



**LÄNSRÄTTEN I
VÄRMLANDS LÄN**

DOM
2009-05-28
Meddelad i
Karlstad

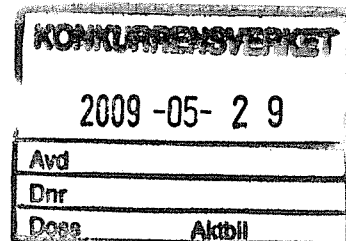
Mål nr
621-09 E
Rotel 2

SÖKANDE

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

Ombud:

Advokat Eva-Maj Mühlenbock
Advokat Ulrica Salomon
Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm



MOTPART

Landstinget i Värmland
651 82 Karlstad

Ombud:

Roland Brandt
Centralsjukhuset
Upphandling och logistik
Hus 27
651 85 Karlstad

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrättens interimistiska beslut den 20 mars 2009 upphör i och med denna dom att gälla.

Dok.Id 54222

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568	Stora Torget	054-14 81 00	054-14 81 30	måndag – fredag
651 12 Karlstad		E-post: lansrattenivarmland@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstinget infortrade anbud avseende en upphandling av livsmedel. Beträffande varugrupperna 1. Kolonial, 4. Fisk, fågel och kött, 5. Djupfrysta bär, rotfrukter och grönsaker samt 7. Djupfrost bröd ingavs anbud av bl.a. Menigo Foodservice AB (Menigo). Landstinget beslöt emellertid att anta anbud från annan anbudsgivare.

Menigo ansöker om överprövning av upphandlingen i den del den avser ovan nämnda varugrupper och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Menigo tilldelas kontrakt för nämnda varugrupper. Menigo anför bl.a. följande.

Skall-krav

I punkt 2.1, "Obligatoriska krav", anges följande: "Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav (skall-krav). Förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Av anbudet ska framgå att samtliga krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda". Något annat kan inte utläsas än att samtliga uppställda skall-krav måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas.

I punkt 4.2, "Anbudspriser", anges att pris ska anges i den enhet som redovisas i bifogad artikelspecifikation, bilaga F2:1. Pris ska baseras på priser för vecka 49 2008 (1-7 december 2008, eget tillägg). Landstinget har i ett förtydligande den 19 december 2008 angivit att: "För kaffe gäller att priset ska vara baserat på ett rörligt pris: TCO, Other Mild Arabicas, New York C samt dollarkursen i en månads period." samt att "Basprisdag skall vara 2008-12-01." Landstinget har sålunda förtydligat att basprisdag ska vara just den 1 december 2008.

Serveras anbud

Servera har i sitt anbud under punkt 10.1.2 "Kaffe" angivit följande: "Priset på kaffe är baserat på oktober 2008 som basprismånad med gällande pris för december 2008". Servera avviker sålunda från landstingets skall-krav att basprisdag skall vara 2008-12-01. Det kan i sammanhanget konstateras att Serveras offererade priser på kaffe skiljer sig avsevärt från Menigos priser vilka är baserade på angivet skall-krav, basprisdag 2008-12-01. Detta beror sannolikt på stora valutaförändringar. Ett pris beräknat på basprisdag den 1 december

2008 blir därför mycket högre jämfört med ett pris baserat på basprisdag oktober 2008. För att ingivna anbud ska kunna utvärderas på ett objektivt sätt i enlighet med LOU och särskilt likabehandlingsprincipen är det givetvis av största betydelse att anbuden jämförs på ett neutralt sätt utifrån samma förutsättningar. Redan av Serveras anbud framgår uttryckligen att basprisdag för kaffe är oktober 2008, trots att landstingets skall-krav är den 1 december 2008. Serveras anbud uppfyller sålunda inte samtliga skall-krav varför anbudet över huvud taget inte skulle ha utvärderats utan diskvalificerats. Det finns en omfattande praxis från både EG-domstolen och svenska domstolar som tydligt anger att det är ett uppenbart brott mot LOU och gemenskapsrätten att anta ett anbud som inte uppfyller uppställda skall-krav. Om ett anbud inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav är den upphandlande myndigheten förhindrad att anta anbudet.

Bolaget riskerar att lida skada då landstinget har antagit ett anbud som inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav. Om Landstinget hade förfarit i enlighet med LOU och därmed förkastat Serveras anbud hade Menigos anbud varit det anbud med lägst pris (varugrupperna 1, 5 och 7) respektive det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (varugrupp 4). Menigo skulle ha tilldelats kontrakt avseende varugrupperna 1, 4, 5 och 7.

Landstinget yrkar i första hand att Menigos ansökan avslås i sin helhet och i andra hand att den avslås avseende varugrupperna 4, 5 och 7 och anför bl.a. följande.

Av förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter, punkt 2.5, framgår att landstingets avsikt varit att anbud kan lämnas för hela eller delar av behovet (varugrupper) samt att anbud kan antas i sin helhet eller delar, och att varje varugrupp kommer att utvärderas var för sig. Tilldelningsbeslut har fattats i varje varugrupp var för sig.

Oavsett om man kallar denna dag basprisdag eller prisjämförelsedag eller annan benämning, har landstingets avsikt med formuleringen varit att potentiella anbudsgivare i förfrågningsunderlagets artikel-specifikation tillika prissvarsbilaga F:11, ska avge priser som gäller 2008-12-01. Detta krav har uppfyllts av Servera, av Menigo och alla andra anbudsgivare i sina respektive prissvarsbilagor eftersom alla anbudsgivares svar i samtliga varugrupper avsett anbudspriser per 2008-12-01.

I landstingets mall för upphandlingskontrakt, förfrågningsunderlagets bilaga F3, anges vid punkt 10.1.2, under rubriken Kaffe, "Prisjustering sker månadsvis. Kostnadsförändringen aviseras två veckor före

genomförandedatum". Servera har i sitt anbud angett en "basprismånad" för kaffe. Det är således gjort som ett svar/kommentar på landstingets mall för upphandlingskontrakt i den del som avser prisjustering på kaffe under pågående avtalsperiod som formuleringen använts. Det är alltså som svar/kommentar på landstingets mall för upphandlingskontrakt i den del som avser generell prisjustering, (p 10.1), prisjustering på kött och charkprodukter, (p.10.1.1) och prisjustering på kaffe (p 10. 1.2), som Servera vid prisjustering på kaffe använt formuleringen "priset på kaffe är baserat på oktober 2008 som basprismånad med gällande pris för december 2008". Det viktiga i sammanhanget är således att det pris som avgetts i alla anbudsgivares prissvarsbilagor är ett anbudspris som gällde 2008-12-01. Landstingets krav i den delen har uppfyllts av samtliga anbudsgivare.

Landstinget har inte frångått några skall-krav och heller inte brutit mot andra bestämmelser i 1 kap. 9 § LOU. Servera har till sitt anbud bifogat landstingets svarsblankett F 1:1. Vid punkt 2 har man på landstingets fråga angett att samtliga skall-krav är uppfyllda. Landstinget har inte haft anledning att betvivla detta påstående och behöver ej närmare undersöka saken för att verifiera uppgiftens riktighet.

Landstinget har iakttagit likabehandlingsprincipen. Menigos begäran om överprövning synes hänföra sig till omständigheter kring prisuppgift på kaffe som är en del av varugrupp 1, kolonial. Oavsett vilka omständigheter Menigo i övrigt anför framgår det av Serveras anbud att formuleringen "priset på kaffe är baserat på oktober som basprismånad med gällande pris för december 2008" gäller just bara för kaffe - ingenting annat. Menigo påstår att felaktigheter begåtts i utvärdering och tilldelningsbeslut i varugrupp 1. Att då åberopa felaktigheter i landstingets tilldelningsbeslut i den del som avser varugrupperna 4, 5 och 7 ställer sig landstinget oförstående till.

Menigo tillägger bl.a. följande.

I landstingets ursprungliga förfrågningsunderlag angavs att: "Pris skall baseras på priser för vecka 49 2008". Landstinget har i ett förtydligande härefter angivit att basprisdag ska vara just en dag (2008-12-01) och inte en vecka som ursprungligen angivits. Landstinget uppmärksammade därmed anbudsgivarna på att det är av avgörande betydelse (skall-krav) vilken basprisdag som används i anbudet. I sammanhanget ska även noteras att basprisdag är av stor vikt just när det gäller livsmedel med hänsyn till att priserna varierar mycket, särskilt för råvaror såsom kaffe. Trots att landstinget uttryckligen angivit att basprisdag skall vara 2008-12-01 anger Servera i sitt anbud att: "priset på kaffe är baserat på oktober 2008 som basprismånad med gällande pris för december 2008". Servera anger sålunda att priset på kaffe är baserat på

oktober 2008 som basprismånad dvs. inte basprisdag 2008-12-01. Om det hade varit känt för Menigo att en annan basprisdag (i Serveras fall basprismånad) hade kunnat väljas hade Menigo utformat sitt anbud på ett annorlunda sätt. Det ska tydliggöras att det Servera gör i sitt anbud är att Servera baserar kaffepriset på det som baspris som gällde i oktober 2008 och undgår därmed de prishöjningar som har skett månaderna härefter (till och med 2008-12-01). Det har varit stora valutaförändringar efter oktober 2008, vilket inneburit att priset på kaffe ökat. Servera utnyttjar därmed två månaders prissänkningar i sitt anbud. Vid avtalsstart kan Servera härefter höja priserna med hänvisning till basprisdag och skrivning i avtalet. För att anbudena ska kunna utvärderas på ett korrekt sätt måste anbudena vara jämförbara, "nollställda". Så är inte fallet om anbudena baseras på olika basprisdagar.

Landstinget anger att Serveras kommentar hänför sig till landstingets upphandlingskontrakt. Detta må vara fallet men faktum kvarstår; priset på kaffe är baserat på oktober 2008 som basprismånad, inte basprisdag 2008-12-01 som anges som ett skallkrav. Landstinget anger vidare att landstinget inte har efterfrågat Serveras kommentar i anbudet, och anför att kommentaren har tillkommit på Serveras eget initiativ. Att kommentaren har tillkommit på Serveras eget initiativ har ingen betydelse i sammanhanget. Landstinget måste givetvis beakta och utvärdera en anbudsgivares hela anbud och kan inte välja att bortse från vissa uppgifter.

Servera anger uttryckligen i sitt anbud att priserna är baserade på en basprisdag (basprismånad) som avviker från det skallkrav som landstinget angett. En upphandlande myndighet har en skyldighet att kontrollera om uppställda skallkrav uppfylls. Det är ett uppenbart brott mot LOU och gemenskapsrätten att anta ett anbud som inte uppfyller uppställda skallkrav.

Vad gäller att prisskillnaden mellan Menigos och Serveras offererade priser på kaffe beror på olika märken vill Menigo framhålla att prisskillnaden inte hade varit så stor om samma basprismånad i dag hade använts.

Landstinget tillägger bl.a. följande.

Serveras, likväl som Menigos priser, har angivits i artikelspecifikation/prissvarsbilaga att gälla per den 2008-12-01. Detta gäller för samtliga efterfrågade varugrupper. Landstingets krav på prisangivelser per den 2008-12-01 är därmed uppfyllt. Serveras kommentar "priset på kaffe är baserat på oktober 2008 som basprismånad med gällande pris för december 2008," saknar självstän-

dig betydelse för bedömning av frågan om att avlämnade prisuppgifter ska gälla per 2008-12-01. Dessa efterfrågade priser återfinns ju i Serveras prissvarsbilaga. Serveras kommentar hänför sig till landstingets förslag till prisjustering under pågående avtalsperiod. Landstingets förslag i den delen återfinns i förfrågningsunderlagets mall för upphandlingskontrakt.

Vad beträffar prissättning av kaffe framgår att för kaffe gäller att avgivna priser ska vara baserade på ett rörligt pris: ICO, Other Mild Arabicas, New York C samt dollarkursen i en månadsperiod. Av skrivelse från Löfbergs Lila AB till bolaget framgår att branschens kaffepriser sätts med två månaders framförhållning, dvs. i skrivelsen framgår att Löfbergs kaffepris gentemot bolaget fastställts i oktober att gälla fr.o.m. den 1 december. Även Menigos offererade priser på Löfbergs kaffe är, om Menigo följer gällande branschpraxis, fastställda i oktober även om det inte direkt kan utläsas i anbudet. Menigo är således medveten om hur kaffebranschen prissätter sitt kaffe. Det är mot bakgrund av det anförda man ska läsa Serveras kommentar till landstingets mall för upphandlingskontrakt i den del som avser prisjustering under gällande avtalsperiod. Serveras kommentar har ingen mer betydelse än att den är en upplysning till landstinget om att en eventuell prisjustering under gällande avtalsperiod följer branschpraxis och sker med två månaders framförhållning varvid priset fastställs månad 1, avisering sker månad 2 och det fastställda priset träder ikraft den 1 i månad 3.

Orden basprismånad respektive basprisdag synes vara av central betydelse i Menigos argumentation. Serveras formulering och ordval om hur de internt prissätter sitt kaffe i enlighet med branschpraxis har inget att göra med att landstinget i prissvarsbilagan erhållit anbudspriser som de facto gäller per 2008-12-01. Att Servera i sitt anbud, som en kommentar till hur prisjustering på kaffe sker under gällande avtalsperiod, angett hur branschen prissätter kaffe saknar betydelse och skall inte diskvalificera Serveras anbud i varugrupp 1 och definitivt inte i varugrupperna 4, 5 och 7.

I ansökan anger Menigo att prisskillnaden på kaffe till Serveras fördel sannolikt beror på valutaförändringar. I yttrande framhåller Menigo att prisskillnaden på kaffe inte hade varit så stor om samma basprismånad/dag hade använts. Landstinget noterar att Menigo medger att kaffepriset varit till Serveras fördel även om, ur bolagets synvinkel sett, "rätt" basprismånad/dag hade använts.

Menigo tillägger bl.a. följande.

I förfrågningsunderlaget anges att förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att de obligatoriska kraven är uppfyllda (skall-krav). Det följer även av fast praxis att samtliga skall-krav måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna utvärderas. Då Servera inte uppfyller uppställt skallkrav ska hela anbudet förkastas.

Angivande av basprisdag är i allra högsta grad relevant för att anbudena ska kunna "nollställas" och utvärderas efter samma förutsättningar. Menigo har tidigare beskrivit effekterna av att Servera har valt oktober 2008 som basprismånad. Menigo vill även hänvisa till punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget där det anges att: "Prisjustering kan på antagen leverantörs begäran ske i samband med avtalsstart..... Prisjustering enligt ovan skall vara väl dokumenterad med underlag utfärdat av råvaruleverantör, tillverkare eller dylikt". Det ska noteras att Servera hänvisar till nu nämnda skrivning i sitt anbud dvs. att prisjustering kan ske vid avtalsstart.

Mot bakgrund av att Servera har valt basprismånad oktober 2008 (dvs. gällande pris för kaffe i oktober 2008) kan Servera höja priset på kaffe i samband med avtalsstart genom att hänvisa till punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget. Prisjustering sker i förhållande till basprisdag. Det krävs, som redovisats ovan, att prisjusteringen ska vara väl dokumenterad med underlag utfärdat av råvaruleverantör. Då prisbilden har förändrats (höjts) under perioden oktober 2008 till den 1 december 2008 kan Servera visa underlag från råvaruleverantör avseende prisjusteringen och därmed höja priset i samband med avtalsstart. Det lägre priset kommer därför inte landstinget tillgodo. Med andra ord, Servera har i och med valet av basprismånad oktober 2008 jämfört med skall-kravet den 1 december 2008 kunnat offerera ett lägre pris jämfört med Menigo. Serveras pris är emellertid inte jämförbart med Menigos pris eftersom priserna baserar sig på olika basprisdagar. Vilken basprisdag som väljs har sålunda stor betydelse för det offererade priset och därmed för utvärderingen. Servera har fått en orättmätig konkurrens fördel jämfört med Menigo varför LOU och likabehandlingsprincipen har åsidosatts.

Menigo har i upphandlingen beräknat det offererade priset på kaffe mot bakgrund av den dagliga dollarkursen och det dagliga kaffepriset per basprisdag den 1 december 2008 (ICO och dollarkurs sätts varje dag och inte endast månadsvis). ICO per den 1 december 2008 var 119.63 och dollarkursen per den 1 december 2008 var 8,1375. Att Menigos offererade pris är baserat på den 1 december 2008 framgår även tydligt av den bilaga som landstinget har givit in undertecknad Löfbergs Lila. Serveras offererade pris avser dock pris på kaffe i

oktober 2008. Utdrag från Riksbanken visar att den genomsnittliga dollarkursen under oktober 2008 var avsevärt mycket lägre jämfört med den 1 december 2008. Detta visar tydligt att Servera har fått en otillbörlig konkurrensfördel och att LOU och likabehandlingsprincipen har åsidosatts. För att tydliggöra kan nämnas att framtida prisförändringar av kaffe, när ett avtal väl har ingåtts, kan ske månadsvis, se punkt 10.1.2 i mallavtalet. Detta måste dock skiljas från prissättningen vid anbudstillfället som, enligt förfrågningsunderlaget, ska vara baserad på en bestämd basprisdag (den 1 december 2008).

Landstinget anger att även Menigos offererade priser är fastställda i oktober 2008, om Menigo följer gällande branschpraxis. Landstingets påstående är anmärkningsvärt. Menigo bestrider att dess offererade pris på kaffe är baserat på oktober 2008 som basprismånad utan priset är gällande pris den 1 december 2008, vilket även framgår av intyg från Löfbergs Lila.

Landstinget tillägger bl.a. följande.

Menigo har ännu inte inkommit med grunder för åtgärd i varugrupperna 4, 5 och 7. En eventuell rättelse i varugrupp 1 medför inte med automatik att hela Serveras anbud ska förkastas eller ens att rättelse ska ske i varugrupperna 4, 5 och 7.

Beträffande varugrupp 1 hävdar Menigo nu att Servera i sitt anbud vid anbudets p.10.1.2 kommenterar förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter p.4.3 vilket är felaktigt. Servera hänvisar till landstingets mall för upphandlingskontrakt p.10.1.2, dvs. landstingets förslag på att prisjustering på kaffe sker månadsvis samt att kostnadsförändringen aviseras två veckor före genomförandedatum. Som tidigare redogjorts för har Serveras anbudskommentar ingen mer eller vidare betydelse än så.

Landstinget bestrider att någon framtida avtalspart ensidigt skulle kunna justera sitt pris i samband med avtalsstart genom en hänvisning till de administrativa föreskrifterna p.4.3. Ett yrkande om prisjustering i samband med avtalsstart ska godkännas av landstinget, vilket framgår av de administrativa föreskrifterna. Med landstingets kännedom om hur branschen prissätter kaffe samt krav på dokumentation som visar grunden för yrkad prisjustering kommer eventuella försök till oskäligen prishöjningar på kaffe i samband med avtalsstart att förhindras. Landstinget har inte avvikit från det obligatoriska kravet på priser att avges per den 1 december 2008. Dessa priser återfinns på prissvarsblanketten tillika framtida avtalsbilaga. Av Löfberg Lila AB:s skrivelse till bolaget kan utläsas att kaffepriset "fastställs en gång per månad med en mellanliggande månad för prissättning, t.ex.

enligt följande. Perioden 1 mars - 31 mars bestämmer fast pris för maj 2009, prisavisering april 2009". Landstinget åberopar att Löfbergs Lila AB:s skrivelse till Menigo återspeglar branschpraxis för prissättning av kaffe. Oavsett om Menigo följer branschpraxis för prissättning på kaffe eller inte har både Menigo och Servera angett priser i prissvarsbilagan som gäller per den 1 december 2008.

DOMSKÄL

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 2 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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

Den aktuella upphandlingen avser upphandling av livsmedel. Upphandlingen består av åtta varugrupper. I förfrågningsunderlaget anges att varje varugrupp kommer att utvärderas för sig och att detta innebär att anbud för en viss varugrupp endast kommer att utvärderas mot andra anbud i samma varugrupp och således inte kommer att påverka eller påverkas av anbud i andra varugrupper. I förfrågningsunderlaget anges under p. 4.2 att pris skall anges i den enhet som redovisas i bifogad artikelspecifikation (F2:1) och att basprisdag skall vara 2008-12-01.

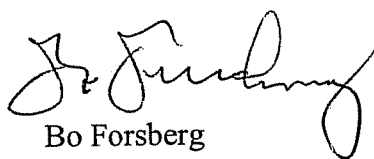
Vinnande anbudsgivare vad avser varugruppen 1 (Kolonial, där kaffe ingår) har i sitt anbud under p. 10.1.2 angett att priset på kaffe är baserat på oktober 2008 som basprismånad med gällande pris för december 2008. Det har som framgår ovan i förfrågningsunderlaget uttryckligen, och som ett

skall-krav, angetts att basprisdag ska vara 2008-12-01. Någon definition av begreppet basprisdag finns emellertid inte i förfrågningsunderlaget. Innebörden kan därför enligt länsrättens mening inte vara annan än att landstinget efterfrågat leverantörens varupris den aktuella dagen. Något krav på den metod leverantören skulle använda sig av vid prisberäkningen har inte ställts. Vinnande anbudsgivare har därför uppfyllt ställt skall-krav i detta hänseende.

Vad beträffar övriga varugrupper (4, 5 och 7) har Menigo gjort gällande att vinnande anbudsgivare borde ha uteslutits även beträffande dessa genom att ovan nämnda skall-krav avseende basprisdag för kaffe i varugrupp 1 inte uppfyllts. Som anförts i föregående stycke anser länsrätten att vinnande anbudsgivare inte brutit mot något skall-krav. Någon annan grund till stöd för ingripande mot upphandlingen vad gäller dessa varugrupper har inte åberopats.

Menigo har således inte lidit skada och inte heller riskerat att komma att skadas.

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


Bo Forsberg