



SÖKANDE

Green Landscaping AB, 556773-4800
Jägershillgatan 14
213 75 Malmö

Ombud:

Advokat Fredrik Olsson och jur kand Anna Lundberg
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 1050
101 39 Stockholm

MOTPART

1. Laholmskem AB, 556517-0288
G:a Stationshuset
312 80 Laholm

2. Kommunfastigheter i Laholm AB, 556952-3060
Samma adress

Ombud:

Jur.kand. Ellinor Nilsson Löfving
Advokatfirman Acta i Halmstad HB
Hamngatan 11
302 43 Halmstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna.

BAKGRUND

Laholmshem AB och Kommunfastigheter i Laholm AB (Laholmshem) har genomfört en upphandling benämnd Yttre skötsel 2017 – LH (16/22). Av tilldelningsbeslut den 22 mars 2017 framgår att Mark & Trädgård Skottorp AB (Mark & Trädgård) tilldelats kontrakt för alla entreprenad-områden samt att Green Landscaping AB:s anbud har förkastats.

YRKANDE M.M.

Green Landscaping AB (bolaget) yrkar rättelse på så sätt att en ny utvärdering genomförs där bolagets anbud ska utvärderas samt anför i huvudsak följande.

Bolagets anbud förkastades med hänvisning till att det inte bedömdes uppfylla ska-kravet avseende utformningen av produktionsplanen.

I upphandlingsdokumentet framgår att en produktionsplan ska bifogas samt att planen ska beskriva hur anbudsgivaren avser att genomföra uppdraget. Vidare framgår att av produktionsplanen ska minst framgå beskrivning av med vilken frekvens och på vilket sätt som aktiviteterna ska utföras.

Laholmshem har inte specificerat den närmare innebörden av hur frekvens ska förstås samt vid beaktande av aktiviteterna har till och med Laholmshem använt begreppen löpande och vid behov.

Det är anmärkningsvärt och oförenligt med transparensprincipen i LOU att Laholmshems förståelse av begreppet frekvens framkommer först i tilldelningsbeslutet efter det att upphandlingen är avslutad. Bolaget har skrivit ”vid behov” eller skrivit av Tjänstebeskrivningen och markerat ett antal veckor som man får anta utgör de veckor där aktiviteten aktualiseras. Vid en samläsning av uppgifterna i bolagets produktionsplan är det ännu tydligare med vilken frekvens och på vilket sätt aktiviteterna kommer att

utföras. Detta sätt att beskriva aktiviteterna är brukligt inom branschen och bolagets produktionsplan uppfyller således de krav som uppställs i upphandlingsdokumentet.

Bolaget har under rubriken Frekvens angett hur ofta aktiviteterna kommer att utföras och avseende den större delen av dem angett hur många gånger per vecka/år de kommer att utföras. Utöver angivandet av frekvens har bolaget i produktionsplanen även färgmarkerat de veckor då de enskilda aktiviteterna kommer att utföras.

Avseende några aktiviteter har bolaget använt begreppen löpande eller vid behov. I dessa fall är det inte heller möjligt att ange exakt när aktiviteten kommer att utföras eftersom det är beroende av t.ex. väderlek och växtlighet.

Vidare framgår i bilagan Tjänstebeskrivning t.ex. att papperskorgarna i regel töms var 14:e dag. Eftersom frekvensen anges där är det inte nödvändigt att återigen uppge den i produktionsplanen. Begreppet löpande har därför använts.

Det anges i utvärderingsmodellen att upphandlande myndighet har möjlighet att betygsätta de olika kriterierna med 0 poäng. I stället för att använda denna möjlighet har upphandlande myndigheter valt att felaktigt förkasta hela anbudet. Då begreppen löpande och vid behov använts kan det utläsas av produktionsplanen vad det innebär. Mot bakgrund av de uppgifter som framgår av tjänstebeskrivningen och då de specifika aktiviteterna som ska utföras är beroende av yttre omständigheter är de lämnade uppgifterna tillräckliga.

Bolaget har under sanningsförsäkran bekräftat att bolaget uppfyller alla skrav i upphandlingen. I denna bekräftelse ingår bilagan Tjänstebeskrivning

och de däri uppställda kraven. Bolaget har sett det som en självklarhet att bolaget förstått alla åtgärder som ska utföras och godkänt frekvens m.m. I en produktionsplan läggs det normalt inte in samma information som framgår av upphandlingsdokumenten eftersom det då finns en risk att det är någon information som blir felaktig. Produktionsplanen ska ses som ett komplement till upphandlingsdokumenten och beskriver när åtgärderna ska vidtas. Bolaget har bifogat en produktionsplan som där det ansetts nödvändigt beskrivit med vilken frekvens och på vilket sätt aktiviteterna ska utföras.

Andra anbudsgivare, däribland Peab Anläggnings AB, har använt begreppet vid behov i produktionsplanen och ändå utvärderats vilket strider mot likabehandlingsprincipen. I Mark & Trädgårds produktionsplan framgår på flera ställen att uttrycken vid behov och löpande används för att beskriva aktiviteten. Det framgår inte någon beskrivning av vad som menas med begreppet vid behov eller på vilket sätt som aktiviteterna ska utföras.

Om bolagets anbud hade utvärderats skulle bolaget ha tilldelats kontrakt i upphandlingen. Även om produktionsplanen hade tilldelats 0 poäng hade bolagets pris varit mest fördelaktigt.

Laholmskem anser att ansökningarna ska avslås och anför i huvudsak följande.

Ett antal obligatoriska minimikrav har ställts på produktionsplanen för att säkerställa att den innehåller så mycket information att det är möjligt att utvärdera vad som ingår i det fasta pris som offererats.

Bolagets produktionsplan har enbart bestått av ett excelark. Någon beskrivning i övrigt av hur man tänkt sig genomföra uppdraget har inte lämnats in. Vid genomgång av bolagets anbud kan konstateras att den innehåller ett antal brister avseende produktionsplanen. Beskrivningen av de

aktiviteter som omfattas av den fasta ersättningen är minst sagt knapphändig och har i princip uteslutande skett genom hänvisning till avsnitt i bilagan Tjänstebeskrivningar. Någon förklaring över hur man tänker utföra uppdraget finns inte. Det är således oklart om bolaget uppfattat samtliga ska-krav förenade med uppdraget. Denna brist har dock bedömts kunna läkas genom en beskrivning av hur man tänkt genomföra de olika momenten och med vilken frekvens. I produktionsplanen är som frekvens angett ”löpande”, ”vid behov” eller liknande oklar frekvens vid 20 aktiviteter. I fem delar har någon frekvens inte alls lämnats. I filen finns även vad man får anta årets samtliga veckor utsatta. Bolaget har här ibland markerat vissa veckor som man får anta ska markera vilka veckor som aktiviteten kan komma att aktualiseras. Av denna information kan man dock inte förstå på vilket sätt och med vilken frekvens som aktiviteten är tänkt att utföras.

Någon ytterligare information än den som getts i excelarket har inte lämnats. När bolaget t.ex. lämnar rutan frekvens tom och markerar sex treveckorsperioder fördelat över växtsäsongen kan man tänka sig att ogräsbekämpningen ska ske under dessa perioder men detta beskriver inte på vilket sätt och med vilken frekvens man tänkt sig genomföra aktiviteterna.

Laholmskem delar inte bolagets uppfattning att samtliga aktiviteter i Tjänstebeskrivningar framgår av produktionsplanen. Exempelvis saknas aktiviteten ogräsrensning i många olika delar av entreprenaden. Någon beskrivning av frekvens och sätt för utförande finns följaktligen inte heller och produktionsplanen uppfyller inte ska-kraven i denna del.

I Tjänstebeskrivningen under rubriken Buskar framgår följande åtgärdskrav: Mekanisk bekämpning av ogräs, sly och vildskott ska utföras samt döda och skadade grenar ska tas bort. I bolagets funktionsplan finns endast rubriken Buskar. Någon frekvens har inte angivits, inte heller har några veckor för åtgärdernas utförande markerats i excel-filen. Ska-kravet på produktions-

planen att ange på vilket sätt man tänkt sig att utföra mekanisk bekämpning av ogräs, sly och vildskott samt borttagning av döda och skadade grenar är således inte uppfyllt avseende denna aktivitet.

Även avseende punkten Klippta häckar saknas uppgifter om frekvens och på vilket sätt aktiviteten ska utföras. Produktionsplanen uppfyller inte heller i denna del ska-kraven och samtliga aktiviteter som framgår i tjänstebeskrivningar är inte upptagna i produktionsplanen.

Laholmskem är självklart medvetet om att det i vissa fall är svårt att ange när en aktivitet ska utföras avseende den här typen av entreprenader. Produktionsplanen syftar dock till att säkerställa att de aktiviteter som anges i bilagan "Tjänstebeskrivningar" och omfattas av den fasta kostnaden är prissatta och kommer utföras inom ramen för skötselentreprenaden. Att bara skriva "vid behov" medför inte att man kan förstå på vilket sätt aktiviteten är tänkt att utföras.

Peabs produktionsplan innehåller tre beskrivande kolumner "aktivitet", "frekvens" och "period". Produktionsplanen är mer detaljerad och innehåller 80 aktiviteter med angivande av frekvens och period samt en beskrivning av hur de tänkt sig genomföra aktiviteterna samt ordförklaringar till tabellen. På sidan 4 kan man läsa vad Peab menar med "löpande" och "vid behov". Vidare finns även en beskrivning av de rutiner man har för att säkerställa att aktiviteterna verkligen genomförs. På vilket sätt man tänkt genomföra aktiviteterna är såldes tydligt beskrivet. Beskrivning av med vilken frekvens och på vilket sätt aktiviteterna ska utföras är således uppfyllda avseende Peabs produktionsplan.

Vad bolaget påstår avseende Mark & Trädgårds produktionsplan är inte korrekt. Orden löpande och vid behov används visserligen i vissa fall i planen. För det fall man granskar planen i sin helhet framgår dock tydligt på

raderna 2, 3, 4 och 5 på sidan 10 samt på sidan 13 med vilken frekvens man tänker sig att löpande och vid behov avser. Mark & Trädgård har även markerat en siffra i en ruta för respektive månad för antalet gånger man tänkt sig utföra aktiviteten. Av den produktionsplan som bolaget bifogat går det inte att bilda sig en uppfattning om med vilken frekvens och på vilket sätt som aktiviteterna ska genomföras.

Genom att otydligt ange frekvens och sätt som aktiviteterna ska genomföras undviker bolaget att binda sig vid ett visst utförande som blir kontrollerbart för upphandlande myndigheter. I längden innebär det att bolaget i efterhand kan tolka hur stor arbetsinsats som behövs för att genomföra uppdraget. Detta skulle öppna för ett godtycke vad gäller ska-kravsuppfyllelse och avtalets innehåll. Att godta bolagets produktionsplan trots att den inte uppfyller samtliga ska-krav vore därför i strid med principen om transparens och öppenhet. Upphandlande myndigheter har inte handlat i strid med likabehandlingsprincipen då man förkastat bolagets anbud.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling har upphävts och ersatts av lag (2016:1145) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna gäller den upphävda lagen dock för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet. Av handlingarna i målet får anses framgå att det är den upphävda lagen som ska tillämpas i målet.

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förfrågningsunderlaget i relevanta delar.

2.4 Uppfyllelse av skallkrav

Vad som ingår i entreprenaden för Yttre skötsel definieras av de bilagor som återfinns i förfrågningsunderlaget.

För varje entreprenadområde finns områdesspecifika bilder och definitioner som framgår av den pdf som gäller för respektive område. En A som önskar lämna anbud på område 1 laddar alltså ner pdf-filen för entreprenadområde 1 samt nedanstående filer för att ha en överblick av vad som ingår i entreprenaden, vad som ingår i det fasta priset samt vad som ersätts rörligt och i vilka fall B själv ansvarar och utför moment som ingår i den yttre skötseln.

De frekvenser som anges för t.ex. soptömning syftar till att underlätta A:s bedömning av entreprenadens utförande. Under entreprenaden skall dock en lägstanivå hållas som gör att det inte ser ut som på de överstrukna gränsdragningsbilderna. Vid behov av extra tömning etc. ersätts dessa med rörlig ersättning i samråd med B.

Följande krav gäller generellt för entreprenaden. Arbeten som utförs inom ramen för uppdraget skall genomföras i enlighet med vad som framgår av bifogade bilagor nedan. Av bilaga 2, tjänstebeskrivningar framgår vad som ingår i det fasta priset, vad som ersätts rörligt och vilka moment som B själv ansvarar för:

[...]

2.6 Fast ersättning

A får en fast ersättning för yttre skötsel för respektive område. Ersättningen faktureras i efterhand månadsvis. Dvs. A får varje månad 1/12 av den ersättning som offereras nedan.

Summan skall vara exklusive moms. I den fasta ersättningen ska det som framgår av Tjänstebeskrivningen SA-SJ daterad 2016-09-26 ingå, jämte de arbeten som A anger i produktionsplanen som utvärderas i samband med anbudsutvärdering. Dvs de arbeten som är betecknade med F.

[...]

2.8.1 Utvärdering av produktionsplan

A ska till sitt anbud bifoga en produktionsplan. I produktionsplanen skall A beskriva hur den planerar att genomföra uppdraget.

Av produktionsplanen skall minst framgå följande:

- Beskrivning av de aktiviteter som omfattas av den fasta ersättningen t.ex. gräsklippning, ogräsbekämpning och säkerhetsbeskrivning.
- Beskrivning av med vilken frekvens och på vilket sätt som aktiviteterna ska utföras.
- Beskrivning av hur man hanterar genomförandet av uppdraget som omfattas av den fasta ersättningen för det fall det är dåligt väder.
- Beskrivning av beräknade tidpunkter/utetemperatur för aktiviteternas genomförande.

Produktionsplanen upprättas med fördel i tabellform med den disposition som framgår av bilaga tjänstebeskrivningar SA-SJ. Observera att endast de aktiviteter som omfattas av den fasta ersättningen skall ingå i produktionsplanen.

[...]

Under anbudsutvärderingen kommer respektive kriterium att betygsättas på en skala mellan 0-2 där 0=godtagbart, 1=bra och 2= mycket bra.

Som mest kan ett anbud alltså tilldelas 14 poäng.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag. Frågan i målet är om Laholmskem har förfarit på

ett sådant sätt att det finns skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen med stöd av bestämmelserna i LOU.

Bolaget gör gällande att vad som avses med begreppet frekvens kommer fram först i tilldelningsbeslutet och att detta är oförenligt med transparensprincipen. Eftersom kravet i punkt 2.8.1 i upphandlingsdokumentet omfattar både en beskrivning av frekvens och på vilket sätt som aktiviteterna ska utföras anser förvaltningsrätten att det med tillräcklig tydlighet framgår att det av beskrivningen måste kunna göras en bedömning av när eller i vart fall under vilka omständigheter som en aktivitet ska utföras. Förvaltningsrätten anser därför inte att det finns skäl för ingripande mot upphandlingen på grund av brott mot transparensprincipen.

Bolaget gör också gällande att Laholmskem har brutit mot principen om likabehandling genom att felaktigt ha förkastat bolagets anbud alternativt att felaktigt ha kvalificerat två anbudsgivare till utvärdering. Frågan är därmed om bolagets anbud har förkastats trots att det uppfyllde kravet på att ange frekvens och aktivitet. Bolaget menar att det i vart fall vid en sammanläsning av uppgifterna i produktionsplanen är tydligt med vilken frekvens och på vilket sätt aktiviteterna kommer att utföras och att detta sätt att beskriva aktiviteterna är brukligt inom branschen. Vidare menar bolaget att det bekräftat att bolaget uppfyller alla ska-krav i upphandlingen i vilket ingår bilagan tjänstebeskrivning.

I punkt 2.8.1 anges att en produktionsplan, av vilken minst ska framgå vissa angivna beskrivningar, ska fogas till anbudet. Även om bolaget på annan plats har bekräftat att det uppfyller alla ska-krav innebär inte detta att ett specificerat ska-krav avseende produktionsplan inte behöver uppfyllas.

Laholmskem hävdar att det av lämnade uppgifter inte går att utläsa med vilken frekvens och på vilket sätt aktiviteterna ska genomföras och att

bolaget genom denna otydlighet undviker att binda sig vid ett visst utförande som blir kontrollerbart för upphandlande myndigheter.

Enligt punkten 2.8.1. ska produktionsplanen inte enbart innehålla beskrivning av frekvens utan även av på vilket sätt aktiviteten ska utföras. Förvaltningsrätten konstaterar att det i tilldelningsbeslutet också är angivet att det i bolagets produktionsplan inte anges hur eller på vilket sätt aktiviteterna ska utföras.

Bolagets produktionsplan utgörs av en excelfil där frekvens i vissa fall har angetts med antal gånger per år eller vecka och i vissa fall med orden vid behov eller löpande. Därutöver innehåller produktionsplanen en kalender där vissa perioder har markerats. Eftersom det inte är beskrivet på vilket sätt aktiviteterna ska utföras är det beträffande de aktiviteter vid vilka är angivet löpande eller vid behov inte möjligt att bilda sig en uppfattning av med vilken frekvens eller hur aktiviteten ska utföras. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att bolaget inte har uppfyllt samtliga ska-krav som anges i punkten 2.8.1.

Bolaget har gjort gällande att deras produktionsplan borde ha tilldelats 0 poäng i stället för att anbudet skulle ha förkastats. Eftersom bolaget emellertid inte har uppfyllt de obligatoriska kraven avseende produktionsplan kan denna inte bedömas som godtagbar och därmed beaktas och tilldelas 0 poäng.

Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att bolaget inte har visat att det lämnat de uppgifter som krävs för att anbudet ska kunna utvärderas. Laholmskem kan därmed inte anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen och således inte heller ha förfarit felaktigt genom att utesluta bolaget från utvärderingen.

Bolaget har dessutom gjort gällande att Laholmshem brutit mot likabehandlingsprincipen genom att bl.a. vinnande leverantörs anbud utvärderats och förvaltningsrätten gör här följande överväganden. Av vinnande leverantörs produktionsplan, som bolaget har gett in, kan utläsas att den på ett tydligare sätt anger med vilken frekvens och hur aktiviteterna är tänkt att genomföras. Även om begreppen vid behov och löpande används vid några tillfällen finns en närmare beskrivning fogad till aktiviteten. Laholmshem har därmed inte haft skäl att förkasta vinnande leverantörs anbud. Mot denna bakgrund kan bolaget inte anses ha lidit skada på grund av Laholmshems förfarande i upphandlingen.

Sammanfattningsvis medför inte redovisade omständigheter att det finns skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen. Ansökningarna ska därför avslås.

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



Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen M Georgsson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

