



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2013-01-15
Meddelad i Karlstad

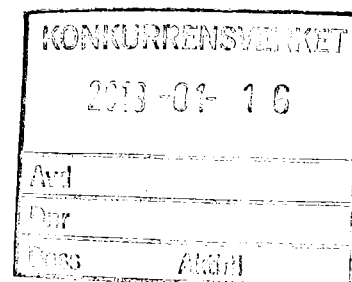
Mål nr
3042-12 E

SÖKANDE

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

Ombud:

Advokaten Liselott Fröstad
Jur.kand. Reibar Gadan
Jur.kand. Eleonore Gustafsson
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm



MOTPARTER

1. Forshaga kommun
Box 93
667 22 Forshaga

2. Grums kommun
664 80 Grums

3. Hagfors kommun
683 80 Hagfors

4. Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

5. Munkfors kommun
Box 13
684 21 Munkfors

Ombud för 1 – 5: Advokaten Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s ansökan.

Dok.Id 71793

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	054-14 85 30	måndag – fredag 08:00-16:00

angetts i DABAS att de är nyckelhålsmärkta. Positionerna ska därför påföras belastningsvärden.

Positionerna 407 och 408

För positionerna 407 och 408 ska en sejfilé offereras. De offererade produkterna som utvärderats är dock en portion av sammansatt fiskråvara vilket därmed inte motsvarar definitionen av en filé. Även om produkten kommer från vad som ursprungligen var en filé har den genom att behandlas inte de egenskaper som en filé har. De alternativa produkter som Martin & Servera offererat på dessa positioner ska därför läggas till grund för utvärderingen.

Menigos anbud

Positionen 457

Den produkt som Menigo offererat för positionen 457 uppfyller kravet på 100 procent råvara som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Produkten ska därför inte utvärderas med belastningsvärde.

Position 646

Den produkt som Menigo offererat för position 646 är ett bröd som väger 90 gram. Enligt egenskapskravet ska innerförpackning/minsta enhet för offererad produkt vara 0,084-0,2 kilo, vilket motsvaras av Menigos produkt. Att det i artikelbenämningen anges ett annat värde kan inte vara en otydlighet som ska läggas Menigo till last vid utvärderingen. Menigos produkt uppfyller kravet på minsta enhet som uppställs i förfrågningsunderlaget och ska därför inte utvärderas med ett belastningsvärde.

Positionerna 143, 204, 459, 586 och 661

De produkter Menigo offererat för positionerna 143, 204, 459, 586, och 661 har samtliga åsatts belastningsvärden på grund av att de inte ansetts motsvara kravet på förpackningsstorlek. Av den sammansättning som Menigo gjort framgår dock att produkterna ligger inom det intervall som krävs.

Köttprodukter i Menigos anbud

Menigo har också påförts belastningspriser avseende köttprodukter trots att nämnda produkter uppfyller ställda krav rörande djurskydd. Kommunerna har dock genom förtydligande kompletterat förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att det medfört en skyldighet att godta alla de produkter som uppfyller regler som ges av EU:s foder- och livsmedelslagstiftning. För det fall kommunernas avsikt var att vidhålla de något mer långtgående djurskyddskraven enligt svensk djurskyddslagstiftning skulle svaret på frågan formulerats på ett annat sätt.

Övrigt

Eventuella tillägg som kommunerna har gjort avseende ytterligare korrigeringar eller ändringar i Menigos anbud kan inte anses medföra skada eller risk för skada för Menigo och ska därmed inte omfattas av ett förordnande om rättelse. En upphandlande myndighet kan över huvud taget inte i en överprövningsprocess påstå att det föreligger ytterligare brister än de som uppmärksammats i den utvärdering som är föremål för överprövning. Eventuella påståenden som kommunerna fört fram avseende påförande av belastningspriser på produktpositioner i Menigos anbud som tidigare godkänts vid utvärderingen ska därför inte beaktas.

Kommunerna bestrider yrkandet om rättelse och anför huvudsakligen följande.

Martin & Serveras anbud

Positionerna 77 och 78

Vildfångad fiskråvara ska komma från hållbara bestånd. Av mejl från leverantören framgår att den offererade produkten kommer från ett hållbart bestånd.

Position 417 och 422

Av mejl från Findus framgår att arbetet med omställning för av Martin & Servera offererade fiskprodukter pågått sedan vintern 2011 och produkterna har sedan april respektive augusti i år varit MSC-märkta. Skäl för att åsätta belastningsvärde saknas därför.

Position 409 och 457

Enligt kommunens svar på fråga den 30 november 2011 har kommunerna meddelat att de för positionen 409 godtar en vikt om 0,04-0,07 kilo. Den produkt som Martin & Servera offererat uppfyller därför kravet.

Vad gäller position 457 ska förpackningen väga högst 7 kilo, varav innerförpackningen minst 1 och högst 4 kilo. Av produktbladet framgår att den offererade produkten har en storlek om 2 x 3 kilo. Den produkt Martin & Servera offererat uppfyller därför kravet.

Positionerna 661-664

Kommunerna har varken vid arbetstidens utgång eller vid tilldelningen haft anledning att ifrågasätta den nyckelhålsmärkning som fanns dokumenterad i DABAS. Eftersom DABAS är en erkänd branschneutral produktdatabas för produktinformation har något fel i upphandlingen per dagen för tilldelningen inte förekommit.

Positionerna 407 och 408

Kommunernas krav är att det ska vara fråga om oberedd sej som filé. Av produktbladet framgår att de offererade produkterna består av filé samtidigt som det är en portion.

Menigos anbud

Position 457

Menigo gör gällande att den offererade produkten uppfyller krav på 100 procent råvara. Den offererade produkten innehåller dock bl.a. vegetabilisk olja, potatisstärkelse, jästextrakt, maltodextrin och antioxidationsmedel. Krav på 100 procent råvara är således inte uppfyllt.

Position 646

Av kommunens krav framgår att brödet ska väga över 100 gram. Det av Menigo offererade brödet har inte uppfyllt kravet på en vikt över 100 gram.

Position 143

Ytterförpackningen får väga upp till 3 kilo. Menigos offererade ytterförpackning väger 9,6 kilo, 12 x 0,8 kilo.

Position 204

Ytterförpackningen får väga upp till 3 kilo. Menigos offererade ytterförpackning väger 4,5 kilo, 15 x 0,3 kilo.

Position 459

Ytterförpackningen får väga mellan 3 och 7 kilo. Menigos offererade ytterförpackning väger 2,5 kilo.

Position 586

Ytterförpackningen får väga upp till 6 kilo. Menigos offererade ytterförpackning väger 8.64 kilo.

Position 661

Ytterförpackningen får väga upp till 4 kilo. Menigos offererade ytterförpackning väger 6 kilo, 0,6 x 13 kilo.

Köttprodukter i Menigos anbud

Frågan som ställdes var om kommunerna godtar produkter som uppfyller regler som ges av EU:s foder- och livsmedelslagstiftning, som svanskupering vid veterinärsinrådan. EU:s foder- och livsmedelslagstiftning omfattar dock inte djurskydd utan syftar till att säkerställa livsmedelssäkerhet. Innebörden av kommunernas svar på den konkreta frågan om ingrepp på djur efter veterinärs inrådan var att det

godtas att sjuka djur behandlas efter veterinärs inrådan. En normalt insatt och välinformerad anbudsgivare kan inte ha uppfattat frågan och svaret på annat sätt. Det har alltså varit en precisering av ett i anbudsfrågan uppställt krav.

Menigo har härefter tillagt följande.

Position 457

I kravspecifikationen anges att den offererade produkten ska ha följande egenskaper "Fetthalt \leq 11 procent, kryddad, lösfryst, råvara $>$ 100 procent". Den produkt som Menigo offererat är kycklingstrimlor som består av 100 procent kycklingråvara. Till 100 gram produkt har 121 gram kycklingkött använts. Enligt kravet ska produkten vara kryddad vilket naturligtvis får till följd att innehållsförteckningen för produkten även innehåller de ingredienser som ingår i kryddningen. Eftersom det efterfrågas en kryddad produkt är det inte möjligt att anse att Menigos produkt inte uppfyller ställt krav. Tvärtom borde den produkt som endast innehåller kyckling och inga kryddor utvärderas med belastningsvärde eftersom den inte uppfyller kraven.

Kommunerna har härefter tillagt följande.

Position 457

Menigos offererade produkt innehåller annat än kryddor, bl.a. antioxidationsmedel och jästextrakt. I åberopat e-postmeddelande från leverantören framgår inte att kravet på 100 procent råvara är uppfyllt, i stället redovisas tillsatsernas syfte vilket är en helt annan sak.

Övrigt

Kommunerna har för ett antal positioner (här inte återgivet) angett att Martin & Servera även ska åsättas ett belastningsvärde om 222 939 kronor. För Menigo uppgår motsvarande värdet till ett belopp om 94 261 kronor.

DOMSKÄL

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 upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om

eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Martin & Serveras anbud

Positionerna 77 och 78

I kravspecifikationen anges bl.a. följande.

Fisk

Vildfångad fiskråvara ska komma från hållbara bestånd, vilket innebär att de uppfyller kriterierna för KRAV, MSC eller motsvarande.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan det e-postmeddelande från leverantören som kommunerna hänvisat till inte läggas till grund för slutsatsen att de offererade produkterna uppfyller kravet på MSC-märkning eller motsvarande.

Positionerna 417 och 422

Kommunerna har till stöd för sin talan åberopat ett e-postmeddelande från leverantören daterat den 8 oktober 2012. Av meddelandet framgår att produkterna blev MSC-märkta den 23 april 2012 respektive den 23 augusti 2012. Menigo har dock invänt att produkterna inte varit MSC-märkta på den s.k. basprisdagen. Av handlingarna i målet framgår att sista anbudsdag angetts till den 31 januari 2012. Av punkten 3.9 i de administrativa föreskrifterna framgår att anbudspriser ska anges i enlighet med den angivna basprisdagen den 14 december 2011. Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att det i upphandlingen inte uppställts ett krav på att förevarande skall-krav ska vara uppfyllda vid det datum som angetts som basprisdag. Emellertid framgår att de produkter som Martin & Servera angett i sitt an-

bud för de aktuella positionerna inte uppfyllt förevarande krav vid anbuds-
tidens utgång varför produkterna felaktigt utvärderats av kommunerna (jmf
Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 26-12).

Position 409 och 457

Gällande positionen 409 framgår av kommunernas svar den 30 november
2011 att en innerförpackning om 0,04-0,07 kilo godtas. Den produkt Mar-
tin & Servera offererat har följaktligen rätteligen utvärderats utan belast-
ningspris.

Vad gäller positionen 457 framgår av det produktblad kommunerna åbero-
pat att den offererade produkten har en storlek som uttrycks i 2x3 kilo.
Enligt förvaltningsrättens uppfattning har det inte mot denna bakgrund
framkommit annat än att den offererade produkten uppfyller det krav på
förpackningsstorlek som uppställts.

Positionerna 661-664

Menigo har till stöd för sin talan åberopat ett e-postmeddelande från Lant-
männen Unibake Sweden AB med den beskrivna innebörden att de pro-
dukter Martin & Servera offererat för aktuella positioner inte är nyckel-
hålsmärkta. Kommunerna har invänt att aktuella produkter angetts som
nyckelhålsmärka i produkt databasen DABAS. Av det e-postmeddelande
Menigo åberopat framgår dock att aktuella produkter felaktigt angetts som
nyckelhålsmärkta. Även om det funnits goda skäl till att utgå från att de
uppgifter som angetts i DABAS varit korrekta får kommunerna inte efterge
eller bortse från sådana skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget.
Detta gäller även om uppgiften, att offererade produkter inte uppfyller an-
givna krav, blir känd först i samband med överprövningsprocessen (jmf
Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4904-09). Martin & Serveras offe-
rerade produkter har därför felaktigt utvärderats.

Positionerna 407 och 408

Av det produktblad kommunerna åberopat till stöd för sin talan framgår att den produkt som offererats benämns som sejfilé, portionsbit. Något skäl att ifrågasätta kommunernas utvärdering i detta avseende har följaktligen inte framkommit.

Menigos anbud

Positionen 457

Kommunerna har för positionen uppställt följande krav. "Fetthalt \leq 11 procent, kryddad, lösfryst, råvara $>$ 100 procent". Kommunerna har här invänt att kravet på 100 procents råvara inte är uppfyllt eftersom den offere-rade produkten även innehåller bl.a. vegetabilisk olja, potatisstärkelse, jäst-extrakt, maltodextrin och antioxidationsmedel. Mot bakgrund av kravets specifika utformning är det rättens uppfattning att produkter som innehåller annat än kryddor och råvara inte kan accepteras i detta avseende, den produkt Menigo offererat uppfyller därför inte det uppställda kravet. Invändningen att de övriga förekommande ingredienserna är hänförliga till kryddornas innehållsförteckning föranleder inte förvaltningsrätten att göra en annan bedömning i detta avseende.

Position 646

Menigo har med ledning enbart av vad som anges i kolumnen "innerför-packning/minsta enhet" offererat ett bröd med en vikt om 90 gram. Av kolumnen "artikelbenämning" framgår emellertid följande. "Bröd, baguette över 100 gram". Enligt förvaltningsrättens uppfattning står det därför klart att ett skall-krav avseende brödets vikt om minst 100 gram uppställts i upphandlingen. Att kravet angetts under rubriken "artikelbenämning" har ingen självständig betydelse i detta sammanhang.

Positionerna 143, 204, 459, 586 och 661

Menigo har med hänvisning till en egen sammanställning anfört att de produkter som offererats uppfyller de krav som ställts på ytterförpackningarnas vikt. Det framgår dock av de produktblad kommunerna hänvisat till att Menigo enbart redovisat enskilda enheters vikt och inte ytterförpackningarnas totala vikt. Menigos invändningar ska därför lämnas utan avseende i denna del.

Köttprodukter i Menigos anbud

Av punkten 3.5 i de administrativa föreskrifterna framgår bl.a. följande.

Livsmedel och livsmedelsproduktionen ska uppfylla gällande kvalitetsfordringar, standarder och regler som ges av EU:s foder- och livsmedelslagstiftning samt därutöver särskilda föreskrifter, med ändringar.

Samtliga levererade produkter av flera animaliska råvaror och beredningar av kött ska uppfylla följande krav: För sammansatta produkter med ett köttinnehåll över 20 procent ska skriftlig information kunna lämnas vid förfrågan om i vilket land djuret är fött, uppfött, slaktat och förädlad.

För samtliga animaliska produkter ska följande uppfyllas: Djuret har enbart fått antibiotika efter ordination av veterinär och när det är veterinärmedicinskt motiverat.

För animaliska produkter av kött ska även följande uppfyllas: Djuret ska transporteras max 8 timmar till slakt eller max 12 timmar nattetid för fjäderfä. Djuret är helt bedövat vid avblodning.

Gris: Griskött ska vara producerat i besättningar där samtliga grisar, suggor och gyltor ska ha hållits lösgående. Samtliga grisar ska ha haft utrymme med tillgång till en separat hel golvyta för vila och en separat gödselyta och dagligen haft tillgång till material, t.ex. strö, som ger sysselsättning. Svanskupering ska inte förekomma.

Nötkreatur: Nötkött ska vara producerad i besättningar där eventuell avhorning, kastrering eller andra kirurgiska ingrepp endast sker efter bedövning.

Av kravspecifikationen framgår under rubriken *Generella krav* följande.

Av leverantören offererade produkter ska uppfylla de kvalitetskrav som följer vid varje tid gällande livsmedelslagstiftning, förordningar, föreskrifter och allmänna råd avseende livsmedel samt av olika livsmedelsbranscher vedertagna regler om livsmedel. Av leverantören offererade produkter ska dessutom uppfylla de specificerade kvalitetskrav som framgår av produktspecifikationen.

Av tilldelningsbeslut den 9 juli 2012 framgår att kommunerna besvarat den av Menigo ställda frågan ”godtar produkter som uppfyller regler som ges av EU:s foder- och livsmedelslagstiftning som svanskupering vid veterinärs inrådan?” enligt följande.

”Ja av EU:s foderlagstiftning”.

”Ja djurskyddslagstiftningen omfattar djurskydd och sjuka djur ska behandlas av veterinär”.

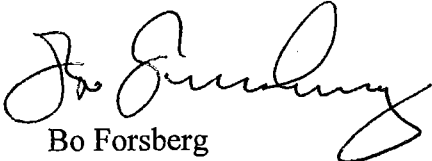
Menigo har i allt väsentligt anfört att kommunerna genom dessa svar frångått de krav på mer långtgående djurskyddskrav som uppställts i förfrågningsöverlaget. Förvaltningsrätten kan dock konstatera att såväl Menigos fråga som kommunernas svar brister i konkretion på ett sådant sätt att det inte är möjligt att godta det meningsinnehåll Menigo gjort gällande. Kommunernas utvärdering av aktuella köttprodukter kan därför inte ifrågasättas i detta avseende.

Förvaltningsrättens slutsatser

I förevarande upphandling ska den leverantör som lämnar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas som vinnare, det anbud som uppnår det lägsta totalvärdet tilldelas följaktligen kontraktet för det aktuella produktområdet. I utvärderingen tillämpas en modell med s.k. belastningspriser där en offererad produkt som inte uppfyller angivna krav åsätts ett prispåslag som medräknas i den slutliga anbudssumman. Martin & Serveras anbud har i utvärderingen åsatts ett värde om 19 366 035 kronor. Menigos anbud uppgår i detta avseende till ett belopp om 19 759 767 kronor.

Förvaltningsrätten har inte godtagit de invändningar som Menigo anfört mot utvärderingen av bolagets anbud. Förvaltningsrätten har vidare från Menigo endast godtagit invändningar som skulle innebära ett ytterligare belastningsvärde för Martin & Servera om sammanlagt (5 505 + 19 445 + 6347+ 13 153 + 31 892 + 5 362 + 38704 + 709) 122 117 kronor. Detta medför, oaktat om förvaltningsrätten kan beakta de justeringar av utvärderingen kommunerna gjort gällande under skriftväxlingen i målet, att differensen mellan Menigo och Martin & Serveras anbud är för stor för att Menigo ska kunna tilldelas kontrakt. Denna omständighet får till följd att Menigo inte riskerat lida eller lidit skada i upphandlingslagstiftningens mening. Menigos ansökan ska därför lämnas utan bifall.

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



Bo Forsberg

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Henrik Melin