



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**  
2011-10-11  
Meddelad i  
Göteborg

Mål nr  
6863-11 E  
Enhet 1:2

**SÖKANDE**

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

Ombud: Jur.kand. Håkan Andersson  
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
Box 3124  
103 62 Stockholm

Ombud: Advokaten Liselott Fröstad  
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
Box 3124  
103 62 Stockholm

**MOTPART**

Region Halland (Landstinget Halland)  
Box 517  
301 80 Halmstad

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-10-11	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten förordnar att Region Hallands upphandling av livsmedel, Dnr. Ls 100261, avseende grupp Kolonial inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny anbudsutvärdering där position 383 i Menigos anbud tas med i utvärderingen och beräkningen av poäng för position 383 baseras på det ursprungliga provsmaksprotokollet.

Förvaltningsrättens beslut den 27 juni 2011 om att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 106877

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag - fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		09:00-15:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**

Sida 2  
6863-11 E

**BAKGRUND**

Landstinget Halland och kommunalförbundet Region Halland (fr.o.m. 2011 Region Halland) har genomfört en upphandling av livsmedel. Av tilldelningsbeslut den 1 februari 2010 framgick beträffande produktområdet Kolonial att de upphandlande myndigheterna hade för avsikt att teckna avtal med en annan anbudsgivare än Menigo Foodservice AB (Menigo). Efter att Menigo ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten den 7 maj 2010 att upphandlingen i denna del skulle göras om. Ett nytt tilldelningsbeslut fattades av Region Halland (nedan regionen) den 15 juni 2011 av vilket det framgick att regionen hade för avsikt att teckna avtal med en annan anbudsgivare än Menigo.

**YRKANDEN M.M.**

Menigo ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits genom en ny anbudsutvärdering.

Regionen bestrider delvis Menigos yrkanden och yrkar för egen del att ansökan om överprövning ska bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om i sin helhet.

**MENIGOS TALAN**

Av tilldelningsbeslutet den 6 maj 2011 framgår att Servera var vinnande anbud och att Menigo kommit på andra plats. Menigo lämnade synpunkter på att utvärderingen innehöll avsevärda brister som i princip enbart var till Serveras fördel. Bland annat hade Menigo på ett antal positioner erhållit belastningspris där även Serveras produkt rätteligen skulle ha belastningspris, men där Servera utvärderats med offererat pris. Regionen inledde därpå en egen undersökning och ställde som följd därpå frågor till Menigo

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**

Sida 3  
6863-11 E

vilka besvarades och sedermera medförde rättelse. I det nya tilldelningsbeslutet från den 15 juni 2011 var åter Servera utsedd till det vinnande bolaget. Serveras utvärderingstal hade ändrats uppåt marginellt och Menigos utvärderingstal hade justerats nedåt i jämförelse med den första utvärderingen. Eftersom Menigo kunde konstatera att det fortfarande förelåg brister i utvärderingen av produkterna ställde Menigo ytterligare ett antal frågor till regionen avseende några riktade positioner. Regionen justerade därefter utvärderingstalen ytterligare på så sätt att Serveras utvärderingstal höjdes och Menigos utvärderingstal sänktes.

Regionens utvärdering har varit behäftad med ett antal felaktigheter redan från början. Menigo har utvärderats med belastningspriser på samma produkter som Servera offererat där Servera utvärderats med egna priser. Det samma gällde poängsättningen vid testning av utvalda produkter.

En av frågorna som Menigo ställt till regionen under utvärderingsprocessen har avsett position 383 och 384 i produktutvärderingen, där position 383 är angiven som en testprodukt med möjlighet att lämna alternativ produkt under position 384.

I det första tilldelningsbeslutet och i den därtill hörande produktutvärderingen framgår att Menigo utvärderats på position 383, alltså huvudalternativet. Det offererade enhetspriset är 75,87 och den kvalitetspoäng som Menigo fått, enligt det testprotokoll som regionen sänt till Menigo i maj 2011, uppgår till 1,29.

När Menigo erhöll det andra tilldelningsbeslutet hade regionen istället utvärderat position 384 och då med ett belastningspris på 112,73 jämfört med det offererade priset på 86,40. Som svar på frågan om varför belastningspriset använts vid utvärderingen svarade regionen "Fel förpackning. I FFU:et står det att den provprodukt med högst utvärderingspoäng kommer

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1**DOM**

att användas vid utvärderingen". Av det första testprotokollet framgick emellertid tydligt att det var position 383 som testats och som också utvärderats. Alternativprodukten på position 384 var markerad som gul, vilket får förstås som att den inte uppfyllde ställda krav och därmed inte ansågs som en alternativprodukt som skulle testas.

När Menigo påpekade att den vinnande produkten var position 383 och därmed den av de två positionerna som skulle utvärderas svarade regionen att position 384 i själva verket var den position som hade högst poäng i provsmakningen och att det blivit ett skrivfel i provsmakningsprotokollet. Av det nya testprotokollet framgår, i strid med det tidigare testprotokollet, att position 384 hade testats och fått en poäng om 2,13. Den tidigare utvärderade positionen 383 var helt borttagen. Menigo påstår inte att provsmakningen har gjorts på ett felaktigt sätt men hanteringen synes något märklig med tanke på att något nytt test knappast kan ha utförts efter det att det första tilldelningsbeslutet meddelades. Av det andra testprotokollet framgår att regionen har beaktat de av Menigo påpekade felaktigheterna dvs. att Servera i flera fall erhållit en högre poäng än Menigo även om de offererat samma produkt och att det lett till att regionen höjt Menigos kvalitetspoäng på vissa positioner.

Om alternativprodukten inte uppfyllde ställda krav, borde produkten ses som en icke-offererad produkt och därmed inte heller testats. Särskilt med beaktande av att det fanns en annan produkt som uppfyllde kraven och dessutom utgjorde huvudprodukten. Det finns inte heller något krav i förfrågningsunderlaget om att en anbudslämnare måste offerera en alternativprodukt utan det har getts en möjlighet för anbudslämnarna att göra så.

Förfrågningsunderlaget stipulerar inte någon särskild ordning för den situationen att ett av två alternativa anbud inte uppfyller uppställda produktkrav. Kontrollen av uppställda krav ska dock genomföras innan kvalitets-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**

Sida 5  
6863-11 E

utvärderingen vidtar. Den offererade positionen ska i Menigos fall därför hanteras som om någon alternativ produkt inte erbjudits. Någon annan ordning kan inte anses vara förenlig med LOU. Utvärderingen är i detta avseende inte förutsebar eller korrekt och behandlar inte alla anbudsgivare på ett likvärdigt sätt. Det strider både mot principen om förutsebarhet och likabehandling att den upphandlande myndigheten fritt kan välja att blanda utvärderingsmodellen på ett av myndigheten godtyckligt sätt.

**REGIONENS INVÄNDNINGAR**

Regionen medger att upphandlingen i delar har utförts i strid med LOU och vitsordar att den provsmakning som utfördes som en del av utvärderingen utförts felaktigt. De individer som hade att göra en opartisk bedömning av produkternas egenskaper misslyckades i sin uppgift.

Samtliga anbudsgivare har felaktigt uppgivit att man uppfyller de obligatoriska kraven på produkter och skulle rättsenligt ha uteslutits från vidare prövning. Regionen är självkritisk mot hur samtliga anbudsgivares ofullständiga anbud har hanterats och formerna för detta utgör tillräcklig grund för att förkasta samtliga anbud och avbryta upphandlingen.

Menigos grund för ansökan om överprövning baseras i sin helhet på hanteringen av utvärderingen av en position. Eftersom bolagets anbud i flera avseenden är medvetet felaktigt så är det mer än sannolikt att det vid en granskning, vid en kommande överprövningsprocess, kommer att uppstås flera otydligheter i bolagets anbud som slunkit igenom regionens kontroll.

Menigo har bekräftat att alla angivna krav inte uppfyllts. Av missriktad välvilja accepterades detta genom att bl.a. Menigos anbud gick vidare till anbudsutvärderingen. I övrigt kan konstateras att Menigo inte uppfyller

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**

Sida 6  
6863-11 E

kravspecifikationen vare sig på position 383 eller position 384 och deras anbud skulle således rätteligen ha förkastats och diskussionen kring kvalitetstestets resultat saknar då värde.

Ett beslut i enlighet med Menigos yrkande skulle få ett för övriga anbudsgivare orimligt resultat och tilldelningsbeslutet skulle med all sannolikhet ge upphov till ytterligare överprövningsprocesser hänförliga till samma upphandling.

Menigo har inte heller visat att bolaget kan komma att lida skada till följd av Regionens agerande. Det saknas således grund för att besluta att åtgärder ska vidtas i enlighet med Menigos yrkande.

På grund av upplevda oklarheter som utmynnat i denna överprövningsprocess har giltigheten av samtliga anbud förlängts till och med den 30 augusti 2011. Denna dag har passerat och någon förlängning av anbuden har inte skett. Eftersom inga giltiga anbud föreligger så kan upphandlingen inte avslutas i enlighet med motpartens yrkanden.

**DOMSKÄL**

LOU har genom SFS (2010:571) genomgått en del ändringar vilka enligt övergångsbestämmelserna trätt i kraft den 15 juli 2010. Av nämnda övergångsbestämmelser framgår att äldre bestämmelser gäller för upphandlingar påbörjade före ikraftträdandet.

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,

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1**DOM**

ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § samma lag ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska enligt samma paragraf principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Regionen gör gällande att ansökan om överprövning ska avslås eftersom samtliga anbud numera saknar giltighet. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att anbudens giltighetstid förlängts till den 31 augusti 2011. I förfrågningsunderlaget anges att anbudet inledningsvis ska vara bindande i minst sex månader efter anbudstidens utgång. Vid överprövning förlängs anbudets giltighetstid med samma tid som överprövningen löper, dock längst fyra månader. Att giltigheten av anbudet förlängts redan innan ansökan om överprövning lämnades ska inte påverka den förlängning av giltighetstiden som föranleds av ansökan om överprövning. Anbudet är således bindande till den 31 december 2011.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att en part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan. Domstolen får således inte lägga andra omständigheter till grund för sin prövning än sådana som åberopats av sökanden (se RÅ 2009 ref. 69). Förevarande mål har uppkommit genom ansökan om överprövning från Menigo. Eftersom saken i målet därmed inte omfattar i vad mån Menigos anbud uppfyller samtliga skullkrav, kan det som regionen anfört i detta avseende inte beaktas.

Menigo har anfört att regionen brutit mot principerna om förutsägbarhet och likabehandling genom att blanda utvärderingsmodellen på ett godtyck-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**

Sida 8  
6863-11 E

ligt sätt. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren har möjlighet att lämna mer än ett alternativ på vissa särskilt angivna positioner och att det då är den testprodukt som får högst poäng enligt utvärderingskriterierna som kommer att tas med till den slutliga uträkningen. De utvärderingskriterier som kan komma att användas är smak/doft, konsistens, utseende, tillagningsegenskaper, viktreduktion och varmhållningsegenskaper. Det regionen menar med utvärderingskriterier har således inte med den egentliga utvärderingen att göra utan avser istället ett förstadium till denna där det bestäms dels vilken poäng produkten ska ges avseende kvalitet och dels vilken produkt som ska vara med i utvärderingen vid det fall att två alternativa produkter i vissa särskilda fall har offererats. Vidare anges i förfrågningsunderlaget att positioner som lämnats helt tomma vid anbudstillfället kommer att beläggas med ett s.k. belastningspris. Av de i målet aktuella positionerna 383 och 384 utgör position 384 ett alternativ till position 383. Av utvärderingsprotokollet tillhörande det första tilldelningsbeslutet från den 6 maj 2011 framgår att position 383 erhållit ett resultat om 1,29. Eftersom position 384 inte finns omnämnd i utvärderingsprotokollet kan den slutsatsen dras att position 383 är den av de två i målet aktuella positionerna som fått högst poäng och också är den produkt som ska tas med till den slutliga uträkningen. Dessutom har det konstaterats att position 384, på grund av fel i förpackningen, inte uppfyllde produktkravet. Det kan därmed vara rimligt att anta att position 384 inte borde ha testats utifrån de uppställda utvärderingskriterierna. I det utvärderingsprotokoll som hör till det andra tilldelningsbeslutet från den 15 juni 2011 har istället position 384 redovisats och som följd härpå tagits med i den slutliga uträkningen. Eftersom man konstaterat att position 384 inte uppfyllde produktkraven har man i uträkningen inte utgått ifrån det pris som angetts i anbudet utan istället påfört positionen ett belastningspris; enligt den princip som i förfrågningsunderlaget stipuleras för positioner som lämnats tomma av anbudsgivaren. Som svar på frågan om varför man i det andra protokollet valt att byta ut position 383 till den alternativa produkten på position 384



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1**DOM**Sida 9  
6863-11 E

har regionen, utan någon närmare förklaring, svarat att provprodukt nummer 384 hade en högre poäng och att det hade blivit ett skrivfel i Menigos provsmakningsprotokoll. Såsom konstaterats ovan uppfyllde provprodukt 384 inte produktkraven och borde mot bakgrund härav över huvud taget inte ha föranlett något test utifrån de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna. Efter ett konstaterande om att position 384 inte skulle ha testats kan följden inte bli annan än den att position 384 inte heller har kunnat erhålla några poäng enligt utvärderingskriterierna och bör således inte heller vara den av de två alternativa produkterna som tas med i den slutliga sammanställningen och uträkningen. Regionen har anfört att den provsmakning som genomfördes som en del av utvärderingen utfördes felaktigt och att de individer som hade att göra en opartisk bedömning misslyckades i sin uppgift. Regionen har emellertid inte närmare utvecklat på vilket sätt provsmakningen varit felaktig och av utredningen i målet framgår inget annat än att endast en provsmakning har genomförts. Det är följaktligen resultatet av den provsmakningen som bör ligga till grund för beräkningen.

Menigo har anfört att regionen inledningsvis påfört Menigo belastningspriser där så inte skulle ske samtidigt som Servera undsluppit belastningspriser på de positioner där de rätteligen borde ha fått sådana. Regionen har emellertid, efter påtryckning från Menigo, justerat beräkningen på så sätt att belastningspriser rätteligen påförts och dragits tillbaka avseende de aktuella positionerna. Regionen har således inte brutit mot likabehandlingsprincipen. Men beaktande av ovan anförda avseende utvärderingen av de i målet aktuella positionerna 383 och 384 anser förvaltningsrätten emellertid att regionen, genom att göra avsteg från den utvärderingsmodell som beskrivs i förfrågningsunderlaget, har brutit mot principen om förutsebarhet och transparens och att Menigo får anses ha visat att bolaget med anledning härav riskerar att lida sådan skada som avses i 16 kap. 2 § LOU. Förutsättningar för åtgärd med stöd av LOU föreligger således.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**

Sida 10  
6863-11 E

Förvaltningsrätten har att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. (se RÅ 2005 ref. 47 och RÅ 2008 not. 26). Den brist som konstaterats ligger i den del av förfarandet då anbudet utvärderas och inte i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det är därför tillräckligt att tillgripa den mindre ingripande åtgärden rättelse. Menigos ansökan ska därför bifallas på så sätt att utvärderingsfasen av upphandlingen ska rättas genom att den av Menigo offererade produkten på position 383 i anbudet ska ingå och beräkningen av poäng för position 383 ska baseras på det ursprungliga provsmakprotokollet.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Josefin Ludvigsson.



# SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrätten 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 kamrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kamrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slutvartill 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 kamrätten 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 kamrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.