

**KLAGANDE**

Fazer Food Services AB, 556045-1907

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jurist Johan Falk

**MOTPART**

Täby kommun

Ombud: Advokaten Jan Andersson

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 4 juni 2018  
i mål nr 28948-17, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.
  2. Kammarrätten avslår överklagandet. Kammarrätten interimistiska beslut den 14 juni 2018 upphör därmed att gälla.
-

### YRKANDEN M.M.

**Fazer Food Services AB** (Bolaget) yrkar i första hand att kammarrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så vis att ny utvärdering genomförs för anbudsområdena 1-4, 6 och 7 utan beaktande av anbudet från Sodexo AB (Sodexo) alternativt Sodexo Scandinavian Holding AB (Holdingbolaget). I andra hand yrkar Bolaget att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Bolaget för fram bl.a. följande.

### Leverantörsbyte under pågående upphandling

Kammarrätten i Göteborg kom i mål nr 4847-11 fram till att ett leverantörsbyte under pågående upphandling inte är tillåtet. Det går inte att lägga 17 kap. 13 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) till grund för prövningen av om det även i övriga fall, såsom under genomförandet av en upphandling, är tillåtet att byta leverantör (anbudsgivare). Förvaltningsrätten har dömt i direkt strid med tidigare kammarrättspraxis. Detta trots att någon ändring av gällande rätt inte har skett sedan LOU trädde i kraft, eftersom 17 kap. 13 § LOU utgör en kodifiering av rättspraxis.

Även om kammarrätten skulle finna att leverantörsbytet är tillåtet har kommunen ändå varit skyldig att förkasta anbudet eftersom Holdingbolaget inte uppfyller kvalificeringskraven i upphandlingen. De krav som Holdingbolaget inte uppfyller avser dokumenterade kvalitetssäkerhetsledningsrutiner och krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Förvaltningsrätten anger att certifieringskraven i 3.2.5 och 3.2.6 i upphandlingsföreskrifterna är uppfyllda, trots att inget bevis för detta är ingivet i målet. För det första framgår det av intyget som ingivits i förvaltningsrätten att Holdingbolaget den 19 december 2017 de facto inte var certifierat utan att Holdingbolaget möjligen kan komma att vara certifierat inom kort. För det andra framgår det av intyget att

Holdingbolaget, vid anbudstidens utgång den 30 oktober 2017, inte var certifierat och således att Holdingbolaget inte uppfyllde kvalificeringskraven i upphandlingen.

Av punkten 3.2.3 i upphandlingsföreskrifterna framgår att teknisk och yrkesmässig kapacitet ska styrkas genom angivande av referensuppdrag. För det första kan konstateras att Holdingbolaget inte har angett något referensuppdrag, eftersom referensuppdraget i anbudet är hänförligt till Sodexo. För det andra ifrågasätts om Holdingbolaget överhuvudtaget har någon möjlighet att ange ett referensuppdrag med hänsyn till att Holdingbolaget under den relevanta tidsperioden bedrev verksamhet som just Holdingbolag. För det tredje framgår det av anbudet att ingen extern kapacitet åberopas. För det fjärde är ett sådant eventuellt tillkommande åberopande eller annan ändring, efter anbudstidens utgång, otillåtet enligt fast praxis från EU-domstolen, eftersom det förutsätter att anbudet ändras.

#### **Uppfyllande av ska-krav avseende exempelmenyer**

Av punkten 4.4. i upphandlingsföreskrifterna framgår att typ av huvudkomponent (kött/fisk/fågel/vegetabilisk proteinkälla) ska gå att utläsa av de till anbudet bifogade menyerna. Bolaget har i ansökan om överprövning samt i yttrandena i målet kunnat visa att det av Sodexos anbud inte framgår vilken typ av huvudkomponent som varje rätt i menyerna består av. Förvaltningsrätten har kommit fram till att det av Sodexos menyer går att utläsa huvudkomponent utan att kommentera hur huvudkomponenten går att utläsa, särskilt avseende rätter som inte innehåller någon huvudkomponent alls. Förvaltningsrätten menar att huvudkomponent inte behöver framgå av varje rätt utan att det är tillräckligt att typ av huvudkomponent går att utläsa av menyn. Detta trots att det tydligt framgår av upphandlingsdokumenten att kravet är obligatoriskt och således måste uppfyllas av samtliga anbudsgivare.

Vidare är det obligatoriska kravet i punkten 1.3.7 i kravspecifikationen om att gymnasiesärskolan ska ha särskild kost inte uppfyllt.

### **Utvärderingsmodellen**

Det har inte varit möjligt för anbudsgivarna att på förhand förstå hur utvärderingen i upphandlingen skulle genomföras av kommunen. I utvärderingsmodellen har det varit möjligt att erhålla full poäng utan att uppfylla det obligatoriska kravet avseende uppbyggnad av verksamheten som attraherar kompetent personal uppfylls.

### **SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd och tar upp målet till omedelbart avgörande.

### **Leverantörsbyte under pågående upphandling**

En första fråga är om det överhuvudtaget är möjligt att utvärdera ett anbud från ett helägt dotterbolag som, efter att anbudet getts in men före tilldelningsbeslutet, fusionerats med sitt moderbolag.

Enligt 17 kap. 13 § LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal ändras genom att en leverantör byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling om den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive t.ex. sammanslagningar. Bestämmelsen medger alltså att en leverantör byts ut under löpande kontraktstid när det är nödvändigt på grund av företagsomstruktureringar såsom fusioner. Någon motsvarande reglering för fall då ett leverantörsbyte sker under ett pågående upphandlingsförfarande finns inte. Kammarrätten kan emellertid inte se några bärande skäl till varför den princip som kommer till uttryck i ovan nämnda lagrum inte

också skulle kunna tillämpas vid ett leverantörsbyte under en pågående upphandling. Detta gäller särskilt när det, som i det aktuella fallet, närmast är fråga om ett formellt leverantörsbyte. En motsatt uppfattning skulle kunna leda till att kommersiellt motiverade och civilrättsligt giltiga företagsomstruktureringar i vissa fall försvåras eller att deltagande i upphandlingsförfaranden förhindras. Det som Bolaget har fört fram ger inte kammarrätten anledning till någon annan bedömning än den förvaltningsrätten har gjort i den delen. Kammarrätten anser alltså att det är möjligt att utvärdera ett anbud från ett helägt dotterbolag som, efter att anbudet getts in men före tilldelningsbeslutet, fusionerats med sitt moderbolag på det sätt som nu skett.

Nästa fråga är om det aktuella leverantörsbytet under pågående upphandling inneburit ett brott mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna för upphandling. Det som Bolaget har fört fram ger inte kammarrätten anledning att göra någon annan bedömning än den som förvaltningsrätten har gjort i denna del.

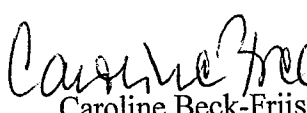
#### **Utvärderingsmodellen och dess tillämpning samt uppfyllande av skakrav avseende exempelmenyer**

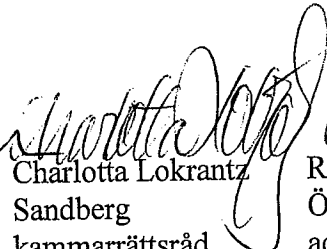
Det som Bolaget har fört fram ger inte kammarrätten anledning att göra någon annan bedömning än den som förvaltningsrätten har gjort i denna del.

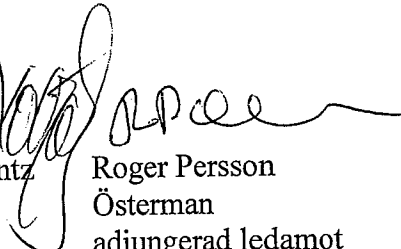
Mot denna bakgrund ska överklagandet avslås.

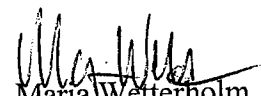
---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9). Vad som anges i formulärets sjätte stycke gäller även överprövning i mål enligt lagen (2016:1145) om offentligt upphandling. Fullständig information finns i lagens 20:e kapitel.

  
Caroline Beck-Friis  
kammarrättsråd  
ordförande

  
Charlotta Lokrantz  
Sandberg  
kammarrättsråd  
referent

  
Roger Persson  
Österman  
adjungerad ledamot

  
Maria Wetterholm  
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Avdelning 32

**DOM**  
2018-06-04  
Meddelad i Stockholm

Mål nr  
28948-17

Bilaga A

1

**KLAGANDE**

Fazer Food Services AB, 556045-1907

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jurist Johan Falk  
Advokatfirman Kahn Pedersen  
Box 16119  
103 23 Stockholm

**MOTPART**

Täby kommun, 212000-0118

Ombud: Advokat Jan Andersson och jur.kand. Sofia Wedbäck  
Advokatfirman Pedersen AB  
Box 3462  
103 69 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 954600

---

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: <a href="mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se">forvaltningsrattenistockholm@dom.se</a>		
		<a href="http://www.domstol.se/forvaltningsratt">www.domstol.se/forvaltningsratt</a>		

**BAKGRUND**

Täby kommun har genomfört en upphandling av måltidsförsörjning till kommunens kommunala skolor och förskolor, dnr BGN 2017/12-05, genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 5 december 2017 bedömdes Sodexo AB som mest ekonomiskt fördelaktig leverantör för upphandlingens anbudsområden 1–4 samt 6 och 7 och Fazer Food Services AB för anbudsområde 5.

**YRKANDEN M.M.**

**Fazer Food Services AB** (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så vis att en ny utvärdering genomförs för anbudsområdena 1–4 samt 6 och 7, utan beaktande av anbudet från Sodexo AB alternativt Sodexo Scandinavian Holding AB. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Sodexo AB:s anbud uppfyller inte alla obligatoriska krav och har således antagits i strid med 4 kap. 1 § LOU. Vidare medför partsbytet från Sodexo AB till Sodexo Scandinavian Holding AB att kommunen brutit mot 17 kap. 13 § LOU och likabehandlingsprincipen. Bolaget, som skulle ha haft den lägsta utvärderingssumman för alla anbudsområden om det inte vore för överträdelserna av LOU, har lidit skada eller risk för skada. I andra hand ska upphandlingen göras om eftersom utvärderingsmodellen inte är förutsebar och transparent. Kommunen har även utvärderat annat än vad som framgår av modellen. Bolaget har till följd av detta varit förhindrat att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud och därmed lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

**Täby kommun** anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Sodexo AB har uppfyllt alla ska-krav i upphandlingen. Sodexo AB:s fusion



under upphandlingsförfarandet är vidare i linje med praxis och förenlig med såväl 17 kap. 13 § LOU som likabehandlingsprincipen. Modellen för utvärdering är även att anse som tillräckligt tydligt utformad och kommunen har följt utvärderingsmodellen. Kommunen har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Inte heller har bolaget visat att bolaget lidit eller kunnat komma att lida någon skada. Det saknas skäl att besluta att upphandlingen ska rättas eller göras om.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### **Utgångspunkter för prövningen**

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § samma lag besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska avslutas först sedan rättelse gjorts.

#### **Frågan om byte av part under upphandlingen har varit tillåtet**

Förvaltningsrätten konstaterar att det av handlingarna i målet framgår att Sodexo AB (556232-7873) har lämnat anbud i upphandlingen innan sista dag den 30 oktober 2017. Med anledning av lämnat anbud har Sodexo AB i meddelande till Täby kommun även informerat om i huvudsak följande.

*Sodexo AB planerar som ett led i förenkling av bolagsstruktur och administration att genom fusion slå samman Sodexo AB, med dess moderbolag Sodexo Scandinavian Holding AB. Ansökan har lämnats in till Bolagsverket och fusionen kommer att verkställas den 30 november 2017. Fusionen innebär att moderbolaget övertar samtliga av dotterbolagets rättigheter och skyldigheter. Efter fusionen kommer ett namnbyte att ske till Sodexo AB och kunder och leverantörer kommer i praktiken därmed endast att märka ett nytt organisationsnummer. Vi menar att detta är helt i linje med de nya reglerna i LOU 17 kap. 13 §.*

Enligt uppgifter registrerade hos Bolagsverket har Sodexo AB (556232-7873) genom fusion som verkställdes den 1 december 2017 absorberats i moderbolaget Sodexo Scandinavian Holding AB (556528-2984). Av aktiebolagslagen (2005:551) följer att detta innebär att dotterbolaget har upplösts genom fusionen och att tillgångarna och skulderna övergått till moderbolaget som övertagande bolag.

I upphandlingens tilldelningsbeslut den 5 december 2017 har Sodexo AB (556232-7873) tilldelats avtal för anbudsområdena 1–4 samt 6 och 7.

Den 7 december 2017 har Sodexo Scandinavian Holding AB (556528-2984) i fusionerad form ansökt om ändring av firma. Den 11 januari 2018 har istället firman Sodexo AB (556528-2984) registerats.

Bolaget gör gällande att Täby kommun rätteligen skulle ha förkastat anbudet från Sodexo AB och anför bl.a. följande. Det är inte tillåtet att genomföra ett partsbyte under en pågående upphandling. Den enda möjligheten att tillåta ett partsbyte på leverantörssidan är under fullgörande av kontrakt enligt 17 kap. 13 § LOU. Inte heller EU-direktiv 2014/24/EU eller praxis ger stöd för agerandet. Huvudregeln är att partsbyte på leverantörssidan utgör en otillåten väsentlig ändring. Kommunen har genom förfarandet brutit mot

17 kap. 13 § LOU, dels genom att tillåta partsbytet under pågående upphandling, dels genom att acceptera Sodexo Scandinavian Holding AB som motpart trots att holdingbolaget inte uppfyller upphandlingens kvalificeringskrav. Kommunen har även varit skyldig att förkasta anbudet eftersom det utgör ett brott mot likabehandlingsprincipen att vid ett förenklat förfarande enligt LOU tillåta ett partsbyte som skett genom fusion mellan sista dag för lämnande av anbud och tilldelning. En i det närmaste identisk situation har prövats av i Kammarrätten i Göteborg genom dom den 8 november 2011 i mål nr 4847-11. Det är Sodexo AB och inte Sodexo Scandinavian Holding AB som har bedömts uppfylla de kvalificeringskrav som uppställts i upphandlingen. Holdingbolaget kan inte uppfylla flera av kraven och har inte uppfyllt kvalificeringskraven avseende bifogande av giltig certifiering enligt upphandlingsföreskrifterna punkt 3.2.5 och 3.2.6 eller referensuppdrag enligt 3.2.3 och 3.2.4. Kommunen har heller inte genom de handlingar som getts in till förvaltningsrätten visat att holdingbolaget uppfyller kvalificeringskraven, tvärt om. Det saknas dessutom möjlighet för Sodexo AB eller holdingbolaget att åberopa annans kapacitet i upphandlingen eftersom det uttryckligen anges i Sodexo AB:s anbud att någon annans kapacitet inte åberopas. Ett tillkommande åberopande skulle utgöra en otillåten ändring. Leverantörsbyte utgör en väsentlig ändring enligt 17 kap. 14 § andra stycket punkt 4 LOU.

Täby kommun gör gällande att partsbytet har varit tillåtet och anför bl.a. följande. Sodexo Scandinavian Holding AB inträder helt i Sodexo AB:s ställe. Fusionen innebär en intern transaktion hos tjänsteleverantören som inte medför någon ändring av utförandet av kontraktet. Fusionen är endast en administrativ åtgärd. För kommunen saknar det betydelse om det är holdingbolaget eller Sodexo AB som har lämnat anbud eftersom moderbolaget enligt EU-rättslig praxis förfogar över dotterbolaget. I denna del kan även hänvisas till vad som gäller i upphandlingsrättsliga sammanhang om att åberopa andra företags kapacitet. Det bör vidare framhållas att syftet med

LOU bl.a. är att skapa fri rörlighet för varor, tjänster och etableringsfrihet. Om fusionen hade skett några dagar senare, efter att tilldelningsbeslutet fattats, hade fusionen givetvis fallit inom 17 kap. 13 § LOU. Bestämmelsen i 17 kap. 13 § LOU, som är till för att underlätta företagsomstruktureringar och inte förhindra t.ex. fusioner, kan tillämpas analogt i förevarande mål. Det framgår av EU-praxis att leverantörsbyte kan ske också under upphandlingsförfarandet, se EU-domstolens dom den 24 maj 2016 i mål C-396/14. Holdingbolaget uppfyller kvalificeringskraven redan på grund av att Sodexo AB är upptaget i holdingbolaget. Referenserna som har lämnats i upphandlingen avser förvisso Sodexo AB, men eftersom bolagets erfarenheter och kompetens numera finns i holdingbolaget saknar det betydelse. Holdingbolaget är inte föremål för någon utslutningsgrund. Det är helt klart att alla kvalificeringskrav är uppfyllda och partsbytet har inte stridit mot likabehandlingsprincipen. Till stöd för talan bifogar kommunen bl.a. kreditprövning av Sodexo Scandinavian Holding AB och intyg gällande certifieringar för att visa att kvalificeringskraven är uppfyllda.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

EU-domstolen har i flera avgöranden prövat frågan om leverantörsbyte alltid utgör en väsentlig ändring som kräver en ny upphandling. När en upphandlande myndighet ersätter en anbudsgivare med en annan utan att på nytt konkurrensutsätta ett kontrakt innebär det som huvudregel en otillåten väsentlig ändring av villkoren i det ursprungliga kontraktet som inte är förenlig med LOU och dess principer. EU-domstolen konstaterade redan i domen den 19 juni 2008 i mål C-454/06 (Pressetext) att byte av avtalspart undantagsvis inte medför någon betydande ändring vid en intern omorganisation, jfr p. 45. Numera framgår uttryckligen av artikel 72 i direktiv 2014/24/EU och 17 kap. 13 LOU att leverantörsbyte under vissa förutsättningar får ske under kontrakt vid företagsomstruktureringar utan en ny upphandling. Detta bl.a. under förutsättning att även den nya leverantören som inträder i den ur-

sprungliga leverantörens ställe uppfyller kriterierna för upphandlingens kvalitativa urval och att bytet heller inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet.

Bolaget anför i målet att EU-domstolens avgörande i Presstext utgör EU-rättslig grund för att partsbyte utgör en otillåten väsentlig ändring och att Kammarrätten i Göteborg även dömde i enlighet med denna praxis i mål nr 4847-11. Enligt kommunens uppfattning saknar den åberopade kammarrättsdomen relevans vid prövningen. Detta dels eftersom domen härrör sig från tid innan direktiv 2014/24/EU, dels eftersom holdingbolaget i förevarande mål de facto uppfyller upphandlingens kvalificeringskrav. Förvaltningsrätten konstaterar att fråga i målet var fråga om en anbudsgivare, som redan vid anbudslämnandet lämnat uppgifter om en pågående fusion, rätteligen uteslutits med motiveringen att bolaget vid tilldelningsbeslutet hade avregistrerats. Kammarrätten fann att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att vid fusionen, som skett efter anbudstidens utgång men innan tilldelningsbeslutet meddelades, låta övertagande bolag överta rollen som anbudsgivare. Detta eftersom endast anbudsgivarens uppfyllelse av kvalificeringskraven prövats, och inte det nya bolaget i fusionerad form.

Sodexo AB har på samma sätt absorberats genom fusion efter lämnat anbud, men innan tilldelning och kontrakt. Ett sådant leverantörsbyte regleras inte i LOU eller i direktiv 2014/24/EU.

Förvaltningsrätten anser att bestämmelsen i 17 kap. 13 § LOU, som bolaget i målet gör gällande ska tolkas *e contrario* medan kommunen förstår en analog tillämpning, kan ge viss ledning vid prövningen av om partsbytet är förenligt med likabehandlingsprincipen och övriga gemenskapsrättsliga principer på upphandlingsområdet. För att partsbytet ska vara förenligt med principerna förutsätts enligt förvaltningsrättens mening bl.a. att den nya parten uppfyller uppställda kvalifikationskrav, att anbudet inte ändras eller

att bytet på annat sätt medför väsentliga ändringar och att bytet inte gynnar eller missgynnar anbudsgivare på ett otillbörligt sätt. Partsbytet får heller inte syfta till att kringgå LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

Anbudsgivaren Sodexo AB har upphört att existera som juridisk person vid fusionen. Fusionsinstitutet innebär att det tidigare holdingbolaget har övertagit såväl alla Sodexo AB:s rättigheter som förpliktelser. Av uppgifterna från Bolagsverket, fusionsinstitutet och handlingarna i målet framgår att övertagande moderbolag i fusionerad form är huvudsakligen identiskt med Sodexo AB. Att i denna situation låta övertagande moderbolag i fusionerad form träda i anbudsgivande dotterbolags ställe medför enligt förvaltningsrättens uppfattning ingen materiell ändring. Det framgår heller inte annat än att kommunen har kontrollerat att övertagande moderbolag i fusionerad form uppfyller kvalificeringskraven på ett liknande sätt som skulle ha skett om fusionen istället skulle ha verkställts efter att avtal i upphandlingen tecknats.

Kommunen har till förvaltningsrätten bl.a. gett in ett intyg daterat den 19 december 2017 gällande Sodexo AB:s två ISO-certifikats fortsatta giltighet. Förvaltningsrätten anser på samma sätt som kommunen att certifieringskraven i upphandlingsföreskrifterna punkt 3.2.5 och 3.2.6 är uppfyllda. Av vad som framgår om den nya bolagsstrukturen och övriga uppgifter i målet följer även att de ingivna referenssuppdragen i enlighet med upphandlingsföreskrifterna punkt 3.2.3 och 3.2.4 alltjämt har samma relevans som vid anbudslämnandet.

Enligt förvaltningsrättens mening är klarlagt i målet att också det övertagande moderbolaget i fusionerad form själv uppfyller upphandlingens uppställda kvalifikationskrav. Det framkommer heller inte att förfarandet har syftat till att kringgå upphandlingsreglerna eller att partsbytet har försämrat övriga anbudsgivares konkurrenssituation. Anbudet har inte ändrats på något sätt så att de grundläggande principerna för offentlig upphandling har

åsidosatts. Då leverantören i fusionerad form är i huvudsak identisk med Sodexo AB innan fusionen, kan partsbytet inte anses medföra några väsentliga ändringar. Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att det inte har varit i strid med LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna att tillåta partsbytet på grund av Sodexo AB:s fusion under det pågående anbudsförandet. Skäl för ingripande föreligger därför inte på denna grund.

#### **Frågan om bifogade exempelmenyer uppfyller ställda krav**

Bolaget gör vidare gällande att de två exempelmenyer som Sodexo AB har gett in med sitt anbud inte uppfyller upphandlingens krav. I upphandlingsföreskrifterna punkt 4.4. "Exempelmeny" anges följande.

*Anbudsgivaren ska till anbudet bifoga en exempelmeny om 8 veckor. Menyn ska avse en höstperiod. Menyn ska följa Tabell 2 i Livsmedelsverkets "Bra mat i skolan".*

*Därutöver ställs nedan angivna krav på exempelmenyn:*

- *Rätterna som serveras intilliggande dagar ska vara olikartade*
- *Hänsyn ska tas till årstid och säsong*
- *Namn på rätterna ska vara vedertagna*
- *Typ av huvudkomponent (kött/fisk/fågel/vegetabilisk proteinkälla) ska gå att utläsa av menyn*
- *Typ av bikomponent (potatis, pasta, ris, bulgur etc.) ska gå att utläsa av menyn*
- *Typ av tillbehör (ketchup, sylt, sås etc.) ska gå att utläsa av meny*

*Om anbudsgivaren lämnar anbud på flera anbudsområden är det upp till anbudsgivaren att besluta om en eller flera menyer ska bifogas anbudet. Detta beror på hur anbudsgivaren avser att utforma menyn. Eve[n]tuella*

*skillnader mellan anbudsområdena kan också tydliggöras i en och samma meny.*

Bolaget hänvisar i målet även till punkt 1.3.4–1.3.7 i upphandlingens kravspecifikation. Av punkt 1.3.5 i kravspecifikationen framgår bl.a. att det av menyn tydligt ska framgå: vedertagna namn på rätterna, typ av huvudkomponent, typ av bikomponent och typ av tillbehör.

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan i denna del. Sodexo AB:s anbud har i strid med principerna om likabehandling och transparens antagits trots att det borde ha förkastats. Det är ett obligatoriskt krav att typ av huvudkomponent ska gå att utläsa av bifogade menyer samt att skillnader i menyer mellan olika anbudsområden ska klargöras. För flera av rätterna, som för t.ex. bulgursallad, fårsbiffar och pytt i panna, har Sodexo AB inte angett den huvudkomponent som rätten består av. Samtliga rätter måste innehålla en huvudkomponent, som tydligt ska gå att utläsa i enlighet med preciseringen i upphandlingens kravspecifikation punkt 1.3.5. Även om förvaltningsrätten skulle finna att typ av huvudkomponent inte behöver anges tydligt, vilket bestrids, har kommunen ändå varit skyldig att förkasta anbudet eftersom det inte går att utläsa överhuvudtaget vilken huvudkomponent ett flertal rätter innehåller. I upphandlingens anbudsområde 7 ingår dessutom en gymnasiesärskola som enligt kravspecifikationen punkt 1.3.7 ska ha en särskild kost. Sodexo AB har inte bifogat någon särskild meny eller utformat någon av de två bifogade menyerna så att det framgår att den är avsedd även för gymnasiesärskolan. Det saknar betydelse om någon eller båda av menyerna uppfyller kraven för gymnasiesärskolan eftersom det inte framgår av anbudet vilken meny som är avsedd för gymnasiesärskolan. Kommunen har under alla förhållanden varit skyldig att förkasta anbudet.

Kommunen anför bl.a. följande. Av upphandlingsföreskrifterna punkt 4.4 framgår att det av exempelmenyn ska gå att utläsa typ av huvudkomponent



(kött/fisk/fågel/vegetabilisk proteinkälla). Det innebär inte att anbudsgivarna explicit måste ange vilken typ av huvudkomponent som det är fråga om, utan endast att det ska gå att utläsa av menyn. Kravspecifikationen som bolaget hänvisar till innehåller inga obligatoriska krav utan genomförandekrav. Det är inte ett krav att varje rätt måste innehålla en huvudkomponent. Vissa rätter, som pytt i panna, har ingen naturlig huvudkomponent. Bolaget har i vissa fall självt utelämnat information om huvudkomponent, för t.ex. pasta med ost- och baconsås. För färsbiffar krävs inte att det ska anges vilken typ av färs det är. Även om vissa petitesmässiga anmärkningar skulle anses föreligga motiverar dessa under inga förhållanden ett ingripande med stöd av LOU. Enligt kommunen går att utläsa vilken typ av huvudkomponent det är fråga om i Sodexo AB:s exempelmenyer. Det är vidare frivilligt att utforma flera olika menyer, såsom Sodexo AB har gjort. Menyerna uppfyller kraven och det har inte krävts någon specialmeny för gymnasiesärskolan.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att de krav som uppställs i upphandlingens kravspecifikation inte utgör kvalificeringskrav utan utförandekrav avseende vad som ska ingå i den upphandlade tjänsten. Detta framgår bl.a. av upphandlingsdokumentens symboler med symbolförklaring. De obligatoriska kraven som gäller i denna del formuleras i upphandlingsföreskrifterna punkt 4.4. Således stadgas inget krav att det *tydligt* ska framgå typ av huvudkomponent av anbudsgivarnas ingivna exempelmenyer. Förvaltningsrätten konstaterar att det heller inte anges att typ av huvudkomponent ska anges för vardera rätt i respektive exempelmeny, utan det uppställs ett endast krav på att typ av huvudkomponent ”ska gå att utläsa av menyn”. Det har i upphandlingsföreskrifterna heller inte krävts att flera exempelmenyer eller någon specialmeny ska bifogas anbudet. Förvaltningsrätten anser att kommunen har haft fog för att bedöma att Sodexo AB med inlämnade exempelmenyer uppfyller de obligatoriska kraven. Inte heller vad bolaget gör gällande i denna del visar således att kommunen har åsidosatt likabe-

handlingsprincipen eller någon annan av de gemenskapsrättsliga principerna.

### **Frågan om brister i utvärderingsmodellen och dess tillämpning**

Bolaget gör gällande att upphandlingens utvärderingsmodell brister i transparens, att otydligheten lett till att kommunens fria skön legat till grund för poängsättningen och att bolaget inte har kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Av upphandlingsföreskrifterna framgår bl.a. följande.

#### **4.5 Utvärdering**

*Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för respektive anbudsområde kommer att tilldelas avtalet. Anbuderna kommer att utvärderas med bäst förhållande mellan pris och kvalitet som grund.*

*De kriterier som kommer ligga till grund för utvärderingen av respektive anbudsområde är följande:*

- *Anbudssumma*
- *Utvärderingskriterium: Helhetsupplevelse, maximalt mervärdesavdrag för respektive anbudsområde, se punkt 4.5.1 nedan.*

*Utvärderingssumma = anbudssumma – erhållet mervärdesavdrag för utvärderingskriteriet*

##### **4.5.1 Kvalitetskriterium: Helhetsupplevelse**

*Det är viktigt för kommunen att tjänsten avser en helhetsyn på måltiderna och en lyhördhet för barnens/elevernas behov och önskemål. För att skapa bästa möjliga helhetsupplevelse för barnen/eleverna och få dem att känna matglädje behöver leverantören och kommunen samarbeta.*

*Anbudsgivaren ska redogöra för hur ni avser bygga upp verksamheten i kommunen för att skapa en attraktiv måltidstjänst som attraherar kompetent och engagerad personal och levererar bästa möjliga helhetsupplevelse till kommunens barn/elever.*

*Anbudsgivaren ska även redogöra för hur visionen/genomförandet är tänkt att mätas och följas upp, så att anbudsgivaren kan säkerställa att det som utlovas också levereras.*

*Redogörelsen bör innefatta nedan angivna områden (framtagna av Livsmedelsverket) och hur dessa ska beaktas för att uppnå en helhetssyn på måltidstjänsten.*

...

#### **Bedömning**

*Bedömningen av kvalitetskriteriet för respektive anbudsområde kommer att göras av deltagare i en utvärderingsgrupp bestående av representanter från skolan. Dessa kommer utifrån den skriftliga beskrivningen och presentationen att göra en samlad bedömning enligt nedanstående skala.*

*10 poäng – Stort mervärde: Både den skriftliga beskrivningen samt den muntliga presentationen var förtroendeingivande och upplevdes som mycket väl genomtänkt. En tydlig koppling fanns mellan vision/genomförande och uppföljning/mätbarhet. Både den skriftliga beskrivningen samt den muntliga presentationen genomsyrades av ett stort engagemang och mycket stor förståelse för avtalets mål.*

Bolaget anför bl.a. följande. Det framgår inte hur uppräknigen av vad som anbudsgivarnas redogörelse ”bör” innefatta förhåller sig till de skarpa kraven i kriteriet. Det har således inte varit möjligt för anbudsgivarna att på förhand förstå hur utvärderingen skulle genomföras. Kravet avseende uppbyggnad av verksamheten för att skapa en attraktiv måltidstjänst som attraherar

kompetent och engagerad personal återfinns heller inte i poängskalan eller kommunens förtydligande i "Frågor och svar". Det är även oklart hur kravet om redogörelse avseende "för hur visionen/genomförandet är tänkt att mätas och följas upp" förhåller sig till att redogörelsen bör omfattas av Livsmedelsverkets angivna områden. Att utvärderingsmodellen har varit otydlig och motsägelsefull har även manifesterats vid anbudsutvärderingen eftersom kommunen har utvärderat och poängsatt annat än vad som framgår av modellen. Detta bl.a. avseende att Sodexo AB har en "(t)ydlig koppling mellan vision och dagligt arbete till uppföljning genom hela koncernen ([e]nda ner på verksamhetsnära nivå)". Vad som avses eller hur det alls är kopplat till vad som utvärderas framgår inte. Kommunen har heller inte förklarat hur Sodexo AB:s stora mervärde enligt poängskalan, varför bolaget har erhållit poängavdrag eller hur Sodexo AB kunnat få full poäng utan att det obligatoriska kravet avseende uppbyggnad av verksamheten som attraherar kompetent personal har uppfyllts. Förklaring för vad i Sodexo AB:s vision/genomförande som skulle attrahera kompetent personal saknas. Utvärderingsmodellens otydlighet har vida överskridit den felmarginal som upphandlande myndigheter ibland ges med hänvisning till RÅ 2002 ref. 50. Det har heller inte varit möjligt att kontrollera hur utvärderingen har gått till, eftersom kommunen inte har tillhandahållit något underlag som visar hur anbudet har bedömts utöver ett kort stycke per utvärderad anbudsgivare.

Kommunen bestrider de brister som bolaget gör gällande och anför bl.a. följande. Det framgår av upphandlingsföreskrifterna hur utvärderingen av anbudet kommer att ske. Det har alltså stått klart för anbudsgivarna vad som krävts för att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget kan således inte ha lidit eller riskerat att lida någon skada på grund av påstådda brister. Det faktum att kommunen i "Frågor och svar" har besvarat att anbudsgivarnas beskrivning "behöver" innefatta de av Livsmedelsverket definierade begrepp för att få 10 poäng, istället för "bör" innefatta, medför inte att utvärderingsmodellen är motstridig eller otydlig. Det har heller inte varit

otydligt för anbudsgivarna att Livsmedelsverkets definierade begrepp skulle ingå i beskrivningen mot bakgrund av att samtliga anbudsgivare de facto har beskrivit helhetsupplevelsen utifrån dessa begrepp. Av utvärderingen framgår att Sodexo AB har en tydlig koppling mellan vision (vision) och dagligt arbete (genomförande) till uppföljning (uppföljning/mätbarhet). Det följer av utvärderingsmodellen att det ska finnas en tydlig koppling mellan genomförande/vision och uppföljning/mätbarhet. Även övriga anbud har utvärderats på objektiva grunder. Vid bedömningen av förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller måste också upphandlingens karaktär beaktas. Måltidsförsörjning till kommunens skolor är inte fråga om en specificerad och jämförbar produkt och det måste finnas utrymme för den upphandlande myndigheten att använda sig av en mer öppen kravställning och utvärderingsmodell. Även om förvaltningsrätten, mot förmodan, skulle finna att det finns brister i utvärderingsmodellen ska den ändå godtas eftersom LOU inte har trätts förnär. Kommunen har följt utvärderingsmodellen och givetvis endast utvärderat faktorer som framgår av modellen.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlande myndighet är fri att inom de upphandlingsrättsliga grundläggande principerna utforma modell för utvärdering och att utvärdera anbudsgivares anbud. Också förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får vidare godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket, enligt vad som uttalats i RÅ 2002 ref. 50. Enligt förvaltningsrättens mening framgår inte annat än att utvärderingen har skett på objektiva grunder och att den är tillräckligt tydlig och förutsebar. Det föreligger inga omständigheter som innebär att modellen är så otydlig att den strider mot transparensprincipen. Bolaget har inte varit förhindrat att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Inte heller har bolaget visat att anbudsgivarna har behandlats olika. Det framgår inte att utvärderingsmodellen eller dess tillämpning är i strid med LOU och de grundlägg-

ande principerna. Det saknas därmed skäl för ingripande mot upphandlingen även på denna grund.

#### **Förvaltningsrättens sammanfattande bedömning**

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att inga av de grunder som bolaget åberopar föranleder ingripande mot upphandlingen. Bolaget har inte visat att Täby kommun har agerat i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att bolaget därav skulle ha lidit eller kan komma att lida skada. Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU)

Eva Bäckström

Rådman

Katri Andersson har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.