



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2015-01-05
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
3145-14, 3270-14, 3271-14,
3272-14, 3273-14, 3274-14,
3275-14, 3276-14 E

SÖKANDE

ApoEx AB, 556633-4149
Box 6079
102 32 Stockholm

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen och jur.kand. Ingrid Sandstedt
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Västernorrland (ombud för 2-8)
871 85 Härnösand

2. Härnösands kommun
871 80 Härnösand

3. Kramfors kommun
872 80 Kramfors

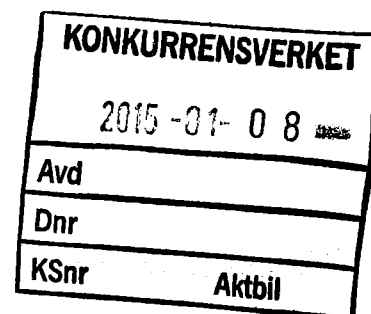
4. Sollefteå kommun
881 80 Sollefteå

5. Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

6. Timrå kommun
861 82 Timrå

7. Ånge kommun
841 81 Ånge

8. Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 83250

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

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

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Landstinget Västernorrland upphandlar tillsammans med länets sju kommuner (härefter endast benämnt landstinget) ramavtal för nutritionsprodukter med tillhörande distributionstjänst (dnr 14LS2821). Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av utvärderingsrapporten framgår att tre leverantörer lämnat anbud och att ApoEx AB:s anbud uteslutits då anbudet inte bedömts uppfylla kravet som ställs på leverantören att ge in en aktuell riskprognos enligt punkt 2.7 i dokumentet T2 ska-kravsformulär i upphandlingen. Anbudet utvärderades därför inte. Av tilldelningsbeslut framgår att landstinget valt att anta en annan leverantör än ApoEx AB

YRKANDEN M.M.

ApoEx AB ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från ApoEx antas och det vinnande anbudet förkastas. Till stöd för sin talan anför ApoEx i huvudsak följande.

Begreppet riskprognos avser inte något specifikt dokument utan är en uppgift om sannolikheten för att ett företag ska hamna på obestånd. Såsom ska-kravet formulerats innebär det således inte att anbudsgivarna ska ge in något särskilt dokument utan vad som enligt kravet ska lämnas är en uppgift om sannolikheten att företaget hamnar på obestånd, med koppling till riskklass 3 eller motsvarande på en femgradig skala. ApoEx har i enlighet med kravet angett att företaget uppfyller kravet enligt A). Vidare har ApoEx angett i bilaga 3 till sitt anbud, under punkten 3.3.5 *Finansiell ställning* att bolaget är AAA-ratat samt har högsta kreditvärdighet hos Bisnode. ApoEx har således gett in en uppgift om sannolikheten för att bolaget hamnar på obestånd. Landstinget blandar ihop begreppen "riskprognos" och "riskintyg". Det landstinget begärt att få in i upphandlingen är en riskprognos och inte något annat.

ApoEx bestrider vidare påståendet att anbudet inte skulle uppfylla ska-kraven för samtliga positioner. För position 72 är inte ApoEx ensam bland anbudsgivarna om att ha offererat en produkt med socker. Alla produkter som innehåller socker, både naturligt och tillsatt, ska bedömas lika. För det fall ApoEx anbud skulle förkastas på denna grund ska samtliga övriga anbudsgivares anbud också förkastas. Vad gäller innehållet av laktos i position 72 kan konstateras att det inte anges i kravet att någon viss procent av innehållet ska utgöras av laktos.

Det vinnande anbudet borde ha uteslutits då det på position 76 inte uppfyller kravet på att produkten ska vara drickfärdig. En komplettering får endast innebära att tidigare uppgifter konkretiseras. Det vinnande anbudet har i förtydligandet tillåtits att byta ut både artikelnumret och övrig information om produkten. Kompletteringen har således inte förtydligat något uppenbart skrivfel och har därför varit otillåten. I det vinnande anbudet offereras vidare två positioner (94 och 99) som inte är L-märkta, vilket är ett krav enligt punkt 313 i T3 Kravspecifikation. Den relevanta tidpunkten för bedömning av anbudsgivare och anbud infaller vid anbudstidens utgång, om inte något annat uttryckligen framgår av förfrågningsunderlaget. För position 94 och 99 har det inte uttryckligen angetts, eller av omständigheterna i övrigt indikerats, att ska-kraven kan vara uppfyllda vid ett senare tillfälle.

Eftersom ApoEx, om det inte vore för landstingets överträdelse av LOU, skulle ha placerat sig på första plats i utvärderingen och därmed ha tilldelats kontrakt har ApoEx lidit skada eller riskerar i vart fall att lida skada. Anbudsprövningen har därför inneburit ett åsidosättande av principerna om transparens och likabehandling.

Landstinget yrkar att förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande.

Landstinget medger att ordet "riskprognos" bara utgör en del av det dokument – en bedömning av risken för att ett företag hamnar på obestånd – som åsyftas i kravet. Av ska-kravet framgår dock tydligt att en handling utfärdad av UC eller motsvarande kreditupplysningsinstitut ska ges in. Genast under rubriken "Leverantörens ekonomiska ställning" anges att "Handlingar hänförliga till denna punkt ska bifogas anbudet redan vid inlämnandet". Således räcker det inte att, så som ApoEx gjort i sitt anbud, referera till en uppgift i en handling. Detta måste ha stått klart för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare. Enligt landstingets uppfattning har ApoEx inte styrkt sin ekonomiska ställning på annat sätt än med sina egna ord. Eftersom kravet är tydligt och otvetydigt formulerat bör landstingets uppfattning om kravets innebörd ha företräde framför ApoExs. Vidare är ApoEx tolkning av ordet "riskprognos" alltför långsökt. Krav på bedömning av anbudsgivares betalningsförmåga är allmänt förekommande i upphandlingar, även med den formulering som använts av landstinget. Man måste se till hur kravet är formulerat, i vilket sammanhang det förekommer och vad det syftar till att bedöma. Det kan då inte råda någon oklarhet om vad som åsyftas.

ApoEx anbud har, eftersom det förkastats, inte utvärderats. I sammahanget kan dock nämnas att redan vid en översiktlig granskning av ApoEx anbud på positionsnivå så ger det vid handen att anbudet inte uppfyller de obligatoriska kraven på samtliga positioner. Det föreligger avvikelser i kravet på en produkt utan socker och även med innehåll av laktos.

Anbudsgivaren med det vinnande anbudet har förtydligat att det var ett rent skrivfel som föranlett att produkten i position 76 såg ut att vara i pulverform och inte drickfärdig. Det offererade priset är dock räknat utifrån den drickfärdiga produkten och anbudsgivarens artikelnummer har varit korrekt hela tiden. ApoEx påstående om att det vinnande anbudet tillåtit byta ut övrig information avseende offererad produkt stämmer således inte.

Felskrivningen är helt uppenbar sedd i ljuset av att den vinnande anbudsgivaren angett korrekt eget artikelnummer och genom den lämnade förklaringen. Förtydligandet innebär således inte någon förändring av det lämnade anbudet och är därför i enlighet med LOU.

En genrell förutsättning för upphandlingen som följer av upphandlingsföresättningar är att det räcker att leverantören uppfyller de obligatoriska kraven först vid den tidpunkt då leverantörens åtagande träder i kraft, dvs. vid kontraktstarten. Anbudsgivaren med det vinnande anbudet har bekräftat att den kommer att uppfylla kravet på L-märknig med de offererade produkterna på position 94 och 99 vid kontraktstart. Det vore därtill oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse i ett tidigare skede än vid kontraktstarten.

En leverantör vars anbud rätteligen förkastats i kvalificeringsfasen kan aldrig anses lida skada i den mening som avses i LOU eftersom en sådan anbudsgivare inte längre är att betrakta som en presumtiv leverantör. Det saknas därmed grund för att anse att ApoEx lidit skada eller riskerar att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Upphandlande myndighet 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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras

om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

För att en ansökan om överprövning av en upphandling ska bifallas krävs att två kriterier är uppfyllda. Dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller bestämmelserna i LOU, dels att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Det finns således ett krav på orsakssamband mellan överträdelsen och skaderekvisitet.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets kvalificeringskräv inte ska beaktas vid utvärderingen. ApoEx har inledningsvis anfört att bolaget har blivit felaktigt utesluten i kvalificeringsfasen. Den första frågan i målet är därför om det har varit riktigt att utesluta ApoEx från anbudsutvärderingen.

ApoEx har anfört att förfrågningsunderlaget är otydligt eftersom det inte framgår att något specifikt dokument ska inges rörande leverantörens ekonomiska ställning.

Landstinget har anfört att det av förfrågningsunderlaget klart framgår att en handling utfärdad av UC eller motsvarande kreditupplysningsinstitut ska ges in. Detta måste stå klart för alla rimligt informerade anbudsgivare och har också uppfattats på rätt sätt av övriga anbudsgivare.

Av punkt 2.7 i dokumentet T2 ska-kravsformulär i upphandlingen framgår följande.

Leverantören ska ha en stabil ekonomisk ställning.

A) Leverantören ska som stöd för sin ekonomiska ställning ge in en aktuell riskprognos från upplysningscentralen (UC) eller motsvarande kreditupplysningsinstitut, i vilken riskklassen ej får understiga riskklass 3 eller motsvarande på en femgradig skala.

Huvudregeln är att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör ska kunna förutse vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid anbudsutvärderingen. Vidare ska förfrågningsunderlaget vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Dock får även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de inte strider mot de grundläggande principerna i LOU och EU-rätten. I regel gäller också den upphandlande enhetens tolkning av ställda krav så länge förfrågningsunderlaget är tydligt och otvetydigt formulerat (jfr i detta sammanhang RÅ 2002 ref. 50, Mål C-19/00 SIAC Contruction Ltd mot County Council of the County of Mayo och Kammarrätten i Stockholms dom den 11 september 2013 i mål nr 2846-13).

Av ska-kravet i förevarande upphandling framgår att anbudsgivaren ska *ge in* en aktuell riskprognos *i vilken* leverantörens riskklass ska framgå (förvaltningsrättens kursivering). ApoEx har inte lämnat in något dokument som visar detta men har i sitt anbud uppgett att bolaget har högsta kreditvärdighet och är AAA-ratat hos Bisnode. Det är förvaltningsrättens mening att det genom formuleringen i ska-kravet måste ha ansetts varit tydligt för varje anbudsgivare vad som efterfrågas och att det inte kan råda något tvivel angående att ska-kravet åsyftat att ett dokument avseende anbudsgivarens ekonomiska ställning skulle lämnas in. ApoEx kan därför inte anses ha uppfyllt ska-kravet. Det har således varit riktigt att utesluta ApoEx från anbudsutvärderingen och därför finns det inte skäl för att vidare pröva ApoEx yrkanden.

Mot bakgrund härav kan ApoEx inte anses ha lidit eller komma att lida skada. Det saknas därmed grund för att ingripa mot upphandlingen med stöd av LOU och ansökan ska därför avslås.

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



Kerstin Widmark

rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Christine Nilsson.