



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Enhet 1

DOM
2015-05-21
Meddelad i
Luleå

Mål nr
435-15

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Svensk Cater AB, 556068-9738

Ombud: Nicklas Lundenor
Banvägen 19
973 46 Luleå

MOTPART

Norrbottens läns landsting
971 89 Luleå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015-05-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 63014

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 43

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-22 04 59
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Norrbottens läns landsting har genomfört upphandling (öppet förfarande) av 2014 Livsmedel, dnr 474-14. Två anbud kom in avseende varukorg Mejeri, varav ett från Svensk Cater AB (Svensk Cater). Enligt rättelse av underrättelse om tilldelningsbeslut den 25 februari 2015 antog landstinget Norrmejeriers anbud inom varukorgen.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad Svensk Cater framför

Svensk Cater har ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan har Svensk Cater framfört följande. Norrmejerier uppfyller inte kravet om att leverantören måste inom varukorg Mejeri kunna leverera minst 95 procent av det totala antalet artiklar för att bli antagen som huvudleverantör. Norrmejerier har under position 467 offererat en produkt som inte följer MSR-krav. För position 1 427 Creme fraiche är kravet att den ska ha en fetthalt mellan tolv och tretton procent. Norrmejerier har offererat Creme fraiche vars fetthalt är 34 procent. Under position 1 428 har Norrmejerier offererat en produkt med artikelnummer 0375 som inte var lanserad vid upphandlingstillfället utan kom ut på marknaden först under vecka 7 år 2015. Svensk Caters anbud inom en annan varukorg i upphandlingen gick samtidigt inte vidare till utvärderingen på grund av att en av de offererade produkterna inte uppfyllde kraven vid upphandlingstillfället men gör det i dag. För att position 1 456 ska uppfylla kraven i upphandlingen krävs det att mjölken ska vara ekologisk. Produkt med artikelnummer 0013 som Norrmejerier har offererat är en konventionell standardmjölk. Norrmejerier har därmed svarat med fel artikel för den aktuella

positionen. Vad gäller position 1 471 är kravet att fetthalten i produkten ska vara under 2 procent per 100 gram. Av Norrmejerier offererat artikelnummer 6 812 från Arla innehåller dock 4,5 procent fett per 100 gram. Om två eller fler av ovan nämnda artiklar i Norrmejeriers anbud inte uppfyller kraven i upphandlingen skulle ingen av anbudsgivarna uppfylla kravet om att minst 95 procent av det totala antalet artiklar i varukorg Mejeri måste vara uppfyllt för att kunna bli antagen som leverantör.

Svensk Cater har bifogat produktblad och ett utdrag ur Norrmejeriers beställningslista.

Vad landstinget framför

Landstinget har motsatt sig bifall till ansökan och framfört följande. Landstinget har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU i sin kontroll av Norrmejeriers offererade produkter. Svensk Cater, som rätteligen uteslutits från anbudsutvärderingen avseende varukorg Mejeri, har inte visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 6 § LOU.

Varukorgen Mejeri består av 58 artiklar, varav två har blivit strukna under upphandlingen. För att kunna bli antagen som leverantör måste anbudsgivare kunna offerera 95 procent av 56 artiklar. Produkterna ska uppfylla de obligatoriska krav som ställs på varuområde, huvudgrupp och varugrupp.

Av Svensk Cater offererade 58 produkter uppfyller 55 de ställda kraven varför den totala kravuppfyllelsen ligger under 95 procent. Bolaget tilldelades initialt felaktigt kontrakt för varukorgen men detta rättades i ett senare tilldelningsbeslut. Av Norrmejeriers offererade produkter uppfyller 57 av totalt 58 offererade produkter ställda krav varför andel godkända artiklar överskrider 95 procent. Norrmejerier har rätteligen tilldelats kontraktet i upphandlingen.

Vid upphandlingen har landstinget använt sig av DKAB Hantera Livs databas. Utvärdering av anbudsgivarna till anbudet bifogade sortimentsfiler sker maskinellt i programvaran DKAB Hantera Livs. I denna databas finns information kopplad till artikelnummer anbudsgivarna har angett i sina anbud. Landstinget har vid prövning av inkomna anbud med stöd av databasen genomfört en kontroll av offererade produkter utifrån angivet artikelnummer.

Syftet med att använda sig av databasen är att säkerställa att offererade produkter uppfyller ställda krav. I de fall oklarheter föreligger har landstinget, i första hand via DKAB, kontaktat anbudsgivare för klargörande av ovan nämnda faktorer. Om oklarheter därefter kvarstår och landstinget inte kan konstatera att offererade produkter motsvarar ställda krav kommer den inte att godkännas. Skulle meningarna gå isär mellan anbudsgivarna om en produkts beskaffenhet gäller producentens, dvs. den som tillverkar produkten, uppgifter.

De kontroller som gjorts av produkterna är att de har rätt:

- Klassificering, ex. om kravet är att produkten ska vara djupfrost ska offererad produkt vara djupfrost
- Egenskaper, ex. om kravet är att produkten ska ha en fetthalt upp till 10 procent ska produkten ha en fetthalt som är lägre än eller lika med 10 procent
- Vikt – yttre och inne förpackningsvikt, ex. om kravet är att en köttbulle ska väga 12–14 g så ska den väga inom det intervallet för att bli godkänd. Ytterförpackningen ska även ligga inom viktintervallet.

Landstinget har, som huvudregel, inte krävt att anbudsgivaren ska lämna några verifikat eller andra underlag som visar att kraven är uppfyllda annat än vid anmodan (se bl.a. Produktspecifika krav, avsnitt 8).

Det är de i databasen angivna egenskaperna som styrker att produkterna motsvarar ställda krav. Om egenskaperna på offererad produkt skiljer sig från informationen i databasen kontrollerar landstinget detta genom att ställa en fråga till anbudsgivaren för att undersöka huruvida information i databasen stämmer. Om det visar sig att informationen i databasen är felaktig har anbudsgivaren rätt att bekräfta att offererad produkt faktiskt uppfyller ställda krav. Särskilt angivet är att producentens mening kring produkternas egenskaper är utslagsgivande. Gällande positioner 1 427, 1 428 och 1 456 är Norrmejerier både producent och anbudsgivare. Landstinget har som huvudregel att lita på anbudsgivares svar så till vida det inte finns något som talar emot detta.

Position 467

Svensk Cater har inte anfört vilket av kraven som inte skulle vara uppfyllda. Produkten är godkänd efter kontroll mot databasen. Norrmejerier har angett att produkten motsvarar kraven. Det finns inget som påvisar att kraven inte skulle vara uppfyllda.

Position 1 427

Produkten har kontrollerats mot databasen. Eftersom differens fanns mellan angivna egenskaper i databasen och kraven på produkten har landstinget frågat Norrmejerier gällande fetthalten. Norrmejerier har, både som producent och anbudsgivare, bekräftat att produkten innehåller en korrekt mängd fetthalt, dvs. mellan 12 och 13 procent. Det finns inget som påvisar att kraven inte skulle vara uppfyllda.

Position 1 428

Den situation som bolaget jämför med gäller Varukorg Chark där Svensk Cater offererat en produkt (kalvsylta, position 1 346) som inte uppfyller ställt krav på köttmängd. Landstinget har svårt att se hur jämförelsen skulle vara relevant för denna överprövningsprocess. Produk-

ten är godkänd efter kontroll mot databasen. Norrmejerier har, både som producent och anbudsgivare, angett att produkten motsvarar kraven. Det finns inget som påvisar att produkten inte funnits tillgänglig vid upphandlingstillfället.

Position 1 456

Eftersom det, vid kontrollen mot databas, fanns differens mellan angivna egenskaper i databasen och kraven på produkten har landstinget frågat Norrmejerier gällande produktens ekologiska beskaffenhet. Norrmejerier har efter frågan, både som producent och anbudsgivare, bekräftat att produkten är ekologisk. Det finns inget som påvisar att kraven inte skulle vara uppfyllda.

Position 1 471

Bolaget har inte på något sätt bevisat att den aktuella produkten inte uppfyller i upphandlingen ställda krav.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten är endast en kontroll av om det på grund av vad sökanden har anfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att den lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Det är ostridigt att Svensk Cater rätteligen uteslutits från anbudsutvärderingen. Frågan i målet är om landstinget brutit mot LOU genom att utvärdera och anta anbudet från Norrmejerier.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt 2.2 framgår följande.

2.2 Obligatoriska krav

Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav (skall-krav).

Dessa är markerade med fetstil ”**skall**”.

Av anbudet **skall** framgå att samtliga krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda.

Förutsättningen för att ett anbud ska kunna antas är att **skall**-kraven är uppfyllda.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt 3 DKAB Hantera Livs följer.

...

Syftet är att säkerställa att offererade produkter motsvarar de produkter som efterfrågas med avseende på faktorer som egenskaper, vikt etc. I de fall oklarheter föreligger kommer köparen att kontakta anbudsgivare för klargörande av ovan nämnda faktorer. Om oklarheter därefter kvarstår och köparen inte kan konstatera att offererade produkter motsvarar önskad produkt kommer den inte att godkännas.

Köparen förbehåller sig rätten att utifrån producenternas besked/uppgifter ändra en anbudsgivares svar i fråga om egenskaper och vikter. För att jämförelsen ska bli korrekt måste identiska produkter betraktas som identiska oavsett anbudsgivare. Skulle meningarna gå isär mellan anbudsgivarna om en produkts beskaffenhet gäller producentens uppgifter.

...

Produkterna skall uppfylla de obligatoriska krav som ställs på varuområde, huvudgrupp och varugrupp. De bör också uppfylla de egenskapskrav som ställs på positionsnivå samt övriga krav i form av storlekar på ytter- och innerförpackningar samt i förekommande fall vikt på produkten.

Specifika krav gäller före generella krav om de skulle innehålla motstridiga uppgifter.

...

Enligt förfrågningsunderlagets avsnitt 3.4.4 måste leverantören kunna leverera minst 95 procent av det totala antalet artiklar inom varukorgen mejeri för att bli antagen som huvudleverantör.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att krav avseende produkternas egenskaper – upptagna under de olika positionerna inom varukorgen – utgör upphandlingens s.k. bör-krav. Till skillnad från obligatoriska krav

som i aktuell upphandling har ställts på varuområde, huvudgrupp och varugrupp, innebär bör-krav att anbudsgivarna kan, men måste inte, uppfylla dessa.

Svensk Cater har gjort gällande att ett antal av Norrmejerier inom varukorg mejeri offererade produkter inte lever upp till de egenskaper som efterfrågas i upphandlingen. Landstinget har hävdad att myndigheten inte brutit mot någon bestämmelse i LOU i sin kontroll av Norrmejeriers produkter samt att Svensk Cater inte på något sätt visat att de i målet aktuella produkterna inte motsvarar kraven i upphandlingen.

Av utredningen i målet framgår att landstinget, efter att ha konstaterat en viss differens mellan efterfrågade egenskaper och av Norrmejerier under positionerna 1 427 och 1 456 offererade produkter, frågat Norrmejerier om produkternas egenskaper. Vidare framgår att Norrmejerier, i egenskap av anbudsgivare och producent, bekräftat att de aktuella produkterna motsvarar kraven i upphandlingen. Mot bakgrund av ovan anförda och med hänsyn till den utvärderingsmodell landstinget valt att använda i upphandlingen anser förvaltningsrätten att landstinget inte agerat i strid med LOU genom att godkänna och utvärdera av Norrmejerier under positionerna 467, 1 427, 1 456 och 1 471 offererade produkter.

Svensk Cater har även gjort gällande att produkten som Norrmejerier offererat under position 1 428 inte fanns i Norrmejeriers sortiment vid upphandlingstillfället. Landstinget har i sin tur uppgett att produkten är godkänd efter kontroll mot DKAB Hantera Livs samt att Norrmejerier har angett att produkten motsvarar kraven.

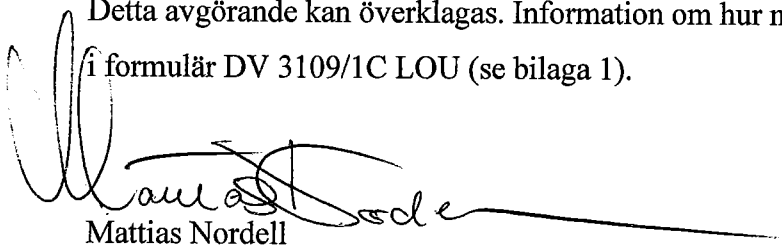
Enligt förvaltningsrättens bedömning har landstinget, utifrån den valda utvärderingsmodellen, haft stor frihet inte bara godkänna en produkt utan även ändra anbudsgivares svar i fråga om egenskaper och vikter för de

offererade produkterna. Eftersom Norrmejerier, i egenskap av producent, bekräftat att produkten under position 1 428 motsvarar kraven i upphandlingen, anser förvaltningsrätten att landstinget inte haft anledning att ifrågasätta att så inte skulle vara fallet. Svensk Cater har inte heller invänt mot hur själva anbudsutvärderingen har gått till.

Sammanfattningsvis har Svensk Cater inte visat att landstinget brutit mot LOU genom att godkänna de i målet aktuella produkterna och anta anbudet från Norrmejerier. Skäl för ingripande enligt 16 kap. LOU finns följaktligen inte. Ansökan om överprövning ska då avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Mattias Nordell

Raili Funck har föredragit målet.



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.