



KONKURRENSVERKET	
2014-03-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Martin & Servera Aktiebolag, 556233-2451

Ombud:

Advokaten Björn Tude
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

MOTPARTER

1. Vallentuna kommun
2. Täby kommun
3. Danderyds kommun
4. Sollentuna kommun
5. Norrtälje kommun
6. Österåkers kommun
7. Vaxholms kommun
8. TioHundra AB

Ombud:

Siv Lantz
Vallentuna kommun
186 86 Vallentuna

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 15 november 2013
i mål nr 18289-13 samt 18304-13-18310-13, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Martin & Servera Aktiebolag (Martin & Servera eller bolaget) överklagar och anför bl.a. följande.

Förvaltningsrätten har kommit till fel slut avseende båda de grunder Martin & Servera åberopat. Menigo Foodservice AB:s (Menigo) anbud uppfyller inte samtliga skall-krav i upphandlingen, varför Menigos anbud skulle ha förkastats. Till ytterligare stöd härför åberopas i kammarrätten skriftligt material i form av utskrifter från internetsökningar rörande Menigos egna varor.

Att utvärdera Menigos anbud men inte bolagets anbud strider mot likabehandlingsprincipen. Om Menigos anbud hade förkastats hade Martin & Servera haft möjlighet att lämna nytt anbud. När de upphandlande myndigheterna nu i strid mot de upphandlingsrättsliga principerna tilldelat Menigo upphandlingen har Martin & Servera gått miste om denna rätt. Bolaget har därför lidit skada. Om Menigos anbud tillåts delta i utvärderingsfasen ska även Martin & Servera tillåtas vara med för i annat fall behandlas leverantörerna inte likvärdigt. Om utvärderingen även görs med Martin & Serveras anbud kommer det att leda till att Menigos anbud antas eftersom det har lägst pris. Det föreligger även grund för att förordna om rättelse genom att en ny utvärdering av anbuden ska göras utan att beakta Menigos anbud.

Förvaltningsrätten har i domen funnit att Martin & Servera rätteligen skulle ha uteslutits från upphandlingen. Detta är inte oemotsagt utan bolagets ståndpunkt är, och var även i förvaltningsrätten, att om Menigos anbud utvärderas ska även bolagets anbud utvärderas. Det följer av likabehandlingsprincipen. Att Martin & Servera kan komma att lida skada av att en ej kvalificerad anbudsgivare, i detta fall Menigo, utvärderas även om det skulle förhålla sig så att Martin & Servera anses vara en ej

kvalificerad anbudsgivare är självklart. Reglerna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) ger inte utrymme för att endast utvärdera en anbudsgivare i de fall det finns två anbudsgivare och ingen av dem uppfyller kvalificeringskraven. Om det är så som förvaltningsrätten synes mena skulle detta ge den upphandlande myndigheten möjlighet att utan risk för överprövning genomföra en otillåten direktupphandling.

Martin & Servera vidhåller vidare att förfrågningsunderlaget i upphandlingen är otydligt och strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Det finns i förfrågningsunderlaget inte någon definition av begreppet egna-märkes-varor (EMV) och inte heller framgår en sådan definition av lag. Det tydligaste beviset på begreppets otydlighet framgår av det förhållandet att de upphandlande myndigheterna efter tilldelningsbeslutet och under överprövningsprocessen i förvaltningsrätten frågade Menigo om begreppets innehåll. Det är självklart en allvarlig otydlighet om en av leverantörerna tillåts att i efterhand bestämma innehållet i ett begrepp som har direkt betydelse för om ett skall-krav ska anses uppfyllt eller ej. Denna otydlighet har haft direkt betydelse för att Menigo felaktigt tilldelats upphandlingen.

Vallentuna kommun, Täby kommun, Danderyds kommun, Sollentuna kommun, Norrtälje kommun, Österåkers kommun, Vaxholms kommun och TioHundra AB (de upphandlande myndigheterna) bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande.

Anbudet från Menigo uppfyller samtliga skall-krav. I denna del hänvisas till vad som tidigare anförts samt den bedömning förvaltningsrätten gjort. Anbudet från Martin & Servera har brister avseende skall-kraven. Detta medgavs av Martin & Servera i tidigare inlagor. Martin & Servera har varken i prövningen i förvaltningsrätten eller nu i överklagandet framfört någon som helst argumentation för att, och i sådant fall hur, bolagets anbud skulle

uppfylla skall-kraven. I stället har Martin & Servera framfört en direkt felaktig tolkning av likabehandlingsprincipen.

Martin & Serveras anbud uppfyller inte de uppställda skall-kraven på föremålet för upphandlingen. Ett sådant anbud får enligt fast och etablerad praxis inte utvärderas. Att utvärdera detta anbud, trots att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav, skulle strida mot LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Menigos anbud uppfyller alla skall-krav och eftersom anbuden därmed skiljer sig åt beträffande uppfyllande av kraven på föremålet för upphandlingen blir det aldrig aktuellt att tillämpa likabehandlingsprincipen. Anbuden är ju helt enkelt inte lika.

Martin & Serveras tolkning av likabehandlingsprincipen ifrågasätts. Ett anbud som brister i uppfyllelse av obligatoriska krav kan inte under några förhållanden läkas och därför utvärderas och eventuellt antas. Detta gäller oavsett om samtliga anbud skulle ha brister. Det Martin & Servera tycks ha missförstått är att ett sådant agerande möjligen skulle behandla de inkomna anbuden lika, men att principen om likabehandling syftar till att skydda även tredje parter i form av ytterligare presumtiva anbudsgivare, som kan ha avstått från att överhuvudtaget lämna anbud just på grund av det krav man nu vill bortse från. För att uppfylla likabehandlingsprincipen såsom den rätteligen ska förstås enligt LOU, ska även dessa tredje parter behandlas på ett rättvist sätt. I en situation där inget anbud uppfyller samtliga ställda krav är det enda sättet att korrekt tillämpa likabehandlingsprincipen att förkasta samtliga anbud. Mot denna bakgrund faller alla övriga jämförelser och hypotetiska utfall som förs fram av Martin & Servera i överklagandet.

Vad avser Martin & Serveras andrahandsgrund, att förfrågningsunderlaget är otydligt och strider mot transparensprincipen, bestrids att så är fallet och i denna del hänvisas till vad som tidigare anförts samt vad förvaltningsrätten anger i sin dom.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser samt relevanta sakomständigheter framgår av förvaltningsrättens dom.

Kammarrätten anser inledningsvis, i likhet med förvaltningsrätten, att det av utredningen i målet inte framgår annat än att det funnits grund för de upphandlande myndigheterna att vid anbudsprövningen förkasta anbudet från Martin & Servera. Bolaget har således rätteligen uteslutits ur upphandlingen på grund av brister i sitt eget anbud.

Frågan är härfter om Martin & Servera, trots att bolaget rätteligen uteslutits, har lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § första stycket LOU.

Det är Martin & Servera som ska visa att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (se HFD 2013 ref. 53).

Vad avser frågan om påstådda otydligheter i förfrågningsunderlaget anser kammarrätten, i likhet med förvaltningsrätten, att Martin & Servera inte visat att dessa påstådda otydligheter påverkat bolagets möjligheter att lämna anbud i upphandlingen. Martin & Servera har därmed inte visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada på grund av dessa påstådda otydligheter. Mot denna bakgrund saknas anledning för kammarrätten att göra någon prövning av om förfrågningsunderlaget varit otydligt på så sätt bolaget påstår.

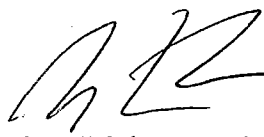
Vad gäller frågan om Martin & Servera har lidit eller kan komma att lida skada till följd av att Menigo inte uteslutits, gör kammarrätten följande bedömning. Den anbudsgivare vars anbud rätteligen uteslutits i kvalificeringsfasen kan enligt kammarrättens mening inte längre betraktas som en presumtiv leverantör. En sådan anbudsgivare kan därmed normalt

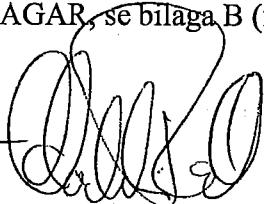
inte lida eller komma att lida skada på grund av att en annan anbudsgivare som inte uppfyller samtliga skall-krav antas som leverantör i upphandlingen.

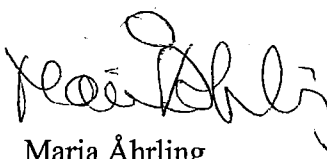
Kammarrätten anser att Martin & Servera i förevarande mål, genom vad bolaget anfört, inte visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § första stycket LOU (jfr HFD 2013 ref. 53). Mot denna bakgrund saknas anledning för kammarrätten att göra någon prövning av om anbudet från Menigo uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen.

Sammanfattningsvis ska överklagandet avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Eva Lénberg Karlsson
kammarrättsråd
ordförande


Madelaine Tunudd
kammarrättsråd
referent


Maria Åhrling
kammarrättsråd

/Johan Rick
kammarrättsfiskal
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 12

DOM
2013-11-15
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
18289-13, 18304-13,
18305-13, 18306-13,
18307-13, 18308-13,
18309-13, 18310-13

Bilaga 4.
Sida 1 (5)

SÖKANDE

Martin & Servera Aktiebolag, 556233-2451

Ombud: Advokat Björn Tude
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

MOTPARTER

1. Vallentuna kommun
2. Täby Kommun
3. Danderyds kommun
4. Sollentuna kommun
5. Norrtälje kommun
6. Österåkers kommun
7. Vaxholms kommun
8. TioHundra AB

Ombud för 2-8:
Vallentuna kommun
Siv Lantz
186 86 Vallentuna

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 393894

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Vallentuna kommun, Täby Kommun, Danderyds kommun, Sollentuna kommun, Norrtälje kommun, Österåkers kommun, Vaxholms kommun och TioHundra AB (Kommunerna) genomför genom Vallentuna kommun upphandlingen "Livsmedel 2013" (dnr KS 2012.510). Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut meddelades den 12 juli 2013 varvid annan leverantör än Martin & Servera Aktiebolag (Martin & Servera) antagits. Martin & Serveras anbud förkastades i kvalificeringsfasen. Vinnande leverantör var Menigo Foodservice AB (Menigo).

Martin & Servera ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen rättas genom att Kommunerna genomför en ny anbudsutvärdering, varvid Menigos anbud inte utvärderas alternativt att den nya utvärderingen görs även med Martin & Serveras anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan anför Martin & Servera bl.a. följande. Vinnande bolag har inte uppfyllt alla skall-krav och dess anbud borde ha förkastats. Att utvärdera Menigos anbud men inte Martin & Serveras strider mot likabehandlingsprincipen. Om vinnande anbud förkastats hade Martin & Servera haft möjlighet att lämna ett nytt anbud. Denna möjlighet har nu förvägrats Martin & Servera som därigenom lidit skada. Om Menigos anbud tillåts delta i utvärderingsfasen ska även Martin & Servera tillåtas vara med, annars behandlas inte leverantörerna likvärdigt. Om utvärderingen även görs med Martin & Serveras anbud kommer det leda till att Menigos anbud antas eftersom det har lägre pris. Vidare är förfrågningsunderlaget otydligt och strider mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU då begreppet EMV, som har en central betydelse för upphandlingen, är otydligt och inte klart definierat. Otydligheten är av sådan natur att upphandlande myndighet genom denna otydlighet kunnat godkänna Menigos anbud trots att det borde ha förkastats. Det är

tydligt att Kommunerna har en uppfattning av vad begreppet är som emellertid inte stämmer överens med den som finns på Wikipedia.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Det inkom endast två anbud varav det ena, från Martin & Servera, inte uppfyllde de obligatoriska kraven och därigenom inte kunde utvärderas. Då Martin & Serveras anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven har det därmed rätteligen förkastats. Vinnande anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav och har därmed rätteligen utvärderats. Förfrågningsunderlaget är inte otydligt och strider inte mot någon av de grundläggande principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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. Bestämmelsen i 16 kap. 4 § LOU reglerar talerätten och anger bl.a. att efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling. Vad beträffar denna är det sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant. I 16 kap. 6 § LOU regleras förutsättningarna för domstol att ingripa mot upphandlingen med stöd av vad som anförts i ansökningen. För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats.

Som grund för ansökan har Martin & Servera angett att vinnande bolag bort uteslutas från upphandlingen varefter ny utvärdering ska göras med

Martin & Serveras anbud, alternativt att upphandlingen måste göras om varefter Martin & Servera skulle ha en ny chans att uppfylla kraven för att få sitt anbud prövat och då eventuellt kunna lämna ett vinnande anbud.

Oemotsagt i målet är att Martin & Servera rätteligen uteslutits från den aktuella upphandlingen. I grunderna för ansökan har Martin & Servera anfört att för det fall bägge anbud kommit att utvärderas skulle Menigos – dvs. det vinnande bolagets – anbud komma att antas eftersom det har lägre pris. Vidare har Martin & Servera anfört att förfrågningsunderlaget är otydligt och att otydligheten är av sådan natur att upphandlande myndighet genom denna otydlighet kunnat godkänna Menigos anbud trots att det borde ha förkastats.

Förvaltningsrätten anser inte att förfrågningsunderlaget är otydligt på sätt som Martin & Servera uppgett. Martin & Servera har inte anfört och däri- genom än mindre visat att förfrågningsunderlaget är otydligt på ett sådant sätt att Martin & Servera på denna grund kommit att bli uteslutet eller avstått från att lämna ett anbud. Förvaltningsrätten finner vidare att det inte framkommit att Kommunerna vid förfarandet har agerat på så sätt att lika- behandlingsprincipen trätts för när. Martin & Servera har även efter vad som framgår rätteligen uteslutits från upphandlingen på grund av brister i sitt eget anbud. Martin & Servera är därmed inte längre att betrakta som en presumtiv leverantör och har därmed inte lidit eller kunnat komma att lida skada av att det vinnande bolaget inte har uteslutits. Någon grund för ett ingripande enligt LOU finns därmed inte. Ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilagan till denna dom (DV 3109/1A LOU).



Anna Nordström

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande Peter Collert har föredragit målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.