



YSTADS TINGSRÄTT

DOM
2013-01-24
Meddelad i
Ystad

Mål nr
T 2886-11

PARTER**KÄRANDE**

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

Ombud: Advokat Liselott Fröstad
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

Ombud: Eleonore Gustavsson
c/o Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

SVARANDE

1. Simrishamns Kommun, 212000-0969
272 80 Simrishamn

2. Sjöbo kommun, 212000-1090
275 80 SJÖBO

3. Skurups Kommun, 212000-1082
Box 113
274 80 Skurup

4. Sydsåkanska gymnasieförbundet, 222000-0729
271 80 Ystad

5. Tomelilla Kommun, 212000-0886
Gustafs torg 16
273 80 Tomelilla

6. Ystads kommun, 212000-1181
271 80 YSTAD

Ombud för 1-6: Advokat Cecilia Kindgren-Bengtsson
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

Dok.Id 182215

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 114 271 23 Ystad	Bollhusgatan 16	0411-691 00 E-post: ystads.tingsratt@dom.se	0411-55 55 27	måndag – fredag 08:00-16:00

Ombud för 1-6: Jur.kand. Maria Nilsson Karnell
Advokatfirman Lindahl KB,
Studentgatan 4
211 38 Malmö

DOMSLUT

1. Käromålet ogillas.
 2. Menigo Foodservice AB ska ersätta svarandena deras rättegångskostnad solidariskt med 808 037 kr, varav 806 000 kr utgör ombudsarvode, med ränta enligt 6 § räntelagen från den 24 januari 2013 till dess betalning sker.
-

YRKANDEN MM

Menigo Food Service AB (Menigo) har yrkat att Sjöbo kommun, Simrishamns kommun, Tomelilla kommun, Ystads kommun, Skurups kommun och Sydsånska Gymnasieförbundet (Kommunerna) till Menigo ska betala; Sjöbo kommun 920 000 kr, Simrishamns kommun 968 000 kr, Tomelilla kommun 436 000 kr, Ystads kommun 1 065 000 kr, Skurups kommun 920 000 kr och Sydsånska Gymnasieförbundet 532 000 kr, alla belopp med ränta enligt 6 § räntelagen från den 12 oktober 2011 till dess betalning sker.

Kommunerna har bestritt talan.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

UTREDNINGEN***Bakgrund***

Menigo är ett företag som till bl.a. professionella aktörer erbjuder ett brett sortiment av mat, dryck och restaurangutrustning. Kommunerna genomförde under hösten 2010 i administrativ samverkan upphandling av livsmedel, tretton olika varugrupper, genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

När det gällde de närmare förutsättningarna för anbudsgivningen framgick i **förfrågningsunderlaget** den 24 augusti 2010 bl.a. följande.

Anbudstiden gick ut den 14 oktober 2010 och anbuderna ägde giltighet till den 14 april 2011. Avtalet gällde för tiden den 1 april 2011 till den 31 mars 2013, med möjlighet till förlängning ett plus ett år, således längst till den 31 mars 2015. Som grund för tilldelning av kontrakt angavs *ekonomiskt mest fördelaktigt* enligt LOU. Produkterna som avsågs fanns listade i en prisbilaga, även kallat A-sortiment, hänförligt till tretton olika varugrupper. Anbud skulle lämnas och utvärderas särskilt för varje varugrupp. Det framgick vidare att Kommunernas inköpsvolym för varugrupperna sammantaget

uppgick till omkring 65 miljoner kronor på årsbasis. Tiden för meddelande av tilldelningsbeslut var satt till den 3 januari 2011.

Tilldelningsbesluten tillkännagavs den 17 januari 2011 med en avtalsspärr till den 28 januari 2011. Menigo tilldelades då varugrupperna kolonial, djupfrost, kött och chark 1, frukt och grönsaker, äpplen, potatis samt bryggeri. Efter ett nytt tilldelningsbeslut den 7 april 2011 övergick varugruppen djupfrost på annan anbudsgivare.

Avtal mellan parterna träffades därefter grundade på tilldelningsbesluten. Tidpunkten för avtalsstart framflyttades efter överenskommelse mellan parterna till den 14 april 2011. Menigo som var leverantör enligt äldre avtal fortsatte att leverera enligt dessa avtal fram till starten för de nya avtalen.

I tvisten har i frågor om tolkning och tillämpning aktualiserats olika bestämmelser i avtalen, främst punkterna 8, 9, 9.1 och 31.

Av **punkten 8** framgår till en början att leverantören är antagen på ett visst sortiment prissatt enligt bilaga till avtalet och att beställaren därutöver ska erhålla viss rabatt på varor som inte är nettoprissatta men som ryms inom antaget sortiment. Vidare framgår att i de fall en vara utgår ur sortimentet ska begäran om ersättningsvara tillsändas köparen i samband med ordinarie prisjustering och förtecknas i den av köparen tillhandahållna listan. Ersättningsvara ska ha minst den ursprungliga varans kvalitet och maximalt den ursprungliga varans kilo/liter-pris. Köparen förbehåller sig rätten att kontrollera att ersättningsvaran har minst den ursprungliga varans kvalitet innan ändringen godkänns. Tillägg till antaget sortiment kan endast ske efter godkännande från kostchef eller person som denna utser. Tillägg initierade av enskilda verksamheter eller av leverantören är ogiltiga.

I **punkten 9** avhandlas frågor om prisjustering. Första till sjätte styckena i bestämmelsen har i huvudsak följande innehåll.

Om leverantörens kostnader avseende de varor som omfattas av detta avtal skulle förändras jämfört med priser enligt anbud, eller med senare under avtalstiden godkänd prisjustering, ska vardera parten äga rätt att begära justering av priset enligt angivna villkor.

För att ge en stabilare prisutveckling och minska det omfattande administrativa arbetet i samband med prisjusteringar ska leverantören verka för att prisändringstillfällena blir så få som möjligt, maximalt fyra per år. Möjliga prisjusteringstillfällen är första måndagen i februari, maj, september och november.

Begäran om prisändring ska vara kostchefen tillhanda skriftligen minst 28 dagar före angivna prisjusteringstillfällen.

En eventuell begäran om prisändring ska vara väl dokumenterad och styrkt samt kunna redovisas för köparen efter begäran enligt följande; underlag utfärdade av råvaruleverantör, tillverkare, underleverantör eller dylikt där leverantörens inpris vid förra prisjusteringen och nuvarande inpris anges.

Prisändringar får ske endast i motsvarande mån som det skett förändringar som leverantören kan bevisa i prissättningen hos bakomliggande led och det är förbehållet köparen att pröva om prisändring av anbudslagda produkter respektive prissättning av nya produkter kan godkännas.

I punkten 9 sjunde stycket stadgas:

Om överenskommelse inte kan träffas efter förhandling om prisändringen gäller följande uppsägningsvillkor. Om begärd prisjustering inte accepteras skall den part vars begäran avslagits äga rätt att frånträda avtalet avseende aktuell vara med verkan åtta veckor efter det att begäran om prisjustering framställdes. Fram till denna punkt skall i så fall det före begärd prisjustering avtalade priset gälla.

Enligt **punkten 9.1** får, beträffande frukt, grönt och rotfrukter, prisjustering ske en gång per vecka grundat på Årsta partihallars lista (nedan kallad Årstalistan). En lista med tillgängliga produkter ska tillsändas köparen per e-post eller fax till varje avropande enhet. Eventuella prisavdrag på gällande prislista ska anges.

I **punkten 31** första meningen sägs beträffande hävning: *Avtalspart har rätt att häva avtalet om motparten i väsentligt avseende inte uppfyller sina åtaganden enligt avtalet och rättelse inte sker utan dröjsmål efter skriftligt påpekande.*

Sedan avtalen trätt i kraft uppkom oenighet mellan parterna, framförallt i frågor om prisjusteringar. Diskussioner fördes under maj och juni 2011 men tvistefrågorna kvarstod.

Den 5 juli 2011 sa Kommunerna upp avtalen med verkan från och med den 31 augusti 2011.

Parternas grunder för talan

Menigo

Parterna har å ömse håll varit bundna av de avtal som träffades den 7 april 2011. Kommunernas uppsägning motiverades med att överenskommelse inte kunnat nås. Någon rätt att frånträda avtalen på sådan grund fanns emellertid inte. Kommunerna har inte haft rätt att säga upp avtalen enligt punkten 9, i var fall inte avtalen i dess helhet.

Kommunerna har i efterhand gjort gällande att man ägt häva avtalen enligt punkten 31. Menigo har emellertid inte i väsentligt avseende åsidosatt sina åligganden och det har inte heller framställts något skriftligt krav på rättelse som Menigo kunnat följa. Om Kommunerna skulle anses ha framställt ett krav på rättelse så har Menigo inte underlåtit att följa ett sådant krav.

Uppsägningen har följaktligen inte haft stöd i avtalen och därmed utgjort ett skadeståndsgrundande kontraktsbrott. Menigo har drabbats av skada och denna ska bedömas med utgångspunkt i det positiva kontraktsintresset. Menigo ska således försättas i samma ekonomiska situation som om avtalen hade fullföljts.

Kommunerna

Att avtalen bringades till upphörande var en följd av Menigos avtalsstridiga sätt att prisjustera. Menigos frångående av offererade priser och åsidosättande av avtalad mekanism för prisjustering var av väsentlig betydelse och Menigo vidtog inte rättelse efter skriftligt påpekande. Kommunerna hade därmed rätt att säga upp avtalen i deras helhet enligt punkten 9, i andra hand rätt att häva avtalen enligt punkten 31. Menigo äger således inte rätt till någon ersättning för skada i anledning av uppsägningen.

Yrkat skadeståndsbelopp kan inte storleksmässigt vitsordas, inte heller ränta för tid innan avtalet löpt ut, den 1 april 2013.

Parternas utveckling av talan

Menigo

Sedan år 2006 har Menigo levererat varor av aktuellt slag till Kommunerna. Parterna hade således en etablerad kontakt och erfarenhet av affärsområdet efter en flerårig avtalsrelation. De gamla avtalen löpte ut per den 14 april 2011. Förutsättningarna för de nya avtalen framgick i det av Kommunerna upprättade anbudsunderlagen, bl.a. förfrågningsunderlag och avtalsförslag.

Menigo erhöll enligt tilldelningsbeslut den 17 januari 2011 varugrupperna kolonial, djupfrost, kött och chark 1, frukt och grönsaker, äpplen, potatis och bryggeri. Före avtalsspärren löpte ut upptäckte Menigo att det skett en felskrivning i anbudet av vissa priser som gällde produkter i varugruppen djupfrost. Menigo kontaktade därför

Kommunerna för att informera om och justera felskrivningen. Trots felskrivningen var Menigos anbud ändå det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Den 7 april 2011 meddelade Kommunerna emellertid nya tilldelningsbeslut vilket innebar att Menigo inte längre erhöll varugruppen djupfryst. De nya tilldelningsbesluten hade inte på något sätt motiverats, inte heller återkallades de första tilldelningsbesluten. Menigo ansåg att Kommunerna genomfört en ny upphandling avseende varugruppen djupfryst utan att först annonsera om detta enligt 7 kap. 1 § LOU och ansökte den 29 april 2011 om ogiltighetsförklaring. Menigos ansökan avslogs dock den 27 maj 2011.

Avtal mellan Menigo och Kommunerna ingicks avseende de andra varugrupperna som Menigo hade erhållit enligt tilldelningsbesluten den 17 januari 2011. På grund av en pressad tidsplan kom parterna överens om att skjuta fram avtalsstarten till den 14 april 2011. Avtalen skulle gälla till och med den 31 mars 2013 med option om förlängning.

I förfrågningsunderlaget, punkten 4, reglerades frågor om *utvärdering*. Där angavs under underrubriken *Redovisning av rabattsatser på ordinarie sortiment*:

”Anbudsgivare skall till anbudet bifoga prislister på ordinarie sortiment med angivande av eventuella rabattsatser. Detta sortiment kallas B-sortiment. Rabatter utvärderas inte.” Kommunerna tycks ha menat att Menigo frångått anbudet genom att inte erbjuda rabatter i förhållande till Årstalistan. En sådan rabattering har emellertid inte något stöd i avtalet. Årstalistan hade enligt avtalet betydelse endast vid prisjusteringar enligt punkten 9.1 i avtalet.

Enligt förfrågningsunderlaget skulle priser anges per den 1 oktober 2010, ett datum som därmed utgjorde vad som enligt branschpraxis brukar kallas basprisdag. Det är således prisutvecklingen **från den 1 oktober 2010 fram till datum för prisjustering** som ska få genomslag, uppåt eller nedåt, vid beräkningen av prisjusteringar enligt punkten 9 i avtalet. Eftersom avtalsstarten senarelades var parterna överens om att en första prisjustering enligt avtalet kunde ske den 16 maj 2011. Det är ostridigt att denna

prisjustering aviserades till kostchef den 18 april 2011, således inom rätt tid. Begäran om prisjustering vid detta tillfälle avsåg 447 av totalt omkring 1 000 produkter.

Kommunerna har hävdad att Menigo avtalsstridigt skulle ha genomfört tre olika prisjusteringar, något som tillbakavisas.

I samband med avtalsstarten den 14 april 2011 skickade Menigo förvisso nya prislistor till Kommunerna för att de skulle kunna göra beställningar enligt de nya avtalen, enligt Kommunernas terminologi *den första prisjusteringen*. Förändringar som fanns i prislistorna i förhållande till anbuden var emellertid föranledda av att vissa produkter hade utgått eller förändrats och ersatts av andra motsvarande produkter efter godkännande av Kommunerna. Vidare hade Kommunerna begärt att en del produkter skulle läggas till, bl.a. vissa läskedrycker.

Att utgående varor kunde ersättas och att tillägg av nya varor kunde ske var direkt reglerat i avtalet, punkten 8. Av en mailkorrespondens mellan Menigos handläggare Emilia Källström och kostchefen Lina Jönsson som åberopas i målet framgår också att ett antal produkter utgått och ersatts av andra efter Kommunernas godkännande.

Det har således inte förekommit några avtalsstridiga prisjusteringar vid tiden för avtalsstart.

Den 18 april 2011 skickade Menigo en begäran om prisjustering till Kommunerna, i enlighet med punkt 9, enligt Kommunerna *den andra prisjusteringen*. Menigos kostnader för de varugrupper som omfattades av Avtalen hade ökat och minskat jämfört med de priser som Menigo hade lämnat i anbudet den 1 oktober 2010 eftersom leverantörerna ändrat sina priser i november 2010 och i februari 2011.

I ett meddelande den 6 maj 2011 påtalade Kommunerna att Menigo inte hade översänt dokumentation som styrkte prisförändringarna, något som enligt punkten 9 i avtalen endast behövde göras om köparen särskilt begärde det. Kommunerna önskade att Menigo framledes skulle skicka över sådan redovisning utan särskild begäran och det accepterades av Menigo.

I samband med muntlig förberedelse i målet i maj 2012 framkom att en del av de aviserade prisjusteringarna faktiskt hade genomförts trots att Kommunerna hade avvisat Menigos begäran. Att så skett berodde på förbiseende, ett fel i den manuellt hanterade prisadministrationen, vilken sköts centralt i Menigo medan ingående avtal sker regionalt. Således låg omkring 110 artiklar i systemet med felaktiga priser under perioden den 16 maj 2011 till den 1 juni 2011, och dessa produkter har i den mån de avropats fakturerats med felaktiga priser under denna period. När det gällde omkring 25 produkter skedde det inte något avrop och beträffande 35 produkter var det fråga om justeringar nedåt. De felaktiga priserna tillämpades under en mycket begränsad tid och misstaget hade i ekonomiskt hänseende även sammantaget mindre betydelse. Menigo korrigerade självant prislistorna när det hela upptäcktes. Kommunerna förefaller ha upptäckt förbiseendet först i efterhand och det framställdes inte någon begäran om rättelse under avtalstiden.

Förutom nämnda misstag så genomfördes inte prisjusteringen per den 16 maj 2011 eftersom oenigheten mellan parterna kvarstod. Menigos uppfattning att prisutvecklingen från den 1 oktober 2010 skulle beaktas hade dock stöd i avtalet.

Den av Kommunerna påstådda *tredje prisjusteringen* gäller varugrupperna 6-10, frukt och grönt. Av avtalet, punkten 9.1, framgår att prisjustering får ske en gång per vecka grundat på Årstalistan. Av återopade prislistor för veckorna 24-27 2011 framgår att Menigos prislistor följt förändringar i Årstalistan. När det gäller priserna enligt anbudet har det däremot inte förekommit någon direkt koppling till Årstalistan. Sammantaget har det inte heller i denna del förekommit några avtalsstridiga prisjusteringar. Efter Kommunernas begäran har Menigo veckovis översänt prislistor.

Den 27 maj träffades parterna för att diskutera bl.a. hur avtalen skulle tolkas i omtvistade frågor om prisjustering, i synnerhet den tidsmässiga utgångspunkten för Menigos prisjustering. Även operativa frågor diskuterades vid mötet och parterna bestämde att ett nytt möte skulle hållas den 14 juni 2011. Detta blev aldrig av då Kommunerna tre dagar efter mötet översände en skrift med besked att någon annan prisjustering än den som skett i början av maj inte skulle godtas. Den 9 juni 2011

meddelade Kommunerna att prisjustering endast fick göras för prisutveckling i tid från den 14 april 2011 och efterfrågade Menigos inställning senast den 14 juni 2011, i annat fall hade Kommunerna för avsikt att säga upp avtalen. Eftersom Menigo inte hade möjlighet att bemöta Kommunernas mail före utsatt datum bad man att få återkomma senast den 20 juni 2011. Vid ett telefonsamtal framhöll Menigo att Kommunerna inte hade rätt att säga upp avtalen eftersom det var Menigo som begärt prisjusteringen, inte Kommunerna. Menigo har både i mail och vid telefonsamtal uttryckt sin ambition att hitta en samförståndslösning och föreslagit ett möte för att försöka komma överens. Kommunerna meddelade att de skulle återkomma till Menigo senast den 23 juni 2011 men uteblev med svar. Menigo sökte därefter Kommunerna vid ett flertal tillfällen utan framgång. Den 4 juli 2011 återkom Kommunerna, ursäktade sig för glömska och bad Menigo vänta ytterligare på skrift från Kommunerna. Samtidigt fick Menigo besked via en journalist att Kommunerna skulle ha sagt upp avtalen.

Den 5 juli 2011 sa Kommunerna avtalen med verkan från den 31 augusti 2011. Menigo bestred uppsägningen i skrifter och försökte även efter uppsägningen utan framgång få kontakt med Kommunerna för att få till stånd ett möte för att diskutera prisjusteringarna. Det stod emellertid klart att det hos Kommunerna inte fanns något intresse av att hitta en lösning på tvisten.

Enligt punkten 9 hade båda parter rätt att begära prisjustering men det var bara den parts begäran avslagits som kunde frånträda avtalet och då endast beträffande den specifika varan. Menigo kunde således ha frånträtt men valde att inte göra det. Kommunerna framställde aldrig någon begäran om prisjustering och Menigo avslög inte heller någon sådan begäran. Den korrespondens som Kommunerna åberopar till stöd för att man begärt prisjusteringar utgör till sitt innehåll inget annat än Kommunernas inställning till av Menigo begärda prisjusteringar. Kommunernas uppsägning hade således inte stöd i punkten 9.

Kommunernas åberopande av hävningsregeln i avtalen har skett först i efterhand. Uppsägningen var till innehåll och ordalag inte att uppfatta som en hävning enligt punkten 31 och den var dessutom kombinerad med uppsägningstid enligt

bestämmelsen i punkten 9. Det har inte förekommit något väsentligt åsidosättande av avtalade skyldigheter från Menigos sida och inte skickats något skriftligt påpekande med begäran om rättelse som Menigo kunnat förhålla sig till. Kommunernas åberopande av hävningsregeln ska således inte vinna framgång i målet.

När det gäller **skadeståndsberäkningen** gör Menigo gällande följande.

Utgångspunkten enligt allmänna kontraktsrättsliga principer är det positiva kontraktsintresset, således att den skadelidande ska försättas i samma situation som om avtalet hade fullföljts. Det kvarstod 19 månader av avtalstiden.

Skadeståndet är beräknat på förväntad försäljning baserat på anbudsförfrågan, försäljningsbortfall baserat på tidigare statistik samt den verkliga försäljningen som skedde i början av avtalstiden. Menigo har på grund av avtalsbrottet ett beräknat försäljningsbortfall om 44 017 000 kr avseende avtalstiden 2011-09-01 till och med 2013-03-31. Beräknat täckningsbidrag är 7 747 000 kr, baserat på ett genomsnittligt täckningsbidrag om 17,6 procent. På grund av försäljningsbortfallet bortfaller kostnader för distribution med 1 514 000 kr, lager och övrig logistik/expediering med 1 012 000 kr, samt innesäljare, 0,5 tjänster, med 380 000 kr. Nettoeffekten under avtalstiden uppgår således till totalt 4 841 000 kr, uppdelat på Kommunerna enligt yrkandena.

Kommunerna

I förfrågningsunderlaget framgick att upphandlingen avsåg 13 olika varugrupper och att utvärdering skulle ske för varje varugrupp i sig. Det var fråga om sex avtalsparter på Kommunernas sida i administrativ samverkan, ett inköpsvärde på drygt 65 miljoner kr per år, omkring 160 beställande enheter och under den korta tid avtalen löpte en fakturering som omfattade drygt 4 000 fakturor från Menigo till Kommunerna.

Efter tilldelningsbesluten den 17 januari 2011 kontaktade Menigo den 28 januari 2011 Kommunerna och meddelade att prislistan i anbudet för varugruppen djupfryst innehöll "uppenbara felskrivningar" varför man ville skicka en ny prislista. Menigo förklarade sig inte kunna leverera till de priser som angetts i anbudet. När

tilldelningsbeslut har meddelats är upphandlingen offentlig varför Kommunerna inte kunde acceptera någon rättelse i efterhand. Då Menigo inte stod fast vid det lämnade anbudet för varugruppen nödgades Kommunerna därför meddela nya tilldelningsbeslut.

Ett uppstartsmöte hölls den 15 mars 2011.

Inför de nya tilldelningsbesluten frågade Kommunerna särskilt om Menigo stod fast vid lämnade anbud för övriga varugrupper. Menigo bekräftade en sådan avsikt genom mail till Carina Grönlund, samordningsansvarig för Kommunerna i upphandlingen, den 24 mars 2011.

De nya besluten meddelades den 7 april 2011.

Avtalen ingicks därefter mellan Menigo och respektive Kommun enligt de nya tilldelningsbesluten. Ingåendet av avtalen föregicks av en hel del diskussioner mellan parterna, bland annat avseende hur parterna skulle lösa den administrativa och praktiska övergången från de äldre avtalen. Menigo önskade skjuta fram dagen för avtalsstart till den 1 maj 2011 och dagen för första prisjusteringstillfället till den 16 maj 2011.

För Kommunerna fanns det visserligen möjlighet att skjuta upp båda datumen, men det var angeläget att avtal kunde ingås före, eller senast den 14 april 2011, eftersom det var då samtliga inlämnade bud i upphandlingen förlorade sin giltighet. Kommunerna gick därför med på att skjuta fram dag för avtalsstart till den 14 april 2011 och dag för första prisjusteringstillfälle till den 16 maj 2011.

En väsentlig utgångspunkt för prisbildningen och prisutvecklingen under avtalstiden var att anbudspriserna enligt avtalsbilagan var bindande fram till avtalsstart den 14 april 2011 och att man således tog med sig dessa priser in i avtalet. Det var enligt Kommunernas uppfattning enbart prisförändringar mot anbudspriserna efter detta datum som kunde beaktas vid eventuella prisjusteringar. Rätten till prisjusteringar enligt punkten 9 var begränsad till maximalt fyra tillfällen per år och villkorad av

Kommunernas godkännande. Undantag från denna huvudregel kunde endast göras om Kommunerna särskilt godkände annat.

När det gällde prisjusteringar för frukt och grönt fanns också ett särskilt förfarande. Prisjusteringar fick ske veckovis mot Årstalistan. Årsta Partihallar består av omkring 200 företag som bedriver grossistverksamhet inom bl.a. frukt och grönt och i detta sammanhang ger ut en riktpislista. Listan används av upphandlande myndigheter som ett jämförelseinstrument avseende priser på frukt och grönt.

Även när det gällde produktutbyten förutsattes godkännande från Kommunerna enligt regleringen i punkten 8, likaså framgick av bestämmelsen att produktutbytena inte fick leda till prishöjningar.

Första justeringen

Före och i samband med avtalsstart översände Menigo nya prislistor till Kommunernas kostchefer. Prislistorna stämde emellertid inte överens med de prislistor som hade inlämnats av Menigo i respektive anbud. Det hade också kommit besked från Menigo, bl.a. ett mail från Emilia Källström till Carina Grönlund den 7 april 2011, att en mängd produkter skulle utgå och ersättas med andra produkter.

Oklarheterna i prislistorna och förändringarna i sortimentet föranledde Kommunerna att särskilt gå igenom prislistorna och jämföra dessa med anbudsprislistorna. Utredningen visade att Menigo hade höjt priser på en rad olika produkter utan föregående begäran och utan Kommunernas vetskap. Prishöjningarna var betydande och avsåg också produkter som kommunerna beställde stora volymer av.

Som exempel på prishöjningar kan nämnas; Menigos rapsolja i tvålitersförpackning som i anbudet prissatts till 9,24 kr litern men i faktura den 21 april 2011 debiterades med 18 kr litern; kokt skivad skinka, enligt anbudet 35,07 kr men i fakturan 38,62 kr; ett bordsmargarin Chef's Basic erbjudet till 13,25 kr kilot hade när avtalet trätt i kraft enligt en prislista daterad den 2 maj 2011 utbytts mot bordsmargarin Bregott till priset 17,74 kr kilot, varvid som anmärkningsvärt kunde noteras att prisökningen inte

framgick i mailet den 7 april 2011 eftersom det tidigare jämförpriset av någon anledning stod angivet även för den nya dyrare produkten; Lipton Te enligt anbudet med jämförpris 56,85 kr men i prislistan den 2 maj 2011 utbytt mot Earl Grey Te till jämförpriset 85,28 kr, även i detta fall stod det gamla jämförpriset kvar i tillskrivningen från Emilia Källström; på motsvarande sätt var smörgåsgurka skivad Felix Krav prishöjd från 15,37 kr till 26,19 kr; mandariner i sockerlag från 22,21 kr till 25,17 kr; arraksbollar från Gille offererade till 29,73 kr utbytta till motsvarande produkt från Delicato men prishöjda till 46,75 kr; enligt mejl från Tommy Nilsson till Carina Grönlund den 15 april 2011 hade en leverantör av charkprodukter, varumärke Familjen Olsson, gått i konkurs vilket ledde till att deras produkter byttes ut och, som det visade sig, ersattes med Menigos eget märke och höjdes i pris utan att Kommunerna beretts tillfälle till prövning och godkännande.

Det anförda utgör exemplifieringar på prishöjningar som genomfördes i tiden redan innan avtalen trädde ikraft.

Utöver prishöjningarna fanns ytterligare oklarheter i prislistorna jämfört med anbud, bland annat saknades produkter jämfört med vad som erbjudits i anbudet.

Så snart Kommunerna hade konstaterat att en avtalsstridig prisjustering genomförts av Menigo påtalades detta både muntligen och skriftligen. I mail från Carina Grönlund till Tommy Nilsson den 6 och 11 maj 2011 påtalas prisförändringarna i skarpa ordalag och det framställs krav på förklaringar och dokumentation. Mailet från Carina Grönlund den 11 maj 2011 avslutades: "Jag utgår ifrån att det är prislistan som gällde vid nuvarande avtals start som gäller framledes, att godkänna prisförändringar från er sida som avser tiden dessförinnan är uteslutet."

Någon förklaring erhöles dock aldrig från Menigo vad gäller denna första justering, än mindre någon rättelse.

Menigo genomförde således redan vid avtalsstart produktutbyten med enligt punkten 8 otillåtna, icke godkända prishöjningar, och även avtalsstridiga prishöjningar utan att det skedde något byte av vara.

Menigo har hävdat att Kommunerna genom kostchefen Lina Jönsson skulle ha godkänt produktutbytena och även prishöjningarna, något som inte kan vitsordas.. Enligt punkten 8 fanns det inte något utrymme för Menigo att ersätta produkter med dyrare alternativ. Lina Jönsson hade visserligen enligt de gamla avtalen haft ett ansvar för kvalitetskontroll av föreslagna ersättningsvaror men när det gällde de nya avtalen hanterades frågan av Carina Grönlund och Menigos kommunikation skedde också med henne. Carina Grönlund hade överlåtit på bland andra Lina Jönsson att kvalitetsgranska föreslagna ersättningsprodukter enligt Menigos lista men det framgick tydligt av bl.a. ett mail den 8 april 2011 att hon inte hade kännedom om eventuella prisändringar.

Andra justeringen

Under tiden som den första justeringen utreddes mottog Kommunerna ett mail med avisering om prisjusteringen per den 16 maj 2011. Menigo begärde justering av priser inom samtliga varugrupper, med undantag för frukt och grönt, med hänsyn till förändrade underleverantörspriser för tiden från och med den 1 oktober 2010 fram till den 16 maj 2011.

Den aviserade justeringen innebar att Menigo önskade ändra priser på drygt 440 produkter, varav 70 procent av ändringarna avsåg justering till ett högre pris. Många av de produkter som Kommunerna beställer stora volymer av skulle öka i pris med 30 – 40 procent.

Kommunerna invände direkt mot Menigos begäran och hänvisade till att retroaktiv prisjustering inte var möjlig enligt avtalen. Anbudspriserna var bindande och gällande när avtalen trädde ikraft den 14 april 2011. Rätten till prisjusteringen kunde således endast omfatta prisändringar i leverantörsledet som skett i tiden mellan den 14 april och den 16 maj 2011. En annan tolkning av prisjusteringsklausulen framstår som orimlig och skulle innebära att Menigo i efterhand tilläts att förändra sitt anbud, till men för övriga anbudsgivare och i strid med de grundläggande konkurrensrättsliga principer som bär upp lagen om offentlig upphandling. Kommunerna hade såväl i samband med uppstartsmötet den 15 mars 2011 som i mailen från Carina Grönlund till

Tommy Nilsson i maj 2011 klargjort att man inte accepterade några prishöjningar för prisutveckling före den 14 april 2011.

Menigo hävdade i sitt svar på invändningen, ett mail från Tommy Nilsson till Carina Grönlund den 12 maj 2011, att det egentligen var praxis att göra en prisjustering direkt vid avtalsstart för att beakta ändrade prisförhållanden i tiden från anbudet och att Kommunerna gjorde en god affär eftersom Menigo väntat med att begära höjning till den 16 maj 2011.

Trots att Kommunerna inte lämnade något godkännande genomförde Menigo i stor utsträckning de aviserade prisändringarna, i vart fall höjningarna. Av återopade fakturor jämförda med prisaviseringar och anbudsbilagor framgår olika prishöjningar, en ost "Gille skivad 28%" från offererade 190,33 kr till 201,97 kr och en ost "Gouda 28 % skivad" från 201,73 kr till 235,15 kr. På motsvarande sätt genomfördes prishöjningar på bl.a. räkost, smörgåsmargarin, salladsost och kaffe. När det gällde kaffet, Zoegas Skånerost, höjdes kilopriset från 60,95 kr till 82,45 kr.

Menigo har medgett att prisjustering enligt den icke godkända aviseringen genomfördes på ett drygt hundratal produkter och förklarat detta med att det skett ett förbiseende i den interna prisadministrationen. Förklaringen har inte övertygat och kan inte vitsordas. Det har naturligtvis ålegat Menigo att ha tillfredsställande rutiner för efterlevnad av avtalsvillkoren. Att det brustit i rutinerna läker inte det faktum att priser höjdes i strid med vad som avtalats. Under den tid avtalen var i kraft mottog Kommunerna drygt 4 000 fakturor från Menigo. Oavsett under vilken tid Menigo menar att felaktigheterna bestod så har bristerna i faktureringen fått betydande konsekvenser för Kommunerna. Det framstår också som anmärkningsvärt att Menigo som påstår sig självmant ha korrigerat felaktigheterna den 1 juni 2011 inte vidtagit åtgärd för att kreditera belopp som fakturerats i strid med avtalet men däremot i skrift den 12 juli 2011 från Menigos regiondirektör Tommy Rönn vidhållit att det inte genomförts någon prisjustering.

Tredje prisjusteringen

I samband med att avtalen trädde i kraft justerade Menigo även priserna på varugrupperna 6-10, frukt och grönt, utan Kommunernas vetskap och utan stöd i avtalen. Kommunerna reagerade på den häftiga prisökningen och bad därför Menigo styrka sin prisökning genom att skicka relevanta prislistor från Årsta Partihallar. Det visade sig emellertid att Menigo inte hade baserat prisjusteringarna på Årstalistan utan istället använt sina egna prislistor. Även i detta fall invände Kommunerna mot prishöjningarna.

En prislista bifogades anbudet och på dessa priser offererade Menigo 32 procents rabatt. Det har konstaterats att priserna per den 1 oktober 2011 enligt anbudet på ett flertal artiklar, bl.a. tomat, blomkål, salladskål, vitkål, gul paprika, kålrot, fänkål och purjolök, rabatten oräknad låg under Menigos egen prislista som tillämpades mot Kommunerna enligt det gamla avtalet och också väsentligt under Årstalistan. Det fanns tydligen flera prislistor hos Menigo, en som bifogades anbudet och en annan som användes vid faktureringen som skedde vid denna tid. Någon enhetlig prislista existerade inte hos Menigo och det föreföll som att man vid anbudslämnandet lämnade rabatt på rabatt. Vid avtalsstart hade emellertid priserna höjts kraftigt, i ett flertal fall till nivåer över Årstalistan. En jämförelse av prisutvecklingen för fem olika artiklar, vitkål, isbergssallad, salladskål, purjolök och blomkål, visar i samtliga fall på prisökningar mellan tiden för anbud och avtalsstart, likaså att prisrelationen till Årstalistan för samtliga dessa artiklar kraftigt förskjutits till nackdel för Kommunerna.

De aktuella varugrupperna innehöll volymvaror av stor ekonomisk betydelse för Kommunerna och det var därför väsentligt att prisutvecklingen kunde kontrolleras och relateras till Årstalistan. De enda prisjusteringar som var tillåtna var sådana som följde förändringar i Årstalistan. Kraven på dokumentation och klarlägganden framställdes vid flera tillfällen, bl.a. i mailen i maj 2011 från Carina Grönlund till Tommy Nilsson. Menigo har emellertid intill denna dag ännu inte presterat någon utredning som gör det möjligt att bedöma prisutvecklingen från anbudet till avtalsstart och hur prishöjningarna är relaterade till utvecklingen på Årstalistan. Enligt ett mail från

Tommy Nilsson till Carina Grönlund den 10 juni 2011 tycks man på Menigo först då ha förstått att Årstalistan har betydelse men de prisexempel man ger på svensk gurka saknar värde eftersom man inte kan relatera prisförändringarna till anbudet.

Under försommaren blev det alltmer uppenbart att det var svårt för parterna att uppnå en överenskommelse avseende prisjusteringarna. Båda parterna var angelägna om att hitta en lösning, men Kommunerna kunde inte acceptera begäran om den andra justeringen eftersom denna innebar en retroaktiv uppräknings och man fick inte heller någon rättelse eller förklaring avseende varken den första eller den tredje justeringen. Båda de sistnämnda justeringarna innebar också att Kommunerna tvingades beställa varor och produkter till högre priser än vad som hade offererats i Menigos anbud.

När någon överenskommelse om prisjustering inte hade nåtts i juli månad 2011 valde därför Kommunerna att säga upp Avtalen med åtta veckors varsel.

När det gäller **frågan om uppsägning** görs i första hand gällande att Kommunerna haft rätt att säga upp avtalen med stöd av punkten 9. Rätten att begära prisjustering var ömsesidig men formkraven gällde främst leverantören. När Menigo den 18 april 2011 aviserade prisjusteringen den 16 maj 2011 hade prishöjningar, den första justeringen, redan genomförts. Kommunerna hade reagerat på de prisökningar som förekom redan vid avtalsstart i de prislistor som Menigo då tillhandahöll och begärt att priserna skulle justeras ned i nivå med anbudet, något som direkt framgick i ett mail från Carina Grönlund till Tommy Nilsson den 11 maj 2011. I en skrift från Kommunerna till Menigo den 30 maj 2011 förtydligades Kommunernas inställning. När det gällde den av Menigo påkallade rätten att prisjustera för prisutveckling före den 14 april 2011 motiverades utförligt varför Kommunerna inte accepterade en sådan tolkning av avtalen. Vidare förklarades Kommunernas principiella syn på prisjusteringar av frukt och grönt; att prissättningen skulle utgå från anbudet men att veckovisa prisjusteringar fick ske grundade på Årstalistan. Kommunerna begärde att få ta del av Årstalistan som gällde vid tillfället i maj 2011 och den som gällde den 1 oktober 2010 för att kunna göra en procentuell jämförelse av hur priserna justerats. Skriften den 30 maj 2011 avslutades: Sammanfattningsvis kommer vi alltså inte att godta någon annan

prisjustering än den som skulle skett i början av maj. Är det Er avsikt att nå en överenskommelse i frågan emotser vi ett nytt prisförslag från Er, samt en komplett redogörelse för de prishöjningar resp. sänkningar som föreslås. I annat fall kommer vi att överväga rätten att frånträda avtalet enligt punkt 9 i detsamma.

I ett mail från Kommunerna, genom Martin Fransson, till Menigo, Anders Nilsson, den 6 juni 2011, vidhölls uppfattningen att anbudets giltighetstid är den väsentliga omständigheten vid tolkningen av rätten till prisjusteringar eftersom en annan ordning skulle leda till att anbuden förändrades i efterhand. Kommunerna stod således fast vid uppfattningen att prisjusteringar endast fick göras från den 14 april 2011. Mejlet avslutades: Vi önskar skriftligt svar med er ståndpunkt senast den 14 juni 2011. Om ni inte kan tillmötesgå kommunerna ser vi tyvärr ingen annan möjlighet än att säga upp avtalet med en uppsägningstid på 8 veckor.

Kommunerna erhöll aldrig någon ny och uppdaterad lista med de justerade priser man begärt. Enligt ett mejl från Anders Nilsson till Martin Fransson den 20 juni 2011 vidhöll Menigo prisaviseringen med prisjusteringar från den 1 oktober 2010.

Kommunernas upprepade krav på justeringar nedåt i de prislistor Menigo tillhandahållit och de likaledes upprepade kraven när det gällde frukt och grönt på prisjusteringar i relation till Årstalistan är sammantaget att bedöma som sådana mot motparten riktade krav på förändringar i tillämpade priser som faller under punkten 9 i avtalet. Förstahandsuppfattningen är således att Kommunerna ägt säga upp avtalen enligt denna bestämmelse. Eftersom oenigheten i prisfrågan gällde en stor och väsentlig del av sortimentet fanns det inte någon praktisk möjlighet att vara kvar i avtalen.

Kommunerna gör i andra hand gällande rätt till hävning av avtalen med stöd i punkten 31. Det har varit en uppenbar och grundläggande skyldighet för Menigo att vid avtalsstart leverera till priser enligt anbudet och att inte prisjustera i vidare mån än avtalens bestämmelser medgav. Som påtalats genomförde emellertid Menigo prishöjningar redan vid avtalsstart utan Kommunernas accept, Menigo aviserade en prisjustering som enligt Kommunernas uppfattning inte följde avtalen och genomförde

den också på ett stort antal artiklar utan accept. När det gällde den betydelsefulla varukategorin frukt och grönt frångick Menigo också avtalens bestämmelser och justerade priser uppåt på ett stort antal artiklar utan att följa förändringar i Årstalistan. Under hela den tid avtalen var i kraft tvingades Kommunerna att beställa varor till högre priser än vad som offererats. Menigos försummelser har varit av väsentlig betydelse. Kommunerna har i mailen och skriften enligt föregående stycke på ett tydligt sätt uttryckt sitt missnöje med hur Menigo uppfyllde sina åtaganden och ställt krav på rättelse i form av bl.a. nya prislistor och dokumentation, vid äventyr att avtalsförhållandet skulle avslutas. I mailet den 9 juni 2011 uppmanade man Menigo att komma med ett skriftligt svar senast visst datum. Menigo vidtog emellertid inte rättelse. Att en uppsägningstid medgavs hade sin grund i att Kommunerna behövde rådrum för att skaffa en ny leverantör.

Sättet att beräkna **skadeståndet** kan inte vitsordas. Det utgår från tidigare försäljningsvolymmer som sannolikt skulle ha förändrats nedåt i de nya avtalen. Priserna var dessutom lägre enligt de nya anbudslistorna och skulle ha medfört minskad täckningsgrad. Ett täckningsbidrag på tre procent kan vitsordas. Det är den skadelidande som ska styrka sin skada och åberopade beräkningar bygger på ett underlag som inte kan närmare kontrolleras och därför bör bedömas med största försiktighet. En internationell koncern som Menigo hade med all sannolikhet hittat andra affärsmöjligheter för att begränsa sin skada. Att **beräkna ränta** från delgivningsdagen framstår inte som korrekt eftersom skadan skulle ha uppkommit löpande under avtalstiden.

BEVISNINGEN

Parterna ha åberopat skriftlig bevisning; **Menigo** bl.a. avsnitt i avtalen, avtalsförslag med kommersiella villkor och förfrågningsunderlag, innehållet i uppsägningshandlingen, Årstalistor och Menigos prislistor för veckorna 24-27 2011, mailkorrespondens mellan Lina Jönsson och Menigo, sammanställning över skadeståndsberäkning samt olika skärmdumpar från Menigos affärssystem; **Kommunerna** bl.a. avsnitt i samma avtalshandlingar, mail från Carina Grönlund till

Tommy Nilsson den 6, 11 och 13 maj 2011, skrift från Kommunerna till Anders Nilsson med referens till mötet den 27 maj 2011, mail från Martin Fransson till Anders Nilsson den 9 juni 2011, mailkorrespondens mellan Tommy Nilsson och Kerstin Boding hos Kommunerna, utdrag ur Menigos anbud samt fakturor från Menigo den 21 april, 20 maj, 27 maj och 17 juni 2011, avisering om ersättningsprodukter den 7 april 2011, mail från Lina Jönsson till Carina Grönlund den 8 april 2011, utdrag ur Menigos anbud samt Menigos prislista den 2 maj 2011 samt Årstalistor per den 1 oktober 2010 och den 14 april 2011.

Vittnesförhör har hållits med, på Menigos begäran, Tommy Nilsson, key account manager vid Menigo, Michael Bengtsson, chef för affärsutveckling och offentliga affärer vid Menigo, Emilia Källström, projektledare för offentliga upphandlingar vid Menigo samt Helena Tambour, businesscontroller vid Menigo.

På begäran av Kommunerna har vittnesförhör hållits med Carina Grönlund, inköpsansvarig för Sjöbo kommun, Martin Fransson, kanslichef i Simrishamns kommun och Lina Jönsson, kostchef i Skurups kommun.

Enligt **Tommy Nilsson** hade han arbetat för Menigo i 30 år med bl.a. försäljning, olika marknadsfunktioner och på senare tid som key account manager. Menigo hade haft kontrakt med kommunerna under 10-12 års tid och han hade haft motsvarande funktion då. Han ansvarade för kontakter med de ansvariga på kommunsidan, bland andra Carina Grönlund och Lina Jönsson. Tiden inför avtalsstarten var hektisk. Det förekom möten, en intensiv mailkonversation och det var överhuvudtaget en stor tidspress för att få allt på plats. Att produkter byttes ut var vanligt förekommande eftersom leverantörer förändrade sitt sortiment. Det hade gått avsevärd tid sedan anbuderna lämnats. Vid avtalsstart cirkulerade en mängd olika prislister och det skedde också produktbyten efter tillskrivningar som kommunicerades med och godkändes av Carina Grönlund och Lina Jönsson. När avtalet kommit igång var det meningen att Lina Jönsson skulle ansvara för produktfrågorna.

Såvitt han förstod hade produktbytena godkänts och de medförde inte några prishöjningar. I den mån det förekommit några enstaka prishöjningar hade dessa godkänts. Icke godkända prishöjningar fick inte förekomma enligt avtalet. Den rapsolja som omtalats i målet var inte samma som offererats. Den oljan hade utgått. Kommunerna beställde på eget bevåg en annan och dyrare olja ur det ordinarie webbsortimentet. Det finns 36 000 artiklar där. Den dyrare oljan kom därefter att på begäran av Lina Jönsson läggas in på Kommunernas lista. Även andra varuutbyten, bl.a. av vissa charkprodukter, var enligt hans mening godkända av Kommunerna. Han har dock inte dessa tillskrivningar tillgängliga.

Det kan vitsordas att jämförpriser för margarin och te i en prislista den 2 maj 2011 av misstag blivit missvisande och att det därför inte framgick att det var fråga om en prishöjning. Anbudslistan på frukt och grönt hade inte någon direkt koppling till Årstalistan utan utgick förmodligen från då gällande inköpspriser. Eftersom det var prisadministrationen centralt som detaljstyrde prissättningen har han inte någon närmare uppfattning om priserna i anbudslistan. Det lämnades rabatt med 32 procent på listpriserna. Det är möjligt att vissa priser i anbudet låg lägre än Årstalistan och att olika priser sedan avtalet trätt ikraft som Kommunerna påstått kan ha legat högre. Han kan inte ge någon direkt förklaring till detta. En stor del av sortimentet fanns inte med på Årstalistan. Prisnivån på frukt och grönsaker fluktuerar ständigt och det är kraftiga variationer mellan säsonger. Vid anbudstiden på hösten fanns exempelvis billig svensk frukt och höstgrönsaker som vitkål och purjolök. När avtalen trädde i kraft var man hänvisad till dyrare importerade varor.

Efter mailkontakterna med Carina Grönlund i maj 2011 blev det mer fokus på att prisförändringar skulle följa Årstalistan. Det översändes också sådana listor veckovis till kommunerna. Prislistor för veckorna 24-27 visar att man följde prisförändringar på Årstalistan. Han har ingen uppfattning om hur Kommunerna ska kunna kontrollera hur prisutvecklingen förhåller sig till anbudet, möjligen genom att kontrollera Menigos inköpspriser. Det finns inte någon enhetlig prislista för frukt och grönt hos Menigo

utan en mängd olika prislistor som relaterar till olika avtal. Det byts också leverantörer och priserna varierar hela tiden.

Det kan vitsordas att aviseringen om prisjusteringen per den 16 maj till 70 procent innebar prishöjningar. Av mailkonversationen och vid telefonsamtal framgick att kommunerna inte var nöjda med prissättningen och den aviserade prisjusteringen. Han uppfattade emellertid inte något som innebar ett påpekande med begäran om rättelse, vare sig när det gällde prisjusteringarna eller prissättningen på frukt och grönt. Att vissa priser höjdes innan processen var färdig berodde på ett handhavandefel hos den centrala prisadministrationen.

Michael Bengtsson har redogjort för Menigos organisation vid aktuell tid, varvid bl.a. framkommit att det fanns en central prisadministration som bistod fyra regionala enheter. Han var chef över de projektledare som offererade de aktuella avtalen och hade tagit del av förfrågningsunderlagen. De slutliga besluten fattades emellertid av direktionen för region syd i koncernen.

När det gällde livsmedelsområdet var det regel med prisjusteringar i leveransavtalen, oftast fyra gånger om året. Det var vanligt att man justerade anbudspriser vid avtalsstart med hänsyn till prisutvecklingen men det förekom också andra varianter. Eftersom anbudet i detta fall lämnats i priser per den 1 oktober 2010 var det naturligt att direkt vid avtalsstart eller vid den första avtalade justeringen beakta prisutvecklingen från detta datum. Prisjusteringen blir inte retroaktiv eftersom den slår igenom först när priserna ändras. Att man bara skulle beakta prisutvecklingen från avtalsstart framstår som helt främmande. Det skulle vara svårt att lämna anbud om man inte kunde beakta prisutvecklingen.

Att nya priser infördes för ett drygt hundratal artiklar innan godkännandeprocessen var klar berodde på ett handhavandefel. När handläggaren på prisadministrationen upptäckte det korrigerade vederbörande priserna självmant. Merkostnaden för Kommunerna kan uppskattas till sammantaget 32 000 kr. Om felet hade blivit känt

under avtalstiden skulle man ha krediterat Kommunerna. Såvitt han visste begärde Kommunerna inte någon prisjustering och det kom inte något skriftligt påpekande med begäran om rättelse. Från Menigos sida ville man ha ett möte för att nå en överenskommelse.

Skadeståndsberäkningen och åberopade skärmdumpar bygger på siffror hämtade från Menigos affärssystem som ligger till grund för inköp, fakturering och logistik i företaget. Det kan inte manipuleras. Han finner siffrorna helt rimliga. Det täckningsbidrag på tre procent som Kommunerna vitsordat skulle man inte kunna överleva på.

Emilia Källström har berättat att hon sedan 2010 haft befattning som projektledare hos Menigo och arbetat med tillskrivningar och tilläggsofferter under såväl de gamla som de nya avtalen. Hennes kontaktperson hos Kommunerna var Lina Jönsson. Tillskrivningarna gällde produktförändringar på kundens avtal. I samband med uppstarten av de nya avtalen gjordes tillskrivningar som gällde ett antal produkter. Kommunikationen skedde efter anvisning av Tommy Nilsson med Carina Grönlund. Såvitt hon förstod godkändes produktbytena. Hon hade inte något med prissättningen att göra och utgick från att produktbytena inte innebar prishöjningar. Av i målet åberopade mail framgår inte att Kommunerna godkände prishöjningar.

Även **Helena Tambour**, civilekonom med befattning som ekonomiansvarig i Menigo, har uttalat sig om beräkningen av skadeståndet och vitsordat att siffrorna som ligger till grund för beräkningen hämtats från Menigos affärssystem, att siffrorna är revisorsgranskade och att det beräknade täckningsbidraget framstår som normalt för ett avtal med offentlig kund. Det av Kommunerna vitsordade täckningsbidraget skulle inte ha täckt en bråkdel av kostnaderna.

Enligt **Carina Grönlund** har hon en ekonomutbildning i botten och därefter erfarenhet från arbete i bank, eget företagande och sedan 14 år som inköpsansvarig för Sjöbo kommun. I den samordnade upphandlingen hade hon tillsammans med Martin

Fransson ett huvudansvar för administration, utformning av förfrågningsunderlag och hela processen fram till avtalsskrivning. Vid ett uppstartsmöte den 15 mars 2011 ville Menigo skjuta fram avtalsstarten för de nya avtalen till den 1 maj 2011. Eftersom giltighetstiden för anbuden gick ut den 14 april 2011 kunde Kommunerna inte gå med på någon senareläggning utöver detta datum. Hon hade för övrigt svårt att förstå varför Menigo skulle behöva skjuta fram avtalsstarten. Det hade funnits tillräckligt med tid att förbereda ikraftträdandet av de nya avtalen, särskilt mot bakgrund av att Menigo var avtalspart även enligt de tidigare avtalen.

Redan vid mötet den 15 mars 2011 framkom också önskemål från Menigo om mer tid för att prisjustera från anbud till avtalsstart. Hon reagerade starkt på detta eftersom det klart framgick av förfrågningsunderlaget att anbudspriserna skulle gälla in i det nya avtalet. Ett annat synsätt skulle leda till att grunderna för den offentliga upphandlingen sattes ur spel. Tommy Nilsson menade emellertid att en sådan justering var branschpraxis och det nåddes inte någon överenskommelse i denna del.

Vid avtalsstarten upptäcktes ganska snart att Menigo prisjusterat uppåt på ett stort antal artiklar trots att det inte skett några aviseringar. Det saknades också produkter från anbudet, bl.a. hade charkprodukter försvunnit. Kostcheferna hörde av sig. Det var givetvis angeläget att man kunde beställa på de nya avtalen. Till sist kom det nya produkter men Kommunerna hade inte fått tillfälle att godkänna dessa. Rapsoljan försvann och ersattes med en mycket dyrare produkt. Vissa produktbyten enligt ett mail den 7 april 2011 hade godkänts efter kontroll av Lina Jönsson. Det hade däremot inte framkommit att produktbytena skulle innebära prishöjningar och sådana hade om man känt till det inte heller godkänts. Lina Jönsson tittade inte på prissättningen eftersom prishöjningar inte fick förekomma enligt avtalet.

Den aviserade justeringen per den 16 maj 2011 kunde inte accepteras eftersom Menigo ville prisjustera för tid innan avtalsstart. Det var en intensiv skriftväxling och flera möten mellan parterna i frågan. Hon fick den här tiden lägga hela sin arbetstid på olika problem och frågeställningar i avtalsförhållandet med Menigo. Det fanns ett behov av

att kontrollera allt som Menigo gjorde. När det gällde prissättningen på frukt och grönt gick det trots stora ansträngningar inte att bringa någon klarhet i hur Menigo satte sina priser. Det var helt nya och kraftigt högre priser när man gick in i avtalet.

Förändringarna gick inte att relatera till anbudet. Först sa Menigo att man inte brydde sig om Årstalistan och sedan att man skulle följa Årstalistan. När anbudet lämnades låg Menigos priser under Årstalistan, vid avtalsstart och senare höjdes de till nivåer över listan. Efter mötet den 27 maj 2011 stod det klart att man inte kom överens och att avtalsförhållandet inte kunde fortsätta. Det fanns grund för hävning med omedelbar verkan men man valde uppsägning med uppsägningstid för att kunna kontraktera en ny leverantör. Skriften efter mötet den 27 maj 2011 och mailet den 9 juni 2011 innehöll påpekanden med krav på rättelse.

Martin Fransson, kommunjurist och nu kanslichef i Simrishamns kommun, hade enligt sin berättelse tillsammans med Carina Grönlund huvudansvaret för upphandlingen. Enligt hans uppfattning stod det helt klart och framgick tydligt av handlingarna att anbudspriserna skulle gälla in i avtalet och att prisjusteringar inte fick avse prisutveckling innan avtalsstart. Varför anbudspriserna skulle relateras till den 1 oktober 2011 kan han inte närmare förklara. Det viktiga var att priserna skulle gälla vid avtalsstart. Han medverkade som stödperson vid olika möten men var inte delaktig i diskussioner om olika prislistor och andra detaljfrågor. På information han fick förstod han dock att Menigo höjde priser utan godkännande och att prisutvecklingen på frukt och grönt inte gick att relatera till anbudet och förändringar på Årstalistan. Det fanns grund för hävning enligt punkten 31 men man sa upp med hänvisning till punkten 9 eftersom det behövdes en uppsägningstid. Att Kommunerna frånträdde avtalen berodde i första hand på att Menigo inte stod fast vid anbudspriserna. Skriften den 30 maj 2011 var att uppfatta som ett skriftligt påpekande med begäran om rättelse.

Lina Jönsson har berättat att hon som kostchef granskade och godkände tillskrivningar från leverantörer, i detta fall Menigo. Hon hade haft samma roll beträffande de tidigare avtalen. Hon svarade för samtliga kommuner men de andra kostcheferna var också delaktiga. När det gällde de nya avtalen hade Carina Grönlund

ansvaret före och i samband med avtalsstart. Hon blev dock tillfrågad för en kvalitetsgranskning. Tillskrivningarna kunde annars innebära förändringar i exempelvis förpackningsstorlek och pris.

DOMSKÄL

Utgångspunkter för tingsrättens prövning av frågan om skadeståndsskyldighet

En för bedömningen av käromålet grundläggande fråga är om Kommunernas uppsägning haft stöd i avtalen eller inte. Fråga är om ett kommersiellt avtalsförhållande och förutsättningarna för ett frånträdande av avtalet bör därför bedömas med utgångspunkt i de särskilda bestämmelser om uppsägning och hävning som finns i avtalen. Att någon annan bestämmelse eller rättsgrundsats skulle vara tillämplig har inte gjorts gällande. Uppsägningsklausulen i punkten 8 tar sikte på oenighet i prisjusteringsfrågor medan hävningsbestämmelsen i punkten 31 är tillämplig om part i väsentligt hänseende åsidosätter sina skyldigheter. När det gäller prisändringar föreskrevs i avtalen att sådana enligt punkten 9, prisjusteringar på grund av förändrade inpriser för leverantören, och punkten 8, prisändringar på grund av produktbyten, fick ske endast efter ett särskilt förfarande innefattande prövning och godkännande av köparen, Kommunerna.

Kommunerna har till stöd för sitt frånträdande av avtalen åberopat att Menigo prisjusterat på ett avtalsstridigt sätt genom att frångå offererade priser och åsidosätta avtalad mekanism för prisjusteringar. Den i materiellt hänseende omtvistade huvudfrågan är således om det framkommit att Menigo prisjusterat på ett avtalsstridigt sätt.

Men hänsyn till Menigos åberopade grunder för talan uppkommer vidare frågor om Kommunerna haft formellt stöd i avtalstexten för sitt agerande. Har uppsägningsbestämmelsen i punkten 9 överhuvudtaget varit tillämplig på det sätt Kommunerna gjort gällande. Om så inte anses ha varit fallet har tingsrätten att bedöma

om Kommunerna ägt rätt att häva avtalet enligt punkten 31, något som förutsätter att väsentlighetskriteriet i bestämmelsen anses uppfyllt, att Menigo genom skriftligt påpekande beretts tillfälle till rättelse och att Menigo inte visat sig ha vidtagit rättelse. En ytterligare fråga i detta sammanhang är om Kommunerna som Menigo hävdar varit förhindrade att i efterhand åberopa punkten 31 och vilken betydelse denna omständighet i så fall har för skadeståndsbedömningen.

Har Menigo prisjusterat på ett avtalsstridigt sätt?

Utvärderingen i upphandlingen utgick från bedömningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktigt. Avtalen medförde naturligtvis därmed också en grundläggande skyldighet för Menigo att leverera varor till de priser som offererats i anbudet och tagits in i avtalen.

När det gäller den aviserade prisjusteringen per den 16 maj 2011 råder delade meningar särskilt i frågan om den tidsmässiga utgångspunkten för beaktande av prisförändringar. Innehållet i avtalen ger utrymme för olika tolkningar. Å ena sidan talar det förhållandet att anbudspriserna enligt förfrågningsunderlaget skulle vara de priser som gällde den 1 oktober 2011 för Menigos tolkning, d.v.s. att prisjusteringsmekanismen i avtalen skulle få genomslag på prisutvecklingen från detta datum. Mot en sådan tolkning talar i någon mån som Kommunerna hävdar att anbudet hade giltighetstid som sträckte sig över tidpunkten för avtalsstart och att det med hänsyn till den likabehandlingsprincip som är grundläggande vid offentlig upphandling framstår som rimligt att offererade priser ska ligga fast när avtalet träder ikraft. Det är således sammantaget oklart hur avtalen i denna fråga ska uppfattas och tolkas. Förfrågningsunderlaget har upprättats av Kommunerna. Menigo framstår visserligen som en helt jämbördig, väl så erfaren avtalspart med möjlighet att i anbudsprocessen ställa frågor om eventuella oklarheter i förfrågningsunderlaget. Menigos ståndpunkt att man inte uppfattat någon oklarhet utan sett avtalsutformningen som förenlig med branschpraxis kan emellertid inte anses orimlig. Avtalen bör därför vid en

sammanvägning av omständigheterna i denna del, med tillämpning av den avtalsrättsliga oklarhetsregeln, tolkas till förmån för Menigo.

Menigo har därmed enligt tingsrättens bedömning haft stöd i avtalen för att påkalla prisjustering för prisutvecklingen från den 1 oktober 2010. Med den öppning för prisjusteringar hänförliga till prisändringar före avtalsstart som en sådan tolkning innebär framstår det givetvis som särskilt betydelsefullt för Kommunerna att den kontrollmöjlighet och det prövningsförfarande beträffande prisändringar som fanns inbyggt i avtalen också upprätthölls på ett lojalt sätt mellan parterna. Enligt Carina Grönlunds vittnesmål hade också betydelsen av att anbudspriserna skulle gälla in i avtalen särskilt betonats vid de kontakter mellan parterna i mars 2011 som föregick avtalstecknandet.

Den av Kommunerna åberopade utredningen innefattande olika prislistor och jämförelser mellan dessa, se ovan det stycke som börjar på sid. 14 nederst, ger stöd för att Menigo inför och i samband med avtalsstart, i tiden före den aviserade prisjusteringen den 16 maj 2011, höjt priser alternativt genomfört fördyrande produktbyten på ett antal artiklar. Menigo har mot Kommunernas bestridande inte visat att dessa prishöjningar varit godkända av motparten. Det har vidare bekräftats av Menigo att ett hundratal artiklar prisändrades enligt aviseringen per den 16 maj 2011 trots att det inte fanns något godkännande från Kommunerna. Kommunerna har också påvisat olika prishöjningar i detta sammanhang, se ovan sid. 17 tredje stycket. När det gäller varugrupperna 6-10, frukt, grönt och rotfrukter, fick enligt punkten 9.1 prisjustering ske en gång per vecka grundat på Årstalistan, således en slags indexreglering i avtalen och som sådan av avgörande betydelse för den upphandlande partens möjlighet att kontrollera prisändringar och härleda prisutvecklingen för dessa varugrupper till det lämnade anbudet. Att anbudsprislistan i utgångsläget inte grundades på listan saknar betydelse för tillämpningen av punkten 9.1. Genom vittnesmålet av Carina Grönlund och åberopad mailkonversation har framkommit att Kommunerna vid upprepade tillfällen ifrågasatt om prissättningen med prisändringar i förhållande till anbudsprislistan följde förändringarna på Årstalistan.

Kommunerna har också i målet beträffande ett antal artiklar, se ovan sid. 18 andra stycket, visat att relationen i prisnivå mellan anbudsprislistan och Årstalistan över tid kraftigt förändrats till Kommunernas nackdel, något som inte framstår som förenligt med punkten 9.1. Menigo har till stöd för sin inställning i denna del åberopat att prisändringar på några artiklar under veckorna 24-27 år 2011 följt Årstalistan. Som Kommunerna påpekat möjliggör detta förhållande emellertid inte någon bedömning av hur prissättningen förhåller sig till det lämnade anbudet och prisutvecklingen på Årstalistan därefter. Det framstår i detta sammanhang som särskilt besvärande för Menigo att det inte heller enligt Tommy Nilssons utsaga gick att följa prisutvecklingen från tiden för anbudet mot Årstalistan.

Sammantaget har Kommunerna således visat att Menigo i tre olika hänseenden prisändrat utan godkännande från Kommunernas sida och således i strid med avtalen.

Har uppsägningsbestämmelsen i punkten 9 varit tillämplig?

Som Menigo hävdar framstår uppsägningsklausulen i punkten 9 som i första hand inriktad på situationer där parterna beträffande enstaka artiklar inte kan enas om prisjustering. Kommunernas uppsägning av hela avtalen sammanfaller därför inte med en rimlig tolkning av denna klausul.

Har väsentlighetsrequisitet i punkten 31 varit uppfyllt?

Avtalstexten innehåller inte något förtydligande av hur kvalificerat ett åsidosättande av avtalade skyldigheter ska vara för att anses väsentligt. Att vidmakthållandet av offererade priser och avtalad prisjusteringsmekanism varit av väsentlig betydelse för Menigo kan det inte råda någon tvekan om. Däremot kan givetvis inte, med hänsyn till avtalens art och omfattning, isolerade händelser såsom enstaka prisändringar eller varuutbyten föranledda av förbiseende utgöra sådant väsentligt åsidosättande av avtalade skyldigheter som motiverar hävning. Enligt tingsrättens bevisprövning har

Kommunerna visat övertygande stöd för att Menigo utan godkännande de facto genomfört omstridda prisjusteringar på flera artiklar och, i fråga om varugrupperna 6-10, åsidosatt avtalad prisjusteringsmekanism. Som Kommunerna påpekat har det ankommit på Menigo att ha kontroll över prissättningen och säkerställa underlag för att prinsnivå och eventuella prisändringar hade stöd i avtalen. Det får därmed också, med en rimlig bevisbördeplacering, ligga på Menigo, kärande i målet, att i leda i bevis att det som förekommit rört sig om enstaka händelser grundade i förbiseenden, att påstådda avvikelser rättats till och att det därför inte varit fråga om något väsentligt avtalsbrott. Menigo har inte uppfyllt denna bevisskyldighet. Tingsrättens bedömning blir därför att de av Kommunerna påvisade avvikelserna utgjort sådant väsentligt avtalsbrott som omfattas av punkten 31.

Har Kommunerna genom skriftligt påpekande enligt punkten 31 gett Menigo möjlighet att vidta rättelse?

Formerna för skriftligt påpekande har inte närmare reglerats i avtalet. I sakens natur ligger givetvis att meddelandet måste uppfylla sådana rimliga krav på tydlighet att det för mottagaren framgår vad som ska rättas till när det gäller tillämpningen av avtalet mellan parterna. Tydlighetskravet får också bedömas mot bakgrund av vad som vid tillfället på annat sätt varit känt mellan parterna i den omstridda frågan.

Av mailet den 13 maj 2011 från Carina Grönlund till Tommy Nilsson framgick att Kommunerna motsatte sig prishöjningar för förfluten tid och krävde att man skulle ”följa det ingångna avtalet med dess underliggande dokument och bilagor”. Mailet avslutades med en uppmaning till Menigo att skicka ut en ny och helt korrekt prislista, innehållande alla upphandlade produkter med de tillägg som överenskommits, i början av nästa vecka. Även i skriften till Menigo med referens till mötet den 27 maj 2011 och i mailet från Martin Fransson den 9 juni 2011 framgick att Kommunerna motsatte sig prisjusteringar för förfluten tid, efterlyste underlag för prisjusteringar på varugrupperna 6-10, och begärde ett nytt prisförslag.

Innehållet i meddelandena från Kommunerna har, sedda i sitt sammanhang, otvivelaktigt tydliggjort för Menigo att Kommunerna motsatte sig föreslagna prisjusteringar, av Menigo dessutom delvis redan genomförda, och att Kommunernas krav på nya prislistor också innebar en självklar begäran om att genomförda avtalsstridiga prisförändringar skulle återställas. Kommunerna har därmed uppfyllt kravet på skriftligt påpekande med begäran om rättelse.

Har Menigo vidtagit rättelse?

Kommunerna har inte vitsordat att Menigo återställt de prisförändringar som genomförts i samband med avtalsstart, inte heller de höjningar som grundats på den aviserade justeringen per den 16 maj 2011. Något konkret stöd för att rättelse skett, exempelvis i form av jämförande prislistor, har inte åberopats från Menigos sida. Om icke godkända prisförändringar först genomförts och därefter återställts, något som bl.a. Tommy Nilsson framfört, framstår det onekligen som anmärkningsvärt att Kommunerna inte underrättats om detta under avtalstiden och att det inte heller i målet åberopats underlag som tydliggjort att prisförändringarna återställs. Menigo har inte heller gjort gällande att man vidtagit rättelse genom att tillställa Kommunerna nya prislistor för avrop där de redan genomförda prishöjningarna återställts.

Enligt mailet från Martin Fransson till Anders Nilsson den 9 juni 2011 krävde Kommunerna besked senast den 14 juni 2011. Ett svarsmail den 20 juni 2011 gav uttryck för en ambition på Menigos sida att hitta en samförstånds lösning men innehöll inte någon accept av Kommunernas ståndpunkt.

Menigo har således inte i målet visat att man vidtagit rättelse.

Föreligger hinder för Kommunerna att i efterhand åberopa punkten 31 som hävningsgrund och vilken betydelse får detta förhållande i så fall för skadestandsfrågan?

Det förelåg rätt för Kommunerna enligt punkten 31 att frånträda avtalen. Som framgått har den handling varigenom Kommunerna bringat avtalen till upphörande rubricerats uppsägning och hänvisat till punkten 9 i avtalen. Det har emellertid genom innehållet i handlingen och med hänsyn till omständigheterna stått klart för Menigo att Kommunerna avsåg att frånträda avtalen i deras helhet, något som endast kunde ske med stöd av hävningsklausulen i punkten 31 och att det också var hävning som i realiteten åsyftades med Kommunernas åtgärd. Från Menigos sida har inte gjorts gällande att åberopandet av punkten 9 i stället för 31 i sig medfört någon särskild skada. Att Kommunerna först senare och i andra hand åberopat hävningsbestämmelsen saknar därmed betydelse för skadestandsfrågan i målet eftersom det vid tillfället faktiskt förelegat grund för hävning. Menigo är vid dessa överväganden inte berättigat till ersättning för skada.

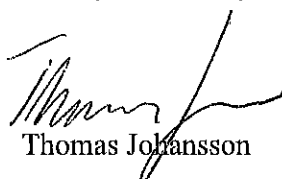
Käromålet kan således inte vinna bifall.

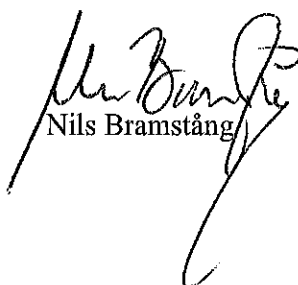
Menigo ska som förlorande part ersätta Kommunerna deras rättegångskostnad. Yrkat belopp för ombudsarvode framstår med hänsyn till målets art och omfattning som skälig påkallat för tillvaratagande av partens rätt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 401)

Överklagande senast den 14 februari 2013 ställs till Hovrätten över Skåne och Blekinge

På tingsrättens vägnar


Thomas Johansson


Nils Bramstång


Lena Peterson