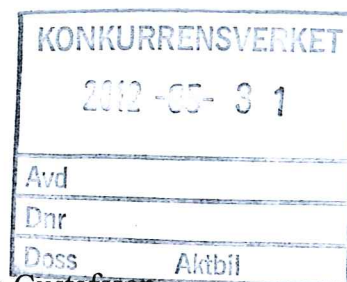




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Nyström

DOM
2012-05-28
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 2750-12 E
 2753--2758-12 E

**SÖKANDE**

Menigo Foodservice AB, 556044-4647
 Box 9081
 120 05 Årsta

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

MOTPARTER

- | | |
|----------------------------|-----------|
| 1. Lunds kommun | 2750-12 E |
| 2. Eslövs kommun | 2753-12 E |
| 3. Höörs kommun | 2754-12 E |
| 4. Hörby kommun | 2755-12 E |
| 5. Kävlinge kommun | 2756-12 E |
| 6. Svalövs kommun | 2757-12 E |
| 7. Östervångsskolan i Lund | 2758-12 E |

Ombud: Delia Ander
 Box 41
 221 00 Lund

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Lunds, Eslövs, Höörs, Hörby, Kävlinge och Svalövs kommuners samt Östervångsskolans upphandlingar av livsmedel (KS 2011/0670) ska göras om avseende anbudsgrupp 1.

YRKANDEN M.M.

Lunds, Eslövs, Höörs, Hörby, Kävlinge och Svalövs kommuner samt Östervångskolan (kommunerna) genomför med öppet förfarande samordnade upphandlingar avseende livsmedel, KS 2011/0670. Anbud har kunnat läggas på hela underlaget (avtalsområde/anbudsgrupp 1–3) eller på en eller flera områden/grupper. Genom tilldelningsbeslut den 27 februari 2012 antogs Servera R&S AB (Servera) som leverantör inom avtalsområde/anbudsgrupp 1; livsmedel/grossist.

Menigo Foodservice AB (Menigo), som endast lämnat anbud inom anbudsgrupp 1, ansöker om överprövning av kommunernas upphandlingar och yrkar i första hand att de inte får avslutas innan rättelse vidtagits i form av ny anbudsutvärdering och i andra hand att de ska göras om.

Kommunerna motsätter sig bifall till ansökan.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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. Härvid gäller att den upphandlande myndigheten inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ 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 att den får avslutas först sedan rättelse

gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Relevanta delar av förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget under punkten 3.1.3, *Teknisk förmåga och kapacitet*, anges att anbudsgivare ska ha erfarenhet av liknande uppdrag och redovisa två referenskunder till vilka leveranser sker motsvarande det som efterfrågas i detta förfrågningsunderlag. Dessa tjänster ska ha utförts under de senaste två åren. Leveransen till de referenskunderna som anges ska vara av motsvarande storlek volymmässigt som de leveranser som efterfrågas i detta förfrågningsunderlag.

I förfrågningsunderlaget under punkten 1.8, *Helt eller delat anbud*, anges att anbud kan lämnas på hela underlaget eller på en eller flera anbudsgrupper (1–3).

Kommunerna avropar enligt förfrågningsunderlaget aktuella livsmedel till ett värde av 130 miljoner kronor (mkr) per år.

Omständigheter åberopade av Menigo

Bolagets anbud har förkastats med motiveringen att angivna referenser inte kan godtas då de inte kan säkerställa att anbudsgivaren har den kapacitet som krävs för att kunna leverera den volym som efterfrågas.

Menigo levererar idag till de aktuella kommunerna och har den tekniska förmågan och kapaciteten att utföra uppdraget. Begreppet "motsvarande" kan inte tolkas på annat sätt än att kommunerna efterfrågat andra referenser än sig själva. Bolaget har därför lämnat Landskrona och Kristianstad som referenser. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunerna avropar

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

livsmedel till ett värde av 130 m kr per år. Det ska dock beaktas att anbudsgivarna har möjlighet att lämna anbud på hela underlaget eller på en eller flera anbudsgrupper (1–3). Anbud har dessutom kunnat lämnas till en eller flera kommuner inom respektive anbudsgrupp. De olika kommunerna svarar för olika inköpsvolymmer. De referenser som de lämnat motsvarar uppdraget och de leveranser som anbudet avser. Kommunerna har därför felaktigt förkastat Menigos anbud.

De olika tolkningsmöjligheterna som kommunernas otydliga formulering i förfrågningsunderlaget medger, riskerar att orsaka anbudsgivarna skada. Med beaktande av anbudsgivarens möjlighet att dels välja att endast lämna anbud på olika anbudsgrupper och dels att välja att inte låta vissa kommuner omfattas av anbudet, kan det ifrågasättas om det uppställda skall-kravet är oproportionerligt i förhållande till upphandlingsföremålet. Det begränsar kraftigt antalet möjliga anbudsgivare.

Om skall-kravet ska tolkas som kommunen gör gällande, är det endast en enda leverantör i Sverige som uppfyller det och har möjlighet att lämna anbud. Med beaktande av att samtliga anbudsgivare, utom Servera, saknar möjlighet att uppfylla skall-kravet är den negativa effekten enorm för de enskilda leverantörerna som saknar möjlighet att lämna anbud som främjar god konkurrens.

Vidare uppfyller Servera inte obligatoriska skall-krav avseende produkterna. Inte heller har kommunerna behandlat anbudsgivarna lika då de påfört Dafgård och Menigo belastningspriser, men inte Servera. Menigo får därmed anses ha lidit skada genom kommunernas felaktiga utvärdering.

Kommunernas inställning till åberopade omständigheter

Upphandlingens föremål är att säkerställa leverans av livsmedel till alla förskolor, skolor och äldreboenden i kommunerna. Det ställer höga krav

dels på leverantörens förmåga att kunna leverera ett fullsortiment, dels på leverantörens kapacitet att distribuera livsmedel till alla leveransställen som ingår i avtalet.

Kommunerna avropar sammanlagt ett värde om 130 mkr per år, varför kravet har ett naturligt samband med föremålet och står i rimlig proportion till det som upphandlas. Det är uppdragets volym som är avgörande för bedömningen av företagets angivna referenser med beaktande av anbudets omfattning. Kravet kan inte anses vara diskriminerande eller ha en negativ effekt eftersom alla fyra livsmedelgrossister kan uppfylla det. Menigo har idag avtal med motsvarande volym bland annat i Lund med kranskommuner och i Stockholms stad. Påståendet att samtliga anbudsgivare förutom Servera inte har möjlighet att lämna anbud saknar saklig grund.

Det åligger anbudsgivaren att visa att inlämnade uppgifter uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Det finns inget hinder att hänvisa till nuvarande avtal med den upphandlande myndigheten. Menigos anbud har rätteligen förkastats.

Förvaltningsrättens bedömning

Av utredningen i målet framgår att kommunerna har förkastat Menigos anbud med anledning av att de angivna referenserna inte kan säkerställa att Menigo har den kapacitet som krävs för att kunna leverera den volym som efterfrågas.

Menigo anser att skall-kravet i punkten 3.1.3 bör tolkas på så sätt att de lämnade referenserna ska motsvara volymen avseende det avtalsområde som de har lämnat anbud på, i detta fall livsmedel/grossist. Kommunerna anser i sin tur att skall-kravet ska tolkas på så sätt att alla anbudsgivare ska

säkerställa med två referenser att de har kapaciteten att leverera motsvarande 130 mkr kr per år, dvs. volym motsvarande hela upphandlingen.

Med hänsyn till att anbudsgivarna i respektive kommuns upphandling kan lägga anbud på ett eller flera avtalsområden, anser förvaltningsrätten att det inte är helt tydligt hur kravet i punkten 3.1.3 i förfrågningsunderlaget ska tolkas och tillämpas.

Proportionalitetsprincipen hör till gemenskapsrättens allmänna principer. Den innebär att en upphandlande myndighet inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och får anses ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Den totala inköpsvolymen för alla de upphandlande myndigheterna är totalt 130 mkr per år. Procentandelen livsmedel som levereras till de olika kommunerna skiljer sig åt markant. Ett anbud kan avse allt från en enda anbudsgrupp hos en enda kommun till alla tre anbudsgrupporna hos alla kommunerna. Värdet av ett anbud kan således omfatta allt från 130 mkr ner till ett väsentligt lägre belopp.

Kommunernas tolkning av kravet på kapacitet kan enligt förvaltningsrätten inte anses stå i proportion till värdet av upphandlingen annat än beträffande sådana anbud som omfattar alla eller i stort sett alla kommuner och anbudsgupper. För en leverantör som lämnar anbud på exempelvis endast anbudsgrupp 3 (mejerivaror) i Höör, är kapacitetskravet på 130 mkr uppenbart oproportionerligt.

Åtgärden förhindrar enligt förvaltningsrätten mindre leverantörer med kapacitet att genomföra delar av det totala uppdraget att lämna anbud i upphandlingen och tilldelas kontrakt inom ett avtalsområde. Det uppställda

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

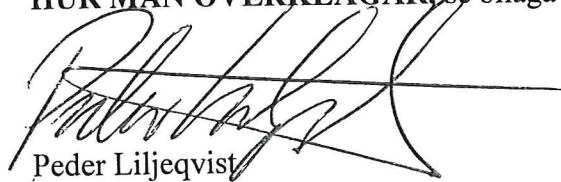
DOM

villkoret är ingripande och det åligger då kommunerna att visa att det inte finns mindre ingripande alternativ. Något skäl för att kapacitetskravet inte skulle kunna delas upp i mindre delar beroende på vilka anbudsgrupper och kommuner ett anbud avser, har inte framkommit. Det aktuella kravet kan enligt förvaltningsrätten därmed inte anses vara nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att kravet på att referenserna volymmässigt ska motsvara hela värdet av upphandlingarna är allt för långtgående och därmed oförenligt med principen om proportionalitet. Menigo, som inte uppfyllt kravet men som torde kunna uppfylla ett snävare krav, har därigenom lidit skada. Det finns därför förutsättningar för ett ingripande enligt LOU.

Den aktuella bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och tolkningen av detta. Den får enligt förvaltningsrätten anses ha påverkat upphandlingarna redan i deras konkurrensuppsökande skede. Därför anser rätten att upphandlingarna ska göras om avseende avtalsområde/anbudsgrupp 1 (livsmedel/grossist). Med denna utgång i målet finns det inte anledning att pröva Menigos övriga invändningar mot upphandlingsförfarandet.

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



Peder Liljeqvist



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU