



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2013-04-04
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 27614-12

SÖKANDE

Green Landscaping AB, 556773-4800

Ombud: Advokat Niklas Sjöblom och jur.kand. Johanna Jonsson
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 2235
 403 14 Göteborg

MOTPART

Upplands-Bro kommun

Ombud: Advokat Jan Andersson och biträdande jurist Lisa Willman
 Advokatfirman Pedersen AB
 Box 3462
 103 69 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Green Landscaping AB:s ansökan om överprövning av Upplands-Bro kommuns beslut att avbryta sin upphandling avseende drift och underhållsentreprenad, gata och park.

KONKURRENSVERKET	
2013-04-08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 337894

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
	E-post:	förvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Upplands-Bro kommun (kommunen) har påbörjat en upphandling av drift och underhållsentreprenad, gata och park. Kommunen har genom beslut den 18 december 2012 avbrutit upphandlingen. Som skäl för beslutet angavs sammanfattningsvis följande. Nuvarande avtal avseende drift- och underhåll av gata och park upphör att gälla den 31 maj 2013. Ny upphandling har annonserats och inkomna anbud har kvalificerats och utvärderats. Två av fyra anbud uppfyller inte kvalificeringskrav och går inte vidare till utvärdering. Kvarvarande anbud har utvärderats och det anbud med lägst anbudssumma ryms inte inom budget och därför ska upphandlingen avbrytas och göras om.

Green Landscaping AB (Green Landscaping) ansöker om överprövning av kommunens beslut att avbryta upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara beslutet. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

I upphandlingen inkom fyra anbud, däribland ett anbud från Green Landscaping. Green Landscapings anbud har varit ett av de två anbud som inte har ansetts uppfylla kvalificeringskraven. Kommunen har avbrutit upphandlingen utan sakligt godtagbara skäl och har därmed brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling och mot 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Green Landscaping har som en följd härav lidit eller i vart fall riskerat att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen.

En grundläggande förutsättning för att ett avbrytande av en upphandling lagligen ska kunna ske är att beslutet inte är godtyckligt utan vilar på sakligt godtagbara skäl. I domstolspraxis och juridisk doktrin har bl.a. överskridande av budget eller det faktum att inga anbud som uppfyller upp-

ställda absoluta krav har inkommit ansetts utgöra sakligt godtagbara skäl för avbrytande av en upphandling. Ett grundläggande krav får vidare anses vara att den upphandlande myndigheten vid en sådan bedömning inte tar hänsyn till vilken leverantör som skulle ha tilldelats det kontrakt som den avbrutna upphandlingen omfattar.

De krav som Green Landscapings anbud enligt avbrytandebeslutet inte har ansetts uppfylla är de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget, punkt AFC.34, "Arbetsledning och anställda", samt AFC.342, "Arbetsledning".

Arbetsledning och anställda

I förfrågningsunderlaget, punkt AFC.34, "Arbetsledning och anställda", har bl.a. angetts följande.

"Entreprenören skall i anbud ange planerad platsorganisation med namn på arbetschef, platschef, arbetsmiljösamordnare, kvalitetsansvarig och miljöansvarig. Dessa får sedan ej utbytas utan beställarens medgivande. Tillfälliga ersättare skall godkännas av beställaren."

I förfrågningsunderlaget, punkt AFC.2212, "Entreprenörens kvalitetsanvarige", har vidare angetts följande.

"Entreprenören skall senast 10 dagar efter fullgjord beställning presentera fysisk person som ansvar för kvalitetsarbetet inom entreprenaden."

I förfrågningsunderlaget, punkt AFC.2222, "Entreprenörens miljöansvarige" har även angetts följande.

"Entreprenören skall senast 10 dagar efter fullgjord beställning presentera fysisk person som ansvar för miljöarbetet inom entreprenaden."

I förfrågningsunderlaget, punkt AFC.3643, "Byggarbetsmiljösamordnare för utförande (BAS-U)" har slutligen angetts följande.

”Entreprenören skall innan arbetet påbörjas skriftligen namnge person som kommer att svara för att samordna utförande av entreprenaden med avseende på arbetsmiljö och svara för att arbetsmiljöplan upprättas.”

Green Landscaping har i enlighet med förfrågningsunderlaget angett den planerade platsorganisationen i sitt anbud, och därvid namngett de fysiska personer som ska utgöra arbetschef samt platschef för arbetena i sitt anbud. Avseende arbetsmiljösamordnare, kvalitetsansvarig samt miljöansvarig är det korrekt att Green Landscaping inte har angett dessa personer i sitt anbud.

Som framgår av de ovan citerade delarna i förfrågningsunderlaget har kommunen lämnat motstridiga uppgifter rörande hur leverantörernas arbetsmiljösamordnare, kvalitetsansvarig och miljöansvarig ska anges, dvs. ska detta ske redan i anbudet eller är det tillfyllest att vald leverantör senast tio dagar efter fullgjord beställning, alternativt (avseende arbetsmiljösamordnare) innan arbetet påbörjas, namnger aktuella personer. Innebörden av de motstridiga uppgifterna är att anbudsgivande leverantör visserligen i sitt anbud ska namnge de fysiska personer som ska bemanna de aktuella posterna. Dessa personer får sedan inte bytas ut utan beställarens medgivande. Samtidigt är vald leverantör skyldig att när kontrakt erhållits lämna motsvarande uppgifter om vilka personer som ska bemanna posterna. Angivandet av de aktuella personerna i själva anbudet fyller då ingen funktion. Det rör sig alltså om helt motstridiga instruktioner som inte samtidigt kan efterföljas av leverantörerna. Det står vidare klart att kommunen och Green Landscaping har tolkat förfrågningsunderlaget på två olika sätt.

Mot bakgrund av de motstridiga uppgifter som har lämnats i förfrågningsunderlaget, punkt AFC.34, jämfört med punkt AFC.2212, AFC.2222 respektive AFC.3643, kan vad som anges i punkt AFC.34 svårigen uppfattas som ett absolut krav som måste uppfyllas av anbudsgivande leverantörer.

Någon brist i uppfyllandet av ett absolut krav i upphandlingen har Green Landscapings anbud alltså inte varit behäftad med i denna del.

I vart fall får de motstridiga uppgifter som har lämnats i förfrågningsunderlaget tolkas till nackdel för den som har upprättat förfrågningsunderlaget, dvs. kommunen. Det är inte rimligt att otydliga och motsägelsefulla skrivningar rörande de krav som ställts upp på anbudsgivande leverantörer i ett förfrågningsunderlag ska tolkas till leverantörens nackdel. Att utesluta en anbudsgivande leverantör från anbudsutvärdering på grund av att denne har tolkat krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget på ett av två fullt möjliga sätt kan därför inte anses vara förenligt med LOU.

Sammanfattningsvis har omständigheterna kring de aktuella kraven i förfrågningsunderlaget varit oklara. I ljuset av dessa oklarheter har Green Landscapings anbud inte utformats på ett sådant sätt att det har funnits grund att utesluta detta från utvärdering i upphandlingen. Skäl för kommunen att underlåta att utvärdera Green Landscapings anbud har alltså inte funnits i denna del.

Utbildningskrav för arbetsledning

I förfrågningsunderlaget, punkt AFC.342 "Arbetsledning", har i första stycket angetts följande.

"Arbetsledare skall inneha erforderlig utbildning d.v.s. minst 3 årig eftergymnasial utbildning som innefattar trädgårdsutbildning och anläggningsarbete i den omfattning som entreprenaden innefattar och skall utföras samt behärska svenska språket i den omfattning entreprenaden kräver."

Green Landscaping har i sin organisationsplan namngett de fysiska personer som ska utgöra arbetschef samt platschef för de entreprenadarbeten som är föremål för upphandlingen. Green Landscaping har härvid angett två personer som platschef/arbetsledare och bifogat dessa personers CV:n

till sitt anbud. Det står helt klart att en av dessa personer uppfyller kravet på en eftergymnasial utbildning om minst tre år. Den andra personen uppfyller däremot inte kravet på eftergymnasial utbildning om minst tre år. Av den CV som bifogats för denna person framgår att hon besitter över tjugo års erfarenhet av sådana arbeten som upphandlingen avser. Hon har vidare cirka fem års erfarenhet av arbetsledning avseende aktuella arbeten, som plats- och/eller produktionschef. Vidare har denna person genomgått ett flertal utbildningar avseende sådan kompetens som efterfrågats av en person som intar en arbetsledande ställning för de arbeten som upphandlingen avser. Det står därmed klart att denna person har den kompetens och erfarenhet som krävs för att utgöra del av Green Landscapings organisation och inneha en arbetsledande ställning avseende aktuella arbeten.

Det kan i sig ifrågasättas om ett formellt krav på eftergymnasial utbildning om minst tre år för arbetsledare står i rimlig proportion till det som ska upphandlas och därmed är förenligt med den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen som ska iakttas vid offentlig upphandling. De arbeten som omfattas av upphandlingen kräver i sig inte särskilda kunskaper som endast kan förvärfvas genom eftergymnasial utbildning. Något lagstadgat krav på aktuell utbildning för arbetena finns heller inte. Syftet med ett dylikt krav, nämligen att se till att personer i arbetsledande ställning besitter tillräcklig kompetens, kan därför enligt Green Landscapings mening tillgodoses på ett mindre ingripande sätt, t.ex. genom absoluta krav som tar sikte på såväl erfarenheten som de teoretiska meriterna hos respektive offererad person och som därmed innebär att en helhetsbedömning görs av den samlade kompetensen och erfarenheten hos dessa personer.

Oavsett om det uppställda kravet i sig är oförenligt med proportionalitetsprincipen eller inte kan det konstateras att det i upphandlingen inte har uppställts något krav på angivande av ett lägsta eller högsta antal arbetsledare. Eftersom den person som Green Landscaping har angett som plats-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM

chef/arbetsledare i första hand uppfyller det uppställda kravet på eftergymnasial utbildning om minst tre år står det klart att Green Landscaping uppfyller det aktuella kravet. Skäl för kommunen att underlåta att utvärdera Green Landscapings anbud har alltså inte funnits heller i denna del.

I ljuset av ovanstående står det klart att kommunens avbrytande av upphandlingen baseras på godtycke och inte vilar på sakligt godtagbara skäl. Av den utvärdering som finns bilagd avbrytandebeslutet framgår att Green Landscaping har offererat anbudet med det lägsta priset i upphandlingen. Om upphandlingen inte hade avbrutits hade Green Landscaping därför tilldelats kontraktet. Green Landscaping har till följd av de ovan beskrivna överträdelserna lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada i den mening som avses i LOU.

Kommunen bestrider bifall till bolagets talan och anför bl.a. följande. Kommunen har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Kommunen har iakttagit samtliga grundläggande principer i 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller de unionsrättsliga principerna varför Green Landscaping inte kan anses ha lidit eller riskerar att lida skada.

I den aktuella upphandlingen inkom fyra anbud. Av inkomna anbud uppfyllde två inte kvalificeringskraven och övriga anbud bedömdes överskrida den av kommunen satta budgeten. Kommunen beslutade därför den 18 december 2012 att avbryta upphandlingen.

Av EU-domstolens praxis följer att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Ett beslut om att avbryta en upphandling måste dock vara grundat på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. Kommunens beslut att avbryta den aktuella upphandlingen har föregåtts av noga övertänkta skäl. Av förfrågningsun-

derlaget framgår under punkt AFB.15 att kommunen kan komma att avbryta upphandlingen exempelvis om inkomna anbud är för få eller medför en högre kostnad än uppskattad. Vidare framgår av praxis att ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling är om förfrågningsunderlaget är olämpligt utformat.

Anbudet från Green Landscaping uppfyller inte skall-kraven om att i anbudet ange vem som är arbetsmiljösamordnare, kvalitetsansvarig och miljöansvarig. Vidare uppfyller en av Green Landscapings offererade arbetsledare inte kravet om minst tre års eftergymnasial utbildning innefattande trädgårdsutbildning och anläggningsarbete. Det kan inte anses som oproportionerligt att en arbetsledare, som således är den som leder arbetet på arbetsplatsen, innehar viss utbildning inom området för upphandlingen.

Om en anbudsgivare inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda skall-kraven ska anbudet förkastas. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. Att utvärdera och tilldela ett anbud som inte uppfyller ställda krav skulle strida mot LOU och de unionsrättsliga principerna. Anbudet från Green Landscaping har inte uppfyllt alla i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav. Skäl för kommunen att förkasta anbudet har därför förelegat.

Det kan därtill konstateras att förfrågningsunderlaget varit olämpligt utformat och lämnat utrymme för tolkningssvårigheter för anbudsgivarna. Green Landscaping har anfört att motstridiga uppgifter lämnats i förfrågningsunderlaget om arbetsmiljösamordnare, kvalitetsansvarig och miljöansvarig ska anges i anbudet eller ej. Det får anses att förfrågningsunderlaget varit behäftat med väsentliga brister som äventyrar dess förenlighet med upphandlingsreglerna, varför skäl för att avbryta upphandlingen även före-

legat på denna grund. Kravet om tre års eftergymnasial utbildning kan inte anses oproportionerlig i förhållande till det efterfrågade syftet.

Att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada är en förutsättning för att rätten ska kunna ingripa mot en upphandling enligt LOU. Eftersom Green Landscaping inte uppfyllt alla i förfrågningsunderlaget angivna skall-krav kan bolaget inte längre betraktas som en presumtiv leverantör och kan därmed inte heller anses lida skada i den mening som avses i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges 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.

Förvaltningsrättens bedömning

För att en upphandlande myndighet ska ha rätt att avbryta en upphandling krävs att det finns sakliga skäl för ett sådant beslut (se bl.a. RÅ 2008 ref. 35). Den upphandlande myndigheten har även vid avbrytandebeslut att följa de grundläggande unionsrättsliga principerna som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

Av avbrytandebeslutet i upphandlingen framgår att kommunen valt att avbryta upphandlingen med anledning av att de anbud som bedömts uppfylla

ställda krav i upphandlingen haft en anbudssumma som inte ryms inom kommunens budget. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att kommunens beslut att avbryta upphandlingen vilat på sakligt godtagbara skäl (se RÅ 2009 ref. 43).

Fråga blir då om kommunen haft fog för att inte låta Green Landscapings anbud gå vidare till utvärdering. Om kommunen gjort fel som inte utvärderat anbudet skulle kommunens avbrytandebeslut till följd härav kunna anses vila på osaklig grund. Förvaltningsrätten gör i denna fråga följande bedömning.

I förfrågningsunderlaget (AFC.34) har angetts att anbudsgivaren i sitt anbud ska ange planerad platsorganisation med namn på bl.a. arbetsmiljösamordnare, kvalitetsansvarig och miljöansvarig. I målet är ostridigt att Green Landscapings anbud saknat dessa efterfrågade uppgifter. Förvaltningsrätten anser att Green Landscaping därmed inte uppfyllt de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget avseende arbetsledning och anställda. Det förhållandet att entreprenören, enligt andra punkter i förfrågningsunderlaget, vid en senare tidpunkt ska presentera/namnge de personer som kommer att ansvara för arbetsmiljö, kvalitetsansvar och miljöarbete inom entreprenaden innebär inte att det kan anses tillräckligt att även ange namn på planerad arbetsmiljösamordnare, kvalitetsansvarig och miljöansvarig vid en senare tidpunkt än vid anbudsinlämnandet. Förvaltningsrätten anser därför att kommunen med anledning härav haft fog för att inte utvärdera Green Landscapings anbud.

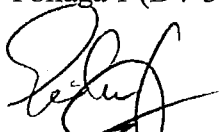
Kommunen har i upphandlingen även uppställt krav på att arbetsledare ska ha minst treårig eftergymnasial utbildning som innefattar trädgårdsutbildning och anläggningsarbete i den omfattning som entreprenaden innefattar. I målet har framkommit att en av de personer som Green Landscaping angett som arbetsledare inte uppfyllt detta krav. Enligt förvaltningsrättens

mening räcker det inte med att en av de redovisade personerna uppfyller kravet på efterfrågad utbildning och bolagets anbud uppfyller därför inte heller i denna del kravet avseende arbetsledning. Förvaltningsrätten anser inte heller att det aktuella utbildningskravet kan anses stå i strid med proportionalitetsprincipen. Kommunen kan därmed inte anses ha agerat i strid mot LOU genom att inte låta bolagets ansökan gå vidare till utvärdering.

Förvaltningsrätten finner därför att kommunen haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Beslutet kan inte anses strida mot LOU eller de unionsrättsliga principerna. Green Landscapings ansökan om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Erika Odung

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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU