



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2012-05-08
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
1487-12 E
Enhet 2

SÖKANDE

Arla Foods AB, 556579-4400

Ombud:

Advokaten Carl Bokwall och advokaten Lena Salomonsson
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun

Ombud:

Stadsjuristen Åsa Olsson
Västerås stad
721 87 Västerås

KONKURRENSVERKET	
2012-05-09	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Västerås kommuns upphandling "Livsmedel – Mejerivaror",
dnr 2011/202-PS-061

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Arla Foods AB:s ansökan och förordnar att
upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 59023

Postadress Box 1853 751 48 Uppsala	Besöksadress Kungsgatan 49	Telefon 018-16 73 00	Telefax 018-16 73 43	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
E-post: forvaltningsrattenuppsala@dom.se				

BAKGRUND

Västerås kommun (kommunen) har genom ett öppet förfarande genomfört en upphandling av mejerivaror, dnr 2011/202-PS-061 (upphandlingen). I tilldelningsbeslut den 9 mars 2012 meddelade kommunen att Skåne-mejerier Storhushåll AB (Skånemejerier) hade det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Skånemejerier tilldelades därför kontraktet.

YRKANDEN

Arla Foods AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar om rättelse av upphandlingen på så sätt att utvärderingen görs om med tillämpning av korrekta värderingsvärden under position 59. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig bolagets yrkanden.

GRUNDER

Bolaget anför till grund för sin talan bl.a. följande. Kommunen har vid utvärderingen frångått kravställningen i upphandlingen och till följd av det tillämpat felaktiga utvärderingsvärden. Kommunen har därmed handlat i strid med likabehandlings- och transparensprincipen i 1 kap. 9 §. LOU. Vid en korrekt utvärdering skulle bolaget ansetts vara det mest fördelaktiga ekonomiska anbudet och tilldelats kontraktet. Bolaget lider därmed skada. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed. Eftersom bristen är hänförlig till utvärderingen av anbudet är det tillräckligt att upphandlingen rättas på yrkat sätt.

I punkt 1.6 "Omfattning" i anbudsförfrågan framgår att offererade produkter ska uppfylla de specificerade kvalitetskrav som framgår av anbudsprislistan och dokumentet "Kvalitetskrav". I "Kvalitetskrav" anges att "i första

hand gäller de egenskaper och krav som preciseras på positionerna i anbudsprislistan". Under position 59 i anbudsprislistan efterfrågades ursprungligen ekologisk vispgrädde i förpackningar med storlek mellan 0,7 – 1,3 liter. I frågor och svar av den 20 januari ställdes en fråga huruvida anbudsgivare under position 59 kunde offerera en förpackning på 0,5 liter istället. Kommunen svarade följande. "Ja, kravet på innerförpackning ändras till 0,2 – 0,5 liter." Kommunens svar kan inte förstås på annat sätt än att kravet på förpackningsstorlek ändrats. Till följd av ändringen offererade bolaget ekologisk vispgrädde i 0,5 liters förpackningar under position 59. Skånemejerier och Sigvard Andersson offererade 1-litersförpackningar med ekologisk vispgrädde. Trots förändringen av kravställningen i position 59 har kommunen vid utvärderingen utgått från den gamla kravställningen och använt värderingsvärden baserade på 1-litersförpackningar. Till följd av detta har Skånemejeriers och Sigvard Anderssons anbud getts värderingsvärden baserade på 1-litersförpackningarna trots att de inte uppfyller kravet på förpackningsstorlek. Bolaget, som offererade en 0,5-litersförpackning i enlighet med kravet, har å andra sidan belagts med belastningsvärdet för position 59. Av sammanställningen i bolagets uträkning framgår att bolaget offererat det lägsta totalpriset vid en utvärdering med tillämpning av korrekta värderingsvärden under position 59 och har därmed det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kommunen anför till grund för sin talan bl.a. följande. Det är riktigt att kommunen gjort en förändring avseende förpackningsstorlek i position 59. Ändringen innebar dock inte ett frångående från de ursprungliga kraven i fråga om förpackningsstorlek, utan enbart ett medgivande till att även förpackningsstorlek 0,2 – 0,5 liter kunde offereras utan att beläggas med belastningsvärden. Efter ändringen var det alltså möjligt att offerera ekologisk grädde i såväl förpackningsstorlek 0,7 – 1,3 liter som i förpackningsstorlek 0,2 – 0,5 liter. Att ändringen inte innebar ett totalt frångående från de ursprungliga kraven på förpackningsstorlek framgår av omständigheter-

na. Det finns ingen rimlig förklaring till varför kommunen plötsligt skulle efterge önskemålet på förpackningar av storköksstorlek till förmån för förpackningar av hushållsstorlek och dessutom utdela belastningsvärden om leverantörerna offererade förpackningar av storköksstorlek. En sådan efterfrågeförskjutning skulle dessutom kräva ett tydligare tillkännagivande till de potentiella leverantörerna än ett kort svar i frågor och svar för att äga giltighet. Det normala vid en stor ändring är att man ställer det gamla kravet vid sidan av det nya och med redaktionella medel visar vari förändringen består. Också frånvaron av sådana åtgärder stödjer uppfattningen att det av omständigheterna framgick att kommunen inte frångick de ursprungliga kraven på förpackningsstorlek. Avseende position 59 ska också nämnas att det till denna position finns ett krav på att ytterförpackningens storlek inte får överstiga två liter. Bolagets offert avseende denna position är 6 x 0,5 liter, dvs. tre liter. Vid tidpunkten för upphandlingen stod kommunen utan systemstöd för upphandling. Det innebar bl.a. att meddelande till leverantörerna, däribland ändringen av position 59, under denna tid måste skickas med vanlig e-post. Av förbiseende skickades inte meddelandet till Skåne-mejerier, som alltså var okunniga om ändringen av positionen när Skåne-mejerier lade sitt anbud. Också detta talar för att inget av de inkomna anbuden bör beläggas med belastningsvärde avseende position 59. Skulle förvaltningsrätten finna att det föreligger grund för ingripande enligt LOU, med anledning av den ändring som kommunen gjort avseende position 59, bör förvaltningsrätten förordna att upphandlingen ska göras om.

Bolaget genmäler bl.a. följande. Anbudsgivare kan i en upphandling bara förhålla sig till vad som anges i förfrågningsunderlaget och de förändringar och förtydliganden av underlaget som görs genom frågor och svar. Av kommunens svar på frågan framgår tydligt att kravet på innerförpackning ändras till 0,2 – 0,5 liter. Ingenstans nämns att svaret utgör en komplettering eller utvidgning av kravet på så sätt att även det gamla kravet skulle gälla. Eftersom fråga konkret gällde om man fick ange 6 x 0,5 liter (dvs.

tre liter) och svaret var: Ja kravet på innerförpackning ändras till 0,2 – 0,5 liter kan svaret rimligen inte förstås på annat sätt än att det ursprungliga kravet på ytterförpackning utvidgats till maximalt tre liter.

Om förvaltningsrätten skulle finna att förfrågningsunderlaget och förändringen av position 59 rymmer den tolkning som kommunen gör gällande, måste förfrågningsunderlaget rimligtvis anses som vilseledande och otydligt till den grad att underlaget inte uppfyller de krav på tydlighet som följer av transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Utformningen av förfrågningsunderlaget har i och med förändringen av position 59 föranlett bolaget att lämna ett anbud med 3-liters ytterförpackning med halvliters innerförpackningar trots att kravet, i denna tolkning, bara tillåter 2-liters ytterförpackning. Hade det efter ändringen av förfrågningsunderlaget framgått att 1-litersförpackningar också kunde offereras under positionen, skulle bolaget haft möjlighet att offerera ekologisk vispgrädde i en större innerförpackning. Det är troligt att bolagets pris på ekologisk grädde i en sådan större förpackning hade varit lägre med följderna att bolagets anbud skulle varit det ekonomiskt mest fördelaktiga. Bolaget förlorade kontraktet till följd av kommunens missvisande besked och förändringen av kravställningen under position 59. Bolaget lider därför skada, eller riskerar åtminstone att lida skada, av de missvisande uppgifterna avseende kravställningen under position 59. Upphandlingsfelet har påverkat utgången i upphandlingen och är därmed inte att anses som ringa. Upphandlingsfelet är vidare hänförligt till förfrågningsunderlaget och den konkurrensuppsökande fasen och kan därför inte läkas genom rättelse utan upphandlingen ska göras om.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

16 kap. LOU har ändrats den 1 november 2011 genom lag 2011:1030. Av övergångsbestämmelserna framgår dock att för upphandlingar som påbörjats dessförinnan ska tidigare lydelse tillämpas. Eftersom upphandlingen är påbörjad innan detta datum ska således tidigare lydelse tillämpas i målet.

I 16 kap. 1 § LOU, i tillämplig lydelse, anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU, i tillämplig lydelse, anges att 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

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunen vid upphandlingen av mejerivaror har brutit mot någon bestämmelse i LOU. En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är vidare att bolaget har lidit skada, eller i vart fall riskerat att lida skada, till följd av förfarandet.

De grundläggande principer som gäller för upphandlingar enligt LOU, som bygger på unionsrätten, framgår av 1 kap. 9 §. Där anges bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste exempelvis få den information som är av relevans för upphandlingen vid samma tillfälle. En upphandlande myn-

dighet får inte heller gynna eller missgynna vissa leverantörer. Principen om att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt, den s.k. transparensprincipen, innebär att upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsebarhet. Denna princip innebär bland annat ett krav på att den upphandlande myndigheten håller sig till det förfrågningsunderlag som den tagit fram. Den upphandlande myndigheten får inte under upphandlingens gång ändra förutsättningarna för upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget position 59 anges att ekologisk vispgrädde med en ytterförpackning på max två liter efterfrågas. Innerförpackningens storlek ska vara 0,7 – 1,3 liter. I ”Frågor & svar 20 januari” ställdes följande fråga angående positionen.

”Pos 59. Kan man svara på 6 x 0,5 liter?

Svar: Ja kravet på innerförpackning ändras till 0,2 – 0,5 liter
”

Förvaltningsrätten finner att ordalydelsen av kommunens svar inte kan förstås på annat sätt än att kommunen ändrat kravet gällande position 59. Förvaltningsrätten anser att svaret är tvetydligt och att det inte framgår att det är fråga om en komplettering som kommunen gjort gällande. Vidare framgår inte huruvida kravet avseende ytterförpackningen ändrats eller kompletterats. I målet har det framkommit att kommunen inte kommunicerade svaret med samtliga anbudsgivare. Förvaltningsrätten konstaterar att svaret har medfört att anbudsgivarna haft olika information att tillgå vid anbudsgivningen och även har lämnat anbud med olika inner- och ytterförpackning för den aktuella positionen. Anbudsgivarna har därmed inte haft samma uppgifter och information när anbudet lämnats. Kommunen kan därför inte anses ha upprätthållit principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU i upphandlingen. Kommunens brist i detta avseende medför att bolaget har lidit skada eller riskerar att lida skada. Eftersom felet är att hänföra till förfrågningsunderlaget och den konkurrensuppsö-

kande fasen ska upphandlingen göras om. Förvaltningsrätten bifaller därför bolagets ansökan och förordnar att upphandlingen ska göra om.

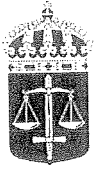
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1a LOU)



Lina Törnqvist

rådman

Målet har handlagts av Martin Bäckström.



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 uppge 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

