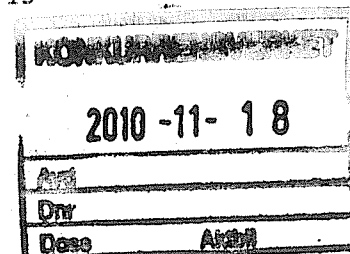




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-11-11
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 41165-10
 Enhet 15



SÖKANDE

Servera R&S AB, 556233-2451

Ombud:

Advokaterna Andreas Ek, Björn Tude och Pontus Scherp
 Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
 Box 5747
 114 87 Stockholm

MOTPART

Stockholms stad
 Serviceförvaltningen, Verksamhetsområde Upphandling
 Box 7005
 121 07 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Servera R&S AB:s ansökan om överprövning enligt LOU och förordnar att Stockholms stads upphandling av livsmedel, varugrupp 7 (Djupfrost samt Eko Djupfrost) och varugrupp 8 (Kolonial samt Eko Kolonial), ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut i målet upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Stockholms stad (Staden) genomför en upphandling av livsmedel (dnr 103-131/2008). Upphandlingen är uppdelad på olika varugrupper och geografiska områden där anbud för i målet aktuella varugrupper ska lämnas för hela staden. I kravspecifikationen i Stadens förfrågningsunderlag har i punkten 1.3.2 bl.a. angetts att

Anbudsgivare skall minst offerera 95 procent av det efterfrågade sortimentet (bilagor 1-7) per varugrupp.
Angivna förpackningsstorlekar i anbudsbilagan är cirkavikter/volymer.
Avvikelse på +/-20 procent accepteras.

Staden gick den 29 april 2010 ut med en skrivelse till anbudsgivarna (begäran om förtydligande) vari bl.a. följande angavs.

Då otydligheter kvarstår i Ert anbud avseende offererade produkter/förpackningsstorlekar får ni möjlighet att förtydliga Ert anbud och inkomma med eventuella korrigeringar. Anbudsgivare skall endast förtydliga den/de varugrupper där anbud lämnats. [...] Avvikelse om +20%, enligt punkt 1.3.2 sortiment i förfrågningsunderlaget, förtydligas enligt följande, ex:

- Pos 1, avvikelse accepteras om 20 % på 1 st samt 5 kg.
- Pos 2, avvikelse accepteras om 20 % på 2 st samt 2,5 kg.
- Pos 3, avvikelse accepteras om 20 % på 50 g samt 100 st.
- Pos 4, avvikelse accepteras om 20 % på 30 g, 30 st samt 5 påsar.

Utifrån detta förtydligande tillåts anbudsgivare korrigera sitt anbud vad gäller offererade produkter med tillhörande prissättning. [...]

Av tilldelningsbeslut den 15 september 2010 framgår bl.a. att Servera R&S Aktiebolags (Servera) anbud har förkastats vad gäller varugrupperna Djupfrost och Kolonial. Vidare framgår att upphandlingen att staden beslutat att avbryta upphandlingen vad gäller varugrupp 7 (Djupfrost samt Eko Djupfrost) – fortsättningsvis benämnt Djupfrost – på grund av att inget av de inkomna anbuden ansågs uppfylla samtliga uppställda krav.

I nytt tilldelningsbeslut den 20 september 2010 benämnt Rättelse av tilldelningsbeslut avseende upphandling av livsmedel avsänt från Stockholms

stad samma dag har bl.a. angetts att Menigo Foodservice AB (Menigo) tilldelas kontrakt vad gäller bl.a. varugrupperna Djupfrost och varugrupp 8 (Kolonial samt Eko Kolonial) – i fortsättningen benämnt Kolonial.

Förvaltningsrätten har den 29 september 2010 på yrkande av Servera förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDE M.M.

Servera ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar, såsom bolaget slutligen bestämt sin talan, i först hand att upphandlingen såvitt gäller varugrupperna Djupfrost och Kolonial ska göras om. I andra hand yrkar Servera att upphandlingen ska rättas genom att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Menigo och Gunnar Dafgård AB:s ("Dafgård") anbud avseende varugrupperna inte ska beaktas. Servera anför i huvudsak följande.

Stadens begäran om förtydligande

Stadens "begäran om förtydligande" avser en ändring av förfrågningsunderlaget och en möjlighet för leverantörer att inkomma med nya, förändrade anbud, trots att anbudstiden löpt ut. Av "begäran om förtydligande" framgår att en väsentlig ändring av förfrågningsunderlaget har skett efter det att anbudstiden löpt ut. Det aktuella skall-kravet innebärande att förpackningsstorlekar inte får avvika från mer än 20 procent från den efterfrågade storleken på varje position medförde att ingen av anbudsgivarna hade lämnat anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget. Ingen uppfyllde alltså skall-kravet att offerera minst 95 procent av det efterfrågade sortimentet. Genom sin begäran om förtydligande ändrade Staden detta avgörande skall-krav till att avvikelser om 20 procent accepterades på varje enskild förpackningsegenskap, dvs. t.ex. antal och vikt. Samtliga krav som ställs på det som upphandlas ska finnas med i förfrågningsunderlaget.

Det är inte tillåtet att under upphandlingens gång tillföra eller frångå krav. Stadens förändring av förfrågningsunderlaget, varvid mer än dubbelt så stora avvikelser än tidigare tilläts i förhållande till ett skall-krav som varit helt avgörande för vilka anbud som kunnat accepteras, är en i högsta grad väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. En sådan ändring är inte tillåten. Staden har för att kunna göra en sådan ändring varit tvungen att utannonsera upphandlingen avseende de aktuella varugrupperna på nytt. Staden har förändrat förutsättningarna på konkurrensstadiet på ett sådant sätt att leverantörer som skulle ha kunnat lämna anbud inte har fått möjlighet till delta. Vidare fick de leverantörer som fick möjlighet att inkomma med nya anbud endast två veckor på sig att inkomma med dessa. Med beaktande av det stora antalet positioner och den genomgripande förändring som skett av förfrågningsunderlaget har den tiden varit alldeles för kort för att anbudsgivarna ska hinna upprätta genomarbetade och konkurrenskraftiga anbud. Dessutom uppfyller det inte kraven enligt 8 kap. 2 § LOU att tidsfristen att komma in med anbud ska vara minst 52 dagar. Servera begärde att tiden skulle förlängas, vilket inte accepterades av staden. Genom att ändra förfrågningsunderlaget utan föregående annonsering har Staden brutit mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU, samt mot 7 kap. 1 § LOU. Det kan förutsättas att samtliga anbud hade varit annorlunda utformade om upphandlingen i stället hade gjorts om i enlighet med LOU.

Komplettering av anbud

Vad Staden har begärt av leverantörerna är inte förtydliganden, utan leverantörerna har erbjudits möjlighet att inkomma med helt nya anbud efter det att anbudstiden löpt ut. Av Stadens begäran framgår att leverantörerna får inkomma med eventuella korrigeringar. Anbudsgivarna fick möjlighet att ange andra förpackningar än de som angetts i de ursprungliga anbuden. Servera ställde sig frågande till stadens begäran och efterfrågade en förklaring av vad Staden avsåg med begreppet korrigering.

Servera frågade Staden om med korrigeringsavsågs att de fick byta ut produkt, förpackningsstorlek och även pris på de produkter som ej stämmer överens med ert förtydligande. Staden besvarade frågan jakande. Vad anbudsgivarna ombads göra var alltså inte att göra några förtydliganden av uppgifter i anbudet. Det fanns ingen brist i tydligheten i anbudet. Vad anbudsgivarna i stället ombads att göra var att inkomma med ändrade, nya anbud, med nya produkter, storlekar och priser. Kombination av ändrade villkor för upphandlingen och att anbudsgivarna fick möjlighet att inkomma med nya anbud, medförde att Staden bedömde att vissa anbudsgivare uppfyllde skall-kraven på minst 95 procent av sortimentet och att anbudet därför kunde utvärderas. De enda anbud som inkommit i tid och som fick utvärderas var emellertid de ursprungliga anbudet, vilket ostridigt inte uppfyllde skall-kravet på minst 95 procent av sortimentet. Förtydliganden enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får endast avse konkretiseringar av tidigare lämnade uppgifter. De förändringar som gjorts i Menigos och Dafgårds anbud avsåg inte konkretiseringar utan avsåg erbjudandet av andra produkter och förpackningar i syfte att uppfylla skall-kravet på offert av minst 95 procent av sortimentet. En sådan komplettering är uppenbart otillåten enligt LOU och får inte begäras eller beaktas av en upphandlande myndighet.

Invändningar mot utvärderingen av Menigos och Dafgårds anbud

Servera har även i målet gjort gällande att Menigos och Dafgårds anbud avseende varugruppen Djupfryst inte uppfyller det i förfrågningsunderlaget angivna skall-kravet att minst 95 procent av det efterfrågade sortimentet ska offereras i anbudet. Menigos och Dafgårds anbud skulle därför ha förkastats.

Vidare uppfyller inte heller Menigos anbud kravet att offerera minst 95 procent av det efterfrågade sortimentet vad gäller varugruppen Kolonial.

Vidare har Menigos anbud inte uppfyllt skall-kravet att priser ska anges som nettopriser, pris per kg/liter/styck. Menigos anbud avseende varugruppen Kolonial skulle därför ha förkastats.

Skada för Servera

Servera har inte tilldelats kontrakt avseende varugrupperna Djupfrost och Kolonial på grund av att Staden vid utvärderingen bedömt att Servera inte uppfyllt det ovan nämnda skall-kravet. Genom att särbehandla Menigo och Dafgård genom att medge undantag från det aktuella skall-kravet har Menigo och Dafgård åtnjutit en otillåten särbehandling till nackdel för Servera. Servera har därigenom betagits möjligheten att efter en förnyad upphandling eller på annat sätt leverera de aktuella varorna till Staden. Servera har därför lidit skada till följd av det Stadens förfaringsätt.

Servera ger bl.a. in ett e-postbrev den 6 maj 2010 från Staden och hänvisar till Generaladvokat Lenz yttrande EG-domstolens mål C87/94 och till Kammarrätten i Stockholms dom den 13 oktober 2005 i mål nr 4214-05.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Staden har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Leverantörerna har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt.

Stadens begäran om förtydligande och begäran om komplettering av anbud

Vid öppningen av anbuderna konstateras att ingen av anbudsgivarna hade lämnat anbud i enlighet med efterfrågat antal och storlekar på förpackningar. Staden gick därför ut med en begäran om förtydligande. I denna angavs vilken förpackningsstorlek och antalet förpackningar som anbudet skulle avse. Vidare förtydligas att tillåten avvikelse +/- 20 procent

tillämpas både på förpackningsstorlek som på antalet förpackningar. – Av anbudena framgick att samtliga anbudsgivare i större eller mindre utsträckning tolkat stadens krav ifråga om förpackningsstorlekar på ett felaktigt sätt. Staden gick därmed ut med en skrivelse i vilken kraven på förpackningsstorlekar vidhölls medan skrivningen om tillåten avvikelse förtydligades. En förpackningsstorlek avser såväl vikt per enhet som antal enheter. I förfrågningsunderlaget är det otydligt om avvikelseprocenten ska appliceras på vikt eller volym eller båda. I stadens skrivelse förtydligas att avsikten är att avvikelseprocenten ska tillämpas på båda parametrarna. Som en konsekvens av förtydligandet av förfrågningsunderlaget bereddes anbudsgivarna tillfälle att korrigera sina anbud.

Invändningar mot utvärderingen av Menigos och Dafgårds anbud

Av Menigos förtydligande framgår att Menigo uppfyllde ställda krav på antal enheter och förpackningsstorlekar vad gäller varugruppen Djupfryst.

Dafgårds anbud vad gäller varugruppen Djupfryst uppfyller ställda krav efter det förtydligande som gjordes.

Vad gäller Menigos anbud, varugruppen Kolonial, är det uppgifterna som inkommit efter Stadens begäran om förtydligande som legat till grund för prövningen av anbudet. Anbudet uppfyller ställda krav.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU i tillämplig lydelse är följande föreskrivet. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 9 kap. 8 § LOU är föreskrivet 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.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Uppställda krav får inte frångås.

Stadens begäran om förtydligande

Av utredningen framgår att Staden bedömt att inget av i upphandlingen ingivna ursprungliga anbud uppfyllde kravet på att offerera minst 95 procent av det efterfrågade sortimentet vad gäller i målet aktuella varugrupper. Sökanden har i målet gjort gällande att stadens begäran om förtydligande innebär en otillåten förändring av förfrågningsunderlaget. Vad gäller denna fråga gör förvaltningsrätten följande överväganden.

Av punkten 1.3.2 i förfrågningsunderlaget framgår att förpackningsstorlekar får avvika från angivna förpackningsstorlekar med upp till 20 procent vad gäller vikt/volymer. Annat framgår inte än att avvikelse på +20 avser de olika egenskaper hos varorna som är att hänföra till varornas förpackningsstorlek. Staden har i och för sig anfört att förfrågningsunderlaget varit otydligt i detta avseende och att Staden i sin skrivelse förtydligat

att avsikten är att avvikelseprocenten ska tillämpas på båda parametrarna. De exempel på tillåtna avvikelser från angivna förpackningsstorlekar som getts i stadens begäran om förtydligande kan enligt förvaltningsrättens mening emellertid rymmas inom tillåtna avvikelser enligt förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten kan därför inte se annat än att begäran om förtydligande i den delen syftat till att fästa anbudsgivarnas uppmärksamhet på vad som redan gällde ifråga om enligt förfrågningsunderlaget tillåtna avvikelser från angivna förpackningsstorlekar. Vad Servera har anfört och åberopat medför därför inte att Staden genom begäran om förtydligande förändrat sitt förfrågningsunderlag i upphandlingen. Grund för ingripande enligt 16 kap. LOU föreligger därför inte av den anledningen.

Komplettering av anbud

Servera har vidare gjort gällande att staden tillåtit kompletteringar av anbud i strid med 9 kap. 8 § LOU. I denna del gör förvaltningsrätten följande bedömning.

De förändringar av ingivna anbud som gjorts med anledning av stadens begäran om förtydligande är inte sådana uppenbara fel som avses i 9 kap. 8 § första stycket LOU och som upphandlande myndighet får tillåta att anbudsgivare rättar. Staden har därför inte med stöd av detta lagrum ägt tillåta att anbudsgivarna reviderar sina anbud för att sedan beakta dessa revideringar vid sin utvärdering.

Vidare har Staden i e-postbrev den 6 maj 2010 besvarat en fråga med anledning av Stadens "begäran om förtydligande" enligt följande.

Vi önskar förtydligande på nedanstående mening. Vad betyder korrigerig, är det att vi får byta ut produkt, förpackningsstorlek och även pris på de produkter som ej stämmer överens med ert förtydligande.

Svar: Ja.

Staden har således bekräftat att anbudsgivare genom begäran om förtydligande ges möjlighet att byta ut produkt, förpackningsstorlek och pris på angivna produkter. Mot denna bakgrund kan inte heller de förändringar av ingivna anbud som skrivelsen resulterat i anses utgöra kompletteringar i LOU:s mening, eftersom det innebär att tidigare lämnade uppgifter ändras och ersätts av nya uppgifter. Staden har därför inte heller med stöd av 9 kap. 8 § andra stycket LOU ägt begära att anbudsgivare korrigerar sina ingivna anbud på sätt som gjorts.

Korrigeringarna har uppenbarligen haft avgörande betydelse för resultatet av utvärderingen och möjligheten att slutföra upphandlingen i nu aktuella anbudsområden. Genom att vid utvärderingen ta hänsyn till dessa förändringar av anbuden genomför Staden upphandlingen i strid med LOU.

Skada för Servera

Det konstaterade felet i upphandlingen har påverkat Serveras möjlighet att avge ett konkurrenskraftigt anbud och Servera riskerar därför att lida skada.

Sammanfattning

De kompletteringar som staden i strid med LOU begärt och därefter beaktat vid sin utvärdering är i och för sig att hänföra till anbudsutvärderingen och inte till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Med hänsyn till omständigheterna i målet, särskilt det förhållande att det i målet är ostridigt att några anbud som uppfyllde samtliga i upphandlingen ställda krav inte getts in, saknas emellertid möjlighet att förordna om rättelse. Upphandlingen i nu aktuella delar måste därför göras om.

Vid denna utgång saknas anledning att pröva Serveras övriga invändningar i målet.

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



Susanne Bagge
Rådman

Föredragande var Henrik Grönberg.



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