



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2016-05-09
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 2459-16

SÖKANDE

Örestads Farmartjänst, ek.för. 716439-4137
 Depågatan 104
 254 56 Helsingborg

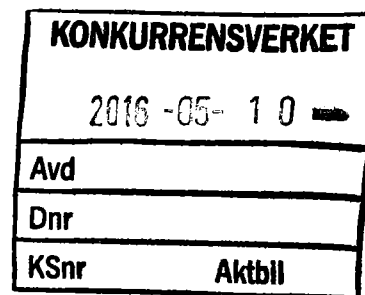
Ombud: advokaten Natalie Svensson
 Advokataktiebolaget Nordic Law
 Skeppsbron 11, 4 tr
 211 20 Malmö

MOTPART

Höganäs kommun
 Stadshuset
 263 82 Höganäs

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Örestads Farmartjänsts ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Höganäs kommuns upphandling avseende skötsel av allmänna park- och grönytor, lekplatser samt badplatser i Mölle, Nyhamnsläges och Vikens samhälle, Höganäs kommun 2016-04-01 till 2019-03-31 ska göras om.

Dok.Id 313462

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Höganäs kommun genomför en upphandling avseende skötsel av allmänna park- och grönytor, lekplatser samt badplatser i Mölle, Nyhamnsläges och Vikens samhälle, Höganäs kommun 2016-04-01 till 2019-03-31. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 1 mars 2016 ska uppdraget tilldelas Väla Mark och Trädgård AB.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Örestads Farmartjänst ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska få avslutas först sedan rättelse har skett. Rättelsen ska bestå i att vinnande anbudsgivare förkastas alternativt att kommunen genomför ny utvärdering varvid *Örestads Farmartjänst* ska tilldelas kontraktet. Till grund för ansökan anförs i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i strid med LOU både avseende anbudsprövningen och anbudsutvärderingen. Vinnande anbudsgivare Väla Mark och Trädgård AB skulle rätteligen ha uteslutits då anbudet inte har uppfyllt samtliga obligatoriska krav, vilka har varit av väsentlig karaktär. Bolaget uppfyller inte obligatoriskt krav på att ange entreprenörsarvode. Alternativt ska Väla Mark och Trädgård AB tilldelas en lägre poäng avseende utvärderingskriteriet "organisation". Väla Mark och Trädgård AB har i anbudsutvärderingen erhållit 3,81 poäng och *Örestads Farmartjänst* har erhållit 3,80 poäng. Poängsättningen som har gjorts saknar helt motivering. *Örestads Farmartjänst* har för kriteriet "organisation" erhållit 3 av totalt 4 poäng, till synes helt skönsmässigt. Bolaget har erbjudit en organisation som är mycket bra och ger kommunen ett stort mervärde. Det finns ingen anledning till att bolaget inte skulle erhålla full poäng för kriteriet. Den poängsättning som har gjorts, utan någon som helst motivering, i kombination med bristen på förtydligande kring poängsättningen i förfråg-

ningsunderlaget utgör en skönsmässig och icke förutsebar utvärdering, i strid med de grundläggande principerna om öppenhet och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Den platsorganisation som Väla Mark och Trädgård AB har erbjudit innehåller brister genom att bolaget har åberopat resurser utan att inkomma med åtaganden från personerna i fråga. Kommunen har efterfrågat meritförteckning för samtlig personal som ska ingå i platsorganisationen. Det framgår dock inte av förteckningen att samtliga personer är anställda eller på annat sätt knutna till Väla Mark och Trädgård AB. Av 11 kap. 12 § LOU framgår att en leverantör som åberopar andra företags yrkesmässiga kapacitet ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Eftersom Väla Mark och Trädgård AB inte inkommit med sådant åtagande borde kommunen rätteligen bortse från personerna i fråga och tilldela Väla Mark och Trädgård AB lägre poäng avseende kriteriet "organisation". Örestads Farmartjänst uppfyller samtliga obligatoriska krav som uppställts samt uppfyller mycket väl de utvärderingskriterier som angivits. Bolaget har erhållit näst högst poäng i upphandlingen och har till följd av kommunens felaktiga anbudsprövning och anbudsutvärdering gått miste om ett viktigt kontrakt och har därmed lidit eller riskerat att lida skada.

Höganäs kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kommunen har genomfört upphandlingen helt i enlighet med reglerna i LOU. Utvärderingen är gjord helt enligt angivna kriterier i förfrågningsunderlaget och i enlighet med LOU. All bedömning/betygsättning har skett objektivt/rättvist och enligt angivelser i anbud. Att Örestads Farmartjänst anser att kommunen inte följt förfrågningsunderlaget och gjort en felaktig utvärdering är märkligt. Att upphandla enligt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär att olika kriterier ska betygsättas och motiveras. Detta har kommunen gjort.

Kommunen hänvisar i sitt yttrande till handling benämnd "Överprövning av driftentreprenad. Motivering/svar på frågor" daterad den 15 mars 2016, i vilken bl.a. följande anges. I underlaget anges att entreprenören *kan* uteslutas om en eller flera uppgifter saknas. Entreprenörsarvode används bara vid löpande räkning, vilket endast används om inte lämnade å-priser, timpriser eller överenskommelse om fast pris kan göras och är därför inte av stor vikt. Utvärderingen har bl.a. gjorts genom en jämförelse av punkterna AFC.342, AFC.343 samt AFC.3643. Kommunen har kommit fram till att Örestads Farmartjänst i stort sett lever upp till de krav som ställts, dock har kommunen fått räkna lantmätarutbildning som likvärdig utbildning. Kommunen har också sett ett visst mervärde i organisationen. Väla Mark och Trädgård AB däremot lever upp till alla ställda krav och har mycket väl meriterad arbetsledning och personal. Organisationens visar på fler mervärden än Örestads Farmartjänst. Detta sammantaget gör att kommunen inte kunnat ge båda kandidaterna samma poäng. Utvärderingen grundar sig på den information om organisation, personal och arbetsledning som anbudsgivaren lämnat in. Den anbudsgivare som lämnat in den för uppdraget lämpligaste organisationen har fått högst poäng. Utvärderingen är helt gjord i enlighet med kriterierna i förfrågningsunderlaget. All betygsättning har skett objektivt, rättvist och enligt angivelser i anbud.

Örestads Farmartjänst har genmält bl.a. följande. Av Väla Mark och Trädgård AB:s anbud framkommer inte annat än att något entreprenörsarvode i enlighet med det krav som ställts inte har angetts. Detta är ostridigt i målet. Kommunen har angett att kravet inte är av stor vikt, vilket är märkligt särskilt eftersom kommunen krävt angivande härav i anbudet och då detta således har utgjort ett obligatoriskt krav. Vikten av entreprenörsarvode framgår på flera ställen i förfrågningsunderlaget. Kommunen har angett att det i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare kan uteslutas om en eller flera uppgifter i AFB.31 saknas. Att kommunen tillskrivit sig en möjlighet till att efter fritt skön bedöma huruvida en anbudsgivare ska uteslutas strider i

sig mot principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Entreprenörsarvode är bl.a. en väsentlig förutsättning för att göra en beräkning av självkostnadsprincipen som är en väsentlig del av entreprenadavtalet. Genom att inte förkasta Väla Mark och Trädgård AB:s anbud har kommunen brutit mot den grundläggande principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Vad gäller utvärderingen är kommunens motiveringar uppenbarligen en efterhandskonstruktion. Kommunens nu angivna grunder för poängsättning ska jämföras med förfrågningsunderlaget. Kriteriet ”Den lämpligaste organisationen” återfinns inte där. Att kommunen i de obligatoriska kraven i AFB.31 angett att anbudsgivarna ska ange ”platsorganisation för projektet, redovisad med meritförteckning/utbildning för ombud, platschef, arbetsledning samt skötselpersonal” syftar endast till att säkerställa att anbudsgivaren kvalificerar sig för utvärdering. Dessa obligatoriska krav kan på intet sätt tjäna till vägledning för hur utvärderingen ska göras. Kommunen har alltså inte ens i efterhand lyckats öka transparensen kring sin utvärdering. Kommunen anger att Väla Mark och Trädgård AB uppfyller alla krav som kommunen har ställt. Utvärderingen syftar dock inte till att utröna om kraven uppfylls utan till att utröna hur väl utvärderingskriterierna uppfylls. Att en sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier har skett är uppenbart. Vidare är hur välmeriterad personal ett bolag har ingenting som ska utvärderas enligt förfrågningsunderlaget. Att utförligheten av beskrivningen skulle påverka poängsättningen på något sätt framgår inte heller. Poängsättningen som gjorts har varit skönsmässig, icke förutsebar och har dessutom baserats på kriterier som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Vidare har kommunen felaktigt avrundat Örestads Farmartjänsts poäng uppåt. Väla Mark och Trädgård AB:s poäng för pris har avrundats nedåt. Det anges inget om avrundning i förfrågningsunderlaget. Med en poängsättning i enlighet med förfrågningsunderlaget och bortsett från den felaktiga poängsättning som skett skulle Örestads Farmartjänsts ha erhållit 3,808843 poäng. Med användning av två decimaler skulle bolaget och Väla

Mark och Trädgård AB båda uppnå 3,80 poäng. Av förfrågningsunderlaget framgår ej hur kommunen ska utse vinnare i sådant läge.

Höganäs kommun har i yttrande anfört bl.a. följande. Kommunen har i anbudsprövningen helt följt förfrågningsunderlaget. Tranparens och likabehandling gäller. Vad gäller anbudsutvärderingen är denna gjord helt enligt kriterierna i förfrågningsunderlaget. Arbetsgruppen har stor kompetens och är väl insatt i LOU. Här finns inget utrymme för godtycklighet. Kriterier och poängskala är angivna och dessa har kommunen följt.

- Kommunen har till yttrandet bifogat en skrivelse benämnd ”Arbetsgruppens svar den 5 april 2016”. Kommunen har dock inte i sitt yttrande åberopat eller hänvisat till innehållet i denna skrivelse, i vilken bl.a. anges att arbetsgruppen anser att Örestads Farmartjänsts borde uteslutits då efterfrågad kompetens inte redovisats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast

prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. Förvaltningsrätten är dock inte bunden av sökandens yrkande vid val av åtgärd om grund för ingripande mot upphandlingen anses föreligga.

Förfrågningsunderlaget i relevanta delar

I AFB.31 *Anbuds form och innehåll* anges följande.

Anbud ska lämnas skriftligen i slutet kuvert märkt ”Anbud skötsel av allmän platsmark, Mölle, Nyhamnsläge och Viken”.

Anbud ska innehålla följande uppgifter:

1. Anbudssumma, anges exklusive mervärdesskatt.
2. Anbudet skall vara baserat på underlag i AFB.22.
3. Offererade timpriser enligt AFB.22.
4. Kostnader för ändrings- och tilläggsarbeten enligt AFC.611.
5. Entreprenörsarvode enligt AB 04.
6. Vem som besvarar förfrågningar angående anbudet.
7. Anbudsgivarens ombud.
8. Kort redogörelse för entreprenörens kvalitets- och miljöledningssystem, med uppgift om ISO-certifiering finns.
9. Platsorganisation för projektet, redovisad med meritförteckning/utbildning för ombud, platschef, arbetsledning samt skötselpersonal.
10. Minst 3 referenser från liknande/motsvarande pågående uppdrag/objekt.
11. Uppgift om antal år i branschen med liknande projekt.
12. Miljöansvarig för aktuellt projekt.
13. Kvalitetsansvarig för aktuellt projekt.
14. Byggarbetsmiljösamordnare (BAS-U) för projektet.
15. Uppgift om ev. underentreprenörer.

Anbudet kan komma att förkastas om en eller flera av ovanstående uppgifter saknas.

I AFB.52 *Värderingsgrunder vid prövning av anbud* anges följande.

Det anbud som kommer att antas är det som är mest fördelaktigt med hänsyn till nedanstående omständigheter och viktning.

Pris	30%
Referenser	25%
Erfarenhet	25%
Organisation	20%

1. Priset baseras på totalpris: Betyg 4,0 till lägst pris, därefter lägst pris/anbudspris x 4,0 till övriga.
2. Referenser bedöms genom att lämnade referenter betygsätter 1-4 gällande hur tidigare uppdrag har utförts i sin helhet. Om egna referenser finns kan dessa komma att beaktas.
3. Erfarenhet (företag/platschef/arbetsledare) betygsätts 4,0 för över tio år med liknande uppdrag, betyg 3 för 5-10 år med liknande uppdrag, betyg 2,0 för 2-5 år med liknande uppdrag, betyg 1 för 0-2 år med liknande uppdrag.
4. Organisation bedöms enligt följande.
Mycket bra, stort mervärde: 4 poäng
Bra, visst mervärde: 3 poäng
Godkänd, inget mervärde: 2 poäng
Mindre bra: 1 poäng

Förvaltningsrättens bedömning

Örestads Farmartjänst gör gällande att Höganäs kommun brutit mot LOU genom att utvärdera och anta anbudet från Väla Mark och Trädgård AB trots att detta inte har uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen samt genom att genomföra anbudsutvärderingen på skönsmässigt, icke förutsebart sätt och med felaktig tillämpning av decimaler. Örestads Farmartjänst anför även att det strider i sig mot principerna om transparens och likabe-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

handling i 1 kap. 9 § LOU att kommunen i förfrågningsunderlaget tillskrivit sig en möjlighet att efter fritt skön bedöma huruvida en anbudsgivare ska uteslutas.

För att konkurrensen ska vara på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Av underlaget ska det framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Sådana krav måste upprätthållas och ett anbud som inte tillgodoser dessa krav får inte antas.

Det är i målet ostridigt att Väla Mark och Trädgård AB:s anbud inte innehåller uppgift om entreprenörsarvode, vilket anbudet ska göra enligt AFB.31 punkten 5. I sista stycket i AFB.31 anges dock att "Anbudet kan komma att förkastas om en eller flera av ovanstående uppgifter saknas. Kravet kan därmed inte anses utgöra ett sådant obligatoriskt krav som ovillkorligen måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Utifrån hur AFB.31 har formulerats har kommunens godkännande av Väla Mark och Trädgård AB:s anbud således inte stått i strid med förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund härav kan Örestads Farmartjänst inte anses ha förmått visa att Höganäs kommun brutit mot LOU genom att utvärdera och anta anbudet från Väla Mark och Trädgård AB.

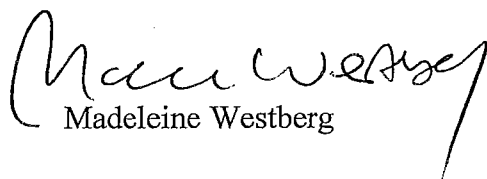
Förvaltningsrätten anser inte heller att Örestads Farmartjänst förmått visa att kommunen vid sin anbudsutvärdering tagit ovidkommande hänsyn, avvikit från förfrågningsunderlaget eller på annat sätt agerat i strid med LOU på ett sådant sätt att bolaget därigenom har lidit eller riskerat att lida skada. Förvaltningsrätten har gjort denna bedömning utifrån utformningen av AFB.52 *Värderingsgrunder vid prövning av anbud*, vilken inte har angripits av Örestads Farmartjänst.

Örestads Farmartjänst har dock i målet även anfört att det strider i sig mot principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU att kom-

munen i förfrågningsunderlaget tillskrivit sig en möjlighet att efter fritt skön bedöma huruvida en anbudsgivare ska uteslutas. Förvaltningsrätten delar denna bedömning. Såsom kommunen valt att utforma AFB.31 har kommunen efter eget gottfinnande kunnat välja om ett anbud ska förkastas eller inte även för det fall att i anbudet saknats högst väsentliga uppgifter såsom anbudspris och referenser. Utformningen av den aktuella punkten medför att anbudsgivarna inte kunnat förutse resultatet av kommunens anbudsprövning. Utformningen medför även att likabehandling av anbudsgivarna inte säkerställts. Förfrågningsunderlagets utformning härvidlag kan därmed inte anses förenlig med principerna om transparens och likabehandling.

Mot bakgrund av det nu anförda finner förvaltningsrätten visat att Höganäs kommun i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Då Örestads Farmartjänst har till följd av detta lidit eller riskerat att lida skada föreligger grund för ingripande mot upphandlingen. Då konstaterad brist är att hänföra till upphandlingens konkurrensuppsökande skede måste upphandlingen göras om.

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


Madeleine Westberg

Lena Palmér har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.

