



SÖKANDE

Företagsväxter i Knivsta AB, 556255-4401
Box 115
741 23 Knivsta

Ombud: Advokaterna Hugo Norlén och Alex Ljungvall
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

MOTPART

Umeå universitet, 202100-2874
901 87 Umeå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-10-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts på så sätt att en ny prövning av anbudet genomförs.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå universitet (Universitetet) har infortrat anbud avseende Fruktkorgar (dnr FS 2.1.2-900-16) avseende fruktleverans till Umeå, Skellefteå och Örnsköldsvik. Vid upphandlingen används öppet förfarande.

I upphandlingen har tre anbud kommit in; från Företagsväxter i Knivsta AB (Företagsväxter), från Grönsaksfabriken i Norr AB (Grönsaksfabriken) och från icarrier AB (icarrier). Universitetet har beslutat att anta det anbud som lämnats av icarrier avseende Umeå och Skellefteå samt Grönsaksfabrikens anbud avseende Örnsköldsvik. Anbudet från Företagsväxter diskvalificerades och gick inte vidare till utvärderingen. Detta på grund av att Företagsväxter inte angett utbud avseende punkt 3.0 Fruktkorgar.

Företagsväxter ansöker i förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen. Företagsväxter yrkar i första hand (Förstahandsyrkandet) att rätten beslutar om rättelse av Upphandlingen på så sätt Företagsväxters anbud tas upp till prövning och en ny utvärdering sker. I andra hand (Andrahandsyrkandet) yrkar Företagsväxter att rätten beslutar om rättelse på så sätt icarrier och Grönsaksfabrikens anbud förkastas och att Upphandlingen görs om.

Universitetet motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDE

Företagsväxter anför bl.a. följande.

Förstahandsyrkandet

I Upphandlingens protokoll har följande orsak till uteslutningen av Företagsväxter angetts.

Anbudsgivaren [Företagsväxter] har inte lämnat tillräckliga uppgifter för att gå vidare till utvärderingen. Det avser punkt 3.0 Fruktkorgar. Utbud har ej angivits.”

Hänvisningen i Upphandlingens protokoll till punkt 3.0 är otydlig då denna punkt är en överrubrik för olika obligatoriska krav i Upphandlingen ("skallkrav"). Grunden för uteslutningen framgår emellertid tydligare av en kommentar som Universitetet gjort under punkt 3.1 i anbudet enligt följande (med Företagsväxters anbudstext i **fet stil** och med Universitetets kommentar i *kursiv stil*).

"Krav 3.1

Avropande enhet/institution ska kunna avropa önskade viktstorlekar på korgarna. Leverantören ska tillhandahålla minst 3 olika viktklasser på korgarna, med en lägsta vikt på 3 kg. Ange ert utbud.

Leverantörens svar

Kravet uppfylls

Vi uppfyller dessa krav. *UMU kommentar vid utvärdering. Utbudet är ej angivet vilket innebär att anbudet inte går vidare för utvärdering.*"

Enligt Företagsväxter är kravet i punkt 3.1 uppfyllt i anbudet. De krav Universitetet uppställt på utbud är att 1) Avropande enhet/institution ska kunna avropa önskade viktstorlekar på korgarna, samt 2) Att det ska finnas minst tre olika viktklasser på korgarna med en lägsta vikt å tre kg. Företagsväxter uppfyller Universitetets krav i båda dessa delar. Företagsväxters utbud är inte begränsat till endast vissa förutbestämda viktklasser, utan Företagsväxter levererar utifrån kundens specifika önskemål avseende vikt på fruktkorgen. När Företagsväxter i anbudet angett att Universitetets krav på utbud enligt 1) och 2) uppfylls, har Företagsväxter angett sitt utbud på sätt som fullt ut uppfyller Universitetets krav på utbud liksom krav på angivande av utbud enligt punkt 3.1.

Universitetet har uppenbart gjort en annan bedömning – eller snarare tolkning – och ansett att Företagsväxter inte har angivit sitt utbud, och därigenom inte heller uppfyllt skallkravet i punkt 3.1. Företagsväxter ifrågasätter riktigheten och rimligheten i Universitetets tolkning och förmodar att Universitetet sannolikt önskat uppgift om minst tre specifika viktklasser å minimum tre kg i anbudsgivarens utbud. Det är emellertid inte så kravet i punkt 3.1 har formulerats, utan där anges endast "Ange ert utbud". Det står

t.ex. inte "Ange ert utbud i form av minst 3 olika viktklasser á minimum 3 kg", för vilket fall det stått klart att tre olika viktklasser måste anges i utbudet. Om Företagsväxter drabbas av den otydlighet i punkt 3.1 skulle detta stå i strid med såväl likabehandlingsprincipen som proportionalitetsprincipen liksom med principen om öppenhet (transparens). Företagsväxter har uppfyllt skall-kravet och det har saknats laglig grund att utesluta dem. Om Företagsväxters anbud inte hade utslutits hade anbudet utvärderats. Företagsväxter har erbjudit ett lägre pris än övriga anbudsgivare och hade därmed antagits framför övriga anbud, varför Företagsväxter lidit skada.

Andrahandsyrkandet

Av punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget framgår följande.

"Frukten ska uppfylla kriterierna enligt förordning (EG) 834/2007 om ekologisk produktion och märkning av ekologiska produkter."

Grönsaksfabriken uppfyller inte kravet i 3.5. När Universitetet begärt in erforderligt certifikat har Grönsaksfabriken åberopat ett certifikat som är utställt på ett annat bolag (som är ett till Grönsaksfabriken närstående bolag). Sätillvida är känt saknar dessutom icarrier erforderligt certifikat. Grönsaksfabrikens och icarriers anbud uppfyller därmed inte skall-kravet i punkt 3.5.

Kravet i punkt 3.5 har vidare samband med kravet i punkt 3.2, som dock bör läsas självständigt och föreskriver följande.

"Dokumentationen som bevisar att leverantören tillhandahåller ekologiskt producerad frukt ska kunna tillhandahållas på begäran."

Kravet i punkt 3.2 är inte utformat som ett fullgörandevillkor eller som ett villkor som kan uppfyllas lite närhelst under kontraktstiden. Grönsaksfabriken eller icarrier kan enligt vad som sagts ovan inte uppfylla kravet på dokumentation och deras anbud uppfyller därmed inte skall-kravet i punkt 3.2.

Företagsväxter har i och med att Grönsaksfabrikens och icarriers anbud rätteligen borde ha förkastats frångått möjligheten att komma in med ett nytt anbud och eventuellt tilldelas kontrakt. Företagsväxter riskerar därmed att lida skada. Enligt praxis framgår att en anbudsgivare vars anbud förkastats ändå kan lida skada enligt LOU när den upphandlande myndigheten felaktigt har underlåtit att utesluta även andra anbudsgivare (se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 april 2014 i mål nr 2658–2667-13, Kammarrätten i Göteborgs dom den 12 mars 2012 i mål nr 6966-11 och 6969-11 samt dom den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10).

Universitetet anför bl.a. följande.

Förstahandsyrkandet

Vad gäller skall-kravet i punkt 3.1 anser Universitetet att kravet är tillräckligt tydligt för att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna tolka kravet på ett sätt som överensstämmer med likabehandlingsprincipen. Förfrågningsunderlaget består av 19 stycken skall-krav. Femton av dessa krav kräver endast att anbudsgivaren, genom att markera med ett kryss i en ruta, bekräftar att kravet uppfylls. För fyra av kraven däremot, bland dem kravet i punkt 3.1, finns det utöver att anbudsgivaren ska bekräfta genom att markera med ett kryss i en ruta, även en textruta med rubriken "ditt svar är obligatoriskt". För dessa fyra krav krävs alltså även ett svar i form av beskrivande text i enlighet med vad som anges i aktuell punkt. Det framgår därför tydligt för en normalt omsorgsfull anbudsgivare vilka skall-krav som även kräver svar i form av beskrivande text.

Punkt 3.1 består således av två delar. Först ska anbudsgivaren bekräfta, genom att markera med ett kryss i rutan, att *kravet i sig* – dvs. att Universitetet ska kunna avropa önskade viktstorlekar samt att leverantören ska ha minst tre olika viktklasser med en lägsta vikt om tre kg – uppfylls. Sedan ska *utbudet anges* genom en beskrivande text så att Universitetet får information om vad för olika fruktkorgar som erbjuds av anbudsgivaren. Företagsväxters

förmodan att det är tre olika viktklasser med en lägsta vikt om tre kg som ska anges är därför felaktig. Att det finns minst tre olika viktklasser med lägsta vikt om tre kg är en del av kravet i sig och något som är en förutsättning för att anbudsgivaren ska kunna markera med ett kryss i rutan att kravet uppfylls. Det som sedan ska anges är precis vad som står i kravet, dvs. ange utbudet. Hur det utbudet ser ut utöver grundkravet i sig är inget som Universitetet har ställt krav på, utöver att få information om vad för olika fruktkorgar det finns att välja på vid beställning. Att det förhåller sig på så sätt en är mycket mer rimlig uppfattning av kravet sett till sin ordalydelse och läst i sin helhet och sitt sammanhang. Enligt Universitetets mening visar även de övriga två anbudsgivarnas svar att skall-kravet i punkt 3.1 har uppfattats så som Universitetet gör gällande. Det gäller framförallt icarriers godkända svar i punkt 3.1 som lyder ”3 kg och uppåt, vårt utbud är således valfritt”. Icarrier har därmed beskrivit sitt utbud.

Företagsväxter har endast angett ”Vi uppfyller dessa krav” och har genom sitt svar inte på något vis angett för Universitetet vad de har för utbud. Att Företagsväxters svar indirekt skulle inneburi att dess utbud är obegränsat instämmer Universitetet inte i. I sin ansökan om överprövning har Företagsväxter uppgett att deras utbud inte är begränsat till vissa förutbestämda viktklasser, utan att leverans sker utifrån kundens önskemål. Detta är en beskrivning av Företagsväxters utbud och borde ha stått med i anbudet.

Andrahandsyrkandet

Det finns inget krav på att certifikat skickas in i samband med anbudslämnandet. Kravet i punkt 3.5 är utformat som ett fullgörandevillkor/särskilt kontraktsvillkor enligt 6 kap. 13 § LOU. Frågan om kontraktsbrott är en civilrättslig fråga och ligger utanför den upphandlingsrättsliga prövningen. Att inte samtliga ställda krav behöver vara uppfyllda framgår av punkt 1.8 i de administrativa föreskrifterna. Av punkten framgår att den upphandlande myndigheten förbehåller sig rätten att kontrollera och inhämta bevis för att

anbudsgivarens utfästelser är korrekta och att ställda krav i förfrågningsunderlaget uppfylls *eller kommer att uppfyllas under kontraktstiden.*

Universitetet efterfrågade dokumentation från Grönsaksfabriken eftersom företaget föreföll nystartat. Det inkomna certifikatet omfattar även Grönsaksfabriken, varför skäl inte funnits att utesluta dem. Icarrier har bekräftat att kravet uppfylls och Universitetet kommer att kontrollera kravet senast vid fullgörandet av avtalet. Någon anledning till att utesluta icarrier föreligger inte.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

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 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten kan oavsett hur yrkandena i målet har utformats, som åtgärd vid prövning av en pågående upphandling, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (se rättsfallet RÅ 2005 ref. 47). Förvaltningsrätten finner skäl att först pröva Andrahandsyrkandet.

Andrahandsyrkandet

Företagsväxter har inte visat att Grönsaksfabriken eller icarrier inte uppfyller skall-kraven i punkt 3.2 och 3.5 vad avser certifikat för ekologisk frukt.

Det saknas uppgift som styrker att Grönsaksfabriken eller icarrier inte skulle uppfylla kraven och det går inte att bortse ifrån Universitetets inställning att kravet är ett fullgörandevillkor. Sammantaget saknas skäl för ingripande enligt LOU vad avser Företagsväxters Andrahandsyrkande.

Förstahandsyrkandet

Därefter har förvaltningsrätten att ta ställning till är om det funnits skäl till att diskvalificera Företagsväxters anbud på grund av att de enligt Universitetet inte uppfyllt skall-kravet om utbud i punkt 3.1.

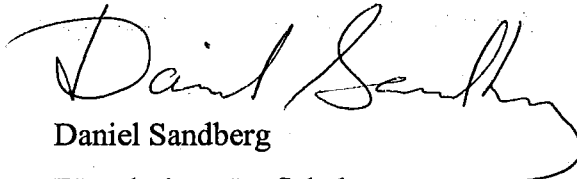
Av frågan i punkt 3.1 går inte att förstå annat än att ett utbud ska uppges. Det framgår inte att ett speciellt utbud efterfrågas, annat än kravet om tre olika korgar med vikt som överstiger tre kg, eller hur utbudet ska beskrivas. Universitetet har i yttrande till förvaltningsrätten uppgett att "utbudet anges genom en beskrivande text så att Universitetet får information om vad för olika fruktkorgar som erbjuds av anbudsgivaren". Universitetet har tagit icarriers svar på punkt 3.1 som exempel på att de övriga två anbudsgivarna tolkat bestämmelsen så som Universitetet gör gällande. Icarriers beskrivande text löd "3 kg och uppåt, vårt utbud är således valfritt". Företagsväxter menar att deras beskrivande text "Vi uppfyller dessa krav", ska förstås så att det är en direkt hänvisning till grundkravet, dvs. att de erbjuder minst tre olika korgar om minst tre kg.

Det får sägas vara något oklart vad Universitetet egentligen haft för avsikt med att ha med ett krav om att anbudsgivaren ska ange sitt utbud, utöver grundkravet. Utbudet ska enligt kravet i punkt 3.1 bestå av "minst 3 olika viktklasser på korgarna, med en lägsta vikt på 3 kg". Som förvaltningsrätten förstår av Universitetets yttranden har inga krav ställts på vad anbudsgivaren angett om sitt utbud, bara att det framgår ett utbud som stämmer överens med grundkravet. Det ska enligt Universitetet fungera som en information om vad som finns att beställa. Det bör enligt förvaltningsrätten innebära att

svar som överensstämmer med grundkravet ska godtas. Först kan ifrågasättas om det funnits någon egentlig skillnad mellan icarriers godkända svar i punkt 3.1 och Företagsväxters underkända svar. Förvaltningsrätten anser även att punkt 3.1 måste läsas i ett sammanhang och att vad Företagsväxter angett om att "Vi uppfyller dessa krav" kan tolkas som att de angett sitt utbud till att motsvara grundkravet. Företagsväxter får därmed anses ha angett ett utbud. Förvaltningsrätten finner i en sammantagen bedömning att det vore oproportionerligt och i strid med likabehandlingsprincipen att inte godta Företagsväxters svar om utbud i punkt 3.1. Förvaltningsrätten finner således att Universitetet inte haft fog för att diskvalificera anbudet från Företagsväxter på angiven grund. Agerandet har medfört att Företagsväxter lidit eller kunnat komma att lida skada.

Det finns därmed grund för att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU. Med hänsyn till att de i målet aktuella bristerna hänför sig till prövningen av anbuden och inte till upphandlingens konkurrensuppsökande skede anser förvaltningsrätten att det är tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att anbudsprövningen görs om, med beaktande av att Företagsväxter uppfyller skall-kravet i punkt 3.1. Ansökan ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförts.

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


Daniel Sandberg
Förvaltningsrättsfiskal



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.