



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

**DOM**  
**2014 -03- 19**  
 Meddelad i  
 Malmö

Mål nr  
 464-14  
 465-14

**SÖKANDE**

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

Ombud: advokaten Liselott Fröstad och jur. kand. Jenny Kenneberg  
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
 Box 3124  
 103 62 Stockholm

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2014 -03- 21	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**MOTPARTER**

1. Ängelholms kommun (Mål nr 464-14)
2. Örkelljunga kommun (Mål nr 465-14)

Ombud 1-2: jur. kand. Christina Nilsson  
 Kommunledningskontoret, Upphandlingsenheten  
 Ängelholms kommun  
 262 80 Ängelholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 192521

**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

## **BAKGRUND**

Ängelholms kommun och Örkelljunga kommun genomför gemensam upphandling benämnd Livsmedel 2014. Upphandlingen är uppdelad i sju delområden. Tilldelningsbeslut i upphandlingen har fattats den 6 december 2013.

## **YRKANDE OCH INSTÄLLNING**

Menigo Foodservice AB (Menigo) begär överprövning av upphandlingen vad avser delområdena Huvudleverantör, Färska Charkprodukter, Ägg och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Ängelholms kommun och Örkelljunga kommun motsätter sig bifall till ansökan.

## **OMSTÄNDIGHETER TILL STÖD FÖR ANSÖKAN OCH KOMMUNERNAS INSTÄLLNING**

**Menigo** anför i huvudsak följande. Kommunerna har inlett ett öppet förfarande i LOU. Efter anbudsprövning konstaterade kommunerna att inget anbud uppfyllde ställda skall-krav. Kommunerna övergick därför till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 punkten LOU. Det har dock inte förelegat förutsättningar för kommunerna att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommunerna borde rätteligen ha tillämpat förhandlat förfarande med föregående annonsering. Menigo hade då fått en förnyad möjlighet att lämna anbud i upphandlingen eftersom anbud som inkommit i det öppna förfarandet inte får beaktas.

Kommunerna har vidare i samband med övergången till förhandlat förfarande meddelat att i det förhandlande förfarandet skulle anbud som efter förhandling fortfarande inte uppfyllde ställda skall-krav utvärderas med belastningspris. Det är en betydande förändring i förhållande till de förutsättningar som gällde enligt det annonserade förfrågningsunderlaget. Enligt detta skulle anbud som innehöll produkter som inte uppfyllde ställda skall-krav förkastas. En sådan förändring är inte tillåten enligt vad som anges i 4 kap. 5 § 1 LOU. Det innebär att även om kommunerna skulle ha haft rätt att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering strider förfarandet mot gällande regler.

Därtill har själva förhandlingen genomförts på ett sätt som strider mot principerna om transparens och likabehandling eftersom anbudsgivarna har fått förhandla om olika produkter i sina anbud. Anbudsgivarna har fått möjlighet att förhandla om de produkter i det egna anbudet som kommunerna bedömt inte uppfyller ställda skall-krav. Menigo har fått förhandla om sex produktpositioner och Martin & Servera om sju. Det är en nackdel för den anbudsgivare som fått förhandla om minst antal produkter. Även produktslaget får stor inverkan eftersom den i utvärderingen tillämpade mängden inte är den samma för alla produkter.

Den största bristen i upphandlingen är dock att kommunerna har utfört anbudsprövningen på annat sätt än som gällt enligt förfrågningsunderlaget. Efter att kommunerna genomfört förhandlingarna konstaterade kommunerna att anbuderna fortfarande inte uppfyllde ställda krav. Trots detta genomfördes en utvärdering av anbuderna och kommunerna använde därvid belastningspriser på de produkter som inte uppfyllde kravet, något som kommunerna tidigare sett sig förhindrade att göra. Detta är helt i strid med förfrågningsunderlaget. En sådan förändring i förhållande till det annonserade underlaget är aldrig tillåten oavsett om den görs i förhandlat förfarande eller inte. Att bortse från uppställda skall-krav är aldrig tillåtet. Det krävs

alltid förnyad annonsering för att ändra ställda krav. Menigo har lämnat anbud i upphandlingen utifrån förutsättningen att varje brist i förhållande till kraven på produkterna leder till att anbudet förkastas. Detta har medfört att Menigos anbud innehåller en relativt stor andel tomma positioner, vilka har utvärderats med belastningspris. Det är de tomma positionerna som är orsaken till att Menigo har så pass högt utvärderingspris. För det fall att det hade angetts i förfrågningsunderlaget att produkter som inte uppfyllde kraven skulle utvärderas till belastningspris och inte lett till att anbudet förkastas hade Menigo gjort helt andra överväganden vid anbudslämnandet.

Menigo har på grund av kommunernas felaktiga agerande företagits möjligheterna att konkurrera på likvärdiga villkor som övriga leverantörer. Bristerna i upphandlingen har lett till att Menigo har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Menigo har lidit skada av att kommunerna frångått de i förfrågningsunderlaget fastställda förutsättningarna för anbudsprövning. Menigo har utformat sitt anbud efter förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Kommunerna har sedan valt att ändra dessa förutsättningar och utvärdera anbud som innehåller ej godkända produkter utan att då samtidigt ge tillfälle till förhandling om hela anbudet. Eftersom både Menigos och Martin & Serveras anbud innehöll produkter som inte uppfyllde ställda skall-krav skulle båda anbuderna rätteligen ha uteslutits. Detta hade lett till en förnyad upphandling i aktuella delar eftersom övriga anbudsgivare inte lämnat anbud som huvudleverantör. Vid förnyad upphandling hade Menigo kunnat lämna ett nytt anbud. Istället har kommunen övergått till förhandlat förfarande, låtit anbudsgivarna förhandla om delar av anbuderna som avser skall-krav, ändrat ställda skallkrav, låtit Martin & Servera förhandla om en större del av anbudet än vad Menigo fått förhandla om samt därefter antagit anbudet från Martin & Servera som innehöll icke godkända produkter.

**Ängelholms kommun och Örskelljunga kommun** anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och Menigo har inte visat att man har lidit skada av det förhandlade förfarandet. Av beslutet att övergå till förhandlat förfarande framgår klart hur utvärdering efter förhandling skulle gå till. Villkoren är lika för båda anbudsgivare och fullständigt redovisade. Vid en förhandling enligt 4 kap. 5 § 1 LOU är syftet att rätta upp anbuderna så att dessa uppfyller tidigare ställda krav. Detta innebär inte att alla anbudsgivare måste förhandla om exakt samma delar. Anbudsgivarna har ej förhandlat om olika delar av anbuderna utan enbart om produkter som ej uppfyller kraven. Menigo och Martin & Servera har haft samma möjlighet att förhandla.

Kommunerna har valt att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 1 LOU av de skäl som framgår av nämnda paragraf. Menigo anser att förhandlingen skulle ha annonserats. Av 4 kap. 6 § LOU framgår dock att förhandlad upphandling kan ske utan annonsering om man endast bjuder in de anbudsgivare som uppfyller kraven i föregående öppet förfarande och som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. LOU och som har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. Kommunen har således haft lagstöd för att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering oavsett vilken av de nämnda paragraferna som har åberopats.

Kommunerna håller inte med om att det innebär en väsentlig förändring att lägga belastningspris på produkter som efter förhandlingen inte uppfyller kraven. Belastningspriserna var kända redan då upphandlingen annonserades och har inte förändrats. Hur det förhandlade förfarandet skulle genomföras och vilka förutsättningar som skulle gälla har kommunicerats med anbudsgivarna. I dokumentet "Förhandling avseende upphandling Livsmedel 2014 delen Huvudleverantör" framgår klart att belastningspris kommer att användas om anbudsgivaren inte kan erbjuda en produkt som uppfyller

kraven. Det förhandlade förfarandet har genomförts med fullständig transparens.

Efter förhandling tilldelades kontrakt då kommunerna gjorde bedömningen att båda anbudena uppfyllde ställda krav. Menigo har inte visat på vilket sätt valt förfarande har medfört skada eller risk för skada för bolaget. Det är Menigos egen taktik i upphandlingen som har medfört att man inte vann upphandlingen. Menigo har åsamkat sig själv skada genom att medvetet avstå från att offerera ett stort antal produkter, vilket medfört belastningsvärden. De lämnade anbudena hade följande totalpriser: Martin & Servera 12 200 492 kr och Menigo 12 518 247 kr. Efter förhandling var anbudens totalsummor Martin & Servera 12 197 954 kr och Menigo 12 535 417 kr.

#### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

##### **Tillämpliga 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 proportionalitet iakttas.

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 får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

### Förvaltningsrättens bedömning

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats.

Menigo har anfört brister i upphandlingen hänförliga till kommunernas val av upphandlingsförfarande samt till genomförandet av det förhandlade förfarandet. Menigo har redogjort för hur bolaget anser sig ha lidit skada till följd av dessa brister och har därvid bl.a. anfört att Menigo har förtagits möjligheterna att konkurrera på likvärdiga villkor som övriga leverantörer samt att Menigo utformat sitt anbud efter förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och har lidit skada av att kommunerna frångått de i förfrågningsunderlaget fastställda förutsättningarna för anbudsprövning.

Förvaltningsrätten konstaterar att Menigo, tillsammans med den ende andra anbudsgivaren, har inbjudits att delta i det förhandlade förfarandet. Förutsättningarna för hur det förhandlade förfarandet skulle genomföras har redovisats tydligt för anbudsgivarna. Kommunerna har efter att förhandlingarna genomförts bedömt att båda anbudsgivarna uppfyllt ställda krav. Båda anbuden har utvärderats. Vid nu angivna förhållanden anser förvaltningsrätten att Menigo inte förmått visa att de åberopade bristerna i det förhandlade förfarandet har medfört skada eller risk för skada för bolaget. Det saknas då anledning att pröva huruvida kommunerna haft fog för att välja förhandlat förfarande. Grund för ingripande mot upphandlingen föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Anders Mattsson

Lena Palmér har föredragit målet.





# 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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.

