



SÖKANDE

1. 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

2. Martin & Servera AB, 556233-2451
112 89 Stockholm

MOTPART

Kristinehamns kommun
681 84 Kristinehamn

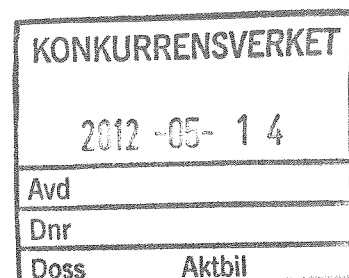
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om vad gäller produktområdena A Huvudleverans och D Djupfryst.

Förvaltningsrätten avvisar Martin & Servera AB:s ansökan om talerätt.



BAKGRUND

Kristinehamns kommun har genomfört en upphandling av livsmedel (dnr. Tn 2011:115-051). Upphandlingen har varit ett s.k. öppet förfarande enligt LOU. I tilldelningsbeslut daterat den 6 december 2011 anges att leverantören Servera R & S AB:s (härefter Servera) anbud antogs avseende bl.a. produktområdena A Huvudleverans och D Djupfrost. Leverantören Gunnar Dafgård AB (härefter Dafgård) placerades som nummer två i utvärderingssammanställningen avseende produktområdet D Djupfrost.

YRKANDEN M.M.

Menigo Foodservice AB (härefter Menigo) yrkar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har vidtagits genom en ny anbudsutvärdering avseende produktområdena A Huvudleverans och D Djupfrost vid vilken Serveras och Dafgård's anbud inte ska beaktas. Menigo anför i huvudsak följande som skäl för sin talan. Menigo har i samband med erhållandet av tilldelningsbeslutet den 6 december 2011 fått tillgång till övriga anbudsgivares anbud. Menigo kan konstatera att utvärderingen innehåller avsevärda brister. Bland annat har kommunen utvärderat anbud trots att samtliga skall-krav inte är uppfyllda. Ett av skall-kraven som leverantörerna har att uppfylla är att samtliga av anbudsgivaren offererade produkter ska uppfylla de kvalitetskrav som följer vid varje tid gällande EG förordning, livsmedelslagstiftning, livsmedelsförordningar, Livsmedelsverkets och Jordbruksverkets föreskrifter. Detta gäller även för produkter utanför EU. Det kan konstateras att Servera offererat produkter som inte uppfyller ställda skall-krav i bland annat positionerna 305, 306, 321 och 323. Att producenten Atria inte kan garantera att produkterna uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav framgår av den korrespondens Menigo haft med producenten Atria. Också Dafgård har offererat produkter som inte uppfyller ställda skall-krav i bland annat positionerna 305 och 306.

I enlighet med vad som anförts ovan har kommunen utvärderat anbud som inte uppfyllt samtliga skall-krav. Kommunens utvärdering är i detta avseende inte förutsebar eller korrekt. Den behandlar inte heller samtliga anbudsgivare på ett likvärdigt sätt. Om produkter inte uppfyller ställda skallkrav kan inte heller någon utvärdering av anbuderna ske. Kommunen har genom den utförda utvärderingen brutit mot principen om likabehandling, vilket lett till att Menigo inte tilldelats upphandlingen för produktområdena A Huvudleverans och D Djupfryst. Vid en korrekt utvärdering skulle Menigos anbud varit det mest ekonomiskt fördelaktiga för dessa produktområden. Menigo kan därför komma att lida skada. Enligt Menigos uppfattning ska Serveras och Dafgårds anbud, som inte uppfyllt alla skallkrav, förkastas vid en ny anbudsutvärdering och Menigo ska tilldelas upphandlingen såvitt avser produktområdena A Huvudleverans och D Djupfryst.

Kristinehamns kommun anser att Menigos ansökan ska lämnas utan bifall och anför bland annat följande. Menigos påstående att utvärderingen har avsevärda brister bestrids. Menigo har som enda grund för sitt yrkande anført att anbuderna från Servera och Dafgård inte uppfyllt ställda krav i anbudsfrågans bilaga 4, Kvalitetskrav för livsmedel. Påståendet bestrids av följande skäl. Till anbudsfrågan har kommunen fogat ett anbudsformulär. I formuläret efterfrågar kommunen svar på bland annat om punkterna 2.2.1 – 2.2.3 uppfylls och om kvalitetskraven för livsmedel uppfylls. Såväl Servera som Dafgård har med ”ja” besvarat frågorna. Utifrån fast praxis har kommunen godtagit bolagens bekräftelser att kraven uppfyllts. Den omständigheten att Menigo presenterat ett epostmeddelande från Atria innebär inte att Menigo har visat att Servera och Dafgård inte uppfyller ställda krav enligt anbudsfrågans bilaga Kvalitetskontroll för livsmedel.

Menigo har därefter i yttrande anført bland annat följande. Det åligger den upphandlande myndigheten att kontrollera att uppställda skallkrav uppfylls. För att en kontroll ska vara effektiv förutsätts att garantier kan lämnas om att den produkt som upphandlas uppfyller de krav som ställs. Att

anbudsgivaren själv intygar eller försäkrar att djurskyddskraven i särskilda avseenden kommer att uppfyllas kan inte anses utgöra effektiv kontroll. Kommunen har i förevarande fall haft anledning att utreda eller säkerställa att uppställda skall-krav uppfyllts och i enlighet med förfrågningsunderlaget förkasta de anbud som inte uppfyller uppställda skall-krav.

I en skrivelse inkommen till förvaltningsrätten den 18 januari 2012 ansöker Martin & Servera AB om talerätt i målet. Martin & Servera AB hänvisar till Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr 471-11 och anför som skäl för sin talan bland annat följande. Vid årsskiftet 2011/2012 gick restauranggrossisterna Martin Olsson HAB och Servera R & S AB samman i ett nytt gemensamt bolag vid namn Martin & Servera AB. Martin & Servera AB konstaterar att ingen leverantör kan antas då samtliga tre huvudleverantörer har missat skall-krav för produkter i upphandlingen och enligt kvalificeringsfasen i kravspecifikationen ska anbud som enbart uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget, gå vidare till utvärdering. Förutom huvudleverantör gäller detta även för varugruppen djupfrost och för färskt kött som är berörda av kraven och som är antagna utan verklig utvärdering av djurskydd på köttprodukter. Med andra ord ska samtliga tilltänkta huvudleverantörer vara förkastade och upphandlingen måste göras om på de berörda varugrupperna som är A Huvudleverans, D Djupfrost och E Kött (färskt).

DOMSKÄL

Tillämplig lagstiftning

Enligt lag (2011:1030) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, som trätt i kraft den 1 november 2011, ska äldre bestämmelser gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och

detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt tillämplig lydelse av 16 kap. 5 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § 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.

Utredningen i målet

Anbudsfrågan har under punkten 2 rubriken "Krav på leverantören". Under punkten 2.2. "Teknisk förmåga och kapacitet" anges i punkten 2.2.1.följande.

Leverantören skall säkerställa att de krav och villkor som ställs i de olika kriteriedokumenterna för livsmedel kan upprätthållas under kontraktperioden.

Anbudsfrågan har under punkten 3 rubriken "Kravspecifikation". Under punkten 3.1. "Krav på produkter och förpackning" anges i punkten 3.1.1. "Lagar och föreskrifter" bland annat följande.

Samtliga av anbudsgivaren offererade produkter skall vid varje tidpunkt uppfylla de kvalitetskrav som följer vid varje tid gällande EG-förordning, livsmedelslagstiftning, livsmedelsförordningar, Livsmedelsverkets och Jordbruksverkets föreskrifter samt av olika livsmedelsbranscher vedertagna regler om livsmedel. ... Utöver vad som nämns ovan skall alla av anbudsgivare offererade produkter även uppfylla de kvalitetskrav som framgår av detta förfrågningsunderlag inklusive bilagor.

I punkten 3.1.2. "Kvalitetskrav" anges bland annat följande.

De kvalitetskrav som kommunerna ställer på de livsmedel som leverantören ska anskaffa, lagerhålla och distribuera till samtliga enheter framgår av bilagan "Kvalitetskrav livsmedel"

Av bilagan "Kvalitetskrav för livsmedel" framgår bland annat följande vad gäller varugruppspecifika krav.

Animaliska livsmedel

- Produkt av kyckling skall härstamma från djur som fötts upp på anläggning där beläggningsgraden varit max 36 kg per m² och max 25 djur per m². Intyg eller certifikat från producent skall på begäran uppvisas som styrker detta krav.
- Antibiotika och andra läkemedel får användas endast efter veterinär förskrivning och inte i annat syfte än att förebygga, påvisa, lindra eller bota sjukdom eller sjukdomssymtom. Restsubstanser får inte överstiga gällande gränsvärden.
- Foder av animaliskt ursprung/animaliska biprodukter får inte användas i fodret för idisslare eller kyckling.
- Inga tillväxthormoner eller liknande ämnen får användas.
- Spårbarheten för animalier skall utöver nötkött och ägg även gälla all ren köttråvara.
- Bedövning skall ske före slakt, gäller alla djur.
- Mjölkkor, får och nötkreatur över 6 månader (undantaget tjurar) skall ha tillgång till bete eller annan utevistelse under en sammanhängande betessäsong.
- Grisar skall hållas lösgående med tillgång till bökbart material. Svanskupering tillåts inte.
- Näbbtrimning tillåts inte på hönsfåglar. Hönor skall ha tillgång till värprede, sittpinne och sandbad.
- Djuret skall ha transporterats max 8 timmar till slakt.

Förvaltningsrättens bedömning

Menigo har till stöd för sin talan bland annat anfört att det i förevarande upphandling är otillräckligt att anbudsgivaren själv intygar eller försäkrar att djurskyddskraven är uppfyllda. Menigo har i förvaltningsrätten även gjort gällande att Servera och Dafgård, trots att bolagen i anbudsförfrågan angivit motsatsen, bland annat offererat produkter som inte uppfyller kraven i bilagan "Kvalitetskrav för livsmedel" som enligt punkten 2.2.1 i anbudsförfrågan uppställts som skall-krav.


Av EU-domstolens dom den 4 december 2003 i mål C-448/01 EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike framgår att ett upphandlingskriterium som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnas av anbudsgivaren strider mot principerna i gemenskapsrätten om offentlig upphandling. Kristinehamns

kommun har inte närmare angivit hur kontroll och uppföljning ska gå till avseende de krav som det i målet är fråga om.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det i förevarande upphandling uppställts krav som i faktisk mening inte kan kontrolleras och att detta strider mot principen om likabehandling som uppställs i upphandlingslagstiftningen. Menigo har som anbudsgivare vid sådant förhållande riskerat att lida skada. Mot bakgrund av att förevarande brist är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede är rättelse inte tillräckligt varför upphandlingen ska göras om gällande produktområdena A Huvudleverans och D Djupfryst.

Martin & Servera AB har den 18 januari 2012 inkommit med en ansökan om talerätt i målet med hänvisning till Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr 471-11. Denna dom rör en annan situation än förvaltningsrättens nu aktuella mål, där förvaltningsrätten beslutat att upphandlingen i berörda delar ska göras om. Vid sådant förhållande finner förvaltningsrätten att Martin & Servera AB:s ansökan om talerätt i målet ska avvisas.

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


Olle Sundberg
rådman

Målet har beretts av förvaltningsrättsnotarien Henrik Melin