



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I MALMÖ**  
Avdelning 1  
Sune Wennerberg

**DOM**  
2010 -05- 0 4  
Meddelad i  
Malmö

Mål nr  
3616—3621-10E

2010 -05- 0 7	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**SÖKANDE**

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

Ombud: Stig Hermanson  
Servera R&S AB  
112 89 Stockholm

**MOTPARTER**

Lunds kommun	(mål nr 3616-10)
Eslövs kommun	(mål nr 3617-10)
Kävlinge kommun	(mål nr 3618-10)
Svalövs kommun	(mål nr 3619-10)
Hörby kommun	(mål nr 3620-10)
Hörs kommun	(mål nr 3621-10)

Ombud för samtliga kommuner: Thor-Leif Hansson  
Lunds kommun  
Rådhuset, Box 41  
221 00 Lund

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Servera R&S AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 9633

**Postadress**  
Box 4522  
203 20 Malmö

**Besöksadress**  
Kalendegatan 6

**Telefon**  
040-35 35 00

**E-post:** forvaltningsrattenimalmo@dom.se

**Telefax**  
040-97 24 90

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

## YRKANDEN M.M.

Lunds, Eslövs, Kävlinge, Svalövs, Hörby och Höörs kommuner (nedan kommunerna) genomför upphandling av livsmedel, ref.nr KS 2009/0386, avseende nio olika varugrupper. Efter utvärdering har kommunerna genom tilldelningsbeslut den 7 januari 2010 beslutat att anta Menigo Foodservice AB som leverantör av de nu aktuella varugrupperna E, F och G samt RCD Food Service AB av varugrupperna D och H. Kommunerna har därefter meddelat att man tagit tillbaka tilldelningsbeslutet för varugrupp H och att ny utvärdering ska göras i denna del samt att upphandlingen av varugrupp D ska göras om. Kommunerna har emellertid valt att utvärdera båda grupperna på nytt och genom tilldelningsbeslut den 8 mars 2010 besluta att anta RCD Food Service för varugrupp D och Menigo Foodservice AB för varugrupp H.

Servera R&S AB (nedan Servera) ansöker om överprövning av kommunernas upphandling beträffande varugrupperna:

D. Färska grönsaker, rotfrukter, frukt

E. Färskt kött och charkuterier,

F. Kolonial, Djupfryst, Kaffe (Huvudleverantör/Grossist)

G. Mejeri

H. Potatis

Servera yrkar att upphandlingen i dessa delar ska göras om.

Kommunerna motsätter sig Serveras yrkanden.

Förvaltningsrätten har genom interimistiska beslut förordnat att kommunerna, intill dess annat beslutas, inte får avsluta upphandlingen vad gäller varugrupperna D, E, F, G och H.

## DOMSKÄL

### Relevanta rättsliga bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

### Parternas argumentation

#### *Servera:*

Kommunernas förfarande bryter mot LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna. Servera riskerar därigenom att lida avsevärd ekonomisk skada. Vidare strider det mot transparensprincipen att först meddela att man avslutar upphandlingen för att göra en ny upphandling och sedan trots detta göra en ny utvärdering och göra ett nytt tilldelningsbeslut.

I anbudsförfrågan anger kommunerna att den som vill bli antagen som huvudleverantör ska lämna anbud som uppfyller kraven för minst 90 procent av positionerna i varugrupp F samt minst 70 procent av positionerna i övriga varugrupper. Anbudsgivare som antas i grupp F kommer att antas som huvudleverantör. Kommunernas krav på leverantörerna för att kunna antas

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
Avdelning 1

**DOM**

är klart och tydligt och det råder inget som helst tvivel om vad som gäller. Kommunerna måste mena att leverantörerna ska uppfylla samtliga varukrav som man ställt, dvs. att produkten ska klara kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget. Kommunerna har gjort noggranna mätningar över godkänd procentandel som ingående redovisas i utvärderingen. Trots att ingen anbudsgivare nått upp till kommunernas krav för att bli antagen som huvudleverantör eller leverantör har kommunerna accepterat ett lägre procenttal och fortsatt att utvärdera anbuden. Kommunerna har således inte följt sina egna krav i förfrågningsunderlaget och utvärderingen strider därför mot LOU.

Förfarandet strider även mot proportionalitetsprincipen då kommunerna har ställt allt för höga krav på leverantörerna. Ingen av dessa klarade att komma upp till de 90 procent som var kravet för huvudleverantör. Vinnande anbudsgivare har inte heller klarat kravet på 70 procent i varugrupp E. Samtliga anbudsgivare skulle därför ha förkastats och upphandlingen ska därför göras om.

Vidare anges i förfrågningsunderlaget beträffande djuromsorg att produkten ska ha producerats med en lägsta djurskyddsnivå enligt 2 och 4 §§ svenska djurskyddslagen samt kommande bestämmelser enligt EU-direktiv. Detta krav strider mot en av hömpelarna i EU; den fria rörligheten av varor och tjänster. Det är diskriminerande om leverantörer från andra länder stängs ute från marknaden eller att likvärdiga produkter missgynnas. Svensk lag gäller endast svensk produktion och utländska leverantörer har ingen kännedom om denna och kan därför inte garantera detta krav. EU har inte utvecklat något verktyg för uppföljning av djurhållning. Det gör att det i dagsläget är nästan ogörligt att kontrollera och följa upp krav på svensk djurhållning då det strider mot EU-gemenskapens fria rörlighet av varor och tjänster vilket innebär att Servera och andra leverantörer kan komma att lida skada. Dessutom gör kommunerna tillägget i kravspecifikationen

att även kommande bestämmelser enligt EU-direktiv ska tillämpas. Vissa av dess bestämmelser blir obligatoriska först år 2013 vilket gör kravet oklart och att det brister i transparens. Kravet är således diskriminerande och strider mot LOU varför upphandlingen av varugrupp E måste göras om. Servera kan komma att lida skada då man inte kan arbeta med fullt konkurrerande sortiment och måste begränsa sig till enbart svenska produkter för att vara säkra på att klara kraven på djurhållning. Vidare riskerar bolaget bli utsatt för felaktig bedömning vid utvärderingen då importprodukter som konkurrerande företag lägger anbud på inte går att följa upp och kontrollera och därför kommer att antas till ett lägre pris. Upphandlingen ska därför göras om.

Servera har funnit brister i utvärderingen av ett antal positioner gällande varugrupp F. Om bolagets justeringar av utvärderingen beaktas skulle varugruppen ha tilldelats bolaget. Servera ifrågasätter även utvärderingen av ett antal positioner i varugrupp E. Den vinnande anbudsgivaren har lagt anbud på produkter som bolaget inte hittar i någon kostdatabas vilket gör dem svåra att kontrollera. Servera har även funnit brister i ett antal positioner gällande varugrupp G. Den nya utvärderingen av varugrupperna D och H innehåller en mängd frågetecken och felaktigheter. Servera har funnit fjorton avgörande fel på den nya utvärderingen. Förutom att kommunerna glömt att ta hänsyn till sina svar i ”Frågor och svar” har man missat på en mängd positioner. Fjorton produkter som tidigare varit godkända för Servera har förkastats medan flera av den vinnande anbudsgivarens produkter godkänts. Upphandlingen ska därför göras om.

***Kommunerna:***

Kravet på sortimentbredd har utvärderats på det sätt som angetts i förfrågningsunderlaget. Anbudslämnarna ska lämna anbud på minst 90 procent av positionerna i berörd varugrupp för att kunna bli antagen som leverantör.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
Avdelning 1

**DOM**

Severa lämnade anbud på 99 procent av sortimentet och Menigo Foodservice AB 98 procent av sortimentet. Båda dessa leverantörer klarade följaktligen kravet på en sortimentbredd om 90 procent. Anbud lämnades även av Gunnar Dafgård AB samt Kahls Kaffe. Båda dessa anbud förkastades då de inte klarade kravet på sortimentbredd. Efter kvalificering utvärderades sedan inlämnade och godkända anbud enligt den modell vilken angivits i förfrågningsunderlaget. I utvärderingsprocessen är det en naturlig del att kommunerna ser till att det sortiment som utvärderas är jämförbart mellan anbuden. Efter den genomgången kvarstod 87,5 procent av artiklarna för bolaget och 86 procent för Menigo Foodservice AB. Denna del av volymen är den del på vilken en prisjämförelse görs. Inlämnade anbud omfattar dock fler artiklar än så. Kravet på sortimentbredd är nödvändigt att ställa för att säkerställa att kommunerna får en leverantör som kan tillhandahålla ett tillräckligt stort sortiment för upprätthållande av kommunernas kostverksamhet.

När det gäller kravet på djurhållning har Servera rätt i att det är tveksamt om krav på uppfyllande av lagar som är unika för ett medlemsland i EU kan ställas i en offentlig upphandling. Detta är dock inte aktuellt i detta fall då kravet i fråga är helt harmoniserat med gällande EG-direktiv. De aktuella bestämmelserna i den svenska djurskyddslagens är helt harmoniserade med gällande EG-direktivs (98/58/EG) art 3 och 4. Kravet är följaktligen inte diskriminerande mot leverantörer från övriga EU.

När det gäller Serveras påståenden om fel i utvärderingen har bolaget fel avseende vissa påståenden och rätt vad gäller andra. Huvudsaken är dock att påstådda fel inte är av sådan omfattning att slutresultatet av utvärderingen kan ifrågasättas. Serveras påståenden om att så är fallet i denna upphandling saknar grund. Kommunerna har gjort en prisutvärdering baserad på bolagets syn på berörda positioner. Menigo Foodservice AB skulle vinna upphandlingen i varugrupp F samt såsom huvudleverantör även om en

utvärdering gjordes efter bolagets modell. Vad gäller påstådda fel i den nya utvärderingen av varugrupperna D och H menar Servera att det finns fjorton fel, men redovisar endast sex påstådda fel. Bolaget har här fel i alla delar. Kommunerna medger att ett enda fel begåtts i upphandlingen vilket dock inte berör denna överprövning då det gäller en position där en annan leverantör borde ha fått ett belastningsvärde. Detta påverkar dock inte utfallet av upphandlingen. I alla övriga delar, såväl beträffande krav som utvärdering, har gällande lagstiftning följts.

### **Länsrättens bedömning**

#### ***Utvärdering av varugrupp D och H***

Förvaltningsrätten kan konstatera att kommunerna har valt att efter det första tilldelningsbeslutet göra nya utvärderingar av varugrupperna D och H samt därefter fatta nytt tilldelningsbeslut. Rätten kan inte finna att kommunernas förfarande i denna del skulle bryta mot bestämmelserna i LOU. Den omständigheten att kommunerna först meddelat att upphandlingen av varugrupp D ska göras om och därefter i stället valt att göra en ny utvärdering ändrar inte den bedömningen.

#### ***Krav på sortimentbredd***

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud får lämnas på en eller flera varugrupper och att varje enskild varugrupp utvärderas separat. Vidare anges att den leverantör som vill bli antagen som huvudleverantör ska lämna anbud som uppfyller kraven för minst 90 procent av positionerna i varugrupp F samt minst 70 procent av positionerna i övriga varugrupper. För att bli delleverantör i respektive varugrupp, inklusive F, anges att anbudsgivare måste lämna anbud på minst 90 procent av de artiklar som är angivna i sortimentfiler som bifogats förfrågningsunderlaget.

Servera har anfört att kravet på sortimentbredd är oproportionerligt då ingen av anbudsgivarna uppfyllt kravet. Förvaltningsrätten delar bolagets ståndpunkt såtillvida att förfrågningsunderlaget i detta avseende i viss mån är otydligt då det dels anger att anbud ska uppfylla kraven på minst 90 procent av angivna artiklar, dels anger att det räcker att lämna anbud på minst 90 procent av artiklarna. Vidare är det oklart om eller på vilket sätt anbudet kommer att göras jämförbara inför utvärderingen.

Förvaltningsrätten kan emellertid konstatera att såväl Serveras som vinnande anbudsgivares anbud har bedömts uppfylla kraven och att anbudet även efter kommunernas nollställning gått vidare till utvärdering. Vid sådana förhållanden kan bolaget genom det aktuella kravets utformning eller kommunernas förfarande inte anses ha lidit eller komma att lida skada i detta avseende. Skäl för ingripande enligt LOU finns därför inte på denna grund.

#### ***Krav på god djuromsorg (varugrupp E)***

I punkten 3.2.4 i förfrågningsunderlaget anges under rubriken god djuromsorg att produkten ska ha producerats med en lägsta djurskyddsnivå enligt 2 och 4 §§ i den svenska djurskyddslagen samt kommande bestämmelser enligt EU-direktiv.

Förvaltningsrätten kan konstatera att krav som diskriminerar leverantörer och produkter från andra medlemsländer inom EU inte är tillåtna. Vidare måste en upphandlande myndighet ha möjlighet att kunna kontrollera de krav som ställs och ha en reell möjlighet att genomföra detta. Enligt förvaltningsrätten är det således tveksamt om en upphandlande myndighet utan att bryta mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling kan ställa krav på att livsmedel uttryckligen ska vara producerade i enlig-



het med den svenska djurskyddslagstiftningen. Kommunernas krav i den nu aktuella upphandlingen får även anses i viss mån vara otydligt då man hänvisar till kommande EU-direktiv.

Förvaltningsrätten kan emellertid också konstatera att kommunerna har bedömt att Serveras anbud i denna del klarar det aktuella kravet på djurhållning och att anbudet således gått vidare till utvärdering. Vidare har bolaget enligt förvaltningsrätten inte förmått visa att dess anbud skulle ha utformats på annat sätt om kravet inte ställts eller att bolagets möjlighet att leverera kött skulle vara begränsat i förhållande till övriga leverantörer då även dessa är hänvisade till att offerera produkter som är producerade i enlighet med ställt krav. Inte heller i övrigt har Servera visat att det har lidit eller kan komma att lida skada på grund av kommunens krav vad gäller varugrupp E. Skäl för ingripande på denna grund finns således inte, oavsett om kravet i sig skulle kunna anses vara diskriminerande mot vissa fiktiva leverantörer eller inte.

#### *Fel i utvärderingen*

Servera har anfört att det finns ett flertal brister i kommunernas utvärdering av samtliga nu aktuella varugrupper, dvs. D, E, F G och H. Bolaget har vidare redogjort för ett antal positioner i varugrupporna som man anser vara felaktigt utvärderade och även anfört att man funnit fjorton fel i den nya utvärderingen av varugrupporna D och H. Enligt förvaltningsrätten har bolaget emellertid inte förmått visa att kommunerna vid utvärderingen faktiskt skulle ha frångått de kriterier och krav som anges i förfrågningsunderlaget eller på vilket sätt de påstådda felaktigheterna skulle ha påverkat utfallet av utvärderingen. Bolaget har således inte visat att det härigenom lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt LOU på dessa grunder.

**Sammanfattning och särskild upplysning**

Sammantaget finner förvaltningsrätten således att det inte finns skäl för att på de grunder som Servera anfört bifalla dess yrkanden om ingripanden enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör i och med denna dom att gälla. Rätten erinrar om att när ett upphandlingskontrakt har tecknats kan ett överklagande av domen inte prövas efter det att tio dagar gått från dess meddelandedag, om inte kammarrätten dessförinnan fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas. Det gäller även om domen överklagas inom den anvisade tiden tre veckor.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1b)

  
Peder Liljeqvist