



KONKURRENSVERKET	
2015-01-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

MOTPART

Eric Winding med firma Upplands Trädgårdsprodukter, 560903-9358

Ombud:

Mikael Fligman
LRF Konsult AB
Box 16391
103 27 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 16 september 2014
i mål nr 3260-14, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Eric Windings ansökan om överprövning.
 2. Kammarrätten avvisar Eric Windings yrkande i fråga om avtalsspärr.
-

YRKANDEN M.M.

Uppsala kommun yrkar att kammarrätten ska avslå Eric Windings ansökan om överprövning såvitt gäller anbudet från Menigo Foodservice AB (Menigo). Till stöd för sin talan anför kommunen i huvudsak följande. De av Menigo offererade varorna uppfyller de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget. Inom klass ett finns det ett visst spann. Härtill kommer att Menigo i sitt anbud använt sig av ordet budget som en marknadsterm i syfte att uppmärksamma dess kunder på en artikel som saluförs till ett fördelaktigare pris jämfört med flera likvärdiga varor.

Eric Winding bestrider bifall till överklagandet, yrkar att avtalsspärren ska gälla fram till dess laga kraftvunnen dom föreligger i upphandlingen och anför i huvudsak följande. Kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen eftersom Menigo har fått förtydliga eller komplettera sitt anbud genom att tala om vad som åsyftas med budget. Detta är att likställa med inlämnande av ett nytt anbud. Det är, som framgår av intyg som inges, inom frukt och grönt-branschen vedertaget att benämningen budget innebär att det är fråga om produkter av klass två. Produkterna är att anse som klass två eftersom de håller sämre kvalitet, inte på grund av vikt eller antal.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad först gäller frågorna om Menigo lagt anbudet på rätt sätt vad gäller rabattsatsen och om Menigo genom Johanneshovs Potatis AB skulle ha erbjudit potatis som inte uppfyllt i förfrågningsunderlaget ställda krav samt om Menigo uppfyllt förfrågningsunderlagets krav på kvalitetssäkring instämmer kammarrätten i förvaltningsrättens bedömningar. Kammarrätten instämmer även i förvaltningsrättens bedömning att den företagsrekonstruktion som Johanneshovs Potatis AB inlett inte utgör grund för att förkasta Menigos anbud.

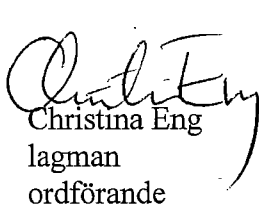
När det sedan gäller frågan om Menigo uppfyllt kravet på att leverera samtliga efterfrågade produkter då Menigo för vissa positioner erbjudit produkter som betecknats utgöra "budget" har Eric Winding enligt kammarrättens mening – mot bakgrund av vad som framkommit i målet om att det finns ett visst spann även inom produkter av klass ett – vare sig genom ingivna intyg eller på annat sätt gjort sannolikt att produkter som Menigo betecknat som "budget" i sitt anbud inte är produkter av klass ett.

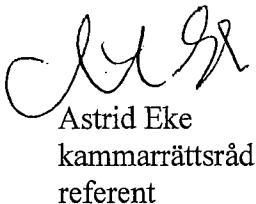
Enligt kammarrättens mening har Eric Winding inte heller gjort sannolikt att Menigo har fått förtydliga sitt anbud på ett sätt som strider mot bestämmelsen i 9 kap. 8 § LOU.

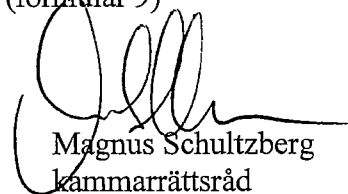
Eric Winding har således inte gjort sannolikt att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU då den antagit anbudet från Menigo. Eric Winding har därmed inte heller visat att han lidit eller riskerat att lida någon skada på grund av kommunens förfarande. Skäl för ingripande enligt LOU saknas. Överklagandet ska därför bifallas på så sätt att förvaltningsrättens dom ska upphävas och Eric Windings ansökan om överprövning avslås.

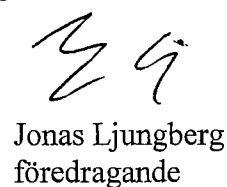
Det saknas laglig möjlighet att förordna om att avtalsspärr ska gälla till dess laga kraftvunnen dom i upphandlingen föreligger. Yrkandet härom ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9)


Christina Eng
lagman
ordförande


Astrid Eke
kammarrättsråd
referent


Magnus Schultzberg
kammarrättsråd


Jonas Ljungberg
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2014-09-16
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
3260-14

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Eric Winding med firma Upplands Trädgårdsprodukter; 560903-9358
Postboda gård
815 95 Månkarbo

MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän en rättelse skett på så sätt att en ny prövning av anbudet genomförts.

Dok.Id 129889

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853 751 48 Uppsala	Kungsgatan 49	018-16 73 00 E-post: forvaltningsrattenuppsala@dom.se	018-16 73 43	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Uppsala kommun (kommunen) har gjort en upphandling benämnd "Livsmedel: frukt & grönsaker", dnr 2014-018. Kommunen har fattat ett tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Menigo Foodservice AB (Menigo).

YRKANDEN M.M.

Upplands Trädgårdsprodukter (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen. Bolaget yrkar i första hand att den rätts så att anbudet från Menigo och Centrala Partihallen AB (CPAB) förkastas och bolaget tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten förordnar om lämplig rättelse såsom att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits alternativt att upphandlingen görs om i dess helhet.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Menigo har inte uppfyllt upphandlingens skall-krav. I anbudsinbjudan, bil. 2. p. 3.3, anges att produkterna som specificerats i sortimentlistan ska uppfylla miljö- och hållbarhetskraven i bilaga där kravspecifikation framgår. Menigo har för positionerna B4, B9, C2 och C8 offererat produkter från Johanneshovs Potatis AB, som saknar certifieringssystem och system för spårbarhet, ursprung samt övriga villkor och krav enligt kravspecifikationen. Företaget har dessutom inlett företagsrekonstruktion och Menigo har därmed offererat produkter från en leverantör som två månader före sista inlämningsdag var på obestånd och inte uppfyller ställda krav i anbudsinbjudan. Menigo har enligt ställda krav på redogörelse och rutiner avseende kvalitetssäkring bifogat sin Kvalitets- och Miljöpolicy, daterad den 4 maj 2010. I handlingen anges krav och villkor för företaget och dess leverantörer. Av ovan nämnda brister framgår att det inte sker någon uppföljning och kontroll att villkoren uppfylls, varvid kravet på kvalitetssäkring inte uppfyllts. Att kvalitetssäkring verkligen är ett obligatoriskt krav framgår

uttryckligen av förfrågningsunderlaget. Detsamma gäller kravet på kvalitetssäkring av potatisen.

I anbudsinbjudan, bil. 2 p. 3.3 andra stycket, står angivet "Pris enligt Årsta-listan och anbudsgivares offererade rabattsats". Samtliga produkter på Årsta-listan avser kvalitet 1. Enligt sortimentlistan från Menigo har budgetprodukter offererats för positionerna A10, A11, G2, G5, G6, G8 och G9, vilka inte har kvalitet 1 och inte uppfyller ställda krav på kvalitetsklass. Med budgetprodukter avses inte, i motsats till hur kommunen uppfattar det, produkter som levereras i stora förpackningar. Det är allmänt accepterat att med "budget" avses produkter som är billigare, av sämre kvalitet och inte motsvarar klass 1. Av Menigos lista framgår klart att budgetprodukter inte avser produkter i större förpackningar. Exempelvis anges på Menigos lista artiklarna Paprika röd 5 kg förp., Paprika röd budget, 5 kg förp. Dessutom är förpackningsstorleken villkorad som skall-krav i anbudsinbjudan. Om avtal skulle komma till stånd grundat på inlämnat anbud har Menigo rätt att leverera budgetprodukter, dvs. sämre varor, till ett pris som gäller klass 1-produkter.

I upphandlingen har kommunen på frågan om hur prissättning ska ske på produkter som inte finns med på Årsta-listan svarat följande: "Generellt för produkter som inte finns med på Årsta-listan gäller prissättning enligt leverantörens ordinarie prislista med avdrag för offererad rabatt". I förfrågningsunderlaget anges att rabatter ska offereras. Menigo har inte offererat någon rabattsats för deras ordinarie prislista utan endast för Årsta-listan. Det framgår inte av Menigos anbud att dess rabatt på Årsta-listan också gäller deras ordinarie prislista. Det går därmed inte att utvärdera anbudet enligt anbudsinbjudan, eftersom utvärderingen görs med utgångspunkt i de offererade rabattsatserna. Det går heller inte att utvärdera produkter som inte uppfyller ställda kvalitetskrav.

Kommunen har vidare brutit mot likabehandlingsprincipen genom att från Menigo begära in en komplettering, som går utöver vad som är tillåtet enligt lagstiftningen, av företagets anbud.

CPAB har heller inte uppfyllt upphandlingens skall-krav. Enligt sortimentlistan, bil. 3, ska positionerna C3, C4 och C5 vara fria från tillsatser och salt. CPAB har dock offererat produkter som innehåller salt. CPAB har även offererat produkter på positionerna B4, C4, C5, D2, D3 och E6 som inte uppfyller ställda krav på förpackningsstorlek. Produkter, som inte är godkända av kommunen och inte efterfrågats, har lagts till och felaktigt godkänts av kommunen, som inte har säkerställt att alla bilagor är korrekt ifyllda. CPAB:s anbud ska förkastas p.g.a. ej korrekt ifylld sortimentlista.

Bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av att kommunen på felaktiga grunder tilldelat Menigo avtalet.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan samt yrkar i första hand att den avslås och i andra hand att anbudet från CPAB förkastas. Till stöd för sin talan anför kommunen i huvudsak följande.

Årstalistan är en lista från frukt- och grönsaksbranschen som innehåller ett generellt prisindex som speglar genomsnittskurser på ett urval av frukt och grönsaker från Sverige. Årstalistan innehåller endast frukt och grönsaker som är av klass 1, dvs. som vanligtvis säljs i butik. Årstalistan har i upphandlingen använts som utgångspunkt för att jämföra olika anbudsgivare. Anbudet har utgjorts av en offererad rabattsats kopplad till priset på Årstalistan. I de fall produkterna inte finns på Årstalistan ska den offererade rabattsatsen gälla leverantörens ordinarie prislista. Det ska således endast vara en rabattsats, vilket bolaget till skillnad från övriga leverantörer har

missuppfattat. Att det ska vara endast en rabattsats har varit tydligt i upphandlingen.

Menigo har genom sitt inlämnade anbud garanterat att samtliga krav och villkor uppfylls. Menigo har garanterat att produkterna kommer att levereras i de förpackningsstorlekar som kommunen har föreskrivit. Kommunen har inga skäl att misstro dessa uppgifter och har därmed uppfyllt kontrollskyldigheten vid kvalificeringen av Menigos anbud. Påståendet att kommunen skulle låtit Menigo komplettera anbudet efter att tilldelningsbeslutet meddelats är felaktigt. Kommunen kontaktade Menigo efter att bolaget kontaktat kommunen och meddelat att man hade för avsikt att begära överprövning om inte kommunen ändrade tilldelningsbeslutet. I kontakten med Menigo bekräftades att företaget hade uppfattat frågor och svar korrekt och att offererad rabattsats för Årstalistan också gäller för den ordinarie prislistan.

Att Menigo inte uppfyller ställda krav på miljö och hållbarhet är lösa påståenden från bolagets sida. Det är heller inte relevant för kvalificering och utvärdering av Menigos anbud att en underleverantör är under företagsrekonstruktion. Kommunen har inte angett i upphandlingen att underleverantörer ska kvalificeras och rekonstruktion eller konkurs är heller inte någon obligatorisk uteslutningsgrund enligt upphandlingslagstiftningen. Menigo har också på förfrågan lämnat uppgift om att underleverantören ifråga kommer att fullfölja sina skyldigheter och dessutom angett att det i vilket fall finns ersättningsprodukter som uppfyller ställda krav. Likaså är uppgiften om att kravet på kvalitetssäkring inte skulle var uppfyllt ett löst påstående. Kvalitetssäkring är inte heller ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Det är däremot ett krav på att anbudsgivare ska redogöra för företagets rutiner avseende kvalitetssäkring, vilket Menigo uppfyllt.

Det finns inget specifikt krav på att potatis ska vara "SMAK-märkt", utan det anges endast i förfrågningsunderlaget att potatis ska vara klassificerad enligt SMAK Klass 1 eller likvärdigt. Kommunen har i kravet hänvisat till en branschstandard och att likvärdig klassificering accepteras.

Vad gäller positionerna A10, A11, G2, G5, G6, G8 och G9 har Menigo förklarat för kommunen att "budget" endast innebär att produkterna levereras i stora förpackningar och har bekräftat att produkterna är av klass 1 och dessutom finns på Årstalistan.

När det gäller CPAB:s anbud har inte kommunen begärt in några produktblad för positionerna C3, C4 och C5 eftersom det vid anbudsprövningen inte fanns några skäl att misstro leverantörens uppgifter om att produkterna uppfyller ställda krav. För positionerna B4, C4, C5, D2 och D3 är kommunen överens med bolaget om att CPAB:s anbud inte uppfyller ställda krav på förpackningsstorlek. Mot bakgrund av detta ska CPAB:s anbud förkastas om domstolen beslutar att anbudsprövningen ska göras om.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska ta ställning till om det finns skäl att enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ingripa mot kommunens upphandling i anledning av de grunder bolaget har anfört till stöd för ett ingripande.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Det är i målet ostridigt att CPAB:s anbud inte uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen då vissa produkter inte uppfyller ställda krav avseende förpackningsstorlek.

Bolaget har vidare gjort gällande att Menigos anbud på flera grunder borde ha förkastats, vilket bestrids av kommunen. Fråga i målet är därför om kommunen bröt mot de upphandlingsrättsliga principerna genom att anta Menigos anbud.

När det gäller frågan om Menigo lagt anbudet på rätt sätt vad gäller rabattsatsen finner förvaltningsrätten att det inte framgår av handlingarna att Menigo skulle ha erbjudit rabatt på ett sådant sätt att anbudet inte skulle gå att utvärdera. Rätten anser heller inte att det framgått att Menigo genom Johanneshovs Potatis AB skulle ha erbjudit potatis som inte uppfyllt i förfrågningsunderlaget uppställda krav, såsom krav på likvärdighet med "SMAK klass 1". Förvaltningsrätten finner även i likhet med kommunen att den företagsrekonstruktion som Johanneshovs Potatis AB inlett inte utgör grund för att förkasta Menigos anbud. Inte heller har det framgått att Menigo inte skulle ha uppfyllt förfrågningsunderlagets krav på kvalitets-säkring.

Bolaget har också invänt att Menigo inte uppfyllt kravet på att leverera samtliga efterfrågade produkter, eftersom Menigo för vissa positioner erbjudit produkter som betecknats utgöra "budget", vilket skulle innebära att produkterna är av en lägre kvalitet än den efterfrågade. Leverantören har vid kommunens förfrågan uppgett att med "budget" avses produkter som levereras i större förpackningar. Bolaget har mot detta invänt att med "budget" avses normalt produkter med lägre kvalitet, att det framgår av

Menigos prislista att med "budget" inte avses produkter som levereras i större förpackning och att det i upphandlingen ställts krav på att produkterna skulle levereras i viss förpackningsstorlek. Prislistan från Menigo utvisar enligt bolaget att Menigo i sin marknadsföring med beteckningen "budget" inte avser produkter med samma kvalitet i en större förpackning, eftersom priset är lägre vid försäljning av samma produkt när den säljs med beteckningen "budget", trots att den bestämda mängden är densamma ("låda 5 kg"). Bolaget har även anfört att det skulle avvika från gängse uttryck i branschen att begränsa innebörden av beteckningen "budget" endast till varor som säljs i större kvantitativa enheter.

Förvaltningsrätten finner följande. Bolaget har anfört att det utifrån det språkbruk Menigo använder i dess egen prislista med beteckningen "budget" inte ska förstås att det är fråga om en vara av likvärdig kvalitet som säljs i en större förpackning, utan att det snarare är fråga om en vara av lägre kvalitet. Kommunen har i målet inte gett någon förklaring till hur en produkt kan säljas i samma kvantitet per förpackning men till lägre pris i prislistan utan att det skulle vara fråga om lägre kvalitet. Prislistans utformning motsäger den förklaring Menigo senare gett till kommunen om att med "budget" skulle avses varor motsvarande klass 1 i större förpackningar. Därtill kommer vad bolaget anfört om att med beteckningen "budget" avses enligt gängse i språkbruk i branschen varor av lägre kvalitet. Att Menigo senare vid kommunens förfrågan gett en annan förklaring ändrar således inte detta förhållande. Bolaget har således enligt förvaltningsrättens sammantagna bedömning gjort sannolikt att Menigo i sitt anbud inte uppfyllt ställda kvalitetskrav då företaget erbjudit varor med beteckningen "budget". Rätten konstaterar även i sammanhanget att det inte är tillåtet att enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU förtydliga eller komplettera ett anbud på sådant sätt att det blir fråga om ett nytt anbud (jfr prop. 1992/93:88 s. 71). Dessutom tillkommer bolagets invändning att leverans i annan för-

packningsstorlek skulle strida mot upphandlingens krav, vilket inte motsagts av kommunen.

Förvaltningsrätten konstaterar därmed att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen genom att godta Menigos anbud. Eftersom inte heller CPAB:s anbud uppfyllt samtliga skall-krav och således inte borde ha godtagits har bolaget genom kommunens förfarande lidit eller riskerat att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen ska rättas och en ny prövning av anbuden genomföras.

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



Peter Lij

rådman

Målet har handlagts av Carl Martin Gölstam.