



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Jenny Wood

DOM
2013-04-10
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
796-13
Domare 2:4

SÖKANDE

Menigo AB, 556044-4647
Box 10013
121 26 Stockholm

Ombud: Michael Bengtsson
Adress som ovan

MOTPART

Sävsjö kommun
576 80 Sävsjö

Ombud: Advokaten Siv Ann Andermyr
NBW Advokatbyrå HB
Box 7704
103 95 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013-04-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om upphävande av förlängd avtals-spärr såvitt avser varugrupp två till sju då avtalsspärren endast gäller varugrupp ett.

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Sävsjö kommun (Kommunen) genomför en upphandling av livsmedel fördelad på sju varugrupper genom ett öppet förfarande. Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Menigo Foodservice AB (Menigo) tilldelats kontrakt i den del som avser varugrupp ett. Menigo har ansökt om överprövning.

Dok.Id 95631

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande: För produkter som inte uppfyller köparens ställda ska-krav kommer angivet belastningspris för produkten att läggas in (punkt 4.1.1). Utvärdering av anbud kommer att göras enligt uppställda krav på leverantör och livsmedel för den/ de varugrupper som anbudsgivaren lämnat anbud på. Utvärderingen sker i följande steg; kontroll av anbudet mot ställda krav på anbudsgivare/ leverantör, kontroll av anbudet mot ställda krav enligt kravspecifikationen på livsmedel, eventuell rättelse av uppenbara felaktigheter i anbud, eventuell rättelse av anbudspriser till belastningspris samt jämförelse av pris mellan anbud, per varugrupp (punkt 5.2.1). Utvärderingen kommer att ske utifrån principen om lägsta pris av de anbudsgivare som uppfyller kraven i upphandlingen samt att en jämförelse av anbudspris kommer att ske för varje varugrupp var för sig. Den anbudsgivaren som lämnat det lägsta anbudspriset per varugrupp, efter eventuell rättelse, kommer att antas som leverantör. (Punkt 5.2.4).

Av bilaga 1 (anbudsspecifikation) till förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Position	Produkt	Förp. storlek	Förbrukning 1 år ca kg	Belastningspris kr
1701	Fullkornsvälling osötad	3-4 kg	175	12
1702	Grahamsvälling osötad	3-4 kg	390	11,7
1810	Kött och kalvfond	1 l	1 500	3,77
1811	Fiskfond	1 l	210	3,72
1812	Kycklingfond	1 l	680	3,72
1813	Hummerfond	1 l	300	4,48
1815	Grönsaksfond	1 l	1 000	4,30
1928	Tomatketchup typ Slotts	4-6 kg	120	48,59
2407	Citronpeppar	0,6-1 kg	20	82,84
2408	Citruskrydda	0,6-1 kg	20	124,6
3201	Ryggfilé sej	5-6 kg	900	74,93
3915	Korvslantar	2-3 kg	350	47,15
3929	Ugnspannkaka 80-100 g/st	5-8 kg	300	34,10
4802	Must/Enebär	back	300	53,55

Angående position 1928 framgår av frågor och svar att förpackningsstorleken ändras till 2-6,5 kg (s. 27). Avseende position 3201 anges i förfrågningsunderlaget att produkter i minsta möjliga mån ska innehålla E-nummer (punkt 3.2.2.). I frågor och svar anges att Kommunen inte godkänner fiskfiléer med E-nummer (s. 13). Angående position 3915 uppställs enligt förfrågningsunderlaget krav på visst köttinnehåll i färska korvprodukter (punkt 3.2.6). Avseende position 3929 anges i frågor och svar att storleken ändras till 75-100 g/styck (s. 32). Angående position 4802 ska leverantören ansvara för ett fungerande retursystem för drycker som offerras i glasflaskor (punkt 6.2.7).

Av Kommunens utvärdering av Menigos anbud framgår bl.a. följande.

Position	Av Menigo offererad produkt	Förp.storlek	Utvärdering
1702	Fullkornsvälling osockrad	3 l	Fel sort.
1810	Oxfond	1,157 l	Fel storlek.
1811	Fiskfond	1,24 l	Fel storlek.
1812	Kycklingfond	1,20 l	Fel storlek.
1813	Hummerfond	1,143 l	Fel storlek.
1815	Grönsaksfond	1,083 l	Fel storlek.
1928	Ketchup	2,50 kg	Fel storlek.
2408	Citronpeppar		Fel produkt.
3201	Feldts fisk & skaldjur AB, Sej ryggsfilé MSC 60-100g bfr stfr		Innehåller E-nr.
3915	Kycklingkorv slantad		Fel produkt.
3929	Ugnspannkaka		Fel storlek.

Av tilldelningsbeslutet framgår bl.a. följande. Det anbud som efter rättelse enligt punkt 5.2.1 i förfrågningsunderlaget, har lägst justerat anbudspris per varugrupp (punkt 5.2.4 i förfrågningsunderlaget) kommer att antas som leverantör. Rättelse har gjorts för anbudspriser till angivet belastningspris i bilaga 1 (anbudsspecifikationen) för de produkter som inte uppfyller de krav som upphandlande myndighet ställt. I rättelsen har även hänsyn tagits till de förtydliganden och frågor och svar som inkommit under anbudstiden. Av anbudsutvärderingen framgår att Martin & Servera AB (M&S)

efter rättelse erhöll anbudspriset 6 403 149, 30 kr avseende varugrupp ett och Menigo erhöll efter rättelse ett anbudspris på 6 457 740,10 kr avseende varugrupp ett. Mot den bakgrunden beslutade Kommunen att tilldela kontrakt för varugrupp ett till M&S.

YRKANDEN M.M.

Menigo

Menigo yrkar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har vidtagits genom att en ny anbudsutvärdering avseende varugrupp ett sker, vid vilken anbudssumman från M&S ska ökas till 6 446 145 kr medan anbudssumman från Menigo ska minskas till 6 410 641 kr. Som grund för yrkandet anförts bl.a. följande.

Om de offererade produkterna inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda ska-kraven ska dessa erhålla ett belastningspris. M&S har offererat produkter som inte uppfyller ska-kraven i förfrågningsunderlaget. Kommunen har emellertid inte givit M&S några belastningspriser för aktuella produkter.

På följande positioner ska M&S påföras ett belastningsvärde, med följden att anbudssumman ska ökas med sammanlagt 42 995,78 kr.

Position	(Belastningspris x förbrukning 1 år) - (Offererat pris x förbrukning 1 år)
1515	757,20
1827	2 082,50
1848	1 852,90
2706	1 644,18
3904	13 883,20
3908	3 503,10
3915	4 830,70
4802	14 442
	+ 42 995,78 kr

Position 3915 har för låg kötthalt. Avseende position 4802 är efterfrågad produkt must/enebär, men M&S har offererat julmust, vilket inte är likvärdigt. Om Kommunen hade menat julmust borde produktbenämningen vara julmust.

På följande produkter ska Menigo avföras belastningsvärdet, med följden att anbudssumman ska minskas med sammanlagt 47 099,42 kr.

Position	(Belastningspris x förbrukning 1 år) - (Offererat pris x förbrukning 1 år)
1702	1 152,06
1810	2 304
1811	324,24
1812	1 002,32
1813	471
1815	2 118
1928	3 328,80
2408	1 431,40
3201	27 574,20
3929	4 708,20
3915	2 685,20
	- 47 099,42 kr

Offererad produkt avseende position 1702 är en osötad, osockrad fullkornsvälling bestående av grahamsmjöl som väger 3 kg, och passar då även in på viktkravet. Med hänvisning till produktbladen är offererade produkter på positionerna 1810, 1811, 1812, 1813 samt 1815 en fond på 1 l vardera. Avseende offererad produkt på position 1928 är det enligt frågor och svar ok att förpackningsstorleken ändras till 2-6,5 kg. Avseende offererad produkt på position 2408 har Menigo offererat citronpeppar vilket är en krydda med citrussmak. Vidare innehåller produkt offererad av M&S, enligt produktblad, både citrus och peppar. Angående offererad produkt på position 3201 innehåller den inte några E-nummer enligt produktbladet. Menigo har bifogat fel produktblad, men rätt länk finns i svarsbilagan. Angående offererad produkt på position 3929 är vikten enligt frågor och svar ändrad till 75-100 g/styck. Avseende offererad produkt på position 3915

uppfyller den ställda krav då det inte står angivet att det inte får vara kyckling.

Kommunen har genom att inte ge M&S belastningspriser, enligt förfrågningsunderlaget, åsidosatt principen om likabehandling. Vid en korrekt genomförd utvärdering skulle Menigos anbud ha det lägsta priset avseende varuområde ett och skulle således ha tilldelats kontrakt. Menigo riskerar som en följd av Kommunens åsidosättande av LOU:s regler att förlora kontrakt och kommer därigenom att lida skada.

Kommunen

Kommunen yrkar att den förlängda avtalsspärrens omfattning ska begränsas till varugrupp ett. Vidare motsätter sig Kommunen bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande.

M&S anbud:

Vad gäller M&S pris för produkterna på positionerna 1515, 1827, 1848, 2706, 3904 och 3908 är det Kommunens uppfattning att Menigo har rätt. Detta betyder att det är belastningspriserna som ska utvärderas för dessa produkter, och M&S pris ska därmed ökas med 23 723 kr.

Avseende position 3915 är det Kommunens uppfattning att Menigo inte har rätt. Enligt förfrågningsunderlaget så uppställs krav på visst köttinnehåll i färska korvprodukter men däremot inte i frysta (punkt 3.2.6). Eftersom korvslantar är en fryst produkt så ska hänsyn inte tas till köttinnehåll i korvslantarna och därmed måste M&S erbjuda produkt godkännas och det av M&S erbjuda priset utvärderas.

Avseende position 4802 är det Kommunens uppfattning att Menigo inte har rätt. Produkten must/enebär har av Kommunen angetts som alternativa produkter. M&S har erbjudit julmust och Menigo har erbjudit en enbärs-

must. Den av M&S erbjudna produkten har därför godkänts och det av M&S erbjudna priset utvärderats.

Avseende position 1928 har Kommunen utvärderat belastningspriset för M&S. Detta anser Kommunen nu inte vara rätt varför den godkänner det erbjudna priset. M&S pris ska därmed i denna del minskas med 3 582 kr.

Det är således Kommunens bedömning att M&S pris sammantaget ska ökas med 20 141 kr.

Menigos anbud:

Avseende position 4802, en produkt som vid utvärderingen godkänts av Kommunen, vill Kommunen nu framföra följande. I förfrågningsunderlaget anges att leverantören ska ansvara för ett fungerande retursystem för drycker som offereras i glasflaskor (punkt 6.2.7). Den enbärsmust som Menigo offererat tillhandahålls inte i back och flaskorna ingår inte i ett fungerande retursystem. Den offererade enbärsmusten kan därför inte godkännas vilket betyder att det är belastningspriset som ska utvärderas istället för det offererade priset. Menigos anbud ska därför ökas med 6 741 kr.

Angående positionerna 1928 och 3929 har Kommunen utvärderat belastningspriserna för Menigo. Detta anser Kommunen nu inte vara rätt varför den godkänner de erbjudna priserna. Menigos pris ska därmed minskas med 3 328,80 kr respektive 4 708,20 kr.

Vad gäller övriga produkter är det Kommunens uppfattning att Menigo inte har rätt.

Gällande position 1702 har Menigo offererat fullkornsvälling istället för grahamsvälling. Kommunen har efterfrågad fullkornsvälling i position 1701 och grahamsvälling i position 1702. Att produkterna efterfrågas i två olika positioner i anbudsspecifikationen betyder att det är två olika produkter som efterfrågas. Belastningspriset ska därför kvarstå.

Gällande position 2408 har Menigo offererat citronpeppar istället för citruskrydda. I position 2407 har Kommunen efterfrågat citronpeppar och i position 2408 har citruskrydda efterfrågats. Att produkterna efterfrågas i två olika positioner i anbudsspecifikationen betyder att det är två olika produkter som efterfrågas. Belastningspriset ska därför kvarstå.

Gällande positionerna 1810, 1811, 1812, 1813 och 1815 har Menigo lämnat motsägelsefulla uppgifter i anbud respektive produktblad. I anbudet har offererats produkter med för stor volym. Trots att Kommunen efterfrågat en liter har Menigo i samtliga fall offererat fond med volymer överstigande en liter. Belastningspriset ska därför kvarstå.

Gällande position 3201 har Menigo lämnat motsägelsefulla uppgifter genom att ange två olika produkter i anbud respektive produktblad. Detta uppfattar Kommunen som en reservation. Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet endast begära förtydliganden av ett anbud om detta kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om en anbudsgivare har offererat två olika produkter kan inte ett förtydligande begäras eftersom detta i praktiken skulle innebära att anbudsgivaren, efter anbudstidens utgång, ges rätt att välja vilken produkt som offereras. Eftersom det inte otvetydigt går att uppfatta vilken produkt Menigo har offererat ska belastningspriset kvarstå.

Gällande position 3915 har Menigo offererat korvslantar innehållande kyckling trots att detta inte efterfrågats av Kommunen. Angående produkter där Kommunen efterfrågat kyckling har detta särskilt angivits. Belastningspriset ska därför kvarstå.

Kommunen har medgivit några av de anmärkningar som Menigo lämnat över utvärderingen. Detta innebär följande för anbudsgivarnas totala pris.

M&S, tidigare utvärderat pris 6 403 149 kr + pristillägg 20 141 kr =

6 423 290 kr.

Menigo, tidigare utvärderat pris 6 457 740 kr - prisavdrag 8 037 kr + pris-
tillägg 6 741 kr = 6 456 444 kr.

Eftersom M&S fortfarande har ett lägre pris påverkar Kommunens rättelse
inte utvärderingen och tilldelningen av kontraktet. Kommunen bestrider
därför att utvärderingen avseende varugrupp ett ska göras om.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ska
upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och
icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt.
Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och
proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som
anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltnings-
domstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår följande. Om den upphand-
lande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i
1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört
att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta
att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rät-
telse har gjorts.

I 16 kap. 8 § LOU anges bl.a. att om en ansökan om överprövning av en
upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 § att gälla under
handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr). Rätten får be-
sluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Förvaltningsrättens bedömning

För det fall en upphandling kan delas in i avgränsade delar kan avtalsspärren inte anses gälla för de delar som inte berörs av en ansökan om överprövning. Aktuell upphandling kan delas in i avgränsade delar motsvarande de olika varugrupperna. Då Menigos ansökan endast avser varugrupp ett, så gäller förlängd avtalsspärr endast denna varugrupp (se Kammarrätten i Stockholms dom den 6 mars 2013 i mål nr 8953-12). Det finns därför inte grund att begränsa avtalsspärrens omfattning genom särskilt beslut. Kommunens begäran härom ska därför avvisas.

Vidare konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Utvärderingen av M&S anbud:

Menigo och Kommunen synes eniga om att belastningspriserna ska utvärderas för produkterna på positionerna 1515, 1827, 1848, 2706, 3904 samt 3908, med följderna att M&S justerade anbudssumma ökas med 23 723 kr.

Menigo har inte anfört invändning mot att Kommunen minskat M&S justerade anbudssumma med 3 582 kr avseende produkten på position 1928.

Avseende position 3915 anför Kommunen att det rör sig om en fryst produkt, vilket Menigo inte bestrider. Såvitt framgår innehåller inte förfrågningsunderlaget något krav på visst köttinnehåll i frysta korvprodukter. Det har därför varit korrekt att utvärdera offererat pris och inte belastningspriset.

Avseende position 4802 framgår av anbudsspecifikationen att efterfrågad produkt är must/enebär. Det får anses framgå att det rör sig om alternativa produkter. Anbudsspecifikationen bedöms i denna del inte vara otydlig. Det var därför riktigt att utvärdera offererat pris och inte belastningspriset.

Utvärderingen av Menigos anbud:

Menigo och Kommunen synes eniga om att Menigo ska avföras belastningspriset avseende produkterna på positionerna 1928 och 3929, med följderna att Menigos justerade anbudssumma minskas med 3 328,80 kr respektive 4 708,20 kr.

Kommunen har i samband med överprövningen anfört att produkten avseende position 4802 inte tillhandahålls i back samt att flaskorna inte ingår i ett fungerande retursystem. Av anbudsspecifikationen framgår att förpackningsstorleken är "back" och av förfrågningsunderlaget (punkt 6.2.7) anges att leverantören ska ansvara för ett fungerande retursystem för drycker som offereras i glasflaskor. Det får därför anses korrekt att utvärdera belastningspriset istället för offererat pris. Följden blir, enligt Kommunen, att Menigos justerade anbudssumma ökas med 6 741 kr. Menigo har ej bestridit beräkningen av den justerade anbudssumman.

I position 1701 efterfrågar Kommunen fullkornsvälling och i position 1702 efterfrågas grahamsvälling. Anbudsspecifikationen bedöms i denna del inte vara otydlig. Menigo har offererat fullkornsvälling på båda positionerna. Även med beaktande av att offererad fullkornsvälling, enligt produktbladet, bl.a. innehåller grahamsmjöl avviker inte Kommunens utvärdering av position 1702 från vad som anges i anbudsspecifikationen. Att produkterna efterfrågas i två olika positioner i anbudsspecifikationen får anses innebära att det är två olika produkter som efterfrågas. Det har därför varit korrekt att utvärdera belastningspris istället för offererat pris.

I position 2407 efterfrågar Kommunen citronpeppar och i position 2408 efterfrågas citruskrydda. Anbudsspecifikationen bedöms i denna del inte vara otydlig. Menigo har offererat citronpeppar på båda positionerna. M&S har enligt Menigo offererat en produkt som bl.a. innehåller peppar och citrus. Denna uppgift har inte bestridits av Kommunen. Menigo får anses göra gällande att aktuella produkter ska behandlas på samma sätt. Mot bakgrund av vad som framkommit framstår detta som befogat.

Avseende position 3915 har Kommunen efterfrågat korvslantar. Enligt vedertaget språkbruk består korv huvudsakligen av produkter av gris. Menigo har här offererat korvslantar innehållande kyckling. Angående produkter där kyckling efterfrågats har detta angivits i anbudsspecifikationen. Anbudsspecifikationen bedöms därför inte vara otydlig i denna del. Kommunens utvärdering av position 3915 kan således inte bedömas avvika från vad som anges i anbudsspecifikationen. Det har därför varit korrekt att utvärdera belastningspris istället för offererat pris.

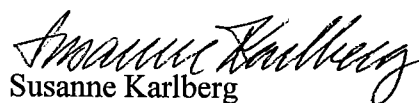
Av förfrågningsunderlaget får anses följa att det tydligt ska framgå av anbudet att efterfrågad produkt med efterfrågade egenskaper offereras för att belastningspris inte ska påföras. Gällande positionerna 1810, 1811, 1812, 1813 samt 1815 har Menigo i sitt anbud offererat produkter med för stor volym. Menigo har dock gjort gällande att korrekt volym framgår av relevanta produktblad. Enligt förvaltningsrättens mening måste utgångspunkten vara de förpackningsstorlekar som anges i anbudet. I vart fall kan det inte anses tydligt framgå av anbudet att eventuella uppgifter i produktblad har företräde. Kommunens utvärdering av positionerna kan därför inte anses avvika från vad som anges i anbudsspecifikationen. Det har därför varit korrekt att utvärdera belastningspris istället för offererat pris.

Menigo anför att offererad produkt avseende position 3201 inte innehåller E-nummer, och hänvisar till att fel produktblad bifogats. Kommunen anför dock att det inte otvetydigt går att uppfatta vilken produkt Menigo offere-

rat, varför belastningspriset ska kvarstå. Förvaltningsrätten finner att Kommunens utvärdering av positionen inte bedöms avvika från vad som anges i förfrågningsunderlaget respektive i frågor och svar. Förvaltningsrätten finner inte att det tydligt framgår av Menigos anbud att offererad produkt inte innehåller E-nummer. Det har därför varit korrekt att utvärdera belastningspris istället för offererat pris.

Kommunen har brutit mot LOU vid utvärderingen av Menigos och M&S anbud. Detta fel har dock inte ensamt kunnat påverka Menigos möjligheter att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Således har Menigo inte lidit och kan inte heller komma att lida skada i LOU:s mening. Menigos ansökan om överprövning ska således avslås.

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


Susanne Karlberg

