

**KLAGANDE**

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

**MOTPARTER**

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

2. Servera AB  
Box 624  
301 16 Halmstad

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 6 maj 2011 i mål nr 876-11, se bilaga

**SAKEN**

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

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten bifaller överklagandet på så sätt att upphandlingen ska göras om beträffande produktgruppen *grossist kolonial, fryst och kylvaror*. I övrigt avslås överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 16 maj 2011 upphör därmed att gälla.

---

**YRKANDEN M.M.**

**Menigo Foodservice AB** (Menigo) yrkar att upphandlingen ska göras om i alla delar förutom produktgruppen *färsk frukt, grönt och rotsaker*.

**Västra Götalands läns landsting** (Landstinget) anser att överklagandet ska avslås.

Till stöd för sin talan anför **Menigo** bl.a. följande. Anbudsprövningen är enligt Anbudsinbjudan punkten 2.12 i förfrågningsunderlaget uppdelad på två steg, *Kvalificering* och *Anbudsutvärdering*. Kvalificeringen innebär enligt 2.12.1 att anbudsgivarens förmåga först prövas mot de krav som ställs på denne i anbudsinbjudan. Därefter ska en prövning göras av i vilken mån obligatoriska krav på anbudet och efterfrågade produkter är uppfyllda. Under anbudsinbjudan punkten 2.12.2 följer en redogörelse för hur anbudsprövningen ska genomföras. Utöver att tilldelningskriteriet är lägsta pris framgår även att

- Produktrelaterade krav finns i Bilaga 2, *Produktspecifika krav*. Krav återfinns i form av såväl skall-krav som bör-krav
- Generella skall-krav finns i *Kravspecifikationen*.
- För att ”anbudet ska gå vidare till utvärdering av kvalitet” krävs att skall-kraven måste uppfyllas.

Utöver ovan angivna skrivningar framgår även av Anbudsinbjudan punkten 2.2. *Upphandlingsbegrepp* att anbud som inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav ska förkastas. Det kan alltså inte råda någon tvekan om att ett anbud som inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav ska förkastas.

*Utvärderingsmodellen utformad för ekonomiskt mest fördelaktiga anbud*  
Kvaliteten har fått betydelse för utvärderingen. Det är ett ostridigt faktum att produkter som i kvalificeringsfasen av upphandlingen testats för att säkerställa att de uppfyllde Landstingets kvalitetskrav på produkterna och vid denna testning inte befanns uppfylla kraven, har vid utvärderingen

belastats med ett belastningspris. Belastningspris ska enligt Anbudsinbjudan endast åläggas positioner som lämnats tomma. Ett belastningspris är i detta sammanhang en direkt följd av Landstingets prövning av anbudens kvalitet. Belastningspriset påverkar dessutom anbudspriset. Eftersom Landstingets bedömning av de offererade produkternas kvalitet påverkar utvärderingen av anbuden har utvärderingsmodellen inte varit ägnad att utreda vilket anbud som haft lägst pris utan vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt för Landstinget. Bristen i förfrågningsunderlaget innebär att upphandlingen inte är genomförd i enlighet med LOU.

*Kriterierna för anbudsprövningen kan inte utläsas ur förfrågningsunderlaget*

Det är fastslaget i domstolspraxis att det av förfrågningsunderlaget måste framgå vilka kriterier den upphandlande myndigheten beaktar vid prövningen av anbudet. Vid poängsättningen av ett moment i anbudet har ansetts att det som minimikrav måste gå att ur förfrågningsunderlaget utläsa vad anbudet ska innehålla för att högsta respektive lägsta poäng ska tilldelas och bedömningen görs vid sådan poängsättning. I förevarande upphandling framgår inte av förfrågningsunderlaget hur de offererade produkterna kommer att bedömas. Anbudsgivarna kan inte veta ifall högsta poäng tilldelas en produkt förutsatt att den bara klarar minimikraven för dess ändamål, eller ifall högsta poäng är förbehållet produkter av lyxkvalité. Detta leder till att anbudsgivare får "chansa". Klart är att de inte har möjlighet att utforma anbudet så konkurrenskraftigt som möjligt. Upphandlingen uppfyller inte det krav på förutsägbarhet som den gemenskapsrättsliga transparensprincipen som kommer till uttryck i LOU innebär.

*Ej uppfyllda skall-krav*

Det är ostridigt att Serveras och Dafgårds anbud inte uppfyller ett i upphandlingen ställt skall-krav genom att på en position offerera en rygghälsfilé av Sej där en fiskfilé efterfrågats. Att den efterfrågade produkten ska

utgöras av fiskfilé är ett särskilt uppställt skall-krav, vilket bekräftats av Landstinget. I prövningen av anbudet har Landstinget dock istället för att förkasta anbudet med hänvisning till att de inte uppfyllt samtliga uppställda skall-krav, utvärderat de ifrågavarande positionerna med belastningspris. Möjligheten att utvärdera en position med belastningspris ifall anbudet på positionen innehåller en produkt som inte uppfyller uppställda skall-krav erbjuds inte i förfrågningsunderlaget. Av detta framgår istället, i flera av varandra oberoende skrivningar som inte går att misstolkas, att anbud som inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav ska förkastas. Landstinget har, på uttryckliga frågor under anbudstiden från anbudsgivare, klargjort att samtliga skall-krav måste uppfyllas för att anbudet ska utvärderas.

**Landstinget** anför bl.a. följande.

*Utvärderingsmodellen utformad för mest ekonomiskt fördelaktiga anbud*  
Landstinget har genom att ställa höga obligatoriska kvalitetskrav sökt säkerställa att de offererade produkterna håller hög kvalitet. Testerna av produkterna har utförts av ett provkök och produkterna har poängsatts mellan ett och fem. Detta har tydligt redogjorts för i förfrågningsunderlaget vilket medför att kravet på transparens och förutsebarhet är tillgodosett. Kvalitet är inte ett utvärderingskriterium utan det handlar om kvalificering för utvärdering och utvärderingsgrunden är det lägsta priset.

*Kriterierna för anbudsprövningen kan inte utläsas ur förfrågningsunderlaget*

Det anbud som har lägst pris har antagits. Tilldelningskriteriet är enbart lägst pris. Det är inte aktuellt att vikta denna tilldelningsgrund. Vad som beaktas vid anbudsutvärderingen kan således med enkelhet utläsas ur förfrågningsunderlaget.

*Ej uppfyllda skall-krav*

Att påföra även felaktigt offererade produkter belastningspris trots att detta förfarande inte angivits i förfrågningsunderlaget får anses vara naturligt för att uppnå en så likvärdig bedömning av produkterna som möjligt enligt förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten konstaterar även att förfarandet använts just för att upprätta en likabehandling mellan anbudsgivare. Förvaltningsrätten anför vidare att det var fel att dela upp kraven på de enskilda produkterna i skall- och bör-krav då skall-kraven inte rent faktiskt inte är skall-krav. Det hade varit lämpligt att använda en annan terminologi men bristen kan inte anses göra grund för att rätta eller göra om upphandlingen. Det har således inte varit fråga om att uppfylla skall-krav på produktnivå vid äventyr att ett anbud förkastas.

**Menigo** anför bl.a. följande. Det är inte intressant huruvida den av Landstinget genomförda utvärderingen varit korrekt, rimlig eller utgjort en lämplig utvärderingsmodell. Det intressanta är huruvida utvärderingen genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget. För att kravet på förutsägbarhet i LOU ska vara uppfyllt måste prövningen av anbuderna göras på det sätt som presenteras i förfrågningsunderlaget. Om en upphandlande myndighet avviker ifrån vad förfrågningsunderlaget stipulerar så riskerar varje anbudsgivare att lida skada eftersom de inte kunnat anpassa sina anbud efter den utvärderingsmodell som används för att tilldela kontrakt. Detta gäller oavsett huruvida den faktiskt genomförda anbudsprövningen i sig är mer eller mindre lämplig. Det är ostridigt i målet att vissa produkter bedömts inte uppfylla ställda krav vid testningen av livsmedlens smak, lukt, konsistens m.m. Det är vidare ostridigt att den upphandlande myndigheten, vid sammanräkningen av de olika anbudspriserna, har ålagt dessa produkter med ett belastningspris istället för att utvärdera deras offererade priser. Detta får till följd att Landstingets bedömning av produkternas kvalitet påverkar vilket anbudspris dessa erhåller i utvärderingen. Landstingets poängsättning av livsmedlens kvalitet påverkar således utvärderingen av anbuderna. Vid användande av tilldelningskriteriet lägsta pris ska inte någon

annan hänsyn tas än till pris. Det är svårt att förstå på vilka grunder Landstinget menar att detta inte innebär att en sammanblandning av tilldelningskriterierna lägsta pris och ekonomiskt mest fördelaktiga anbud skett.

I målet har Servera AB beretts tillfälle att yttra sig men har inte hörts av.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Frågan i målet är om förfrågningsunderlaget är utformat på ett sådant sätt att det inte strider mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. Principerna innebär bl.a. en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas.

Av ”Inbjudan till anbudsgivning” framgår under punkten 2.12 att anbudsprövningen sker i två steg: 1. Kvalificering av anbudsgivare, 2. Anbudsvärdering. Kvalificeringen sker enligt punkten 2.12.1 först genom en prövning av ställda krav på anbudsgivaren och sedan genom en prövning av obligatoriska krav på anbudet och efterfrågade produkter. Under punkten 2.12.2 anges att under förutsättning att anbudet uppfyller kraven under punkten 2.12.1, Kvalificering, samt uppnår den lägsta accepterade kvalitetsnivån (poängen) kommer det anbud att antas som lämnat lägst pris. De produktspecifika kraven består av både skall-krav (obligatoriska krav) och bör-krav (utvärderingskrav). Skall-kraven måste uppfyllas för att anbudet ska gå vidare till utvärdering av kvalitet. Bör-krav avser produktens kvalitet och poängsätts från 1 till 5 poäng. 1 poäng betyder att kravet inte uppfylls alls och 5 poäng betyder att total uppfyllelse av kravet. Poängen sätts efter hur väl de offererade produkterna uppfyller kravet. Kvalitet kommer att bedömas utifrån

kriterierna smak, lukt, konsistens, utseende och svinn. Av de produktgrupper som har uppnått lägst accepterad poängsumma vid utvärdering kommer det anbud med det lägsta priset att antas. Detta under förutsättning att alla skall-krav är uppfyllda och att lägsta accepterade poäng uppnåtts på alla bör-krav. Varje position i Anbudsinbudans bilaga 1, Pris- och sortimentsfil, som ej besvaras belastas med ett pris som motsvarar aktuellt avtalspris (juni 2010) + 40%.

Kammarrätten gör följande bedömning.

I förfrågningsunderlaget anges lägsta pris som utvärderingsmodell samtidigt som det i förfrågningsunderlaget framgår att utvärdering av kvalitet kommer att ske. Det anges inte närmare vad som är av vikt vid utvärderingen av kvaliteten mer än att det nämns vilka faktorer som bedöms. Enligt kammarrättens mening framstår det som om Landstinget använt sig av en variant av utvärderingsmodellen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet där kvalificeringsfasen, i strid med EU-rättens praxis, blandats ihop med utvärderingsfasen. I förfrågningsunderlaget anges dock att det är utvärderingsmodellen lägsta pris som ska tillämpas. Kammarrätten anser att förfarandet inte är i enlighet med upphandlingsrättens krav på förutsebarhet och likabehandling.

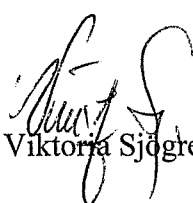
Vidare anges i förfrågningsunderlaget att samtliga skall-krav, såväl på anbudsgivare som på produkter, måste vara uppfyllda för att anbudet ska gå vidare till utvärdering av kvalitet. Det anges också att ett belastningspris påförs om en position i pris- och sortimentsfilen lämnas tom. Det är ostridigt i målet att anbudsgivare som gått vidare till utvärdering inte har uppfyllt samtliga skall-krav på produkterna samt att belastningspris har påförts i andra situationer än om det lämnats en tom position i pris- och sortimentsfilen.

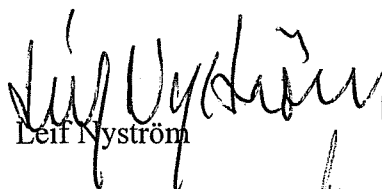
Kammarrätten anser att de brister i förfrågningsunderlaget som angetts ovan sammantaget är av så allvarlig karaktär att de grundläggande kraven som ställs på en offentlig upphandling med utgångspunkt från principerna om transparens och förutsebarhet inte kan anses uppfyllda. Kammarrätten finner vidare att Menigo visat att det inte är osannolikt att deras anbud kunde ha varit annorlunda om de av domstolen konstaterade bristerna inte funnits. Menigo har således riskerat lida skada. Mot bakgrund av vad som sagts ovan ska upphandlingen göras om beträffande produktgruppen *grossist kolonial, fryst och kylvaror*.

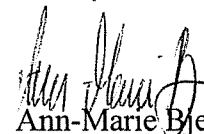
Av utredningen i målet framgår att Menigo genom förvaltningsrättens dom tilldelats produktgruppen *färsk frukt, grönt och rotsaker* och att bolaget inte lämnat anbud på de resterande produktgrupperna. Menigo har inte angett på vilket sätt bolaget skadats eller riskerat lida skada i dessa delar. Någon skada eller risk för skada för Menigo avseende dessa varugrupper har därför enligt kammarrättens mening inte uppkommit. Överklagandet ska därmed avslås i dessa delar.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

  
Viktoria Sjögren Samuelsson

  
Leif Nyström

  
Ann-Marie Bjerström  
referent





**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**  
2011-05-06  
Meddelad i  
Göteborg

Mål nr  
876-11 E  
Enhet 2:2

Ab25

**KAMMARRÄTTEN  
I GÖTEBORG**

Ink. 110513  
Målnr. 3522-11  
Aktbl. 3

**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.

Dok.Id 72450

Postadress  
Box 53197  
400 15 Göteborg

Besöksadress  
Sten Sturegatan 14

Telefon  
031 - 732 70 00

Telefax  
031 - 711 78 59

Expeditionstid  
måndag - fredag  
09:00-15:00

E-post: [forvaltningsrattenigoteborg@dom.se](mailto:forvaltningsrattenigoteborg@dom.se)

MOTTAGNINGSTID 13. MAJ. 12:31

TID FÖR UTSKRIFT 13. MAJ. 12:40

**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, Tjörnbagaren 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**Sida 3  
876-11 E

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 avvikelser 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**Sida 4  
876-11 E

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 rygghfilé 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**Sida 5  
876-11 E

följande. Anbudsprövningen och anbudsutvärderingen har inte varit svår att förutse. Landstinget har först ställt upp krav på anbudsgivarna och sedan dels prövat om anbuderna 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 kvalitetsssäkring 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 anbuderna 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 ha haft någon betydelse om Dafgårds anbud på positionen 1258 pasta i stället be-

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

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 anbudena väl kvalificerat sig för utvärdering har kvaliteten på produkterna inte haft

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 förstaeligt 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**Sida 9  
876-11 E

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 skall-kraven ska uppfyllas för att anbudet ska gå vidare till utvärderingen av kvalitet. Landstinget har tydligt valt att testa även de produkter som inte uppfyller skall-kravet och hänvisat till att även positioner som lämnats tomma inte uppfyller kraven. I inget av fallen har anbuden 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. skall-krav 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 bör-krav, då skall-kravet rent faktiskt inte är ett skall-krav. Denna brist är dock inte tillräcklig för att i sig utgöra grund för att rätta eller göra om upphandlingen.

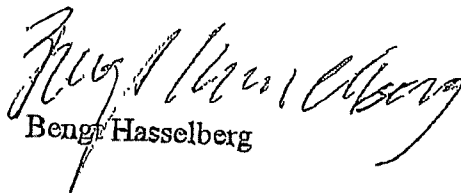
Med beaktande av ovan anförda anser förvaltningsrätten att Landstinget inte brutit mot vare sig principerna om förutsebarhet och transparens eller likabehandling. Inte heller i övrigt har bestämmelserna i LOU överträtts. Då Landstinget numer medger rättelse i den del som gäller färsk frukt, grönt och 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**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

Sida 10  
876-11 E

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

  
Bengt Hasselberg

Föredragande i målet har varit Carina Nithander.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

**Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;**

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.