



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2019-03-14
Meddelad i
Göteborg

Sida 1 (6)

Mål nr
12598-18

SÖKANDE

Charkett Aktiebolag, 556722-9017

Ombud:

Advokaten Ellinor Nilsson Löfving

MOTPART

Halmstads kommun

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019-03-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 599121

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Halmstad kommun (kommunen) genomför en förnyad konkurrensutsättning avseende *Färskt kött och charkprodukter (del 1 charkuterivaror)*, dnr KS 2015/0216.

Av tilldelningsbeslut av den 18 oktober 2018 framgår att annan leverantör än Charkett Aktiebolag (bolaget) har tilldelats kontraktet.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att den förnyade konkurrensutsättningen ska rättas på sådant sätt att bolaget tilldelas kontraktet för perioden den 12 december 2018–30 september 2019, i andra hand att den ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Det vinnande anbudet från Martin & Servera AB (Martin & Servera) uppfyller inte samtliga skall-krav avseende djurskydd som ställts upp i förfrågningsunderlaget och borde därför ha förkastats. Genom att inte förkasta anbudet har kommunen handlat i strid med LOU. Till följd därav har bolaget lidit skada då bolaget hade tilldelats kontraktet om kommunen hade förfarit i enlighet med LOU. – I tilldelningsbeslutet anges bl.a. att ”Det anbud som uppfyller alla skall-krav och har lägst pris antas”. Av det bakomliggande förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att ”Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal krav som måste uppfyllas, s.k. obligatoriska krav (skall-krav). Uppfylls inte dessa både avseende anbudsgivare och anbud kan anbudet inte prövas”. I tilldelningsbeslutet konstaterar kommunen att tre av de produkter som Martin & Servera offererar inte uppfyller alla obligatoriska krav. I stället för att förkasta anbudet väljer kommunen att utvärdera anbudet och påföra de tre positionerna belastningspris med hänvisning till vad som anges i punkten 3.1.4 i förfrågningsunderlaget. Belastningspriser är mycket vanligt förekommande i livsmedelsbranschen. I praxis har angetts att

belastningspriset måste var förutsebart och att det ansetts tillåtet att belasta den anbudsgivare som inte lämnat ett pris på en position med ett i förväg angivet pris. Det är dock tveksamt om en upphandlande myndighet kan ska anses kunna påföra ett belastningspris på en position där anbudsgivare offererat en vara, av uppsåt eller vårdslöshet, som inte uppfyller samtliga skall-krav och sedan utvärdera anbudet utan att den ska anses ha brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Detta särskilt då den upphandlande myndigheten, som i detta fall, i förfrågningsunderlaget anger att ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav förkastas. Av praxis följer också att en anbudsgivare har att utgå från att ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav som den upphandlande myndigheten ställt i förfrågningsunderlaget kommer att förkastas vid anbudsutvärderingen. Detta då det annars skulle löna sig att offerera produkter som inte uppfyller samtliga skall-krav. Genom att godta anbud med produkter som inte uppfyller samtliga skall-krav avseende djurskydd har kommunen förfarit i strid med principerna om likabehandling och transparens. Bolaget har därigenom lidit skada och hade vid ett korrekt förfarande tilldelats kontraktet i den förnyade konkurrensutsättningen. – För det fall förvaltningsrätten gör en annan bedömning än bolaget bör den förnyade konkurrensutsättningen göras om då förfrågningsunderlaget brister i transparens. Om bolaget vetat om att man kunnat offerera produkter som inte uppfyllde samtliga skall-krav och endast riskera att belastningspris påförts respektive produkt om taktiken avslöjats kan man inte utesluta att bolaget hade offererat andra billigare produkter som kanske inte uppfyllde samtliga skall-krav på positionerna som utvärderades. Vid sådana förhållanden kan man inte utesluta att bolagets anbud utvärderats som vinnande anbud varför bolaget även på denna grund ska anses ha kunnat lida skada till följd av att förfrågningsunderlaget inte var förutsebart.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Det vitsordas att de tre aktuella prispositionerna inte har uppfyllt samtliga de

krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Kommunen har därför, helt i enlighet med förfrågningsunderlaget, påfört respektive position en alternativkostnad (belastningspris). Förfrågningsunderlaget har varit fullt ut transparent och förutsägbart och har tydligt angett hur belastningspriserna skulle komma att användas vid utvärderingen. Förutsättningarna har varit likadana för var och en av anbudsgivarna och dessa har dessutom behandlats på samma sätt. Kommunen har förfarit korrekt och i enlighet med de upphandlingsrättsliga principerna när man påfört belastningspriser avseende de tre positionerna när de offererade positionerna inte bedömts uppfylla samtliga obligatoriska krav. Påståendet att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen bestrids. Inte heller har kommunen i något annat avseende brutit handlat i strid med LOU.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. Ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav ska förkastas (jfr HFD 2016 ref 37 I och II).

Upphandlande myndigheter ska 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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen genomför en förnyad konkurrensutsättning av charkuterivaror. I det bakomliggande förfrågningsunderlaget ställs krav på djurskydd och anges också att en förutsättning för att ett anbud ska prövas är att samtliga skall-krav är uppfyllda. I punkten 3.1.4 Alternativkostnad i förfrågningsunderlaget görs emellertid följande avsteg från denna huvudregel:

I produktspecifikationen finns en kolumn benämnd "alternativkostnad". Det är den kostnad som vi beräknar att kommunen får för att inköpa varan av annan leverantör. Alternativkostnad läggs in vid utvärderingen på aktuell position om

- varan inte har offererats eller*
- offererad vara inte uppfyller ställda krav*

Alternativkostnaden kommer därefter att ingå som ett pris på den aktuella positionen vid utvärderingen. Även om en produkt tas bort för en position, och att den inte uppfyller ställda krav, så kommer positionen att ändå finnas med i den fortsatta utvärderingen. Alternativkostnaden grundar sig på ett referenspris som är uppräknat med 1,3.

Det är ostridigt att Martin & Serveras anbud innefattar tre prispositioner som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget samt att kommunen i anledning därav har påfört respektive position en alternativkostnad (belastningspris).

Det konstateras att kommunens förfarande står helt i överensstämmelse med vad som anges i förfrågningsunderlaget om påförande av belastningspris. I

praxis har belastningspriser också godtagits som utvärderingsinstrument under förutsättning att förfarandet är förutsebart. Om detta synes parterna också vara ense. Bolaget gör emellertid gällande att anbud som innehåller varor som inte uppfyller alla obligatoriska krav inte kan åsättas något belastningspris och att ett anbud med sådana brister i stället rätteligen ska förkastas. Det noteras att förfrågningsunderlaget i upphandlingen är utformat på ett sådant att det för varje omsorgsfull leverantör måste ha stått helt klart hur belastningspriserna skulle komma att tillämpas vid utvärderingen samt att detta förfarande också utgör ett undantag från huvudregeln om att alla obligatoriska krav måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna prövas. Förfrågningsunderlaget kan därför inte anses vara vare sig motstridigt eller oförutsebart. Förutsättningarna har därutöver varit lika för alla anbudsgivare och strider därför inte heller mot likabehandlingsprincipen.

Sammanfattningsvis har bolaget inte framfört omständigheter som visar att kommunen har förfarit i strid med förfrågningsunderlaget, någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag när de har utvärderat Martin & Serveras anbud. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Magnus Nylander
Rådman

Föredragande i målet har varit rättslige experten Michaël Koch.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.