



SÖKANDE

Håkans Fukt och Grönt AB, 556492-9668
Gyllegatan 5
231 38 Trelleborg

MOTPARTER

- | | |
|-------------------------|-----------------|
| 1. Svedala kommun | mål nr 12762-18 |
| 2. Burlövs kommun | mål nr 12763-18 |
| 3. Lomma kommun | mål nr 12764-18 |
| 4. Staffanstorps kommun | mål nr 12765-18 |

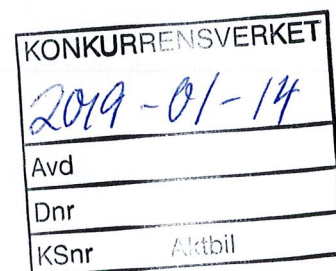
Ombud för 2-4: Fredrik Löfqvist
Svedala kommun
233 80 Svedala

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Håkans Fukt och Grönt AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.



BAKGRUND

Svedala kommun, Burlövs kommun, Lomma kommun och Staffanstorps kommun (kommunerna) genomför en samordnad upphandling avseende frukt och grönt, dnr UH-2018-72. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har RCD Food Service AB (RCD Food) tilldelats kontraktet. Håkans Frukt och Grönt AB (Håkans F&G) har placerat sig på andra plats.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Håkans F&G ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Pris har lämnats i sortimentfil på produktnivå. I sortimentfilen finns skall-krav på förpackningsmått/vikt; en offererad förpackning ska uppfylla krav på ytterförpackning max och innerförpackning min och max med fokus på vikt för respektive position. I bilaga till förfrågningsunderlaget, ifyllnadsinstruktioner och anbudsutvärdering, anges hur utvärderingen ska gå till. Vidare anges att produkter ska uppfylla kraven på egenskaper som ställts samt storlekar i form av ytter- och innerförpackningar. Där anbudsgivare inte offererat någon produkt eller inte uppfyller de ställda kraven ska ett angivet belastningsvärde användas som utvärderingsvärde för positionen.

RCD Food uppfyller inte ställda krav på förpackningsmått/vikt avseende positionerna 79, 127, 128, 183, 184 och 460. Samtliga sex positioner avviker från angivna krav på förpackningsmått/vikt men anbuden har inte belagts med något belastningsvärde för dessa positioner.

Kommunerna har gjort väsentliga förändringar av skall-kraven i sortimentfilen genom att man frångått kraven vid utvärderingen och accepterat andra

alternativa förpackningsmått/vikter. Enligt LOU är möjligheterna att ändra eller komplettera ett förfrågningsunderlag begränsade. Under upphandlingsförfarandet ställdes flera frågor om krav på dessa förpackningsmått t.ex. om en annan storlek kunde accepteras. Ingen information om ändringar har framkommit under upphandlingsförfarandet och ingen förlängning av anbudstiden har gjorts på grund av väsentliga förändringar.

Genom att kommunerna dels har godkänt RCD Foods anbud trots att flertalet av de offererade produkterna inte uppfyller ställda krav på förpackningsmått/vikt samt inte använt belastningsvärde för dessa positioner och dels genom att vid utvärderingen frångå ställda skall-krav på förpackningsmått/vikt och acceptera andra mått/vikter har kommunerna brutit mot de grundläggande principerna. Att frångå ställda skall-krav i sortimentfilen med bilagor och acceptera alternativa förpackningsmått vid utvärderingen utan att informera om nya förutsättningar och då förlänga anbudstiden innebär att anbudsgivarna inte har behandlats lika och fått lika förutsättningar. Kommunerna har också frångått principen om transparens genom att förfrågningsunderlaget med sortimentfilen inte varit klar och tydlig med vad som gäller och hur utvärderingen ska genomföras. Det saknas en öppenhet kring ställda skall-krav i sortimentfilen. Dessa ändrade förutsättningar och otydligt hanterande av kommunerna visar att upphandlingen inte varit tillräckligt strukturerad och förutsägbar utifrån vad LOU kräver.

RCD Food har även lämnat onormalt låga priser på många produkter där spansk ofilmad gurka sticker ut. Bolaget har lämnat ett pris på 7,90 kr per kg då marknadspriset under basprisveckan på utländsk ofilmad gurka låg på mellan 25 – 35 kr per kg. Kommunerna har uppgett en kvantitet på 31 936 kg vilket gör att det kan bli stora differenser mellan övriga anbud och det anbud som RCD Food lämnat in. Enligt 16 kap. 7 § LOU ska upphandlande myndighet begära en förklaring till onormalt låga priser. Kommunerna

har brustit i sitt agerande genom att de inte begärt denna förklaring.
Kommunerna har agerat på ett sätt som strider mot LOU.

Dessa ändrade förutsättningar vid utvärderingen har inneburit att Håkans F&G har kommit att lida skada. Om förutsättningarna för upphandlingen hade varit klara och tydliga från början hade prisbilden i sortimentfilen kunnat se annorlunda ut. Denna väsentliga förändring påverkar inte bara de sex positioner som var avvikande i RCD Foods anbud utan hade kunnat påverka samtliga positioner i sortimentfilen. Alternativa produkter med andra förpackningsmått/vikter hade kunnat offereras till andra priser om anbudsgivarna hade vetat om att kommunerna accepterade alternativa förpackningsmått/vikter. Detta hade självklart kunnat påverka slutresultatet av upphandlingen. Anbudspriserna för samtliga anbud hade kunnat se helt annorlunda ut.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. I upphandlingsdokumentet, ifyllnadsinstruktioner till anbudsutvärderingen anges följande.

De produkter som har uppfyllt kraven utvärderas. För varje position går produkten som har det lägsta jämförelsepriset vidare till beräkning av utvärderingsvärde. Utvärderingsvärdet för varje position är efterfrågad kvantitet multiplicerat med jämförelsepriset. Där anbudsgivaren inte offererat någon produkt eller inte får med sig någon produkt som uppfyller de ställda kraven används det belastningsvärde som angetts i förfrågan som utvärderingsvärde för positionen. På så sätt kommer alla positionerna att bli utvärderade.

Kommunerna har valt att inte ge RCD Food ett belastningsvärde avseende de sex positioner som tas upp i ansökan om överprövning. Avvikelserna i de offererade produkternas förpackningar har inte varit av den art att en leverans från RCD Food skulle försvåra hanteringen hos beställande kök.

Kommunerna har i frågor och svar under anbudstiden varit positivt inställda till smärre förpackningsförändringar som har föreslagits av anbudsgivarna.

Samtliga anbudsgivare har offererat produkter som inte har uppfyllt ställda skall-krav och har därmed getts ett belastningsvärde. Av upphandling-dokumentens framgång tyder det på att om en vara *inte* uppfyller ställda skall-krav på de kontroller som kommunerna genomför ska produkterna ges ett belastningsvärde. Under upphandlingen och i samband med utvärderingen har frågor ställts och svar getts avseende förpackningars storlek m.m. Vid en efterkontroll då kommunerna gett RCD Food ett belastningsvärde för de aktuella positionerna visar det sig att tilldelningen hade blivit densamma. RCD Foods värde blir då 7 072 862 kr (en ökning med 41 293 kr) vilket ska ställas mot Håkans F&G som har ett värde om 7 954 686 kr. Håkans F&G har således inte lidit skada då bolaget, trots ökat belastningsvärde för RCD Food, inte hade tilldelats uppdraget.

Vid sammanräkningen av de totala anbudspriserna var skillnaden mellan det lägsta och högsta anbudspriset 1 212 126 kr dvs. 17 procent. Det är anbudsgivarnas rättighet att genom strategisk prissättning försöka vinna ett anbud. Det är inte rimligt att kommunerna ska gå in på positionsnivå och begära in förklaring till varför priset är avsevärt lägre jämfört med vilket pris de andra anbudsgivarna har lämnat. Det totala anbudspriset för RCD Food är inte sådant att det avviker onormalt jämfört med övriga anbud.

Håkans F&G tillägger bl.a. följande. Grunden för att kommunerna inte använt ett belastningsvärde för de sex positionerna är att dessa produkters förpackningar inte skulle försvåra hanteringen hos beställande kök. Att hanteringen för köken inte skulle försvåras är en sak, men det har inget med upphandlingen och de ställda skall-krav som fanns för produkterna att göra. Enligt utvärderingsprotokollet har samtliga anbudsgivare belagts med belastningsvärde på fem positioner men två av positionerna (positioner 651 och 677) fanns inte med i den sortimentfil som samtliga anbudsgivare använt vid inlämnande av anbudet. Detta ger ett missvisande resultat för

respektive anbuds totalvärde vid slututvärderingen. Kommunerna har på mer än ett sätt brutit i hanteringen av utvärderingen dels genom att man inte följt de ställda skall-kraven och dels genom att man inte behandlat anbuden på ett likartat sätt utan valde att inte använda belastningsvärde för de sex positionerna i RCD Foods anbud trots att bolaget inte uppfyllde ställda skall-krav. Detta betyder att man ändrat förutsättningarna för upphandlingen och godkänt alternativa förpackningsstorlekar. Härigenom har övriga anbudsgivare inte getts samma förutsättningar att kunna offerera alternativa förpackningar till andra priser samt har förutsättningarna för upphandlingen ändrats.

Skillnaden mellan det högsta anbudspriset och det lägsta låg på över 1,2 miljoner kr och skillnaden mellan Håkans F&G och RCD Food var över 900 000 kr. Denna skillnad är mycket stor om man har kunskap om gällande marknadspriser för branschen. Kommunerna borde ha reagerat på skillnaden på det totala utvärderingspriset för respektive anbud och begärt in en förklaring från RCD Food. Om det är en så stor prisskillnad mellan anbuden borde kommunerna ha granskat sortimentfilen på positionsnivå för att se var i anbudet priserna skiljer sig åt och därav begärt en förklaring på lagda priser på positionsnivå.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU får rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som har lidit eller kunnat komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 4 kap.1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska upphandlingar genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt upphandlingsdokumentet.

I bilagan till upphandlingsdokumentet, ifyllnadsinstruktioner och anbudsutvärdering, anges under rubriken *Utvärdering av produkter* följande.

Efter inläsning av anbudssvaren kontrolleras samtliga offererade produkter mot förfrågningsunderlaget. Produkterna måste uppfylla de krav som ställs på varuområde, huvudgrupp och varugrupp. De skall också uppfylla kraven på egenskaper som ställs samt storlekar i form av ytter- och innerförpackningar samt i förekommande fall vikt på produkten (t.ex. köttbullar).

Exempel på kontroller som görs av produkterna är att de har rätt:

- Klassificering; varuområde, huvudgrupp och varugrupp utvärderas, dvs. efter en djupfrost produkt ska offererad produkt vara djupfrost.
- Egenskaper utvärderas. Saknas information så kan den begäras in för att produkten skall gå vidare till utvärdering, dvs. efterfrågas fetthalt ≤ 20 % ska produkten ha en fetthalt som är lägre än eller lika med 20 %
- Vikt, dvs. efterfrågas en köttbulle som väger 12-14 g ska den väga inom detta intervall för att bli godkänd.

De produkter som har uppfyllt kraven utvärderas. För varje position går produkten som har det lägsta jämförelsepriset vidare till beräkning av utvärderingsvärde. Utvärderingsvärdet för varje position är efterfrågad kvantitet multiplicerat med jämförelsepriset. Där anbudsgivaren inte offererat någon produkt eller inte får med sig någon produkt som uppfyller de ställda kraven används det belastningsvärde som angetts i förfrågan som utvärderingsvärde för positionen. På så sätt kommer alla positionerna att bli utvärderade.

Förvaltningsrättens bedömning

Ett upphandlingsdokument ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen dvs. förutsättningarna för varje upphandling fastställs i upphandlingsdokumentet.

Av en bilaga till aktuellt upphandlingsdokument, ifyllnadsinstruktioner och anbudsutvärdering, framgår bl.a. att de offererade produkterna ska uppfylla kraven på de egenskaper som ställts samt storlekar i form av ytter- och innerförpackningar. Vidare framgår det att för det fall anbudsgivaren inte offererat någon produkt eller inte fått med sig någon produkt som uppfyller de ställda kraven används det belastningsvärde som angetts i förfrågan som utvärderingsvärde för positionen. På så sätt kommer alla positionerna att bli utvärderade.

Enligt förvaltningsrätten framgår det klart och tydligt att för det fall en anbudsgivare offererat en produkt som inte uppfyller de ställda skallkraven kommer ett belastningsvärde att användas som utvärderingsvärde. Upphandlingsdokumentet ger således utrymme för att offerera produkter som inte uppfyller de ställda skallkraven, men att anbudsgivaren vid sådana förhållanden kommer att påföras ett belastningsvärde. Att kommunerna accepterat andra alternativa förpackningsmått och vikter är en följd härav och utgör därmed inte någon väsentlig förändring av upphandlingsdokumentet. Det har således varit känt för anbudsgivarna hur utvärderingen skulle komma att genomföras och samtliga anbudsgivare har getts samma förutsättningar att lämna anbud. Förvaltningsrätten finner därmed att det som anges i upphandlingsdokumentet avseende utvärderingen inte strider mot transparensprincipen.

Vad gäller utvärderingen som sådan har kommunerna underlåtit att ge RCD Food ett belastningsvärde för sex positioner då kommunerna ansett att avvikelserna inte varit av den art att en leverans skulle försvåra hanteringen hos beställande kök. Enligt rättens bedömning borde kommunerna rätteligen ha gett RCD Food ett belastningsvärde och har genom att underlåta det frångått vad som angetts i upphandlingsdokumentet. Kommunerna har därmed brutit mot likabehandlingsprincipen.

För att ett ingripande enligt LOU ska bli aktuellt krävs det emellertid att Håkans F&G lidit eller kan komma att lida skada. För det fall kommunerna hade gett RCD Food ett belastningsvärde hade Håkans F&G likväl inte tilldelats kontraktet. Härav följer att Håkans F&G inte kan komma att lida skada i den mening som avses i 20 kap. LOU. Därtill har Håkans F&G inte förmått visa att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada till följd av att två positioner som inte fanns med i den ursprungliga sortimentfilen skulle ha utvärderats. Skäl för ingripande enligt LOU i detta avseende föreligger därmed inte.

Enligt 16 kap. 7 § LOU ska den upphandlande myndigheten förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet kan dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga priset. Syftet med bestämmelsen är att skydda upphandlande myndigheter så att de kan förkasta anbud som inte är seriösa. Någon definition av begreppet onormalt lågt anbud finns inte. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall göra denna bedömning med hänsyn till upphandlingsföremålet. Det är tillåtet för anbudsgivare att pressa sina vinstmarginaler – eller till och med gå med förlust – som ett led i en medveten strategi för att vinna marknadsdelar. Detta utgör således inte grund att förkasta ett anbud. Många gånger torde prövningen om ett anbud får förkastas utgöras av en prognos avseende risken för att anbudsgivaren inte kan eller vill leverera enligt villkoren i upphandlingsdokumentet (se Konkurrens-

verkets rapport 2013:6 *Osund konkurrens i offentlig upphandling* s. 59 f f).

Anbudsgivaren har själv att bestämma vilka priser som vederbörande vill offerera i en upphandling. Varje leverantör har härvid att göra taktiska överväganden avseende bl.a. sin prissättning. Att ett lågt anbudspris offererats innebär inte per automatik att anbudet saknar affärsmässighet.

I förevarande upphandling har RCD Food bl.a. offererat priset 7,90 kr per kg för ofilmad gurka och enligt Håkans F&G låg marknadspriset under basprisveckan på mellan 25 – 35 kr per kg. Kommunerna har anfört att det inte är rimligt att man ska gå in på positionsnivå och begära förklaring till varför priset är avsevärt lägre jämfört med vilket pris som de andra har lämnat samt att det totala anbudspriset för RCD Food inte är sådant att det avviker onormalt jämfört med övriga anbud.

Med hänsyn härtill samt till att det inte framkommit omständigheter som visar på att anbudet är oseriöst menat anser förvaltningsrätten att det inte framkommit skäl som föranleder att kommunerna borde begärt in förtydligande från RCD Foods. Inte heller på denna grund föreligger det skäl för ingripande enligt LOU.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Håkans F&G inte förmått visa att kommunerna har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU. Ansökan härom från Håkans F&G ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Anders Mattsson

Maria Persson har föredragit målen.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

