


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2 Enhet 21

DOM
2014-12-01
Meddelad i
Göteborg
Mål nr
9824-14

KONKURRENSVERKET	
2014-12-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE
 Menigo Foodservice AB, 556044-4647
 Box 10013
 121 26 Stockholm-Globen

 Ombud: Advokaten Liselott Fröstad och jur. kand. Jenny Kenneberg
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
 Box 3124
 103 62 Stockholm
MOTPARTER
 1. Halmstads kommun, 212000-1215
 Box 153
 301 05 Halmstad

 Ombud: Kommunjuristen Kai Sällström
 adress som ovan

 2. Martin & Servera AB, 556233-2451
 112 89 Stockholm

 Ombud: Advokaten Johan Gadd och jur. kand. Lena Dahlberg
 Falkenborn Advokatbyrå AB
 Box 7630
 103 94 Stockholm
SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 302792

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Snuregatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag - fredag 08:00-16:00
---	---	---	-----------------------------------	---

BAKGRUND

Halmstads kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal för Livsmedel – grossist, dnr 2014/735. Inom anbudstiden kom det in två anbud. Av tilldelningsbeslut meddelat den 5 september 2014 framgår att kommunen valt att teckna avtal med Martin & Servera AB.

YRKANDEN M.M.

Menigo Foodservice AB (Menigo) yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att anbudet från Martin & Servera inte tas upp till utvärdering. – Menigo anför bl.a. följande. Den nu aktuella upphandlingen har föregåtts av två tidigare upphandlingar (åren 2012 och 2013) som inte resulterat i något avtal. Den första upphandlingen avbröts på grund av att inkomna anbud inte uppfyllde ställda skallkrav. Menigos anbud förkastades på grund av en länkhänvisning på ett annat språk (danska) än svenska. – Anbudet uppfyllde alltså inte kraven på anbudets form. Martin & Servera har i sitt anbud i den nu aktuella upphandlingen angett en länkhänvisning på engelska. Kraven på anbudets form är i allt väsentligt desamma i båda upphandlingarna. Kravet kan inte anses vara oproportionerligt. Det sätt som kravet är formulerat på och tidigare tillämpning av kravet ger inte kommunen några möjligheter att frångå kravet på sätt som nu skett. Det är i absolut strid med både transparens- och lika-behandlingsprincipen att bedöma exakt likvärdiga brister i två leverantörers anbud på två helt olika sätt. Att den ena bristen skedde före den andra kan inte tillmätas någon som helst betydelse och huruvida den initiala bedömningen kan ifrågasättas utifrån ett proportionalitetsperspektiv eller inte kan aldrig rättfärdiga en så flagrant överträdelse av likabehandlingsprincipen. Eftersom Menigos anbud uppfyller de obligatoriska kraven och rätteligen skulle ha tilldelats kontraktet har bolaget lidit eller riskerat att lida skada till följd av kommunens förfarande i upphandlingen.

Kommunen yrkar att Menigos ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Upphandlingen genomförs i enlighet med förfrågningsunderlaget, LOU och övrig relevant lagstiftning inom upphandlingsområdet. Kommunen vitsordar att Martin & Servera avseende en produktposition har hänvisat till en länk på engelska. Vid genomgången av anbuderna uppmärksammade inte kommunen detta utan först efter påtalande av Menigo. Kommunen delar emellertid inte uppfattningen att anbudet från Martin & Servera ska förkastas på grund av att deras anbud innehåller en länk på engelska. Kommunen menar istället att konsekvensen blir att Martin & Servera påförs ett alternativpris enligt vad som anges i förfrågningsunderlaget. Ett påförande av alternativpris för angiven brist innebär dock alltjämt att Martin & Servers anbud är väsentligt mycket lägre än Menigos. Menigo lider därmed inte skada av nu anförda skäl. Under alla förhållanden skulle det stå i strid med proportionalitetsprincipen att förkasta ett anbud på den grunden att en anvisad länk är på engelska i en upphandling med drygt 1 000 produktpositioner. Engelska är ett språk som genomgående behärskas av de som arbetar med upphandlingar, särskilt inom livsmedelsbranschen med relativt stor import. Därtill kommer att texten inte är omfattande. Slutligen ska det om proportionalitetsprincipen sägas att denna ska tillämpas i den specifika upphandlingen. Jämförelse med hur den upphandlande myndigheten resonerat vid en annan upphandling är således inte relevant. Kommunen har sålunda inte brutit mot någon av de grundläggande principerna och inte heller mot någon annan bestämmelse i LOU.

Martin & Servera anser att Menigos ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Ett anbud som i och för sig avviker från ställda krav får inte förkastas om detta skulle vara oproportionerligt eller strida mot likabehandlingsprincipen. Så är fallet om avvikelserna endast är oväsentliga och irrelevanta. – Martin & Servera har för en av drygt 1 000 positioner angett en produktlänk på engelska. Redan på denna grund måste den aktuella avvikelserna anses vara irrelevanta och oväsentliga för upphandlingen. Att förkasta

anbudet på grund av den aktuella avvikelser skulle utgöra en oskäligt långtgående åtgärd samt skulle stå i strid med de grundläggande principerna och bestämmelserna i LOU. Som kommunen anför i sitt yttrande skulle positionen även kunnat ha behandlats som om någon produktlänk inte alls hade lämnats eller som om något pris inte hade offererats. Anbudet hade då påförts ett alternativpris (belastningspris) avseende den aktuella positionen och ändå varit det ekonomiskt mest fördelaktiga. Menigo har därmed inte lidit eller riskerat att lida någon skada. Grund för ingripande enligt LOU saknas därmed.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen 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 LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anförts i målet finns förutsättningar att vidta åtgärder enligt LOU i nu förevarande upphandling.

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i eller mot någon av de principer som anges i denna lag och att en leverantör till följd av detta lidit eller kan komma att lida skada.

Förutsättningarna för varje offentlig upphandling fastställs i förfrågningsunderlaget. Varje upphandling är unik och så länge anbudsgivarna behandlas lika i samma upphandling kan en upphandlande myndighet som regel inte anses vara bunden av tidigare bedömningar i likartade frågor. I 2012 års upphandling beslutade kommunen att avbryta upphandlingen eftersom det inte fanns någon anbudsgivare som uppfyllde samtliga skallkrav. Någon närmare granskning därutöver av inlämnade anbud synes inte ha gjorts och upphandlingen blev inte heller föremål för överprövning. Någon faktisk prövning av betydelsen av att Menigo i upphandlingen lämnade en produktlänk på annat språk än svenska har alltså aldrig gjorts. Kommunens bedömning i nämnda upphandling kan alltså inte ligga till grund för bedömningen i denna upphandling.

Skallkravet att anbudet ska vara på svenska

Det är ostridigt att Martin & Servera i sitt anbud för en produkt har lämnat en länkhänvisning som är på engelska trots att det i upphandlingen ställs krav på att anbudet ska vara på svenska (innefattande länkhänvisningar).

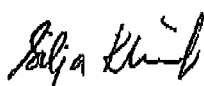
Huvudregeln enligt det upphandlingsrättsliga regelverket är att endast de anbud som uppfyller skallkrav i förfrågningsunderlaget får utvärderas. Anbud som inte uppfyller skallkraven ska förkastas. Ett anbud som inte uppfyller ställda skallkrav ska dock inte förkastas om detta skulle vara oproportionerligt eller strida mot likabehandlingsprincipen. Detta är fallet om avvikelser endast är oväsentliga och irrelevanta (jfr Kammarrättens i Stock-

holm dom i mål nr 2391-12 och Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 897-14)

I detta fall har Martin & Servera för en produkt av drygt 1 000 produkter angett en produktlänk på engelska. Det måste redan mot denna bakgrund anses vara oproportionerligt att förkasta anbudet. Kravet på att länken ska vara på svenska synes inte heller vara nödvändigt för att uppnå målen med upphandlingen. Det antecknas därtill att det inte funnits någon skyldighet att alls lämna någon produktlänk eller ens ett pris för denna position samt att anbudet i sådant fall endast hade påförts ett alternativpris. Mot denna bakgrund får avvikelsen från skullkravet i Martin & Serveras anbud betraktas som irrelevant och oväsentligt för upphandlingen och därmed inte anses stå i proportion till följden av att förkasta anbudet. Den brist som föreligger i likabehandlingen av leverantörerna får sålunda godtas i sammanhanget.

Sammanfattningsvis har Menigo inte visat att upphandlingen har genomförts i strid med 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Grund saknas därför för ett ingripande enligt LOU, varför ansökan ska avslås.

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



Silja Klint

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 angivits 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 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.