

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
555-15

meddelad i Stockholm den 20 maj 2016

KLAGANDE

Sodexo AB, 556232-7873

Ombud: Advokat Carl Bokwall och advokat Lina Håkansson
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Funckens gränd 1
111 27 Stockholm

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms dom den 22 januari 2015 i mål nr 6806-14

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår yrkandet om att förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen.

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

Dok.Id 168566

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00
E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Nacka kommun har genomfört en upphandling avseende drift av skolkök i form av ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut angavs att Sodexo AB inte uppfyllt ett obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget att en viss uppgift om fettmängd ska lämnas i den näringsberäkning som ska redovisas för en fyraveckorsmatsedel.

Sodexo ansökte om överprövning av upphandlingen och anförde att det var riktigt att bolaget inte hade specificerat det enkelomättade fett under en egen rubrik i näringsberäkningen, men att andelen sådant fett likväl framgick av näringsberäkningarna eftersom det enkelomättade fett var det som återstod när fleromättat och mättat fett dragits bort från den totala mängden fett. Att tillämpa kravet på så sätt att enkelomättat fett i onödan måste specificeras skulle enligt Sodexo vara oproportionerligt med hänsyn till syftet med kravet och konsekvenserna av att förkasta det bästa anbudet.

Nacka kommun bestred bifall till ansökningen. Kommunen anförde bl.a. att Sodexo i sin ansökan vidgått att kravet inte var uppfyllt och att det inte är kommunen som ska räkna om anbudet för att uppfylla kravet.

Förvaltningsrätten avslog Sodexos ansökan om överprövning.

Sedan Sodexo överklagat förvaltningsrättens dom konstaterade kammarrätten att det ifrågasatta kravet inte var uppfyllt även om det skulle kunna gå att räkna ut mängden enkelomättat fett på det sätt Sodexo påstått. Om Nacka kommun skulle ha beaktat Sodexos anbud skulle det därför ha inneburit ett avsteg från likabehandlingsprincipen. Enligt kammarrättens mening kunde det därför inte anses oproportionerligt att Nacka kommun upprätthöll det uppställda kravet. Överklagandet avslogs därför.

YRKANDEN M.M.

Sodexo yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras varvid *Sodexos* anbud ska beaktas. *Sodexo* anför bl.a. följande.

Det reella syftet med kravet på näringsberäkningar är att säkerställa att de menyer som ska erbjudas i skolan från näringssynpunkt uppfyller Livsmedelsverkets krav. Livsmedelsverket har dock inte angett något rekommenderat värde för enkelomättat fett varför en exakt gramangivelse inte är nödvändig för att säkerställa att Livsmedelsverkets råd uppfylls. Det förhållandet att det enkelomättade fettet inte specificerades i anbudet beror på ett rent förbiseende på grund av att sådant fett normalt inte tillmäts någon betydelse vid näringsberäkningen för skolbarn.

Den ungefärliga mängden enkelomättat fett framgår av anbudet. Avsaknaden av en uttrycklig specificering av mängden enkelomättat fett kan betraktas som en oväsentlig brist i sammanhanget. Det är därför oproportionerligt att förkasta anbudet på grund av att den exakta mängden enkelomättat fett inte specificerats. Det saknas vidare anledning att anta att någon leverantör avhållit sig från att lämna anbud på grund av kravet. Avvikelse från kravet har inte heller medfört någon lättnad eller konkurrensfördel. Det är följaktligen förenligt med likabehandlingsprincipen och påbudet av proportionalitetsprincipen att godta anbudet.

Nacka kommun bestrider bifall till överklagandet, anholder om att Högsta förvaltningsdomstolen inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen och anför bl.a. följande.

Kraven i upphandlingen har ställts utifrån vad kommunen anser skolmåltiderna behöver innehålla för att tillförsäkra en näringsrik kost. Näringsberäkningar kan göras på flera olika sätt. Det sätt kommunen valt, att begära redovisning av de tre olika fetterna, är ett vedertaget sätt att näringsberäkna på. Näringsberäkning

innebär att man bryter ner recept och beräknar energi- och näringsinnehåll i varje enskilt livsmedel. Sedan sammanställs uppgifterna och man ser då vilket energi- och näringsvärde som måltiden har. Kommunen har ställt krav på redovisning av samtliga fettmängder och fettkvaliteter för att få information om huruvida fetterna har analyserats, vilket bl.a. visar företagets kunskaper om näringsberäkning. Det ifrågasatta kravet utgör vidare en förutsättning för att Livsmedelsverkets krav på tillagning från näringssynpunkt ska kunna uppfyllas. Kravet är vidare klart, tydligt och lättförståeligt.

Obligatoriska krav som ställs i en upphandling måste upprätthållas och kontrolleras av de upphandlande myndigheterna för att säkerställa att likabehandlingsprincipen inte träds för när. Ett anbud som inte tillgodoser sådana krav måste läggas åt sidan. Om ett krav är proportionerligt måste upphandlande myndighet upprätthålla kravet genom hela upphandlingen, vilket innebär att anbud som inte uppfyller obligatoriska krav måste förkastas. Det är således den upphandlande myndighetens ansvar att garantera en objektiv jämförelse mellan inkomna anbud och att inte missgynna eller gynna en viss leverantör. Det är inte kommunens uppgift att räkna fram mängderna fett i bolagets anbud så att anbudet uppfyller ställda obligatoriska krav. Det är inte heller möjligt för kommunen att få fram rätt resultat med ledning av övriga uppgifter i bolagets anbud.

Sodexo vidhåller sin inställning och tillägger att argumentet att syftet med kravet är att garantera att anbudsgivarna har kompetens att näringsberäkna introducerades sent i processen i Högsta förvaltningsdomstolen och är något som kommunen kommit på i efterhand. *Sodexo* anför vidare att kommunens bestridande av att det är möjligt för kommunen att själv räkna ut mängden enkelomättat fett är en ny invändning och omständighet. Det saknas särskilda skäl för Högsta förvaltningsdomstolen att beakta detta vid prövningen.

Nacka kommun anför att den inte åberopat någon ny omständighet utan utvecklat sin talan i förhållande till vad *Sodexo* påstått i sitt överklagande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Det bör inledningsvis noteras att Sodexo invänt att kommunen framfört nya omständigheter i högsta instans på ett sätt som står i strid med 37 § förvaltningsprocesslagen (1971:291). Invändningen gäller att kommunen först i Högsta förvaltningsdomstolen anfört att det inte är möjligt att räkna ut mängden enkelomättat fett med ledning av andra uppgifter i bolagets anbud. Detta är emellertid att se som del av en sådan utveckling av talan som inte förutsätter särskilda skäl för att kunna beaktas.

Inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen

Den övergripande innebörden av de EU-rättsliga principer som aktualiseras i målet har uttolkats av EU-domstolen. Enligt fast praxis överläts frågor om principernas tillämpning i det enskilda fallet till de nationella domstolarna att besvara (jfr RÅ 2005 not. 159). Yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande ska därför avslås.

Vad målet gäller

Frågan i målet är om det är förenligt med de allmänna principerna för offentlig upphandling att en upphandlande myndighet förkastar en leverantörs anbud till följd av en avvikelse från ett obligatoriskt krav som ställts i förfrågningsunderlaget.

Rättslig reglering m.m.

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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 iakttas.

Enligt 15 kap. 12 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Enligt andra stycket får myndigheten begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU ger uttryck för vad som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster och för vad som följer av principerna i EU-fördraget (jfr skäl 2 till direktivet och avsnitt 7.2 i prop. 2006/07:128). Bestämmelsen i 15 kap. 12 § motsvarar vad som gäller för upphandling som omfattas av direktivet.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91).

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (se Kommissionen mot Danmark, C-243/89, EU:C:1993:257, punkt 37).

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (se RÅ 1999 ref. 76; jfr Contse, C-234/03, EU: C:2005:644).

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

I 1 kap. 9 § LOU anges de allmänna principerna för en offentlig upphandling. Till dessa hör principerna om likabehandling och proportionalitet. De ska iakttas vid varje beslut som fattas och inför varje åtgärd som vidtas i alla faser av en upphandling.

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet.

En upphandlande myndighet måste därför redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud.

När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud.

Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling.

Före anbudstidens slut kan situationen vara den att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att frånfalla eller justera detta, utan att det för den skull blir fråga om en ny eller annan upphandling. I detta skede medför likabehandlingsprincipen att avvikelsen måste kommuniceras med alla leverantörer, även potentiella sådana. Om så inte kan ske, åligger det myndigheten

att antingen upprätthålla kravet sådant det angetts i förfrågningsunderlaget eller avbryta upphandlingen och göra förnyade överväganden i en eventuell ny upphandling (jfr RÅ 2008 ref. 35 och där anmärkta rättsfall om förutsättningarna för ett avbrytande).

När tiden för att lämna anbud har löpt ut kan det i stället vara så, att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att godta ett anbud som inte uppfyller kravet. Myndigheten har enligt 15 kap. 12 § LOU även i detta skede vissa möjligheter att tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av lämnade anbud, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömer att dessa bestämmelser inte ger utrymme för en komplettering, är det i princip inte möjligt att godta ett sådant anbud.

I målet är ostridigt att Sodexo inte specificerat mängden enkelomättat fett i den näringsberäkning som enligt förfrågningsunderlaget ska redovisas i anbudet.

Syftet med detta krav har bl.a. uppgetts vara att göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att bedöma hur väl den offererade kosten uppfyller vissa näringskrav. Kravet har således en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet. Det kan inte anses innefatta en tekniskt sett alltför betungande uppgift för en potentiell leverantör att ange uppgiften i sitt anbud. För denna slutsats talar att övriga anbudsgivare uppfyllt kravet och att också Sodexo uppgett sig ha kunnat iaktta detta, men på grund av förbiseende inte gjort det.

Det har inte framkommit eller annars gjorts troligt att den brist som Sodexos anbud innehöll var sådan att kommunen hade kunnat godta anbudet utan att handla i strid med likabehandlingsprincipen.

Mål nr
555-15

Kommunen gjorde alltså rätt som förkastade anbudet från Sodexo.
Överklagandet ska därför avslås.

I avgörandet har deltagit justitieråden Mats Melin, Eskil Nord,
Christer Silfverberg, Thomas Bull och Mari Andersson.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Mattias Håkansson.

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 3 oktober 2014 i mål nr 16119-14.