



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Mikael Wiktorsson
Föredragande

DOM
2013-05-23
Meddelad i
Jönköping

FÖR KÄNNEDOM Mål nr
6456-12

SÖKANDE

Martin & Servera AB, 556233-2451
112 89 Stockholm

Ombud: Stig Hermansson
Martin & Servera AB
112 89 Stockholm

MOTPARTER

1. Gislaveds kommun, Upphandlingsenheten
Stortorget 1
332 80 Gislaved

2. Gnosjö kommun
335 80 Gnosjö

3. Stiftelsen Gisleparken, 828500-3623
Gröna vägen 39
332 33 Gislaved

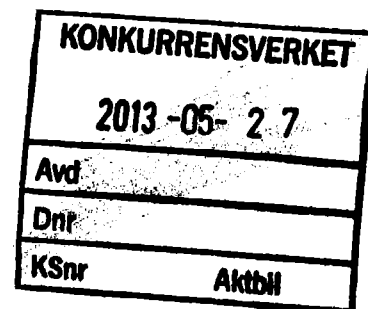
Ombud för 1-3: Advokat Johan Tollgerdt och Jür.kändr Annika Andersson
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Martin & Servera AB:s ansökan om åtgärder enligt LOU.



Dok.Id 96963

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

DOMENS INNEHÅLL

Den här domen är indelad i följande avsnitt

- Bakgrund – en redogörelse för upphandlingen
- Yrkande – hur sökanden vill att förvaltningsrätten ska döma
- Vad parterna anför i förvaltningsrätten
 - Parternas anföranden är indelade i underrubriker
- Skälen för förvaltningsrättens avgörande

BAKGRUND

Gislaveds kommun genomförde gemensamt med Gnosjö kommun och Stiftelsen Gisleparken (kommunerna) upphandling benämnd ”Anbud-Livsmedel 12-205-21” (upphandlingen) avseende succesiva leveranser av livsmedel omfattande nio produktområden till kommunernas beställande enheter. Upphandlingen inleddes som ett öppet förfarande enligt reglerna i LOU och avslutades genom tilldelningsbeslut den 6 december 2012.

Av tilldelningsbeslutet framgår att samtliga 11 anbudsgivare klarat kvalificeringsfasen och gått vidare till utvärdering. Av underrättelsen framgår vidare att upphandlingen övergick till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap 5 § 1 p. LOU i fråga om produktgrupp 15.1-15.4 ”Köttprodukter” då inga anbud inkommit i denna del samt ifråga om punkt 5.5 Leveransvillkor för produktområdet ”Huvudleverantör” då lämpliga anbud saknats. Förhandling genomfördes med de två leverantörer som lämnat anbud på produktområdet ”Huvudleverantör”. Enligt tilldelningsbeslutet har kommunerna för avsikt att teckna kontrakt med Menigo Foodservice AB (Menigo) i fråga om ”Livsmedel från huvudleverantör” produktgrupp 1-14 samt den i detta avseende numera tillagda produktgruppen 15 ”Köttprodukter”.

YRKANDEN

Martin & Servera AB (Martin & Servera) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen i fråga om produktområdena 1-15, (öppen och förhandlad upphandling) ska göras om eftersom upphandlingen inte uppfyller kraven på transparens, icke-diskriminering och likabehandling. Martin & Servera har därmed lidit skada eller kan komma att lida skada.

Kommunerna bestrider bifall till Martin & Serveras ansökan om överprövning och yrkar för egen del att ansökan om överprövning ska avslås. Upphandlingen har gjorts korrekt. Om det har funnits felaktigheter är dessa endast av ett mindre slag som måste accepteras. Martin & Servera har inte lidit skada.

VAD PARTERNA ANFÖR

Martin & Servera

Övergången till ett förhandlat förfarande utan annonsering har lett till brister i de krav som ställs i LOU. Vidare har kommunerna tillåtit vinnande leverantör att byta ut produkter som tidigare lagts anbud på. Slutligen har det funnits brister i produktutvärderingen så att priserna för olika produkter inte blivit jämförbara. Även andra fel har funnits i utvärderingen av anbudet. Upphandlingen har inte skett med transparens, icke-diskriminering och likabehandling. Martin & Servera har därmed, liksom övriga anbudsgivare – även de som valt att inte delta i varugrupp 15 – lidit skada eller kan komma att lida skada. Upphandlingen vad gäller varugrupperna 1 – 15 ska därför göras om.

Martin & Serveras inställning i respektive invändning mot upphandlingen redogörs för under de olika rubrikerna nedan

1. Övergång till förhandlat förfarande utan annonsering

Kommunerna har i denna livsmedelsupphandling angett att anbuden kommer att utvärderas med lägsta pris. När en upphandlande myndighet ska avgöra en upphandling med kriteriet lägsta pris, krävs att myndigheten har klargjort samtliga krav som gäller för upphandlingen och klargjort att dessa går att utvärdera.

Så har inte skett. Det har varit oklarheter rörande a) leveransvillkoren, b) förändringar av de varugrupper som ursprungligen angavs i förfrågningsunderlaget, c) nytt datum för beräkning av baspris för varorna.

a) Oklara leveransvillkor

Vid anbudsöppnandet konstaterade upphandlande myndighet att villkoren för leveransgränser och leveransavgifter inte fanns i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna fick istället ställa helt egna villkor, villkor som inte skulle utvärderas. Det ledde till att en utvärdering mot lägsta pris blev omöjlig.

När kommunerna upptäckte sitt misstag i förfrågningsunderlaget, beslutade man att övergå till förhandlat förfarande utan annonsering. Man ställde villkoret att leverans skulle vara fri för varuvärden som översteg 1 000 kr och att en leveransavgift om 100 kr skulle utgå för varuvärden därunder. Leveranskraven gjordes till obligatoriska ska-krav för produktgrupperna 1 – 15.

Kommunen motiverade sin övergång till förhandlad upphandling i dessa delar med att något anbud inte kommit in i leveransdelen, 4 kap. 5 § 1 p. LOU. Bestämmelsen är dock inte tillämplig eftersom grunden till förändringen är ett oklart förfrågningsunderlag.

En övergång till förhandlat förfarande utan annonsering är endast tillåtlig om "*och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt*", LOU 4 kap. 5 § 1 p. Martin & Servera kan inte se annat än att kommunerna här gör en väsentlig ändring av villkoren gentemot villkoren i förfrågningsunderlaget, när man gör skall-krav av det som tidigare var enbart en begärd uppgift och som inte skulle utvärderas.

Martin & Servera anser även att denna hantering står i strid mot LOU, då det inte är leverantörerna som felat, med orena anbud, utan det är kommunerna som inte skapat det klara förfrågningsunderlag som transparensprincipen i LOU klart anger, om att förfrågningsunderlagen ska vara klara och tydliga och innehålla samtliga krav på det som upphandlas.

b) Förändring av varugrupper

När kommunerna öppnat samtliga anbud framkom att de ställda kraven i varugrupperna 15.1–15.4, gjort det omöjligt för samtliga leverantörer på marknaden, att lämna anbud på varugrupperna. Inga anbud hade inkommit på dessa produktgrupper.

Då anbud saknades fattade kommunerna beslut om att tillgripa förhandlad upphandling enligt LOU 4 kap. 5 § 1 p. LOU. Produktgrupperna 15.1-15.4 slogs samman till en gemensam produktgrupp 15.

Samtidigt gjorde kommunerna det obligatorisk för de grossister som lämnat anbud på produktgrupp 1-14, att – om de ville kunna antas som huvudleverantör - även lämna anbud avseende produktgrupp 15. Datum för nytt anbud angavs till den 3 juli 2012, ett datum som senare ändrades till den 23 augusti 2012. Dessutom ställs övriga ev. intresserade leverantörer utanför möjligheten att lämna anbud på kött till kommunerna, som nu blir förbehållet huvudleverantör, trots att kommunerna nu aviserar förändringar av skall-kraven för produkterna.

Genom att förändra kraven på så sätt att de båda grossister som lagt anbud som huvudleverantör, nu kunde komma in med anbud avseende produktgrupp 15, uteslöts eventuellt andra leverantörer. För produktgrupp 15 har således villkoren i upphandlingen förändrats väsentligt, vilket strider mot 4 kap 5 § 1 p. LOU.

c) Nytt basprisdatum

I upphandlingen anges basprisdatum till 16 april 2012, vilket efter anbudsinlämning i samband med övergången till förhandlad upphandling förändrades till den 26 juni för samtliga flikar. Martin & Servera ställde då en fråga angående detta och fick via e-post den 25 juni följande svar:

För produktgrupp/flik 1-14 är basprisdag 2012-04-16

För produktgrupp/flik 15 är basprisdag 2012-06-26

Vid kontroll av kommunernas utvärdering visade det sig att samtliga produktgrupper 1-15 är utvärderade med den 26 juni 2012, som basprisdag. Detta framgår av kopierad första sida av produktspecifikationen per produktgrupp, som använts vid utvärderingen. Här framgår klart att kommunerna utvärderat samtliga produktgrupper med basprisdatum den 26 juni 2012.

Transparensprincipen i LOU anger att alla krav ska vara klara och tydliga och givetvis ska upphandlande myndighet utvärdera helt efter givna krav. Den information som kommunerna lämnade den 25 juni 2012 måste vara den information som sedan används vid utvärderingen.

Bevisligen blev det inte så i denna upphandling, utan kommunerna har enligt utvärderingsunderlagen utvärderat produktgrupp 1-14 med basprisdag 26 juni 2012. Detta strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Att utvärderas på rätt basprisdag har stor betydelse för grossister i livsmedelsupphandlingarna, då en grossist inte har hela prisutvecklingsbilden under kontroll. I denna upphandling innebär det att antagen leverantör får ändra priset vid första prisändringstillfälle, men enbart från basprisdatum den 26 juni. De prisändringar som producenterna genomfört mellan den 16 april och 26 juni kommer inte grossisten att få ta hänsyn till. Martin & Servera har följt kommunernas anvisningar och räknat med prisförändringar från den 16 april på produktgrupperna 1-14.

Att kommunerna nu utvärderar på annat basprisdatum än det man på senaste meddelandet anger är klart vilseledande och Martin & Servera anser att det är ostridigt att förvaltningsrätten måste döma kommunerna till att göra om upphandlingen.

2. Anbudsprövningen

a) Produktjustering

När kommunerna den 14 juni 2012 meddelade beslutet om förhandlat förfarande utan föregående annonsering på upphandlingen, meddelade man att inga förändringar av produktkrav gjorts på produktgrupp 1-14, utan detta fanns enbart i produktgrupp 15. Det som ändrats var nya leveransvillkor och i detta läge även basprisdatum (som senare ändrades) att ta hänsyn till och göra eventuella prisjusteringar i från.

I samband förändringen skriver kommunerna: ”*Vi ber er härmed att ni justerar era tidigare inlämnade uppgifter utifrån ovanstående förutsättningar* “. Eftersom det enbart blev leveransvillkor som förändrats på produktgrupperna 1-14, anser Martin & Servera det klarlagt att ovanstående justeringar gentemot de förutsättningar som kommunerna angivit i sin skrivning enbart kan generera prisjusteringar på lagda produkter i de inlämnade anbuden för produktgrupperna 1-14. Vid kontroll av kommuner-

nas utvärdering av Menigos anbud, framkommer att Menigo i produktgrupp 6 "Fågel", bytt ut produkter på tre positioner (Position 6.3, 6.6 och 6.19).

Eftersom inte möjligheten att justera produkter på anbuden medgetts av kommunerna, ska detta givetvis stoppas vid utvärderingen. Så har inte skett utan kommunerna har i utvärderingen godkänt de nya produkterna som Menigo bytt ut. Detta strider mot likabehandlingsprincipen i LOU. Om kommunerna nu anser att man med citatet ovan även inkluderar att det är tillåtet att byta ut produkter på avtalet, anser Martin & Servera att eftersom denna uppgift inte kan utläsas i förändringsbeskeden den 14 juni och den 20 juni 2012, strider detta mot transparensprincipen i LOU, då det inte klart angivits vad som gäller.

b) Brister i kommunernas produktutvärdering

I upphandlingen har kommunerna inte behandlat samtliga anbudslämnare enligt likabehandlingsprincipen. Vid utvärdering av produktpositioner har Martin & Servera fått belastningspris på ett antal positioner som Menigo fått godkända och även tvärt om. Detta trots att den lagda produkten är av samma varumärke med samma artikelnummer. Detta visar att kommunerna inte lyckats med att göra utvärdering på sina egna skall-krav.

Utöver detta förekommer de en mängd felaktigheter i utvärderingen, varav kan nämnas följande exempel:

Felaktigt offererade produkter från Menigo (position 4.14, 4.20 och 6.5).
Positioner där Menigo besvarat upphandlingen med felaktigt jämförpris men ändå blivit godkända (position 14.1-14.3 och 14.15).

Positioner där Martin & Servera felaktigt erhållit belastningspris (position 3.25, 5.10, 7.71, 10.16 och 15.63).

Positioner där båda grossisterna lagt anbud av samma varumärke och artikelnummer men enbart en blivit godkänd (position 2.7, 3.22, 4.10, 5.5, 5.6, 7.50, 7.51, 8.10 och 8.11).

Nivån på antal felaktigheter gör det omöjligt att under den korta avtalssparren, ens beräkna. Dessutom saknar det betydelse då Martin & Servera anser att övriga avvikelser i upphandlingen strider gentemot LOU och innebär att upphandlingen ändå måste göras om.

Kommunerna

Kommunerna har genomfört den aktuella upphandlingen i enlighet med LOU och i enlighet med förfrågningsunderlaget och kompletteringarna därtill. Förfrågningsunderlaget följer bestämmelserna i LOU och står inte i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Martin & Servera har inte lidit och kan inte komma att lida någon skada. En eventuell brist i upphandlingen är under alla förhållanden inte av sådan art och dignitet att åtgärd enligt 16 kap. LOU är motiverad.

Upphandlingen avser successiva leveranser av livsmedel till kommunernas samtliga beställande enheter. Totalt omfattas drygt 920 produkter av upphandlingen, varav cirka 760 produkter faller inom ramen för huvudleverantörens åtagande (produktgrupperna 1-15). Mot bakgrund av det stora antalet produkter som omfattas är det ofrånkomligt att mindre avvikelser kan uppstå vid prövningen av anbud och vid sammanräkningen av pris i utvärderingen. Under förutsättning att detta inte påverkar det slutliga utfallet i upphandlingen får sådana mindre avvikelser accepteras. Följande kan därför anföras i fråga om:

1. Övergång till förhandlat förfarande utan annonsering

a) Oklara leveransvillkor

Vid den inledande anbudsprövningen konstaterade kommunerna att Martin & Servera och Menigo offererat helt olika leveransvillkor. Leveransvillkoren utgör inte en del av det pris som kommunerna skulle utvärdera i Upphandlingen (lägsta pris). Om anbudsgivarnas respektive leveransvillkor accepterades skulle det i praktiken innebära att det anbud som hade lägst pris inte skulle komma att vinna upphandlingen. Kommunerna beslutade därför att med stöd av 4 kap. 5 § 1 p. LOU övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Detta eftersom det inte inkommit några lämpliga anbud.

Vad som utgör ett olämpligt anbud har i den juridiska litteraturen bland annat angetts vara att anbudet är för dyra eller innehåller olämpliga utföranden. Detta är dock endast exempel på vad som kan anses utgöra ett olämpligt anbud. Kommunerna har, vid en objektiv bedömning, funnit att de inkomna anbudet inte är lämpliga i den mening som avses i 4 kap. 5 § 1 p. LOU. Härvid kan även jämföras med den praxis som finns avseende avbrytande av upphandlingar. EU-domstolen har i mål C-244/02 uttalat att en upphandlande myndighet kan avbryta en upphandling om myndigheten efter bedömning av anbudet insett att myndigheten, med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget, inte har möjlighet att välja det bästa anbudet.

Det kan visserligen konstateras att det nu beskrivna förfarandet i och för sig är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Mot bakgrund av att marknaden för livsmedelsupphandlingar i praktiken är ett oligopol med de två anbudsgivarna som ensamma storleverantörer fann kommunerna att det var bäst för såväl kommunerna som för anbudsgivarna att övergå till förhandlat förfarande snarare än att avbryta upphandlingen

och att göra om den från början (vilket man i och för sig skulle varit berättigade till).

b) Förändring av varugrupper

I samband med att Kommunerna övergick till förhandlat förfarande gjordes ytterligare en förändring. Förändringen bestod i att produktgrupp 15 lades till som obligatorisk för huvudleverantören. Vissa mindre förändringar avseende produktgruppen gjordes i samband med övergången. De aktuella förändringarna är endast marginella och innebär exempelvis att ytterligare några ekologiska produkter lyfts in.

c) Nytt basprisdatum

I förfrågningsunderlaget angavs ursprungligen den 16 april 2012 som basprisdatum för eventuella prisjusteringar. Basprisdatumet ändrades i samband med övergången till den 26 juni 2012 för produktgrupperna 1-15. Efter en korrigering ändrades datumet för produktgrupp 1-14 återigen på så sätt att det angavs att den 16 april 2012 alltså skulle gälla som basprisdatum för dessa produktgrupper. I samband med denna korrigering skickades dock ingen uppdaterad produktspecifikation ut (sådan produktspecifikation med det aktuella datumet hade skickats redan tidigare). Detta har dock medfört att Martin & Servera fyllt i den produktspecifikation som anger den 26 juni 2012 som basprisdatum för samtliga produktgrupper. Utvärderingen har dock, i motsats till vad Martin & Servera har anfört, i enlighet med vad som angivits i den korrigering som skickats ut gjorts med den 16 april 2012 som basprisdatum för produktgrupp 1-14 och med den 26 juni 2012 som basprisdatum för produktgrupp 15.

Sammanfattningsvis kan konstateras att ovanstående förändringar och justeringar som genomfördes vid övergången från öppet förfarande till förhandlat förfarande utan föregående annonsering, i enlighet med vad som

ovan angivits, inte har medfört någon väsentlig ändring av upphandlingen eller villkoren för kontraktet.

2. Anbudsprövning

De inkomna anbuden har prövats i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Först har de formella kraven på anbudets form och innehåll prövats jämte kontroll av respektive anbudsgivares uppfyllande av skall-krav. Båda anbuden har kvalificerats för utvärdering. I utvärderingen har de av anbudsgivarna angivna priserna räknats samman och slutsummorna jämförts. Det kan särskilt poängteras att anbuden har prövats var för sig mot de i Förfrågningsunderlaget uppställda kraven och att det är först vid jämförelsen av slutsumma som anbuden prövats mot varandra. Vid utvärderingen har det konstaterats att Menigos anbud har lägst pris.

a) Produktjustering

De tre produkter som Martin & Servera menar har bytts ut, uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav och kommunerna har därmed varit förhindrade att förkasta Menigos anbud på denna grund.

b) Brister i kommunernas produktutvärdering

Martin & Servera har i ansökan om överprövning anfört att Martin & Serveras och Menigos anbud har givits olika "belastningspriser" trots att man på en och samma post angett lika produkter. Kommunerna har vid en kontroll kunnat konstatera att så också varit fallet. Bakgrunden till att sådan skillnad kan uppkomma beror på att anbuden prövas i förhållande till de i förfrågningsunderlaget ställda kraven och inte i förhållande till varandra. Detta är givetvis olyckligt men, med hänsyn till den mänskliga faktorn och med hänsyn till det stora antalet produkter som ingår i upphandlingen, måste sådan mindre avvikelse kunna accepteras. Som närmare anges nedan har utfallet i upphandlingen inte påverkats av detta. Kommunerna har, mot bakgrund av vad Martin & Servera anfört i fråga om brister i utvärderingen

i ansökan om överprövning, gjort en förnyad genomgång av de båda inkomna anbuden och kunnat konstatera att det funnits vissa skillnader mellan anbuden. Enligt sammanställningen skulle Menigos anbud rätteligen fått en slutsumma som är 109 925 kronor högre än tidigare framräknad slutsumma och Martin & Serveras anbud fått en slutsumma som är 54 465 kronor högre än tidigare framräknade slutsumma. Eftersom skillnaden mellan Menigos anbud och Martin & Serveras anbud oaktat denna omräkning är drygt 558 000 kronor (13 405 058,65 kronor för Menigos anbud respektive 13 963 508,02 kronor för Martin & Serveras anbud), har "felräkningen" inte medfört att Martin & Servera lidit eller kunnat riskera lida skada på grund av detta

3. Övergång till förhandlat förfarande

Om kommunerna, istället för att övergå till förhandlat förfarande, hade fortsatt med det öppna förfarandet, hade anbudsutvärderingen fått samma utfall. Vid en jämförelse av Martin & Serveras och Menigos anbud innan övergången till förhandlat förfarande (dvs. anbuden per den 16 maj 2012) uppgick slutsumman för Martin & Serveras anbud till 9 505 253,72 kronor och slutsumman för Menigos anbud till 8 808 262,53 kronor (observeras bör dock att slutsummorna inte innehåller några belastningspriser). Således skulle Menigos anbud ha antagits även om man inte övergått till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Martin & Servera har således inte lidit eller kunnat riskera att lida skada på grund av övergången.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 4 kap. 5 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster bl.a. om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

I 16 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter som sökanden har anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU. De i lagrummet angivna principerna grundar sig på de gemenskapsrättsliga grundläggande principerna om likabehandling, ickediskriminering och öppenhet (transparens).

Likabehandlingsprincipen syftar, förutom allmänna rättssäkerhetsskäl, till att förhindra att en snedvriden konkurrens uppkommer. Upphandlingen får inte gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt sätt och anbudsgivarna ska ges lika möjligheter att utarbeta sina anbud samt behandlas lika när anbudena provas. Hänsyn måste då även tas till leverantörer som

valt att inte lämna anbud. Dessa kan ha valt att avstå på grund av att de inte anser sig kunna klara den upphandlande enhetens krav. Öppenhetsprincipen, eller transparensprincipen, innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet (se bl.a. prop. 2006/07:128 s. 154 ff).

Övergång till förhandlat förfarande

Förvaltningsrätten har i första hand att ta ställning till om kommunerna har haft rätt att använda sig av förhandlat förfarande vid aktuell upphandling.

Martin & Servera har gjort gällande att grunden för övergång till förhandlat förfarande inte utgörs av olämpliga anbud utan att det istället är fråga om ett oklart frågeformulär. Därutöver anförs att de ursprungliga villkoren i förfrågningsunderlaget i samband med övergången till förhandlat förfarande förändrats på sådant sätt att det är fråga om en väsentlig förändring.

I målet är ostridigt att frågeformulärets formulering gällande villkoren för transporter, punkt 5.5, lett till att olikheter i respektive anbudsgivares leveransvillkor i fråga om produktgrupperna 1-14 har kunnat medföra att lägsta pris enligt kommunernas utvärderingsmodell inte skulle komma att antas. Det kan därför konstateras att det föreligger ett behov att förändra leveransvillkoren i förfrågningsunderlaget på sådant sätt att en utvärdering enligt lägsta pris inte skulle påverkas av dessa villkor.

Vad som ska anses utgöra ett olämpligt anbud framgår varken av direktiv eller av förarbeten. I LOU saknas även, beträffande förfrågningsunderlag, såväl detaljerade regler i fråga om utformning som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering. En övergång till ett förhandlat förfarande utan annonsering utgör en undantagssituation och möjligheten ska utnyttjas restriktivt (jfr EU-domstolens dom i målen C-20/01 och C-28/01).

En ytterligare förutsättning för en sådan övergång är att de ursprungliga villkoren för avtalet inte har ändrats väsentlig.

De omständigheter som enligt kommunerna ligger till grund för en övergång till förhandlat förfarande utan annonsering avseende produktgrupperna 1-14 är i huvudsak hänförliga till utformningen av förfrågningsunderlaget. Detta sammantaget med att en sammanslagning av skett av produktgrupperna 14 och 15 får anses innebära en sådan väsentlig förändring av de ursprungliga kontraktsvillkoren enligt LOU:s mening att en övergång till förhandlat förfarande får anses ha skett i strid med 4 kap. 5 § 1 LOU.

Det kan inte uteslutas att det kan ha funnits leverantörer som skulle ha varit intresserade av att lämna anbud om de vetat att produktgruppen 15 skulle ingå i huvudleverantörgruppen 14 och att de genom kommunernas förfarande riskerat lida skada eller komma att lida skada. Det kan emellertid konstateras att Martin & Servera på samma sätt som Menigo inbjudits till det förhandlade förfarandet och beretts möjlighet att förändra sitt anbud i enlighet med de uppgifter som tillkommit. Det har inte framkommit annat än att Martin & Servera tagit del av dessa förutsättningar samt även inom skälig tid kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud som vid detta tillfälle tagits upp till slutlig utvärdering. Martin & Servera bedöms därför inte ha lidit sådan skada som medför att det finns anledning att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Nytt prisbasdatum

Martin & Servera har gjort gällande att kommunerna i enlighet med utvärderingsunderlagen utvärderat produktgruppen 1-14, med basprisdag den 26 juni 2012 istället för den 16 april 2012. Av handlingarna i målet framgår att anbudsgivarna genom meddelande från kommunerna fått ett klarläggande gällande det basprisdatum för produktgruppen 1-14 som skulle gälla. Det finns inget i vad Martin & Servera anfört som motsäger de uppgifter

kommunerna lämnat om att utvärderingen skett i enlighet med det tidigare datumet, även om underlaget för utvärderingen utgjorts av den blanketten med datum den 26 juni 2012. Med beaktande härav finner förvaltningsrätten inte grund för ingripande enligt LOU på denna grund.

Anbudsprövningen

Vid övergången till ett förhandlat förfarande har kommunerna i skrivelse den 14 juni 2012 angett förutsättningarna för fortsättningen på upphandlingen. I skrivelsen anges att anbudsförutsättningarna i förhandlingen är samma som tidigare samt att produktgrupp 15.1-15.4 numera ingår i kategorin för huvudleverantör och att leveransvillkoren fastställs. Därutöver anges att det skett förändringar produktgrupp 15. Anbudsgivarna har därefter ombetts att komma in med justerade uppgifter enligt vad som framgår av dessa förutsättningar.

På det sätt villkoren formulerats kan det inte ifrågasättas att sammanslagningen skulle komma att medföra ändrade beräkningar gällande båda produktgrupperna. Det finns inget i kommunernas skrivelse som skulle kunna tolkas på det sättet att det föreligger ett förbud mot att byta ut vissa tidigare offererade produkter. Hänvisningen till tidigare anbudsförutsättningar tyder snarare på att det inom ramen för dessa förelåg möjligheter till förändring. Enligt förvaltningsrättens uppfattning är villkoren i samband med övergången till förhandlat förfarande tillräckligt klart och tydligt utformat för att leverantörerna ska kunna avgöra vad kommunerna tillmäter betydelse vid upphandlingen och skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Grund för ingripande enligt LOU bedöms därmed inte föreligga på denna grund.

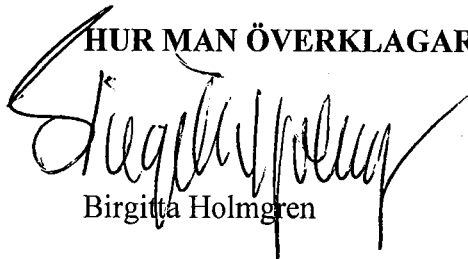
Det har genom de uppgifter och justeringar i fråga om de poster Martin & Servera åberopat även efter kommunernas rätträkning kunnat konstateras att kommunernas agerande i fråga om sammanslagningen av produktgrup-

perna 14 och 15 inte påverkat utgången i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner att vad Martin & Servera anfört om kommunernas förfarande i upphandlingen inte ger anledning att anta att deras möjligheter att tilldelas kontraktet påverkats negativt. Detta oaktat om kommunerna ska anses ha brutit mot LOU på ett felaktigt sätt eller inte.

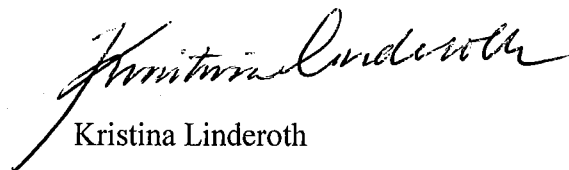
Förvaltningsrätten finner sammantaget att vad Martin & Servera anfört inte medför att kommunerna brutit mot LOU på sådant sätt som medför att Martin & Servera lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan ska därför avslås.

Upplysningsvis anges att förvaltningsrätten i dom denna dag (mål nr 6479-12) även prövat en ansökan om överprövning från Halmstad Frukt & Grönt AB avseende annat produktområde i den nu aktuella upphandlingen. Målen berör således särskiljbara produktområden med separata avtal och påverkas därför inte inbördes av utgången i respektive mål.

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



Birgitta Holmgren



Kristina Linderöth

Förvaltningsrätten har enligt 17 § 2 st. Lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar avgjort målet med två lagfarna domare.