



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 2  
Ulf Nordberg

**DOM**  
2011-09-07  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
3056-11 E  
Domare 2:3

Sida 1 (10)

**SÖKANDE**

Servera R&S AB, 5562332-2451  
Strandbergsgatan 61  
112 89 Stockholm

Ombud: Sofia Kax  
Lunicore Studentkonsult AB  
Sandgatan 2  
223 50 Lund

**MOTPARTER**

1. Bollebygds kommun  
571 83 Bollebygd
2. Borås stad  
Tekniska förvaltningen/Upphandling  
501 80 Borås
3. Svenljunga kommun  
512 80 Svenljunga
4. Tranemo kommun  
514 80 Tranemo
5. Ulricehamns kommun  
Kommunstyrelsens förvaltning  
523 86 Ulricehamn

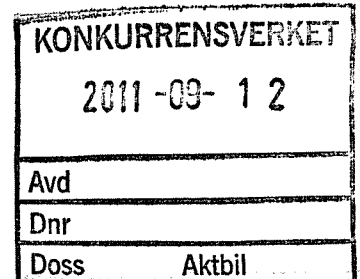
Ombud för 1-5: Stadsjuristen Torbjörn Alfredsson  
Borås stad  
501 80 Borås

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



## BAKGRUND

De som motparter upptagna upphandlande myndigheterna (kommunerna) genomför en upphandling, öppet förfarande, som benämns Livsmedel 2011/IN001. Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Upphandlingen syftar till att tillgodose behovet av livsmedel i kommunernas verksamheter och omfattar sex delområden. Avtalsperioden är 24 månader lång, med beräknad avtalsstart den 1 mars 2012. Kommunerna har därefter möjlighet att förlänga avtalet med maximal 24 månader. Om förfrågningsunderlaget upplevs som oklart eller otydligt i något avseende ska frågor lämnas antingen via upphandlingsverktyget Visma TendSign eller per e-post till ansvarig upphandlare. Uppkomna frågor publiceras löpande via upphandlingsverktyget. Skriftlig begäran om förtydligande eller kompletteringar ska lämnas senast sex dagar före sista anbudsdag. Anbudsgivare måste själv bevaka frågor och svar i upphandlingen. Anbud kan lämnas på ett, flera, eller samtliga delområden. När det inte är möjligt att söka efter produktinformation för offererade produkter i DABAS eller på anbudsgivarens hemsida ska denna information på begäran delges ansvarig upphandlare. Produktinformation ska vara skriven på svenska. Kommunerna kan komma att begära in varuprover på offererat sortiment för att kontrollera att produkten uppfyller angivna krav. Dessa varuprover ska tillhandahållas utan kostnad. För delområdet grossist storkök gäller att anbud ska lämnas för samtliga kommuner. Om en offererad produkt gällande grossist storkök inte uppfyller angivna krav på positionen eller om anbudsgivaren inte har offererat en produkt för positionen kommer belastningspris att användas för att kunna utvärdera positionen. Belastningspriset är 40 procent högre än nu avtalat pris. När anbudsspecifikationerna anger en namngiven produkt godtas även annan likvärdig produkt. Utvärdering av anbud som uppfyller samtliga ska-krav kommer att ske separat för varje delområde, varvid det anbud som innehåller den lägsta anbudssumman kommer att antas.

Av dokument benämnt frågor och svar framgår att avseende delområdet grossist storkök har bl.a. följande frågor och svar publicerats. Under avsnittet 4.1.14, Krav på müsli, flingor, baljväxter och välling anges att müsli och flingor ska vara fria från nötter och mandel. Det finns ingen produkt på marknaden som är garanterat fri från spår av nötter och mandel. Kan kravet utgå? Ansvarig upphandlare har därvid svarat att kravet kvarstår samt lämnat följande förtydligande. Anbudsgivaren ska vid avtalsstart tillhandahålla produkterna i sitt sortiment. Pos 298, Det finns endast en leverantör på marknaden som kan svara på positionen. Accepterar ni att krav på mjölkfritt utgår? Ansvarig upphandlare har därvid svarat Pos 298, Ja.

Servera R&S AB (bolaget) har lämnat anbud på delområdet grossist storkök. Genom tilldelningsbeslut har kommunerna antagit annan leverantör än bolaget, som därefter ansökt om överprövning.

#### **YRKANDEN M.M.**

**Bolaget** yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Kommunerna har avseende positionerna 70, 85, 130, 146, 208, 298, 410, 412, 434 och 435 underlåtit att belasta den nu antagne leverantörens anbud med belastningspris, trots att så skulle ha skett enligt förfrågningsunderlaget. Därmed har kommunerna brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, vilket medfört skada för bolaget.

Kommunerna har medgivit fel avseende sex av tio anmärkta positioner. Då kommunen missat att tilldela ett belastningspris på så många positioner kan anbudsutvärderingen i sin helhet ifrågasättas. Upphandlingen kan därför inte avslutas innan rättelse gjorts, varvid Menigos anbud prövas avseende

samtliga positioner och belastningspris påförs avseende de positioner kommunerna missat att göra så.

Särskilt om positionerna 70, 298 och 435

Under position 70 efterfrågas läsken Fanta. Menigo har offererat läsken Nygård Apelsin light. Produktkraven medger inte att en lightprodukt offereras. Avseende position 298 efterfrågas enligt anbudsspecifikationen flytande mjölkfritt margarin. Den produkt som offererats av Menigo är inte mjölkfri. Under position 435 efterfrågas jordgubbssaft. Med avvikelse från kraven har Menigo offererat en blandsaft.

Särskilt om position 208

Efterfrågad produkt är Kaffe, kaffe bryggmalet mellanrost eko 500 g. Menigos produkt har ett orimligt lågt pris och borde därför ha förkastats. Alternativt borde belastningspris ha påförts.

Menigo har inte förmått att på begäran lämna ett varuprov inom rimlig tid. Menigos produktblad innehåller varken bild på produkten eller utförlig information i övrigt. Det har därför inte varit möjligt att kontrollera om de obligatoriska produktkraven uppfylls utan att begära ett sådant prov.

Enligt dokumentet frågor och svar har en fråga ställts som rör specifika produkter, - müsli, flingor, baljväxter och välling. Om svaret på denna fråga hade gällt samtliga produkter borde detta ha framgått tydligare. Det är orimligt att tolka förfrågningsunderlaget på sätt att offererade produkter måste finnas tillgängliga först vid avtalsstart. Om denna tolkning skulle vara gällande borde kommunerna ha lämnat tydlig information om detta till samtliga anbudsgivare.

**Kommunerna** anser att förvaltningsrätten ska avslå bolagets ansökan och anför bl.a. följande. De har antagit ett anbud från leverantören Menigo Fo-

odservice AB (Menigo), vars anbud innehåller den lägsta anbudssumman bland kvalificerade anbud. Det medges att belastningspris skulle ha påförts avseende positionerna 85, 130, 146, 410, 412 och 434. Menigos anbud hade dock innehållit den lägsta anbudssumman även om belastningspris påförts avseende dessa positioner. Resultatet av anbudsutvärderingen skulle inte heller bli annorlunda om Menigos anbud skulle ha påförts belastningspris även avseende positionerna 70, 298 och 435. Endast om Menigos anbud skulle ha påförts belastningspris även avseende position 208 skulle utfallet av anbudsutvärderingen blivit annorlunda. Då så inte rätteligen skulle ha skett har bolaget inte lidit skada och kan inte heller komma att lida skada till följd av felaktigheter i upphandlingen.

#### Positionerna 70, 298 och 435

Avseende position 70 har Menigo i enlighet med förfrågningsunderlaget offererat en likvärdig produkt. Förfrågningsunderlaget innefattar inte något hinder mot att offerera en lightprodukt även då sådan inte särskilt efterfrågats. Under position 298 har kravet på att efterfrågat margarin ska vara mjölkfritt utgått enligt dokumentet frågor och svar. Den av Menigo offererade produkten får därför anses uppfylla ställda krav. För position 435 efterfrågas saft, jordgubbssaft 1-6 L. Menigo har offererat blandsaft jordgubb 1+6 som är en jordgubbssaft enligt relevant produktblad. Därmed uppfylls ställda krav.

#### Position 208

Under anbudsutvärderingen har kommunerna begärt produktinformation och erhållit ett produktblad. Detta produktblad innehöll den information som behövdes för att kontrollera om ställda ska-krav var uppfyllda. Efter att kommunerna meddelat sitt tilldelningsbeslut har bolaget ifrågasatt dels om den av Menigo offererade produkten uppfyller ställda krav, dels om produkten överhuvudtaget fanns tillgänglig. I enlighet med förfrågningsunderlaget har kommunerna därför begärt att Menigo skulle inkomma med

ett varuprov. Kommunernas begäran skickades per e-post lördagen den 11 juni 2011. Varuprov samt ytterligare bekräftelse från Menigo angående offererad produkt inkom torsdagen den 16 juni 2011. Tidsåtgången härvid måste anses rimlig.

Förfrågningsunderlagets krav på att leverantörerna ska kunna tillhandahålla såväl produktinformation som varuprover avseende offererade produkter innebär inte att produkterna redan vid tidpunkten för anbudslämnandet måste finnas i anbudsgivarnas sortiment. Tanken är att anbudsgivare inför anbudsgivning träffar avtal med underleverantörer om leverans av offererade produkter från avtalsstart.

Frågor och svar är en del av kommunernas upphandlingsverktyg som används för kommunikation med anbudsgivare/potentiella anbudsgivare under upphandlingens annonseringsperiod. Enligt förfrågningsunderlaget har anbudsgivaren att på eget ansvar se till att han får del av den information som publiceras där. I aktuellt hänseende har en fråga publicerats som visserligen handlar om krav på müsli, flingor, baljväxter och välling, men där kommunerna har angett grossist storkök som rubrik för sitt svar. Detta indikerar att svaret avser samtliga produkter. I svaret klargörs när offererade produkter ska finnas tillgängliga i anbudsgivarens sortiment. Det saknas därvid skäl att tillämpa särskilda krav för vissa produkter som inte gäller för andra produkter. Detta förhållande måste anses uppenbart för en rimligt offererad anbudsgivare.

### **DOMSKÄL**

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår bl.a. följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 § eller 15 § (ansökan om överprövning). I 5 § samma kapitel anges att om den upphandlande 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 rättelse gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip 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).

Bolaget har i huvudsak angivit följande omständigheter till grund för sin talan. Kommunerna har brutit i sin kontroll i fråga om den produkt som offererats av Menigo under position 208 uppfyller ställda ska-krav. Förfrågningsunderlagets föreskrift om begäran av varuprov har tillämpats på

ett felaktigt sätt. Kommunerna har i strid med 1 kap. 9 § och 12 kap. 3 § LOU underlåtit att vidta åtgärder i anledning av Menigos prissättning under position 208. Kommunerna har i strid med förfrågningsunderlaget underlåtit att korrekt tillämpa bestämmelserna om belastningspris i förening med förfrågningsunderlagets krav- och anbudsspecifikationer. Att felaktig tillämpning förekommit avseende sex positioner utgör i sig grund för ingripande.

Det saknas skäl att frångå parternas samstämmiga bedömning om att förfrågningsunderlaget tillämpats på ett felaktigt sätt vid utvärderingen av Menigos anbud avseende positionerna 85, 130, 146, 410, 412 och 434.

Under position 70 efterfrågas läskedryck av typen Fanta eller likvärdig i viss förpackning och storlek. Några särskilda krav avseende läskedrycker finns inte i förfrågningsunderlagets kravspecifikation. Vid sådant förhållande kan typangivelsen Fanta inte anses innefatta mer än att produkten ska vara en kolsyrad läskedryck med apelsinsmak. Den produkt Menigo offererat uppfyller dessa krav, varför kommunerna inte tillämpat förfrågningsunderlaget felaktigt avseende denna punkt.

Under position 298 efterfrågas enligt anbudsspecifikationen flytande mjölkfritt margarin med viss fetthalt och förpackningsstorlek. Kravet på att margarinet ska vara mjölkfritt har därefter utgått genom publicering av komplettering i form av fråga och svar i kommunernas upphandlingsverktyg. En sådan komplettering får anses förenlig med förfrågningsunderlaget och förutsägbar för leverantörerna. Kommunerna har således inte förfarit felaktigt vid utvärderingen av denna position.

Under position 435 efterfrågas jordgubbssaft med viss förpackningsstorlek. I denna del instämmer förvaltningsrätten i kommunernas bedömning att Menigo uppfyllt ställda krav genom att offerera en saft med jordgubbs-



smak. Kommunerna har således inte förfarit felaktigt vid utvärderingen av denna position.

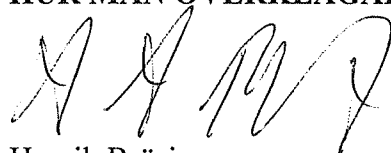
Under position 208 efterfrågas bryggmalet kaffe av typen mellanrost, med märkningen eko och viss förpackningsstorlek. Inledningsvis kan följande konstateras. Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga. En sådan skulle kontroll i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Om den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget inte uppställt krav på att uppgiften också ska styrkas skulle en annan ordning kunna strida mot det upphandlingsförfarande som valts eller de grundläggande principerna i LOU. I enlighet med likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana ska-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Detta gäller även om uppgifter blivit kända först i samband med överprövningsprocessen (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09 och Kammarrättens i Jönköping dom den 10 juni 2011 i mål nr 981-11). I förfrågningsunderlagets kravspecifikation anges avseende bl.a. kaffe att i anbudsgivarens produktbenämning ska eventuell etisk märkning och miljömärkning framgå. Menigo har i sin anbudsspecifikation uppgett att offererad produkt utgör bryggmalet kaffe av typen mellanrost, med märkningen eko och angiven förpackningsstorlek. På begäran har Menigo bekräftat lämnade uppgifter genom produktblad. I produktbladet anges även varumärke. Varken i förfrågningsunderlaget eller i LOU ställs krav på ytterligare utredning som visar att en bestämd produkt med i förfrågningsunderlaget angivna egenskaper offererats. Kommunerna har således inte förfarit felaktigt när den godkännt den produkt som Menigo offererat såsom uppfyllande förfrågningsunderlagets krav. Vad gäller Me-

nigos prissättning finner förvaltningsrätten följande. Enligt 12 kap. 3 § LOU får en upphandlande myndighet förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Stadgandet innefattar en rättighet, men inte en skyldighet, för upphandlande myndigheter. Detta framgår av uttrycket får. Underlåtenhet att tillämpa stadgandet kan således inte läggas till grund för ingripande enligt LOU. Vad bolaget anfört avseende Menigos prissättning medför således inte att det finns grund för ingripande med stöd av LOU. Vad gäller kommunernas begäran om varuprov finner förvaltningsrätten att Menigo lämnat varuprov i rimlig tid. Därmed får Menigo anses ha uppfyllt sina skyldigheter i denna del. Sammantaget har kommunerna således inte förfarit felaktigt vid utvärderingen avseende position 208.

Sammantagen bedömning

Kommunerna har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom felaktig tillämpning av förfrågningsunderlagets föreskrifter avseende sex positioner. Dock har kommunerna anfört att dessa fel inte påverkat bolagets möjlighet att erhålla kontrakt i upphandlingen. Det framgår inte uppenbart av vad som i målet framkommit att påståendet är oriktigt. Det har heller inte bestritts av bolaget. Vid sådant förhållande har förvaltningsrätten att utgå från att påståendet är riktigt. Således har bolaget inte lidit skada och kan heller inte komma att lida skada i LOU:s mening. Vad bolaget anför om misstanke om ytterligare fel föranleder ingen annan bedömning. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Henrik Brüsin