



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2014-02-12
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
27436-13

SÖKANDE

Menigo Foodservice AB, 556044-4647

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur.kand. Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Huddinge kommun
141 85 Huddinge

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-02-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 442496

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Huddinge kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal avseende köks- och serveringsutrustning (dnr 2013-023). Upphandlingen görs genom ett öppet förfarande. I tilldelningsbeslut den 5 november 2013 meddelade kommunen att man beslutat att anta en annan anbudsgivare än Menigo Foodservice AB (Menigo) som leverantör under avtalsperioden.

Menigo ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Menigo bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget och modellen för utvärdering strider mot principen om transparens.

Kommunen har i stället för att beskriva vissa produkters egenskaper hänvisat till visst varumärke. Därtill har kommunen, när anbudsgivaren offererat likvärdiga produkter av annat varumärke, bytt ut dessa mot produkter av det efterfrågade varumärket. Hänvisningar till visst varumärke får endast förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter att tekniska beskrivningar får ersättas med hänvisning till varumärken.

Bristerna i förfrågningsunderlaget och den felaktiga utvärderingen har medfört att de lidit eller i vart fall riskerat att lida skada varför det finns grund för ingripande enligt 16 kap 6 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Menigo ger in Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 13 juli 2012, mål nr. 1388-12, och Kammarrätten i Stockholms avgörande den 9 november 2012, mål nr. 5037-12.

Kommunen anser att förvaltningsrätten ska ogilla Menigos talan och anför bl.a. följande. Kommunen har i punkt 3.2 i anbudsföreskrifterna tydligt beskrivit hur utvärderingen ska gå till och man har inte frångått ställda krav. Det är förvisso oklart för anbudsgivarna vilka produkter utvärderingen sker på, men detta är även fallet vid utvärdering av övrigt sortiment vid upphandling av ett traditionellt bassortiment. Anbudsgivarna har kunnat optimera sina anbud genom att lämna rabatter utifrån sin egen varugrupsindelning. Kommunen köper produkter från ett brett spektrum och utvärderingsmodellen är anpassad efter kommunens köpbehov.

De har hänvisat till varumärken för sådana produkter som alla större grossister säljer och som det inte finns någon grossist som har ensamrätt till. Produkternas kvalitetsnivå och egenskaper har inte kunnat beskrivas i funktionella termer på ett meningsfullt sätt. Anbudsgivarna har även haft möjlighet att ange en motsvarande produkt. Menigo har inte offererat likvärdiga jämförelseprodukter men samtliga efterfrågade produkter finns i Menigos standardprislista.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med vad som föreskrivs i förfrågningsunderlaget och de har inte brutit mot LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Hänvisning till visst varumärke

Menigo har anfört att kommunen på ett otillåtet sätt, istället för att beskriva vad som efterfrågats gällande ett antal produkter, hänvisat till varumärken.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen i sin jämförelseprislist har hänvisat till visst varumärke för sju av de totalt 90 produkterna som upphandlingen avser. Den fråga som förvaltningsrätten härmed har att ta ställning till är huruvida kommunens hänvisningar till varumärken gjorts i strid med LOU samt om kommunen förfarit felaktigt i sin utvärdering av de offererade produkterna.

Enligt 6 kap. 4 § LOU får de tekniska specifikationerna bl.a. inte innehålla hänvisningar till varumärke om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

I sammanhanget bör även beaktas att Högsta förvaltningsdomstolen i sitt avgörande RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten anser, utifrån vad som uttalats i RÅ 2002 ref. 50, upphandlingens art och omfattning, att det endast rör sig ett fåtal produkter i ett stort sortiment samt då de aktuella produkterna svårligen har kunnat beskrivas tillräckligt preciserat och begripligt, att kommunen trots hänvisningarna till varumärken inte kan anses ha agerat i strid med LOU.

Vidare finner förvaltningsrätten att det inte visats att kommunen brutit mot LOU i samband med utvärderingen av de offererade produkterna.

Bristande transparens i förfrågningsunderlaget

Av transparens- och likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndighetens krav och utvärderingsmodell ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag även om vissa brister och oklarheter får godtas.

Gällande Menigos invändning att det i förfrågningsunderlaget inte beskrivs vad viktningskoefficienten betyder och hur den inverkar på utvärderingen så delar förvaltningsrätten kommunens ståndpunkt att det, av den till förfrågningsunderlaget tillhörande bilagan Rabattspecifikation, framgår hur de olika varugrupperna kommer att viktas i förhållande till varandra. Förfrågningsunderlaget, med den tillhörande bilagan, får således anses uppfylla kravet på tydlighet och transparens vad gäller viktningen.

Menigo anför vidare att kommunens utvärderingsmodell strider mot kravet på transparens eftersom att anbudsgivarna, i samband med avgivandet av anbuden, inte vetat vilka produkter och priser som skulle komma att utvärderas. Anbudsgivarna har därför inte haft möjlighet att utforma sina anbud på ett konkurrenskraftigt sätt.

I punkt 3.2 i förfrågningsunderlaget beskrivs hur prisutvärderingen kommer att genomföras. Av punkt 3.2 (1 och 3) framgår att en lista med jämförelseprodukter hålls hemlig fram till efter sista dag för avlämnande av anbuden men att listan tillsänds anbudsgivarna, som då har att fylla i vilka produkter de anser motsvarar eller är likvärdiga med jämförelseprodukter-

na, före anbudsöppningen. Enligt punkt 3.2 (2) ska anbudsgivarna till sitt anbud bifoga sin standardprislista samt i bilagan rabattspecifikation ange vilka rabattsatser beställaren erhåller på respektive produkttyp.

Förvaltningsrätten anser att oavsett om listan med jämförelseprodukter hemlighållits till det att anbuderna lämnats in så får anbudsgivarna, genom möjligheten att välja vilka produkter de önskat offerera när de erhållit jämförelseprislistan, informationen hur de olika produkttyperna viktas i förhållande till varandra samt möjligheten att ange sina rabattsatser för respektive varugrupp, anses erhållit tillräcklig information för att skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Den tillämpade utvärderingsmodellen får således anses uppfylla kravet på transparens på ett godtagbart sätt.

Förvaltningsrätten konstaterar därmed att Menigo inte förmått visa att kommunens förfarande medfört en överträdelse av LOU eller de principer som lagen bygger på. Menigos ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Robert Johansson

Rådman

Katharina Samuelsson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.