



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**

Nickolina Hamrin Lönvist

**DOM**  
2014-04-08  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
1237-14

1

**SÖKANDE**

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

Ombud: Advokaten Liselott Fröstad och  
Jur.kand. Jenny Kenneberg  
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
Box 3124  
103 62 Stockholm

**MOTPART**

Eksjö kommun  
575 80 Eksjö

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2014 -04- 0 8	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

**BAKGRUND**

Eksjö kommun har genomfört en upphandling av ramavtal för successiva avrop av livsmedelsleveranser – dnr 13/65. Upphandlingen har genomförts med tillämpning av ett öppet förfarande enligt LOU med avsikt att teckna ett tvåårigt avtal med möjlighet till förlängning i maximalt två år. Båda anbudena i anbudsområde A, huvudleverantör, hade brister gällande de obligatoriska kraven eftersom inget av anbudena hade offererat en tillräcklig andel godkända produkter i varugrupp nio. Kommunen har då övergått till ett förhandlat förfarande varvid de båda anbudsgivarna fått förhandla om de produkter som enligt kommunens bedömning inte uppfyllde ställda

Dok.Id 127738

**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  
08:30-16:00

krav. Upphandlingen har delats upp i sju olika anbudsområden (A - G) och det har funnits möjlighet att lämna anbud på hela eller delar av upphandlingen. Upphandlingen har avslutats genom tilldelningsbeslut den 24 februari 2014 varvid annan anbudsgivare än Menigo har tilldelats kontraktet.

Förvaltningsrätten har den 19 mars 2014 beslutat att den förlängda avtals-spärren inte omfattar grupperna F - G.

### **YRKANDEN**

Menigo Foodservice AB (Menigo) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan anbudsutvärderingen har rättats på så sätt att anbudet från Martin & Servera AB (M & S) förkastas.

Eksjö kommun yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att kommunen ska återkalla tilldelningsbeslutet daterat 24 februari 2014 gällande anbudsområde A - E. Kommunen yrkar också att förhandlat förfarande fortsättningsvis kan tillämpas, utan att de ursprungliga villkoren ändras väsentligt, så att kravet på 85 procent sortimentsbredd kan uppfyllas.

### **VAD PARTERNA ANFÖR**

#### **Menigo**

Bolaget har tagit del av M & S anbud och konstaterar att anbudet även efter genomförd förhandling inte uppfyller de obligatoriska kraven som kommunen ställt upp. Bristen avser två produkter inom varugrupp fem vilket har fått till följd att kravet på minst 85 procent godkända produkter inom denna varugrupp inte uppfylls. M & S anbud skulle inte ha gått vidare till utvärdering utan förkastats på motsvarande grund som anbudet från Menigo förkastades. Att kommunen felaktigt har utvärderat M & S anbud trots att de offererade produkterna inte uppfyller ställda kvalitetskrav samtidigt som Menigos anbud förkastats innebär ett åsidosättande av

1 kap. 9 § LOU och de EU-rättsliga principerna om likabehandling och öppenhet. M & S anbud skulle således rätteligen ha förkastats. Kommunens agerande har inneburit att Menigo har lidit skada varför det finns grund för att bifalla ansökan om överprövning.

#### **Eksjö kommun**

Vid anbudsprövningen framkom att inget av de inkomna anbuden för varugrupp nio uppfyllde samtliga ställda produktkrav. På grund av detta uppfylldes inte heller ställt krav på 85 procent sortimentsbredd per varugrupp hos någon av anbudsgivarna inom varugruppen. Inget av anbuden kunde gå vidare till en anbudsutvärdering. Kommunen valde att utnyttja möjligheten att övergå från öppet förfarande till förhandlat förfarande utan att de ursprungliga villkoren för kontraktet ändrades väsentligt. En ny skriftlig förfrågan skickades ut med möjlighet för anbudsgivarna att lämna en ny offert på varugrupp nio. I offerten fanns möjlighet att byta ut tidigare offererade produkter mot nya produkter som uppfyllde förfrågningsunderlagets kravspecifikation. Vid den nya utvärderingen framkom att anbudet från M & S uppfyllde ställda krav inom varugrupp nio och därmed även det ställda kravet på 85 procent sortimentsbredd både gällande anbudsområde A och gällande anbudsområde C. Menigos anbud förkastades med hänvisning till punkt 6.1.3 i förfrågningsunderlaget, eftersom de inte hade offererat produkter som uppfyllde förfrågningsunderlagets kravspecifikation och inte heller kravet på 85 procent sortimentsbredd.

Det har under skriftväxlingen i förvaltningsrätten framkommit att inte heller M & S anbud uppfyllde samtliga ställda produktkrav gällande varugrupp fem, vilket M & S bekräftat i samtal med kommunen. Det finns således ingen anbudslämnare som uppfyller det ställda kravet på 85 procent sortimentsbredd på varugrupp fem.

Kommunen har under hela processen behandlat anbudsgivarna likvärdigt. Utvärderingen har skett helt enligt de förutsättningar som angetts i förfråg-

ningsunderlaget och samtliga anbudsgivare har haft samma möjlighet att byta ut produkter när upphandlingen övergick till ett förhandlat förfarande. Anledningen till att anbudet inte uppfyller det ställda kravet för anbudsområde A beror endast på att ett fåtal produkter brister i kravutfyllnad. För M & S handlar det om två produkter av totalt 684 och för Menigo handlar det om tre produkter av totalt 684. Skulle kommunen förkasta M & S anbud för att de inte uppfyller kravet på 85 procents sortimentsbredd i varugrupp fem måste man på samma gång stå fast vid beslutet om att förkasta Menigos anbud då de inte uppfyllde kravet på 85 procents sortimentsbredd gällande varugrupp fem och nio. Kommunen står i en sådan situation utan godkända anbudsgivare inom anbudsområde A, vilket får som konsekvens att det inte går att utse dellerantör för anbudsområde B, C, D och/eller E, eftersom det inte finns någon huvudleverantör att jämföra prisbilden med enligt punkt 3.4.1 i förfrågningsunderlaget.

Det är i den uppkomna situationen inte försvarbart, varken ekonomiskt eller konkurrensmässigt, att hela upphandlingen ska göras om. Förutsättning för ökad konkurrens är i dagsläget minimal eftersom antalet potentiella anbudslämnare för anbudsområde A är mycket begränsat och anbud har dessutom lämnats av de två mest dominerande aktörerna på marknaden. Kommunens målsättning är att leverantörer ska kunna utses utan att de ursprungliga villkoren ändras väsentligt.

### **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

#### *Gällande regler*

Enligt 16 kap. 6 och 4 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och efter ansökan från en leverantör, som har lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

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.

Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndighetens handläggning har varit formellt korrekt och att de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU har iakttagits. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som har fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Prövningen i mål om överprövning av offentliga upphandlingar utgör en kontroll av om det på grundval av det som har framförts av sökanden i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han eller hon har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU. En upphandlande myndighet är fri att välja vilka kriterier som ska ingå i anbudsvärderingen under förutsättning att dessa inte strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna som bär upp lagen. Förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen.

Vid bedömning av vilken rättsföljd som är lämpligast i ett visst fall har rätten att ta ställning till vilket skede av upphandlingen som den eller de

konstaterade överträdelserna har påverkat. Rör det sig exempelvis om brister som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet, till exempel brister i förfrågningsunderlaget, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om. Om det istället rör sig om överträdelser i kvalificeringsfasen eller tilldelningsfasen, då anbud eller anbudsansökningar redan har lämnats, kan dessa i många fall avhjälpas genom rättelse. En första förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att det fel som har förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. När det är fråga om överträdelser i både det konkurrensuppsökande skedet och i senare stadier av upphandlingen bör det endast bli aktuellt med ett beslut om att upphandlingen ska göras om.

En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även en annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Vid den aktuella upphandlingen fanns det dock endast två anbudsgivare. Vid sådant förhållande kan Menigo anses ha lidit skada om även M & S anbud borde ha förkastats på grund av att M & S inte uppfyllt alla ska-krav. Det är i målet ostridigt att både Menigo och M & S anbud inte uppfyller samtliga krav som har ställts upp i förfrågningsunderlaget. M & S har i samtal med kommunen medgett att det finns brister i deras anbud avseende varugrupp fem, vilket innebär att inte heller deras anbud uppfyller kravet på 85 procent sortimentsbredd. Kommunen har genom sitt agerande att förkasta Menigos anbud men låta M & S anbud gå vidare till utvärderingen handlat i strid med bl.a. likabehandlingsprincipen. Även M & S anbud borde således rätteligen ha förkastats. Menigo får i vart fall anses riskera att lida skada av att kommunen inte har förkastat M & S anbud. Mot bakgrund av det redovisade och då det inte finns förutsättningar för rättelse på grund av brister i båda anbuden, måste upphandlingen göras om. Vilket upphandlingsförfarande som Eksjö kommun då ska använda sig av ingår inte i det som förvaltningsrätten ska uttala sig om i detta mål.

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

Lena Schön-Barkestam



# SVERIGES DOMSTOLAR

## 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. 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.