



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2014 -02- 28
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 12255-13
 12257-13
 12258-13
 12260-13

KONKURRENSVERKET

2014 -03- 03

Avd

Dnr

KSnr

Aktbil

SÖKANDE

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

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

MOTPART

Lomma kommun mål nr 12255-13
 Svedala kommun mål nr 12257-13
 Staffanstorps kommun mål nr 12258-13
 Burlövs kommun mål nr 12260-13

Ombud för alla kommuner: Chefsjurist Pia Hedström och Erik Edström
 SKL Kommentus Inköpscentral AB
 117 99 Stockholm

ANNAN BERÖRD

Martin & Servera AB, 556233-2451
 112 89 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas genom att en ny utvärdering görs av anbudsområde 1, 3, 5 och 6 i vilken Martin & Servera AB:s anbud inte ska beaktas.

BAKGRUND

Lomma kommun, Svedala kommun, Staffanstorps kommun och Burlövs kommun (kommunerna) genomför en upphandling av ramavtal för livsmedel. Upphandlingen består av nio olika anbudsområden och anbud kan lämnas på hela eller delar av upphandlingen. Efter utvärdering av inkomna anbud har kommunerna beslutat att anta anbud från Martin & Servera AB som leverantör för anbudsområde 1, "huvudgrossist".

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Menigo Foodservice AB (Menigo) har ansökt om överprövning av upphandlingen avseende, så som de slutligen fastställt sin talan, anbudsområde 1, 3, 5 och 6 och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan anbudsutvärderingen har rättats på så sätt att anbudet från Martin & Servera AB förkastas. Bolaget har som grund för sin ansökan anfört bl.a. följande.

Martin och Servera AB har offererat köttprodukter som inte uppfyller de av kommunerna i förfrågningsunderlaget uppställda djurskyddskraven. Produkterna persiljejärpar och husets kåldolmar från producenten Findus, position 1 och 2, uppfyller inte djurskyddskraven vad gäller förbud mot avhorning eller andra kirurgiska ingrepp utan bedövning och inte heller förbud mot rutinmässig svanskupering. Produkten Biff Lindström från producenten Lantmännen Cerealia, position 732, och produkterna Timbalgryta, fläsk och färsbullstimbäl från Findus, position 877 och 878, samt produkten salami från producenten Gudruns uppfyller inte kravet vad gäller förbud mot rutinmässig svanskupering på grisar. Produkten Chicky Saladskyckling från producent Lantmännen Kronfågel uppfyller inte djurskyddskraven som kommunerna har ställt på fågelprodukter. Menigo hänvisar till inlämnad skriftlig information från respektive producent.

Enligt punkt 5.1.3. i förfrågningsunderlaget ska anbud som inte uppfyller de obligatoriska krav som återfinns i avsnitt 4 förkastas. Kommunerna har emellertid bedömt att samtliga anbudsgivare uppfyller uppställda obligatoriska krav.

Menigo har påtalat detta för kommunerna som har påstått att bristerna inte ska leda till att anbudet förkastas utan att positionerna utvärderas med ett belastningspris. En sådan anbudsprövning strider dock mot vad som följer av förfrågningsunderlaget. Brister vad gäller uppfyllelse av djurskyddskrav ska leda till att anbudet inte tas upp till utvärdering medan brister som avser produkternas egenskaper, såsom storleken på köttbullar eller sockerhalten i sylt, ska leda till att positionerna utvärderas med ett belastningspris.

Kommunerna kan inte utvärdera inkomna anbud i strid med ordalydelsen i förfrågningsunderlaget. Det finns inte heller någon möjlighet att vid anbudsprövningen justera eller på annat sätt ändra det förfrågningsunderlag som legat till grund för anbudslämnandet. Att Martin & Servera AB:s anbud har utvärderats trots att de offererade produkterna inte uppfyller ställda djurskyddskrav innebär ett åsidosättande av 1 kap. 9 § LOU och de EU-rättsliga principerna om likabehandling och öppenhet.

Menigo har lämnat anbud utifrån förfrågningsunderlagets ordalydelse, dvs. att anbud med produkter som inte uppfyller de generella obligatoriska kraven i avsnitt 4 kommer att förkastas. Det innebär att Menigo inte har offererat några produkter på de positioner där det inte finns godkända produkter att tillgå, utan i stället lagt ner tid och resurser på att offerera produkter som uppfyller ställda djurskyddskrav och övriga generella krav. Produkterna som uppfyller den här typen av krav har generellt sett ett högre pris och innebär således att Menigos anbudspris har blivit högre.

Menigo har i upphandlingen reserverat sig på så sätt att om Menigo inte tilldelas anbudsområde 1 så reserverar de sig mot tilldelning av övriga anbudsområden. Utifrån genomförd anbudsutvärdering följer att Menigo, vid en korrekt prövning av Martin & Servera AB:s anbud, skulle ha antagits som leverantör för anbudsområde 1, 3, 5 och 6. Menigo lider därmed skada av att kommunerna har utvärderat Martin & Servera AB:s anbud trots att bolaget inte uppfyller uppställda krav.

Kommunerna anför följande. De har inte i upphandlingen brutit mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen. Det saknas därför förutsättningar för ingripande.

Martin & Servera AB angav i sitt anbud att kraven på kött- respektive fågelprodukter var uppfyllda. Ingenting i anbudet har heller gett kommunerna anledning att ifrågasätta Martin & Servera AB härvidlag. Att i efterhand uppställa krav om bevisning gällande skall-kravens uppfyllelse endast för en anbudsgivare i en upphandling skulle utan tvivel innebära att kommunerna träder såväl transparens- som likabehandlingsprincipen för när. Kommunerna har valt att genom avtal reglera situationen att levererad produkt inte motsvarar offererad/efterfrågad kvalitet. Därefter har kommunerna möjlighet att under avtalstiden göra kontroller av levererade varor.

Varken LOU, förarbeten eller praxis ger stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om de uppgifter som lämnats i ett anbud är riktiga, annat än när omständigheterna i det enskilda fallet ger anledning att ifrågasätta detta. Av praxis framgår tvärtom att en upphandlande myndighets kontrollskyldighet gällande anbuds kravuppfyllelse inte kan sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget.

De uppgifter som senare tillkommit avseende att Martin & Servera AB eventuellt kan komma att leverera varor som inte uppfyller de generella kraven i upphandlingen saknar betydelse för utgången i målen.

För det fall ansökan om överprövning ska tolkas som att det är just en ny anbudsutvärdering som önskas påtalas att vid en förnyad anbudsutvärdering kommer Martin & Servera AB:s anbud påföras ett belastningspris för alla de aktuella artiklarna som omnämns i Menigos ansökan, men detta innebär ingen skillnad avseende resultatet av utvärderingen av anbudsområde 1. Martin & Servera AB:s anbud kommer fortfarande vara det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Martin & Servera AB har getts tillfälle att yttra sig över ansökan men har inte hörts av.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingarna på ett öppet sätt. Vid upphandlingarna ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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 får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget punkt 5.1.3. under rubriken *Obligatoriska krav på varan* anges följande.

I steg två (2) prövas om anbudet uppfyller obligatoriska krav på varan, dvs skall-krav kopplade till upphandlingsföremålet, avsnitt 4 ovan. Anbudsgivaren ska också acceptera de avtalsvillkor angivna i avsnitt 6. Ett skall-krav kan vara uppfyllt eller ej uppfyllt. De anbud som uppfyllt dessa obligatoriska krav på varan/tjänsten går vidare till steg tre (3), övriga anbud förkastas.

Av de för överprövningen relevanta kraven avseende kött- och fågelprodukter framgår bl.a. följande.

4.2.20.

Nötkött

Eventuell avhorning eller andra kirurgiska ingrepp ska endast ske efter bedövning.

Griskött

Rutinmässig svanskupering ska ej förekomma.

4.2.21.

Produkt av kycklingkött ska härstamma från djur som fötts upp på anläggning där belägningsgraden varit max 36 kg/m² (och max 25 djur/m²) och där bilaga I och II uppfylls enligt direktiv 2007/43/EG om fastställande av minimiregler för skydd av slaktkycklingar.

Förvaltningsrättens bedömning

De för överprövningen relevanta kraven avseende kött- och fågelprodukter utgör s.k. skall-krav. Av mejlkorrespondens mellan Menigo och Martin & Servera AB:s producenter framgår att ett flertal av Martin & Servera AB:s offererade produkter inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda skall-kraven. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbud som inte uppfyller skall-krav förkastas.

Kommunerna har gjort gällande att det vid tidpunkten för utvärderingen inte var känt för dem att Martin & Servera AB inte uppfyllde samtliga skall-krav.

Som påpekats av kommunerna sträcker sig den upphandlande myndighetens utredningsskyldighet normalt sett inte längre än att en jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbuden och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Någon skyldighet att också kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga föreligger inte om det inte finns anledning att ifrågasätta dessa.

I nu aktuellt fall har emellertid kommunerna, i samband med överprövningsprocessen, fått kännedom om att Martin & Servera AB:s anbud inte uppfyller samtliga skall-krav. I enlighet med likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Detta gäller även om uppgifterna blivit kända först i samband med en överprövningsprocess (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 935-12 och mål nr 4904-09). Den omständigheten att det nu visat sig att Martin & Servera AB vid tiden för avlämnandet av sitt anbud inte uppfyllde samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget, måste därför beaktas i förevarande prövning.

Martin & Servera AB är den leverantör som kommunerna har valt att teckna avtal med i avtalsområde 1 och Menigo har därför fallit utanför denna tilldelning. Menigo har i upphandlingen reserverat sig på så sätt att om Menigo inte tilldelas anbudsområde 1 så reserverar de sig mot tilldelning av övriga anbudsområden. Som en konsekvens av Menigos förbehåll har Menigo därför även fallit utanför tilldelning även av avtalsområde 3, 5 och 6. Menigo får därmed anses ha lidit eller komma att lida skada.

Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras av avtalsområde 1, 3, 5 och 6 i vilken kommunerna inte ska beakta anbudet från Martin & Servera AB.

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



Renata Matousek

Målet har föredragits av Marita Ekdahl.



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.