 2013 meddelade Staden att Boetten och ytterligare två byggentreprenörer hade tilldelats ramavtalet samt att Boetten rangordnats som nr 1.

Anbudsgivaren BTH Bygg AB (BTH) ansökte därefter om överprövning hos förvaltningsrätten i Stockholm (mål nr 14363-13). Vad BTH anfört i målet kan sammanfattas enligt följande. BTH var ett av de bolag som tilldelades ramavtalet vid den första lottdragningen i maj 2013 där alla 24 anbudsgivare ingick. BTH ingår även bland de tolv som har lämnats lägsta möjliga anbudspris och högsta möjliga referenssnittbetyg. Beträffande BTH var lottdragningen i maj 2013 således korrekt och därför borde lottdragningen i juni 2013 ha gjorts bara avseende den "plats" som blev vakant, dvs. den placering som tilldelats byggentreprenörer som inte ingått i gruppen om tolv med lägsta möjliga anbudspris och högsta möjliga referenssnittbetyg. Förvaltningsrätten biföll ansökan om överprövning genom dom den 12 september 2013 och förordnade om rättelse på så sätt att ny utvärdering – lottning – ägde rum enbart beträffande den anbudsgivare som inte lämnat den lägsta anbudssumman, dvs. den plats som blivit vakant. Boetten har inte haft talerätt och har inte beretts tillfälle att yttra sig i mål nr 14363-13.

Staden har därefter genomfört ytterligare en lottdragning, varvid den vakanta ramavtalsplatsen har fördelats genom lottdragning mellan de övriga tio byggtreprenörer som lämnat lägsta möjliga anbudspris och erhållit högsta möjliga referenssnittbetyg. Nytt tilldelningsbeslut meddelades den 24 september 2013, av vilket framgår att Boettens anbud inte har antagits.

Tyvärr föreligger dock alltjämt fel i upphandlingsförfarandet. Förfarandet med flera lottdragningar medför att byggtreprenörerna har haft olika möjligheter att genom lotten antas som ramavtalsparter. Den omständigheten att den första felaktiga lottdragningen innefattade 24 anbudsgivare har försämrat chanserna för de tolv anbudsgivare (däribland Boetten) som rätteligen borde ha fått vara med. Vid ett korrekt genomfört upphandlingsförfarande skulle sannolikheten för att Staden skulle ha antagit någon av Boetten och de övriga anbudsgivarna som lämnat lägsta möjliga anbudspris och erhållit högsta möjliga referenssnittbetyg som ramavtalspart varit 1:12, 1:11 och därefter 1:10 (det är tre ramavtalsparter som ska antas). Eftersom Staden felaktigt lottade mellan 24 anbudsgivare i stället för tolv blev sannolikheten i stället 1:24, 1:23 och 1:22.

Den omständigheten att tio anbudsgivare därefter har fått en ny "chans" att antas som ramavtalspart avseende den vakanta platsen (med sannolikheten 1:10) förändrar inte det faktum att den ursprungliga felaktiga lottdragningen avsevärt försämrat chanserna för dessa anbudsgivare; däribland Boetten. Genom att vid det nya tilldelningsbeslutet återgå till det lottningsförfarande som baserats på felaktiga förutsättningar, har Boetten med flera de facto fått vidkännas en lottdragning som är felaktig. Det strider mot LOU. Genom att anbudsgivarna har erhållit olika chanser vid lottdragningen, har Staden brutit mot likabehandlingsprincipen i LOU. Vid ett korrekt genomfört förfarande skulle sannolikheten för att Boetten hade antagits som ramavtalspart varit högre (1:12 för första platsen och 1:11 för andra platsen), än vad som nu blivit fallet.

Det kan också ifrågasättas om den här typen av lottdragning innebär att principerna för LOU träds för när. Högsta förvaltningsdomstolen har förvisso uttalat att lotten kan avgöra en upphandling när två anbudsgivare får samma resultat vid en utvärdering. Fråga är dock om domen har räckvidd även till situationer där resultatet av en upphandling blir att offentliga kontrakt lottas ut på det sätt som skett i denna upphandling. Boetten överlämnar till domstolen att avgöra om det föreligger skäl att förordna att upphandlingen ska göras om, i stället för rättelse.

Boetten har lämnat ett av de anbud som antogs genom den andra lottdragningen i upphandlingen, varvid Staden lottade mellan de tolv anbudsgivare som rätteligen skulle delta i lottdragningen. Boetten har således lidit skada (eller riskerar att lida skada) på grund av Stadens brott mot LOU. Det föreligger således skäl för förvaltningsrätten att bifalla ansökan om överprövning och förordna om ingripande enligt LOU.

Staden bestrider bifall till Boettens yrkanden och yrkar för egen del att rätten, med stöd av 16 kap. 10 § fjärde stycket LOU, ska besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla vid förvaltningsrättens avgörande. Till stöd för sin inställning och sitt yrkande anför Staden i huvudsak följande.

Staden har genom sitt tilldelningsbeslut av den 24 september 2013 rättat tilldelningsbeslutet av den 4 juni 2013 i enlighet med Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 12 september 2013 i mål nr 14363-13. Förvaltningsrättens dom innebär att nämndens tilldelningsbeslut av den 16 maj 2013 att tilldela BTH och LP Bygg- och Specialsnickeri AB kontrakt ska kvarstå och att ett nytt lottningsförfarande skulle genomföras bland de övriga tio anbudsgivare som erhållit lägsta anbudspris för att avgöra vem som skulle ersätta Titania AB som leverantör. Därefter skulle en ny lottdragning för rättas såvitt avsåg den inbördes rangordningen mellan de tre antagna leve-

rantörerna. Förvaltningsrätten har i domen konstaterat att bristen inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, varför rättelse bedömts vara en tillräcklig åtgärd. Att avbryta upphandlingen och göra om den från början i detta skede är en alltför ingripande åtgärd och utgör därför inget rättsligt alternativ i aktuellt fall. I detta sammanhang kan konstateras att Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att lottdragning är vedertaget för att avgöra utgången när identiska anbud står mot varandra. Att det är fler än två anbud som står mot varandra förändrar inte denna möjlighet om lottningsförfarandet utförs på ett korrekt sätt, vilket gjorts i detta fall.

LOU möjliggör för rätten att besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla när rätten fattar beslut om ansökan om överprövning. Stadens beslut i aktuell upphandling är föremål för en andra överprövning, trots att Staden rättat sig i enlighet med förvaltningsrättens dom. Det är av stor vikt för Staden och dess verksamheter att bolagets ansökan om överprövning avgörs så snabbt som möjligt och att Staden därefter kan teckna kontrakt omgående.

Boetten har motsatt sig att förvaltningsrätten, vid avslag, beslutar att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. 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.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Av 16 kap. 10 § första stycket LOU framgår att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet när en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §. Vidare framgår av fjärde stycket samma lagrum att rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Förvaltningsrättens bedömning

Boetten har gjort gällande att Staden har agerat i strid med LOU vid den förnyade utvärdering som gjorts i upphandlingen och som resulterat i det rättade tilldelningsbeslutet från den 24 september 2013. Boetten menar att den lottning som Staden använt sig av för att utse vilka leverantörer som ska erbjudas att teckna kontrakt har skett felaktigt och att detta lett till att bolagets möjligheter att tilldelas kontrakt har försämrats. Enligt Boetten föreligger därför grund för ingripande enligt LOU. Staden har för egen del yrkat att någon tiodagarsfrist inte ska gälla i samband med att förvaltningsrätten avgör målet. Förvaltningsrätten gör med anledning av parternas yrkanden följande bedömningar.

Förvaltningsrätten, som har överprövat den aktuella upphandlingen i ett tidigare skede (mål nr 14363-13), har i dom den 12 september 2013 förordnat om att upphandlingen ska rättas på så sätt att det tilldelningsbeslut som daterats den 16 maj 2013 ska rättas genom att en ny utvärdering sker endast avseende den anbudsgivare som inte lämnat den lägsta anbudssumman. Staden har härefter den 24 september 2013 fattat ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen efter att lottning skett och förvaltningsrätten har i förevarande mål att ta ställning till om detta lottningsförfarande kan anses ha skett i enlighet med LOU.

I det rättade tilldelningsbeslutet från den 24 september 2013 har Staden redovisat hur lottningsförfarandet har gått till. Enligt förvaltningsrättens mening har annat inte framkommit än att utvärderingen har skett i enlighet med vad förvaltningsrätten förordnat om i mål nr 14363-13. Förvaltningsrätten anser att det inte kan anses strida mot LOU att genom lottning utse

de leverantörer som ska erbjudas att teckna kontrakt vid en sådan situation som uppkommit i den aktuella upphandlingen, dvs. att flera anbudsgivare har fått samma jämförelsepris vid utvärderingen (jfr RÅ 2009 ref. 60 och Kammarrätten i Stockholms dom den 25 november 2011 i mål nr 6215-11). Förvaltningsrätten anser inte heller att det framkommit att det sätt som lottningen genomförts på har inneburit att Staden brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon gemenskapsrättslig princip. Det saknas därmed förutsättningar för ingripande enligt LOU. Boettens ansökan ska därför avslås.

Av förarbetena till LOU framgår att möjligheten att besluta om att någon tiodagarsfrist inte ska gälla när rätten har avgjort målet endast bör användas i undantagsfall och med stor försiktighet (se prop. 2009/10:180 s. 357).

Förvaltningsrätten anser, även med beaktande av att den i målet aktuella upphandlingen har varit föremål för överprövning tidigare, att det inte finns skäl att besluta om att någon tiodagarsfrist inte ska gälla. Stadens yrkande härom ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

—
Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).


Ulrika Melin

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.