



**KLAGANDE**

Servera R & S AB, 556233-2451

Box 123

601 03 Norrköping

Ombud: Advokaten Björn Tude

Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB

Box 5747

114 87 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Bollebygds kommun

51783 Bollebygd

2. Borås Stad

501 80 Borås

3. Svenljunga kommun

512 80 Svenljunga

4. Tranemo kommun

514 80 Tranemo

5. Ulricehamns kommun

523 86 Ulricehamn

Ombud för 1-5: Stadsjuristen Rosangela Hansen

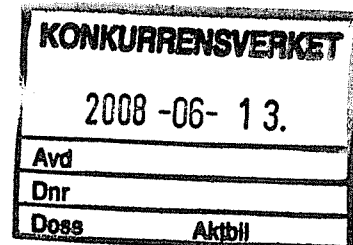
Borås stad

Kommunledningskansliet

501 80 Borås

**SAKEN**

Ansökan om överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)



**DOMSLUT**

Länsrätten avslår Servera R & S AB:s framställan om åtgärder enligt lagen om offentlig upphandling.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 4 april 2008.

## BAKGRUND

Borås Stad tillkännagav den 27 mars 2008 avseende upphandling av livsmedel för Borås Stad, Bollebygd kommun, Svenljunga kommun, Tranemo kommun och Ulricehamns kommun (Kommunerna) att andra leverantörer än Servera R & S AB (Servera) utsetts som leverantörer av livsmedel till Kommunerna. – Av dessa leverantörer hade Menigo Foodservice AB (Menigo) tilldelats uppdraget som fullsortimentsleverantör. Utöver Menigo har endast Servera lämnat anbud med avseende på uppdraget som fullsortimentsleverantör.

Servera har ansökt om överprövning av tilldelningsbeslutet och har därvid yrkat att länsrätten interimistiskt ska besluta att upphandlingen inte får avslutas.

Länsrätten beslutade den 4 april 2008 att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat beslutats.

## YRKANDEN M.M.

**Servera** yrkar i ansökan om överprövning i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen av anbuderna görs om varvid Menigos anbud inte omfattas av utvärderingen. I andra hand yrkar Servera att upphandlingen ska göras om och som skäl för ansökan anför Servera bl.a. följande.

Undantag från skallkrav och otydligt förfrågningsunderlag. Kommunerna har medgett Menigo undantag från uppställda skallkrav. Både skallkrav och börkrav ska vara klart och entydigt beskrivna i förfrågningsunderlaget för att kraven på affärsmässighet och transparens ska vara uppfyllda. Skallkravet avseende lagervaror i punkten 2.6 anger att leverantören ska sträva efter

att andelen lagervaror är minst 80 procent av omsättningen inom respektive leverantörsområde. Uppfyllande av skallkravet innebär att man kommer över kravgränsen på 100 procent och ett icke uppfyllt skallkrav ger 0 procent. Eftersom skallkrav är oeftergivliga innebär således ett icke uppfyllt krav att anbudet ska förkastas. Menigos anbud visar en lagerhållning om endast 73 procent och har trots det kvalificerats till utvärdering. Kommunerna har således medgett undantag från det uppställda skallkravet och tilldelat Menigo upphandlingskontraktet. Detta strider mot kravet på affärs-  
mässighet och likabehandling. Menigos lagerhållning har även återspeglats i det offererade priset. Det är dyrt att hålla stora mängder lagervaror. Det är således av väsentlig betydelse hur kravet ska tolkas för det pris som anbudsgivaren kan offerera. Om skallkravet skulle kunna tolkas som att lagervaror om endast 73 procent kan accepteras så är det uppenbart att kravet är så otydligt utformat att Servera inte kunnat avgöra från förfrågningsunderlaget vilka krav som Kommunerna uppställt. Kommunernas förfrågningsunderlag har varit så otydligt utformat att Servera på grund av detta inte kunnat avgöra vad Kommunerna tillmäter betydelse vid upphandlingen och har därmed förhindrat Servera från att på ett rättvist sätt lämna anbud. Detta strider mot 1 kap. 4 § LOU och principerna om transparens och likabehandling. Hade Servera vetat att kravet gick att frånga hade Serveras priser varit annorlunda och Servera skulle mot den bakgrunden ha kunnat offerera det lägsta priset. Mot bakgrund av ovanstående görs gällande att upphandlingen i första hand ska rättas på så sätt att Menigos felaktigt antagna anbud förkastas. Om Menigos anbud trots ovanstående inte förkastas är skallkravet och förfrågningsunderlaget så otydligt att upphandlingen måste göras om.

Kvalitetskrav. Kvalitetskravet avseende tvättade ägg har varit så snävt utformat att Servera inte på ett rättvist sätt kunnat lämna anbud. Det ifrågasätts att kvalitetskravet är utformat med sådan snävhet att det får till resultat att, utan att vara motiverat av sakliga skäl, flera på marknaden erbjudna

produktalternativ de facto uteslutits. I praktiken är det endast en äggproducent på den svenska marknaden som erbjuder och kan tillgodose Kommunernas hela behov av tvättade ägg, vilket får till följd att andra äggproducenter utesluts. Ett så snävt kvalitetskrav medför även att de leverantörer, inklusive Servera, som inte har avtal med den enda leverantören av tvättade ägg i Sverige istället blir belastade med referenspris. Det måste anses vara ett högst naturligt förhållande att olika leverantörer använder sig av olika producenter och ett alltför snävt utpekande av kvalitetskrav, som i praktiken endast pekar ut en producent och i strid med upphandlingsreglernas syfte får en konkurrenshämmande effekt.

Utvärderingsmetod – referenspriser. Den utvärderingsmodell som tillämpats i upphandlingen är otydligt beskriven, bristfällig och oproportionerlig. Kommunerna har tillämpat ett referenspris som innebär att anbudet inte utvärderats utifrån sina egna meriter och att det som inte offererats har fått oproportionerligt stor betydelse. Enligt förfrågningsunderlaget föreskrivs å ena sidan att endast de produkter som uppfyller kvalitetskraven går vidare i utvärderingen och å andra sidan för det fall det inte finns någon godkänd eller offererad produkt att leverantören på den positionen ska belastas med ett referenspris. Kommunerna har därvid sammanblandat skallkrav med börkrav och vice versa. Eftersom uppfyllande av samtliga kvalitetskrav utgör skallkrav enligt punkten 2.4 i förfrågningsunderlaget ska följden av att skallkrav inte uppfylls vara att leverantörens anbud förkastas och utesluts ur utvärderingen. Dock anges att följden istället blir att på ifrågavarande produkt används ett fingerat referenspris. Förfrågningsunderlaget är även i detta avseende otydligt och direkt motsägelsefullt. Bristerna i tydlighet är av sådan art att det inte uppfyller kravet på affärsmässighet och förutsägbarhet. – Det ska även framhållas att nämnda referenspris är synnerligen oförmånligt och får en mycket stor betydelse för anbudet. För det fall anbudsgivaren utelämnar en produkt eller om Kommunerna skulle anse att uppställda krav inte uppfylls föreskriver utvärderingsmetoden att på denna

position istället åsatts ett referenspris uppräknat med 30 procent. En direkt följd av detta är att respektive anbud inte kommer att bedömas utifrån sina egna meriter utan i stor utsträckning med utgångspunkt från det som inte offererats. Ett sådant förfarande står i strid med kravet på affärsmässighet. Vidare kan en uppräkning med 30 procent inte anses vara proportionerlig och således inte heller förenlig med huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Som exempel på denna oproportionerliga effekt kan nämnas det i förfrågningsunderlaget uppställda kravet på tvättade ägg, där Servera belastats med referenspris för att den av Servera offererade produkten inte ansetts vara godkänd. Servera har därvid åsatts ett påslag om ca 318 000 kr i förhållande till det offererade priset. Detta är inte ett affärsmässigt och proportionerligt sätt att prissätta den extrakostnad som skulle uppstå för Kommunerna för att de i så fall behöver ha en annan leverantör av tvättade ägg, inklusive transporter och fakturor. Dessutom blir påslaget i kronor olika för olika produkter, utan motsvarande ökning av kostnaderna för transport eller fakturor. Några begränsningar avseende användningen av referenspris, såsom av antalet positioner med fingerade prisuppgifter per anbud i huvudgruppen eller av att det för vissa positioner i huvudgruppen ska gälla att prisuppgifter måste gälla, har heller inte angetts i förfrågningsunderlaget. Den negativa effekt som referenspriserna får är oproportionerlig i förhållande till de syften som Kommunerna påstår har legat bakom referensmetoden. – Sammanfattningsvis strider förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen mot kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU och de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. Servera har lidit skada till följd av tilldelningsbeslutet.

**Kommunerna** anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande.

Undantag från skallkrav och otydligt förfrågningsunderlag. Servera har missuppfattat kravet angående andelen lagervaror. Kravet innebär, såsom är

angivet i förfrågningsunderlaget, att leverantören ska sträva efter att andelen lagervaror är minst 80 procent av omsättningen inom respektive leverantörsområde. Kravet innebär inte att leverantören redan vid anbudsgivningen ska ha denna procentuella andel. Vad anbudsgivaren accepterar är kommunens krav att leverantören ska sträva efter detta mål. Man kan se det som ett starkt önskemål tillsammans med ett utförandevillkor. Kommunen vill att den blivande avtalsleverantören under avtalstiden ska sträva efter att öka sin andel lagervaror till minst denna procentsats. Eftersom Menigo accepterat kravet på att sträva efter detta har Menigo gått vidare till utvärdering. Ovanstående krav anses inte otydligt utformat och ingen anbudsgivare har under anbudstiden ställt frågor om kravet.

Kvalitetskrav. Det ankommer på den upphandlande enheten att ställa de krav som den finner lämpliga för upphandlingen under förutsättning att dessa inte strider mot de principer som bär upp LOU. Kommunerna har tillsammans med referensgruppen valt att kräva tvättade ägg vilket innebär en kvalitetssäkring och är ett led i respektive kommuns egenkontrollprogram. Det finns dessutom flera svenska äggpackerier som är godkända av Livsmedelsverket för industriell tvättning av ägg, vilket framgår av ingiven sammanställning. Sammantaget anses inte att upphandlingen behöver göras om eller att rättelse behöver vidtas.

Utvärderingsmetod – referenspriser. Produkter som inte uppfyller ställda kvalitetskrav tas bort från utvärderingen på så sätt att om det inte finns någon godkänd eller offererad produkt på en position i anbudsgivarens anbud denna position belastas med ett referenspris enligt anbudsspecifikation. Referenspriset utgörs av nuvarande pris för likvärdig produkt (per kg och/eller liter), uppräknat med 30 procent. Detta är klart och tydligt angivet i förfrågningsunderlaget punkten 5.5. Anbudsgivaren är alltså medveten om att man belastas med ett referenspris om man inte offererar begärda produkter (eller likvärdiga). Samma gäller om produkterna inte uppfyller ställda kvalitets-

krav. Kommunerna anser inte att detta är diskriminerande och prisuppräkningsningen med 30 procent anses inte vara orimlig. Kommunerna har ställt krav på produkterna enligt punkten 2.4 i förfrågningsunderlaget och har sedan i punkten 5.5 angett att produkterna kommer att kontrolleras. För de fall produkterna inte uppfyller kraven belastas anbudsgivaren med ett referenspris. Det kommer alltid att uppkomma sådana situationer för en del anbudsgivare genom att de inte har alla de efterfrågade produkterna. Kommunerna hade kunnat välja alternativet att anbud som inte lämnade pris på alla efterfrågade produkter alternativt inte uppfyllde kvalitetskraven på vissa produkter inte hade gått vidare till utvärdering. Detta hade begränsat konkurrensen mellan de större aktörerna i upphandlingen. Därför har angetts i förfrågningsunderlaget att om produkterna inte uppfyller ställda kvalitetskrav tas dessa bort från utvärderingen samt belastas med prisuppräkningsningen. För Kommunerna som köpare kan situationen när anbudsgivaren inte har alla efterfrågade produkter innebära problem som behöver prissättas för att anbudet ska kunna utvärderas på ett rättvisande sätt. Det vill säga att det blir fråga om en extrakostnad och att prissätta den är affärsmässigt, rimligt och proportionerligt. Prissättningen ska också vara av den karaktär att man inte får en fördel av att inte prissätta efterfrågade produkter. Kommunerna hänvisar till Kammarrättens i Göteborg dom den 13 mars 2008 (mål nr. 7080- - 7081-07). Prissättningen är klart angiven i förfrågningsunderlaget och väljer man att endast prissätta någon/några positioner i varje varugrupp kommer man att belastas med ett referenspris på ej prissatta produkter, vilket kommer att innebära ett högre anbudspris. Det är ett val som anbudsgivaren får göra. LOU ger inte närmare besked om hur förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller ska vara utformade utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna och principerna. Modellen med prisuppräkningsning på 30 procent anses inte åsidosätta dessa principer.



## DOMSKÄL

*Gällande bestämmelser m.m.*

Ifrågavarande upphandling påbörjades före den 1 januari 2008 varför lagen (1992:1528) om offentlig upphandling ska tillämpas i målet.

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska upphandling göras med nyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 7 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör, som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska länsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I förarbetena till 1 kap. 4 § LOU (prop. 1992/93:88 s. 59 f.) anförs bl.a. följande. I bestämmelsen anges huvudregeln för all upphandling enligt LOU. Ett av de viktigaste inslagen i EG:s reglering av upphandling är att upphandlingen ska ske på marknadens villkor och att det är marknaden som kan ange de billigaste och bästa villkoren. Det får inte uppkomma en snedvriden konkurrens, vilket framgår av kravet på att upphandlingen ska genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt. Reglerna är utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensvridande sätt.

*Utredningen*

I förfrågningsunderlaget under punkt **2.4 Krav på produkter**, anges bl.a. följande.

Samtliga kvalitetskrav om anges i bilaga 2 och bilaga 1 (produkterna) skall uppfyllas.

Under punkt **2.6 Lagervaror**, anges följande.

Leverantören skall sträva efter att andelen lagervaror är minst 80 % av omsättningen inom respektive leverantörsområde.

*Är ovanstående krav uppfyllt?*

Kravgräns 100 Ja  
0 Nej

Under punkt **5.5 Kontroll av produkter – sortiment**, anges bl.a. följande.

Samtliga offererade produkter kontrolleras mot förfrågningsunderlaget med bilagor och ställda kvalitetskrav. Produkterna måste uppfylla ställda kvalitetskrav för att gå vidare i utvärderingen. De produkter som inte uppfyller ställda kvalitetskrav kommer att tas bort från utvärderingen. Om det inte finns någon godkänd eller offererad produkt på en position i en leverantörs anbud kommer leverantören på den positionen att belastas med ett referenspris enligt anbudsspecifikation. Referenspris är nuvarande pris för likvärdig produkt (per kg och/eller lit), uppräknat med 30 procent.

Under punkt **5.6 Utvärderingskriterier** anges följande.

Det/de anbud med lägsta pris kommer att antagas.

Efter kontroll av produkterna kommer den produkt per position som uppfyller kvalitetskraven och med lägsta pris att jämföras i respektive anbud. Totalsumman för respektive anbudsgivare kommer att jämföras, dels totalt för grossist men även totalt för övriga leverantörer.

Kommunernas avsikt är att anta en huvudleverantör - fullsortimentsgrossist som kan leverera flertalet av produktgrupperna för att tillgodose mindre enheters behov, samt om förutsättningar ges i upphandlingen, att anta separata leverantörer för separata produktgrupper.

*Länsrätten gör följande bedömning*

I LOU ges inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kommer till uttryck i kravet på affärsmässighet vid upphandlingen. I detta krav får emellertid anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så

klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av underlaget kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet innebär dock att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte överträds, (se RÅ 2002 ref. 50).

Undantag från skallkrav och otydligt förfrågningsunderlag. Servera har gjort gällande att Kommunerna medgett undantag från skallkravet i punkten 2.6 i förfrågningsunderlaget om lagervaror och/eller att förfrågningsunderlaget däri varit otydligt. Av punkten 2.6 framgår att Kommunerna kräver att leverantören ska sträva efter att andelen lagervaror är minst 80 procent av omsättningen inom respektive leverantörsområde. Länsrätten kan av ordalydelsen inte utläsa annat än att kravet består i att anbudsgivare ska *sträva* efter en andel lagervaror om 80 procent. Ett fullgörande av kravet kommer därmed att tilldelas de anbudsgivare som accepterar att eftersträva detta. Kravgränsen 100 innebär således uppfyllandet av kravet "skall sträva". Något krav på leverantören att redan vid anbudsgivningen ha en andel lagervaror motsvarande 80 procent kan inte utläsas av texten. Länsrätten finner att punkten 2.6 i förfrågningsunderlaget inte är otydligt utformad och att det inte funnits skäl att utesluta Menigo från utvärderingen på den grunden att bolaget inte uppfyllt där uppställda krav. Ansökan ska därför avslås i den delen.

Kvalitetskrav. Servera har anfört att kvalitetskraven på tvättade ägg är oproportionerliga. Länsrätten konstaterar att det ankommer på den upphandlande enheten att ställa de krav som den finner lämpliga för upphandlingen under förutsättning att dessa är rimliga och affärsmässiga. Kommu-

nerna har uppgett att kravet på tvättade ägg innebär en kvalitetssäkring och utgör ett led i respektive kommuns egenkontrollprogram. Utredningen visar också att ett flertal äggpackerier ombesörjer tvättning av ägg. Länsrätten kan inte finna hinder utifrån bestämmelserna i LOU för Kommunerna att ställa höga krav på t.ex. kvalitet och hygien när det gäller en råvara som ska konsumeras i Kommunernas verksamheter. Eftersom kravet på tvättade ägg får anses vara affärsmässigt och rimligt ska ansökan i denna del avslås.

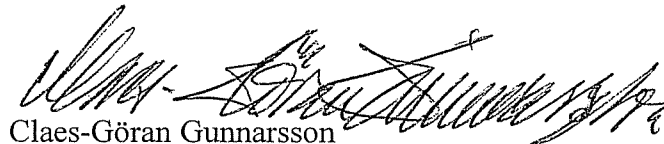
Utvärderingsmetod – referenspriser. Servera har slutligen anfört att den i upphandlingen använda utvärderingsmodellen har sådana brister med avseende på affärsmässighet och objektivitet att den strider mot LOU och kraven på transparens, proportionalitet och likabehandling. Av förfrågningsunderlaget framgår att Kommunerna avsett att teckna ett ramavtal med en huvudleverantör, eventuellt i kombination med andra leverantörer avseende enskilda produktgrupper, om förutsättningar ges. Utifrån denna utgångspunkt har anbudsgivarna kunnat lämna anbud till samtliga kommuner eller per kommun och på hela det efterfrågade sortimentet eller på delar av efterfrågat sortiment. För att kunna värdera och jämföra sådana anbud har en särskild prisuppgift använts för att "likställa" anbuden, varefter utvärdering skett. Varje ej offererad efterfrågad position har ersatts med ett referenspris som motsvarat nuvarande pris för likvärdig produkt uppräknat med 30 procent. Produkter som inte uppfyllt kvalitetskraven har tagits bort från utvärderingen och leverantören har på den positionen också belastats med referenspriset.

Vad gäller användningen av nollställning med ett referenspris har detta angetts i förfrågningsunderlaget på ett tillräckligt tydligt sätt. Någon tvekan om när referenspriset används för att likställa anbud kan inte ha funnits för anbudsgivarna. Eftersom detta framgått har också varje anbudsgivare i förväg kunnat räkna ut på vilka poster som denne skulle komma att belastas

med ett referenspris, eftersom anbudsgivarna i de flesta fall själva bör ha varit medvetna om huruvida de uppfyllt kvalitetskraven eller inte.

Servera har anfört att användandet av referenspris, inklusive uppräknigen med 30 procent, skett i strid med LOU och medfört skada för Servera. Av utvärderingen framgår att Menigo åsatts referenspris på 14 poster och att Servera åsatts referenspris på 16 poster. Enligt sammanställningen av Menigos och Serveras anbud har Servera lämnat ett anbud som överstiger Menigos anbud med 2 186 076 kr. Av denna skillnad är 167 186 kr hänförliga till de åsatta referenspriserna. Även om Serveras anbud på grund av referenspriset således stigit med 167 186 kr anser länsrätten att användandet av referenspris inte kan anses ha tillfogat Servera någon skada. I detta sammanhang har heller inte själva uppräknigen med 30 procent inneburit någon skada jämfört med en lägre uppräkning. Länsrätten finner mot bakgrund av ovanstående att Serveras framställan om åtgärder enligt LOU ska avslås och att det interimistiska beslutet ska upphävas.

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

  
Claes-Göran Gunnarsson

