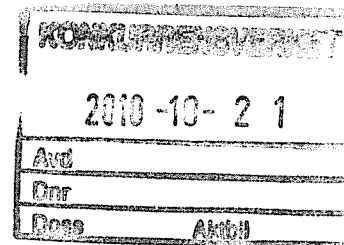




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet Jönköping  
Göran Sundberg

**DOM**  
2010-10-20  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
5062-10 E  
Rotel 1:7

**SÖKANDE**

Menigo Foodservice AB, 556044-4647  
Box 9081  
120 05 Årsta

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och Jur.kand. Håkan Andersson  
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
Box 3124  
103 62 Stockholm

**MOTPART**

1. Landstinget i Jönköpings län  
Box 1024  
551 11 Jönköping

Ombud för 1: Advokat Thomas Svedberg  
Gärde Wesslau Advokatbyrå  
Box 684  
551 19 Jönköping

2. Hultsfreds kommun  
Box 500  
577 26 Hultsfred

3. Landstinget i Kalmar län  
Box 601  
391 26 Kalmar

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten interimistiska beslut den 7 juli 2010 upphör därmed att gälla.

## **BAKGRUND**

Landstinget genomför en upphandling, handlagd som ett öppet förfarande, avseende sitt eget och övriga såsom motparter upptagna myndigheters behov av livsmedel. Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Menigo Foodservice AB (bolaget) tilldelats kontraktet i upphandlingen.

Efter att bolaget ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten den 24 juni 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Efter hörande av parterna upphävde förvaltningsrätten den 7 juli 2010 det interimistiska beslutet och beslutade att upphandlingen, såvitt avser kategorierna 1-18, 19, 20, 21, 22, 23 samt 27, inte får avslutas innan något annat har beslutats.

## **YRKANDEN**

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

## **GRUNDER FÖR ANSÖKAN**

Till stöd för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Det framgår inte tydligt av förfrågningsunderlaget huruvida krav vid testning av produkter utgör urvalskriterier eller tilldelningskriterier. Detta får till följd att det inte varit förutsebart hur anbudsutvärderingen ska genomföras.

Uppställda krav på de produkter som testas är sådana att de är kopplade till föremålet för kontraktet och inte till anbudsgivarnas kompetens och lämplighet. Det är därför inte förenligt med LOU att underkännande vid testning

leder till att anbud förkastas beträffande en eller flera varugrupper på sätt som gjorts i Landstingets anbudsutvärdering.

Landstinget har otillåtet utan föregående annonsering övergått till förhandlat förfarande. Detta är tillåtet endast i vissa undantagsfall såsom att inga anbud kommit in eller att inga lämpliga anbud lämnats. Med anbud som inte är lämpliga ska förstås ett anbud där priset är onormalt lågt, oskäligt högt (över marknadsvärde) eller ifall de innehåller lösningar som av tekniska skäl inte är genomförbara. Detta undantag är inte applicerbart på den situation som föreligger i detta fall.

Genom att låta anbudsgivarna i det förhandlade förfarandet komplettera anbuden och då inte låta samtliga anbudsgivare komplettera med samma produkter, har anbudsgivarna inte behandlats lika.

Detta innebär att förfrågningsunderlaget är behäftat med sådana brister att upphandlingen måste göras om.

Eftersom det anbud som tilldelats upphandlingen inte innehåller 72 stycken godkända produkter i varugruppen Färdigrätter har anbudsgivaren inte uppfyllt samtliga uppställda ska-krav. Trots detta har anbudet inte förkastats.

#### **GRUNDERNA FÖR MOTPARTENS INSTÄLLNING**

Landstinget anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande.

Kravet på smak m.m. i upphandlingen utgör ett krav på föremålet för upphandlingen och inte anbudsgivarens tekniska kompetens. Vid livsmedelsupphandling är bl.a. smak en oerhört viktig egenskap. Det är en egenskap som inte är objektivt mätbar. Det handlar inte om en utvärdering av huru-

vida produkten är mer eller mindre god. Det handlar om att försäkra sig om att varorna har tillräckliga egenskaper för att alls kunna serveras.

I upphandlingen har inte varit fråga om en prispförhandling utan en förhandling som haft till syfte att möjliggöra för samtliga anbudsgivare att ge in anbud som uppfyller ska-kraven. Detta framgår tydligt av förhandlingsprotokollen. Vidare framgår att samtliga parter har deltagit utifrån denna förutsättning samt att några priser överhuvudtaget inte diskuterats. Samtliga formella krav är uppfyllda och då det inte inkommit några lämpliga anbud är förutsättningarna enligt 4 kap. 5 § LOU för övergång till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering uppfyllda. Av 4 kap. 6 § LOU framgår att annonsering kan undvaras om den upphandlande myndigheten bjuder in endast anbudsgivare som uppfyller de formella kraven. Om det inte skulle föreligga förutsättningar för tillämpning av 4 kap. 5 § LOU, behöver därför annonsering trots detta inte ske.

Brister i enskilda positioner saknar betydelse eftersom det inte finns något krav på att samtliga positioner ska vara godkända. I vart fall uppfyller det vinnande anbudet detta ska-krav.

Bolaget har inte lidit någon skada. Oaktat om belastningspris skulle beräknats på det vinnande anbudet, för de av bolaget uppräknade positionerna, är det anbudet ändå mest fördelaktigt.

## **DOMSKÄL**

### Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra

upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma kapitel får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I 2 § anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 gjorts.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bl.a. uttalat följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

EG-domstolen har i dom den 20 september 1988 i målet C-31/87, Beentjes, funnit att kravet på ”det mest fördelaktiga anbudet” som återfinns i den nationella lagstiftningen, kan vara förenligt med direktivet, om det reflekterar den frihet myndigheter som tilldelar kontrakt har att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet baserat på objektiva krav och som därmed inte innefattar något mått av godtyckligt val. Det följer av artikel 29 paragraf 1 och 2 i direktivet att då myndigheter inte har lägst pris som enda utvärderingskrav utan värderar olika krav för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, måste de ange kraven i upphandlingsannonsen eller förfrågningsunderlaget. Därvid uttalade EG-domstolen att det skulle vara oförenligt med artikel 29 i direktivet om myndigheterna erhöll en obegränsad frihet vid tilldelning av det aktuella kontraktet till viss anbudsgivare.

Av EG-domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att leverantören kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas (se 10 kap. 1 och 2 § LOU förvaltningsrättens anm.). Det är teoretiskt sätt inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade ”kriterier för kvalitativt urval”). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad gäller sistnämnda fall anges inte någon uttömmande uppräkningslista av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och den upphandlande myndigheten ges således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar

till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan följaktligen inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Reglerna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra.

Av EG-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC, framgår bl.a. följande. Principen om likabehandling innefattar en skyldighet att möjliggöra insyn, så att man kan kontrollera att den iakttas. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Denna skyldighet att möjliggöra insyn innebär även att den upphandlande myndigheten ska tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Slutligen ska tilldelningskriterierna, vid prövning av anbudet, tillämpas enhetligt och objektivt på samtliga anbudsgivare.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 uttalat bl.a. att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare samt att som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Av 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenad, varor och tjänster om det vid ett öp-

pet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändras väsentligt.

### Förfrågningsunderlaget

Under rubriken Anbudsprovning i förfrågningsunderlaget framgår följande.

Anbudsprovningen sker i två steg: kvalificering och utvärdering.

#### **Kvalificering:**

Anbudsgivarens förmåga prövas mot de krav som ställs på leverantören enligt förfrågningsunderlaget. Anbudsgivare kan uteslutas från upphandlingen om han lämnat ofullständiga eller felaktiga uppgifter i anbudet.

Anbud prövas avseende redovisade obligatoriska krav på efterfrågade produkter och offererade tjänster.

Testning enligt testprotokoll kommer att genomföras på kryssmarkerade (X) positioner i artikelspecifikationen. Testning sker i första hand på produkt A, och endast på produkt B i det fall Produkt A inte godkänns. Endast en produkt kommer att tas med i utvärderingen.

Testningen genomförs av verksamheten utsedda personer vilka dagligen arbetar med livsmedelshantering i Landstinget. Testningen kommer att vara blindtest och kommer att dokumenteras med hjälp av testprotokoll. Testets funktion är att bedöma om produkten är godkänd eller ej, bedömningen görs som en helhetsbedömning av testproduktion utifrån:

- smak,
- konsistens,
- utseende,
- tillagningsegenskaper,
- viktreduktion,
- varmhållningsegenskaper.

I det fall ingen av de två offererade produkterna godkänns vid testning, eller ingen produkt offererats, kommer positionen att belastas med belastningspris d v s högsta anbudspris + 15 %.

#### **Utvärdering av anbudet:**

Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kraven enligt "kvalificering" ovan, kommer de anbud att antas som har lägsta pris.



Förvaltningsrätten gör följande bedömning

*Utformningen av anbudsprövningen*

Bolaget har i denna del dels gjort gällande att anbudsutvärderingens utformning innebär en sammanblandning av krav som är kopplade till föremålet för kontraktet och krav på anbudsgivarnas kompetens och lämplighet, samt dels att upphandlingen brustit i förutsebarhet eftersom det inte tydligt framgår av förfrågningsunderlaget huruvida krav vid testning av produkter utgör urvalskriterier eller tilldelningskriterier. Landstinget har bestritt båda dessa påståenden.

I upphandlingen är fråga om en produkttestning som genomförts i syfte att bedöma om de offererade livsmedlen kan anses godkända utifrån vissa särskilt angivna kriterier. Även med beaktande av hur saken rubricerats i förfrågningsunderlaget får det dock med erforderlig tydlighet anses framgå hur uppdelningen mellan de båda upphandlingsmomenten skett. Någon sammanblandning i det avseende bolaget gjort gällande kan därför inte anses vara för handen. Skäl för ingripande på de av bolaget i denna del anförda grunderna föreligger därför inte.

*Det förhandlade förfarandet*

Bolaget har i denna del dels gjort gällande att det förhandlade förfarandet skulle föregås av annonsering eftersom inget av anbudena motsvarade de krav som ställts i annonsen i den öppna upphandlingen, dels att Landstinget åsidosatt likabehandlingsprincipen inom upphandlingsområdet genom att inte låta de båda anbudsgivarna komplettera sina anbud på de positioner där någon av dem inte uppfyllde ställda krav. Landstinget har å sin sida bestritt detta och anført att samtliga anbudsgivare har givits samma möjlighet att utifrån de ursprungliga anbudena sätta sina anbud i sådant skick att

de uppfyller krav om ett visst antal produkter inom respektive kategori samt att förutsättningarna för att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering varit uppfyllda.

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering endast i vissa särskilt angivna undantagssituationer. Hit hör bl.a. den situationen att det inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändras väsentligt. Bedömningen av om en sådan situation kan anses vara för handen bör enligt förvaltningsrättens mening ske med restriktivitet.

I upphandlingen har Landstinget utan föregående annonsering övergått till ett förhandlat förfarande sedan anbudsgivarna inte bedömdes ha uppfyllt ett ska-krav avseende ett visst antal offererade produkter inom respektive kategori och därmed inte befunnits lämpliga. Det har heller inte framkommit att kontraktsvillkoren förändrats i väsentliga delar. Förutsättningarna för en övergång från ett öppet till ett förhandlat förfarandet utan annonsering har därför varit uppfyllda.

Vad sedan avser utformningen av det förhandlade förfarandet har förvisso förfarandet gentemot respektive anbudsgivare kommit att avse olika produkter. I målet har emellertid inte framkommit annat än att tolkningen och tillämpningen av de ursprungliga kraven upprätthållits på ett enhetligt sätt under hela förfarandet. Likabehandlingsprincipen har därför enligt förvaltningsrättens mening inte trätts förnär på ett sådant sätt som motiverar ett ingripande med stöd av LOU.

*Det vinnande anbudets uppfyllelse av ska-krav*

Bolaget har i denna del gjort gällande att det anbud som tilldelats upphandlingen inte uppfyllt samtliga uppställda ska-krav då det inte innehåller 72

stycken godkända produkter i varugruppen Färdigrätter. Landstinget har bestritt detta dels med motiveringen att det inte finns något krav på att samtliga positioner ska vara godkända och att brister i enskilda positioner därför saknar betydelse, dels att det vinnande anbudet uppfyller detta skalkrav.

Under förutsättning att de allmänna principerna på upphandlingsområdet inte träds för när utgör anbudsprövning genom test- och referensgrupper en vedertagen metod. Enbart den omständigheten att det inte finns något krav på att samtliga positioner ska vara uppfyllda kan i och för sig inte anses innebära att brister vid utvärderingen av enskilda positioner saknar betydelse. Däremot förutsätts att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

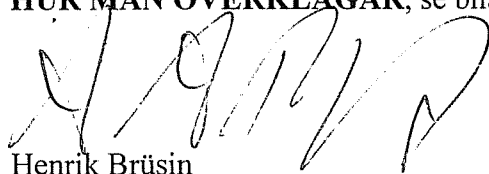
Bolaget har gjort gällande att tre av de produkter som offererats i varugrupp 6 felaktigt godkänts, vilket fått till följd att det vinnande anbudet felaktigt kvalificerat sig för utvärderingen. Bristerna har i ett fall avsett avvikelser från förfrågningsunderlaget avseende förpackningsstorlek, i ett fall avsett en produkt som utgått ur sortimentet samt i ett fall avsett en produkt som enligt bolaget felaktigt kategoriserats som *Äggvåffla osötad 40 gr*, trots att den innehåller vaniljsocker. Mot bakgrund av den testning som genomförts kan bolaget inte enbart utifrån de omständigheter det anfört förmått göra sannolikt att minst tre av de offererade produkterna borde ha underkänts vid anbudsutvärderingen. Eftersom det därför inte kan anses ha förmått göra sannolikt att Landstinget felaktigt kvalificerat det vinnande anbudet till anbudsutvärderingen föreligger inte heller skäl för ingripande på denna grund.

Inte heller vad bolaget i övrigt anfört ger stöd för bolagets uppfattning att det finns skäl att ingripa med åtgärd enligt LOU mot upphandlingen.

*Sammanfattande bedömning*

Förvaltningsrätten har funnit att vad bolaget anfört inte utgör skäl för att rätten ska besluta om åtgärder med stöd av 16 kap. 2 § LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Henrik Brüsin



*Ab 34*

**SÖKANDE**

Menigo Foodservice AB, 556044-4647  
Box 9081  
120 05 Årsta

Ombud: Jur.kand. Håkan Andersson  
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
Box 3124  
103 62 Stockholm

Ombud: Advokat Liselott Fröstad  
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
Box 3124  
103 62 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Hultsfreds kommun  
Box 500  
577 26 Hultsfred

2. Landstinget i Kalmar län  
Box 601  
391 26 Kalmar

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; nu fråga om överlämnande till annan förvaltningsdomstol

---

**BESLUT**

Förvaltningsrätten överlämnar ansökan om överprövning av den samordnade upphandlingen av livsmedel genomförd av Landstinget i Jönköpings län med dnr LK 09-0334 såvitt avser Landstinget i Kalmar län samt Hultsfreds kommun till Förvaltningsrätten i Växjö.

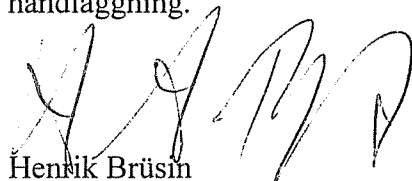
### **SKÄL FÖR BESLUTET**

Landstinget i Jönköpings län genomför en upphandling av Livsmedel för avrop till förutom nämnda landsting även för Landstinget i Kalmar län samt Hultsfreds kommun.

Menigo Foodservice AB (bolaget) har begärt överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Jönköping. Förvaltningsrätten har beslutat att upphandlingen i vissa delar inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Enligt 16 kap. 3 § LOU ska en ansökan om överprövning göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Landstinget i Kalmar län samt Hultsfreds kommun, som envar fattat eget tilldelningsbeslut, ligger inom Förvaltningsrätten i Växjö's domkrets enligt 5 § förordningen (1977:937) om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet. Bolagets begäran om överprövning avseende dessa två upphandlande myndigheter ska därför överlämnas till Förvaltningsrätten i Växjö för handläggning.

  
Henrik Brüsm