



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredraganden
 Lina Levin

DOM
 2013-07-01
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 1171-13
 Enhet 2

SÖKANDE

L. Hammarströms Trädgårdsanläggningar AB, 556338-4097
 Skolallén 2
 821 41 Bollnäs

Ombud: Fredrik Tamm
 DoubleCheck AB
 Sankt Eriksgatan 121 B
 113 43 Stockholm

MOTPART

Ljusdals kommun
 827 80 Ljusdal

KONKURRENSVERKET	
2013-07-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Ansökan om överprövning

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 86383

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-12:00
 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Ljusdals kommun (i det följande Kommunen) genomför en upphandling av ”Nybyggnad av park- och utomhusidrottsanläggning, Östernäs Park”, ärendenummer 4434. Upphandlingen, som är en totalentreprenad, genomförs genom förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Det ursprungliga tilldelningsbeslutet fattades den 4 mars 2013, varvid L. Hammarströms Trädgårdsanläggningar AB (i det följande Bolaget) antogs som leverantör. I det rättade tilldelningsbeslutet från den 7 mars 2013 antogs Ljusdal Väg & Schakt AB (i det följande Ljusdal Väg & Schakt) som leverantör. Därefter fattades ytterligare ett tilldelningsbeslut den 18 mars 2013 vars innebörd endast avviker från beslutet meddelat den 7 mars 2013 på så sätt att tiden för avtalsspärr förlängdes fram till och med den 25 mars 2013.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om i enlighet med det först meddelade tilldelningsbeslutet den 4 mars 2013, eftersom skötsel av markanläggning under garantitiden inte ska ingå i anbudssumman enligt förfrågningsunderlaget. I andra hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att Kommunen vid anbudsutvärderingen ska beakta Bolagets sidobud, eftersom den föreslagna konstruktionslösningen motsvarar det vinnande anbudets lösning. I tredje hand yrkas att upphandlingen rättas på så sätt att anbudet från Ljusdal Väg & Schakt utesluts på grund av att det i anbudet finns en otillåten reservation avseende markbeskaffenheten. Vidare anför Bolaget att Bolaget lidit skada till följd av Kommunens felaktiga upphandlingsförfarande.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak att anbuds-kvalificeringen och – utvärderingen har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget och de grundläggande unionsrättsliga principerna.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

För att förvaltningsrätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, måste Bolaget visa att Kommunen brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna i LOU innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

När en anbudsgivare som i förevarande fall gör gällande flera skäl för ingripande enligt LOU bör förvaltningsrätten i första hand pröva de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Vad gäller frågan om förfrågningsunderlaget brister i transparens avseende skötselåtagandets omfattning har **Bolaget** anfört i huvudsak följande.

Kommunen har rätteligen i det först meddelade tilldelningsbeslutet låtit Bolaget tillgodogöra sig en avräkning från anbudssumman om 340 000 kr, vilket avser skötsel av anläggningen i form av bl.a. gräsklippning, ogrärensning och skyffling av planteringsytor och grusytor under garantitiden. Bolaget har under slutskedet av upphandlingen varit i kontakt med Rolf Berg på Kommunen med anledning av att det var oklart vad som egentligen avsågs under punkten ”Skötsel av parkanläggning under garantitiden” i Rambeskrivningen. Rolf Berg uppgav då att upphandlingen omfattande byggandet av avsedd anläggning med tillhörande mark- och väganläggningar samt tillhörande vegetationsytor. Intill slutbesiktning ingick färdigställandeskötsel av dessa grönytor. Efter slutbesiktning ingick också ansvar för att utan kostnad byta ut och ersätta eventuella döda växter som självdog trots att Kommunen skött växterna korrekt. Inom ramen för uppdraget ingick även att i samråd med Kommunen upprätta ett skötselprogram som

skulle ligga till grund för den utförare som erhöll uppdraget att sköta den anlagda vegetationen. Med grund i detta svar lämnade Bolaget ett förtydligande den 27 februari 2013 till sitt redan inlämnade anbud med innebörden att Bolagets sidoanbud i denna del skulle medföra en avräkning på anbudssumman med 340 000 kr. Kommunen gjorde ett sådant avdrag vid den första anbudsutvärderingen, varför Bolaget rätteligen tilldelades kontraktet. Därefter ändrade Kommunen sin bedömning och vid den förnyade anbudsutvärderingen menade Kommunen att upphandlingen inte enbart omfattar en nybyggnad av anläggning utan också fem års gräsklippning, skötsel av planteringsjord m.m. Då Bolaget påtalade att detta måste vara fel, erhöll Bolaget ett svar från Inköp Gävleborg med innebörden att det av texten i Rambeskrivningen framgår att skötsel av anläggningen efter slutbesiktning under hela garantitiden ingår i det upphandlande kontraktet. Bolaget menar att ett sådant omfattande åtagande borde vara tydligt beskrivet i förfrågningsunderlaget för att uppfylla kraven på transparens enligt LOU. Om upphandlingen varit en funktionsentreprenad hade den andra utvärderingen varit korrekt, men eftersom upphandlingen är en byggentreprenad ingår inte löpande skötseluppdrag. Dessutom borde Kommunen för det fallet angett att det löpande skötseluppdraget inte kunde klassificeras som ÅTA enligt AFD.611 för att ytterligare klargöra att dessa arbetsuppgifter ingick i den totala anbudssumman.

Kommunen har till svar anfört i huvudsak följande. Bolaget har varit i kontakt med Kommunen angående förtydligande av förfrågningsunderlag. Av bilaga 05.C1 Rambeskrivning mark-revA till förfrågningsunderlaget framgår att löpande skötselåtgärder ingår i projektet och i anbudssumman. I Bolagets anbud ingår skötsel av markanläggningen under garantitiden vilket är i enlighet med förfrågningsunderlaget. Anbudssumman ska därmed inte reduceras med 340 000 kr.

I de **administrativa föreskrifterna** anges följande.

AFD. 1 Omfattning

Nybyggnad av komplett parkanläggning med bland annat infartsväg, gång- och cykelvägar, cykelparkering, ytor för boulevardsväg, utegym och beachvolleyboll, lekplats, trädplanteringar, gräs- och planteringsytor, träbeklädda murar, park- och lekutrustningar, ledningsarbeten för el och VA samt komplett belysningsanläggning.

Till beställaren ska överlämnas en fullt färdig, funktionsduglig, godkänd och dokumenterad anläggning.

Omfattning i detalj framgår av handlingar under AFB.22.

I Rambeskrivningen mark anges följande.

Färdigställandeskötsel

Entreprenören ansvarar för färdigställandeskötsel av gräs- och planteringsytor samt markutrustningen fram till godkänd slutbesiktning. Med färdigställande menas att gräs, träd, buskar och perenner ska vara etablerade (rotade och visa tecken på sundhet och tillväxt).

Erforderlig etableringsbeskäring utförs då växterna har etablerat sig.

Skötsel av markanläggning under garantitiden

Under garantitiden ska entreprenören svara för kontinuerlig tillsyn och underhåll av markanläggningen. Anläggningen ska se prydlig ut och döda eller skadade växter byts kontinuerligt ut mot nya. Fel och brister anmäls omedelbart till beställaren. Entreprenören ska i samråd med beställaren upprätta ett skötselprogram för markanläggningen under garantitiden.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Detta följer också av unionsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

Kommunen har rättat sitt tilldelningsbeslut från den 4 mars 2013 med hänvisning till att Kommunen felaktigt avräknat kostnaden för löpande sköt-

selåtgärder under garantitiden från Bolagets anbudssumma, trots att åtagandet ingår i upphandlingen. Bolaget menar i sin begäran om överprövning att kostnaden för dessa skötselåtgärder inte ingår i upphandlingen och därmed ska avräknas från anbudssumman. Vidare har Bolaget fört fram att Kommunen på direkt fråga från Bolaget uppgett att färdigställandeskötsel fram till godkänd slutbesiktning ingår i upphandlingen, men att entreprenörens ansvar under garantitiden enbart omfattar byte av växter som självdött på grund av felaktig hantering samt att upprätta ett skötselprogram. Kommunen har bekräftat att den ansvarige på Kommunen haft ett samtal med Bolaget angående omfattningen av skötselåtagandet, men varken bestridit Bolagets uppgifter om vilken information Kommunen lämnat eller närmare angett vilken information som lämnats.

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget lämnar utrymme för olika tolkningar avseende det aktuella skötselåtagandets omfattning. Under rubriken "Skötsel av markanläggning under garantitiden" i Rambeskrivningen anges att entreprenören ska svara för kontinuerlig tillsyn och underhåll av markanläggningen. Formuleringen talar för att upphandlingen omfattar löpande skötselåtgärder under hela garantitiden. Under rubriken "Färdigställandeskötsel" i Rambeskrivningen kan dock utläsas att entreprenören ansvarar för färdigställandeskötsel fram till slutbesiktning. Föreskriften talar för att upphandlingen enbart omfattar löpande skötselåtgärder fram till slutbesiktning. Även vad som i övrigt anges under rubriken "Skötsel av markanläggning under garantitiden" i Rambeskrivningen samt vad som framgår av avsnitt AFD.1 i de administrativa föreskrifterna talar för att entreprenörens ansvar är begränsat till att omfatta nybyggnationen, att upprätta ett skötselprogram för växterna samt garantiåtagande. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att det inte klart framgår av förfrågningsunderlaget om löpande skötselåtgärder under garantitiden ingår i upphandlingen.

Den oförutsebarhet som otydligheten i förfrågningsunderlaget innebär samt den information som Bolaget obesträtt uppgett att Kommunen lämnat, har enligt förvaltningsrättens mening medfört att anbud inte har kunnat avges med tillräcklig insikt om hur utvärderingen skulle ske. Det framstår i detta sammanhang inte som osannolikt att Bolagets anbud kunde ha varit anorlunda om bristen inte hade funnits. Denna brist medför att transparensen i upphandlingen inte kan anses motsvara de krav som ställs i en offentlig upphandling. Bristen har inneburit en sådan risk för skada för att ingripande enligt LOU bör ske.

Av praxis framgår att domstolen inte är bunden av parternas yrkanden vid val av åtgärd, utan det står domstolen fritt att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (se RÅ 2005 ref 47). Mot bakgrund av att den aktuella bristen rör otydligheter i förfrågningsunderlaget, vilket är brister hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, anser förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om. Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva de övriga invändningar som Bolaget framställt i sin ansökan om överprövning.

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


Eva Karlsson Helghe
rådman