



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2015-02-04
Meddelad i
Malmö

Mål nr
8602-14

Sida 1 (10)

SÖKANDE

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

Ombud: Michael Bengtsson
Adress som ovan

MOTPARTER

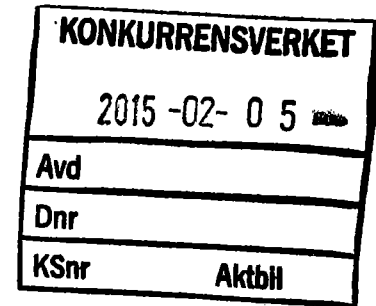
1. Båstads kommun
269 80 Båstad

2. Martin & Servera AB, 556233-2451
Box 1003
121 23 Johanneshov

Ombud: Ida Charpentier
Adress som ovan

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 227186

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Båstads kommun genomför en upphandling av livsmedel, Dnr 14/12. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har Martin & Servera AB (Martin & Servera) tilldelats kontraktet. Menigo Foodservice AB (Menigo) har placerat sig på andra plats.

Menigo ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering görs varvid anbudet från Martin & Servera förkastas. Som grund för sin talan anför Menigo bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget anges i punkt 4.1. Sortiment att för att antas som leverantör ska antalet offererade och godkända positioner av efterfrågade produkter i artikelspecifikationen uppgå till minst 98 procent i upphandlingen. Understiger antalet offererade eller godkända produkter 98 procent kommer anbudet att förkastas. Efter att kommunen strukit 15 av positionerna innan anbuden skulle lämnas in kvarstod 799 positioner. För att klara en kravuppfyllelse på 98 procent ska en anbudsgivare offerera 783 positioner rätt. Man får då som anbudsgivare underlåta att svara eller svara fel på 16 positioner. Enligt kommunens utvärdering uppfyllde inte två av Martin & Serveras offererade positioner de krav som kommunen ställt och erhöll belastningsvärde. Menigo har dock kontrollerat de offererade artiklarna och har hittat ytterligare 21 artiklar. Martin & Servera har då 23 underkända artiklar vilket ger en kravuppfyllelse på 97,1 procent.

Nedanstående artiklar i Martin & Serveras anbud uppfyller inte ställda krav och ska därför utvärderas med belastningspris samt procentuellt räknas som inte korrekt offererade.

Position 33 panerad fisk, fri från soja, mjölkprotein, ägg: Offererad produkt innehåller grädde och är således inte fri från mjölkprotein.

Position 69 och 70 fågelprodukter (salladskyckling kryddad och salladskyckling): Offererade produkter innehåller inte bara salt och vatten utan innehåller även potatisstärkelse, dextros, jästextrakt och stabiliseringsmedel. I produktbladen specificeras detta som marinad. I bilagan Kvalitetskrav för livsmedel anges i punkt 4.2 att fågelprodukterna inte får vara marinerade.

Position 112 glass (gräddglass): Kommunen har efterfrågat gräddglass. Offererad produkt är inte gräddglass.

Position 205 och 207 kaffebröd (semlebulle och wienerbröd): Enligt bekräftelse från leverantören, Lantmännen Unibake Sweden AB, verifieras att produkterna innehåller industriellt framställt transfett = <1g/100 (mindre än 1 procent) och bryter tydligt mot ställda krav. På livsmedelsverkets hemsida går att läsa att transfettsyror varken redovisas i näringstabell eller i ingrediensförteckning.

Position 211 och 251 djupfryst: Offererade produkter är kylda. De ska vara frysta.

Position 376 buljonger/fonder: Fel mängd kötthalt. Efterfrågat ≥ 8 procent, offererad produkt har bara 7,4 procent.

Position 415 fruktkonserver (aprikoser lättsockrad): Ej lättsockrad. Offererad produkt är osötad.

Position 499, 511 och 524 kryddor: Krav på att samtliga kryddor ska ha skruvlock. Offererade produkter har inte skruvlock.

Position 541 och 542 krämer: Offererade produkter har fel förpackningsstorlek. Försäljningsenheten är över kravet.

Position 571 mjöl, gryn, müsli och flingor: Kvalitetskrav är "endast naturliga sockerarter från mjöl, mjölk och frukt ska ingå". Offererad produkt har tillsatt socker i cornflakes m.m.

Position 606 pastaprodukt: Pastaprodukt ska inte innehålla ägg. Offererad produkt innehåller ägg.

Position 645 saft: Krav på minst 9 procent frukthalt. Offererad produkt innehåller bara 8,5 procent frukthalt.

Position 657 senap/tomatprodukter/chutney (soltorkade tomater i olja 55 procent): Efterfrågat exakt 55 procent tomater. Offererad produkt innehåller 80 procent tomater och uppfyller inte kravet.

Position 745 övriga kryddor: Krav på att samtliga kryddor ska ha skruvlock. Offererad produkt har inte skruvlock.

Position 748 övrigt/godis (chokladbit): Kommunen har efterfrågat tre sorter. Offererad produkt innehåller inte fem sorters choklad utan sex sorter.

Det kan konstateras att Martin & Serveras anbud inte klarar kraven. Det innebär att anbudet bryter mot kravet på 98 procent godkända produkter. Anbudet ska således förkastas. Anbudet har utvärderats trots att det inte uppfyller de ställda kraven för att kvalificeras till utvärdering.

Båstads kommun bestrider Menigos yrkanden och yrkar för egen del att förvaltningsrätten ska besluta att utvärderingen ska göras om. Kommunen anför följande. Efter att tilldelningsbeslutet meddelats har det framkommit uppgifter som kan innebära att varken Menigo eller Martin & Servera uppfyller det i målet aktuella skall-kravet innebärande att antalet offererade och godkända positioner av efterfrågade produkter i artikelspecifikationen ska uppgå till minst 98 procent. Med hänsyn härtill yrkas att utvärderingen ska göras om.

Martin & Servera har getts tillfälle att yttra sig över ansökan och yrkar i första hand att Menigos ansökan om överprövning ska avslås och i andra hand att kommunen ska göra en ny utvärdering varvid Menigos anbud ska förkastas. Martin & Servera anför bl.a. följande.

Martin & Serveras anbud – kravuppfyllelse

Enligt utvärderingsrapporten hade Martin & Servera två felaktiga produkter som utvärderats med belastningspris. Menigo menar i ansökan om överprövning att det är ytterligare 21 av de offererade produkterna som inte klarar ställda krav. Efter genomgång av dessa produkter kan konstateras att 11 av dessa bevisligen klarar ställda krav och därför blivit korrekt utvärderade av kommunen. Nedan följer kommentarer avseende dessa produkter.

Position 33: Belastningspris.

Position 69 och 70: Enligt kvalitetskravlistan får marinad i form av tillfört vatten och salt upp till 13 procent godkännas. Det är väsentligt att skilja på begreppet *marinering* avseende injicering för att en produkt ska vara mör och *marinering* med innebörden kryddmarinering, dvs. en smakrik vätska produkten får ligga i för att absorbera smak. Det är samma begrepp men med två skilda innebörder. De av Martin & Servera offererade produkterna har en injicerad vätska bestående av framför allt vatten och salt för att få en så mör produkt som möjligt. Det är detta begrepp som är utskrivet i produktbladet. Marinering som syftar till injicerad marinering är tillåtet enligt förfrågningsunderlaget. Det finns vidare inget förbud i förfrågningsunderlaget mot de övriga av Menigo uppräknade ingredienserna som ingår i de offererade produkterna. Kommunens förbud mot marinerade kycklingprodukter kan följaktligen inte tolkas på annat sätt än att man inte godkänner produkter som har kryddmarinerats. De offererade produkterna är inte kryddmarinerade och klarar därför kraven.

Position 112: Kommunen accepterar glass som inte är gräddglass enligt frågor och svar (se fråga 27). Produkten klarar kravet.

Position 205 och 207: Industriellt transfett är inte en tillsats eller råvara som ingår i de produkter som Martin & Servera har offererat på de efterfrågade positionerna. Detta faktum har även bekräftats från leverantören genom e-mail. Position 207 innehåller inget härdat fett och kan således inte innehålla något industriellt framställt transfett och position 205 innehåller fullhärdat fett, dvs. det innehåller inga transfettsyror. Produkterna klarar ställt krav.

Position 211 och 251: Belastningspris.

Position 376: Belastningspris.

Position 415: Aprikoserna ligger i juice, vilket accepteras enligt frågor och svar. Produkten klarar kravet.

Position 499, 511 och 524: Belastningspris.

Position 541 och 542: Innerförpackningen klarar kravet. Det står inte att det är ytterförpackningen viktspannet ska gälla. Produkterna klarar kravet.

Position 571: Belastningspris.

Position 606: Belastningspris.

Position 645: Belastningspris.

Position 657: Kravet är inte exakt 55 procent utan endast en hänvisning eftersom det står inom parentes. Den av Martin & Servera offererade produkten har en högre kvalitet vilket ska godkännas. Produkten klarar kravet.

Position 745: Kravet är ändrat enligt frågor och svar (fråga 35). Produkten klarar kravet.

Position 748: Kravet är ändrat enligt frågor och svar (fråga 24). Produkten klarar kravet.

Även om de tio produkterna som Menigo menar inte klarar ställda krav ska utvärderas med belastningspris har Martin & Servera likväl anbudet med det lägsta priset. Vidare får Martin & Servera då en procentuppfyllelse på 98,5 procent vilket är en godkänd nivå.

Menigos anbud – kravuppfyllelse

Anbudet har 17 stycken inte godkända produkter vilket innebär en procentuell kravuppfyllelse på 97,87 procent. Anbudet skulle rätteligen ha förkastats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget anges i punkt 4.1. Sortiment följande. För att antas som leverantör ska antalet offererade och godkända positioner av efterfrågade produkter i artikelspecifikationen uppgå till minst 98 procent i upphandlingen. Understiger antalet offererade eller godkända produkter 98 procent kommer anbudet att förkastas. Icke offererad eller icke godkänd produkt kommer att belastas med angivet belastningspris vid utvärderingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Position 33, 211, 251, 376, 499, 511, 524, 571, 606 och 645: Såväl Menigo som Martin & Servera anser att Martin & Servera inte uppfyller kraven avseende aktuella positioner och ska i och med det belastas med belastningspris. Enligt förvaltningsrätten framgår inte annat än att Martin & Servera inte uppfyller kraven avseende de aktuella positionerna.

Position 112, 415, och 745: I frågor och svar har kommunen genom fråga 27 accepterat dels glass som inte är gräddglass på position 112 och dels aprikoser i juice på position 415 samt genom fråga 35 accepterat produkt utan skruvlock på position 745. De av Martin & Servera offererade produkterna får därmed anses uppfylla kraven.

Position 69 och 70: I punkt 4.2 i *Kvalitetskrav för livsmedel* anges dels att i produkten får tillfört vatten och salt inte överstiga 13 procent, dels att fågelprodukterna inte får vara marinerade. Menigo gör gällande att de av Martin & Servera offererade produkterna innehåller marinad. Martin & Servera anför att enligt kvalitetskravlistan får marinad i form av tillfört vatten och salt upp till 13 procent godkännas. Vidare anføres att de offererade produkterna inte är marinerade vad avser smaksättning utan har en injicerad vätska bestående av framför allt vatten och salt för att få en så mör produkt som möjligt samt att det är detta begrepp som är utskrivet i

produktbladen. Av produktbladen för salladskyckling och kryddad salladskyckling framgår att de offererade produkterna innehåller marinad och att marinaden, förutom salt och vatten, även innehåller potatisstärkelse, dextros, jästextrakt och stabiliseringsmedel. Med hänsyn till produktbladens utformning framgår inte annat än att produkterna de facto innehåller marinad. Eftersom fågelprodukterna inte får vara marinerade anser förvaltningsrätten att de offererade produkterna därmed inte uppfyller uppställda krav.

Position 205 och 207: I punkt 1.2 i *Kvalitetskrav för livsmedel* anges att industriellt framställda transfetter inte får förekomma som ingredienser i produkter i leverantörernas anbud. Menigo gör gällande att de av Martin & Servera offererade produkterna innehåller industriella transfetter = <1g/100 (mindre än 1 procent) och hänvisar till e-mail från leverantören Lantmännen Unibake Sweden AB. Martin & Servera anför att produkterna inte innehåller transfetter och hänvisar till e-mail från Lantmännen Unibake Sweden AB. Förvaltningsrätten konstaterar att Lantmännen Unibake Sweden AB i e-mail dels angett att de offererade produkterna innehåller industriellt framställda transfetter och dels att de inte innehåller sådana transfetter. Vid sådant förhållande anser förvaltningsrätten att det inte är visat att de offererade produkterna inte uppfyller kraven. Därmed får de offererade produkterna anses uppfylla ställda krav.

Position 541 och 542: Enligt förvaltningsrätten är det inte visat att de av Martin & Servera offererade produkterna har fel förpackningsstorlek. De offererade produkterna får därmed anses uppfylla kraven.

Position 657: Menigo gör gällande att kommunen har efterfrågat 55 procent soltorkade tomater i olja men att den produkt som Martin & Servera har offererat innehåller 80 procent soltorkade tomater. Martin & Servera anför att kravet inte utgör exakt 55 procent och att eftersom den produkt

man offererat har en högre kvalitet ska den godkännas. Av artikelspecifikationen framgår att kommunen efterfrågat "soltorkade tomater i olja (55 %) 1 - 1,5 kg". Enligt förvaltningsrätten får kravet rimligtvis förstås på sådant sätt att kravet på 55 procent tomater utgör ett minimikrav. Eftersom den av Martin & Servera offererade produkten innehåller 80 procent tomater anser förvaltningsrätten att kravet är uppfyllt.

Position 748: Menigo gör gällande att kommunen har efterfrågat tre olika sorters choklad men att den produkt som Martin & Servera offererat innehåller sex sorters chokladbitar. I frågor och svar har kommunen genom fråga 24 accepterat fem sorters chokladbitar. Martin & Servera anför att den offererade produkten klarar de ställda kraven. Enligt förvaltningsrätten har Menigo inte förmått visa att den av Martin & Servera offererade produkten inte uppfyller uppställt krav.

Sammanfattning

Martin & Servera uppfyller således det uppställda kravet på 98 procent godkända positioner. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att Menigo inte förmått visa att Båstads kommun har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Menigos ansökan härom ska därför avslås.

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



Ola Brändström



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 angetts 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.

