



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM
2013-12-20
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6531-13 E
Avdelning 3 Enhet 31

SÖKANDE

Martin & Servera AB, 556233-2451
112 89 Stockholm

Ombud: Stig Hermanson
Martin & Servera AB
112 89 Stockholm

MOTPART

Halmstads kommun
Box 153
301 05 Halmstad

Ombud: Kommunjurist Kai Sällström

PART

Menigo Foodservice AB, 556044-4647
Box 10013
121 26 Stockholm-Globen

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

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 220958

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Halmstads kommun (kommunen) genomför en offentlig upphandling avseende livsmedelgrossist "KS2013/0101." Av tilldelningsbeslut meddelat den 22 maj 2013 framgår att kommunen ansett att Menigo Foodservice AB (Menigo) har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och att Menigos anbud antagits för upphandlingen som grossist. Vidare framgår av tilldelningsbeslutet att endast anbudet från Menigo har kontrollerats avseende uppfyllelse av obligatoriska krav och att detta anbud uppfyller ställda krav.

YRKANDEN M.M.

Martin & Servera AB (M & S) yrkar, i enlighet med hur bolaget slutligen formulerat sin talan, att förvaltningsrätten ska döma kommunen till rättelse genom att förkasta Menigos anbud och att ny utvärdering därefter ska genomföras. M & S anför i huvudsak följande. Menigo har verifierat sina produkter i strid med villkoren i förfrågningsunderlaget och anbudet ska därför i enlighet med förfrågningsunderlagets villkor förkastas.

I punkt 3.2-3 i förfrågningsunderlaget anges utökade krav på djurvälstånd för fläsk, nötkött, kyckling och ägg. Av punkt 3.4 framgår angående djurvälstånd att *"För att kravet ska anses som uppfyllt kan verifiering ske genom intyg eller certifiering från oberoende part eller en beskrivning som tydligt visar hur kravet uppfylls och hur uppföljning av kravet kan ske."* Kommunen har sedan kompletterat detta krav genom att i fråga som ska besvaras uppge *"Ange hur kravet uppfylls. Bilagenummer för eventuella intyg, med positionsnummer anges. Observera, för att underlätta utvärderingen är det viktigt att relevanta dokument som styrker ställda krav på djurvälstånd bifogas anbudet."*

Av punkt 2.11 i förfrågningsunderlaget framgår att ”*Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal krav både avseende anbudsgivaren och efterfrågad produkt. Obligatoriska krav, s.k. skallkrav, måste uppfyllas.*” Av punkt 2.5 framgår att ”*Anbudet förkastas om inte samtliga obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget uppfylls.*”

Menigo har inlämnat en verifiering undertecknad av företagets inköpsdirektör, där det bekräftas att Menigo kommer att verifiera uppställda djurskyddskrav. Menigo anger i verifieringen att de på de berörda positionerna bifogat leverantörsförsäkringar som verifierar att de ställda djurskyddskraven uppfylls. Menigo anger att försäkringarna är undertecknade av behöriga företrädare hos respektive leverantör/producent.

För kött från importören Globe Foods AB har Menigo inkommit med ett intyg som är daterat den 26 oktober 2012 medan förfrågningsunderlaget är daterat den 25 januari 2013. Intyget saknar garanti för salmonellafrihet, saknar underskrift och det anges varken positionsnummer eller för vilka produkter det gäller. Det är inte heller skrivet på papper med företagsprofil. Detta intyg kan därmed inte anses verifiera djurskyddskraven avseende positionerna 2006-2008, 2011, 2013 och 2020.

Avseende position 2127 har Menigo ingivit en leverantörsförsäkran från BPI utställd den 5 november 2012 medan förfrågningsunderlaget är daterat den 25 januari 2013. Ändå framgår av intyget att det avser den nu aktuella upphandlingen. Vidare saknas positions hänvisning, bilagenummer och namnförtydligande.

Avseende position 2129 har Menigo inkommit med ett leverantörsintyg undertecknat av bolagets egen Miljö- och kvalitetschef. Genom att inte vända sig till leverantören utan i stället producera ett eget intyg förfar Menigo tvärtemot vad som angetts i det generella intyget, varav

framgår att producentintygen ska vara undertecknade av producenterna. Menigos Miljö- och kvalitetschef kan omöjligtvis ansvara för produktionen av kyckling hos en producent.

Menigo har därmed inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav enligt förfrågningsunderlaget och kommunen borde därför ha förkastat Menigos anbud. M & S borde ha vunnit upphandlingen och har därför lidit skada.

Om förvaltningsrätten bedömer att Menigos anbud inte ska förkastas ska anbuden utvärderas på nytt. Menigo har, bland annat, offererat utgående produkter på positionerna 1014, 1017, 2029-2030, 2233 samt 2250 vilket innebär att de bör beaktas som icke offererade. Dessa har vid utvärderingen godkänts av kommunen. Vidare har kommunen på ett felaktigt sätt utvärderat Menigos anbud på positionerna 1120, 2026, 2028, 2140, 3186 samt 2142 varför belastningspris ska påföras dessa positioner.

Vid en korrekt utvärdering skulle M & S tilldelats upphandlingen med en marginal om 296 910 kr.

Kommunen har genom att inte utvärdera Menigos anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget kringgått principerna om transparens och likabehandling. Genom att inte kontrollera att de ställda kraven uppfylls när det gäller förhöjd djurvälstånd strider vidare utvärderingen mot principen om icke-diskriminering.

Kommunen bestrider M & S yrkande. Upphandlingen har genomförts helt i enlighet med förfrågningsunderlaget, LOU och övrig relevant lagstiftning. Texten om verifiering av djurvälstånd i förfrågningsunderlaget ger en anbudsgivare möjlighet att intyga i eget namn. Menigos verifiering av djurvälstånd är således förenlig med förfrågningsunderlaget. När det gäller bilagenummer och positionsnumrering, har Menigo tillsammans med an-

budet gett in ett excel-ark, vars innehåll gör att ifrågavarande krav är uppfyllt. Anledningen till att intyget från Globe Foods saknar namnunderskrift är att intyget är en översättning av originalintyget. Intygets datering i förhållande till förfrågningsunderlaget ska inte medföra diskvalifikation. Det är riktigt att intyget saknar uppgift om salmonellafrihet. Bristen läks emellertid genom Menigos verifiering. I den mån förvaltningsrätten finner att de av Menigo ingivna intygen inte svarar upp mot innehållet i förfrågningsunderlaget ska de positioner som intygen avser belastas med alternativpris.

Vad avser position 2129 framhålls att det är möjligt för anbudsgivare att verifiera i eget namn. Menigo har vidare, i samband med att anbudet ingavs, bilagt produktfakta avseende den efterfrågade produkten. Under ”Märkning” återfinns symbolen ”Svensk Fågel.” Denna symbol verifierar att efterfrågad produkt svarar upp mot begreppet djurvälstånd. Det föreligger inte heller skäl att underkänna leverantörsförsäkran avseende position 2127.

Vad avser position 2028 och 3186 vitsordas att Menigo inte uppfyllt kraven på dessa positioner och att dessa ska belastas med alternativpris. Positionerna 1120, 2026, 2140 och 2142 ska inte belastas.

Menigo har, i enlighet med Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2011 ref. 29, beretts möjlighet att yttra sig. Menigo har anfört i huvudsak följande. Kommunen har genomfört den aktuella upphandlingen och anbudsprövningen i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen strider således inte mot 1 kap. 9 § LOU eller mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. M & S har inte visat att det föreligger några sådana brister i upphandlingen att M & S riskerar att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Menigo uppfyller ställda krav i upphandlingen vad gäller djurvälstånd och har, i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget, lämnat en beskrivning som tydligt visar hur kravet uppfylls samt hur uppföljning av kravet kan ske. Kommunen har bedömt att den lämnade beskrivningen är tillräcklig för att verifiera att kravet på djurvälstånd är uppfyllt. Mot bakgrund av utformningen av förfrågningsunderlaget saknas skäl att ifrågasätta kommunens bedömning. Kommunen har således inte utfört anbudsprövningen i strid med reglerna i 1 kap. 9 § LOU eller de upphandlingsrättsliga principerna.

Utöver beskrivningen av hur kravet enligt ovan uppfylls har Menigo gett in diverse intyg från leverantörer och producenter. Dessa har getts in för att ytterligare styrka den höga kvalitet som offererade produkter har och att kraven på djurvälstånd uppfylls. Intygen är ordnade enligt en bilagd lista med positionsnummer och övriga uppgifter så att det ska gå lätt att koppla respektive intyg till rätt produkt. I förfrågningsunderlaget anges att ”*Bilagenummer för eventuella intyg, med positionsnumrering anges.*” Det finns således inget krav i förfrågningsunderlaget på att bilage- och positionsnummer ska anges direkt på intyget. Vidare kan ifrågasättas huruvida det sagda överhuvudtaget är formulerat som ett skalkrav innebärande att en brist ska medföra att anbudet förkastas. De intyg som har getts in utgör i vissa fall översättningar av tidigare utfärdade intyg och i vissa fall har intygen utfärdats i samband med andra upphandlingar. Intygen är dock alltså gällande och utvisar verkliga förhållanden. Varken den omständigheten att intygen är översatta till svenska och därför inte heller undertecknade eller att de är daterade före den aktuella upphandlingen annonserades ska medföra att innehållet ska anses strida mot kraven i upphandlingen.

Vad gäller påståendet om att bekräftelse avseende kravet på salmonellafria produkter i avsnitt 3.3 i förfrågningsunderlaget saknas framhålls att det av

Livsmedelsverkets föreskrifter (LIVSFS 2005:22) om kontroll vid handel med animaliska produkter inom den Europeiska unionen ställs krav på kontroll avseende spår av salmonella. Redan denna omständighet utgör verifiering av att produkterna som Menigo offererar är fria från salmonella. Vidare är salmonellafrihet ett krav för märkningen ”Svensk Fågel” och av de handlingar som ingetts tillsammans med anbudet framgår att produkterna på positionerna 2127 och 2129 är märkta med denna symbol.

Avslutningsvis kan konstateras att M & S anbud inte uppfyller skallkraven avseende djurvälstånd. Kommunen har på positionerna 1116-1117 efterfrågat ekologiska ägg och uppställt som obligatoriskt krav att foderråvaran inte får innehålla fiskmjöl. M & S uppfyller inte detta krav. På position 2125 har kommunen efterfrågat fryst kyckling. Av avsnitt 3.3 framgår att produkt av kycklingkött ska härstamma från djur som fötts upp på en anläggning där belägningsgraden varit max 36 kg/m² (och max 25 djur/m²) och där bilaga I och II uppfylls enligt direktiv 2007/43/EG om fastställande av minimiregler för skydd av slaktkycklingar. M & S uppfyller inte heller detta krav. Detta innebär att M & S anbud rätteligen ska förkastas vid en förnyad anbudsprövning och att M & S därmed inte riskerar att lida skada av bristerna som görs gällande i aktuellt mål.

Vad gäller utvärderingen av positionerna 1014, 1017, 1120, 2026, 2028-2030, 2140, 2142, 2233, 2250 samt 3186 vitsordas att positionerna 2028 och 3186 ska belastas med alternativpris. Menigo kommer emellertid, som enda kvalificerad anbudsgivare, att tilldelas kontraktet i upphandlingen även om ytterligare belastningspriser påförs utvärderingspriset. Mot den bakgrunden och mot bakgrund av vad som i övrigt framförts i aktuellt yttrande och i kommunens inlagor i målet, ska ansökan om överprövning avslås.

M & S har, i anledning av Menigos yttrande, i tillägg till vad som tidigare angetts, anfört följande. Menigo anser att bevisningen för förhöjt djurskydd kan tillgodoses med *”en beskrivning som tydligt visar hur kravet uppfylls och hur uppföljning av kravet kan ske.”* Av praxis framgår emellertid att det är verifiering och tredjepartsintyg som gäller samt att leverantörsintyg från grossist inte gäller. Vad gäller *”hur uppföljning av kravet kan ske”* anger detta uppföljning under avtalsperioden, medan överprövningen handlar om att klara likabehandlingsprincipen i anbudsutvärderingen.

Menigo har vidare anfört att det inte finns något krav på att ange positionsnummer i sina intyg. M & S ifrågasätter att ett intyg som ska verifiera något och som inte hänvisar direkt till den produkt som ska verifieras kan ha något värde.

Sammanfattningsvis vidhåller M & S att Menigos anbud ska förkastas för att de inte lämnat fullödiga uppgifter på intygen i upphandlingen, som bevisat att de uppfyllt de förhöjda skallkraven på djurvälstånd.

Vad gäller påståendena om bristande skallkravsuppfyllelse i M & S anbud så härstammar alla ekologiska ägg på marknaden från höns som till viss del fötts upp på fiskmjöl vilket inte heller är något brott mot den ekologiska märkningen. Det finns heller inget förbud mot att föda upp höns på fiskmjöl varken i EU eller i den svenska djurskyddslagen. Det stämmer att beläggningsgradskravet på position 2125 inte är uppfyllt. Belastningspris ska således påföras denna position vid anbudsutvärderingen.

Det ifrågasätts, med hänvisning till Högsta förvaltningsdomstolens dom den 30 april 2013 i mål nr 4714-12, att Menigo skulle ha en sådan partsställning i detta mål att förvaltningsrätten ska pröva Menigos yrkanden. HFDs avgörande begränsar en leverantörs yrkanden i en överprövnings-

process i egenskap av negativt berörd part. Leverantörens yrkanden får endast avse bemötanden av det som framförts om dess anbud.

Vidare ifrågasätts yrkandet om att M & S anbud ska förkastas för att någon position blivit felaktigt anbudslagd eftersom detta regleras med belastningspriser i upphandlingen.

Kommunen har valt att inte yttra sig över Menigos yttrande.

DOMSKÄL

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i eller någon av de principer som anges i lagstiftningen och att en leverantör till följd av detta lidit eller kan komma att lida skada.

För att en upphandling enligt LOU ska uppfylla unionsrättens krav på likabehandling ska leverantörer och de produkter som erbjuds behandlas lika.

De förfaranden som används av en upphandlande myndighet ska tillämpas på samma sätt mot alla leverantörer som deltar i en upphandling. Skallkrav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet.

Angående prövningsramen i målet

Menigo har i enlighet med Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2011 ref. 29 beretts möjlighet att yttra sig över de uppgifter som M & S angett som stöd för ansökan om överprövning. Menigo har yttrat sig över vad M & S anfört rörande bristande skallkravsuppfyllelse i Menigos anbud. Menigo har därtill anfört att M & S inte uppfyllt skallkraven i sitt anbud och att deras anbud därför inte kan utvärderas. Menigo menar därför att om förvaltningsrätten skulle finna att Menigos anbud inte uppfyller skallkraven kan M & S inte anses ha lidit någon skada.

Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till i denna del är det som Menigo anfört rörande bristande skallkravsuppfyllelse i M & S anbud kan prövas inom ramen för nu aktuellt mål.

Kammarrätten i Stockholm har den 30 maj 2012 i mål nr 924-12 sakprövat de argument anbudsvinnaren lagt fram, i anslutning till att denne beretts möjlighet att yttra sig, rörande bristande skallkravsuppfyllelse i sökandens anbud och därtill prövat vidhängande fråga om sökanden lidit skada.

Kammarrätten i Göteborg har härefter den 14 november 2013 i mål nr 4224-13 påtalat att Kammarrätten i Stockholm i domen ovan och Kammarrätten i Göteborg i dom den 15 maj 2013 i mål nr 741-13 funnit att den upphandlande myndigheten eller den vinnande leverantören, under överprövningsprocessen, kan få prövat en invändning om att den anbudsgivare

som har begärt överprövning enligt LOU inte uppfyller ett skallkrav trots att myndigheten vid anbudsutvärderingen funnit att kravet var uppfyllt.

Förvaltningsrätten finner därmed att vad Menigo anfört om bristande skallkravsuppfyllelse i M & S anbud faller inom prövningsramen för nu aktuellt mål.

Skallkrav i förfrågningsunderlaget

Av avsnitt 2.11 i förfrågningsunderlaget framgår att *”Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal krav både avseende anbudsgivare och efterfrågad produkt. Obligatoriska krav, s.k. skall-krav, måste uppfyllas. Se vidare punkt 3 Kravspecifikation, punkt 4 Kontroll av leverantörers lämplighet ...”*. Av avsnitt 2.5 framgår att *”Anbudet förkastas om inte samtliga obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget uppfylls”*.

Av avsnitt 3.2-3 i förfrågningsunderlaget framgår vilka krav som gäller avseende djurvelfärd för fryst kött av fläsk och nöt samt för kyckling och ägg. Dessa krav avser positionerna 2000-2022, 2042, 2051 samt 2054 vad avser fryst kött av fläsk och nöt och positionerna 1033-1037, 1116-1121 samt 2124-2129 vad avser kyckling och ägg. Av avsnitt 3.4 framgår att verifiering av djurvelfärd ska ske genom intyg eller certifiering från oberoende part eller en beskrivning som tydligt visar hur kravet uppfylls och hur uppföljning av kravet kan ske. Dessa avsnitt är vidare märkta med en symbol bestående av ett utropstecken mot röd bakgrund. Av symbolförklaring framgår att *”Texten/frågan vid denna symbol innehåller krav som måste uppfyllas”*. Kraven som ställs i avsnitt 3.2-4 är således skallkrav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna utvärderas. Att det under avsnitt 3.13, Alternativkostnad, anges att *”Alternativkostnad läggs in vid utvärderingen på aktuell position om vara inte har offererats eller offererad vara inte uppfyller ställda krav”* förändrar inte denna bedömning eftersom detta av-

snitt avser utvärderingsfasen och det klart framgår att anbud som inte uppfyller skallkraven enligt ovan ska förkastas redan vid kvalificeringen.

Frågan om bristande skallkravsuppfyllelse vad gäller djurvälstånd i M & S anbud

Som redogjorts för ovan har förvaltningsrätten funnit att kraven som ställs i avsnitt 3.2-4 är skallkrav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna utvärderas. Av avsnitt 3.3 i förfrågningsunderlaget framgår vilka krav som gäller avseende djurvälstånd för kyckling och ägg. Bland annat anges att foderråvaran ej får innehålla fiskmjöl och att produkt av kycklingkött ska härstamma från djur som fötts upp på anläggning där belägningsgraden varit max 36 kg/m² (och max 25 djur/m²) och där bilaga I och II uppfylls enligt direktiv 2007/43/EG om fastställande av minimiregler för skydd av slaktkycklingar. M & S har vitsordat att kravet på foderråvara fri från fiskmjöl inte är uppfyllt vad gäller positionerna 1116-1117 samt att belägningskravet avseende position 2125 inte är uppfyllt. M & S har därmed inte uppfyllt skallkraven på dessa positioner. Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunen inte prövat M & S anbud mot ställda skallkrav. Klart är emellertid, mot bakgrund av att det vitsordats att kraven ej är uppfyllda, att M & S anbud vid en sådan prövning rätteligen skulle ha förkastats.

Frågan om även Menigos anbud ska prövas avseende skallkravsuppfyllelse

För att ingripande ska kunna ske enligt LOU krävs att den som ansökt om överprövning kan anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada.

Eftersom M & S anbud inte uppfyller skallkraven i förfrågningsunderlaget menar Menigo att M & S inte kan anses ha lidit eller riskerat att lida skada, oavsett om Menigos anbud uppfyllt skallkraven eller ej. Av dom från EU-domstolen den 4 juli 2013 i mål C-100/12-*Fastweb* framgår emellertid att

den som förlorat en upphandling där endast två anbudsgivare deltagit har ett berättigat intresse av att få prövat om även vinnarens anbud uppfyller skallkraven, eftersom förloraren kan ha lidit skada även om denne själv inte uppfyllt skallkraven. Detta eftersom båda anbuden vid ett korrekt förfarande skulle ha förkastats och förloraren då skulle ha fått en ny chans att vinna upphandlingen när denna annonseras på nytt. Således ska Menigos anbud prövas avseende skallkravsuppfyllelse i enlighet med vad som anförts i M & S begäran om överprövning (se även Kammarrättens i Göteborg domar i mål 4660-12 och 665-11).

Frågan om bristande skallkravsuppfyllelse vad gäller djurvälstånd i Menigos anbud

Av avsnitt 3.4 i förfrågningsunderlaget framgår att verifiering av djurvälståndskraven i bl.a. 3.2 ska ske för skallkravsuppfyllelse.

I enlighet med avsnitt 3.4 i förfrågningsunderlaget beskriver Menigos inköpsdirektör Jonas Köhler, i dokumentet ”Verifiering av djurvälstånd”, upprättat den 20 mars 2013, hur Menigo kommer att verifiera uppställda djurskyddskrav. Av dokumentet framgår att Menigo bifogar leverantörsförsäkringen från berörda leverantörer avseende de ställda djurskyddskraven på de berörda positionerna. Dessa ska, enligt dokumentet, vara underskrivna av behöriga företrädare hos respektive leverantör. Vidare anges hur uppföljning av kriterierna hos respektive leverantör kommer att ske.

Förvaltningsrätten kan konstatera att de tre intyg som dagtecknats den 26 oktober 2012 i Bargly, Rawa Maz och Myszków i Polen saknar namnunderskrift. De tre intygen är vidare dagtecknade innan förfrågningsunderlaget offentliggjordes. I två av intygen uppges att produkter som det intygsgivande bolaget producerar för Globe Foods AB uppfyller vissa villkor vad gäller djurvälstånd. I det tredje intyget uppges att det intygsgivande bolaget

uppfyller vissa villkor vad gäller djurvälstånd avseende ”Foder till livsmedelsproducerande djur” och ”Nötkött, färskt/obehandlat fryst”. Det går inte att utläsa vilka positioner i förfrågningsunderlaget eller produkter som intygen avser. Förvaltningsrätten kan vidare konstatera att intygen inte intygar salmonellafrihet vilket är ett krav enligt 3.2 i förfrågningsunderlaget. Kommunen har invänt att det utifrån ingivet excel-ark från Menigo går att utläsa vilka positioner som intygen avser, att intygen är översättningar och därför saknar namnunderskrift och att bristen vad gäller salmonella läks av vad som framgår av dokumentet ”Verifiering av djurvälstånd”. Kommunen menar vidare att intygens datering i förhållande till förfrågningsunderlaget inte heller ska medföra diskvalifikation.

Mot bakgrund av att de tre intygen i fråga är dagtecknade innan förfrågningsunderlaget offentliggjordes, saknar namnunderskrift, saknar uppgift om salmonellafrihet och saknar positions-/produkthänvisning kan dessa, tillsammans med verifieringsdokumentet, inte anses verifiera att skalkraven under avsnitt 3.2 i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Senare ingivet excel-ark läker inte bristen vad avser positions-/produkthänvisning eftersom det ligger i sakens natur att man inte, *i efterhand*, kan definiera vad ett intyg upprättat av en annan aktör avser. Dokumentet ”Verifiering av djurvälstånd” läker inte heller bristen vad gäller salmonella eftersom dokumentet hänvisar till underleverantörernas intyg. Dokumentet beskriver förvisso att uppföljning av kriterierna i förfrågningsunderlaget kommer att ske genom ett oberoende certifieringsföretag men frågan om salmonellafrihet hos produkterna vid anbudsutvärderingen kvarstår obesvarad.

Förvaltningsrätten finner därmed att Menigos anbud inte uppfyller skalkraven avseende positionerna 2006-2008, 2011, 2103 och 2020.

*Konsekvenser av bristande skallkravsuppfyllelse i såväl Menigos som
M & S anbud*

Förvaltningsrätten har konstaterat bristande skallkravsuppfyllelse i Menigos anbud på positionerna 2006-2008, 2011, 2103 och 2020 och i M & S anbud på positionerna 1116-1117 och 2125. I anledning av detta konstaterande finner förvaltningsrätten ingen anledning att pröva de ytterligare påståenden som framförts rörande bristande skallkravsuppfyllelse eller de påståenden som framförts rörande felaktiga utvärderingspriser.

Om kommunen rätteligen förkastat båda anbuden skulle den aktuella upphandlingen med största sannolikhet ha genomförts på nytt. Vid detta scenario kan M & S sägas ha lidit skada eftersom man gått miste om möjligheten att vinna en ny eventuell upphandling (se EU-domstolens dom den 4 juli 2013 i mål C-100/12-*Fastweb* samt Kammarrättens i Göteborg domar i mål 4660-12 och 665-11).

För ingripande enligt LOU krävs emellertid att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 §, eller någon annan bestämmelse i LOU och *detta* medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada

Om två anbud brister avseende uppfyllelse av samma skallkrav och den upphandlande myndigheten behandlat dessa anbud på ett likartat sätt kan myndigheten inte anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen (se Kammarrättens i Stockholm dom den 30 maj 2012 i mål nr 924-12). Under förutsättning att den upphandlande myndigheten inte brutit mot någon annan grundläggande princip eller annan bestämmelse i LOU räcker därvid inte att den som begär överprövning lidit skada på så vis att man gått miste om en eventuell framtida ny upphandling.

I nu aktuellt mål har förvisso bristande skallkravsuppfyllelse rörande djurvälstånd konstaterats i båda anbuden. Anbudet brister emellertid på olika positioner. Därtill har M & S anbud inte prövats mot de uppställda skallkraven varför utfallet av en sådan prövning blir hypotetiskt. Kommunen kan därmed inte sägas ha behandlat de båda anbudet likartat.

Genom att ändå anta Menigos anbud har kommunen därmed agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Eftersom endast två anbud inkommit får M & S anses ha lidit skada av att kommunen inte rätteligen förkastat Menigos anbud. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därför. Mot bakgrund av att Menigos anbud inte borde ha utvärderats utan förkastats vid kvalificeringen och mot bakgrund av att M & S anbud rätteligen skulle ha förkastats vid kvalificeringen om prövning gentemot skallkraven i förfrågningsunderlaget skett, finns ingen möjlighet för förvaltningsrätten att förordna om rättelse. Upphandlingen ska därför göras om.

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

Hans Wikner
Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Herman Galle.



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.