



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Förvaltningsrättsnotarien
 Zofie Lundberg

DOM
 2014-03-17
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 5648-13

KONKURRENSVERKET	
2014-03-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Menigo Foodservice AB, 556044-4647
 Box 10013
 121 26 Stockholm

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur. kand. Jenny Kenneberg
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
 Box 3124
 103 62 Stockholm

MOTPART

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg
 826 80 Söderhamn

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 106050

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg (nedan Inköp Gävleborg) genomför en upphandling av ramavtal avseende "Livsmedel i Gävleborg" (ärendenummer 4531). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut meddelades den 10 december 2013.

YRKANDEN M.M.

Menigo Foodservice AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska få avslutas först efter att rättelse skett på så vis att bolagets anbud tas upp till utvärdering. Till stöd för sin inställning för bolaget fram i huvudsak följande. Kravet om rabattsats och prissättning avseende övrigt sortiment utgör inte ett skall-krav i upphandlingen och det framgår inte att en brist i det avseendet ska medföra uteslutning. För det fall förfrågningsunderlaget ska tolkas på detta sätt görs gällande att kravet strider mot proportionalitetsprincipen då uppgiften om rabattsats helt saknar betydelse för prövningen av ställda krav och med hänsyn till att upphandlingen är komplex med ett stort antal produkter och krav. Kompletteringen som gjorts är vidare i enlighet med 9 kap. 8 § LOU varför den kan beaktas. Inköp Gävleborgs agerande strider därför mot reglerna i 1 kap. 9 § LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Detta har medfört att bolaget, som lämnat ett anbud som uppfyller ställda krav, lider eller riskerar att lida skada då de haft lägst pris för flertalet produktområden.

Inköp Gävleborg bestrider bifall till ansökan och för i huvudsak fram att de inte gjort något fel vad gäller utvärderingen med avseende på de villkor som anges i förfrågningsunderlaget och då de inte brutit mot några bestämmelser i LOU.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter parten grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad bolaget anfört är visat att Inköp Gävleborg har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Förfrågningsunderlaget

Av anbudsförfrågan, punkten 2.3 första och andra styckena Avstämningsformulär och anbudets utformning, anges att det i bilagan "Avstämningsformulär" finns de krav som ställs i upphandlingen samt de uppgifter och redogörelser som efterfrågas. Svara genom att kryssa i de ja/nej rutor som finns under varje krav samt fyll i uppgifter och redogörelser samt eventuella kommentarer. Skallkraven måste vara uppfyllda.

Av anbudsförfrågan, punkten 4 Avtalsvillkor, framgår vidare bl. a. följande under punkten 4.1 Pris;

Övrigt sortiment

Anbudsunderlaget upptar inte hela vårt varubehov. Anbudsgivaren ska ange hur prissättningen kommer att ske för eventuella tilläggsprodukter samt ange en rabatt för övrigt produktsortiment. Ra-

batterna ska grunda sig på gällande prislista med basprisdag 2013-09-02.

Av anbudsförfrågan, punkten 3 Bedömning av anbud, framgår följande.

Anbuden kommer att bedömas i tre steg enligt följande:

1. Kvalificering
2. Prövning (krav på varan eller tjänsten)
3. Utvärdering (bedömning av angivna kriterier)

Anbuden måste klara kraven i steg 1 för att gå vidare till steg 2 o.s.v.

Av punkten 3.2 första stycket, Prövning –steg 2 (krav på vara eller tjänst), framgår att prövning kommer att ske av samtliga skall-krav och kvalitetskrav i förfrågningsunderlaget.

Utgör uppgifter om rabattsats m.m. avseende Övrigt sortiment ett skall-krav som medför uteslutning om det inte är uppfyllt?

Vid prövningen av frågan om punkten 4.1. Övrigt sortiment i förfrågningsunderlaget är ett skall-krav bör utgångspunkten vara hur en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare uppfattar anvisningen (EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo). Med hänsyn till ordalydelsen och utformningen av förfrågningsunderlaget är det förvaltningsrättens bedömning att det uppställda kravet objektivt sett utgör ett skall-krav. I denna del kan även noteras att övriga anbudsgivare synes ha uppfattat förfrågningsunderlaget på detta sätt. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare tydligt av punkten 3.2 första stycket, Prövning – steg 2, att prövning av samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget kommer att ske. Det är mot denna bakgrund enligt förvaltningsrättens bedömning klarlagt att det uppställda kra-

vet är ett skall-krav och att uppfyllandet av detta skulle kontrolleras vid den prövning som skedde enligt punkten 2, vilket fått till följd att de leverantörer vars anbud inte klarat denna prövning skulle förkastas. I målet är ostridigt att bolaget, vid tiden för anbudets ingivande, inte uppfyllde det uppställda skall-kravet i denna del.

Bolaget har för det fall förvaltningsrätten skulle finna att det uppställda kravet är ett skall-krav gjort gällande att kravet strider mot proportionalitetsprincipen då uppgiften om rabattsats helt saknar betydelse för prövningen av ställda krav samt med hänsyn till att upphandlingen är komplex med ett stort antal produkter och krav.

Står det uppställda skall-kravet i strid med kravet på transparens och proportionalitet?

Förvaltningsrätten konstaterar att LOU inte ger några närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat. Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtagas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50.) Förvaltningsrätten konstaterar vidare att när en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet att bestämma kraven men att dessa måste vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 155).

Inköp Gävleborg har i målet fört fram att det angivna skall-kravet är kopplat till upphandlingens föremål även fast de inte valt att utvärdera det eftersom de annars hade behövt ta fram en ännu större produktkatalog. Kravet har således betydelse för uppdragets utförande och ska därför ses som proportionerligt. Bolaget har för sin del fört fram att de aktuella uppgifterna som rör prissättning och rabattsats för tillägsprodukter samt övrigt produktsortiment inte är uppgifter som är kopplade till de obligatoriska

kraven på anbudsgivaren eller upphandlingsföremålet. Därmed har det också varit möjligt att komplettera uppgifterna utan att det inneburit risk för konkurrensbegränsning eller åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Att ändå utesluta en anbudsgivare på grund av att just dessa uppgifter saknas strider mot både principen om öppenhet och principen om likabehandling. Det är inte heller förenligt med proportionalitetsprincipen (jfr Kammarrätten i Stockholm mål nr 2391-12). Även om de uppgifter som efterfrågas är kopplade till upphandlingsföremålet är det inte en uppgift som är nödvändig för att Inköp Gävleborg ska kunna pröva om anbudet uppfyller de obligatoriska kraven. Uppgiften är inte heller föremål för utvärdering och det enda som efterfrågas är att "Anbudsgivaren ska ange hur prissättningen kommer att ske för eventuella tilläggsprodukter samt ange en rabatt för övrigt produktsortiment" men det finns inget krav på uppgifternas innehåll. Såsom kravet är utformat har anbudsgivarna kunnat lämna vilken rabattsats som helst. Vidare ska noteras att kravet inte har angetts tillsammans med punkterna som rör anbudsprövningen och utvärdering, kravet återfinns under rubriken "avtalsvillkor". Det är förvisso inte placeringen som uteslutande avgör dess betydelse men det inverkar på tolkningen av både kravet och av förfrågningsunderlaget i övrigt. Med hänsyn till de särskilda omständigheter som föreligger i aktuellt fall, främst då det skett en hänvisning till följebrevet i anbudet, att kompletteringen med nämnda följebrev har getts in till Inköp Gävleborg samt att uppgifterna är helt irrelevanta för anbudsprövningen, kan avvikelserna från förfrågningsunderlaget inte anses stå i proportion till följden att förkasta anbudet.

Förvaltningsrätten anser att det krav som Inköp Gävleborg ställt upp, att anbudsgivaren ska ange hur prissättningen kommer att ske för eventuella tilläggsprodukter samt ange en rabatt för övrigt produktsortiment, har en objektiv utformning och att kravet inte diskriminerar någon leverantör. Kravet framstår inte heller som godtyckligt eller uppenbart osakligt (jfr RÅ 2010 ref. 78.) mot bakgrund av vad Inköp Gävleborg fört fram om skälet

för kravet, som får anses ändamålsenligt. Vad bolaget fört fram i denna del visar därför inte enligt förvaltningsrättens bedömning att detta skall-krav kan anses stå i strid med proportionalitetsprincipen eller de övriga principer som bär upp upphandlingslagstiftningen. Det finns därför inte skäl för ingripande på denna grund. Frågan blir då om bolagets komplettering är förenlig med LOU och därför medför att bolaget kan anses ha uppfyllt aktuellt skall-krav.

Utgör bolagets komplettering en komplettering enligt 9 kap. 8 § LOU?

Vad gäller möjligheten att tillåta kompletteringar följer av 9 kap. 8 § LOU bl. a. att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

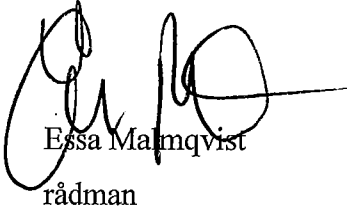
Inköp Gävleborgs inställning är att den gjorda kompletteringen som lämnades in inte var daterad och inte kunde styrka att uppgifterna var framtagna innan sista anbudsdag. Det hade därför varit i strid med likabehandlingsprincipen att tillåta den gjorda kompletteringen.

Vad gäller kompletteringar som en anbudsgivare gör efter anbudstidens utgång för att uppfylla ett skall-krav i en upphandling kan förvaltningsrätten konstatera att detta ansetts vara i strid med likabehandlingsprincipen (se bl. a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 maj 2012 i mål nr 872-12). Förvaltningsrätten saknar i detta mål skäl att göra någon annan bedömning. Det förhållandet att bolaget i sitt anbud hänvisat till en bilaga, som dock inte skickats med, föranleder ingen annan bedömning. Inte heller har bolaget visat att bilagan fanns redan före anbudstidens utgång, en uppgift som också bestritts av Inköp Gävleborg. Vad bolaget har anfört visar således inte att Inköp Gävleborg har förfarit i strid med bestämmelserna i

1 kap. 9 § LOU eller de unionsrättsliga principer som bär upp upphandlingsreglerna då man bortsett från bolagets komplettering.

Sammanfattningsvis finns således inte grund för ingripande enligt LOU på de av bolaget anförda skälen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Essa Malmqvist
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 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.