

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2009-11-02
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6874-09 E
Rotel 21

SÖKANDE

Västsvenska Catering & Conference AB, 556215-7221
Södra Långebergsgatan 16
421 32 Västra Frölunda

Ombud:

Thomas Borg och Joachim Hamilton
Hamilton & Partners AB
Södra Långebergsgatan 16
421 32 Västra Frölunda

MOTPART

Göteborgs Stad Högsbo
Upphandlingsbolaget
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

Ombud:

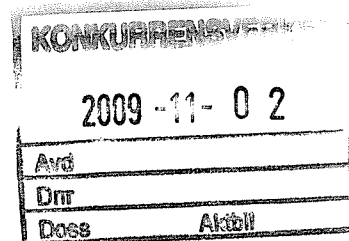
Stadsjurist Christina Broad
Juridiska Enheten
Köpmansgatan 20
404 82 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.



Dok.Id 181824

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031-732 70 00
E-post: lansrattengoteborg@dom.se

Telefax
031-711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Göteborgs Stad Högsbo (nedan SDF Högsbo) har genom Göteborgs Stads Upphandlings AB (nedan Upphandlingsbolaget) genomfört en upphandling av tillagning och leverans av färdiga måltider. Upphandlingen har gjorts genom ett förenklat förfarande och av tilldelningsbeslutet från den 1 september 2009 framgår att antaget anbud, som lämnats av LunchExpress i Sverige AB (nedan LunchExpress), är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till det i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriteriet, snittpris per leveransadress.

Länsrätten beslutade den 10 september 2009 att upphandlingen inte fick avslutas förrän något annat beslutats.

Västsvenska Catering & Conference AB (nedan Cateringbolaget), vars anbud inte antagits, begär överprövning och yrkar, såsom bolaget slutligen bestämt sin talan, i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om och i andra hand att rättelse ska ske på så sätt att det är LunchExpress anbud inklusive boxar som ska antas. Vidare yrkas muntlig förhandling under vissa förutsättningar. Till stöd för sin ansökan anför Cateringbolaget bl.a. följande.

SDF Högsbo har antagit en leverantör som inte varit kvalificerad att delta i utvärderingen av upphandlingen. Enligt ett angivet skall-krav ska en leverantör styrka förmåga, kapacitet och minst två års erfarenhet av att genomföra leverans och service av motsvarande vara och tjänst till andra kunder etc. LunchExpress synes vara i total avsaknad av dokumenterad erfarenhet från såväl ”denna typ av uppdrag” som ”motsvarande vara och tjänst”. Referens nummer ett avser leverans av kall lunchmat till Forbo Forshagas personalmatsal. Vid närmare kontroll visar sig detta dock vara en av LunchExpress egen, på operatörsbasis driven, personalmatsal. Det påstås

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 3
6874-09 E

vidare inte ens av LunchExpress att dessa internleveranser har pågått i två år. Referens nummer två avser en referens till det förhållandevis nystartade projektet "Södra Porten Konferens och Evenemang AB". Denna referens är i praktiken också ett av LunchExpress kontrollerat bolag. Det är därtill okänt och påstås inte heller av LunchExpress att levererandet till denna konferensanläggning kontinuerligt har pågått i två år eller att den avsett varm mat. LunchExpress referenser visar endast att man i huvudsak levererat kall konserverad portionsförpackad mat samt i blygsam del varm mat i storpack. Redan av LunchExpress egna uppgifter kan följaktligen konstatera att LunchExpress saknar en rimlig erfarenhet av den avancerade risk-tjänst som innefattas av uppdraget och som de facto efterfrågas i upphandlingen. Cateringbolaget kan även genom LunchExpress egen utsago till miljöförvaltningen i Mölndal (nedan tillsynsmyndigheten) bevisa att LunchExpress inlett sina planer att leverera "varm mat till kund" så sent som den 17 augusti 2009. LunchExpress har aldrig före den 18 augusti 2009 haft något godkännande för *varm* mat och inte heller innan denna tid ansökt om något sådant. Av detta följer att det är en omöjlighet att leverantören har den tvååriga erfarenhet som är ett kvalifikationskrav och därtill saknat godkännande för högriskvara/tjänst. De lämnade referenserna kan inte heller ge SDF Högsbo någon ledning om LunchExpress förmåga och kapacitet av det som efterfrågas i upphandlingen. LunchExpress lämnade referenserna utgör endast 2,75 procent av den kapacitet som efterfrågas och synes endast avse tillagning och leverans av kall mat *på vardagar*. SDF Högsbo har inte vidtagit någon som helst kontroll av angivna referenser. SDF Högsbos agerande vad gäller referenser strider mot såväl likabehandlingsprincipen som kvalificeringsfasens intentioner och är därmed i strid mot LOU.

SDF Högsbo har tvingats agera på LunchExpress vägnar. LunchExpress anbud har varit bristfälligt genom att det endast innehöll ett villkorat godkännande från tillsynsmyndigheten, dvs. *kall* mathantering vilket *upphört*

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

den 18 augusti 2009. Det har därmed ålegat LunchExpress att självständigt bevaka bristen i anbudet och själv komplettera anbudet med ett nytt giltigt godkännande för tiden efter den 18 augusti 2009. Upphandlingsledaren har kontaktat tillsynsmyndigheten den 19 augusti 2009 avseende LunchExpress godkännanden. Dessa kontakter har "inofficiellt" och inför tilldelningsbeslutet resulterat i att LunchExpress tillfördes ett nytt godkännande, nu avseende även varm "normal" mathantering. Det får även anses som högst sannolikt att SDF Högsbo påpekat för LunchExpress att de vid tidpunkten saknade godkännande för såväl kall som varm mathantering. Upphandlingsledaren har även kontaktat tillsynsmyndigheten den 14 september 2009, efter tilldelningsbeslutet och efter det att Cateringbolaget framfört bristerna i målet, vilket resulterade i ett utökat godkännande, avseende högriskhantering jämte specialkost. Med anledning av samtalet bokades ett platsbesök hos LunchExpress den 16 september 2009, och ett nytt godkännande där högriskhantering lagts till verksamheten upprättades den 17 september 2009, dvs. tre dagar efter det att Upphandlingsbolaget kontaktat tillsynsmyndigheten. Det är alltså först från detta datum som Lunchexpress uppfyller kraven som ställts i förfrågningsunderlaget. Det är härigenom visat att LunchExpress inte på eget initiativ verkat för att komplettera sina anbudshandlingar med giltiga godkännandehandlingar. Tveklöst är det istället SDF Högsbo som självständigt ombesörjt de högst väsentliga "kompletteringarna" effektuerats. Förfarandet är ett kvalificerat exempel på upprepad effektuerad särbehandling av en anbudslämnare och kravet på transparens och öppenhet har därmed åsidosatts av SDF Högsbo. Sammanfattningsvis torde det i praktiken vara så att någon formell komplettering av anbudet från LunchExpress sida *fortfarande inte har skett*. SDF Högsbos förfarande strider mot LOU (jfr. kammarrättens i Göteborg dom den 22 augusti 2003 i mål 3001-03).

I en i tilldelningsbeslutet bifogad sammanställning avser SDF Högsbo visa vad Cateringbolaget och övriga anbudsgivare angett för pris i sina anbud

samt vilket slutpris det skulle bli om SDF Högsbo på annat håll väljer att upphandla den i anbudet offererade tjänsten värmeboxar, erforderliga transporter samt interndistribution på vårdinrättningarna. Detta borde vara det som SDF Högsbo kallar "SDF Pålägg". I upphandlingsunderlaget finns emellertid inte redovisat de faktiska kostnaderna för erforderliga värme/kylboxar. Inte heller finns motsvarande analys beträffande den faktiska kostnaden för annan uppdragstagares transport och påföljande interndistribution av varm mat, resurshantering etc. Den av SDF Högsbo beräknade kostnaden för värme/kylboxar och transporter måste avvisas som uppenbart felräknad. Det kan rimligtvis inte vara samma transportkostnad till exempelvis äldreboendet "Gerdas Gård" i Högsbo från Mölndal där LunchExpress har sin anläggning som från Västra Frölunda där Cateringbolaget har sin anläggning. LunchExpress har en tre gånger så lång körsträcka. Kostnaden för LunchExpress transport måste rimligtvis öka i motsvarande omfattning eftersom alla transportanbud i ramavtalet tar hänsyn till körda kilometer i relation till den tid som beräknas ta för uppdraget. Likväl har Cateringbolaget och LunchExpress enligt SDF Högsbos beräkning samma "SDF Pålägg". Om SDF Högsbo investerar i utrustning som leverantören normalt står för och avser låta marknaden förfoga över dessa kostnadsfritt är det ett oeftergivligt krav att detta sker på affärsrättsska grunder, vilket inte har skett. Någon upphandling avseende i anbudet avsedda transporter synes inte ägt rum.

SDF Högsbo bestrider ansökan i dess helhet och yrkar att ansökan om överprövning ska avslås.

Till stöd för sin talan anför SDF Högsbo i huvudsak följande. Upphandlingsbolaget har vid två tidigare tillfällen, 2001 och 2005, gjort en liknande upphandling för SDF Högsbo. Vid båda dessa upphandlingar vann Cateringbolaget upphandlingen. I sitt arbete med att ta fram förfrågningsunderlag till den nu aktuella upphandlingen har SDF Högsbo därför varit särskilt

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

observant på att inte ställa krav som kan uppfattas som diskriminerande eller särskilt gynna den befintliga leverantören utan utformat förfrågningsunderlaget så att alla anbudsgivare ska ha lika stora möjligheter att vinna upphandlingen. Av förfrågningsunderlaget framgår att *"beträffande kvalificerande krav är det endast krav listade i svarsblanketten på bladet 'Kvalificering' som är kvalificerande"*. Det framgår där mycket tydligt vilka krav som är kvalificeringskrav i upphandlingen. Detta måste skiljas från de krav som ställs på den utförda varan och tjänsten i dess utförande. Något krav på erfarenhet av produktion och leverans av måltider till äldreboenden har inte ställts. Däremot har krav ställts på leverantören att denne måste ha *"minst två (2) års dokumenterad erfarenhet av denna typ av uppdrag"*. Av LunchExpress ena referens framgår att bolaget producerat och levererat mat sedan 2005. Vidare har av dokumentationen framgått att det skett ett misstag hos tillsynsmyndigheten såtillvida att ansökningar som inkommit 2005 och 2006 inte behandlats på ett korrekt sätt. Detta torde dock inte vara ett problem eftersom något krav på visst godkännande av tillsynsmyndigheten inte funnits. LunchExpress har genom sina referenser visat att kravet som ställts i upphandlingen om minst två års dokumenterad erfarenhet av denna typ av uppdrag har uppfyllts. Med detta avses erfarenhet att leverera nedkyld och varm mat. Ett krav på leveranserfarenhet till äldreboende hade varit oproportionerligt och dessutom stridit mot likabehandlingsprincipen. Även om det är närstående bolag så är det en referens och det saknas grund för att som Cateringbolaget utgå från att det är oriktiga uppgifter som lämnats. Det inte i upphandlingen efterfrågats någon minsta omsättning på den varma mat som levererats.

Före tilldelningsbeslutet förekom en kontakt med tillsynsmyndigheten avseende LunchExpress från Upphandlingsbolagets sida. Detta föranleddes av att LunchExpress tillsammans med sitt anbud lämnat in ett beslut från tillsynsmyndigheten som visade att LunchExpress endast hade ett tillfälligt godkännande att leverera varm mat som gällde t.o.m. den 18 augusti 2009.

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 7
6874-09 E

Med anledning av detta ringde upphandlingsledaren den 19 augusti 2009 till tillsynsmyndigheten och fick då veta att ett permanent godkännande att leverera varm mat lämnats till LunchExpress. Handläggaren erbjöd sig att skicka över den skriftliga handlingen, vilket också skedde. Någon påtryckning eller annat sådant förfarande som beskrivs av Cateringbolaget har över huvud taget inte förekommit. Alla efterfrågade tillstånd och dokument fanns med i LunchExpress anbud vid anbudsöppnandet. Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet begära att en anbudsansökan eller anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det är just vad som skedde. Det är inte ovanligt att tillstånd går ut under anbudstiden i ett upphandlingsförfarande. Det är inget otillbörligt agerande att kontrollera uppgiften om giltigt tillstånd alljämt föreligger. Upphandlingsbolagets kontakter med tillsynsmyndigheten har inte lett till att anbudshandlingar kompletterats. Däremot fick man veta att ett tillfälligt godkännande för leverans av varm mat hade förvandlats till ett permanent tillstånd. Om inte detta vore möjligt skulle inte nya företag kunna etablera sig och detta skulle strida mot upphandlingslagstiftningens intentioner. Den komplettering som skett före tilldelningsbeslutet har legat inom ramen för LOU. När det gäller övriga kontakter mellan tillsynsmyndigheten har dessa skett *efter* tilldelningsbeslutet. Eftersom LunchExpress i det läget redan vunnit upphandlingen föreligger ingen särbehandling över huvud taget. Kontakterna efter tilldelningsbeslutet har sin grund i att få klarhet i de påståenden som Tomas Borg framfört för Cateringbolaget. Inte heller dessa kontakter är oegentliga.

Vad Cateringbolaget anfört om transport och SDN-kalkyl så saknar detta relevans. Såväl Cateringbolaget som LunchExpress har lämnat anbud med angivande av transport och värmebox. Eftersom LunchExpress hade så mycket lägre pris Cateringbolaget så har denna punkt inte påverkat utgången av upphandlingen. Båda leverantörerna har lämnat anbud fritt levererat mottagande äldreboende, dvs. att leverantören står för kostnaden för trans-

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 8
6874-09 E

port och värmeboxar. Vid utvärderingen har därmed inte schablonkostnaden för transport och värmebox använts för dessa båda anbudsgivare till skillnad mot Sodexo som lämnat pris utan angivande av pris för transport och värmebox. LunchExpress fick priset 68:48 kr och Cateringbolaget 78:12 kr. Det befintliga ramavtalet för transport av varm mat har givetvis ingåtts efter en sedvanlig upphandling och det står SDF Högsbo fritt att avropa ramavtalet. Det är tillåtet för SDF Högsbo att skaffa egna boxar. Detta alternativ och förfarande är också noggrant beskrivet i förfrågningsunderlaget, där SDF Högsbo i samband med utvärderingen skulle göra denna analys för att kunna välja det mest ekonomiska alternativet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Länsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får enligt andra stycket begära att en anbudsansökan eller ett

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Av förarbetena till LOU framgår bl.a. att förtydliganden och kompletteringar i 9 kap. 8 § andra stycket LOU endast får göras på initiativ av den upphandlande myndigheten. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och kommunikation mellan den upphandlande myndigheten och leverantören bör dokumenteras. Andra stycket i paragrafen innebär också att en upphandlande myndighet får kontakta en leverantör om det finns oklarheter eller brister i ingivna intyg, skriftliga bevis och andra handlingar (prop. 2006/07:128 s. 377).

Uppgifter i förfrågningsunderlaget

Beträffande kvalificerande krav är det endast krav listade i svarsblanketten "Kvalificering" som är kvalificerande. Vidare anges att all annan användning av ordet "skall" i övrigt är enbart normalt svenskt språkbruk.

Av svarsblanketten "Kvalificering" anges under rubriken "Teknisk förmåga och kapacitet bl.a. följande.

Erfarenhet/referenser

Anbudsgivare styrker genom referenser att denne tidigare har minst två (2) års dokumenterad erfarenhet av denna typ av uppdrag.

Anbudsgivaren skall styrka att villkor uppfylls genom att till anbudet bifoga: - Referensförteckning innehållande uppgift om minst två (2) uppdragsgivare, enligt blad "Referenser".

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Under rubriken "varan/tjänsten" anges att anbudsgivaren accepterar villkor i bilagorna "Kravspecifikation" samt "Avtalsvillkor". I bilaga 2 anges bl.a. att Miljöförvaltningens godkännande av registrering och aktuella handlingar ska bifogas upphandlingen.

Länsrätten bedömning

Den första frågan i målet är vilka krav i upphandlingen som varit kvalificeringskrav och som anbudsgivarna därmed haft att uppfylla för att gå vidare till utvärderingsfasen. Av förfrågningsunderlaget följer att kvalificeringskraven endast är de som anges i svarsblanketten "Kvalificering". I denna blankett anges, såvitt är av intresse i målet, att anbudsgivaren ska inkomma med referenser som styrker minst två års dokumenterad erfarenhet av denna typ av uppdrag och vidare att anbudsgivaren accepterar villkor i bilagorna "Kravspecifikation" samt "Avtalsvillkor". Av bilaga 2 till kravspecifikationen framgår att tillsynsmyndigheten godkännande av registrering och aktuella handlingar ska bifogas upphandlingen. Genom utformningen av kvalificeringskraven, vilken hänvisar till en bilaga där det bl.a. framgår att tillsynsmyndighetens godkännande ska bifogas upphandlingen, anser länsrätten att även detta godkännande måste anses utgöra ett kvalificeringskrav.

Det kan konstateras att vid anbudstidens utgång hade LunchExpress endast ett tillfälligt godkännande från tillsynsmyndigheten som gällde t.o.m. den 18 augusti 2009, vilket även noterats i anbudskontrollen. Företrädare för Upphandlingsbolaget har på egen hand kontaktat tillsynsmyndigheten den 19 augusti 2009 och fått upplysningen att LunchExpress från och med den 18 augusti 2009 tilldelats ett permanent godkännande. Detta godkännande har därefter skickats direkt från tillsynsmyndigheten till Upphandlingsbolaget. Bristen i LunchExpress anbud har därmed läkts genom förfarandet från Upphandlingsbolagets sida. Detta måste anses strida mot likabehand-

lingsprincipen. Bestämmelsen i 9 kap. 8 § andra stycket LOU medger inte att den upphandlande enheten företar egna undersökningar på sätt som nu skett (jfr. Kammarrättens i Göteborgs dom den 22 augusti 2003, mål nr 3001-03 och Kammarrättens i Sundsvall som den 26 maj 2008 mål nr 492-08). Den upphandlande enhetens egen komplettering i denna del får därmed ha anses ha gått utöver vad som är tillåtet enligt 9 kap. 8 § LOU. Det har därför inte varit försvarbart att på eget initiativ begära in kompletterande uppgifter och beakta dessa vid anbudsutvärderingen. Cateringbolaget får med hänsyn härtill anses ha lidit eller kan komma att lida skada varför det finns grund för åtgärd enligt LOU.

En tillräckligt ingripande åtgärd hade varit en rättelse av upphandlingen genom en ny utvärdering där LunchExpress anbud uteslutits. Länsrätten konstaterar emellertid att det av förfrågningsunderlaget framgår att anbudens giltighetstid gäller till den 1 oktober 2009, dvs. en månad efter tilldelningsbeslutet. Någon förlängning av giltighetstiden har vad länsrätten kan se inte ha överenskommit eller föreskrivits i händelse av överprövning. En rättelse på befintligt underlag kan därför komma ifråga endast om berörda anbudsgivare medger en förlängning av sina anbud. Med hänsyn till Cateringbolagets inställning i målet och yrkande om att upphandlingen ska göras om anser länsrätten att förutsättningar för rättelse inte föreligger. Någon annan åtgärd än att förordna att upphandlingen ska göras om kan i denna situation därför inte komma i fråga.

Vid denna utgång saknas anledning att pröva Cateringbolagets övriga invändningar i målet liksom skäl att hålla muntlig förhandling.

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


Göran Schiller

/FR



SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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