



SÖKANDE

D.N. Trädgård & Markskötsel Kommanditbolag, 969684-7251
Gråhundsvägen 82
128 62 Sköndal

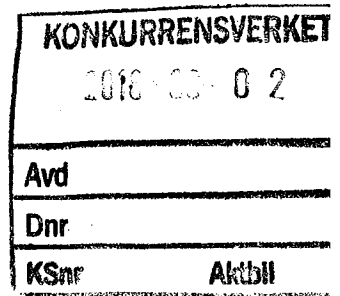
Ombud: Advokat Henrik Nilsson
Jur.kand. Ronja Benediktsson
Wesslau Söderqvist advokatbyrå
Box 7836
103 98 Stockholm

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

YRKANDEN M.M.

Nacka kommun (kommunen) genomför en upphandling av Skötsel och tillsyn av grönytor, Boo och Velamsund (Dnr 2016/1045), med ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Den 20 juni 2017 beslutade kommunen att anta annan anbudsgivare än D.N. Trädgård & Markskötsel Kommanditbolag (DNTM).

DNTM yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas utan att rättelse först sker i form av att DNTM:s anbud inte förkastas till följd av att bolaget inte uppfyller uppställt omsättningskrav. För det fall förvaltningsrätten finner att bristen i upphandlingen inte kan åtgärdas genom rättelse yrkar DNTM att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför DNTM i huvudsak följande. Upphandlingsföreskrifterna innehåller ingen definition av begreppet kontraktsvärde. I andra upphandlingar av jämförbara tjänster har kommunen tillämpat omsättningskravet på så vis att anbudsgivaren under vart och ett av de tre senaste åren ska ha haft en årlig omsättning som minst uppgått till det dubbla värdet av det aktuella avtalet under ett år. Av anbudet från DNTM framgår att bolagets omsättning överstiger omsättningskravet såsom kommunen tillämpar det. Ansvarig upphandlare har uppgett att kontraktsvärdet i upphandlingen beräknats genom att summera värdet av anbudet för stödtjänsterna med det värde som uppkommer vid summering av den fiktiva utvärderingsvolymen för de tilläggstjänster och tilläggsvaror som även omfattas av upphandlingen. Problemet med denna beräkning är att prisbeloppet avseende tilläggstjänster och tilläggsvaror är rent fiktiv. Dessutom saknas möjlighet att beräkna ett kontraktsvärde eller ett värde för upphandlingen avseende tilläggsvaror och tilläggstjänster, eftersom uppgift om förväntad volym på avrop av tilläggsvaror och tilläggstjänster saknas i förfrågningsunderlaget. Det finns inte ens en uppgift om vad motsvarande

avtal omsatte tidigare år. Eftersom det står kommunen fritt att avropa ingen, en, flera eller många enheter av var och en av tilläggsvarorna och tilläggstjänsterna saknas ledning för beräkning av kontraktsvärdet avseende dessa. Eftersom de fiktiva utvärderingsvolymerna i den kompletterande à-prislistan är just fiktiva, ger en summering av priset på de fiktiva volymerna ingen som helst ledning vid beräkning av kontraktsvärdet. Sammantaget får det således anses strida mot de grundläggande principerna i LOU när kommunen kopplar omsättningskravet till ett kontraktsvärde som inte låter sig beräknas. Kommunens metod för beräkning av kontraktsvärdet går heller inte att utläsa ur förfrågningsunderlaget.

Kommunen anser att förvaltningsrätten ska avslå DNTM:s begäran om överprövning och anför i huvudsak följande. DNTM har inte uppfyllt samtliga krav i förfrågningsunderlaget och har därmed förkastats korrekt. Kommunen har ställt upp ett tydligt krav på att en anbudsgivares omsättning under de tre senaste räkenskapsåren inte ska understiga det dubbla kontraktsvärdet. Kommunen har tagit fram en mängdförteckning för uppdraget, som speglar det behov som kommunen hade vid förfrågningsunderlagets framtagande. Utöver mängdförteckningen finns en kompletterande à-prislista med tillsäggarbeten som är svåra att förutse men som avropas regelbundet. Det är inte möjligt att exakt förutse vilka tilläggssarbeten som kommer att bli aktuella men kommunen behöver ta dem i beräkning i såväl utvärderingen som omsättningskraven. En fiktiv beräkning har tagits med för att tydliggöra för anbudsgivaren, vilken kapacitet som efterfrågas. Listan avser uppskattade volymer baserade på erfarenheter av vad som brukas avropas inom området. Kommunen har beräknat omsättningskravet på anbudspriset, eftersom detta speglar det bedömda kontraktsvärdet utifrån vad kommunen kunde uppskatta vid tidpunkten för annonseringen av upphandlingen. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att anbudspriset baserar på mängdförteckningen samt den uppskattade kompletterande à-prislistan. Kommunen har tagit fram en

å-prislista med en fiktiv beräkning av de tilläggsarbeten som kan bli aktuella för att tydliggöra för anbudsgivaren vilken kapacitet som efterfrågas. Enligt krav 9.1 utgörs anbudspriset av summan av mängdförteckningen och å-prislistan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska 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. Detta framgår av 4 kap. 1 § LOU. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU.

Principen om öppenhet eller transparens innebär bl.a. att samtliga villkor och bestämmelser i förfrågningsunderlaget ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (se t.ex. EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15, Pizzo, punkt 36).

Av krav 4.1 i upphandlingsdokumentet framgår att anbudsgivarens omsättning under de tre senaste avslutade räkenskapsåren inte ska understiga det dubbla kontraktsvärdet. Av Krav 9.1 i upphandlingsdokumentet framgår vidare att anbudspriset är summan av mängdförteckningen och å-prislistan.

Upphandlingsdokumentet innehåller visserligen inte någon definition av begreppet kontraktsvärde men förvaltningsrätten anser att den enda rimliga tolkningen av ordet kontraktsvärde är att begreppet avser hela anbudspriset

och inte enbart delar av det. Enligt förvaltningsrätten framgår det därför med tillräcklig tydlighet att även à-prislistan ska ligga till grund för anbudspriset och därmed det kontraktsvärde som avses i Krav 4.1. Förvaltningsrätten anser vidare att det får anses vara ett normalt led i en upphandling att en upphandlande myndighet gör en uppskattning av kontraktsvärdet och därmed anger vissa fiktiva utvärderingsvolymmer i upphandlingsdokumentet. DNTM har inte förklarat varför de fiktiva volymerna skulle stå i strid med kraven i LOU. Med hänsyn till dessa omständigheter och då det är ostridigt att DNTM inte uppfyller kravet på omsättning beräknad enligt kravet i 4.1 har DNTM inte visat att det finns skäl för att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Sammanfattningsvis saknas skäl för förvaltningsrätten att vidta någon åtgärd enligt 20 kap. 6 § LOU. Ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Ulrika Sandell

Rådman

Johannes Dahlman har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor från den dag** då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

