



**LÄNSRÄTTEN
I MARIESTAD**

P Lars Ch Nilsson

DOM

2008-03-10

Meddelad i
Mariestad

Mål nr
2307-07 E
Rotel 1

SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock
Advokatfirman Lindahl KB
Box 142 40
104 40 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Henrik Sollenborn
Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm

MOTPART

Kommunledningskontoret
Mariestads kommun
542 86 Mariestad

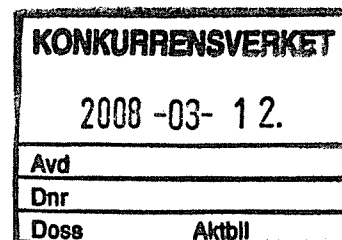
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller framställningen och förordnar att upphandlingen skall göras om.

Länsrättens interimistiska beslut av den 2 november 2007 skall fortsatt gälla till dess att lagakraftäggande dom i målet föreligger.



Dok.Id 29018

Postadress Box 800 542 18 Mariestad	Besöksadress Stockholmsvägen 6	Telefon 0501-676 00 E-post: lansrattenimariestad@dom.se	Telefax 0501-676 46	Expeditionstid måndag – fredag 08:30-12:00 13:30-15:00
--------------------------------------------------	------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------	-------------------------------	------------------------------------------------------------------------

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Mariestads kommun (kommunen) gick den 30 april 2007 ut med en anbudsfrågan avseende livsmedel. Av denna framgår bl.a. följande. Upphandlingen avser ramavtal på livsmedel för successiva avrop till Mariestads kommuns kök inom skola, barnomsorg, äldreomsorgsenheter och till viss cafeteriaverksamhet. Efterfrågat sortiment finns specificerat i till anbudsfrågan bifogad anbudsprislista. Anbud ska lämnas på hela eller delar av det efterfrågade sortimentet enligt anbudsprislstan. I upphandlingen efterfrågas även rabatt på övrigt sortiment inom produktgruppen, som ej finns specificerat i anbudsprislstan. Upphandlingen baseras på de villkor och förutsättningar, som anges i förfrågningsunderlag inklusive bilagor. Avtalsperioden är 2007-12-01—2009-11-30, med möjlighet till förlängning maximalt 24 månader. Förfrågan är gemensam för samtliga anbudsgivare dvs. både mindre leverantörer, som offererar enstaka produktgrupper, och grossister med fullsortiment utgår från samma underlag.

Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt LOU. Anbudstiden gick ut den 28 juni 2007, varvid totalt tretton leverantörer kom in med anbud. Utvärderingen har gjorts med hjälp av ett program "Basera", se bilaga 1. Tilldelningsbeslut meddelades den 25 oktober 2007, varvid Servera R & S AB (Servera) valdes till leverantör såsom grossist. Övriga antagna leverantörer var Citybageriet AB, EGP Slätte Potatis AB, Feldts Fisk & Skaldjur AB, Matsäljarna i Väst AB och Spendrups Bryggeri AB (huvudleverantörer för respektive produktområde), Gunnar Dafgård AB (kompletterande leverantör) och Mariestads Rapsolja (leverantör för enstaka produkter/produktområden).

Menigo Foodservice AB (Menigo) har i framställning till länsrätten den 2 november 2007 yrkat att länsrätten *dels* skulle fatta ett interimistiskt beslut varigenom det skulle förklaras att Mariestads kommuns upphandling av livsmedel (2007-271) inte får avslutas, *dels* vid sin slutliga prövning i första

hand ska besluta att upphandlingen ska avbrytas och göras om och i andra hand att rättelse av upphandlingen ska ske genom en ny utvärdering av anbud och nytt val av leverantör (i detta fall grossist).

Genom beslut samma dag förordnade länsrätten att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Länsrättens beslut gäller omedelbart och till dess att annat beslutas.

Kommunen har i yttrande av den 14 november 2007 yrkat att länsrätten för det första avslår Menigos yrkanden och för det andra upphäver beslutet att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Det antecknas att den del av kommunens upphandling som nu är föremål för länsrättens prövning avser leverans av livsmedel i egenskap av s.k. grossist.

GRUNDER M.M.

Menigo

Grunder för ansökan

Kommunen har brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och mot de gemenskapsrättsliga principerna.

Kommunen har sammanblandat s.k. skall-krav och bör-krav, vilket står i strid med LOU:s krav på transparens och förutsägbarhet.

Kommunen har tillämpat belastningsvärdet på ett sätt som medför att respektive anbud, i strid med de gemenskapsrättsliga principerna och LOU:s

krav på affärsmässighet, inte heller har kommit att bedömas utifrån sina egna meriter.

Belastningsvärdets påslag om 50 procent jämfört med 2007 års snittpris är dessutom inte proportionerligt och har inte tillämpats i enlighet med det av kommunen uppgivna syftet. Kommunen har tillämpat en utvärderingsmodell vars krav på inner- och ytterförpackningar är så snäva att de uppenbarligen inte står i rimlig proportion till upphandlingsföremålet.

Vid uppställande av nämnda krav har kommunen dessutom i strid med principen om likabehandling anpassat det aktuella förfrågningsunderlaget utifrån nuvarande leverantörs sortiment.

Kommunens utvärdering har varit behäftad med sådana omfattande fel att Menigo, vid en korrekt utförd utvärdering, skulle ha haft det lägsta totalvärdet och således även bedömts ha inkommit med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Mot bakgrund av kommunens ovan angivna brott mot LOU, och då Menigo dessutom visat att kommunen rätteligen skulle ha antagit bolaget som grossist, är det uppenbart att Menigo lidit stor skada.

Till stöd för sin ansökan har Menigo åberopat följande handlingar

1. Anbudsförfrågan av den 30 april 2007.
2. Tilldelningsbeslut av den 25 oktober 2007.
3. Anbudsutvärdering.
4. Kommunens svar daterat den 28 maj 2007.
5. Menigos brev daterat den 7 juni 2007.
6. Menigos brev daterat den 29 augusti 2007.
7. Kammarrättens i Stockholm dom av den 15 november 2004 i mål nr 6065-04.

8. Produktbeskrivning position 181- Servera.
 9. Produktbeskrivning position 181- Menigo.
 10. Kommunens upphandlingsrapport av den 24 oktober 2007.
 11. Beräkning - val av grossist
- samt i huvudsak anfört följande.

Allmänt om upphandlingens syfte och omfattning, utvärderingsmodell m.m.

Menigo är ense med kommunen såtillvida att det är nödvändigt att en köpare av en kommuns storlek ska kunna upphandla en grossist för sina inköp av livsmedel. När, som i förevarande upphandling, så görs är det dock av central betydelse att den upphandlande enheten utformar en utvärderingsmodell som korresponderar mot upphandlingens syfte, dvs. upphandlingsföremålet. Så har ej skett i förevarande fall. Grossistmarknaden för livsmedel är en bransch med mycket pressade marginaler där verksamma företags lönsamhet bygger på höga omsättningsvolymmer. Detta förhållande korresponderar även väl med själva grundtanken för grossistkonceptet, dvs. att grossisten handlar med stora volymer och transportförpackningar. Det är även handeln med stora volymer och partier som skiljer grossisten från detaljisten.

En leverantör har inte någon skyldighet att påtala fel redan i ett initialt skede, varför detta förhållande inte heller kan hållas mot leverantören i den senare domstolsprocessen. Alldeles oavsett detta är dock frågan om preklusion irrelevant eftersom Menigo redan innan anbudets inlämnande påpekat vissa felaktigheter i den av kommunen angivna utvärderingsmodellen.

En direkt följd av det av kommunen tillämpade belastningsvärdet i sin nuvarande form är att respektive anbud inte kommit att bedömas utifrån sina egna meriter, dvs. anbudet har inte utvärderats mot det som offererats utan

snarare med utgångspunkt från det som inte offererats. Ett sådant förfarande står i direkt strid med de gemenskapsrättsliga principerna.

Oaktat detta förhållande vill Menigo i denna del även framhålla att ett påslag om 50 procent jämfört med 2007 års snittpris i sig aldrig kan anses proportionerligt och således inte heller förenligt med huvudregeln om af-färsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Genom belastningsvärdet har oproportio-nerlig vikt lagts vid just det offererats. Det ska här även framhållas att det var möjligt att lämna anbud endast avseende delar av vad som efterfråga-des.

Belastningsvärdet har huvudsakligen kommit att tillämpas för det fall att de av anbudsgivaren offererade produkterna inte godkänts av kommunen. Att utifrån dessa förutsättningar fortsatt åsätta anbudsgivaren ett belastnings-värde med ett påslag om 50 procent jämfört med 2007 års snittpris måste under alla omständigheter anses högst anmärkningsvärt.

Endast det förhållande att kommunen använder sig av ett visst upphand-lingssystem är självfallet ingen garanti för att de principer som bär upp LOU iakttas, utan den centrala frågeställningen är istället huruvida den ak-tuella upphandlingen uppfyller gemenskapsrättens och LOU:s krav. Tvärt-om menar Menigo att användningen av just upphandlingssystemet Basera med fog måste ifrågasättas. Menigo vill här även fästa rättens uppmärk-samhet på att det aktuella upphandlingssystemet Basera varit föremål för, samt underkänts, i ett flertal upphandlingsprocesser.

Skall- och bör-krav (transparens och förutsägbarhet)

Den av kommunen uppställda utvärderingsmodellen föreskriver å ena sidan att endast de produkter som uppfyller förfrågningsunderlagets krav går vi-dare till utvärdering. Å andra sidan föreskriver samma modell att en leve-

rantörs kostnad, för det fall en leverantör helt saknar godkänd produkt på en position, ska beräknas utifrån ett uppställt belastningspris avseende denna position.

Genom sammanblandningen har förfrågningsunderlagets förutsägbarhet betydligt reducerats. Nämnade belastningspris är synnerligen oförmånligt, varför det för upphandlingens utgång är av helt avgörande betydelse huruvida offererad produkt bedöms uppfylla uppställda krav på exempelvis inner- och ytterförpackningar.

Med hänsyn till utvärderingsmodellens ovan nämnda brister avseende transparens och förutsägbarhet samt den stora betydelsen av ett eventuellt påförande av belastningspris bör kraven på utvärderingsmodellen i övrigt ställas högt.

Utvärderingsmodellens krav på inner- och ytterförpackningar (proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling)

I direkt samband med att Menigo erhöll anbudsfrågan uppmärksammade bolaget att de av kommunen ställde kraven på inner- och ytterförpackningar (dvs. angivna intervall mellan lägsta och högsta godtagbara vikt eller volym) var ställda på ett sådant sätt att de inte motsvarade flertalet av de förpackningsstorlekar som finns på marknaden. Förutom att påtala detta förhållande för kommunen ställde Menigo även en direkt fråga avseende vad kommunen grundat intervallen för inner- och ytterförpackningar på och erhöll svar enligt skrivelse "Förtydligande om förpackningsstorlek och beställning" dagtecknad den 28 maj 2007. Av skrivelsen framgår bl.a. detta.

Hela anbudsprislistan grundas på statistik, dvs. det vi köpt mest av under föregående år. Även efterfrågad förpackningsstorlek är satt utifrån tidigare behov. Med den mest köpta förpackningsstorleken som utgångspunkt har vi sedan satt

ett intervall som vi bedömer vara godtagbart för att kunna bedömas likvärdigt med det efterfrågade.

Utifrån kommunens svar pekade Menigo ånyo på orimligheten av uppställda krav avseende inner- och ytterförpackningar. Menigos brev med frågor och påpekanden i denna del framgår av brev daterade den 7 juni respektive 29 augusti 2007. I det förstnämnda brevet redovisade Menigo vilka 96 av upphandlingens totalt 735 positioner (d.v.s. drygt 13 procent) för vilka bolagets sortimentsbredd inte kunde uppfylla de uppställda kraven på inner- och ytterförpackning.

Av den i LOU innefattade proportionalitetsprincipen följer att uppställda krav i en utvärderingsmodell måste ha ett naturligt samband med det som upphandlas. Menigo ifrågasätter inte det förhållandet att det finns ett naturligt samband mellan upphandlingsföremålet och uppställandet av krav på såväl inner- och ytterförpackningar, så länge uppställda krav står i rimlig proportion till upphandlingsföremålet. Uppställda krav får således inte vara mer långtgående än vad som är motiverat med hänsyn till upphandlingsföremålet, vilket är fallet då intervallerna är så snäva att de får till resultat att utvärderingsmodellens krav de facto utesluter flertalet av de på marknaden erbjudna produktalternativen.

Menigo ifrågasätter det förhållandet att kommunen vid utformningen av dessa krav tagit sin utgångspunkt i de produkter som den nuvarande leverantören har i sitt sortiment. Genom att så skett ges den nuvarande leverantören en betydande konkurrensfördel jämfört med övriga reella och potentiella anbudsgivare. Detta gäller särskilt om man beaktar hur kommunen sedermera även har valt att tillämpa proportionerligt snäva krav på inner- och ytterförpackningarna i kombination med ett synnerligt oförmånligt belastningsvärde.

Kommunen synes felaktigt utgå ifrån att det endast är den nuvarande leverantörens egna märkesvaror som eventuellt kan anses ge upphov till konkurrensfördelar. Denna slutsats är felaktig eftersom redan det förhållandet att den nuvarande leverantören de facto har etablerade rutiner för produkter vilka per automatik kommer att innefattas inom de av kommunen uppställda intervallerna för inner- och ytterförpackningarna utgör en konkurrensfördel.

Krav rörande inner- och ytterförpackningar anges generellt i livsmedelsupphandlingar i form av cirkavikter eller volymer, och detta för undvikande av just sådana orimliga utestängningseffekter som inträffat i nu aktuell upphandling.

Förklaringen till de orimliga konsekvenser som kan uppstå vid tillämpning av för snäva intervaller härrör från det högst naturliga förhållandet att olika fabriker/tillverkare använder sig av olika förpackningar och att ett alltför snävt utpekande av vikt eller volym då onekligen, och tvärt emot upphandlingsreglernas syfte, har en konkurrenshämmande effekt.

Ett utav flera belysande exempel på orimligheten av att definiera intervallerna för snävt återfinns under position 181. Kommunen har för denna position uppställt ett krav på innerförpackningen om 2,5 till 3 kg. Den av Servera offererade produkten väger exakt 3 kg och har därför medräknats det offererade priset om 10 227 kr, medan den av Menigo offererade produkten som har en vikt om 3,035 kg förkastats och istället åsatts belastningsvärdet 15 988 kr jämfört med offererat pris om 13 799 kr.

Sådana oproportionerliga krav drabbar potentiella utländska anbudsgivare särskilt hårt, eftersom dessa kan förväntas ha än svårare att anpassa sig efter sådana krav vilka verkar utestängande för flertalet fabrikanter/tillverkares produkter.

Kommunen har under upphandlingsprocessen på direkt fråga från bolaget uppgivit att hela anbudsprislistan grundas på statistik från föregående års inköp. Kommunen har sedan med den mest köpta förpackningsstorleken som utgångspunkt satt i upphandlingen aktuella intervaller för inner- och ytterförpackningar. Avstämning har nu uppgetts gjorts mot DABAS som är en svensk databas för svenska och danska företag vilken på intet sätt är heltäckande för samtliga producenter och grossister på marknaden för livsmedel. Enbart det förhållandet att kommunen uppger sig vid bestämning av intervallen ha gjort en avstämning mot DABAS kan inte i sig legitimera uppställda krav.

Tillvägagångssättet för utformande av kraven gällande inner- och ytterförpackningar kan inte förstås på annat sätt än att kommunen de facto tagit sin utgångspunkt i de produkter, och följaktligen den utformning av inner- och ytterförpackningar, som den nuvarande leverantören, Servera, har i sitt sortiment. Ett sådant agerande, dvs. en anpassning av förfrågningsunderlaget utifrån viss leverantör, kan aldrig anses vara förenligt med den i LOU innefattade principen om likabehandling.

Nuvarande leverantör har de facto haft en både reell och faktisk otillbörlig förmån av kommunens agerande i denna del, vilket tydligt framgår vid ett betraktande av den till upphandlingsrapporten bifogade bilaga 4 "Beräkningar – val av grossist". Av nämnda bilaga framgår att Servera uppnått en godkänd procent om 84,5 procent, vilket är betydligt högre än övriga utvärderade leverantörer.

Kommunens utvärdering/val av leverantör

I den av kommunen utförda utvärderingen har Menigo utifrån hittillsvarande utredning kunnat konstatera fel avseende följande positioner och omfattning;

(i) Kommunen har vid utvärderingen felaktigt tilldelat Menigo ett belastningsvärde avseende positionerna 3, 6, 7, 16, 50, 51, 66, 68, 72, 73, 76, 90, 96, 105, 194, 256, 430, 528, 666, 689 och 721 omfattande totalt 241 786 kr. De av Menigo offererade produkterna rörande dessa positioner har felaktigt underkänts, eftersom kommunen uppenbarligen beträffande Servera godkänt identiska produkter (jämför det förhållanden att de av Servera och Menigo offererade produkterna i denna del har identiska artikelnummer). Menigo skulle i denna del därför rätteligen ha tillräknats det av bolaget offererade priset om totalt 153 401 kr innebärande ett minskat totalvärde på offererat anbud om 88 385 (241 786 – 153 401).

(ii) Kommunen har vidare avseende de av Menigo offererade produkterna hänförliga till positionerna 4, 8, 26, 29, 30, 36, 41, 43, 62, 67, 69, 74, 75, 104, 109, 159, 162, 176, 183, 184, 199, 287, 379, 421, 432, 581, 642, 651, 656, 664, 665, 711 och 719 felaktigt uteslutit desamma och tilldelat Menigo ett belastningsvärde om 457 019 kr, trots att Menigo rätteligen skulle ha tillräknats det av bolaget offererade priset om totalt 290 470 kr. En korrekt utförd utvärdering i denna del resulterar i ett för Menigo minskat totalvärde på offererat anbud om 166 549 kr (457 019 – 290 470).

I denna del synes kommunen mena att Menigo avseende det stora flertalet av dessa positioner offererat fel förpackningsstorlek. Menigo kan i denna del konstatera att förfrågningsunderlaget, mot bakgrund av dess utformning, det förhållandet att kommunen inte specifikt efterfrågat delade förpack-

ningar samt då det rör sig om en grossistupphandling, inte kunnat tolkas på annat sätt än att efterfrågade positioner skulle offereras på så sätt som skett. Det förhållandet att även kommunen inledningsvis avsett en sådan tolkning styrks av att kommunen i frågor/önskan om kompletterande uppgifter ifrån Menigo av den 20 augusti 2007 begärt in kompletterande uppgifter avseende bl.a. ytterförpackningar. Menigo har i svar den 29 augusti samma år till stor del bekräftat kommunens begäran om kompletterande uppgifter. Kommunen har dock vid utvärderingen högst anmärkningsvärt inte beaktat dessa uppgifter.

Vid en korrekt utförd utvärdering kan konstateras att Menigo skulle ha erhållit totalvärdet 15 148 833 kr (15 403 767 – 166 549 – 88 385) innebärande att Menigo lämnat det lägsta totalvärdet och följaktligen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, varför kommunen även under dessa förutsättningar skulle ha antagit Menigo såsom grossist.

(iii) Kommunen har avslutningsvis även felaktigt godkänt de av Servera offererade produkterna hänförliga till positionerna 3, 4, 6, 39, 67, 96, 118, 162, 184, 199, 239, 335, 459, 482, 485, 580, 643 och 650 och således tillräknat Servera ett offererat pris om 330 026 kr. Med hänsyn till det förhållande att Serveras produkter i denna del inte uppfyllt de i utvärderingsmodellen uppställda kraven skulle kommunen, i motsats till vad som skett, rätteligen tilldelat Servera ett belastningsvärde om 537 463 kr. En korrekt utförd utvärdering i denna del resulterar i ett för Servera ökat totalvärde på offererat anbud om 207 437 kr (537 463 – 330 026).

Kommunen

Sammanfattande grunder för bestridandet

Upphandlingen har genomförts på ett affärsmässigt sätt helt i enlighet med 1 kap. 4 § LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

Kommunen har inte sammanblandat ”skall-krav” och ”bör-krav”.

Den utvärderingsmodell som kommunen har använt sig av är utformad så att den följer vad som föreskrivs i LOU och leder till ett rättvist resultat.

Kommunen bestrider Menigos påstående att krav på inner- och ytterförpackningar generellt anges i cirkavikter eller cirkavolymer för att undvika orimliga utestängningseffekter, i vart fall vad gäller offentlig sektor. Kraven på inner- och ytterförpackningar har uteslutande valts utifrån verksamheternas krav och har inte i något avseende anpassats till någon enskild leverantör. Ställda krav är inte oproportionellt snäva utan återspeglar vad kommunen är intresserad av att köpa. Vad kommunen har efterfrågat kan erbjudas på den öppna marknaden av ett flertal leverantörer. Belastningsvärdet är väl avvägt med hänsyn till syftet med belastningsvärdet.

Kommunen har valt den leverantör som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Till stöd för sin inställning har kommunen åberopat följande handlingar

1. Anbudsprislista
2. Sammanställning av positioner för vilka Menigo fått belastningsvärde och Servera blivit antagna på sina egna märkesvaror (EMV)
3. Kommentarer till Menigos bilaga 1 i kompletterande handling daterad 6 november 2007

samt i huvudsak anfört följande.

Allmänt om upphandlingens syfte och omfattning, utvärderingsmodell m.m.

Kommunen har i den del som nu är föremål för länsrättens prövning varit intresserad av att teckna avtal med en leverantör som kan leverera i stort

sett samtliga varor inom efterfrågade produktområden, med enda undantag av färsk fisk och färskt bröd. Detta önskemål faller tillbaka på praktiska skäl och gäller generellt för köpare av en kommuns storlek.

Mot bakgrund av de marknadsmässiga förutsättningarna – såväl nationellt som internationellt – ska en köpare av en kommuns storlek kunna påräkna att grossister kan leverera det tidigare nämnda varusortimentet. Det är därför angeläget att det i denna typ av upphandling tillämpas ett system i utvärderingen som bl.a. minimerar risken för att anbudsgivarna – av taktiska skäl – utelämnar produkter som de vet är mindre konkurrenskraftiga och som de därför vet kan sänka attraktiviteten i anbudet. Utvärderingsmodellen ”Basera” tillgodoser detta behov.

För att premiera den eller de anbudsgivare som har lämnat anbud på samtliga efterfrågade varor eller fler varor än andra har kommunen i sin utvärderingsmodell tagit in en särskild belastningsfaktor, benämnd ”Belastningsvärde”. Systemet fungerar så att den anbudsgivare som inte har lämnat anbud på någon eller några varor påförs ett specifikt ”referenspris” för den utelämnade varan. Referenspriset motsvarar det snittpris som kommunen har betalat för varan under det senaste året med påslag av 50 procent. I procentpåslaget har kommunen även tagit hänsyn till prisjusteringar under 2007, enligt tidigare kontrakt, som inte genomförts vid upphandlingstillfället. Referenspriset har därefter räknats om till ett belastningsvärde. Detta värde har räknats fram genom att multiplicera referenspriset med angiven årsvolym. Systemet med belastningsvärden är en del i utvärderingen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Anbudsprövningen har omfattat en flertal olika kriterier. För illustrera vilka krav som har legat till grund för prövningen har ett utdrag av den anbudsprislista som fanns bifogad till anbudsunderlaget getts in till länsrätten. Av dokumentet ”Utvärdering” (bilaga 3.5 till förfrågningsunderlaget) framgår

vidare att om en vara inte uppfyller ställda krav (vikt, fetthalt etc.) så har varan uteslutits från den fortsatta utvärderingen dvs. från kvalitetstestet. För att inte diskvalificera hela grossistanbudet har offererat pris för den underkända varan i stället bytts ut mot ett belastningsvärde på samma sätt som gäller för utelämnade varor.

Systemet med belastningsvärde innebär fördelar för de anbudsgivare som har offererat varor som motsvarar ställda krav. Systemet med belastningsvärde utgör en integrerad del i utvärderingen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Syftet med utvärderingsmodellen Basera har varit att på ett objektivt och rättvist sätt välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Genom att använda Basera har kommunen säkerställt att den lever upp till transparenskravet i LOU och gemenskapsrätten. Utvärderingssystemet är relativt nytt men används redan av cirka 50 kommuner i landet.

Anbudsgivarna har i förfrågningsunderlaget fått fullständig information om hur utvärderingen skulle gå till. De har godkänt utvärderingsmodellen genom att delta i upphandlingen på angivna villkor.

Samtliga krav på varorna i upphandlingen emanerar från verksamheternas skiftande behov och har i alla avseenden varit sakligt motiverade.

Skall- och bör-krav (transparens och förutsägbarhet)

Kommunen har inte blandat samman ”skall-krav” och ”bör-krav” och hänvisar i den delen till vad kommunen tidigare har anfört. Kommunen bestri-der följaktligen även att kommunen har agerat i strid med kravet på transpa-rens.

Utvärderingsmodellens krav på inner- och ytterförpackningar (proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling)

Samtliga krav på varorna har varit styrda av verksamheternas skiftande behov. Det gäller i särskilt hög grad förpackningarnas storlek.

Det bestrids att ställda krav inte motsvarar flertalet av de förpackningsstorlekar (intervallen för vikt och volym) som finns på marknaden. Kommunen hävdar det motsatta förhållandet. Av samma skäl bestrids påståendet att valda vikt- och volymintervall utestänger flertalet av de produktalternativ som erbjuds på marknaden.

Det finns ett naturligt samband mellan ställda krav och verksamheternas behov. Kraven står i rimlig proportion till det som upphandlas. Det gäller särskilt mot bakgrund av att de underleverantörer som Menigo samarbetar med kan tillhandahålla samtliga efterfrågade förpackningsstorlekar, möjligen med undantag av endast fyra av 735 positioner i upphandlingen. Kommunen bestrider som tidigare nämnts att intervallen för inner- och ytterförpackningar är för snävt hållna och att kommunens krav utesluter flertalet av de på marknaden erbjudna produktalternativen. Kommunen vill i sammanhanget påpeka att kommunen – i upphandlingen – särskilt har pekat på möjligheten för anbudsgivarna att offerera delade förpackningar.

Menigo har påstått att krav på inner- och ytterförpackningar generellt anges i cirkavikter eller cirkavolymer för att undvika orimliga utestängningseffekter. Kommunen bestrider påståendet, i vart fall såvitt gäller offentlig sektor.

Kommunen är i och för sig medveten om att det är påtagligt bekvämare för en anbudsgivare att kunna använda sig av den flexibilitet som cirkaangivelser innebär. Att använda cirkaangivelser innebär emellertid samtidigt att

transparenskravet inte kan upprätthållas och cirkaangivelser är därför inte något alternativ för den offentliga sektorn.

Alla produktkrav grundas på verksamheternas behov. För att ge viss flexibilitet och öka konkurrensen har kommunen i upphandlingen gett utrymme för vissa intervall. Intervallen har bestämts utifrån vad marknaden kan erbjuda. Kommunen har i det avseendet gjort en avstämning mot databasen DABAS, som innehåller produktinformation på artikelnivå hos de vanligast förekommande producenterna.

Oavsett var gränsen dras när ett intervall ska bestämmas uppstår det alltid gränsdragningsproblem. Kommunen kan inte acceptera annat än att det är köparen och inte säljaren som har rätten att bestämma vilka förpackningsstorlek som köparen ska köpa. Det gäller i synnerhet – som i denna upphandling – när efterfrågade storlekar är tillgängliga av flera grossister på marknaden.

När det gäller specifikt position 181 blev den varan för Menigos del diskvalificerad redan av den anledningen att Menigo offererat förpackningsstorleken 15 kg (ytterförpackning) och inte efterfrågade 1 – 3 kg.

Menigo har i detta sammanhang även hävdad att kommunens krav inte är sakligt grundat och att det kan jämföras med ett krav på en specifik produkt utan att det anges att även liknande produkter kan godtas. Kommunen delar inte den uppfattningen. Menigos resonemang kan närmast jämföras med att kommunen skulle vara skyldig att godta en buss som rymmer 50 personer, på grund av att Menigo endast kan leverera bussar i den storleken, trots att kommunen har efterfrågat en buss för 20 personer för att tillgodose verksamhetens krav.

Mariestads kommun bestrider att kommunens krav drabbar utländska anbudsgivare särskilt hårt. Utländska grossister kan inte förväntas ha särskilt svårt att anpassa sig till kommunens krav.

Kommunen bestrider påståendet att utvärderingsmodellen strider mot principen om likabehandling. Alla anbudsgivare i upphandlingen har behandlats lika och utan ovidkommande hänsyn. Ingen leverantör har gynnats eller missgynnats.

Det är i och för sig riktigt att anbudsprislistan grundats på statistik från föregående års inköp. Som kommunen tidigare har nämnt har kommunen där-
efter bestämt ett intervall för bl.a. vikt och volym utifrån vad som funnits
representerat på marknaden redovisat i databasen DABAS. Kommunen har
därutöver gett utrymme för korrigering på grund av sortimentsförändring
som skett efter den nyssnämnda statistikperioden (se sid. 2 i upphandlande
enhetens Förtydligande av förpackningsstorlek, dagtecknat den 28 maj
2007).

Menigo har riktat särskild kritik mot upphandlingen i denna del och menat
att det inneburit en otillbörlig förmån för den nuvarande leverantören efter-
som den nuvarande leverantören levererar de efterfrågade förpackningsstor-
lekarna. Kommunen vill bemöta denna kritik med följande redovisning.

Kommunen har i sin tidigare upphandling ställt krav på de förpacknings-
storlekar som grossisten levererat under föregående avtalsperiod, på samma
sätt som kommunen nu har ställt krav på förpackningsstorlekar. Det är med
andra ord inte kommunen som har anpassat sina krav utifrån den nuvarande
grossistens förpackningsstorlekar utan det är den nuvarande grossisten som
i den föregående upphandlingen har anpassat sig till kommunens krav.
Kommunen bestrider således att den har givit en konkurrensförmån för den
nuvarande leverantören.

Mot bakgrund av Menigos kritik har kommunen även gjort en förnyad genomgång av hur kravet på förpackningsstorlekar har påverkat Menigos möjligheter att lämna anbud. Den analysen har i den slutliga bedömningen kunnat begränsas till totalt fjorton varor eftersom det i fråga om övriga varor varit helt klart att Menigo inte påverkats negativt.

I tio av dessa fjorton fall har emellertid Menigos anbud blivit underkänt på grund av att bolaget har offererat fel förpackningsstorlek trots att Menigo haft möjlighet att offerera exempelvis delad förpackning.

Enligt kommunens uppfattning har utvärderingen skett helt i enlighet med LOU:s krav på affärsmässighet. Det gäller såväl likabehandlingsprincipen som proportionalitetsprincipen.

Kommunens utvärdering/val av leverantör

Kommunen har genomfört utvärderingen på ett fullt godtagbart sätt. Det har visserligen förekommit vissa smärre fel, vilket är oundvikligt i en upphandling som omfattar mer än 3 000 produkter. Dessa fel har dock inte påverkat utgången i upphandlingen. Skillnaden i pengar mätt understiger 30 000 kr.

Kommunen har kommenterat Menigos påståenden om felaktiga belastningsvärden och oriktigt godkända varor i en särskild sammanställning, i vilken bl.a. följande anges. Det är riktigt att Menigo och Servera offererat identiska produkter för vissa positioner. Menigo har dock offererat hela förpackningar trots att mindre försäljningsenheter efterfrågats. Servera har offererat delade förpackningar och lever därmed upp till kravet på mindre försäljningsenheter. För position 430 har kommunen felaktigt tilldelat Menigo belastningsvärde, vilket beror på att kommunen på grund av byte av artikelnummer gjort en feltolkning.

Ytterligare skriftväxling har förekommit.

Sammanfattning av parternas inställning sedan skriftväxlingen i målet avslutats.

Menigo anser att

- Kommunen vid genomförandet av upphandlingen har brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och de däri innefattade principerna om transparens, proportionalitet och likabehandling.
- Kommunen har vid utformandet av utvärderingsmodellen sammanblandat s.k. skallkrav och börkrav.
- Vidare har kommunen i nämnda modell föreskrivit ett belastningsvärde vilket tillämpats på ett sådant sätt att respektive anbud inte kommit att utvärderas på sina egna meriter. Det av kommunen tillämpade belastningsvärdet är dessutom inte proportionerligt och har heller inte tillämpats i enlighet med det av kommunen uppgivna syftet.
- Den av kommunen tillämpade utvärderingsmodellen och däri uppställda krav på inner- och ytterförpackningar är vidare så snäva att de uppenbarligen inte står i rimlig proportion till upphandlingsföremålet.
- Vid uppställande av nämnda krav har kommunen dessutom i strid med principen om likabehandling anpassat det aktuella förfrågningsunderlaget utifrån viss leverantörs sortiment.
- Vad sedan gäller den av kommunen företagna utvärderingen är denna behäftad med sådana omfattande fel att Menigo, vid en korrekt utförd utvärdering, skulle ha haft det lägsta totalvärdet och således även bedömts ha inkommit med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.
- Genom det sätt på vilket kommunen utformat och sedermera genomfört upphandlingen har denna kommit att styras mot den redan befintliga leverantören. Ett agerande som, alldeles oavsett kommunens avsikt och

syfte, medfört att upphandlingen inte genomförts på ett sådant sätt att den varit ägnad att leda till rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Ett sådant agerande står i direkt strid med såväl 1 kap. 4 § LOU som de gemenskapsrättsliga principerna.

Kommunen anser att

- Kommunen har inte blandat samman s.k. skall-krav och bör-krav.
- Varje anbud har värderats efter sina meriter. Upphandlingen har skett helt i enlighet med de gemenskapsrättsliga principerna och LOU:s krav på affärsmässighet.
- Belastningsvärdet är väl avvägt med hänsyn till vilken betydelse kommunen har fäst till ställda krav. Modellen med belastningsvärde har varit både nödvändigt och lämpligt. Belastningsvärdet är proportionerligt och har tillämpats helt i enlighet med sitt syfte.
- Kraven på inner- och ytterförpackningar har utformats efter verksamheternas krav och är inte för snäva. Kraven stämmer helt överens med upphandlingsföremålet. Kommunen har inte på något sätt anpassat sin upphandling till den nuvarande leverantörens sortiment utan efter sina egna behov. Upphandlingen har inte skett i strid med likställighetsprincipen.
- Det har inte förekommit några fel i utvärderingen som har påverkat utgången i upphandlingen. Det är uteslutet att Menigo skulle ha kunnat få det lägsta totalvärdet och bedömas ha inkommit med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.
- Det är uteslutet att Menigo har lidit eller skulle kunna lida någon ekonomisk skada på grund av fel i upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU, har upphört att gälla den 1 januari 2008 (se SFS 2007:1093) och har såvitt är av intresse i detta mål ersatts av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till den lagen skall dock LOU alltjämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Det är i detta mål fråga om sådan upphandling av varor som regleras i 2 kap. LOU och den upphandlingsform som valts är öppen upphandling. Härjämte gäller i 1 kap. LOU intagna allmänna bestämmelser samt 7 kap. LOU.

Enligt 7 kap. 1 § LOU får en leverantör, som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i framställning till länsrätten ansöka om åtgärder enligt nämnda §. Enligt 2 § gäller, såvitt nu kan komma ifråga, att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall länsrätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Av förarbetena till LOU (prop. 1992/93:88 sid. 101) framgår att avsikten med ifrågavarande bestämmelse är att man ska kunna ingripa innan någon faktisk skada uppkommer. Om ett fel är hänförligt till det inledande skedet under en upphandling när den upphandlande enheten öppnar upphandlingen för konkurrens har det ansetts att valet mellan de två åtgärderna i normalfallet bör bli att upphandlingen ska göras om, eftersom en rättelse i enskilt fall lätt kan medföra att fel uppkommer i andra delar av upphandlingen. Rättelse kan dock anses vara en lämplig åtgärd när anbudsvärderingen gjorts på ett felaktigt sätt (se Hentze/Sylvén, Lagbokscommentaren 1998 s. 352). Om det

fel som förekommit påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede bör däremot upphandlingen normalt göras om (jfr RÅ 1999 ref. 12). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas kan vara att det fel som förekommit inte påverkat detta skede (jfr RÅ 2005 ref. 47).

I 1 kap. 4 § LOU stadgas att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. – I motiven till bestämmelsen (prop. 1992/93:88 sid. 59f.) anförs bland annat 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 skall 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 konkurrenssnedvridande sätt.

I 1 kap. 22 § LOU anges att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Vill den upphandlande enheten – såsom vid förevarande upphandling - tillämpa regeln om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall enheten således ange detta i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling och samtidigt ange vilka omständigheter som den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Enligt förarbetena till lagen om offentlig upphandling skall den

upphandlande enheten inte bara noga ange dessa s.k. kringomständigheter utan också redan från början göra klart för sig hur olika omständigheter som servicegrad etc. kan värderas i ekonomiska termer (prop. 1992/93:88 s. 52).

Utredningen

Av den aktuella anbudsinbjudan framgår, utöver vad som inledningsvis ovan upptagits, bland annat följande (*Länsrättens kursiveringar*).

Anbudsprövningen skall ske i två steg: kvalificering av anbudsgivare samt anbudsutvärdering.

För upphandling av livsmedel används programmet Basera. Upphandling i Basera går till på följande sätt.

Ifyllnad av fil

Bifogat anbudsinbjudan finns en svarsfil (excel-fil). I filen finns information om vilka produkter som efterfrågas. Varuområde, Huvudgrupp och Artikelbenämning visar vilken produkt som eftersöks och även om den skall vara t.ex. färsk/frost eller tillagad/rå. I kolumnen Egenskap tillkommer ytterligare krav på produkten som måste uppfyllas för att produkten ska bli godkänd och gå vidare till utvärderingen. Innerförpackning/minsta enhet och Frp/fsgenhet (förpackning/försäljningsenhet) visar inom vilken vikt en produkt skall väga för vara godkänd. Den första delen avser innerförpackningen eller minsta enheten t.ex. vikten/köttbulle eller att den skall innehålla flera mindre förpackningar med en viss vikt. Den andra delen avser ytterförpackningen. Innerförpackningarna skall först hålla sig inom ramarna för innerförp./minsta enhet och därefter skall deras totala vikt ligga inom intervallet för frp/fsgenhet. Dessa kolumner beskriver tillsammans den eftersökta produktens beskaffenheter. Ca Förbr/år och Färdigmängd visar på hur mycket av den aktuella produkten som avses köpas/år. Färdigmängd gäller vid t.ex. buljong och skivade rödbetor. Siffran i kolumnen *Referenspris* används till två saker. Dels för att beräkna kvalitetsavdrag/påslag (se vidare under rubriken Kvalitet) och dels som *belastningspris* i de fall inget svar har inkommit från leverantören.

Efter dessa kolumner kommer ett antal kolumner som leverantören fyller i. Anbudspriset skall vara priset på den försäljningsenhet som satts. Under Varuområde redovisas om produkten grupperas under kolonial/speceri, färskvaror/kylvaror, djupfrost, nutrition eller non food. Latinskt namn krävs för all fisk och fiskprodukter. Som *verifikationspris* skall kilo- eller literpriset anges. *Verifikationspriset* används som kontrollfunktion för att se om vikt och prisleter är korrekt ifyllda.

Vi förbehåller oss rätten att utifrån producentens besked ändra en leverantörs svar i fråga om egenskaper och vikter. För att jämförelsen ska bli korrekt måste identiska produkter betraktas som identiska oavsett leverantör. Skulle meningarna gå isär mellan leverantörerna om en produkts beskaffenhet gäller det producenten säger.

Kontroll av produkter

Samtliga offererade produkter kontrolleras mot förfrågningsunderlaget. Produkterna måste uppfylla de krav som ställts i förfrågningsunderlaget för att gå vidare till testning och utvärdering. Produkter som inte uppfyller ställda krav tas bort. Om det inte finns någon godkänd produkt på en position i en leverantörs anbud kommer leverantören på den positionen belastas med *belastningspriset* (*referenspris* * färdigmängd) i enlighet med förfrågningsunderlaget. Leverantören rekommenderas att lägga flera produkter på varje position för att försäkra sig om att ha ett godkänt svar. Systemet väljer automatiskt, efter eventuell kvalitetstestning, den produkt som är mest fördelaktig för leverantören. Dvs. den produkt som har det lägsta priset inklusive kvalitetsbedömningen (*justerade priset*).

Utvärdering

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer antas som vinnare vilket betyder att det anbud som har lägsta *totalvärdet* vinner upphandlingen. Beräkningen av totalvärdet görs genom att summera värdet för varje position. Värdet på varje position beräknas genom att justerat pris (priset inklusive kvalitet, för beräkning se avsnittet kvalitet) multipliceras med kvantiteten (färdig mängd). Saknas godkänd produkt på en position kommer *belastningspriset* (se ifyllnad av fil) [att] användas istället för att belasta leverantörens anbud.

Observera att inte svara på en produkt eller med en produkt som inte uppfyller ställda krav innebär att komplettering av anbudsformulär automatiskt kommer att ske med ett *belastningspris*, framräknat enligt instruktion nedan. Detta pris kommer därefter att ingå som ett pris på den aktuella produkten vid utvärderingen.

Kommunens upphandlingsrapport, daterad den 24 oktober 2007, innehåller, såvitt nu är av intresse, följande.

Anbudsprövning.

Kvalificering av anbudsgivare har skett enligt anbudsfrågans anbudsformulär. Resultatet av kvalificeringen framgår i bilaga 2.

Anbudsutvärdering

Kontroll av produkter

Samtliga offererade produkter har kontrollerats mot förfrågningsunderlaget. Produkter som uppfyllt de krav som ställts i förfrågningsunderla-

get har gått vidare till testning och utvärdering. Produkter som inte har uppfyllt ställda krav har tagits bort. Om det inte funnits någon godkänd produkt på en position i en leverantörs anbud har leverantörens kostnad för den positionen beräknats utifrån ett referenspris. Referenspriset fanns angivet i anbudsunderlagets anbudsprislista. De kontroller som gjorts av produkterna är att de har rätt klassificering, rätt egenskaper samt rätt vikt i förhållande till det som efterfrågats. Kontrollen har till stor del skett maskinellt, i utvärderingsverktyget Basera. I förekommande fall har frågor skickas ut till leverantörerna för förtydligande.

Kvalitetsbedömning

För att bedöma kvalitén på produkter, utöver obligatoriska krav, har vissa utvalda positioner testats vad gäller lukt, smak, konsistens och utseende. Testerna har utförts som blindtester där provsmakarna inte har känt till produkternas fabrikat eller vem som offererat produkten. Ca 8 procent av positionerna har testats. Övriga produkter har fått kvalitetsbetyg 3.

Kvalitetsbedömningen har gjorts utifrån en femgradig skala där 5 är det bästa möjliga betyget. Om en produkt ansetts vara omöjlig att använda i verksamheten har den fått betyg noll (0) och har då inte gått vidare till utvärdering.

Produktens kvalitetspoäng har omvandlats till pengar som lagts till/dragits ifrån varans pris (justerat pris). Vid tre i betyg har ingen justering av priset skett. Om betyget varit lägre än tre har priset belastats med en fastställd procentsats (10 procent/skalsteg) på anbudsprislistans referenspris. Om betyget varit högre än tre har motsvarande procentsats dragits bort från anbudspriset.

På varje position har endast en produkt från varje leverantör gått vidare. Utvärderingsprogrammet, Basera, väljer automatiskt ut den produkten som är bästa val, dvs. lägst justerat pris (kvaliteten inkluderat), av leverantörens offererade produkter.

Val av leverantörer

Val av leverantörer har skett utifrån anbudsunderlagets leveransstruktur, bilaga 1, vilket inneburit val av leverantör i fyra etapper enligt följande:

1. Val av grossist
2. Val av huvudleverantörer för produktgrupper
3. Val av kompletterande leverantör
4. Val av leverantör för enstaka produkter/produktgrupper

Sammanställning totalt [utdrag enligt bilaga]

Leverantör	Positioner: Värderings- värde	Utvärderade	Svarade	Belastnings- värde	Procent
Servera	15 055 419	735	621	114	84,5
Menigo	15 403 767	735	569	166	77,4

Länsrättens bedömning

För att få bifall till en ansökan om åtgärd enligt 7 kap. LOU krävs dels att ett fel förekommit i upphandlingsförfarandet, dels att felet är till men för sökanden. Ett sådant fel anses i regel föreligga när någon leverantör obehörigen, dvs. i strid med reglerna i LOU, uteslutits från eller särbehandlats i anbuds-förfarandet.

Sökanden i detta mål får som stöd för sin ansökan om åtgärder enligt 7 kap. 2 § LOU anses göra gällande i första hand att den vid upphandlingen tillämpade utvärderingsmodellen strider mot LOU och i andra hand att utvärderingen skett på ett sådant sätt att sökanden missgynnats som huvudleverantör.

LOU, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§ LOU om kravet på affärsmässighet vid upphandlingen. I detta krav får emellertid anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (jfr Regeringsrättens avgörande RÅ 2002 ref. 50). Regeringsrätten har i nu nämnda avgörande även uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör 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 träds för när. Regeringsrättens dom kan tolkas så att den anger att en utvär-

deringsmodell, som inte utformats på bästa möjliga sätt, inte behöver leda till ett ingripande vid en överprövning enligt 7 kap. LOU. Som förutsättning gäller dock att den upphandlande enhetens krav och utvärderingsmetod angivits på ett sätt som enligt Regeringsrätten är "tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud".

Kravet på likabehandling innebär att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt. Härav följer att anbudsgivarna skall ges lika möjligheter att utarbeta sina anbud och de skall behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande enheten. Principen om likabehandling leder vidare till att de som har intresse av att få ett kontrakt skall ha möjlighet till insyn, så att man kan kontrollera att principerna iakttas. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna skall vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt under förfarandet. Vid prövningen av anbuden skall tilldelningskriterierna tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare. Lika fall skall därför behandlas lika och olikheter skall beaktas (Nämnden för Offentlig Upphandling, NOU:s yttrande den 17 oktober 2005 dnr 2004/0024, sid. 6).

Med transparens (öppenhet och förutsebarhet) menas främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger.

Proportionalitetskravet innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas.

I ett upphandlingsförfarande enligt LOU ingår en kvalificeringsfas och en utvärderingsfas. Kvalificeringsfasen syftar till att säkerställa leverantörernas förmåga att leverera det som anges i förfrågningsunderlaget. Prövningen i detta skede tar således sikte på leverantörerna, inte deras anbud. Prövningen under utvärderingsfasen gäller däremot endast de anbud som lämnats och inte leverantörerna som lämnat anbud. Utvärderingen av anbud sker mot de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. En leverantör som avstått från att lämna anbud på en viss vara eller varugrupp är alltså inte kvalificerad som leverantör av just den varan eller varugruppen och ska alltså inte utvärderas vidare i den delen av upphandlingen.

I förevarande fall har upphandlingen som angivet syfte att kommunen ska teckna avtal med en huvudleverantör (huvudgrossist) av livsmedel till kommunens kök samt att härutöver anta särskilda eller kompletterande avtalsleverantörer för vissa varugrupper, bland annat färskvaror. Begreppet huvudleverantör får tilläggas den betydelsen att leverantören lämnar anbud på flertalet varugrupper i förfrågningsunderlaget och också är beredd att leverera dessa. Fråga är vidare om ingående av ramavtal, dvs. avtal som ska ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period (enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU).

Sökanden i målet hävdar att den använda utvärderingsmodellen har sådana brister med avseende på affärsmässighet och objektivitet att den strider mot LOU och upphandlingsdirektivens krav på transparens, proportionalitet och likabehandling. De anmärkningar som framställts i sökandens sakframställning i målet uppfattar länsrätten som i huvudsak gällande den använda metoden för val av huvudleverantör.

Sökanden har bland annat anfört att kommunen i utvärderingsmodellen tilllämpat s.k. belastningsvärden på ett sådant sätt att de enskilda anbuden inte kommit att utvärderas på sina egna meriter.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Om det inte finns någon godkänd produkt på en position i en leverantörs anbud kommer leverantören på den positionen att belastas med *belastningspriset* (*referenspris* * färdigmängd) i enlighet med förfrågningsunderlaget. Samma förfarande tillämpas även i det fall anbudet inte innehåller någon prisangivelse. *Referenspriset* motsvarar enligt vad kommunen uppgett det snittpris som kommunen har betalat för varan under det senaste året med ett påslag av 50 procent. Kommunen har i sitt svar i målet (jfr ovan) med hänvisning till bilaga 3.5 till förfrågningsunderlaget uppgett att om en vara inte uppfyller ställda krav (vikt, fetthalt etc.) så har varan uteslutits från kvalitetstestet. För att inte diskvalificera hela grossistanbudet har offererat pris för den underkända varan i stället bytts ut mot ett belastningsvärde på samma sätt som gäller för utelämnade varor.

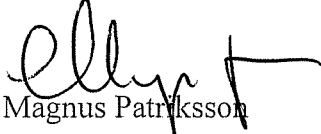
Länsrätten noterar att valet av huvudleverantör skett på grundval av beräknade totala justerade värden (värderingsvärden) och att av 735 utvärderade positioner har därvid i Menigos fall 166 utgjort s.k. belastningsvärden, dvs. fingerade prisuppgifter.

För en upphandling av det slag som här är aktuell får det i viss utsträckning accepteras att förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellerna i alla delar inte kan utformas helt optimalt. Bristerna i utformningen kan dock inte tillåtas ha den omfattningen att upphandlingsförfarandet innebär att förfarandet strider mot LOU eller någon av de principer nämnda lag bygger på. Några begränsningar av användningen av metoden med belastningsvärden, såsom av antalet positioner med fingerade prisuppgifter per anbud inom någon huvudgrupp eller av att det för vissa positioner i huvudgruppen ska gälla att prisuppgifter måste lämnas, har inte angetts i förfrågningsunderlaget. Utformningen av förfrågningsunderlaget får mot denna bakgrund bedömas vara bristfällig. Det kan vidare ifrågasättas om de "jämförbara" värden som beräknas, motsvarar de kontraktspriser som upphandlingen ska

vara avsedd att fastställa. Bristerna är enligt länsrätten mening av sådan omfattning att upphandlingen får anses strida mot kraven på likabehandling och förutsägbarhet och att detta medfört skada eller risk för skada för Menigo i dess ställning som leverantör. Då bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget kan bristen inte åtgärdas genom en ny utvärdering. Upphandlingen ska därför göras om.

Vid denna utgång ingår inte länsrätten i närmare prövning av övriga i målet åberopade grunder.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1 d)


Magnus Patriksson

