

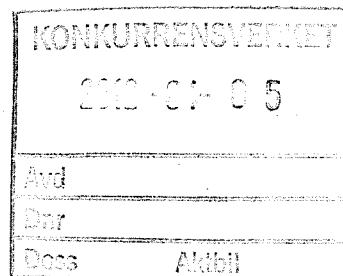


KLAGANDE

Upplands Trädgårdsprodukter, 662000-9396
Postboda gård
815 95 Månkarbo

MOTPART

Sala kommun
Tekniska förvaltningen
Box 304
733 25 Sala



ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Sala kommuns upphandling avseende livsmedel, dnr TKF 2011/67

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Sala kommun (kommunen) har genom ett öppet förfarande genomfört en upphandling av livsmedel, dnr TKF 2011/67. I tilldelningsbeslut den 12 januari 2012 meddelade kommunen att Sigvard Andersson i Västerås AB tilldelats kontraktet avseende grupp 2 och att Menigo Foodservice AB tilldelats kontraktet avseende grupp 3.

YRKANDE

Upplands Trädgårdsprodukter (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen rättas på sådant sätt att Sigvard Andersson i Västerås AB:s anbud förkastas och att upphandlingen gällande frukt, grönt och ägg tilldelas bolaget. Bolaget yrkar även att upphandlingen gällande potatis och rotfrukter rättas och tilldelas bolaget. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten förordnar om

lämplig rättelse såsom att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse företagits alternativt att upphandlingen ska göras om i dess helhet. Bolaget yrkar att utvärderingen av positionerna 689-695 från förfrågandefilen huvudupphandling tas bort vid utvärdering av potatis och rotfrukter.

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkanden.

GRUNDER

Bolaget anför till grund för sin talan bl.a. följande. Bolaget anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada med anledning av kommunens tilldelningsbeslut. Detta då kommunen inte diskvalificerat Sigvard Andersson i Västerås AB:s anbud och tilldelat bolaget upphandlingen avseende frukt, grönt och ägg. Sigvard Andersson i Västerås AB:s anbud ska förkastas då det inte uppfyller uppställda "skall-krav". Kommunen har i punkt 2.3 i anbudsinbjudan angett att det ska framgå att leverantören accepterar avtalsvillkoren som anges i det avtalsförslag som kommunen bifogat i förfrågningsunderlaget. Av Sigvard Andersson i Västerås AB:s anbud framgår det inte någonstans att det accepterar framställda avtalsvillkor. Vidare anges det i punkt 2.5 i anbudsinbjudan att anbudet ska vara giltigt i nio månader från sista anbudsdag. Sigvard Andersson i Västerås AB har inte angett att deras anbud är giltigt i nio månader. I position 5 i förfrågningsfilen anges det att anbud ska lämnas på fruktkorg ekologisk. Av Sigvard Andersson i Västerås AB:s anbud framgår att det lämnat anbud på fruktlåda. Inget har angivits om ekologisk. Således har det inte lämnat anbud på efterfrågad produkt, varför anbudet i vart fall ska drabbas av belastningspris. Alternativt ska anbudet förkastas då det inte uppfyller korrekt efterfrågad produkt. Slutligen har Sigvard Andersson i Västerås AB i sitt anbud, vad gäller produktbenämningar, angivit en annan vikt på flera produkter än de som verkligen gäller. Det ställs krav på att man ska ange maxvikt på samtliga produkter, vilket inte gjorts.

Gällande produktgruppen "Potatis och rotfrukter" framgår det inte av anbudsinvjudan att den leverantör som lägger anbud på "Potatis och rotfrukter" ska fylla i uppgifter på både förfrågan-defilen huvudupphandlingen och förfrågan-defilen grönsaker. Det finns sju stycken positioner gällande potatis i båda förfrågan-defilerna, varav fem stycken är identiska. Det framgår av tilldelningsbeslutet och medföljande utvärdering att endast de leverantörer som lämnat anbud på huvudgruppen, lämnat uppgifter på position 689-695.

Kommunen anför till grund för sin talan bl.a. följande.

Gruppen frukt, grönt och ägg

Bolaget har anført att vinnande anbudsgivare i sitt anbud inte accepterar kraven enligt 2.3 och 2.5 i anbudsinbjudan. Anbudet innehåller en företagspresentation där vissa av de i förfrågan uppställda kraven berörs specifikt. Dokumentet innehåller formuleringen "Vi ser heller inga hinder i upphandlingens resterande ska-krav". Anbudsgivaren har till anbudet fogat en undertecknad anbudsinbjudan och dessutom, en undertecknad kopia av det annonserade avtalsförslaget. Kommunen har uppfattat dessa dokument som otvivelaktig accept av ovanstående punkter. Kommunen har uppmärksammat att Sigvard Andersson i Västerås AB inte redovisat maxvikt, varför e-post bifogas. Svaret på frågorna har accepterats som en fullgod förklaring till varför maxvikt inte redovisats. Bolaget hävdar att Sigvard Andersson i Västerås AB inte uppfyller kravet avseende ekologisk frukt-korg genom att i anbudet redovisa en fruktlåda. Upphandlingen har genomförts med hjälp av systemet Basera i vilket av leverantörerna redovisade uppgifter för respektive artikel stäms av mot i anbudet redovisade artiklar. Benämningen fruktlåda är inte detsamma som en beskrivning av produktens egenskaper, utan anbudsgivaren benämning på produkten. Någon beskrivning på respektive produkt har heller inte begärts in, i stället har anbudsgivarna redovisat artikelnummer vilket kontrollerats mot Baseras re-

gister. Kommunen har inte krävt att anbudsgivarna ska vara anslutna till Krav eller något annat specifikt certifieringsorgan, då detta skulle kunna verka diskriminerande.

Gruppen potatis och rotfrukter

Att det förekommer två och inte fler dubletter framgår genom att jämföra produkternas egenskaper i respektive fil. En förfrågan av denna omfattning, med över 700 artiklar, kan innehålla fel, i detta fall att samma produkt förekommer på två ställen. Det bör dock inte medföra att artiklarna stryks eftersom den sammanlagda mängden är den mängd som beställaren statistiskt sett har behov av. Båda positionerna är därmed relevanta vid val av leverantör.

Bolaget anför i yttrande bl.a. följande. Kommunen hänvisar till att avstämning skett mot ett system benämnt Basera. Då det inte framgår av anbuds-
inbjudan att man som anbudsgivare ska lämna uppgifter till Basera ställs frågan om kommunen tagit hänsyn till likabehandlingsprincipen i LOU. Sigvard Andersson i Västerås AB har angett att det är producenter av fruktlådan. Enligt lagkrav och EU-förordningen 834/2007 ska företag som hanterar ekologiska produkter vara certifierade. Sigvard Andersson i Västerås AB finns inte med bland godkända företag för hantering av ekologiska produkter på www.krav.se och producerar enligt deras anbud fruktlådor som står i strid med gällande lag och förordning. Sigvard Andersson i Västerås AB:s anbud ska således drabbas av belastningspris på position 5 fruktkorg- ekologisk.

Kommunen genmäler bl.a. följande. Kommunen nyttjar tillsammans med cirka 90 stycken andra kommuner och landsting verktyget Basera. Basera innehåller bl.a. en artikeldatabas som kan användas som hjälp för att kontrollera att angivna varor uppfyller ställda krav. I det fall tvekan kring en produkts egenskaper uppstår kontrolleras produkten mot Baseras artikeldatabas.

tabas. Kan inte produktens egenskaper verifieras ställs frågor till anbudsgivaren om förtydligande avseende egenskaperna. Kommunens kontroll av egenskaper stannar inte vid detta hjälpmedel och det faktum att en produkts egenskaper inte kan verifieras genom Basera innebär inte per automatik att en produkt utesluts eller ges belastningsvärde.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter 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 iakttas.

I 9 kap. 8 § LOU anges att en upphandlande myndighet får 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. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

16 kap. LOU har ändrats den 1 november 2011 genom lag 2011:1030. Av övergångsbestämmelserna framgår dock att för upphandlingar som påbörjats dessförinnan ska tidigare lydelse tillämpas. Eftersom upphandlingen är påbörjad innan detta datum ska således tidigare lydelse tillämpas i målet.

I 16 kap. 1 § LOU, i tillämplig lydelse, anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU, i tillämplig lydelse, anges att 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunen vid upphandlingen av livsmedel har brutit mot någon bestämmelse i LOU. En förutsättning för

att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är vidare att bolaget har lidit skada, eller i vart fall riskerat att lida skada, till följd av förfarandet.

Bolaget har gjort gällande att Sigvard Andersson i Västerås AB inte uppfyller "skall-krav" 2.3 och 2.5 i anbudsinvjudan och att deras anbud därför ska förkastas. I anbudsinvjudan 2.3 anges bl.a. att det av anbudet ska framgå att leverantören accepterar avtalsvillkoren. I anbudsinvjudan 2.5 anges att det av anbudet ska framgå att det är giltigt i nio månader från sista anbudsdagen. Under punkt 9 i anbudsinvjudan ska behörig företrädare skriva under anbudet. Genom underskriften intygas bl.a. att "skall-krav" och kommersiella villkor uppfylles/accepteras. I målet framgår att behörig företrädare för Sigvard Andersson i Västerås AB har skrivit under anbudet och därigenom accepterat "skall-kraven". I företagspresentation från Sigvard Andersson i Västerås AB anges dessutom att det "ser heller inga hinder i upphandlingens resterande "skall-krav". Förvaltningsrätten konstaterar härvid att Sigvard Andersson i Västerås AB:s anbud uppfyller "skall-kraven" i 2.3 och 2.5 i anbudsinvjudan.

Bolaget har även gjort gällande att Sigvard Andersson i Västerås AB:s anbud ska förkastas eller belastas med belastningspris då det inte lämnat anbud på fruktkorg ekologisk utan enbart fruktlåda utan att ange något om ekologisk. Vidare har bolaget gjort gällande att Sigvard Andersson i Västerås AB inte uppfyllt kravet om att ange maxvikt på samtliga produkter.

I 7.3 anbudsinvjuden anges det att ett urval namngivna produkter som ingår i det offererade sortimentet ska uppfylla kriterierna enligt förordningen (EG) 834/2007 av den 28 juni 2007 om ekologisk produktion och märkning av ekologiska produkter. I sortimentlistan är dessa produkter benämnda ekologisk. I förfrågandefil position 5 anges att artikeln "Fruktkorg" ska

ha egenskapen ”ekologisk banan övrigt blandat”. I 3.1 anbudsinbjudan anges bl.a. att anbudet ska innehålla sådan produktinformation för varje position/vara i sortimentlistan så att kommunen kan se att offererad vara uppfyller kommunens krav. Av Sigvard Andersson i Västerås AB:s anbud framgår det att det lämnat anbud på ”Fruklåda 5-om-dagen 6 kg” med artikelnummer 1041. Kommunen har kontrollerat artikelnumret i Baseras artikeldatabas och därvid funnit att den offererade varan överensstämmer med den efterfrågade. Vad Sigvard Andersson i Västerås AB valt att benämna position 5 saknar därmed relevans, då det är produktens egenskap som är avgörande. Således saknas skäl för förvaltningsrätten att vidta åtgärd enligt LOU i denna del av upphandlingen.

Bolaget har vidare gjort gällande att Sigvard Andersson i Västerås AB inte redovisat maxvikt på vissa produkter och att belastningspris därmed ska påföras deras anbud. På förfrågan från kommunen har Sigvard Andersson i Västerås AB uppgett att det stämmer att det säljer per kilo/styck, och att kunden inte behöver beställa hela förpackningar av dem. Kommunen har accepterat svaret som en fullgod förklaring. I målet har det inte framkommit att kommunens begäran om förtydligande inneburit en konkurrensbegränsning eller att Sigvard Andersson i Västerås AB särbehandlats i förhållande till de andra anbudsgivarna. Kommunen kan därmed inte anses ha brutit mot reglerna i 9 kap. 8 § LOU och anledning för åtgärd enligt saknas därmed.

Bolaget har slutligen gjort gällande att utvärderingen av positionerna 689-695 från förfrågandefilen i huvudupphandlingen ska tas bort vid utvärderingen av gruppen potatis och rotfrukter. Som grund för att positionerna ska tas bort har bolaget i huvudsak anfört att det handlar om dubletter och att det inte framgår av anbudsinbjudan att den leverantör som lägger anbud på potatis och rotfrukter ska fylla i uppgifterna i både förfrågandefilen i huvudupphandlingen och förfrågandefilen för grönsaker.

I 1.4 anbudsinbjudan anges bl.a. följande. Anbud kan lämnas på hela underlaget eller på en eller flera varugrupper. Produkter ingående i respektive produktgrupp framgår av prisformuläret. I 3.1 anbudsinbjudan anges bl.a. följande. Anbudet ska innehålla sådan produktinformation för varje position/vara i sortimentlistan så att kommunen kan se att offererad vara uppfyller kommunens krav. Anbud som saknar fullständig produktinformation för en eller flera offererade artiklar blir inte förkastat i dess helhet. Kan emellertid inte kommunen utan risk för särbehandling låta leverantören komplettera anbudet med denna information så kommer anbudet att drabbas av belastningspris för denna eller dessa artiklar.

Av tilldelningsbeslutet framgår det att bolaget inte lämnat anbud på positionerna 689-695 i förfråganfilen i huvudupphandlingen. Av anbudsinbjudan framgår det att anbud som inte är fullständiga kan komma att påräknas belastningspris. Eftersom bolaget inte lämnat anbud på positionerna 689-695 har kommunen haft fog för att belasta bolagets anbud med belastningspris. Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det i målet inte framkommit skäl för att vidta åtgärder enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Leif Gäverth

lagman

Målet har handlagts av Martin Bäckström.



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. 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 vartill 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 3109/1A LOU

