



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-04-05
Meddelad i Stockholm

Mål nr
5665-12
Enhet 17

SÖKANDE

Selecta AB, 556069-3318
Ostmästargatan 5
120 90 Årsta

Ombud: Jur.kand. Magnus Kylhed
Kylhed Juridik
Lövängsvägen 11
187 30 Täby

MOTPART

Haninge kommun, 212000-0084
136 81 Haninge

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2012-04-10	
Avd	
Dnr	
Doss	Altbil

BAKGRUND OCH YRKANDEN M. M.

Haninge kommun (kommunen) genomför en upphandling av kaffeautomater. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande. Enligt tilldelningsbeslut meddelat den 7 mars 2012 har Haninge kommun antagit annat anbud än anbudet från **Selecta AB (Selecta)**.

Selecta yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att Haninge kommuns upphandling får avslutas först sedan rättelse gjorts. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget sammanfattningsvis följande. Kommunen har genom att anta ett anbud trots att detta inte har uppfyllt de ska-krav som ställts av kommunen brutit mot LOU och den upphandlingsrättsliga principen om likabehandling. Ett uppställt ska-krav har bestått i att anbudsgivaren under de tre senaste åren ska ha utfört minst tre liknande uppdrag som beskrivs i förfrågningsunderlaget. Av det vinnande bolagets anbud framgår att bolaget inte uppfyller detta ska-krav, då tre liknande uppdrag inte har angivits. Bolaget har endast refererat till två uppdrag. Visserligen har de hänvisat till två olika kontaktpersoner från samma myndighet, men det kan aldrig vara detsamma som att det handlar om två olika uppdrag. Det vinnande bolaget har härigenom inte uppfyllt det aktuella ska-kravet. Att under de förutsättningarna anta anbudet istället för att förkasta det strider mot likabehandlingsprincipen.

Kommunen har i sitt anbudsformulär särskilt angivit att såväl mellanrostat som mörkrostat kaffe ska kunna beställas utan prisskillnad. Av det vinnande bolagets ursprungliga anbud framgår att bolaget endast har offererat en typ av kaffe då det endast finns ett artikelnummer angivet. Det är uppenbart att två olika kaffesorter inte kan ha samma artikelnummer. Efter att **Selecta** påpekat den uppenbara bristen i anbudet att endast en typ av kaffe hade offererats fick **Selecta** en ny version av anbudet sänt till sig. Av detta

anbud framgår att bolaget efter någon form av komplettering/ändring av anbudet hade offererat två olika sorters kaffe, alltså två artikelnummer, av de olika efterfrågade varianterna. Bolaget har givits möjlighet att efter anbudstidens utgång ändra sitt anbud. Detta är uppenbart i strid mot lika-behandlingsprincipen och ett brott mot LOU.

Kommunen kan genom sitt sätt att ställa krav avseende ett medvetet och genomtänkt kvalitets- och miljöarbete komma att tvingas utesluta en anbudsgivare som har alla efterfrågade certifieringar eller ett eget motsvarande system medan en anbudsgivare som inte tar några som helst miljöhänsyn i sin verksamhet istället kan komma att antas. Detta är ett oproportionerligt ställande av ska-krav i en upphandling.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning. Till stöd för talan anförs sammanfattningsvis följande. Upphandlingsprocessen har följts helt enligt förfrågningsunderlaget och de EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling har inte trätts för när. Kommunen har inte ställt några krav på att de tre referenser på liknande uppdrag som ska uppges ska avse tre olika juridiska personer. Kommunen bedömer att de två referenter inom samma myndighet som angivits i det vinnande bolagets anbud är separata beställare varför kommunen anser att kravet på tre referenser avseende liknande uppdrag är uppfyllt.

Det vinnande bolaget har i sitt anbud lämnat ett och samma artikelnummer i sitt svar på efterfrågade positioner i prisbilagan. Kommunen har i kvalificeringsfasen haft samtal med bolaget där de muntligt fått avge ett förtydligande till varför ett och samma artikelnummer lämnats. Bolaget har intygat att offererat kaffe gäller båda efterfrågade kaffesorter i enlighet med uppställda krav.

Kommunen ställer krav på att kvalitets- och miljödeklarationer ska fyllas i av anbudsgivaren. Några ska- eller börkrav har dock inte ställts på anbudsgivarens kvalitets- och miljöarbete. Det vinnande bolaget har genom sina lämnade svar uppfyllt kraven.

Selecta anför vidare i huvudsak följande till stöd för sin talan. Det är inte korrekt som påstås av kommunen att anbudsgivarna skulle ange tre referenser på liknande uppdrag. Kommunen har ställt som ska-krav att anbudsgivaren ska ha utfört minst tre liknande uppdrag. En upphandlande myndighet ådrar sig en skyldighet att kontrollera att av anbudsgivare lämnade uppgifter i sig är riktiga när det uppkommit anledning att ifrågasätta uppgifternas riktighet.

Vad gäller frågan om att förtydliga eller komplettera ett anbud efter anbudstidens utgång är detta en möjlighet som ska utnyttjas ytterst restriktivt eftersom det uppenbart riskerar att bryta mot likabehandlingsprincipen. Det vinnande bolaget har inte förtydligat sitt anbud utan istället tillfört helt nya sakuppgifter till sitt ursprungligen ofullständiga anbud.

Vad gäller kvalitets- och miljödeklarationer är det inte frågan om det vinnande bolaget har uppfyllt ett ska-krav eller ej som är relevant i denna del. Det är frågan om proportionalitet i ställande av krav som aktualiseras.

Kommunen anför vidare att de två referenterna inom samma myndighet är separata beställare, de arbetar på olika förvaltningar och är placerade på olika adresser inom myndigheten.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. 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 beaktas.

Enligt 1 kap. 9 a § bör upphandlande myndigheter beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Av 9 kap. 8 § framgår 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.

I tillämplig lydelse av 16 kap. 5 § LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principer som återfinns i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU 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 gjorts.

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlagets bilaga "Kvalificering. anbudsgivare" framgår bland annat följande:

Anbudsgivaren ska under de tre senaste åren ha utfört minst tre liknande uppdrag som beskrivs i förfrågningsunderlaget.

Kvalitetsdeklaration ska lämnas i bilagan Anbudsblankett.

Miljödeklaration ska lämnas i bilagan Anbudsblankett.

Av kravspecifikation framgår bland annat följande:

Såväl mellanrost som mörkrost kaffe ska kunna beställas utan prisskillnad.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att pröva om det vinnande bolaget uppfyllt kommunens uppställda ska-krav att anbudsgivaren under de tre senaste åren ska ha utfört minst tre liknande uppdrag som beskrivs i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten har även att pröva om det vinnande bolaget uppfyllt kravet på att såväl mellanrostat som mörkrostat kaffe ska kunna beställas utan prisskillnad samt om bolagets justering i detta hänseende varit tillåten. Slutligen har förvaltningsrätten att pröva om kommunens krav avseende kvalitets- och miljöarbete uppfyller kravet på proportionalitet.

Av det vinnande bolagets anbud framgår att två referenter inom samma myndighet angivits. Kommunen har anfört att de ser dessa som två separata beställare. Det har inte uppställts något ska-krav på att dessa referenser ska avse olika juridiska personer. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att det vinnande bolaget genom sina angivna referenter har uppfyllt det av kommunen uppställda ska-kravet.


Av prisbilagan som anbudsgivarna haft att fylla i vid lämnande av anbud framgår att kaffesorterna mellan- och mörkrost angivits på samma rad. Det har funnits en korresponderande kolumn för artikelnummer. Det vinnande bolaget har i sitt anbud endast angivit ett artikelnummer i denna kolumn. Bolaget har därefter tillåtits justera detta så att två olika artikelnummer angivits. Förvaltningsrätten anser att det vinnande bolaget uppfyllt ska-kravet i denna del samt att kompletteringen varit tillåten enligt LOU. Risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning har inte förelegat.

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som

eftersträvas. Förvaltningsrätten finner att kommunens krav gällande kvalitets- och miljöarbete varken är oproportionerligt eller i strid mot någon av de andra principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten inte anledning att ingripa mot upphandlingen enligt LOU. Ansökan ska avslås.

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



Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande har varit Sara Uhrbom.



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 rättslämpningen 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 uppgive 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.