



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2018-06-11
Meddelad i Växjö

Mål nr
1696-18

SÖKANDE

Lunnatorp Blekinge AB, 556700-3925
Uranvägen
371 49 Karlskrona

MOTPART

Karlskrona kommun
371 83 Karlskrona

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Lunnatorp Blekinge AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2018 -06- 1 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 180915

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Karlskrona kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende färsk frukt, grönsaker och potatis (KS 2018/237 2.6.1) som skulle resultera i ett ramavtal för successiva avrop under avtalstiden. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt LOU. Vid anbudstidens utgång hade fem anbud inkommit. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Genom tilldelningsbeslut antogs Grönsakshandlarna Karlskrona AB som leverantör.

Lunnatorp Blekinge AB (Lunnatorp) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar, som det får förstås, att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att överprövningen ska avslås.

Vad parterna anför

Lunnatorp anför bl.a. följande. I avsnitt 2 - Kvalificeringskrav, punkt 2.1 Teknisk förmåga och kapacitet - har kravet ändrats under upphandlingstiden. Lunnatorp ställer sig frågande till varför kravet ändrades, och menar att det bör ha utlysts en ny upphandling om krav av denna dimension, som kan komma att påverka utfallet, ändras. Det står också i LOU att upphandlande myndighet ska pröva leverantörens förmåga att klara uppdraget. Efter att ändring gjorts i det aktuella kravet anser Lunnatorp att en tillräcklig prövning inte är genomförd. Kravet om att referenser skulle intyga att leverantören skulle klara ett uppdrag av liknande art och storlek har tagits bort och ersatts med att referenser enbart behöver intyga att man klarar uppdraget. Lunnatorp ställer sig kritiska till om leverantörer har angett referenser som är av samma dignitet som det aktuella uppdraget. Tanken med kravet är ju att man ska få fram leverantörer som är kapabla att klara uppdraget. En sådan prövning upphandlande myndighet har gjort av Teknisk förmåga och

kapacitet är inte fullgod för att kunna styrka att leverantörer kommer att klara uppdraget. I Karlskrona kommun finns ca 80 st. tillagnings- och mot-tagningskök. Då bör man också ta in referenser som kan styrka att uppdrag av samma dignitet har utförts av anbudsgivaren.

Vidare är vinnande anbud onormalt lågt. Rabattsatsen som lämnats är onormalt hög och Lunnatorp ifrågasätter om upphandlande myndighet har ifrågasatt detta, vilket är obligatoriskt att göra om anbudet verkar onormalt lågt. I LOU står att om förklaring inte erhålls eller om den inte är tillfredsställande så ska anbudet förkastas. Om detta inte är genomfört bör aktuell upphandling förklaras ogiltig och därmed göras om.

Kommunen anför bl.a. följande. Under annonseringstiden har ett publikt informationsmeddelande annonserats och tolv stycken publika frågor har ställts, vilka har besvarats inom angiven tid. I publik fråga nr 7 har Lunnatorp begärt att upphandlande myndighet ska ta bort kravet som ställts gällande anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet då detta krav ansågs kraftigt konkurrensbegränsande. Upphandlande myndighet har i svar, publicerat 2018-02-20 till stor del tillmötesgått Lunnatorp och ändrat kravet. Upphandlande myndighet bedömer att förändringen har underlättat för anbudsgivarna och att inga nya krav har påförts varför upphandlande myndighet inte valt att återta underlaget. Upphandlande myndighet har vid kontroll av vinnande anbud funnit att anbudsgivaren bedömts kunna genomföra uppdraget.

Sammanställning av inkomna anbud visar att de offererade rabattsatserna är:

Centrumgrossisten i Kristianstad AB	22 %
Grönsakshallen Sorunda AB	34 %
Lunnatorp Blekinge AB	39,2 %
Svensk Cater AB	41,8 %
Grönsakshandlarna i Karlskrona AB	44,7 %

Upphandlande myndighet anser inte att vinnande anbud är onormalt lågt och har därför inte heller ifrågasatt det eller bett om något förtydligande gällande offererad rabattsats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Enligt 16 kap. 7 § LOU ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden, om ett anbud förefaller vara onormalt lågt. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på. Domstolens prövning är begränsad till de omständigheter som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det är således Lunnatorp som har att visa att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att Lunnatorp har lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta.

I LOU saknas detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat samt bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag. En sådan åtgärd får därför bedömas enligt de allmänna principerna som LOU bygger på och som kommer till uttryck i 4 kap. 1-3 §§ LOU. En upphandlande myndighet är inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att, innan anbudet ges in, klargöra eventuella brister och otydligheter i ett förfrågningsunderlag. En förutsättning är dock att det inte är fråga om förändringar som är väsentliga i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Bedömningen av vad som utgör en väsentlig förändring får göras från fall till fall.

Av upphandlingsdokumentets avsnitt 2 Kvalificeringskrav, punkten 2.1 Teknisk förmåga och kapacitet framgår bl.a. följande.

”Anbudsgivaren skall ha teknisk förmåga och kapacitet som motsvarar uppdraget. Med teknisk förmåga och kapacitet menas att anbudsgivarens tidigare erfarenhet från liknande uppdrag av motsvarande omfattning visar att denne kan genomföra uppdraget.

Anbudsgivaren skall genom två referensuppdrag styrka att ovanstående krav är uppfyllt. Uppdragen skall vara av liknande art och storlek och innehålla uppgifter om kontaktperson (namn, e-postadress samt telefonnummer).

Nybildade företag kan styrka att kravet på teknisk förmåga och kapacitet är uppfyllt genom att ange motsvarande referensuppdrag för person/er med ledande befattning/ar inom företaget.

Ansvarig upphandlare kommer att kontakta referenterna via mejl.

Uteblivet referenssvar efter förfrågan från den upphandlande myndigheten inom tio (10) arbetsdagar medför att anbudet förkastas.

Referenspersonerna besvarar de två första frågorna med ja/nej samt kompletterar de tre efterföljande meningarna med en bedömning på en fyragradig skala som löper från ett (1) till fyra (4).

Ett (1) ej godkänt; två (2) godkänt; tre (3) bra; fyra (4) mycket bra.

För att anbudsgivaren skall kvalificera sig till vidare utvärdering krävs att anbudsgivaren inte får ett nej på frågorna 1 och 2 samt för

frågorna 3-5 får totalt minst 6 poäng och att ingen fråga besvaras med en etta (1).”

Därefter följer de fem frågor referenten ska besvara.

Av utredningen framgår att Lunnatorp ställt en publik fråga i ”Frågor och svar” som lyder enligt följande. ”I del 2, punkt 2.1 Teknisk förmåga och Kapacitet. Helheten på kravet är kraftigt konkurrensbegränsande, och kravet bör tas bort. Kravets utformning medför att Karlskrona kommun kommer gå miste om flertalet anbud, och är i avseendet kraftigt konkurrensbegränsande.”

Karlskrona kommun har den 20 februari 2018 genom publikt svar anfört att den ifrågasatta punkten utgår och ersätts med nedanstående text.

”Anbudsgivaren skall ha teknisk förmåga och kapacitet att åta sig uppdraget. Med teknisk förmåga och kapacitet menas anbudsgivarens tidigare erfarenhet.

Anbudsgivaren skall genom två referensuppdrag styrka att ovanstående krav är uppfyllt.

Nybildade företag kan styrka att kravet på teknisk förmåga och kapacitet är uppfyllt genom att ange motsvarande referensuppdrag för person/er med ledande befattning/ar inom företaget.

Om anbudsgivaren tidigare utfört uppdrag åt Karlskrona kommun bör detta uppdrag utgöra ett av de angivna referensuppdragen.”

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen förändrat kraven vad gäller teknisk förmåga och kapacitet. Enligt förvaltningsrättens bedömning innebär dock inte förändringen en sådan väsentlig förändring av det ursprungliga upphandlingsdokumentet som skulle ha föranlett kommunen att avbryta upphandlingen och göra om den. Förändringen har skett den 20 februari 2018. Sista anbudsdag har varit den 4 april 2018. Förändringen har således skett i ett tidigt skede. Förvaltningsrätten konstaterar också att förändringen

har skett efter det att Lunnatorp haft synpunkter på det aktuella kravet samt att den nya formuleringen får anses innebära en lättnad i förhållande till det ursprungliga kravet.

Lunnatorp har vidare anfört att vinnande anbud är onormalt lågt då rabattsatsen som lämnats är onormalt hög. Förvaltningsrätten konstaterar att Lunnatorp lämnat en rabattsats om 39,2 %, Svensk Cater AB lämnat rabattsats om 41,8 % och det vinnande anbudet Grönsakshandlarna i Karlskrona AB lämnat en rabattsats om 44,7 %.

Av förarbeten till bestämmelsen i 16 kap. 7 § LOU framgår att det är den upphandlande myndigheten som utifrån omständigheterna i det enskilda fallet ska avgöra vad som förefaller vara ett onormalt lågt anbud. Bestämmelsen syftar till att säkerställa att leverantörer får möjlighet att lämna en förklaring till ett lågt anbud, innan det kan bli aktuellt för myndigheten att förkasta anbudet. Det är först sedan den upphandlande myndigheten preliminärt har bedömt att ett anbud förefaller onormalt lågt som myndigheten är skyldig att kräva in en förklaring från anbudsgivaren innan anbudet förkastas (prop. 2015/16:195 s. 1114). Kommunen har i målet anfört att de inte ansett vinnande leverantörs anbud vara onormalt lågt. Enligt förvaltningsrättens mening är det i målet inte visat att kommunen har agerat felaktig genom att inte bedöma anbudet som onormalt lågt. Då det endast är om ett anbud förefaller onormalt lågt som kravet på en utredning av det låga priset träder in har det inte funnits en skyldighet för kommunen att avkräva vinnande leverantör en förklaring i aktuellt mål.

Förvaltningsrättens samlade bedömning är att Lunnatorp inte har visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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

Per Hansson
rådman

Föredragande: Susanne Rehnström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.