



KLAGANDE

Halmstad Frukt & Grönt AB, 556415-9712
Skruvgatan 12
302 44 Halmstad

MOTPART

Bjuvs kommun
Box 501
267 25 Bjuv

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 2 maj 2011 i mål nr 3019-11,
se bilaga A

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-07-05	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 27 maj 2011 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Halmstad Frukt & Grönt AB (HFG) yrkar att upphandlingen av frukt och grönt i produktgrupp 40 i den aktuella upphandlingen ska göras om. HFG anför bl.a. följande. I upphandlingsunderlaget anges att rabattsats ska anges för hela och delade kollin. Detta har gjorts av RP Frukt AB (RP) i sin offert. Den lämnade rabattsatsen gäller endast för hela kollin. Vid delade kollin bortfaller således rabatten. Två skilda priser gäller beroende på delat eller

helt kolli. HFG lämnar sin rabatt oavsett om kollit delas eller ej. I deras offert finns inga villkor om skillnad i pris mellan delat och hela kollit. Det stora flertalet leveranser sker i delade kollin. RP har därför sannolikt räknat med att i de flesta leveranser kunna debitera ett pris där rabatten är borttagen. Lämnade priser är därför inte jämförbara med deras priser. Rabattsatsen ska dock inte tillämpas på större delen av de produkter RP offererar. Kommunen har anfört att bolagen har samma princip dock med den skillnaden att HFG erbjuder rabatt för frukt och grönt på 15 procent och för grönsaker 20 procent helt kolli. Tillägget helt kolli stämmer inte. Ett anbudsfel på 131 250 kr på en produkt av många i ett anbud på totalt 492 352 kr skulle kunna vara ensamt avgörande för val av leverantör trots att övriga priser varit till fördel för en annan leverantör. RP har erbjudit ett pris på tärnad och skalad palsternacka på 7,75 kr per kg. Prissättningen är ett resultat av att bolaget upptäckt den grovt felaktiga volymen och i kombination med ett orealistiskt pris vunnit en fördel om 130 000 kr. Samma princip gäller för äpplen där det också saknas ett offererat pris att användas av kommunen.

Bjuvs kommun anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. HFG:s huvudargument synes vara att kommunen i sin utvärdering brutit mot likabehandlingsprincipen i LOU. Som grund har anförts att HFG:s priser och rabatter gäller oavsett om leveransen avser helt eller delat kolli medan så inte skulle vara fallet för RP. I samband med utvärderingen har kommunen reagerat på den motstridiga skrivningen som är uppenbar i RP:s anbud och därför direkt kontaktat RP:s VD som vid olika tillfällen i telefonsamtal uppgett att offererade priser och rabatter gäller vid delade kollin. Det är självfallet olyckligt att skrivningen består av två meningar med motsatt betydelse men kommunen har reagerat vid utvärderingen och fått klart svar från leverantören. Bolagets uppfattning att valet av leverantör skulle bli anorlunda saknar grund enligt kommunen. Vad gäller frågan om tärnad palsternacka och äpplen har kommunen tidigare pekat på att om avdrag görs för dessa produkter blir utfallet ändå till RP:s fördel. Övriga utvärderingskrite-

rier påverkar inte detta resultat. Kommunen har jämfört samma produkter på samma grunder utan undantag.

HFG har därefter anfört bl.a. följande. Utvärderingen har inte skett utifrån jämförbara anbud. Om rätt jämförelse gjorts där skillnaden i anbud på delade kollin tagits med hade anbudet gått till dem. Kommunen har i samband med utvärderingen av anbuderna reagerat på den motstridiga skrivningen i RP:s anbud och kontaktat bolaget. RP har då ändrat och fått tillåtelse att ändra i anbudsvillkoren. Det ifrågasätts om detta förfarande är förenligt med LOU. Inlämnade anbudsvillkor kan inte förändras efter fastställt inlämningsdatum. Innan tilldelningsbeslut är det inte tillåtet för upphandlande myndighet att diskutera förfrågningsunderlag med anbudsgivare på ett sådant sätt att någon anbudsgivare gynnas eller missgynnas. Det nu aktuella förfarandet har inneburit en klar konkurrensbegräsning och särbehandling. RP:s villkor är inte en felskrivning då det finns även i andra anbud.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av utredningen i målet framgår följande. Bjuvs kommun genomför en upphandling rörande livsmedel avseende bl.a. varugrupp 40 "Frukt, grönt och potatis färsk och förkokt". Enligt förfrågningsunderlaget ska offererat pris "anges i SEK exklusive moms, inklusive emballage, eventuella miljöavgifter och inkludera samtliga åtaganden enligt förfrågningsunderlaget. För att kunna jämföra anbuderna på frukt, grönsaker och potatis kommer 2009 års förbrukning multiplicerad med priset i anbudsgivarens egna allmänt tillgängliga prislista giltig den 1 november 2010 med avdragen erbjuden rabattsats att användas vid utvärderingen". Vidare framgår att "rabattsats ska anges för hela och för delade kollin". Bjuvs kommun har anfört att offererade priser lämnats utifrån leverantörernas prislista med avdrag för lämnade rabatter.

Sedan RP genom tilldelningsbeslut förklarats ha lämnat det vinnande anbudet i produktgruppen har HFG begärt överprövning enligt LOU. HFG har som grund för sin ansökan gjort gällande att Bjuvs kommun felaktigt angivit volymen ”palsternacka tärnad” till 5 000 kg, vilket rätteligen skulle ha varit 50 kg. Detta påstående har inte motsagts av kommunen, varför kammarrätten utgår från att den avsedda volymen varit 50 kg. Fråga är då om den omständigheten att den avsedda volymen ”palsternacka tärnad” kommit att anges på ett kraftigt felaktigt sätt innebär att principen om likabehandling har överträtts.

Av den utvärdering som gjorts i upphandlingen framgår att kommunen använt sig av den i förfrågningsunderlaget angivna volymen. Detta har till följd av prisskillnaden mellan de två leverantörerna gett en kraftig prisfördel för RP i förhållande till HFG, då RP lämnat ett lägre kilopris för produkten i fråga. Bjuvs kommun gör dock gällande att RP fortfarande lämnat det lägsta priset sedan avdrag gjorts för bl.a. ”palsternacka tärnad”.

Kommunen har, såvitt framgår av utredningen i målet, beräknat priset utifrån att RP erbjudit en rabattsats som inkluderar såväl hela som delade kol- lin. Först vid kammarrättens handläggning har det framkommit att kommunen inhämtat ett förtydligande av RP:s anbud då kommunen funnit att den ursprungligen lämnade lydelsen var motstridig.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

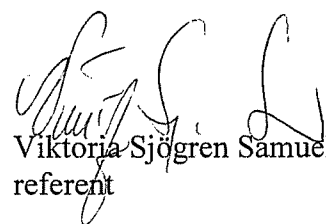
RP har i sitt anbud angett en rabattsats om 20 procent för färska grönsaker och frukt samt att ”Offererade priser och rabatter gäller vid köp av hela kol- lin. Inga delningsavgifter förekommer”. Kammarrätten instämmer i kommunens bedömning att skrivningen är otydlig på ett sådant sätt att ett förtydligande varit nödvändigt. Av utredningen i målet framgår dock inte att för-

tydligandet skulle medföra någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning på ett sådant sätt att det skulle vara fråga om ett otillåtet förfarande enligt LOU.

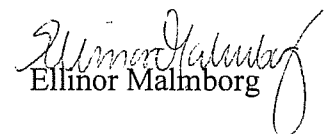
Med hänsyn härtill kan HFG i denna del inte sägas ha lidit sådan skada av felet som krävs för ingripande enligt LOU. HFG har inte heller i övrigt anfört att felet i sig är av den art att det påverkat förutsättningarna för lämnande av anbud på ett sådant sätt att man kan anta att det påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Bolaget har vidare gjort gällande att RP i vissa avseenden lämnat onormalt låga priser i sitt anbud. Kammarrätten gör i denna del samma bedömning som förvaltningsrätten och finner sammanfattningsvis att HFG:s begäran om överprövning enligt LOU ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Viktoria Sjögren Samuelsson
referent


Berit Nilsson


Ellinor Malmberg



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Anna Aktermo

DOM
2011 -05- 02
Meddelad i
Malmö

Björger 17

Mål nr
3019-11 E

Sida 1 (6)

SÖKANDE

Halmstad Frukt & Grönt AB, 556415-9712
Skruvgatan 12
302 44 Halmstad

MOTPART

Bjuvs kommun
Box 501
267 25 Bjuv

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Bjuvs kommun har genomfört upphandling av livsmedel som ett öppet förfarande enligt LOU. I meddelande om tilldelning den 16 mars 2011 framgår bl.a. att RP Frukt AB tilldelats kontrakt för produktgrupp 40 (frukt, grönt och potatis färsk) i upphandlingen.

Halmstad Frukt & Grönt AB (HFG) har ansökt om överprövning av upphandlingen såvitt avser produktgrupp 40 och yrkat att upphandlingen ska göras om i denna del. Som skäl för detta har bolaget anfört sammanfattningsvis följande. RP Frukt AB (RP) har i sitt anbud lämnat 20 procent rabatt på sin prislista, men rabatten gäller endast vid köp av hela kollin. Detta innebär att de priser RP lämnat inte är jämförbara med de av HFG lämnade priserna. HFG lämnar sin rabatt oavsett om leveransen avser helt eller delat kolli. De faktiska leveranserna kommer att till övervägande del ske delade. Om anbudsfrågan gällt delade förpackningar (verkligheten) hade HFG:s anbud vunnit. Att jämföra RP:s priser med HFG:s anbud vid utvärderingen strider mot likabehandlingsprincipen. RP har använt sig av en egen prislista och det kan därför vara svårt eller omöjligt att spåra bakomliggande producent/produkt. Prisdifferenserna i anbudet är mycket stora på frukt och grönt. HFG tror att RP har kalkylerat med att inte behöva lämna 20 % rabatt på frukt och grönt då merparten av leveranserna sker delade. En del av prisskillnaderna kan förklaras p g a detta. Upphandlande myndighet borde ha reagerat på de mycket stora prisskillnaderna som finns i anbuderna och ställt kontrollfrågor. Ett större fel på ”Palsternacka, tärnad” har gett en anbudsskillnad på 131 250 kr mellan anbuderna. En ordentlig genomgång av produkter med stora prisdifferenser behöver göras för att få en kvalificerad och rättvis bedömning av offererade priser.

Bjuvs kommun har motsatt sig ett ingripande enligt LOU och anfört bl.a. följande. Båda leverantörerna som lämnat anbud på produktgrupp 40 har lämnat sina anbud på samma sätt och med svar enligt kommunens begäran. Kommunen avvisar därför HFG:s påstående om att överträdelse skett av likabehandlingsprincipen. Bolaget har uppmärksammat ett fel i utvärderingen gällande produkten ”Palsternacka, tärnad”. Vid kontrollräkning och exkludering av denna produkt från inlämnade anbud kan kommunen dock konstatera att detta inte påverkar utfallet. Kommunen har inte ställt något krav på att anbuden ska utgå från någon objektiv för branschen gällande prislista. Beträffande prisdifferenserna som bolaget åberopat har kommunen med anledning av överprövningen särskilt kontrollerat de produkter bolaget pekat särskilt på. Det har då kunna konstaterats att samtliga utpekade produkter utom ”Äpplen” stämmer i RP:s anbud, då de utgår från sin prislista och lämnar 20 % rabatt och då kommer fram till de anbudspriser som lämnats till kommunen. Även om produkten äpplen exkluderas vid sammanräkningen av anbuden har anbudet från RP lägst pris och sammanvägt med övriga kriterier kommer RP:s anbud fortfarande få högst poäng och tilldelas kontraktet. Det är korrekt att RP lämnar 20 % rabatt på sin allmänna prislista och att detta endast gäller för hela kollin per kilo. HFG använder sig av samma princip i sitt anbud dock med skillnaden att rabatten för frukt och grönt är 15 % och för grönsaker 20 % för helt kolli per kilo. Någon uppgift om det ska göras påslag för delade kollin per kilo har kommunen inte kunnat finna i något av anbuden. Det är därför kommunens uppfattning att det inte föreligger någon skillnad i sättet att lämna anbudspriser mellan företagen och att priserna därmed är jämförbara. Det är korrekt som HFG anför att det förekommer en stor mängd delade kolli i leveranserna.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

HFG har ifrågasatt vinnande anbudsgivares prissättning och pekat på skillnader i prissättningen mellan vinnande anbuds offererade priser och bolagets egna och anfört att upphandlande myndighet borde kontrollera priserna bättre. En upphandlande myndighet har möjlighet att, under vissa förutsättningar, förkasta ett anbud som den anser vara orimligt lågt. Någon skyldighet att förkasta ett sådant anbud finns emellertid inte varför HFG:s påstående om orimligt låga priser inte kan föranleda ett ingripande enligt LOU.

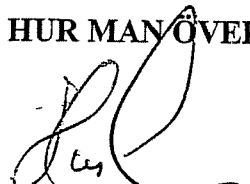
HFG har vidare anfört att vinnande anbudsgivares utvärderade rabatterade priser endast gäller för hela kollin, medan HFG:s utvärderade rabatterade priser gäller för såväl hela som delade kollin samt att huvuddelen av leveranserna avser delade kollin och att de utvärderade priserna därför inte är

jämförbara och att utvärderingen därmed strider mot likabehandlingsprincipen. I förfrågningsunderlaget anges under punkten 5.8 första stycket bl.a. att "För att kunna jämföra anbuden på frukt, grönt och potatis kommer 2009 års förbrukning multiplicerad med priset i anbudsgivarens egna allmänt tillgängliga prislista 2010-11-01 med avdragen erbjuden rabattsats att användas vid utvärderingen". Detsamma anges under punkt 8.2.1. Vidare anges i andra stycket förstnämnda punkt bl.a. att "Rabattsats skall anges för hela och för delade kollin. Allmän prislista skall bifogas anbudet." Anbudsgivarna har också haft att fylla i en förtryckt lista (produktspecifikation med prisformulär) avseende produktgruppen ifråga i vilken framgår, förutom efterfrågade produkter, även bl.a. den uppskattade volymen i kilo. Syftet torde vara att underlätta för upphandlande myndighet vid utvärderingen genom att anbudsgivaren fyller i sitt pris enligt sin egna allmänt tillgängliga prislista 2010-11-01 efter avdragen erbjuden rabattsats, eftersom det är detta som enligt förfrågningsunderlaget ska utvärderas vad gäller utvärderingskriteriet pris. Hur utvärderingen ska gå till för det fall anbudsgivare lämnar olika rabattsatser för hela och delade kollin samt hur priset i dessa fall ska redovisas i prisformuläret framgår inte av förfrågningsunderlaget. Vinnande anbudsgivare har i sitt anbud angivit erbjuden rabattsats på sin allmänna prislista för produktgruppen. I anbudet anges att "Offererade priser gäller vid köp av hela kollin". I nästa mening anges vidare "Inga delningsavgifter tillkommer". I HFG:s anbud anges förutom erbjudna rabattsatser att "Inga delnings- eller andra kostnader gäller för detta avtal." De rabattsatser som de två anbudsgivarna har angivit är de som har använts vid utvärderingen i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget och de erbjudna rabattsatserna gäller, såvitt avser båda anbudsgivarna, köp av hela kollin. Anbudsgivarna får därmed anses ha behandlats lika vid utvärderingen, oaktat vilken rabattsats de har vid inköp av delade kollin. Vad HFG anfört avseende hela och delade kollin utgör därmed inte skäl för ingripande enligt LOU.

Upphandlande myndighet har vid utvärderingen använt det pris för äpplen som RP angett i prisbilagan trots att denna prisuppgift inte är utgör ett framräknat pris utifrån egna allmänt tillgängliga prislista efter avdragen erbjuden rabattsats. Det har dock inte påvisats att detta, eller felaktighet avseende tärnad palsternacka, inneburit att utfallet av utvärderingen blivit annorlunda. HFG kan därmed inte ha lidit skada till följd av detta, varför något ingripande enligt LOU inte heller kan bli aktuellt på denna grund.

Förvaltningsrätten finner således sammanfattningsvis att de omständigheter HFG anfört inte utgör skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därmed avslås.

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


Hans Emanuelsson

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 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.