



KLAGANDE

1. Hultsfreds kommun
Box 500
577 26 Hultsfred

2. Högsby kommun
Kyrkogatan 8
579 80 Högsby

3. Mönsterås kommun
Box 33
383 22 Mönsterås

4. Oskarshamns kommun
Box 706
572 28 Oskarshamn

5. Vimmerby kommun
Stadshuset
598 81 Vimmerby

6. Västerviks kommun
593 80 Västervik

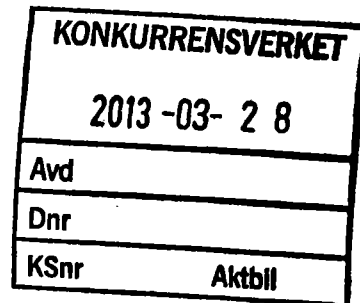
Ombud för 1-5:
Kommundirektör Carl-Magnus Mårheden
Västerviks kommun
593 80 Västervik

MOTPART

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

Ombud:

1. Advokat Liselott Fröstad
2. Jur.kand. Eleonore Gustafsson
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm



*Konkurrensv.
d.k.*

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 9 oktober 2012 i mål nr 4549-12, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom såvitt avser varugruppen kolonial/specerier, konserver och djupfrys och avslår Menigos ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Kommunerna yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, avslår Menigo Foodservice AB:s (Menigos) ansökan om överprövning såvitt avser varugruppen kolonial/specerier, konserver och djupfryst.

Menigo motsätter sig att förvaltningsrättens dom ändras.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Kommunerna

Livsmedelsverket har gett ut råd bl.a. för planering av måltider. Även industrin på restaurang- och storköksområdet har tagit fram produkter som är anpassade till de portioner som är användbara för olika målgrupper. Produkterna är en förutsättning för att kunna servera smakliga måltider, näringsberäkna och beräkna serveringskostnader.

Kommunerna har på position 406 angett att de önskar ”Sej, 0,077–0,3 kg Filé, MSC-certifierad, Pollachius Virens, Portion, Skinn/benfri, Styckfryst”. Begreppet portion är en branschterm och innefattar att bitarna ska vara väsentligen lika stora. Detta framgår t.ex. av det förtydligande som kommunerna lämnade i frågor och svar under anbudstiden där man uppgav att man godkände en vikt på 130 g med en variation på +/- 15 g. För ett grossistföretag i livsmedelsbranschen kan det inte råda någon oklarhet om vad kommunerna önskade. Att detta står helt klart för Menigo styrks av att Menigo på positionerna 400, 404, 410 och 411, som samtliga beskrivs på samma sätt som 406, har lämnat anbud på portionsprodukter. Även i Menigos eget sortiment under varumärkena ”Menigo” och ”Brakes” finns produkter med portionsbitar av fisk där bitarna är väsentligen lika stora och inom ett rimligt viktintervall. Detta visar att Menigo mycket väl förstår vad som avses med begreppet portion. En anbudsgivare ska inte kunna spela

okunnig och förlita sig på att domstolen, som saknar branschkunskap, inte vet hur begreppet ska tolkas. Den omständigheten att viktspannet varierar för olika produkter beror på att kommunerna lagar mat till olika målgrupper och att det då behövs olika produkter. Även om kravtexten för position 406 hade kunnat skrivas ännu tydligare är det tillräckligt tydligt för position 406. Det kan påpekas att det är en mycket omfattande upphandling med över 1 300 positioner. Alltför stränga krav på förfrågningsunderlagets utformning skulle göra det svårt att genomföra en upphandling, jfr rättsfallet RÅ 2002 ref. 50.

Den produkt som Menigo lämnat anbud på för position 406 klarar inte portionskravet då den varierar i storlek och därmed är att betrakta som osorterad djupfryst fiskfilé. Samma sak gäller den andra produkten som Menigo erbjuder på position 406. Vid kontroll av den första produkten framkom att uppgiven storlek i anbudet var 125–250 g, uppgiven vikt på kartongen var 125–150 g och verklig vikt vid kontrollvägning var 195–301 g. Vid kontroll av den andra produkten framkom att uppgiven storlek i anbudet var 100–300 g, uppgiven vikt på kartongen var 100–250 g och verklig vikt vid kontrollvägning var 110–238 g. Det står därmed klart att Menigo inte erbjuder någon portionsfisk av sej och att Menigo därmed ska påföras belastningspris på position 406.

Kommunerna har på position 1022 angett att de önskar ”Ost filé, Västgöta kloster eller likvärdig, 2–5 kg, fetthalt $\leq 31\%$ ”. Menigo har lämnat anbud på dels Riddar filé 28% KG 42 ARLA FOODS AB DIVISION SVERIGE dels Västgöta Kloster 31% KG 47,38 ARLA FOODS AB DIVISION SVERIGE. Västgöta kloster tillverkas enligt Arla Foods efter ett gammalt recept, där Arla använder ett speciellt enzym i ystningsprocessen. Detta enzym gör att osten får sin specifika smak. Västgöta kloster har en fetthalt på 31% och en salthalt på 1,0–1,6%. Det sker ingen vaxning av denna ost. Osten saluförs efter fem månaders lagring, vilket gör att den är mellanstark. Riddarfilén har en fetthalt om 28% och lagras i tre månader. Osten är vaxad

och ytbehandlad med E235, Natamycin, för att motverka mögel. Skillnaden mellan ostarna är enligt kommunerna avsevärd. Kommunerna har accepterat anbudet på Wästgöta kloster och det belastningspris som Menigo ska påföras är skillnaden mellan priset på Riddarfilén och Wästgöta kloster.

Menigos anbud skulle ha påförts belastningspris på positionerna 406 och 1022. Martin & Serveras anbud skulle då vara 499 986 kr lägre än Menigos anbud och förvaltningsrätten borde därför ha avslagit Menigos ansökan om överprövning.

Menigo

Det förutsätts att krav som den upphandlande myndigheten ställer är klart och koncist uttryckta i förfrågningsunderlaget så att anbudsgivarna inte ska missta sig på vad som faktiskt efterfrågas. Myndigheten får stå risken för att uppställda krav inte motsvarar vad myndigheten avsett att upphandla. Av EU-praxis framgår att anbudsgivarna ska vara rimligt upplysta och normalt aktsamma. Kraven i förfrågningsunderlaget ska vara utformade på ett sådant sätt att anbudsgivarna ska få kännedom om den exakta innebörden av kraven.

Förfrågningsunderlaget är inte otydligt utformat. Frågan är om anbudsgivaren är skyldig att tolka in även andra krav som inte framgår av förfrågningsunderlaget.

Beträffande position 406 har Menigo offererat den produkt som kommunerna har efterfrågat. Menigos produkt uppfyller samtliga krav. Begreppet portion är inte något exakt. Av Svenska Akademiens ordbok framgår att med portion avses "kvantitet av maträtt som ätes av" och "som för en person upplägges vid ett och samma tillfälle". För position 406 anges ett viktspann om 0,077–0,3 kg. Kommunerna har förtydligat att det ska vara naturfilé, vilket är en filé som inte är processad. Det framgår inte att bitarna

ska vara lika stora. På andra positioner som också avser portionsbitar har kommunerna angett andra viktspann. Förfrågningsunderlaget ger således anbudsgivarna möjlighet att antingen offerera filéer med varierande storlek i intervallet 0,077–0,3 kg eller filéer med en och samma storlek i nämnda intervall. Det ifrågasätts varför kommunerna ställt kravet som de har gjort om endast det sistnämnda alternativet är godtagbart. Detta särskilt som begreppet portion saknar en närmare definition, är subjektivt och varierar med beställare, upphandling, produkt och den som slutligen ska konsumera produkten. Kommunerna hade kunnat ange en fast vikt eller ett väsentligt snävare viktspann, vilket är fallet med positionerna 400, 404, 410 och 411. Kommunerna har själva uppgett att kravtexten i position 406 hade kunnat skrivas tydligare.

Avseende position 1022 gör kommunerna gällande att Wästgöta kloster har unika egenskaper i form av bl.a. ett ”speciellt enzym”. Det kan då ifrågasättas om det finns en reell möjlighet att offerera någon annan produkt än just Wästgöta kloster. Menigo vidhåller att Riddarfilé uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Position 406

Frågan är om det har varit tillräckligt förutsägbart för rimligt informerade och normalt omsorgfulla leverantörer i livsmedelsbranschen vad som efterfrågas i denna position.

Upphandlingen avser livsmedel till kommunernas förvaltningar såsom förskolor, skolor och särskilda boenden. Enligt kammarrättens mening måste i detta sammanhang med begreppet portion rimligen förstås bl.a. att fiskbitarna i en förpackning är väsentligen lika stora. Något annat skulle innebära uppenbara praktiska svårigheter i ett kommunalt storkök. Den

omständigheten att storleken på en portion kan variera för olika målgrupper föranleder inte någon annan bedömning. De av kommunerna åberopade produktbladen avseende portionsprodukter – varav några avser Menigos egna fiskprodukter – anger klart att det är fråga om just portionsbitar av fisk och att vikten på bitarna inte skiljer sig åt i någon större utsträckning. Beträffande filé med varierad storlek efterfrågas detta av kommunerna i position 408.

Enligt kammarrätten kan det för en anbudsgivare i en större kommunal livsmedelsupphandling inte ha varit oklart vad som avses med begreppet portion i en sådan upphandling. Menigo, som är en stor aktör på livsmedelsmarknaden, har enligt kommunerna på andra positioner, som samtliga beskrivs på samma sätt som position 406 vad avser begreppet portion, dessutom offererat portionsprodukter.

På förpackningarna till de produkter som Menigo har offererat finns inte angivet att det är fråga om portionsbitar. Beträffande Menigos offererade produkter framgår vidare att viktuppgifterna i anbudet och på förpackningen inte överensstämmer. Det finns också avvikelser vid kontrollvägningen, vilken klart visar att filéerna är olika stora och att det inte är fråga om marginella skillnader. Kammarrätten konstaterar att de av Menigo offererade produkterna inte uppfyller kravet på portionsfisk av sej och att Menigo därför ska påföras belastningspris på position 406.

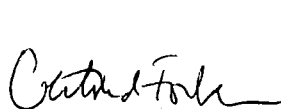
Position 1022

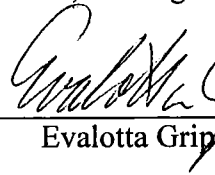
Av produktbladen framgår att Wästgöta kloster ingår i produktgruppen ”Hårdost, bit >30%, mellanstark” medan Riddarfilé ingår i produktgruppen ”Hårdost, bit 20–30%, mild”. Wästgöta kloster är avsevärt dyrare än Riddarfilé. Enligt kammarrättens mening är det så pass stor skillnad mellan Wästgöta kloster och Riddarfilé att Riddarfilé inte kan anses likvärdig med Wästgöta kloster. Den omständigheten att kommunerna på position 1026

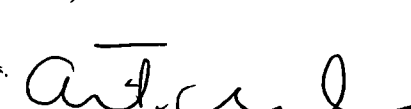
efterfrågar Riddarfilé eller likvärdig ost talar också för att det inte är fråga om två likvärdiga ostar. Eftersom Menigo i första hand har offererat Riddarfilé och i andra hand Wästgöta kloster ska Menigo påföras belastningspris på skillnaden mellan priset på Riddarfilé och Wästgöta kloster.

Kammarrätten anser sammanfattningsvis att kommunerna, genom att i anbudsutvärderingen påföra belastningspris på de av Menigo offererade produkterna på positionerna 406 och 1022, inte har förfarit på ett sätt som strider mot LOU eller de allmänna principer som ligger till grund för denna lagstiftning. Kommunernas överklagande ska därför bifallas.

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


Gertrud Forkman


Evalotta Grip


Anna Flyme Ahlstrand
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2012-10-09
Meddelad i
Linköping

Mål nr
4549-12

Aktbilaga 30

SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur.kand. Rebecca Gulding
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. Hultsfred kommun, 212000-0712
2. Högsby kommun, 212000-0688
3. Mönsterås kommun, 212000-0720
4. Oskarshamn kommun, 212000-0761
5. Vimmerby kommun, 212000-0787
6. Västervik kommun, 212000-0779
593 80 Västervik

SAKEN

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

DOMSLUT

1. Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning på så sätt att upphandlingen för varugruppen kolonial/specerier, konserver och djupfryst får avslutas först sedan en ny anbudsutvärdering gjorts i enlighet med vad som anförs under domskälen.

2. För varugruppen färska grönsaker och frukt förordnar förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 96396

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00
E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

3. Menigos ansökan om överprövning avseende varugruppen färskt kött och charkuterier föranleder ingen åtgärd från förvaltningsrättens sida.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Västerviks kommun genom Kommunledningskontoret, genomför för Hultsfred, Högsby, Mönsterås, Oskarshamn, Vimmerby och Västerviks kommuner (Kommunerna) en upphandling av ramavtal för successiva avrop av livsmedel. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande där det anbud som har lägst pris antas som leverantör, med beaktande av eventuella belastningspriser. Belastningspriset utgörs av Kommunernas uppskattade alternativkostnad för anskaffning av efterfrågad vara för respektive position, angivet i sortimentsfilerna.

Upphandlingen omfattar tolv varugrupper och Kommunerna avser att anta en fullsortimentsgrossist som huvudleverantör av varugruppen kolonial/specerier, konserver och djupfrost. Anbud får lämnas separat för övriga varugrupper och per kommun. Kommunerna medverkar som självständiga avtalsparter. Genom tilldelning den 3 juli 2012 har Kommunerna meddelat att Martin & Servera AB (M&S) antagits som leverantör för varugruppen kolonial/specerier, konserver och djupfrost (fullsortimentsgrossist) samt färskt kött och charkuteriprodukter. I tilldelningsbeslut den 5 juli 2012 för varugruppen färska grönsaker och frukt har Kommunerna antagit Nilsson & Lindblom Frukt & Grönsaker (N&L) som leverantör.

Menigo Foodservice AB (Menigo) yrkar att förvaltningsrätten beslutar att Kommunernas upphandling av livsmedel inte får avslutas innan rättelse har vidtagits genom en ny utvärdering avseende varugrupporna kolonial/specerier, konserver och djupfrost (fullsortimentsgrossist), färskt kött och charkuteriprodukter samt färska grönsaker och frukt.

Kommunerna bestrider Menigos krav på rättelse avseende varugrupporna kolonial/specerier, konserver och djupfrost (fullsortimentsgrossist) samt färskt kött och charkuteriprodukter. Menigo har i sitt anbud reserverat sig

att om de inte blir fullsortimentsgrossist har de inte möjlighet att leverera färskt kött och charkuteriprodukter. Med anledning av Menigos reservation kvarstår M&S som tilldelad leverantör inom varugruppen färskt kött och charkuteriprodukter. Vad gäller varugruppen färska grönsaker och frukt medger Kommunerna att brister finns i förfrågningsunderlaget och utvärderingen. Denna varugrupp bör upphandlas på nytt.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Menigo

Vid en genomgång av M&S:s anbud har Menigo kunnat konstatera att M&S i ett antal positioner har offererat produkter som inte uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda skallkrav. Kommunerna har emellertid inte givit M&S några belastningspriser i dessa positioner. Exempelvis kan konstateras att M&S i positionerna 86, 389, 394, 395, 672, 674, 675 och 676 har offererat produkter som enligt Dabas, kan innehålla spår av nötter och mandel. Av motsvarande positioner i bilaga 5, framgår att offererade produkter ska vara fria från spår av nötter och mandel. I positionerna 609 och 610 har M&S offererat produkter som inte är lösfrysta. Av punkt 4.5 i förfrågningsunderlaget framgår att "frysta livsmedel ska vara lösfrysta". I andra fall har M&S offererat produkter med felaktig vikt och andra felaktiga egenskaper såsom felaktigt innehåll, strimlad istället för tärnad osv. M&S anbud borde rätteligen ha påförts en belastningspris om sammanlagt 454 205,42 kr avseende denna varugrupp. Menigo har därmed vid en korrekt genomförd utvärdering det lägsta värderingsvärdet och ska därmed tilldelas kontraktet. Det ska noteras att Menigo har felaktigt påförts belastningspris i positionerna 81 och 574 emedan offererade produkter uppfyller ställda krav.

Kommunerna har vidare låtit informera att det kan komma att bli aktuellt att påföra samtliga anbudsgivare belastningspriser i position 406, då Kommunerna gör gällande otydligheter. I punkt 2.8 i förfrågningsunderlaget anges att eventuella otydligheter ska föregås av en fördjupad kontroll. Den av Menigo offererade produkten i denna position uppfyller ställda krav.

Beträffande varugruppen färskt kött och charkuteriprodukter har M&S:s erhållit ett värderingsvärde på 6 127 640 kr och Menigo har erhållit ett värderingsvärde på 6 031 695 kr. Menigo har således det lägsta värderingsvärdet men M&S har tilldelats detta kontrakt p.g.a. att Menigos anbud var villkorat på så sätt att det faller för övriga varugrupper om bolaget inte antas som fullsortimentsgrossist. Vid en korrekt genomförd utvärdering ska Menigo antas som fullsortimentsgrossist varför också kontraktet avseende färskt kött och charkuteriprodukter ska tilldelas Menigo.

För varugruppen färska grönsaker och frukt har anbudsgivare haft att ange pris med en rabatt uttryckt i procent utifrån Årsta partihallars prislista. Vid jämförelse med Årsta partihallars prislista den 12 mars 2012, framgår att ett flertal av de efterfrågade produkterna inte återfinns. Med beaktande av formuleringen i förfrågningsunderlaget avseende hur anbudsgivarna har att lämna pris för dessa varugrupper får på goda grunder ifrågasättas hur Kommunerna har utvärderat M&S:s och N&L:s anbud då dessa i sina anbud även lämnat pris på sådana produkter som inte går att återfinna i prislistan från Årsta partihallar. Genom att vissa anbudsgivare lämnat priser och rabatter baserade på egna prislistor emedan Menigo lämnat pris och rabatter endast på de produkter som finns angivna på Årsta partihallars prislista torde det vara omöjligt att vid utvärderingen kunna jämföra anbudet.

Kommunerna har genom att inte ge belastningspriser där så enligt förfrågningsunderlaget rätteligen ska ske, åsidosatt principen om likabehandling. Menigo riskerar som följd av Kommunernas åsidosättande av LOU:s regler att förlora kontrakten och kan därmed komma att lida skada.

Kommunerna

Både Menigo och M&S har under den tid avtalsspärren löpt inkommit med frågor och synpunkter på lämnade anbud. Kommunerna har i svar till dem visat, att trots vissa justeringar i utvärderingen, förblir läget oförändrat vad gäller tilldelade leverantörer.

Menigo framhåller att en fördjupad kontroll borde ha genomförts av position 406. Kommunerna anser att lämnad information i respektive anbud är tillräcklig för att vid en närmare granskning inse att ingen av leverantörerna uppfyller ställda krav. Kommunerna har frågat efter en sejfilé portion, naturfilé. M&S har svarat med en blockfrost sej, Menigo har svarat med en hel sejfilé som inte kan anses som portion. Ingen av anbudsgivarna uppfyller därmed ställda krav på position 406 och bör få belastningsvärde på den positionen. En ny sammanställning av anbudssummorna av varugruppen kolonial/specerier, konserver och djupfrost visar att efter gjorda justeringar utifrån Menigos och M&S:s synpunkter, förbli läget oförändrat vad gäller tilldelad leverantör.

Kommunerna anser att bristerna i förfrågningsunderlaget och utvärderingen bör leda till att varugruppen färska grönsaker och frukt upphandlas på nytt. Tyvärr saknades insikt från Kommunernas sida att vissa produkter inte fanns med på Årstalistan vid den angivna basprisdagen.

Menigo har i svar anført bl.a. följande

De brister som föreligger i delen av upphandlingen som avser varugruppen färska grönsaker och frukt är att hänföra till Kommunernas utvärdering och har inte påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen eller anbudsgivares vilja eller förmåga att lämna anbud. Att Kommunerna utvärderat anbudsgivares anbud utan tillämpning av belastningspriser i de positioner där motsvarande positioner på Årsta partihallars prislista saknas är inte hänförligt till brister i förfrågningsunderlaget. Bristen består i att Kommunerna genomfört utvärderingen i strid med det förfarande som anges i förfrågningsunderlaget. I detta hänseende får det anses tillfyllest att Kommunernas utvärdering rättas på så sätt att samtliga anbudsgivare erhåller belastningspriser i de delar där efterfrågade positioner inte återfinns på Årsta partihallars prislista när efterfrågade priser inte kan lämnas i dessa positioner.

Menigos offererade artikel under position 406 uppfyller samtliga ställda krav. Kommunerna anser att produkten inte kan anses uppfylla kravet på portion och att den därmed ska påföras ett belastningspris. När fråga är om en naturfilé med ett viktspann som i allt väsentlig motsvarar en normal portionsstorlek ligger det i sakens natur att respektive filé uppenbart avses utgöra en portion, i synnerhet då Kommunerna inte har angivit något annat avseende vad som skulle kunna åsyftas med portion.

Kommunerna vidhåller att M&S har offererat produkter som uppfyller ställda krav. Det kan emellertid konstateras att det av produktinformation för respektive produkt otvivelaktigt framgår att de av M&S offererade produkterna kan innehålla spår av nötter. Kommunerna har medgivit att de av M&S offererade produkterna i positionerna 48 och 399 ska påföras belastningspris.

Menigo vidhåller att M&S ska påföras belastningsvärde i position 78 då offererad produkt innehåller 2,05 liter och inte uppfyller kravet om ett innehåll om 2,5 liter.

Beträffande Menigos anbud avseende position 1022 är det bolagets uppfattning att den offererade produkten uppfyller ställda krav och därmed inte ska erhålla något belastningspris.

Kommunerna anför följande

I förfrågningsunderlaget är det ställt som krav på position 406 sej, att den bl.a. ska vara filé och portion samt ha en vikt inom intervallet 0,077-0,3 kg. Med portion avses att samtliga bitar har samma vikt, t.ex. 125 g. Under anbudstiden inkom en fråga om en produkt med vikten 130 g +/- 15 g kan godkännas, till vilken Kommunerna svarade ja. Menigo har offererat en produkt där filéerna varierar i vikt mellan 125-250 g och uppfyller därmed inte kravet på portion. Menigos offererade produkt godkändes i det program som användes för upphandlingen eftersom det höll sig inom intervallet. Det Kommunerna inte uppmärksammade var att offererade sejfiléer varierar i storlek. Efter tilldelning informerades båda anbudsgivarna att ingen av produkterna borde ha godkänts.

Menigo har till sitt yttrande bifogat produktinformation från Dabas som visar att vissa offererade produkter 389, 394, 395, 672, 674, 675 och 676 kan innehålla spår av nötter och mandel. Informationen i Dabas är inte korrekt, något som M&S påpekat för Dabas och som nu justerats. I M&S:s egna produktspecifikationer framgår tydligt att produkterna är fria från spår av nötter och mandel. M&S ska således inte påföras några belastningspriser på dessa positioner. Positionerna 48 och 399 borde inte ha godkänts i utvärderingen. I en ny sammanställning är positionerna justerade. Kommunerna vidhåller att M&S inte ska påföras belastningsvärde för po-

sition 78. Enligt Dabas och producenternas hemsida är vikten på dunk med innehåll 2,5 vilket motsvarar det kommunerna har frågat efter.

Avseende position 1022 har Kommunerna frågat efter en Wästgöta kloster eller likvärdig, dvs. en starkare ost med mer fyllig smak. Menigo har offererat dels en Riddarfilé dels en Wästgöta kloster. I första skedet godkände Kommunerna Riddarfilén. Efter tilldelning påpekade M&S att Riddarfilén inte är likvärdig Wästgöta kloster då Riddarfilén är en mildare ost, vilket framgår av Dabas. Kommunerna vidhåller därför att Riddarfilén inte är godkänd och ökar Menigos anbudssumma med motsvarande belopp till nästa godkända artikel, Wästgöta kloster.

Trots gjorda justeringar i utvärderingen kvarstår M&S som antagen leverantör för varugruppen kolonial/specerier, konserver och djupfrost. Samtliga anbudsgivare har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och upphandlingen har genomförts på ett öppet och förutsägbart sätt. Principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet har iakttagits. Upphandlingen bryter vare sig emot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse däri vilket medför att någon leverantör lidit skada.

Nilsson & Lindblom, som fått tillfälle att yttra sig i målet, anser att tilldelningsbeslut avseende varugruppen färska grönsaker och frukt ska kvarstå. Utifrån skrivningarna i punkt 4.9 och 5.2 i förfrågningsunderlaget, gällande prissättning, kan ej tolkas att de rader med produkter som inte fanns med på Årstalistan ska lämnas tomma. N&L har lämnat pris på samtliga produkter och ska inte påföras belastningspris.

Martin & Servera, som fått tillfälle att yttra sig i målet, anser att förvaltningsrätten ska avslå Menigos ansökan avseende varugrupperna kolonial/specerier, konserver och djupfrost samt färskt kött och charkuterier. Till

stöd för sin inställning anför M&S i huvudsak följande. Menigo har, för position 406, offererat en produkt där filéerna varierar mellan 125 och 250 gram. Denna variation skapar stor ojämnhet vid servering och innebär att en ätande skulle kunna få dubbelt så stor portion som grannen. Detta kan inte kallas för en jämn portionsstorlek, vilket kravet från Kommunerna klart säger. Menigos anbudslagda produkt ska beläggas med belastningspris.

För positionerna 389, 394, 395, 672, 674, 675 och 676 har Menigo genom felaktiga uppgifter i Dabas framställt att produkterna ska påföras belastningspris. Att Menigo varit vilseledda p.g.a. felaktiga uppgifter kan inte påverka Menigos anbudsläggning, då samtliga positioner är lagda med produkter ur M&S egna varumärke, som inte Menigo har tillgång till för att kunna lägga anbud på.

Menigo anser att M&S:s anbud ska påföras belastningspris på position 78, för att innehållet inte motsvarar den efterfrågade förpackningsstorleken. Kommunerna har efterfrågat Sweet chili sauce i 2,5 liters förpackning. M&S har lagt anbud på Procordias art.nr 09179, som enligt Procordias produktspecifikation innehåller 2,5 kg, vilken Kommunerna godkänt. Menigos yrkande om belastningspris för M&S ska avslås.

Kommunerna har valt att göra sin upphandling på ost i detta fall på två olika ostfiléer, för position 1022 med texten; *Ost filé Wästgöta kloster eller likvärdig 2 – 5 kg Fetthalt <31 % Filé, 1928 kg* och för position 1026 *Ost Riddar eller likvärdig 1 – 5 kg <=28 %, Mild 2384 kg*. Kommunerna har medvetet förtydligat vilken produktkvalitet de önskar (Wästgöta kloster eller likvärdig), men Riddarfilé kan inte anses likvärdig, varken gällande smak, kvalitet eller fetthalt. Därför ska Menigo få belastningspris på position 1022.

DOMSKÄL

Lagtext m.m.

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.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

För en upphandling av det slag som här är aktuell får det i viss utsträckning accepteras att förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellerna i alla delar inte kan utformas helt optimalt. Förfrågningsunderlaget ska dock vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Det gäller dock att den upphandlande myndighetens krav angivits på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. I utvärderingsfasen av en offentlig upphandling förekommer alltid ett visst mått av bedömningar och värderingar. Krav som ska ställas är att utvärderingen håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget och utvärderingskriterierna samt att den i övrigt

inte strider mot principerna avseende likabehandling, förutsägbarhet och transparens.

Kravet på likabehandling innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Härav följer att anbudsgivarna ska ges lika möjligheter att utarbeta sina anbud och de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Principen om likabehandling leder vidare till att de som har intresse av att erhålla ett kontrakt ska ha möjlighet till insyn, så att man kan kontrollera att principerna iakttas. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt under förfarandet. Med transparens menas främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger.

Menigo har till grund för sin talan anfört att det föreligger brister vad gäller Kommunernas anbudsutvärdering genom att M&S, inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav på offererade produkter för varugruppen kolonial/specerier, konserver och djupfrost, och rätteligen ska påföras belastningspriser. Vidare har Menigo anfört att deras anbud felaktigt pålagts belastningspriser avseende två offererade produkter samt att utvärderingen av varugruppen frukt och grönt utförts på ett felaktigt sätt. Menigo har genom Kommunernas handlande inte tilldelats kontrakt för varugruppen färskt kött och charkuteriprodukter, trots lägst anbudspris, då bolaget inte blivit tilldelat kontrakt för varugruppen kolonial/specerier, konserver och djupfrost (fullsortimentsgrossit). Fråga i målet är således om Kommunerna förfarit rätt vad avser de tre varugrupperna kolonial/specerier, konserver och djupfrost, färskt kött och charkuteriprodukter samt frukt och grönt.

Varugruppen kolonial/specerier, konserver och djupfryst

Av bilaga 1 framgår de olika positioner i vilka Menigo anser att M&S inte uppfyller ställda krav. Av bilagan framgår att Kommunerna avseende positionerna 21, 44, 48, 86, 352, 391, 399, 452, 454, 609, 610, 651 och 653 efter kontroll numera delar Menigos uppfattning. 574 avser en position där Kommunerna numera godkänt Menigos produkt. Förvaltningsrätten finner i nämnda positioner inte skäl att göra någon annan bedömning än den parterna numera är ense om. Återstår att pröva är då övriga positioner enligt bilaga 1.

Av förfrågningsunderlaget, punkten 5.2 framgår att för varje position i sortimentslistan får anbudet ett pris som är en sammanräkning av offererat pris per försäljningsenhet kg/liter/styckepris multiplicerat med uppskattad volym. För det fall anbudet saknar en viss position eller offererar en artikel som inte motsvarar beställarens krav eller inte innehåller sådan information att beställaren utan risk för särbehandling kan fastställa om kraven uppfylls så drabbas anbudet av ett belastningspris. Detta pris kommer därefter att ingå som ett pris på den aktuella produkten vid utvärderingen.

M&S har, efter att Kommunerna under utvärderingen ställt frågan, för positionerna 389, 394, 395, 672, 674, 675 och 676 angett att dessa inte innehåller spår av nötter och mandel. Att det felaktigt angetts att dessa produkter kan komma att innehålla spår av nötter och mandel enligt Dabas är, enligt förvaltningsrättens mening inget som bör belasta varken anbudsgivare eller upphandlande myndighet. Vad Menigo anfört om att produktinformationen finns tillgänglig i Dabas för samtliga anbudsgivare och används av dessa för att fastställa huruvida en produkt uppfyller ställda krav föranleder ingen annan bedömning. M&S offererade produkter i detta avseende får anses uppfylla ställda krav, utan att risk för särbehandling föreligger. Belastningspris för offererade produkter 389, 394, 395, 672, 674, 675 och 676 ska därför inte påföras.

Av punkten 5.4 i förfrågningsunderlaget framgår att för information om bifogade sortimentsfiler anges att rubrikerna "Innerförpackning/minsta enhet" och "Frp/Fsg enhet" (förpackning/försäljningsenhet) visar inom vilken vikt en produkt ska väga för vara godkänd. Den första delen avser innerförpackningen eller minsta enheten t.ex. vikten/köttbulle eller att den ska innehålla flera mindre förpackningar med en viss vikt. Den andra delen avser ytterförpackningar. Beställarna använder ett dataprogram för stöd vid utvärderingen. Programmet räknar ut pris per liter/kg m.m. för att säkerställa att samma artiklar får samma jämförelsetal. För position 78 anges att innerförpackning/minsta enhet ska ligga mellan 2,5 – 2,5 L och Frp/Fsg enhet ska vara inom ≤ 10 L. Kommunerna har angett att M&S inte ska påföras belastningspris då vikten på dunk med innehåll är 2,5, vilket motsvarar det man efterfrågat. Det är ostridigt i målet att M&S har offererat en produkt som innehåller 2,05 L. Förvaltningsrätten anser att kravet är ställt att innerförpackningen ska motsvara 2,5 L och M&S produkt enbart innehåller 2,05 L varför ett belastningspris för angiven position ska påföras.

För positionerna 406, sejfilé samt positionen 1022, Wästgöta kloster, anser Menigo att något belastningspris inte ska påföras för dessa positioner. Kommunerna har efterfrågat en naturfilé som är skinn/benfri, styckfryst samt har en vikt per minsta enhet mellan 0,077-0,3 kg och är Msc-certifierad. Menigo har offererat en djupfryst sejfilé som är skinn-/benfri, styckfryst och Msc-certifierad samt att varje filé väger 125-250 g och den totala vikten för förpackningen är 4,5 kg. Under anbudstiden inkom en fråga om en produkt med vikten 130 g +/- 15 g kan godkännas. På detta svarade Kommunerna ja. Enligt Kommunerna har Menigo offererat en produkt på position 406 där filéerna varierar i vikt mellan 125-250 g och därmed inte uppfyller kravet på portion.

Vad som avses med begreppet portion finns inte närmare beskrivet i förfrågningsunderlaget. Inte heller återfinns information om att alla bitar ska ha samma vikt. Kommunernas uppfattning om att vikten på efterfrågad produkt ska tolkas på så sätt att det är en fisk med samma vikt som efterfrågas och inte en produkt där filéerna kan variera i vikt kan emellertid inte anses varit förutsägbar för samtliga anbudsgivare. I position 1022 har Kommunerna frågat efter en ost, filé, Wästgöta kloster eller likvärdig med fetthalt ≤ 31 procent med förpackningsmått 2-5 kg ≤ 5 kg. Menigo har offererat dels en Riddarfilé dels en Wästgöta kloster och anfört att båda ostarna är lagrade, starkare ostar med fyllig smak samt att de är grynpi-piga. Kommunerna fann att Riddarfilén inte är likvärdig en Wästgöta klosterost, då Riddarfilén är en mildare ost medan Wästgöta kloster är en starkare ost. Förvaltningsrätten konstaterar att Menigo offererat Wästgöta kloster, vilket är den produkt som efterfrågas. Mengio har därmed gjort sannolikt att positionerna 406 och 1022 uppfyller ställda krav avseende efterfrågade produkter och ska därmed inte påföras något belastningspris.

Vad avser resterande positioner enligt bilaga 1 finner förvaltningsrätten inte skäl till annan bedömning än den som av Kommunerna anges där.

Det faktum att Kommunerna har brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU vid utvärderingen på ovan angivet sätt, har medfört att Menigo har lidit eller kan komma att lida skada inom varugruppen kolonial/specerier, konserver och djupfryst (fullsortimentsgrossist). Det finns därmed skäl för rättelse enligt 16 kap. 6 § LOU.

Varugruppen färska grönsaker och frukt

Om ett fel är hänförligt till det inledande skedet under en upphandling när den upphandlande myndigheten öppnar upphandlingen för konkurrens har det ansetts att valet mellan de två åtgärderna, att rätta eller att göra om upphandlingen, i normalfallet bör bli att upphandlingen ska göras om, ef-

tersom en rättelse i enskilt fall lätt kan medföra att fel uppkommer i andra delar av upphandlingen.

Av handlingarna i målet framgår att Kommunerna som utvärderingsgrund valt att använda lägsta pris. I punkten 4.9 i förfrågningsunderlaget anges att priser avseende varugruppen färska grönsaker och frukt anges med en rabatt uttryckt i procent från Årsta Partihallar Service AB:s noteringslista gällande för basprisdatum 2012-03-12. Angivna rabatter ska gälla under hela avtalstiden. Offererat pris ska baseras på klass 1.

Enligt förvaltningsrättens mening kan det vara ett sakligt godtagbart skäl att avbryta en upphandling om förfrågningsunderlagets utformning är otydlig. Det har framkommit att vissa av de efterfrågade produkterna inte återfanns på Årsta partihallars noteringslista. Anbudsgivare har i sina anbud, på så sätt som N&L har framhållit i sitt yttrande, istället utgått ifrån sina egna prislistor när de prissatt efterfrågade produkter eftersom det saknats information ifrån refererad Årstalista. Kommunerna har anfört att det saknades insikt från deras sida, att vissa positioner inte fanns med i Årstalistan vid den angivna basprisdagen samt medgett att det finns brister i förfrågningsunderlaget och utvärderingen. Förvaltningsrätten anser att beskrivningen av hur utvärderingen ska gå tillväga svårligen kan misstolkas. Fråga blir då om förfrågningsunderlaget varit så pass otydligt att detta har påverkat anbudsgivarna vid anbudslämnandet. För det fall efterfrågade produkter inte funnits med i angiven prislista finns ingen ytterligare information att tillgå i förfrågningsunderlaget om hur anbudsgivarna ska prissätta sina varor.

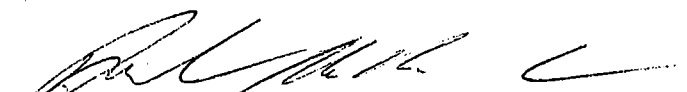
Mot bakgrund av det ovan anförda anser förvaltningsrätten att den i förfrågningsunderlaget angivna metoden för prissättning inte är förenlig med principerna om förutsägbarhet och transparens och att det redan vid anbudsgivningen medfört att en upphandling på affärsmässiga villkor inte

kunnat genomföras. Utformningen av förfrågningsunderlaget medför med stor sannolikhet att Kommunerna inte kan säkerställa att anbudet med lägsta pris kan antas. Menigo kan i och med detta riskera att lida skada varför skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är för handen. Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inom denna varugrupp ska göras om.

Varugruppen färskt kött och charkuterier

Menigo har reserverat sitt anbud på så sätt att om bolaget inte blir fullsortimentsgrossist har det inte möjlighet att leverera färskt kött och charkuteriprodukter. Med anledning av Menigos reservation, bolagets rangordning inom varugruppen färskt kött och charkuterier samt att förvaltningsrätten funnit att upphandlingen i den del som avser varugruppen kolonial/specerier, konserver och djupfrys ska rättas på så sätt att ny utvärdering och sammanställning ska göras finner förvaltningsrätten inte skäl att inom ramen för detta mål pröva Menigos invändningar avseende varugruppen färskt kött och charkuterier.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 3109 1D/LOU).


Anders Mellstrand

Föredragande har varit Marion Kronberg.

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.