



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011-05-06
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
876-11 E
Enhet 2:2

SÖKANDE

Menigo Foodservice AB, 556044-4647
Box 9081
12005 Årsta

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

Ombud: Michael Bengtsson
Menigo Foodservice AB
Box 9081
120 05 Årsta

MOTPART

Västra Götalands läns landsting, 232100-0131
Område inköp
Landstingets Hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT BESLUT

Västra Götalands läns landstings beslut den 17 januari 2011,
dnr SN394-2010

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas för produktgrupp
4. gällande färsk frukt, grönt och rotsaker på så sätt att Menigo ska tilldelas
kontraktet.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Tidigare meddelat interimistiskt beslut upphör därmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2011-05-09	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 72450

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag - fredag
09:00-15:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM****BAKGRUND**

Västra Götalands läns landsting (Landstinget) har genomfört en upphandling av Livsmedel för leverans till storköksverksamheter inom Västra Götalandsregionen, dnr SN394-2010. Upphandlingen syftar till ramavtal och är uppdelad i tio produktgrupper varav tre är samlade till en och samma leverantör. Produktgrupperna är 1. Grossist kolonial, -frys och kylvaror, 2. Mejerivaror, 3. Ekologiskt nötkött, 4. Färsk frukt, grönt och rotfrukter, 5. Färskt bröd och konditori, 6. Färsk fisk, 7. Kaffe ekologiskt och etiskt samt 8. Bryggerivaror.

I tilldelningsbeslut den 17 januari 2011 har Servera AB tilldelats kontraktet för 1. Grossist kolonial, frys- och kylvaror, 2. Mejerivaror, 3. Ekologiskt nötkött och 4. Färsk frukt, grönt och rotfrukter, Tjömbagaren AB tilldelats kontraktet för 5. Färskt bröd och konditori, Feldts fisk AB tilldelats kontraktet för 6. Färsk fisk, Löfbergs Lila AB tilldelats kontraktet för 7. Kaffe ekologiskt och etiskt samt Spendrups Bryggeri AB tilldelats kontraktet för 8. Bryggerivaror.

YRKANDEN M.M.

Menigo Foodservice AB (Menigo) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för yrkandet anförs i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget strider mot de grundläggande principerna i LOU.

I Anbudsinbjudan redogörs för hur anbud ska prövas och utvärderas. Beskrivningen är dock så tvetydig och svårtydd att det är omöjligt att förutse hur såväl anbudsprövning som anbudsutvärdering ska genomföras. Det anges att av de anbud som kvalificeras och uppnår den lägst accepterade kvalitetsnivån kommer anbudet med lägsta pris att antas. Vidare anges vil-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

ka skall-krav som anbudena måste uppfylla för att gå vidare till utvärdering av kvalitet och sedan en redogörelse för poängsättning av produkterna utifrån vissa bör-krav. Produkternas kvalitet poängsätts med 1-5 poäng och lägsta accepterade poäng är 1624 poäng. Redan frasen "gå vidare till utvärdering av kvalitet" innebär att utvärderingsmodellen inte är förutsebar. Därtill framgår inte vad som krävs för att erhålla tillräckliga poäng. Anbudsgivarna har således inte någon inblick i utifrån vilka kriterier värderingen och poängsättningen görs, vilket innebär att förfrågningsunderlaget strider mot principen om transparens och förutsebarhet. I en upphandling med tilldelningskriteriet lägsta pris får utvärdering av kvalitet inte ske. Ska kvaliteten utvärderas måste tilldelningskriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud användas. Några bör- eller skall-krav kan inte uppställas på anbudet i utvärderingsfasen i en lägsta pris-upphandling eftersom utvärderingen inte ska omfatta något annat än priset. Det är i direkt strid med LOU att inte särskilja kvalificerings- och utvärderingsfas. Det går i detta fall inte att utläsa vilken prövning som är avsedd att höra till kvalificeringen respektive utvärderingen. Eftersom de inte är åtskilda strider förfrågningsunderlaget mot LOU och upphandlingen måste därför göras om.

Belastningspriser ska enligt förfrågningsunderlaget användas då en position lämnats tom. Det framgår inte hur en produkt som inte uppfyller ställda produktkrav ska hanteras, förutsatt att kravet inte är ett skall-krav då anbudet ska förkastas. Eftersom belastningspris inte kan användas kvarstår endast att acceptera avvikelserna och utvärdera dessa produkter på samma sätt som positioner där kraven uppfylls. Detta skulle innebära att en anbudsgivare som levererar andra produkter än vad som efterfrågats skulle få sina produkter utvärderade på samma villkor som en anbudsgivare som lämnat anbud i enlighet med produktkraven. Ett sådant förfarande strider mot likabehandlingsprincipen då anbudsgivare som följer förfrågningsunderlaget missgynnas. Oavsett vilken metod som används kommer utvärderingen av produkter som avviker från produktkraven att strida mot LOU.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Om belastningspris används blir anbudsutvärderingen inte förutsebar då det inte finns något sådant utrymme i förfrågningsunderlaget och om inte belastningspris används kommer anbuden inte bli jämförbara. Därtill har Landstinget använt belastningspris även när bristen gällt ett skall-krav. Det framgår av både Serveras och Dafgårds offerter att de offererat rygghälsfilé av sej och inte hel filé som framgår av skall-kravet. Dafgård har även offererat trefärgad sprialpasta med spår av ägg trots att det var ett skall-krav att all pasta förutom tagliatelle skulle vara fri från ägg och spår av ägg. Av Anbudsinbjudan framgår att anbud som inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav ska förkastas. Då Serveras och Dafgårds anbud inte uppfyller uppställda skall-krav ska de förkastas och inte utvärderas.

Vid anbudstidens utgång hade 16 anbud inkommit varav tre avsåg Grossist kolonial, frys- och kylvaror. De tre anbuden var lämnade av Menigo, Servera AB och Dafgård AB. Samtliga anbud har enligt tilldelningsbeslutet kvalificerats. Av sammanställningen framgår att Servera AB har lämnat det lägsta priset och att Menigo lämnat det näst lägsta priset. Vidare framgår att Menigo lämnat lägsta pris på produktgruppen Färsk frukt, grönt och rotfrukter men återkallat sitt anbud varför anbudet inte utvärderats. Menigo har dock på intet sätt angett i anbudet att återkallelse sker i något fall. Landstinget har således inte haft någon grund för att låta bli att utvärdera Menigos anbud i den delen, varför i vart fall rättelse ska göras och Menigo tilldelas kontraktet för produktgruppen. Därutöver yrkar Menigo att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats (inhibition).

Västra Götalands läns landsting (Landstinget) medger rättelse i den delen av upphandlingen som avser färsk frukt/grönsaker och obearbetade rotfrukter. Eftersom Menigo lämnat lägsta pris kan kontraktet tilldelas dem. Landstinget bestrider dock Menigos yrkande i övriga delar att upphandlingen ska göras om. Som grund för inställningen anføres i huvudsak

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

följande. Anbudsprövningen och anbudsutvärderingen har inte varit svår att förutse. Landstinget har först ställt upp krav på anbudsgivarna och sedan dels prövat om anbuden uppfyller de formella kraven dels gjort en kontroll av om varorna som offererats uppfyller de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. De anbud som uppfyllt ställda krav har sedan gått vidare till utvärdering. Detta har tydligt framgått av Anbudsinbjudan och förfrågningsunderlag, liksom hur kvalitetssäkringen skulle gå till. Att utvärderingsgrunden lägsta pris används innebär inte att kvalitet saknar betydelse. Genom att ställa kvalitetskrav har Landstinget sökt säkerställa att de offererade varorna håller hög kvalitet. En del produkter har endast skallkrav medan andra har både skallkrav och krav på viss lägsta kvalitet s.k. börkrav. Därefter har anbudsutvärderingen genomförts enligt modellen lägsta pris. Det har således framgått att modellen ekonomiskt bäst fördelaktiga anbud inte har använts. Landstinget har därmed inte handlat i strid mot likabehandlingsprincipen eller blandat ihop kvalificerings- och utvärderingsfas. Syftet med belastningspriser är inte bara att få anbud som är jämförbara utan också att undvika att anbudsgivare av taktiska skäl lämnar en position tom för att deras produkt är för dyr. Att inte offerera något alls innebär också att anbudsgivaren inte uppfyller skallkravet på positionen. Med det inte sagt att anbudet ska förkastas så som Menigo anfört. Även anbudsgivare som lämnat en position tom har gått vidare till utvärdering. Alla anbudsgivare har behandlats lika, såväl Menigo som Servera och Dafgård har åsatts belastningspriser för att de i anbuden lämnat en position tom och för att de inte uppfyllt krav på positionen. Menigo har t.ex. offererat en fyrkantig fiskburgare där en rund sådan efterfrågats utan att hela anbudet förkastats. Att förkasta ett helt anbud enbart på en produkt i en livsmedelsupphandling som omfattar flera hundra produkter kan inte vara rimligt. Förfarandet ter sig därför naturligt även om det inte uttryckligen angetts i anbudsinbjudan. När det gäller de specifika varor som Menigo anfört inte uppfyller skallkraven menar Landstinget att det inte skulle haft någon betydelse om Dafgårds anbud på positionen 1258 pasta i stället be-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

lastats med belastningspris då de redan lämnat det dyraste anbudet på den produktgruppen. Det skulle därmed inte ha haft någon betydelse för utgången. Landstinget har sammanfattningsvis inte brutit mot de grundläggande principerna i LOU och Menigo kan därmed inte anses ha lidit eller kan komma att lida skada. Skulle förvaltningsrätten ändå finna att förfrågningsunderlaget inte är optimalt formulerat så är det inte fråga om brister av den art eller omfattning som gör att kraven enligt LOU åsidosatts.

Förvaltningsrätten har i beslut den 27 januari 2011 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan annat har förordnats i målet.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse 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.

Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) har uttalat att 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

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2**DOM**

offentlig upphandling och gemenskapsrätten (numera unionsrätten) inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrättens bedömning

Menigos yrkande om rättelse avseende produktgruppen färsk frukt, grönt och rotsaker har medgetts av Landstinget och berörs därför inte närmare i förvaltningsrättens bedömning.

Menigo har anfört att Landstinget blandat ihop kvalificerings- och utvärderingsfasen samt att utvärderingskriterierna inte är förutsebara då det inte framgår vad som krävs för att erhålla tillräckliga poäng. De utvärderingskriterier som angetts är smak, lukt, konsistens, utseende och svinn och ett lägsta poängantal har angetts för att anbudet ska gå vidare till en utvärdering där anbudet med lägsta pris ska antas. Vidare har det angetts att varje produkt inom respektive kriterium kommer att poängsättas med mellan ett och fem poäng och att testerna kommer att utföras i ett par av sjukhusköken av projektgruppen för upphandlingen samt av Regionservice Måltiders provkök. Som förvaltningsrätten ser det har en viss begreppsförvirring uppstått genom att kriterierna för poängsättning kallats för utvärderingskriterier när det i själva verket handlar om kvalificering för just utvärdering. Att uppställa krav på en viss lägstanivå när det gäller kvalitet strider inte mot principerna i LOU. Kvalificeringen måste därför ses i två steg, vilket också – trots begreppsförvirringen – framgår av anbudsinvjudan då det under punkten 2.12.2 står följande att läsa; *Under förutsättning av att inkomna anbud uppfyller kraven enligt punkt "Kvalificering" ovan, samt uppnår den lägst accepterade kvalitetsnivån (poängen) kommer det anbud att antas som lämnat lägsta pris.* Det framgår därmed tydligt hur kvalificering och utvärdering ska gå till och någon sammanblandning mellan kvalificering och utvärdering kan därför inte anses ha förelegat. När anbudet väl kvalificerat sig för utvärdering har kvaliteten på produkterna inte haft

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

någon betydelse. Därmed får den valda utvärderingsmodellen, där anbud med lägsta pris antas, anses vara korrekt.

Förvaltningsrätten anser således att det är rimligt att prova kvaliteten på de produkter som ska upphandlas. Då det, som i detta fall, gäller livsmedel är det förståeligt att detaljerade specifikationer inte kan anges. Att tydligt redogöra för att produkterna kommer att poängsättas med mellan ett och fem poäng och att testerna utförs av ett provkök får därför anses tillgodose kravet på transparens och förutsebarhet. Samtliga anbudsgivare som klarat första kvalificeringsfasen har fått sina produkter testade på samma sätt, varför även likabehandlingsprincipen får anses beaktad.

Då det kan vara näst intill omöjligt att få fram ett optimalt förfrågningsunderlag får man som dåvarande Regeringsrätten kommit fram till acceptera en del brister så länge de inte strider mot de grundläggande principerna. I förevarande upphandling gäller det livsmedel – närmare 1 000 olika produkter – och det skulle te sig underligt att förkasta hela anbud för att en liten detalj i någon av produkterna inte överensstämmer helt och hållet med den efterfrågade. Att påföra även felaktigt offererade produkter belastningspris, trots att detta förfarande inte angivits i förfrågningsunderlaget, får därför anses vara naturligt för att uppnå en så likvärdig bedömning av produkterna som möjligt. Alternativet för anbudsgivare som av någon anledning inte vill eller kan offerera en korrekt produkt hade varit att lämna positionen tom. Då hade med automatik belastningspris påförts och resultatet blivit detsamma. Förvaltningsrätten anser att förfarandet använts just för att upprätthålla en likabehandling mellan anbudsgivarna snarare än motsatsen såsom Menigo anført.

Skall-krav avseende enskilda produkter får därför ses utifrån detta resonemang. Ett företag som inte kan leverera enligt ställda skall-krav och ändå offererar en produkt som inte helt uppfyller kravet skulle, enligt Menigos

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2****DOM**

argumentation, få hela sitt anbud förkastat. Om samma företag i stället lämnat positionen tom skulle belastningspris påföras och företaget hade därmed fått vara kvar i utvärderingen. Enligt förvaltningsrätten är ett sådant resonemang inte förenligt med principen om likabehandling. Ett företag som öppet offererar en produkt som inte helt uppfyller kraven bör inte hamna i sämre läge än det företag som i samma situation avstår från att offerera en produkt. Förvaltningsrätten är därför av den uppfattningen att de skall-krav som gäller de enskilda produkterna ska ses på ett annat sätt än de skall-krav som gäller vid den första kvalificeringen. I Anbudsinbjudan anges visserligen att både de generella och de produktspecifika skallkraven ska uppfyllas för att anbudet ska gå vidare till utvärderingen av kvalitet. Landstinget har tydligt valt att testa även de produkter som inte uppfyller skallkravet och hänvisat till att även positioner som lämnats tomma inte uppfyller kraven. I inget av fallen har anbuderna förkastats utan alla har fått vara med i utvärderingen under förutsättning att de nått upp till lägsta godtagbara kvalitetsnivå. Med hänvisning till ovan förda resonemang anser förvaltningsrätten att det vore både orimligt och oproportionerligt att förkasta ett helt anbud för att ett s.k. skallkrav inte är uppfyllt och bedömer att detta förfarande är det rätta. Däremot har det varit fel av Landstinget att dela upp kraven i skall- och börkrav, då skallkravet rent faktiskt inte är ett skallkrav. Denna brist är dock inte tillräcklig för att i sig utgöra grund för att rätta eller göra om upphandlingen.

Med beaktande av ovan anförda anser förvaltningsrätten att Landstinget inte brutit mot vare sig principerna om förutsebarhet och transparens eller likabehandling. Inte heller i övrigt har bestämmelserna i LOU överträtts. Då Landstinget numer medger rättelse i den del som gäller färsk frukt, grönt och rotsaker och anser att Menigo som lämnat lägsta pris på den produktgruppen ska tilldelas kontraktet, förordnar förvaltningsrätten att sådan rättelse ska vidtas. I övrigt ska Menigos ansökan avslås och tidigare meddelat interimistiskt beslut upphör därmed att gälla.


FÖRVALTNINGSRÄTTEN

DOM

I GÖTEBORG

Avdelning 2

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



Bengt Hasselberg

Föredragande i målet har varit Carina Nithander.