



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-11-29
Meddelad i
Linköping

Mål nr
5997-11
Enhet 2

SÖKANDE

Servera R & S AB, 556233-2451
c/o Att Stig Hermansson
112 89 Stockholm

Ombud: Advokat Björn Tude
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

MOTPART

1. Finspångs kommun, 212000-0423
Bergslagsvägen 13-15
612 80 Finspång

2. Kinda kommun, 212000-0399
Box 1
590 40 Kisa

3. Landstinget i Östergötland, upphandlingscentrum
581 85 Linköping

4. Linköpings kommun, 212000-0449
Upphandlingscenter
581 81 Linköping

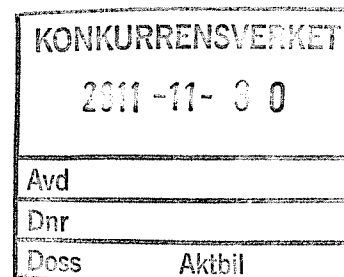
5. Norrköpings kommun, 212000-0456
601 81 Norrköping

6. Söderköpings kommun, 212000-0464
614 80 Söderköping

7. Valdemarsviks kommun, 212000-0431
615 80 Valdemarsvik

8. Åtvidabergs kommun, 212000-0415
Box 206
597 25 Åtvidaberg

Ombud för 1-8: Fjärde storstadsregionens kommunalförbund
Upphandlingscenter
601 81 Norrköping



Dok.Id 64544

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten medger ansökan på så sätt att tilldelningsbeslutet gällande anbudsområde Huvudkomponenter upphävs och förordnar att upphandlingen i den delen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning gällande anbudsområde Huvudgrossist.

Förvaltningsrätten förordnar att det interimistiska beslutet från den 26 september 2011 inte längre ska bestå.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Norrköpings, Linköpings, Finspångs, Kindas, Söderköpings, Valdemarsviks och Åtvidabergs kommun (kommunerna) och Landstinget i Östergötland (landstinget) genomför upphandling "UH-10-124, avseende Livsmedel Huvudgrossist och Huvudkomponenter". Upphandlingen är uppdelad i två separata anbudsområden som utvärderas separat. Genom tilldelningsbeslut den 16 september 2011 antogs i båda anbudsområdena annan anbudsgivare än Servera R & S AB (bolaget).

Bolaget ansöker nu om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras, med beaktande av bolagets anbud, men utan beaktande av Menigo Foodservice AB:s (Menigo) och Gunnar Dafgård AB:s (Dafgård) anbud.

Kommunerna och landstinget medger bolagets talan att upphandlingen av anbudsområde Huvudkomponenter ska göras om. Kommunerna och landstinget bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning av anbudsområde Huvudgrossist.

Förvaltningsrätten beslutade den 26 september 2011 att upphandlingen inte får avslutas innan rätten förordnar annat.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Parternas argumentation

Bolaget har i sin ansökan om överprövning anfört i huvudsak följande.

Anbudsområde Huvudkomponenter

I anbudsområde Huvudkomponenter antogs Dafgårds anbud. Dafgårds anbud uppfyller inte ställda skall-krav och anbudet ska förkastas i sin helhet. Bolaget har inte lämnat anbud på denna del av upphandlingen. Skälet till detta är att det inte finns tillräckligt många produkter på marknaden som uppfyller de ställda kraven. Det insåg bolaget och avstod därför från att lämna anbud. Av anbudsformuläret framgår bl.a. att det anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav kommer att antas och att anbudet ska omfatta 100 % av efterfrågade varor. Dafgårds anbud uppfyller inte dessa krav. Om bolaget känt till att det skulle vara tillräckligt att lämna anbud på det sätt Dafgård gjort hade även bolaget kunnat lämna anbud.

Anbudsområde Huvudgrossist

I anbudsområde Huvudgrossist antogs Menigos anbud. Menigos anbud uppfyller inte ställda skall-krav och anbudet ska förkastas i sin helhet. I sitt anbudsformulär har Menigo i punkten 6.2 under rubriken Huvudkomponenter kryssat i rutan "Ja", vilket innebär att Menigo ska lämna ett ifyllt anbudsprisformulär avseende anbudsområde Huvudkomponenter. Menigo har inte lämnat in något sådant formulär. Eftersom endast anbudsformulär gällande anbudsområde Huvudgrossist har lämnats in är anbudet därför inte fullständigt. Menigos anbud ska därför enligt punkterna 5.2 och 9.1 i upphandlingsföreskrifterna förkastas. Det medför att bolaget ska tilldelas upphandlingen såvitt avser anbudsområde Huvudgrossist.

Upphandlingen rör ett betydande belopp. Det är därför uppenbart att bolaget kommer att lida betydande skada om upphandlingen avslutas genom att avtal ingås med annan än bolaget.

Kommunerna och landstinget anför i huvudsak följande.

Anbudsområde Huvudkomponenter

Kommunerna och landstinget delar bolagets inställning om att upphandlingsföreskrifterna är vilseledande vad gäller förutsättningarna för anbudsgivning på anbudsområde Huvudkomponenter. Bolagets talan medges på så sätt att upphandlingen av anbudsområde Huvudkomponenter ska göras om.

Anbudsområde Huvudgrossist

Vad bolaget åberopar om att Menigo inte lämnat ifyllt anbudsprisformulär vitsordas, men att Menigos anbud på ett helt annat separat anbudsområde därför ska förkastas tillbakavisas i sin helhet. Att Menigo på grund av ett förbiseende eller annan ovidkommande orsak kryssat i rutan, men inte lämnat något anbud på det området noterades av kommunerna och landstinget i samband med anbudsöppningen av respektive separat anbudsområde. Med anledning därav kontaktades Menigo och uppmärksammades på att de inte fyllt i några priser i anbudsformuläret för anbudsområdet Huvudkomponenter. Menigo lät omgående meddela att de endast svarar på anbudsområde Huvudgrossist, något även bolaget valde att göra. Menigos oavsiktliga kryss i rutan kan inte på några villkor få föranleda att Menigos korrekta anbud på ett helt annat separat anbudsområde ska bedömas som ofullständigt och därmed förkastas. Förekomsten av krysset har inte föranlett att något brott begåtts mot någon bestämmelse i LOU, och har inte heller medfört eller kan komma att medföra att bolaget lider skada.

Bolaget har i yttrande anfört bl.a. följande. Eftersom svarandena medgivit yrkandet om att upphandlingen avseende anbudsområde Huvudkomponenter ska göras om, ska förvaltningsrätten bifalla bolagets talan i denna del. –

Bolaget bestrider att Menigo av misstag har kryssat i ja-rutan för huvudkomponenter. I anbudsföreläggningen punkten 6.2 är det väldigt tydligt vad det innebär att kryssa ”Ja”. Det innebär att ifyllt anbudsföreläggning ska bifogas anbudet. Anbudsföreläggningen är dessutom undertecknad av behörig företrädare hos Menigo. Att Menigo efter direkt fråga har tillåtit ändra i anbudet efter det att anbudstiden löpt ut är ytterligare en grund för att bifalla bolagets talan. – Som framgår av upphandlingsföreskrifterna finns det tre sätt att lämna anbud: Huvudgrossist, Huvudkomponenter eller Huvudgrossist och Huvudkomponenter. I upphandlingsföreskrifterna anges att reservationer, alternativa eller så kallade sidoanbud inte accepteras. Lämna man anbud, som Menigo gjort, avseende Huvudgrossist och Huvudkomponenter ska samtliga obligatoriska krav för båda grupperna vara uppfyllda. – Bolaget gör dessutom gällande att Menigo inte heller har följt obligatoriska krav när Menigo har avgivit sitt anbud hänförligt till anbudsområdet Huvudgrossist. En av de varubenämningar som ingår i anbudsutvärderingen är ”Rabatt Övrigt Sortiment”. Menigo har inte uppfyllt det ställda kravet att svara med sitt ordinarie pris, utan har i många fall valt att ange det pris som de lämnat i upphandlingen, vilket är ett helt annat och lägre pris. Den pris-skillnad som är till Menigos fördel är så stor att de priser som Menigo lämnat innan avdrag för rabattsatsen inte kan vara deras ordinarie priser. Genom att inte ange sitt ordinarie pris har Menigo inte uppfyllt de obligatoriska kraven. Deras anbud ska därför förkastas även av det skälet.

Kommunerna och landstinget har i yttrande anfört bl.a. följande. Påståendena om att det finns tre sätt att lämna anbud avvisas. På vilket sätt anbud får lämnas regleras inte. Däremot framgår det att anbud kan märkas på tre sätt. Menigos anbud är korrekt märkt i förhållande dels till upphandlingsföreskrifterna och dels till anbudsområdet de lämnat anbud på. – Påståendena om att Menigo har tillåtit ändra i anbudet efter att anbudstiden löpt ut tillbakavisas. Menigo har varken lagt till, tagit bort, ändrat eller justerat sitt anbud på något sätt. – Påståendet att Menigo inte har redovisat

deras ordinarie priser tillbakavisas. Bolaget synes tro att 13 av 48 stycken varor i ”Rabatt Övrigt Sortiment” är identiska med 13 varor som efterfrågas i upphandlingen. (Med upphandlingen avses här de varor anbudsgivarna offererat nettopris på, bland annat i varugrupperna djupfrys, färskt kött, korv och kaffe etc.) Denna utgångspunkt är felaktig. De 13 varorna i ”Rabatt Övrigt Sortiment” skiljer sig i ett eller flera avseenden jämfört med dem som efterfrågas i upphandlingen. Skillnader mellan varorna föreligger bland annat gällande vikt, procenthalter fett, procenthalter köttråvara och förpackningsstorlekar. Det är uppenbart att det inte är fråga om identiska varor.

Lagtext

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.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Punkt 6 i anbudsformuläret lyder som följer.

6.0 ANBUDSUTVÄRDERING

6.1 HUVUDGROSSIST

Det anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav och har lägst utvärderingspris kommer att antas. Anbudet ska, omfatta minst 90,0%, av efterfrågade varor.

Ifyllt anbudsprisformulär bifogas anbudet. Ja

6.2 HUVUDKOMPONENTER

Det anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav och har lägst utvärderingspris på respektive position kommer antas. Anbudet ska, omfatta 100,0% av efterfrågade varor.

Ifyllt anbudsprisformulär bifogas anbudet. Ja

Av upphandlingsföreskrifterna framgår bl.a. följande.

2.2 Förutsättningar för att lämna anbud

Upphandlingen består av 2 delar. Dessa delar beskrivs nedan.

2.2.1 Huvudgrossist

Avser leveranser från en huvudgrossist till samtliga enheter.

2.2.2 Huvudkomponenter

Avser leveranser av huvudkomponenter till samtliga enheter.

5.2 Anbudshandlingar som ska lämnas.

Anbudsgivaren ska inlämna bifogat anbudsformulär, undertecknat av behörig företrädare hos anbudsgivaren, samt i övrigt de handlingar och uppgifter som efterfrågas i anbudsformuläret.

5.6 Reservationer

Anbudet ska utformas helt enligt förfrågningsunderlaget. Reservationer, alternativ eller så kallade sidoanbud **accepteras inte.**

8.1 Märkning av anbud

Anbud avseende huvudgrossist ska märkas, UH-10-124 HUVUDGROSSIST.

Anbud avseende huvudkomponenter ska märkas, UH-10-124
HUVUDKOMponenter.

Anbud avseende huvudgrossist och huvudkomponenter ska märkas, UH-10-124-
HUVUDGROSSIST OCH HUVUDKOMponenter.

9.1 Kvalificeringsfas.

Inkomna anbudsgivare kommer först att genomgå en kvalificeringsfas, vilket innebär kontroll av att samtliga efterfrågade handlingar bifogats anbudet, och kontroll att anbudsgivaren uppfyller de kvalificeringskrav som uppställts i handlingarna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Anbudsområde Huvudkomponenter

Kommunerna och landstinget har medgett att upphandlingen avseende anbudsområde Huvudkomponenter bör göras om då upphandlingsföreskrifterna är vilseledande vad gäller förutsättningarna för anbudsgivning på anbudsområde Huvudkomponenter. Då förutsättningarna för anbudsgivning varit oklara har kommunerna och landstinget åsidosatt principen om transparens. Bolaget har på grund av de vilseledande upphandlingsföre-

skrifterna avstått från att lämna anbud och bolaget får därmed anses ha lidit skada.

Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 5 § LOU föreligger därför. Förvaltningsrätten har enligt detta lagrum att, oavsett hur yrkandena utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Med hänsyn till att konstaterade brister är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen gällande anbudsområde Huvudkomponenter göras om.

Anbudsområde Huvudgrossist

Bolaget anför att Menigos anbud avseende anbudsområde Huvudgrossist ska förkastas då Menigo inte har lämnat ett ifyllt anbudsprisformulär för anbudsområdet Huvudkomponenter, trots att de har kryssat i rutan för ”Ja” under rubriken Huvudkomponenter. Kommunerna och landstinget har delat upp upphandlingen i två separata anbudsområden, som även utvärderas separat. Förvaltningsrätten finner därför att den omständigheten att anbudsformulär för anbudsområdet Huvudkomponenter saknas inte medför att Menigos anbud avseende anbudsområde Huvudgrossist bör förkastas.

Bolaget anför även att Menigos anbud inte uppfyller samtliga skall-krav då Menigo inte har offererat sina ordinarie priser gällande varubenämningen ”Rabatt Övrigt Sortiment”. Kommunerna och landstinget bestrider att så skulle vara fallet och uppger att de aktuella varorna i ”Rabatt Övrigt Sortiment” skiljer sig jämfört med dem som efterfrågas i upphandlingen, bland annat i fråga om vikt och procenthalter. Vad bolaget anfört kan inte anses visa att Menigo inte har offererat sina ordinarie priser.

Skäl för åtgärd enligt 16 kap. 5 § LOU föreligger därmed inte avseende anbudsområde Huvudgrossist. Ansökan ska därmed avslås i denna del.

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


Helena Sohl

Föredragande har varit Lina Johansson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 uppgive 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 3109/1D LOU