



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ
 Enhet B

DOM
 2011-04-28
 Meddelad i
 Luleå

Mål nr
 62-11E
 D2

SÖKANDE

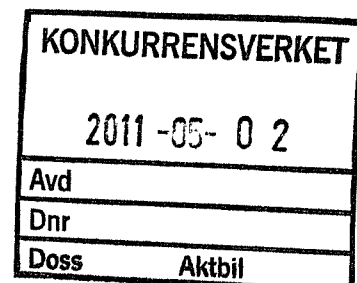
Bröderna Olofssons Bageri Aktiebolag, 556094-5536
 Fabriksvägen 2
 956 32 Överkalix

MOTPART

Norrbottens läns landsting
 971 89 Luleå

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bröderna Olofssons Bageri Aktiebolags ansökan om överprövning.

Det interimistiska beslutet från den 12 januari 2011 upphävs därmed i den del det rör varukorgen "färskt bröd". I övrigt kvarstår det interimistiska beslutet oförändrat (mål nr 52-11).

Dok.Id 15433

Postadress
 Box 849
 971 26 Luleå

Besöksadress
 Skeppsbrogatan 41

Telefon
 0920-29 54 90

E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
 0920-29 54 98

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-12:00
 13:00-16:00

BAKGRUND

Norrbottens läns landsting (NLL) har genom öppet förfarande upphandlat "Upphandling 2010 Livsmedel NLL". Anbudsgivare var bl.a. Bröderna Olofssons Bageri Aktiefbolag (bolaget). Av utvärderingen framgår att tre anbud kom in, varav två bedömdes inte uppfylla kraven på skatte- och avgiftsskyldigheter varför de diskvalificerades. Vidare framgår att bolagets anbud bedömdes vid varuprovning inte uppfylla ska-kraven samt att NLL då övergick till förhandling med den leverantör som NLL bedömde hade störst förmåga att leverera varor som uppfyllde kraven, Luleå Bageri & Konditori AB, vilken därefter ansågs kvalificerad och fick kontraktet för bl.a. aktuell varukorg.

Bolaget

Bolaget har ansökt om överprovning, yrkat att upphandlingen ska rättas samt anfört bl.a. följande. Bolaget är det enda företag vars anbud uppfyller alla ska-krav på varukorgen "färskt bröd". Argumentet att bolaget inte skickade in alla brödprover som efterfrågats känns märkligt eftersom bolaget ringde före varuproverna skickades och frågade om det var ok att utelämna en produkt och fick svaret att det var det. Bolaget uppgav då också att det kunde ordna produkten om det var viktigt. Totalt sett skickade bolaget in nio av tio varuprover. Brödet som efterfrågades är i stort sett det samma som tidigare år.

Bolaget har varit leverantör till NLL i tre år och det känns fel att NLL inte vände sig till bolaget i andra omgången utan istället valde att förhandla med ett annat bageri som inte uppfyllde ska-kravet på skatte- och avgiftsskyldigheter.

Bolaget ifrågasätter NLL:s krav på en specifik procentsats på rågandel, 53 procent, i brödet. En ungefärlig procentsats är mer relevant.

NLL

NLL har motsatt sig bifall till ansökan samt anfört bl.a. följande. Varukorgen "färskt bröd" upphandlades på lägsta pris. Vid prövningen av anbud kunde NLL konstatera att inget av anbuderna uppfyllde samtliga ska-krav. Med hänsyn till detta övergick NLL till förhandlad upphandling och tilldelade sedan Luleå Bageri & Konditori AB kontraktet.

Anbudet från bolaget klarade den första kvalificeringen. Vid prövningen av uppfyllande av ska-kraven begärde NLL in varuprover. Av dessa varuprover var det endast ett varuprov av nio som uppfyllde ställda krav. Dessutom skickade bolaget endast in nio av tio efterfrågade prover. Bolagets påstående att NLL godkänt att endast nio av tio varuprover skickades in är felaktigt. NLL har inte gjort något sådant medgivande.

Varuproverna resulterade i följande bedömning. Ett av de insända varuproverna hade inte någon motsvarighet bland de efterfrågade artiklarna. Övriga insända varuprover hade alla anmärkningar. Det som är anmärkningsvärt är att tre varuprover innehöll frön som vare sig stod med på innehållsförteckningen eller var efterfrågade. Detta är ett mycket allvarligt fel då NLL har ett ansvar för all patientmat samt all mat inom Luleå kommuns äldreomsorg. Att artiklar innehåller fler ingredienser än vad som finns angivet på innehållsförteckningen kan få förödande konsekvenser för allergiker. Ett annat varuprov uppfyllde inte kravet på färdigskivat, vilket är ett måste för hanteringen både ur hygiensynpunkt men också ur arbetsbelastningssynpunkt för NLL:s personal. NLL anmärkte även på att märkningen av brödet i övrigt inte uppfyllde de krav som ställts i underlagets produktspecifikation under rubriken 1.48.2 märkning. Det finns även brister kring

uppfyllande av kravet på 53 procent fullkorn som NLL har på en artikel. Sammantaget innebar alla dessa anmärkningar att anbudet från bolaget inte uppfyllde alla obligatoriska krav på artiklarna.

Med hänsyn till att inget inlämnat anbud uppfyllde samliga ska-krav valde NLL att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § p 1 LOU, med avsikt att genom förhandling anta den mest lämpade leverantören. Syftet med denna typ av förhandling är att förhandla med den leverantörer som har en reell förmåga att anpassa sitt anbud till förfrågningsunderlagets krav. NLL valde att endast föra förhandling med Luleå Bageri & Konditori AB eftersom dess brister, efter dialog med Skatteverket, kunde accepteras. Vid kontakten med Skatteverket framkom nämligen att Luleå Bageri & Konditori AB betalat in sina skatter om än med viss fördröjning. Revisorsintyg från Luleå Bageri & Konditori AB visade även att den uppkomna situationen var tillfällig. Eftersom anbudet i övrigt uppfyllde samtliga krav bedömde NLL att Luleå Bageri & Konditori AB:s anbud var det som på bästa sätt kunde anpassas till förfrågningsunderlaget. Övriga anbud bedömdes inte ha någon möjlighet alls att uppfylla NLL:s krav.

Anledningen till att NLL inte förde förhandlingar med bolaget var att dess anbud hade anmärkningar på nästintill alla artiklar inom varukorgen. En förhandling är inte möjlig att genomföra då varuproverna uppvisade så många brister. NLL bedömde att bolaget inte hade någon reell chans att anpassa sitt anbud till kraven i förfrågningsunderlaget. För övrigt kan nämnas att de brister som NLL uppmärksammade är samma brister som NLL påtalat för bolaget under stora delar av den pågående avtalsperioden och som inte har blivit avhjälptra trots flertalet anmärkningar.

Det är den upphandlande myndigheten som avgör vad som efterfrågas. NLL valde att en av artiklarna skulle innehålla 53 procent råg. NLL har

behov av ett bröd med råg. NLL försäkrade sig innan upphandlingen om att kravet på denna procentandel kunde uppfyllas av flera leverantörer. NLL anser att ställt krav är befogat och helt i enlighet med LOU och dess grundläggande principer.

Det finns med stöd av vad som anförts ovan inte några skäl för ingripande enligt 16 kap. LOU. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att brister föreligger i prövningen och utvärderingen av anbuden gör NLL gällande att bolaget i vart fall inte visat att dessa varit av sådan art eller omfattning att förfarandet strider mot de krav som uppställs i LOU. Bolaget har följaktligen inte lidit någon skada.

Bolaget

Bolaget har anført följande. Bolaget vidhåller att det haft kontakt med NLL om att bara skicka nio varuprover. Angående varudeklarationen av bröd är det sant att det brustit i märkningen, men bara på synliga produkter som ligger ovanpå brödet. Detta är hur som helst på väg att åtgärdas. Ett av varuproverna som skulle vara skivat var inte skivat. Om så är fallet ska det naturligtvis skivas. Angående näringsinnehåll har bolaget också brustit. Om det är ett krav kan bolaget ordna det. Bolaget vidhåller att en exakt procentsats på råg inte är relevant. Bolaget har skickat dessa artiklar till NLL under tre år och inte fått ovanstående frågor förrän i samband med aktuellt anbud. Därför finner bolaget det märkligt att den avslutande förhandlingen inte ägde rum med bolaget. De fel bolaget begått är ringa i jämförelse med att inte ha fullgjort skatte- och avgiftsskyldigheten mot staten.

Den 12 januari 2011 beslutade förvaltningsrätten att aktuell upphandling bl.a. vad avser färskt bröd inte får avslutas innan förvaltningsrätten beslutat något annat.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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.

Enligt 2 kap. 9 § LOU avses med förhandlat förfarande ett förfarande där den upphandlande myndigheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Enligt 4 kap. 5 § p. 1 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser bl.a. varor om det vid ett öppet förfarande inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

Enligt 10 kap. 2 § p. 5 får en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Enligt tredje stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att 1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller 2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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 lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bolaget har som skäl för sin ansökan anfört att det är det enda företag vars anbud uppfyllde alla ska-krav på varukorgen "färskt bröd". Av handlingarna i målet framgår dock, och det synes sedermera även ostridigt, att bolagets anbud inte uppfyllde ska-kraven på flera punkter. Det framgår även att

bolaget endast skickade in nio av tio begärda varuprover. Att NLL skulle ha godkänt detta har inte visats. Förvaltningsrätten finner därför att det var korrekt av NLL att diskvalificera bolagets anbud.


NLL har som en följd av detta och av att även övriga anbudsgivares anbud diskvalificerats haft möjlighet att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § p. 1 LOU.

Bolaget har även haft synpunkter på kravet i förfrågningsunderlaget på 53 procent råg. Förvaltningsrätten anser att ett krav på en viss exakt procenthalt möjligen skulle kunna vara oproportionerligt. Eftersom bolagets anbud brast även i andra delar har bolaget emellertid inte lidit någon skada på grund av eventuell oproportionerlighet varför frågan saknar betydelse i målet.

Bolaget har vidare som skäl för sin ansökan angett att NLL borde ha förhandlat med bolaget istället för med Luleå Bageri & Konditori AB som bedömts inte uppfylla kravet i förfrågningsunderlaget på skatte- och avgiftsskyldigheter.

Vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan den upphandlande myndigheten välja att förhandla med en leverantör. Med hänsyn till vad som har framkommit om bristerna i anbuden kan förvaltningsrätten inte dra slutsatsen att NLL brutit mot LOU genom att förhandla med Luleå Bageri & Konditori AB framför bolaget. Detta särskilt som det visat sig att Luleå Bageri & Konditori AB betalat sina skatter och avgifter varje månad, om än med 15 dagars fördröjning. Mot denna bakgrund och då bolaget inte har anfört någon annan invändning mot det förhandlade förfarandet eller i övrigt som utgör grund för ingripande enligt LOU ska ansökan om överprövning avslås.

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



Eva Beselin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 nå 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.