



**SÖKANDE**

Servera R&S Aktiebolag, 556233-2451  
112 89 Stockholm

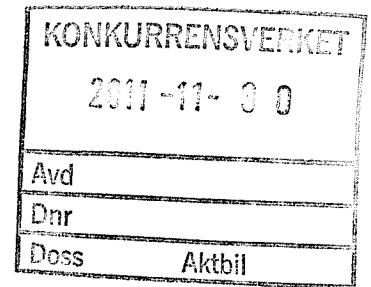
Ombud: Advokaten Björn Tude  
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB  
Box 5747  
114 87 Stockholm

**MOTPART**

Norrbottens läns landsting  
Upphandling  
971 89 Luleå

**SAKEN**

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



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Det interimistiska beslutet den 21 juni 2011 upphör därmed att gälla.

## BAKGRUND

Norrbottens läns landsting (NLL) upphandlade genom öppet förfarande ”Upphandling 2010 Livsmedel NLL”. Anbudsgivare var bl.a. Servera R&S AB (bolaget). Tilldelningsbeslut fattades den 3 januari 2011 enligt vilket Menigo Foodservice AB (Menigo) tilldelades kontrakt för bl.a. chark, kolonial, bröd djupfrost, morötter, panerad fisk, kaffe mellan 500 g (pos 25), good original cafit (pos 35), Goudaost (pos 80), fruktcoctail (pos 85) och Gunnar Dafgård AB (Dafgård) tilldelades kontrakt för färdigmat. Bolaget tilldelades kontrakt för nöt fryst (pos 945-1005), fläsk fryst (pos 1060-1150), fläsk färskt (pos 1010-1055), opanerad fisk (pos 1460-1505), inlagd fisk (pos 1510-1615), glass (pos 2385-2430) samt den enskilda artikeln snabbkaffe (pos 30).

Efter att bolaget ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten i dom den 13 maj 2011 (mål nr 52-11), i den del som gällde tilldelning av kontrakt till Dafgård avseende varukorgen färdigmat, att upphandlingen fick avslutas först sedan utvärderingen gjorts om och rättats, varvid Dafgårds anbud på färdigmat inte skulle beaktas. Vidare avslog förvaltningsrätten bolagets ansökan i den del som gällde tilldelning av kontrakt till Menigo avseende varukorgarna/artiklarna chark, kolonial, bröd djupfrost, morötter, panerad fisk, kaffe mellan 500 g (pos 25), good original cafit (pos 35), Goudaost (pos 80) samt fruktcoctail (pos 85).

Genom rättat tilldelningsbeslut den 15 juni 2011 har NLL tilldelat Menigo kontrakt avseende fläsk fryst och opanerad fisk, Svensk Cater AB (Svensk Cater) kontrakt avseende fläsk färskt, färdigmat, glass och snabbkaffe samt Karlgrens slakteri AB kontrakt avseende nöt fryst. Ingen leverantör antogs avseende inlagd fisk. Bolagets anbud har genom rättelsen förkastats med motiveringen att det inte uppfyller ställda ska-krav avseende leveranstid och reklamationer.

I beslut den 21 juni 2011 förordnade förvaltningsrätten att upphandlingen vad avser nöt fryst, fläsk färskt, fläsk fryst, färdigmat, opanerad fisk, inlagd fisk, glass och snabbkaffe inte får avslutas innan förvaltningsrätten beslutat något annat.

**YRKANDEN M.M.**

**Bolaget**

Bolaget har ansökt om överprövning och yrkat att NLL:s upphandling (Upphandling 2010 Livsmedel NLL) såvitt avser

- a) nöt fryst,
- b) fläsk färskt,
- c) fläsk fryst,
- d) färdigmat,
- e) opanerad fisk,
- f) inlagd fisk,
- g) glass och
- h) snabbkaffe

ska rättas genom att en ny utvärdering genomförs med beaktande av bolagets anbud men utan beaktande av Menigos och Svens Caters anbud.

Alternativt har bolaget yrkat att NLL:s tilldelningsbeslut avseende a) – c) och e) – h) ska stå fast.

Vidare har bolaget yrkat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

**NLL**

NLL har motsatt sig bifall till ansökan.

**GRUNDER M.M.**

**Bolaget**

*Rättelse av tilldelningsbeslut*

Genom det nya tilldelningsbeslutet den 15 juni 2011 har NLL inte bara fattat nytt tilldelningsbeslut avseende varukorgen färdigmat. NLL har dessutom fattat nya tilldelningsbeslut beträffande samtliga varukorgar som bolaget tilldelades genom tilldelningsbeslutet den 3 januari 2011 (varukorgarna i avsnitt 2.6 a) – c) och e) – h)). NLL har nu ändrat sin bedömning och funnit att bolagets anbud inte uppfyller ställda ska-krav avseende leveranstider och reklamationer och därför inte går vidare till utvärderingsfasen.

I tilldelningsbeslutet den 3 januari 2011 ansåg NLL att bolaget uppfyllde samtliga ska-krav varför bolagets anbud gick vidare till utvärderingsfasen. I utvärderingsfasen hade bolaget de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden och tilldelades därför de aktuella varukorgarna. Dessa tilldelningsbeslut var det ingen som begärde överprövning av varför NLL nu är förhindrat att ändra dem. Den ursprungliga tilldelningen kan inte lagligen ändras på det sätt som NLL gjort eftersom det får anses vara ett gynnande förvaltningsbeslut för bolaget. Dessa varukorgar har ej varit föremål för överprövning i mål nr 52-11 som nu vunnit laga kraft i dessa delar. NLL kan därför inte ompröva sitt tilldelningsbeslut på det sätt som skett.

*Ska-krav leveranstid*

NLL har funnit att bolaget inte har uppfyllt ska-kravet på leveranstid. I instruktion för ifyllnad av bilaga Anbudsspecifikation s. 2 föreskrivs att leveranstiden ska anges i antal arbetsdagar. I punkt 9 i kravspecifikationen

anges att ”Beställning av huvudkomponent till måltiderna ska kunna göras en vecka innan leverans. Övriga beställningar ska kunna göras i upp till två dygn innan leverans”. I bolagets artikelspecifikation har bolaget ostridigt angett leveranstiden för produkter dels till tre dagar för lagerförda varor, dels till tolv dagar för beställningsvaror, vilket är samma sak som lågfrekventa varor. I artikelspecifikationen beskriver således inte bolaget leveranstiden för beställning av huvudkomponenter. Bolaget har inte någonsin angett en leveranstid för huvudkomponenter som överstiger en vecka. Bolaget uppfyller alltså de ställda ska-kraven såvitt gäller leveranstider.

#### *Ska-krav reklamationer*

Bolaget har bifogat sina reklamationsrutiner (standardavtal) i enlighet med kravspecifikationen och har alltså uppfyllt kravet på att redovisa sina reklamationsrutiner. Att sådana rutiner skiljer sig från de som en enskild köpare kan vilja acceptera är självklart. Bolaget har också i svarsblankett punkterna 2 och 4 accepterat kravet på att NLL ”alltid” har rätt att skicka tillbaka varor om reklamationen skett inom viss angiven tid. Bolaget har alltså inte avvikit från de reklamationskrav som NLL ställt.

Här har dock Menigo ställt ska-krav som medför att Menigos anbud inte ska utvärderas. Menigo har nämligen i sitt anbuds brev under punkt 7 angett följande i sista meningen ”Beställningsvaror, specialbeställt utrustning, kundpack eller direktleveranser från leverantör tas ej i retur”. Denna bestämmelse är till sin lydelse överordnad NLL:s skrivning om reklamationer och därför uppfyller Menigo inte ska-kravet.

#### *Ska-krav prislista*

I punkten 3.2 i Anbudsinbjudan föreskriver NLL följande ”På övrigt sortiment (utöver det som finns på artikelspecifikationen) ska rabatt på av er

bifogad prislista anges”. Svens Cater har inte bifogat prislistan. Svensk Cater ska därför inte gå vidare till utvärderingsfasen.

Menigo och Svens Cater har inte uppfyllt samtliga ska-krav och skulle därför inte ha utvärderats. Utvärderingen ska därför göras om utan beaktande av dessa anbud. Bolagets anbud uppfyller samtliga ska-krav och ska därför utvärderas i likhet med vad som skedde i tilldelningsbeslutet den 3 januari 2011. Genom sitt förfarande har NLL handlat i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt samt att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt.

## NLL

### *Rättelse av tilldelningsbeslut*

I avvaktan på dom i förvaltningsrättens mål nr 52-11 har NLL inte tecknat avtal avseende de varukorgar som bolaget tilldelades genom tilldelningsbeslutet den 3 januari 2011. Med anledning av den tidigare överprövningen granskade NLL närmare vissa detaljer i de avlämnade anbuden. NLL konstaterade då att bolagets anbud inte uppfyllde samtliga ska-krav. Detta medförde att NLL den 15 juni 2011 gjorde en rättelse enligt domslut men även en rättelse av tidigare tilldelning då NLL upptäckt brister i anbuden som inte tidigare varit kända. Det finns inte något formellt hinder för att en upphandlande myndighet efter omprövning rättar sin tilldelning.

### *Ska-krav leveranstid*

I förfrågningsunderlaget finns ett krav på leveranstider som är beroende av om artikeln är att anse som huvudkomponent eller inte. För huvudkomponenter gäller att de ska kunna beställas en vecka, dvs. sju kalenderdagar, innan leverans. För artiklar som inte är att anse som en huvudkomponent är

det obligatoriska kravet att beställning ska kunna ske två dagar innan leverans, dvs. att beställning görs dag 0 och leverans sker dag 2. Detta medför att bolagets resonemang om artiklarna är beställningsvaror eller inte saknar betydelse vid bedömningen av om dess anbud är kvalificerat eller inte. Dessutom finns i förfrågningsunderlaget inget som benämns "lågfrekventa varor". Detta är ett uttryck som bolaget själv för in i processen. Bolaget kallar flera varor "lågfrekventa varor" och gör gällande att dessa varor är beställningsvaror med en leveranstid på 12 dagar. Resonemanget är helt bolagets eget och följer inte NLL:s beskrivningar och krav i förfrågningsunderlaget.

NLL kan konstatera att bolaget i artikelspecifikationen angett antingen tre eller tolv dagars leveranstid. NLL kan konstatera att samtliga offererade varor (pos 945, 960, 975, 1035, 1055, 1080, 1130, 1140, 1285, 1300, 1305, 1315, 1325, 1365, 1380, 1385, 1390, 1460, 1470, 1475, 1485, och 1495) där NLL angett en leveranstid på tolv dagar strider mot NLL:s ska-krav om leveranstid. För att ska-kravet ska vara uppfyllt krävs antingen två eller sju dagars leveranstid. På de positioner där bolaget inte uppfyllt kravet på leveranstid har bolaget rätteligen erhållit belastningspris.

Gällande varukorgarna nöt fryst, fläsk färskt, fläsk fryst, färdigmat och opanerad fisk har bolaget på grund av vad som angetts ovan erhållit belastningspris på fler positioner än tillåtet. Detta innebär att bolaget inte uppfyller kravet på att anbud måste lämnas på viss angiven procent av det totala antalet artiklar i varukorgen. Resultatet blir att bolagets anbud inte går vidare till utvärdering.

*Ska-krav reklamationer*

NLL instämmer i att bolaget uppfyllt kravet på att bifoga sina reklamationensrutiner. Det är dock fel att bolaget även uppfyller kravet på när reklamationen ska ske för att varorna ska kunna returneras.

Enligt praxis ska alltid en mer detaljerat och specificerad skrivning ha företräde framför en mer allmänt hållen utfästelse. Det innebär att det som bolaget uppger i sina reklamationensrutiner är det som NLL ska beakta i de fall det avviker från den allmänna utfästelsen om att alla obligatoriska krav är uppfyllda.

NLL har ställt krav på vissa reklamationensregler och ombett leverantören att inkomma med reklamationensrutiner och villkor som överensstämmer med NLL:s krav. I de reklamationensrutiner som bolaget bifogat till anbudet anges bl.a. att tidsramarna för reklamation av färskvaror och saknade varor är samma dag eller dagen efter leverans, övrigt ska reklameras senast tre dagar efter leverans. Bolaget har även uppgett att "För att reklamationen ska accepteras måste ovanstående tider respekteras". Bolaget har i anbudet angett helt andra grupperingar av varor och kortare reklamationstider. Flera av NLL:s leveransställen har endast leverans två dagar i veckan. Det innebär att det förflyter fyra dagar mellan dessa leveranser vid ett tillfälle per vecka. Enligt bolaget är reklamation möjlig dagen efter eller i vissa fall maximalt tre dagar efter leverans. Det strider mot kravet på reklamation i förfrågningsunderlaget. Eftersom bolagets anbud inte uppfyller kraven ska det rätteligen inte gå vidare till utvärderingen

I följebrevet till Menigos anbud anges att "Reklamation av vara eller leverans ska ske till Menigo samma dag som leverans erhållits, dock senast påföljande helgfria vardag efter leverans, med undantag för de förhållanden som beskrivs under denna punkt F2 Kravspecifikation". Det innebär



att Menigo, förutom att det gjort en generell utfästelse även gjort en specifik utfästelse att kraven i förfrågningsunderlaget har företräde framför deras angivna reklameringsrutiner. NLL har bedömt att Menigos anbud uppfyller ska-kraven på reklamation.

Vad gäller Svensk Caters anbud så är det korrekt att någon prislista inte bifogats. Förfrågningsunderlaget innehåller dock inte ska-krav på att prislistan ska skickas in. Det innehåller ett ska-krav på att en rabatt ska anges för övrigt sortiment som inte finns uppgett i artikelspecifikationen. Svensk Cater har därför enbart skickat in en bilaga med rabattsatser. NLL har även i förfrågningsunderlaget angett att prislistan inte kommer att utvärderas vilket visar på att kraven inte gäller denna utan endast rabatten. Svensk Cater uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven.

### **Bolaget**

#### *Ska-krav reklamationer*

NLL är dessutom inte tydligt med vad det vill. NLL har nämligen i F3 Ramavtal avsnitt 5.2 Felaktiga varor angett följande "...om fel kvalitetsavvikelser eller avvikelse från gällande krav föreligger ska landstinget omgående (bolagets understrykning) reklamera felet från det att det uppdragats" och fortsätter med följande skrivning "utbyte av felaktiga produkter eller avhjälpande ska äga rum så snart det kan ske eller vid tidpunkt som parterna kommer överens om (bolagets understrykningar).

**NLL**

*Ska-krav reklamationer*

Skrivningen kring reklamation i F3 Ramavtalsmallen står inte i strid med kravet på reklamationsfrister i kravspecifikationen. Dessa båda skrivningar ska kombineras. NLL har antingen tid till nästa leverans eller två veckor på sig att upptäcka eventuella felaktigheter med levererat gods enligt kravspecifikationen. Dock åligger det NLL att alltid, när felet upptäckts, reklamera omgående oavsett om det är flera dagar kvar av tiden där reklamation är möjlig.

**Menigo Foodservice AB och Svensk Cater AB**

Menigo Foodservice AB och Svensk Cater AB har beretts tillfälle att yttra sig och motsatt sig bifall till ansökan.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

*Har NLL varit förhindrat att rätta tilldelningsbeslutet?*

Under förutsättning att det inte görs i syfte att kringgå upphandlingsreglerna eller att de grundläggande unionsrättsliga principerna träds förnär kan en upphandlande myndighet, ända fram till dess att ett upphandlingskontrakt föreligger, ändra ett tidigare ställningstagande och har då rätt att fatta ett nytt tilldelningsbeslut (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs beslut den 30 september 2011 i mål nr 3105-11 och 3107-11).

NLL har inte ingått något upphandlingskontrakt med bolaget. I målet har inte framkommit att syftet med det rättade tilldelningsbeslutet skulle vara att kringgå upphandlingsreglerna. Inte heller har framkommit att de grund-

läggande unionsrättsliga principerna skulle ha trätts förnär. NLL har således inte varit bundet av sitt tidigare tilldelningsbeslut till någon del och inte varit förhindrat att ompröva och rätta detsamma. Något skäl att ingripa mot upphandlingen finns därmed inte.

*Ska-krav leveranstid*

En av huvudprinciperna inom offentlig upphandling är att anbud som inte uppfyller ska-kraven inte får beaktas. Att beakta anbud som inte uppfyller ska-kraven står i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Frågan i målet är om bolagets anbud uppfyller ska-kravet om leveranstid.

Enligt F2 Kravspecifikation punkt 9 "Beställning" ska beställning av huvudkomponent till måltiderna kunna göras en vecka innan leverans. Övriga beställningar ska kunna göras i upp till två dygn innan leverans. Enligt Instruktion för ifyllnad av bilaga Anbudsspecifikation ska leveranstiden anges i antal arbetsdagar.

Av kravspecifikationen framgår att längsta tillåtna leveranstid är en vecka. Av bolagets svar framgår att leveranstiden varierar mellan tre och tolv dagar. Tolv dagar är en längre leveranstid än vad NLL har accepterat i förfrågningsunderlaget. Bolagets anbud uppfyller därmed inte det aktuella kravet avseende vissa positioner. Att bolagets anbud under dessa förutsättningar inte uppfyller ska-kraven på att offerera ett visst antal procent av artiklarna i varukorgarna nöt fryst, fläsk färskt, fläsk fryst, färdigmat och opanerad fisk har bolaget inte invänt mot.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att bolaget inte visat att NLL brutit mot LOU eller unionsrätten genom att förkasta dess anbud avseende nämnda positioner. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därför inte.

*Ska-krav reklamationer*

Frågan i målet är om bolagets anbud uppfyller ska-kravet om reklamationer.

I F2 Kravspecifikation punkt 7 "Reklamation" anges att anbudsgivaren ska ha upparbetade rutiner för reklamationer och eventuella returer/omleverans samt att anbudsgivaren ska redovisa rutiner och villkor i svarsblankett kravspecifikation. Vidare anges att NLL alltid har rätt att skicka tillbaka varor som felaktigt levererats då den felaktiga leveransen beror på anbudsgivare om reklamationen sker inom två veckor från leverans gällande frysta och torra varor samt senast vid nästa leverans för kylda varor.

I Svarsblankett – Bilaga F1:1 har bolaget kryssat i rutan för att det uppfyller samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. I den redovisning av rutiner och villkor som bolaget bifogat anbudet anges dock tidsramar för reklamation som strider mot vad som angetts i kravspecifikationen.

Bolaget har hävdat att det endast bifogat de rutiner som bolaget generellt tillämpar och att det svar bolaget kryssat i svarsblanketten är det som gäller för anbudet. Enligt förvaltningsrättens mening kan man dock knappast uppfatta kravspecifikationen så att anbudsgivare ska bifoga sina standardvillkor för reklamationer till anbudet. Rimligen måste förfrågningsunderlaget uppfattas så att det är de rutiner och villkor som anbudsgivaren offerrar NLL som ska redovisas. I vart fall måste bolagets anbud anses som tvetydigt, varför NLL haft fog för att uppfatta innehållet på det sätt som skett. NLL kan därmed inte anses ha handlat i strid med LOU eller unionsrätten genom att förkasta bolagets anbud på grund av att det inte uppfyllt aktuellt ska-krav. Att NLL i F3 Ramavtalsmallen angett vissa ytterligare villkor för reklamation föranleder inte förvaltningsrätten att göra någon

annan bedömning. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte heller på denna grund.

Bolaget har också gjort gällande att Menigos och Svensk Caters anbud inte uppfyller ska-kraven. Eftersom bolagets anbud rätteligen förkastats påverkas dock inte bolagets möjlighet att vinna den aktuella upphandlingen av eventuella fel vid utvärderingen av övriga anbud. Bolaget har därför inte lidit eller kan komma att lida skada på grund av eventuella fel. Grund för ingripande enligt LOU föreligger då inte. Anledning att gå in på frågan om Menigos och Svensk Caters anbud uppfyller ska-kraven saknas därmed.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

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

Förvaltningsrätten erinrar om den så kallade tiodagarsfristen.



Eva Beselin



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

**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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.