



**SÖKANDE**

Martin & Servera AB, 556233-2451  
112 89 Stockholm

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

**MOTPARTER**

1. Boxholms kommun  
Box 79  
590 10 Boxholm

2. Mjölby kommun  
595 80 Mjölby

3. Motala kommun  
591 86 Motala

4. Vadstena kommun  
592 80 Vadstena

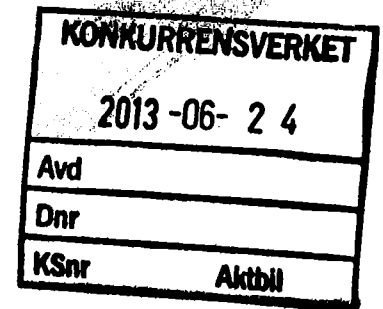
5. Ydre kommun  
Kommunkontoret  
570 60 Österbymo

6. Ödeshögsbostäder AB, 556508-4646  
Fabriksvägen 5  
599 33 Ödeshög

Ombud 1-6: Håkan Klaening  
Inköpssamverkan, Motala kommun  
591 86 Motala

**SAKEN**

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



Dok.Id 125687

Postadress  
Box 406  
581 04 Linköping

Besöksadress  
Brigadgatan 3

Telefon  
013-25 11 00

E-post:  
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax  
013-25 11 40

Expeditionstid  
måndag – fredag  
08:00-16:00

## FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

---

### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Motala kommun, Inköpssamverkan, genomför en upphandling av livsmedel (dnr UH-2012-075) på uppdrag av Boxholms, Mjölby, Motala, Vadstena och Ydre kommun samt Ödeshögsbostäder AB (upphandlande myndigheter). Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas.

Av tilldelningsbesked den 2 april 2013 framgår att upphandlande myndigheter avser att teckna kontrakt med Menigo Foodservice AB (Menigo) avseende leveranser av livsmedel till Mjölby och Motala kommun.

Martin & Servera AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från Menigo inte utvärderas. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om.

Upphandlande myndigheter motsätter sig bifall till ansökan.

Menigo avstyrker bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMT MENIGO ANFÖRT

*Bolaget*

Menigos anbud uppfyller inte samtliga skall-krav i upphandlingen, varför företagets anbud skulle ha förkastats. På s. 3 i förfrågningsunderlaget föreskrivs följande. "För malt- vatten och läskedrycker skall pris anges exkl. pant och skatter. Anbudsgivaren skall ange priser för tillkommande panter, back, flaska och skatter." Menigo har inte uppfyllt detta skall-krav och ska av det skälet inte få sitt anbud utvärderat. Vid sådant förhållande blir frågan om belastningsvärde inte rättsligt relevant. Om Menigos anbud hade förkastats hade bolaget tilldelats kontrakt i upphandlingen. Bolaget har därför lidit skada.

Menigo har lämnat anbud på två av kommunerna, medan bolaget har lämnat anbud på samtliga kommuner och det kommunägda bolaget. Det har ålegat upphandlande myndigheter att utvärdera bolagets anbud även för de kommuner som inte omfattas av tilldelningsbeslutet.

På s. 3 i förfrågningsunderlaget förskrivs bl.a. följande. "På dessa produkter skall en generell rabattsats anges i anbudet, ordinarie prislista ska bifogas anbudet, offererad rabattsats kommer att utvärderas." Upphandlande myndigheter har inte utvärderat rabattsatsen, varför utvärderingen ska göras om. Den generella rabattsatsen ska beräknas och utvärderas i förhållande till den ordinarie prislista som ska ha bifogats anbudet. Det handlar inte bara om, som upphandlande myndigheter verkar göra gällande, att mäta rabattsatserna i sig mot varandra. Utvärdering kräver en beräkning i förhållande till ordinarie prislista, vilket upphandlande myndigheter har avstått ifrån.

Den betydelsefulla otydligheten i förfrågningsunderlaget består av brist på transparenta bedömningsgrunder för hur det ekonomiskt mest fördelaktiga

anbudet ska värderas i en sådan situation som föreligger i denna upphandling. Att bedöma hur ett anbud på en eller två kommuner ska genomföras i förhållande till ett anbud där samtliga kommuner ingår framgår överhuvudtaget inte. Det ifrågasätts hur den del av bolagets anbud som avser de kommuner som Menigo lämnat anbud på ska kunna jämföras med varandra. Det finns ingenting om detta i förfrågningsunderlaget, vilket är en väsentlig otydlighet. Rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 är inte relevant i detta fall där överträdelserna är mycket allvarliga.

I förfrågningsunderlaget, under rubriken Formalia, anges bl.a. följande. "Anbud skall vara bindande t.o.m. 2013-04-10". Det finns ingen bestämmelse i förfrågningsunderlaget av innebörd att anbudens giltighetstid förlängs vid överprövning. Upphandlande myndigheter har inte heller tillfrågat bolaget eller någon annan om anbudens giltighetstid ska förlängas. Det synes i nuläget förhålla sig så att det inte längre föreligger några giltiga anbud.

#### *Upphandlande myndigheter*

Enligt förfrågningsunderlaget punkterna 3.9 och 3.10 ska kommunerna anta det anbud som är det mest ekonomiskt förmånliga och det är också enligt detta som anbuderna har utvärderats. Anbuderna har inte utvärderats enligt lägsta pris. I förfrågningsunderlaget står att anbudsgivare uppmärksammas på att avtal kan komma att tecknas med fler än en leverantör beroende på avgivna förutsättningar. Anbud kan omfatta en eller flera av kommunerna som denna upphandling omfattar. Det ska i det sistnämnda fallet klart framgå vilka kommuner anbudet avser. I förfrågningsunderlaget framgår vidare att volymen i anbudsbilagorna är beräknad efter den totala årsförbrukningen för samtliga i upphandlingen ingående myndigheter. Uppgiften gäller utan förbindelse. Uppskattad volym kan både över- och underskridas. Leverantören förbinder sig att leverera det verkliga behovet.

Fördelning av volymer per kommun sker enligt följande procentsatser. Boxholms kommun 6 %, Mjölby kommun 28 %, Motala kommun 48 %, Vadstena kommun 8 %, Ydre kommun 4 % och Ödeshögs kommun 6 %. Menigo angav att anbudet avser Mjölby och Motala kommun. Menigos anbud var också det ekonomiskt mest förmånliga anbudet för dessa kommuner. Bolaget angav att anbudet grundar sig på samtliga kommuner.

Att de priser som bolaget uppgett saknades i Menigos anbud uppdagades först när bolaget påpekade detta. Hade det upptäckts i samband med utvärderingen så hade Menigos anbud drabbats av belastningsvärde på dessa positioner enligt avsnitt "Samtliga offererade produkter kontrolleras mot förfrågningsunderlaget. Produkterna måste uppfylla de krav som ställts i förfrågningsunderlaget för att gå vidare till testning och utvärdering. Produkter som inte uppfyller ställda krav tas bort. Om det inte finns någon godkänd produkt på en position i en anbudsgivares anbud kommer denne att på den positionen belastas med belastningspriset (referenspris \* färdigmängd) i enlighet med förfrågningsunderlaget. Skillnad mellan belastningspris och anbudspris för dessa produkter är 232 338,65 kr. Om denna summa påförs Menigos anbud innebär detta inte något annat resultat i utvärderingen, eftersom skillnaden mellan de båda anbudens utvärderade pris är större. Eftersom Menigo och bolaget lämnat samma rabatt, 5 % på övrigt sortiment och 2 % på elektronisk handel, så har rabatterna inte utvärderats. Bolaget kan inte anses ha lidit skada i upphandlingen då dess anbud inte var det ekonomiskt mest förmånliga. Bolaget har inte visat att det lidit skada på grund av de upphandlande myndigheternas metod att utvärdera. Vidare hänvisas till Högsta förvaltningsdomstolens dom, RÅ 2002 ref. 50, där domstolen fastställde 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.

Vad bolaget anfört avseende anbudstidens längd har i nuläget ingen betydelse. Beroende på vad förvaltningsrätten kommer fram till uppstår följande scenarier: 1. Om bolagets yrkande skulle ogillas är de upphandlande myndigheterna oförhindrade att teckna avtal med Menigo förutsatt att Menigo går med på att förlänga anbudets giltighetstid (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 3521-08). 2. Om bolaget skulle ha framgång med sin talan får de upphandlande myndigheterna ta ställning till den uppkomna situationen.

#### *Menigo*

Menigo har inte angivit pant för vissa positioner gällande malt, vatten och läsk. I administrativa föreskrifter under rubriken Utvärdering på produkter i systemet står följande. "Observera att inte svara på en produkt eller svara med en produkt som inte uppfyller ställda krav innebär att komplettering av anbudsformulär automatiskt kommer att ske med ett belastningspris, framräknat enligt instruktion". Detta innebär att Menigo inte kan få annat än belastningsvärden eftersom ställda krav på produkterna inte uppfylls.

### **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

#### **Förfrågningsunderlaget**

Av punkt 1.1, under Allmänna förutsättningar, anges att förutsättningarna enligt dokumentet Administrativa villkor skall accepteras.

Under rubriken Helt eller delat anbud i Administrativa Föreskrifter anges bl.a. följande.

Anbud kan lämnas på en eller flera av de i upphandlingen deltagande myndigheterna. Det måste klart framgå av anbudet vilken/-a myndigheter som anbudet avser. Anbud skall lämnas på samtliga i upphandlingen ingående sortimentsspecifikationer.

Bilaga 1a Sortimentsspecifikation kolonial, färskt o fryst sortiment  
Bilaga 1b Sortimentsspecifikation mejerivaror små enheter  
Bilaga 1c Sortimentsspecifikation frukt och grönt små enheter

Under rubriken Anbudspriser i Administrativa föreskrifter anges bl.a. följande.

Upphandlingen omfattar även artiklar vilka inte finns med i sortimentsfilerna. På dessa produkter skall en generell rabattsats anges i anbudet, ordinarieprislista ska bifogas anbudet, offererad rabattsats kommer att utvärderas.

För malt- vatten och läskedrycker skall pris anges exkl. pant och skatter. Anbudsgivaren skall ange priser för tillkommande panter, back, flaska eller skatter.

#### Utvärdering på produkter i systemet

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas som vinnare, vilket betyder att det anbud som har lägst totalvärde vinner upphandlingen. Beräkningen av totalvärdet görs genom att summera värdet för varje position. Värdet på varje position beräknas genom att justerat pris (pris inklusive kvalitet, för beräkning se avsnittet kvalitet) multipliceras med kvantiteten (färdig mängd). Saknas godkänd produkt på en position kommer belastningspriset (se ifyllnad av fil) att användas istället för att belasta anbudsgivarens anbud. Observera att inte svara på en produkt eller svara med en produkt som inte uppfyller ställda krav innebär att komplettering av anbudsformulär automatiskt kommer att ske med ett belastningspris, framräknat enligt instruktion. Detta pris kommer därefter att ingå som ett pris på den aktuella produkten vid utvärderingen.

#### Kriterier för antagande av anbud

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn taget till uppräknade omständigheter, kommer att antas.

#### Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. 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.

### Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har påpekat att anbudens giltighetstid gått ut. Av utredningen framgår att anbudet var bindande till och med den 10 april 2013 och att anbudens giltighetstid inte har förlängts. Förvaltningsrätten finner trots detta att målet ska prövas i sak (jfr bl.a. Konkurrensverkets yttrande (dnr 336/2010) till Kammarrätten i Jönköping i mål nr 942-10 och Kammarrätten i Göteborgs dom, mål nr 6708-09).

Bolaget gör i första hand gällande att Menigos anbud ska förkastas då Menigo inte uppfyller skall-kravet på att lämna priser för tillkommande pant, back, flaska och skatter.

De upphandlande myndigheterna har bl.a. anfört att det uppdragades att dessa prisuppgifter saknades i Menigos anbud först när bolaget påpekade detta. Menigos anbud skulle därför ha påförts ett belastningsvärde vid utvärderingen. Resultatet av utvärderingen påverkas dock inte av att Menigo påförs ett sådant värde. Bolaget har inte visat att det lidit någon skada i upphandlingen.

Menigo delar upphandlande myndigheters inställning att Menigo borde ha påförts ett belastningsvärde enligt förfrågningsunderlaget.

Det är i målet ostridigt att Menigo inte har angivit priser för tillkommande pant för vissa positioner gällande malt, vatten och läsk. I förfrågningsunderlaget anges att sådana uppgifter ska anges i anbudet. Vidare anges att förutsättningarna enligt dokumentet Administrativa villkor ska accepteras. Mot bakgrund av utformningen av aktuellt krav finner förvaltningsrätten att kravet inte kan uppfattas på annat sätt än att det är ett obligatoriskt krav, dvs. ett krav som måste uppfyllas för att ett anbud ska kunna antas och gå vidare till utvärderingen. Enligt likabehandlingsprincipen får en upphand-



lande myndighet inte efterge krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Upphandlande myndigheter har därför handlat i strid med LOU genom att utvärdera Menigos anbud. Då det inte längre finns några giltiga anbud i upphandlingen finner förvaltningsrätten att upphandlingen bör göras om (jfr bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom, mål nr 942-10 och Kammarrätten i Göteborgs dom, mål nr 6708-09).

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



Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Martina Thorn.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU