



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 2

DOM

2014-03-05
Meddelad i Jönköping

Mål nr 2608-13

KLAGANDE

Martin & Servera AB, 556233-2451
112 89 Stockholm

Ombud: Stig Hermanson
Martin & Servera AB
112 89 Stockholm

MOTPART

Marks kommun
511 80 Kinna

Ombud: Helena Blomqvist
Marks kommun
511 80 Kinna

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 2 september 2013 i mål nr 1740-13, se bilaga A

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-03-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försäkringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen
- Konkurrensverket

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning
-

Dok.Id 152033

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Marks kommun (kommunen) genomför en upphandling av livsmedel (Livsmedel 12/22).

Martin & Servera AB (bolaget) har hos förvaltningsrätten ansökt om överprövning av upphandlingen.

Bolaget har uppgett att kommunen har brutit mot grundläggande principer för upphandling genom att i förfrågningsunderlaget ange att kommunen vid utvärderingen kommer att tillämpa belastningspriser som beräknas på högsta offererade pris med ett procentuellt tillägg (20 procent). Bolaget har anfört att förfrågningsunderlaget därför strider mot principen om förutsägbarhet och transparens.

Bolaget har i förvaltningsrätten riktat ytterligare anmärkningar mot upphandlingen, men har inte vidhållit dessa i kammarrätten.

Bolaget har uppgett att bristen i upphandlingen har medfört att bolaget har lidit skada på så sätt att en annan leverantör har gynnats på bolagets bekostnad.

Förvaltningsrätten har avslagit bolagets ansökan.

YRKANDEN I KAMMARRÄTTEN

Bolaget yrkar att kammarrätten förordnar att upphandlingen ska göras om avseende produktgrupperna 1-7.

Kommunen anser att överklagandet ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

Bolaget

Belastningspriset har utformats så att det diskriminerar den leverantör som lämnat anbud i enlighet med kommunens krav. En leverantör kan vinna på att inte lämna anbud på vissa positioner där leverantören känner till att konkurrenternas pris är bättre. Detta strider mot likabehandlingsprincipen.

Att ange att en konkurrents pris med ett mycket lågt påslag ska ligga till grund för utvärderingen kan inte vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Om ett belastningspris med högre påslag (30 procent) hade tillämpats skulle bolaget ha vunnit upphandlingen.

Kommunen

Det valda påslaget är väl avvägt mot vad som upphandlas och är proportionerligt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Förutsägbarhet

Utvärderingsmodellen är så utformad att en leverantör som inte offererar en viss efterfrågad produkt kommer att ges det högsta priset på positionen i upphandlingen. Även om leverantören inte med säkerhet kan veta vilket detta pris blir medför utvärderingsmodellen inte en sådan oförutsägbarhet att den strider mot principen om transparens.

Likabehandling

Om en leverantör med säkerhet skulle veta att dess priser på en viss produkt är mer än 20 procent högre än en annan leverantörs priser kunde leverantören av taktiska skäl välja att inte offerera den produkten i syfte

att få ett belastningspris som är lägre än det pris leverantören faktiskt hade kunnat offerera. Ingen leverantör kan dock med säkerhet veta vilket pris andra leverantörer kommer att offerera. Villkoren är lika för alla och utvärderingsmodellen kan därför inte sägas strida mot principen om lika-behandling.

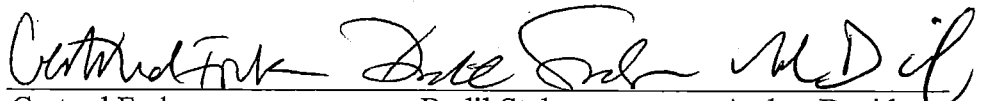
Proportionalitet


Den omständigheten att bolaget skulle ha vunnit upphandlingen om ett högre procentuellt påslag hade använts medför inte att utvärderingsmodellen kan anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattning

Enligt kammarrättens mening har bolaget inte visat att den utvärderingsmodell som kommunen har presenterat i förfrågningsunderlaget strider mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU. Överklagandet ska därför avslås.

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


Gertrud Forkman Bodil Stelzer Anders Davidson
referent

Föredragande: Anna Brynolfsson 



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

Enhet 1
Nickolina Hamrin Lönkvist

DOM

2013-09-02
Meddelad i
Jönköping

Bilaga A Sida 1 (19)

Mål nr
1740-13
Domare 1:2

Ab 22

SÖKANDE

Martin & Servera AB, 556233-2451
112 89 Stockholm

Ombud: Stig Hermanson
Martin & Servera AB
112 89 Stockholm

MOTPART

Marks kommun
511 80 Kinna

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Marks kommun genomförde en upphandling benämnd "Livsmedel 12/22" (upphandlingen) avseende succesiva leveranser av livsmedel under avtalsperioden och omfattande tolv produktområden. Avsikten har varit att teckna avtal med en grossist som levererar hela volymen för produktgrupperna med undantag för produktgrupperna 8 – 12 där kompletterande leverantör kunde komma att antas. Anbud kunde således lämnas på hela eller delar av det efterfrågade sortimentet. Upphandlingen genomfördes med tillämpning av ett öppet förfarande enligt reglerna i LOU och anbuden utvärderades efter lägsta pris. Upphandlingen avslutades genom tilldelningsbeslut den 4 april 2013.

Dok.Id 107719

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Av tilldelningsbeslutet framgår att fem anbud hade kommit in vid anbuds-
tidens utgång och att samtliga fem var kvalificerade. Enligt tilldelningsbe-
slutet har kommunen för avsikt att teckna kontrakt med Menigo Foodser-
vice AB (Menigo) som grossist för produktgrupperna 1 – 7 och som kom-
pletterande leverantör för produktgrupperna 8 och 10. Kommunen har vi-
dare för avsikt att teckna avtal med Martin & Servera AB (M & S) för pro-
duktgrupperna 11 och 12 som kompletterande leverantör.

YRKANDEN M.M.

M & S yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandling "Livsmedel
12/22" omfattande delen för grossist (öppen och förhandlad upphandling)
för Marks kommun strider mot LOU. Delen med produktgrupperna 1 – 7
"grossist" i upphandlingen ska därför avslutas och göras om eftersom upp-
handlingen inte uppfyller kraven på transparens och förutsägbarhet. M & S
har därmed lidit eller kan komma att lida skada.

Marks kommun vidhåller att tilldelningsbeslutet den 4 april 2013 ska
gälla och anser således att ansökan om överprövning ska avslås. M & S har
inte lidit skada.

VAD PARTERNA ANFÖR

M & S begäran om överprövning

Belastningspriser

När en upphandlande myndighet ska avgöra en upphandlings utvärderings-
kriterier krävs att myndigheten har klargjort samtliga krav och uppgifter
som gäller för upphandlingen och säkrat att dessa går att utvärdera. I krav-
specifikationen punkt 3.1.1 skriver kommunen: "om anbudsgivare ej offe-
rerar viss position eller om offererad produkt ej bedöms vara likvärdig det

som efterfrågas kommer positionen att beläggas med en alternativkostnad (det högsta offererade priset + 20 %) – gäller grossist". Här anger kommunen att utvärdering av anbuden ska göras med ett påslag på konkurrentens prisbild för varje position som inte kan godkännas. För anbudsgivarna innebär det att de inte känner till hur anbudet egentligen kommer att utvärderas, då uppgift på konkurrenternas prisbild ostridigt inte är känd. M & S anser att denna brist i förfrågningsunderlaget sammantaget är av så allvarlig karaktär att de grundläggande kraven som ställs på en offentlig upphandling med utgångspunkt från principerna om transparens och förutsägbarhet inte kan anses vara uppfyllda. När transparens och förutsägbarhet kringgås med en för upphandlande myndighet enklare lösning, strider detta mot upphandlingslagen eftersom anbudsgivarna inte får klara och tydliga instruktioner om hur anbudet utvärderas eller hur anbuden kommer att beräknas.

Vid utvärdering av livsmedelsupphandlingar är belastningspriser en vanlig företeelse. Det som skiljer en normal användning mot det som anges i den nuvarande upphandlingen är att normalt finns en fastställd belastningskostnad angiven per position. Skulle leverantörens anbud innehålla positioner som inte klarar kraven får denna kostnad påföras. Vanligen ligger nivån på kundens nuvarande kostnad för produkten + 50 procent. Procentpåslaget måste givetvis inte vara 50 procent men anbudsläggarna i en livsmedelsupphandling måste kunna bedöma utvärderingsnivån och då även belastningsprispåverkan för att upphandlingen ska anses förutsägbar. M & S har inte påförts något belastningspris medan Menigo fått detta på 14 positioner. Kommunen har således utvärderat Menigos anbud med hjälp av 14 priser från M & S anbud med ett påslag på 20 procent. Detta kan inte ses som transparent eller förutsägbart, vilket innebär att upphandlingen måste göras om. Kommunen kan inte avgöra vilken leverantör som har haft det lägsta priset i utvärderingen, eftersom 14 positioner som Menigo inte besvarat eller besvarat fel har fått ett grundpris från M & S anbud. M & S anser även att Menigo skulle ha påförts ett belastningspris på ytterligare 8 posi-

tioner. Bristen i förfrågningsunderlaget innebär att upphandlingen inte är genomförd i enlighet med LOU och ska därför göras om.

Utvärdering av anbud

Position 2.2.32 Basmüsli. Produkten har efterfrågats som fri från nötter och mandel. Menigo har inte lagt sitt anbud på sådan produkt och ska därför påföras belastningspris. Enligt anbudsfrågan blir detta M & S pris + 20 procent = 4 317:60 – offererat pris på 3 674 = + 643:60 kr.

Position 2.2.33 Frukostflingor. Kommunen har efterfrågat frukostflingor och Menigo har svarat med müsli. Menigo ska ha belastningspris på positionen enligt anbudsfrågan; M & S pris + 20 procent = 10 438:80 - anbudspris 4 235 = + 6 203:80 kr.

Position 2.7.3 Flingsalt med jod. Det salt som kommunen har efterfrågat ska innehålla jod. Den produkt som Menigo har erbjudit innehåller inte jod. Belastningspris ska utgå enligt förfrågningsunderlaget med M & S pris + 20 procent 21 720 – anbudspris 12 316 = + 9 404 kr.

Position 4.1.37 Kaffemjölk. Kommunen har gjort en justering av volymen från förfrågningsunderlaget till utvärderingen utan något som helst meddelande till anbudsgivarna. I förfrågningsunderlaget har kommunen angett 20 000 l i volym men sedan ändrat volymen i utvärderingen till 200 l. Justeringen är avgörande för hela upphandlingen. Upphandlingen ska utvärderas på 20 000 l x 4:91 kr/l (för M & S) = 98 200 kr och för Menigos anbud 20 000 l x 25:96 kr/l = 519 200. Att förändra förfrågningsunderlaget under utvärderingen strider mot transparensprincipen. Anbudslämnare måste ha en klar uppfattning om kraven när anbud lämnas annars fräntas anbudsgivaren möjligheten att lämna sitt bästa anbud.

Position 5.1.4 Pastakryckling ca 20 mm ca 5 kg. Menigo har lämnat anbud på en produkt som inte motsvarar kravet på pastakryckling. Enligt bifogat produktintyg är krycklingen gjord på kött från bröst och färdigkryddad med smak av lök, paprika, mejram, kummin, chili, ingefära, peppar, tomat och selleri. Pastakryckling görs på kött från låret och är endast svagt smaksatt. Positionen ska därför påläggas belastningspris enligt M & S anbudspris + 20 procent = 83,02 kg x 1000 kg = 83 016 – anbudspris 36 910 = 46 106 kr.

Utvärdering av djurvälstånd

Under punkt 3.1.4 i förfrågningsunderlaget anges utökade krav på djurvälstånd på fläsk- och nötkött. Kraven rymms inom den svenska djurskyddslagen, som är mer krävande än gällande EU-lagstiftning på området. Det finns leverantörer utanför Sverige som klarar något eller samtliga krav. För att lägga anbud på position 7.6 – 7.9 krävs minst att man kan lämna producentintyg på att varje enskild produkt klarar kraven och dessutom måste givetvis kravet gälla under hela kalenderåret och för den kommande avtalsperioden för att kunna godkännas. De av Menigo offererade produkterna på positionerna 7.6 – 7.9 kommer från Gudruns AB som genom DABAS kostdatasystem anger att de har EU som ursprungsland. Det innebär att de garanterar att de klarar nivån på djurskydd enligt EU-lagstiftning. De offererade produkterna motsvarar således inte de krav som kommunen har ställt i upphandlingen. Företagets VD har uttalat att företaget inte kan garantera svensk kassler under hela året på grund av råvarubrist. Råvarubristen fanns redan under 2012 och kommer att fortsätta även under 2013. Det innebär att Gudruns AB inte kan garantera att kasslern klarar de krav på djurvälstånd som kommunen ställer. För att klara kravet på EU-kött måste en garanti ges som anger att köttet motsvarar de krav som kommunen ställer. Enligt dom från Kammarrätten i Sundsvall räcker det inte med leverantörsintyg. Positionerna 7.6 – 7.9 ska beläggas med belastningspris enligt nedan.

Position 7.6 Kassler BF U NÄ ca 2 kg

M & S anbudspris 60:53 kr/kg + 20 procent = 76:64 x volymen 4 500 kg =
326 862 – anbudspris 168 750 = 158 112 kr.

Position 7.7 Kassler skivad 4 mm 1,5 kg

M & S anbudspris 66,89 kr/kg + 20 procent = 80:27 x volymen 200 kg =
16 054 – anbudspris 10 098 = 5 956 kr.

Position 7.8 Kassler skivad 7 mm ca 1,5 kg

M & S anbudspris 64:06 kr/kg + 20 procent = 79:87 x volymen 1 200 kg =
92 246 – anbudspris 59 424 = 32 822 kr.

Position 7.9 Kassler strimlad ca 2,5 kg

M & S anbudspris 67:29 kr/kg + 20 procent = 80:75 x volymen 2 000 kg =
161 496 – anbudspris 93 640 = 67 856 kr.

Sammantaget innebär det anförda att M & S anbud är 205 755:52 kr lägre än Menigos och eftersom upphandlingen ska utvärderas på lägsta pris borde M & S vara utsedd som leverantör för grupperna 1 – 7 enligt det redovisade.

Motpartens inställning

Kommunen bestrider M & S ansökan om överprövning och anför bl.a. följande.

Belastningspriser

M & S har gjort gällande att den modell för belastningspriser som kommunen valt för den aktuella upphandlingen inte skulle vara i enlighet med LOU då den strider mot transparensprincipen. I förfrågningsunderlaget som ligger till grund för anbudsgivningen har kommunen tydligt förklarat

hur utvärderingen kommer att genomföras och hur belastningspriser kommer att påföras. Det kan därför inte anses vara en brist i förfrågningsunderlaget. M & S förordar att belastningspris ska tas ut med kundens nuvarande kostnad för produkten med tillägg av 50 procent. Kommunen ser dock svårigheter med en sådan modell när det är frågan om nya produkter, dvs. produkter som hittills inte har funnits med i det upphandlade sortimentet. Det sätt som kommunen har valt att beräkna belastningspriser på har varit klart och förutsebart för anbudsgivarna. Därmed är principerna om transparens och likabehandling uppfyllda. Upphandlingen har skett i enlighet med LOU.

Utvärdering av anbud

M & S har gjort gällande att vissa av de produkter som Menigo har offererat inte uppfyller de krav som ställts. Kommunen instämmer i M & S inställning i den del som avser **basmüsli** (position 2.2.32) och **flingsalt med jod** (position 2.7.3). För dessa produkter har kommunen missat att ställda krav inte uppfyllts. Menigo ska därför i enlighet med förfrågningsunderlaget beläggas med en alternativkostnad, s.k. belastningspris, som utgör det högsta offererade priset för dessa produkter med 20 procents tillägg.

När det gäller **frukostflingor** (position 2.2.33) är müsli en frukostflinga. Den produkt som Menigo offererat uppfyller ställda krav genom att vara glutenfri och väga 300 g.

Menigo uppfyller även kraven för **pastakäckling ca 20 mm 5 kg** (position 5.1.4). Det finns inte någon allmänt vedertagen definition som säger att pastakäckling ska göras av lårfilé och vara svagt smaksatt.

När det gäller **kaffemjök** (position 4.1.37) har kommunen vid utvärderingen uppmärksammat att det har gjorts en felskrivning då det angetts en efterfrågad volym om 20 000 l/år. Det är orimligt att en upphandlande myndig-

het av Marks kommuns storlek har en efterfrågad volym om 20 000 l. Det är alltså frågan om en uppenbar felskrivning, vilket borde ha varit uppenbart även för anbudsgivarna. Vid utvärderingen justerades därför volymen till det korrekta 200 l/år. Kommunen kan i denna del medge att utvärderingen borde ha skett utifrån vad som angetts i förfrågningsunderlaget, dvs. 20 000 l/år. Oavsett detta blir slutresultatet av utvärderingen detsamma och Menigos anbud är fortfarande det lägsta (Menigo 15 806 592 kr och M & S 15 916 610 kr). Hänsyn har då också tagits till att Menigo ska påföras belastningspris för bas müsli (prisökning med 643:60 kr) och för flingsalt med jod (prisökning med 9 404 kr). M & S har således inte lidit någon skada, vilket är en grundförutsättning för ingripande enligt LOU.

Utvärdering av djurvälstånd

I förfrågningsunderlaget ställs det i punkt 3.1.4 utökade krav på djurvälstånd. Enligt M & S krävs det för att kunna lägga anbud på dessa positioner minst att man kan lämna producentintyg på att varje enskild produkt klarar kraven. M & S har gjort gällande att den kassler (position 7.6 – 7.9) som Menigo offererat inte uppfyller kraven eftersom producenten Gudruns AB inte kan garantera att kasslern klarar de krav på djurvälstånd som kommunen ställer. Som grund för detta anger M & S att Gudruns AB har uttalat att bolaget inte kan garantera svensk kassler under hela året på grund av råvarubrist. Det krävs dock inte svensk kassler för att uppfylla kraven på djurvälstånd utan även kassler inom EU kan uppfylla dessa krav. Vad M & S hänvisar till innebär således inte att Gudruns AB inte kan garantera att kraven uppfylls. En upphandlande myndighet är inte skyldig att vid utvärderingen kontrollera om uppgifterna som har lämnats i ett anbud avseende kraven på produkterna är riktiga. Endast om det finns skäl att misstänka att offererade produkter inte uppfyller ställda krav ger det kommunen anledning att kontrollera uppgifterna. Båda anbudsgivarna har i sina anbud intygat att ställda krav uppfylls. Vid utvärderingstillfället fanns det ingen anledning för kommunen att ifrågasätta detta och kommunen ansåg sig därför

inte ha anledning att göra ytterligare kontroll utan nöjde sig med leverantörsförsäkran. Vid kontroll i efterhand av Menigos kassler är och kommer samtliga berörda positioner att vara av svensk råvara eller EU råvara och kasslern uppfyller de krav om djurvälstånd som har ställts av kommunen enligt intyg från producenten Gudruns AB. Kasslern ska således inte påföras belastningspris så som M & S gjort gällande.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis är upphandlingen genomförd med beaktande av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, transparens och förutsägbarhet. Kommunen vitsordar att Menigo vid utvärderingen skulle ha påförts ytterligare belastningspris för bas müsli och flingsalt med jod. Detta påverkar dock inte utgången eftersom Menigo fortfarande har lägst totalsumma. Det gäller även med beaktande av om det vid utvärderingen beaktas en volym om 20 000 l kaffemjök per år. M & S har inte lidit någon skada.

M & S

Belastningspriser

För att belastningspris ska kunna användas måste förutsättningarna vara klart angivna i förfrågningsunderlaget. I upphandlingen anges att belastningspriset ska beräknas på procentpåslag på högsta angivna anbudspris, vilket inte kan anses som transparent och förutsägbart. Det saknar helt betydelse om ingen leverantör observerar detta och ställt frågor till upphandlande myndighet, då kravet strider mot LOU. Kommunen anger svårigheter med att belastningsprissätta nya produkter i sin upphandling som skäl till att inte ange fastställda belastningspriser. Att använda procentpåslag på annan leverantörs pris innebär i nuvarande upphandling att Menigos anbud utvärderas med grund från M & S anbud på ett antal positioner vilket klart

har gynnat Menigo mot om nuvarande pris + 50 procent modellen använts. Det innebär att M & S lider skada genom att kunna besvara samtliga positioner i upphandlingen och att Menigo då får nytta av M & S låga priser i utvärderingen.

Utvärdering av anbud

Kommunen erkänner att man i utvärderingen har missat att Menigos anbud inte lever upp till kraven i positionerna 2.2.32 och 2.7.3 vilket M & S har påpekat i överprövningen. För position 2.2.33 anger kommunen att Menigos anbudslagda produkt är glutenfri och även klarar kravet på ca 300 g. Kommunen får dock müsli som är en blandning av gryn och flingor tillsammans med russin och fikon och inte enbart flingor som de uttryckligen har begärt i sin anbudsfrågan. Av produktspecifikationen framgår att positionerna 2.2.29 – 2.2.33 anger produkter för frukostservering där det klart framgår att ovan nämnda positioner ska vara flingor. Position 2.2.31 ska vara havrefras och position 2.2.32 ska vara müsli. Att vid utvärderingen då godkänna müsli med russin och fikon på denna position strider mot transparensprincipen eftersom förutsättningarna har förändrats vid utvärderingstillfället. Kommunen har godkänt en annan produkt än den som efterfrågades i förfrågningsunderlaget. Menigos anbud ska därför belastas med belastningspris för denna position. Kommunen anser också att Menigo uppfyller kraven på pastakickling när de har lämnat anbud på salladskickling. Skillnaden på de olika klicklingprodukterna är att pastakickling görs av lårkött medan salladskickling är tillverkad av bröstkött, vilket är vedertaget i branschen. Anledningen är att lårköttet klarar värnehållningen på ett bättre sätt. Det finns också en skillnad i prisbilden då M & S pastakickling kostar 69:18 kr/kg medan Menigos salladskickling kostar 36:91 kr/kg. Detta påvisar en kvalitetskillnad mellan de båda benämningarna på tärnad klickling.

Kommunen medger att utvärderingen av kaffemjölk borde ha skett utifrån vad som angetts i förfrågningsunderlaget och inte som det genomfördes med en förändring av angiven volym. Det innebär att Menigos anbud ska påföras 514 008 kr och M & S anbud ska påföras 97 218 kr, vilket är av avgörande betydelse för utfallet av upphandlingen.

Krav på utökat djurskydd

Kommunens intyg anger att Menigo har kunnat köpa kassler från svensk råvara från Gudruns AB fram till 1 april 2013. Gudruns AB skriver att Menigo även i fortsättningen, i mån av tillgång, kommer att kunna köpa kassler med enbart svensk råvara från Gudruns AB under artikelnummer 3270 kassler onät. halv SV. Artikel 3270 finns dock inte på Menigos anbud till kommunen. De artiklar som Menigo har lämnat offert på finns samtliga med på listan som kommer att produceras med hjälp av importerat kött. Det saknas således intyg på att de förhöjda krav som har ställts i upphandlingen då de inte har verifierats med producentintyg. Kommunens insända intyg bevisar inte att den kassler Menigo har offererat svarar upp mot de produkter som kommer att levereras eftersom övergång till importerad råvara har skett. Gudruns AB garanterar i sitt intyg endast detta för en produkt som inte finns med i Menigos offert. Varifrån det importerade köttet till övriga produkter kommer ifrån och med vilken nivå av djurskydd det är producerat framgår inte av intyget. Därmed saknar intyget helt verifieringsvärde för de artikelnummer som har offererats av Menigo. Menigo ska påföras belastningspris på de fyra positionerna 7.6 – 7.9 då de inte har lyckats bevisa de förhöjda djurskyddskraven.

Sammanfattning

Sammantaget innebär det ovan anförda att Menigo ska påföras sammanlagt 841 112 kr fördelat på 9 olika positioner. Det innebär att Menigos anbud totalt landar på 16 123 648 kr och M & S anbud landar på 15 916 610 kr.

M & S anbud är således 207 038 kr lägre än Menigos anbud, utvärderingen har således inte gjorts enligt de ställda kraven och M & S har därför lidit skada. Att använda en annan anbudsgivares prisbild som grund för utvärdering kan inte anses vara förenligt med transparensprincipen i LOU vilket innebär att rättelse måste vidtas. Eftersom felaktigheten är gjord i det konkurrensuppsökande skedet kan beslutet inte bli annat än att upphandlingen måste göras om.

Kommunen

Belastningspriser

Kommunen vidhåller att utformningen av förfrågningsunderlaget vad gäller belastningspriserna är i enlighet med de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Det har i förfrågningsunderlaget tydligt angetts hur utvärderingen kommer att genomföras och hur belastningspriser kommer att påföras. Samma förutsättningar gäller även för alla leverantörer. Utvärderingsmodellen med belastningspris tillämpas för att skapa ett incitament för leverantörerna att offerera så många godkända produkter som möjligt. Det syftet uppfylls av den valda modellen och det är även klart och tydligt för leverantörerna hur utvärderingen kommer att gå till. Det är inte nödvändigt för att uppfylla transparensprincipens krav att leverantören i förväg ska ha full kännedom om de exakta belopp som kommer att påföras på varje enskild position.

Utvärdering av anbud

Varukorgen anger på positionerna 2.2.29 och 2.2.30 frukostflingor typ cornflakes, på positionen 2.2.31 havrefras, 2.2.32 bas müsli och 2.2.33 frukostflingor glutenfri. Den av Menigo offererade produkten på positionen 2.2.33 uppfyller det ställda kravet på frukostflingor glutenfri då även müsli är en frukostflinga.

När det gäller pastakäckling vidhåller kommunen att Menigo uppfyller det ställda kravet. Det finns ingen allmänt vedertagen definition av pastakäckling och vad den är tillverkad av.

Krav på utökat djurskydd

Producenten Gudruns AB har i handling intygat att deras kassler uppfyller de krav om djurvälstånd som ställts av kommunen. Det är klarlagt att den av Menigo offererade kasslern uppfyllde ställda krav på samtliga positioner vid anbudstillfället. I punkten 3.1.1 i förfrågningsunderlaget anges att samtliga offererade produkter ska finnas i leverantörens ordinarie sortiment vid anbudstidens utgång och att belastningspris påförs om anbudsgivaren inte offererar viss position. Anbudsutvärderingen ska ske utifrån de förhållanden som gällde vid anbudstidens utgång. Den av Menigo offererade kasslern uppfyller ställda krav och ska därför inte påföras belastningspris på positionerna kassler. M & S har inte kunnat visa att de av Menigo offererade kasslerprodukterna inte uppfyller ställda krav vare sig vid anbudstillfället eller därefter. Inte heller har M & S kunnat visa att anbudsutvärderingen har skett i strid med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Produkter som omfattas av ett upphandlande avtal vid upphandling för livsmedel är föränderliga. På grund av förändringar i sortimentet hos producenterna kommer även produktlistan som leverantörerna har gentemot kommunen att förändras. Detta sker löpande och det regleras i ramavtalet. Förändringar av leverantörernas sortiment sker också under tiden anbudsutvärderingen genomförs. För att överhuvudtaget kunna genomföra en utvärdering av produkterna krävs därför att all produktutvärdering utgår från de produkter som offererades och de förhållanden som var för handen vid anbudstidens utgång vilket framgår av punkt 3.1.1 i förfrågningsunderlaget. Skulle det, under anbudstiden, visa sig att någon av de offererade produkterna utgår eller på annat sätt inte uppfyller kraven på produkten har leverantören möjlighet att ersätta den med ett likvärdigt alternativ.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det ovan anförda vidhåller kommunen att tilldelningsbeslutet den 3 april 2013 ska gälla och att M & S ansökan om överprövning ska avslås.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

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.

116 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada får en allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll - utifrån de omständigheter som sökanden har anført - av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt att den upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i LOU. Vidare konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäl-

ler att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin begäran om överprövning och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Kommunen och M & S synes eniga om att det i förfrågningsunderlaget punkt 3.1.1 angivna belastningspriset ska påläggas Menigos anbud för positionerna basmusli 2.2.32 och flingsalt med jod 2.7.3 samt att utvärdering av position 4.1.37 kaffemjök borde ha skett utifrån volymen som angetts i förfrågningsunderlaget och inte med den av kommunen gjorda ändringen av volym.

Belastningspriser

M & S har gjort gällande att punkt 3.1.1 i förfrågningsunderlaget i vilken det anges att kommunen genom att göra ett påslag på konkurrentens prisbild för varje position som inte kan godkännas vid utvärdering av anbuden strider mot principerna om transparens och förutsägbarhet. Konsekvensen blir att anbudsgivarna inte känner till hur anbudet egentligen kommer att utvärderas, då uppgift på konkurrenternas prisbild ostridigt inte är känd.

Potentiella anbudsgivare ska, innan de utformar sina anbud, underrättas om de upphandlingskriterier som anbuden måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt. Upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilka utvärderingskriterier som ska tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska tillmätas, under förutsättning att utvärderingen kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa det lägsta priset. Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för prövning av Regeringsrätten i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50, vari uttalades bl. a. följande. Ett förfrågningsunderlag ska 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. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. 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 LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Kommunen har, såvitt framkommit, tillämpat samma prövningskriterier på samtliga anbudsgivare. Ett s.k. belastningspris har använts i de fall då offererad produkt per positionen inte uppfyller kraven eller inte har offererats. Ingen av principerna likabehandling, transparens eller förutsebarhet bedöms därmed ha trätts för när av följande skäl. Den osäkerhet ett sådant belastningspris innebär för en anbudsgivare som inte kan lämna anbud på alla efterfrågade produkter är inte större eller mer oförutsägbar än det förhållandet att denne inte heller vet vilka andra anbudsgivare han kommer att konkurrera med och vilka varor och priser de erbjuder. Vad M & S har anfört i dessa delar kan därmed inte anses utgöra tillräckliga skäl för ingripande enligt LOU.

Utvärdering av anbud

Förvaltningsrätten har konstaterat att parterna är ense om att belastningspris ska påföras för positionerna bas müsli och flingsalt samt att kaffemjölk ska utvärderas utifrån den i förfrågningsunderlaget angivna volymen.

M & S har gjort gällande att även position 2.2.33 frukostflingor och position 5.1.4 pastakäckling ca 20 mm ca 5 kg inte uppfyller kraven som uppställs och att det därför ska påföras belastningspris på Menigos anbud på dessa positioner. M & S menar när det gäller frukostflingor att müsli inte är en frukostflinga och kan därför inte anses uppfylla ställt krav på önskad produkt. Vidare menar M & S att Menigo ska påföras belastningspris då de offererat salladskäckling när kommunen i underlaget angett att man önskar

pastakäckling. M & S menar att det finns en i branschen allmänt vedertagen definition av pastakäckling och vilket kött den är tillverkad av. Vidare pekar M & S på att det finns en skillnad i prisbilden vilket skulle kunna påvisa en kvalitetsskillnad mellan de båda benämningarna på tärnad käckling.

När det gäller positionen frukostflingor anför M & S att kommunen har efterfrågat frukostflingor och Menigo har svarat med müsli. Den av Menigo offererade produkten på positionen bedöms uppfylla det ställda kravet på frukostflingor glutenfri eftersom müsli får räknas till gruppen frukostflinga. Bedömningen görs särskilt med beaktande av att kommunen i de tidigare positionerna inom samma grupp har angett samlingsnamn samt typ av flinga som avses, dvs. frukostflinga typ cornflakes.

Frågan i vilken omfattning och hur sallads- och pastakäckling skiljer sig åt har inte blivit klarlagd i målet. M & S har inte heller kunnat visa att det finns en i branschen allmänt vedertagen definition av pastakäckling och vilka käcklingdelar den är tillverkad av och med vilken kryddning. Kommunen har dock, såvitt har framkommit, använt sig av benämningen pastakäckling. Om kommunen med benämningen hade avsett att även t.ex. salladskäckling skulle ingå borde detta ha angetts. Mot bakgrund av det anförda skulle Menigo vid utvärderingen ha påförts belastningspris på produktpositionen pastakäckling eftersom man offererade en annan produkt.

Utökad krav på djurvälstånd

Av förfrågningsunderlaget framkommer att kommunen ställer ökade krav på djurvälstånd på fläsk- och nötkött. Kraven ryms inom den svenska djurskyddslagen, som är mer krävande än gällande EU-lagstiftning på området. För att lägga anbud på position 7.6 – 7.9 dvs. kassler BF U NÅ ca 2 kg, kassler skivad 4 mm 1,5 kg, kassler skivad 7 mm ca 1,5 kg och kassler strimlad ca 2,5 kg krävs således att kravet om utökad djurvälstånd uppfylls.

M & S anser inte att Menigos produkter avseende ovanstående positioner uppfyller det utökade kravet på djurvälstånd då det anges att produktens ursprungsland är EU. Menigos kassler med position 7.6 – 7.9 skulle därför ha påförts belastningspris.

Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som har lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga. En sådan kontrollskyldighet kan i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 27 september 2011 i målen 1472-- 1474-11).

Av förfrågningsunderlaget 3.1.1 framgår bl.a. följande: *Samtliga offererade produkter ska finnas i leverantörens ordinarie sortiment vid anbudstidens utgång.* I intyg från Menigos leverantör Gudruns AB anges att Menigos kassler fram till den 1 april 2013 har varit enbart av svensk råvara. För tiden därefter kommer kasslern produceras av EU råvara då det råder brist på svensk kassleråvara. Menigo får utifrån det ovan anförda bedömas ha haft kasslerprodukterna i sitt ordinarie sortiment fram till anbudstidens utgång den 5 mars 2013. I förfrågningsunderlaget anges det inte att det ska vara svenskt kött utan det handlar om att hänsyn ska ha tagits till en utökad djurvälstånd. Det borde således även finnas köttproducenter utanför Sverige som kan uppfylla de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven. Att det på Gudruns AB:s hemsida anges att köttets ursprungsland är EU kan inte tillmätas någon större betydelse eftersom Sverige de facto ingår i EU.

Det M & S har gjort gällande angående påförande av belastningspris för kassler ska inte medföra någon åtgärd enligt LOU.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis gör förvaltningsrätten bedömningen att Menigo ska påföras belastningspris på fyra positioner, position 2.2.32 bas müsli, position 2.7.3 flingsalt med jod, position 4.1.37 kaffemjök och position 5.1.4 pastakäckling. Det innebär utifrån Menigos och M & S beräkning att Menigos anbud landar på 15 852 698 kr vilket innebär att Menigos anbud fortfarande har det lägsta priset. Förvaltningsrätten konstaterar sammanfattningsvis att det inte finns skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska avslås.

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

Lena Schön-Barkestam
Lena Schön-Barkestam

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. 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 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 krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.