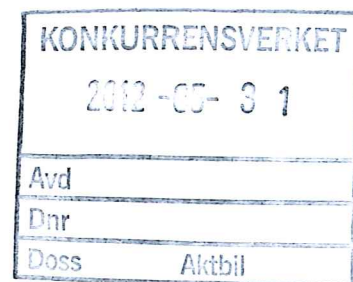




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Nyström

DOM
 2012 -05- 2 8
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 2548-12 E
 2616-12 E
 2618--2620-12 E



SÖKANDE

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

MOTPARTER

- | | |
|--------------------|------------------|
| 1. Lunds kommun | Mål nr 2548-12 E |
| 2. Eslövs kommun | Mål nr 2616-12 E |
| 3. Svalövs kommun | Mål nr 2618-12 E |
| 4. Kävlinge kommun | Mål nr 2619-12 E |
| 5. Östervångskolan | Mål nr 2620-12 E |

PART

RCD Food Service Aktiebolag
 Järngatan 35
 234 35 Lund

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Lunds, Eslövs, Kävlinge och Svalövs kommuners samt Östervångskolans upphandlingar av livsmedel (KS 2011/0670) får inte avslutas förrän rättelse gjorts genom ny utvärdering avseende anbudsgrupp 2, varvid RCD:s anbud inte får beaktas.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Lunds, Eslövs, Kävlinge och Svalövs kommuner samt Östervångskolan (kommunerna) genomför med öppet förfarande samordnade upphandlingar enligt LOU avseende livsmedel, KS 2011/0670. Genom tilldelningsbeslut den 27 februari 2012 antogs RCD Food Service AB (RCD) som leverantör inom avtalsområde/anbudsgrupp 2; potatis och färska ekologiska ägg.

Halmstad Frukt & Grönt AB (Frukt & Grönt), som endast lämnat anbud inom anbudsgrupp 2, ansöker om överprövning av kommunernas upphandlingar och yrkar att utvärderingen av anbuderna ska göras om utan att RCD:s anbud beaktas, alternativt att upphandlingarna ska göras om.

Kommunerna motsätter sig bifall till ansökan.

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. 4 och 6 §§ 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.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Relevanta delar av förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget under punkten 3.1.3, *Teknisk förmåga och kapacitet*, anges att anbudsgivare ska ha erfarenhet av liknande uppdrag och redovisa två referenskunder till vilka leveranser sker motsvarande det som efterfrågas i detta förfrågningsunderlag.

Omständigheter åberopade av Frukt & Grönt

Utvärderingen har inte gjorts på ett korrekt vis då RCD:s anbud inte uppfyller alla skall-krav och inte ska ingå i utvärderingen av anbudet.

I anbudet från RCD finns det endast en referens angiven och därmed uppfylls inte kravet på att redovisa två referenskunder. Enligt förfrågningsunderlaget, punkten 2.6, ska kommunerna om anbudsgivare avstår från att svara på något krav tolka detta som att kravet inte kan uppfyllas eller accepteras. RCD har i sitt anbud endast angivit en referens och då avstått från att svara på kravet.

I mejlkonversation från den 8 och 9 februari 2012 uppmanas RCD att komplettera sina referenser då de, enligt kommunerna, angivit två referenser men inte på det vis som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Enligt kommunerna har således RCD ursprungligen lämnat två referenser och kommunerna därefter endast begärt komplettering. Enligt bolaget har

kommunerna genom att efterfråga ytterligare uppgifter via mejl till RCD, särbehandlat RCD och frångått de av kommunen bestämda förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Tidigare fakta har ersatts med nya. De datum som kommunen menar hänvisar till en referens är inte samma datum som sedan står i det förtydligande som kommunen begärt från RCD.

På grund av felaktig utvärdering har Frukt & Grönt gått miste om ett anbud som skulle tilldelats bolaget och därmed lidit skada.

Kommunernas inställning till åberopade omständigheter

Kommunerna har utgått från uppgifterna som har lämnats i anbudet och som sammanställts i utvärderingsrapporten daterad den 9 november 2011. RCD har i sitt anbud hänvisat till "1. nuvarande avtal 2009-06-15 till 2013-06-14 och 2. Camilla Ljungman, Malmö stad". Kommunerna har ett nuvarande avtal med RCD. Eftersom den första hänvisningen ansågs otidlig har RCD fått tillfälle att förtydliga sitt anbud genom e-postmeddelande skickat den 8 februari 2012.

Kommunernas uppfattning är att två referenser har lämnats in och att man önskade en komplettering av redan inlämnade uppgifter utifrån frågorna som ställts i förfrågningsunderlaget. RCD har i e-post redovisat två referenskunder, Lunds kommun och Malmö stad. Båda referenserna är godtagbara och uppfyller kraven som ställts i förfrågningsunderlaget. Varken preciseringar eller kompletteringar har till följd av tidigare fakta ersatts med nya. Frukt & Grönt har inte visat på vilket sätt bolaget lidit eller kan komma att lida skada på grund av kompletteringen.

Frukt & Grönt har lämnat referenser som inte uppfyller volymen på uppdragets omfattning. Med beaktande av att Frukt & Grönt lämnat anbud för endast fyra av sex kommuner har kommunerna gjort en vittgående bedöm-

ning och låtit Frukt & Grönt gå vidare till utvärderingen. Med hänsyn till likabehandlingsprincipen torde i så fall båda anbuden bli diskvalificerade om rätten finner att RCD:s förtydligande inte kan godtas.

Yttrande från RCD

Med påståendet *nuvarande avtal* i anbudet menar bolaget dess nuvarande avtal med kommunerna med avtalslängd den 1 december 2010 till den 30 mars 2013. Bolagets tanke var att upphandlaren (Lunds kommun), som också är den de har avtal med, redan besitter all information vad gäller avtalslängd, kontaktperson, omsättning och dylikt. På grund av detta tyckte bolaget att det inte var nödvändigt att specificera dessa i svaret på punkten 3.1.3. Det felaktiga datumet i samma fält, den 15 juni 2009 till den 14 juni 2013, gäller för deras avtal med Malmö stad och inte för nuvarande avtal med Lunds kommun, där de utelämnat själva datumet för avtalslängden. Alltså hänvisar deras svar på denna punkt till två olika avtal. Bolaget har redovisat två referenser men kunde ha varit mer tydliga i sitt svar under punkten 3.1.3 i förfrågningsunderlaget. Det var därför nödvändigt för Lunds kommun att begära komplettering eller förtydligande av deras uppgifter.

Förvaltningsrättens bedömning

Huvudprincipen vid prövning enligt LOU är att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig ska ange på vilka omständigheter den grundar sin talan samt att domstolens prövning är begränsad till de grunder och omständigheter som parten har åberopat.

Det ankommer inte på förvaltningsrätten att i detta mål – där talan väckts av Frukt & Grönt – pröva om Frukt & Grönts anbud rätteligen skulle ha förkastats av den upphandlande myndigheten. Någon prövning av om

Frukt & Grönt uppfyller kvalifikationskraven kan alltså inte göras inom ramen för detta mål.

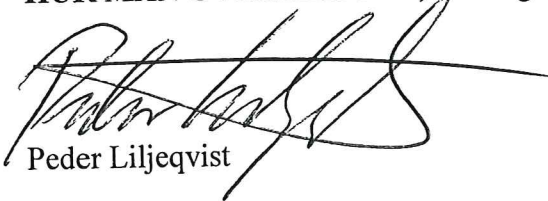
Av utredningen framgår att kommunerna har tolkat RCD:s anbud som att bolaget har lämnat två referenser, Malmö stad och Lunds kommun. Av handlingarna i målet kan förvaltningsrätten emellertid utläsa att RCD i sitt ursprungliga anbud har angett endast "Malmö stad" som referenskund samt därutöver angett ytterligare två referensuppgifter; ett datum som så vitt framgår avser bolagets nuvarande avtal med Malmö stad samt en hänvisning till en kontaktperson för Malmö stad. Ingen av de i anbudet lämnade uppgifterna om referenser avser Lunds kommun eller bolagets nuvarande avtal med Lunds kommun.

Den komplettering som kommunerna tillåtit har enligt förvaltningsrätten inneburit att nya sakuppgifter tillförts anbudet på ett sådant sätt att det därigenom kommit att uppfylla kommunernas krav på två referenser, vilket innebär att agerandet inte kan anses ha skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Att RCD nu uppger att bolaget angett fel datum och egentligen avsett att hänvisa till nuvarande avtal med Lunds kommun, påverkar inte det förhållandet att Lunds kommun de facto inte i något avseende angavs som referensuppgift i det ursprungliga anbudet. Det saknar i det sammanhanget betydelse att Lunds kommun kände till det nuvarande avtalet med RCD. Genom att låta RCD komplettera sitt anbud med uppgifter om Lunds kommun, anser rätten att kommunerna har brutit mot principen om likabehandling och mot reglerna i LOU.

Då endast två anbud – RCD och Frukt & Grönt – har lämnats på avtalsområdet potatis och färska ekologiska ägg (anbudsgrupp 2), har Frukt & Grönt i LOU:s mening lidit skada eftersom de kan ha gått miste om tilldelning av kontrakt på grund av att kommunerna felaktigt utvärderat RCD:s anbud. Det finns därför grund för ingripande enligt LOU. Kompletteringen som

kommunerna begärde är inte i sig hänförlig till brister i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner därför att ingripandet bör utformas så att upphandlingen inte ska få avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny utvärdering i anbudsgrupp 2, varvid RCD:s anbud inte ska utvärderas.

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



Peder Liljeqvist



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 var till 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 3109/1B LOU