



**LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN**

Anna Blomgren

DOM
2009-10-29
Meddelad i
Falun

Mål nr
2625-09 E
Rotel 3

SÖKANDE

Servera R&S AB, 556233-2451
112 89 Stockholm

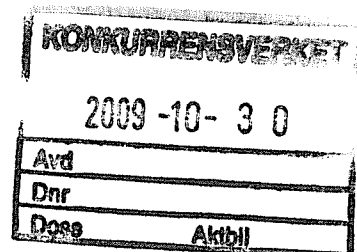
Ombud: Stig Hermanson
Servera R&S AB
112 89 Stockholm

MOTPART

Kommunförbundet Region Siljan, 222000-1529
Box 98
792 22 Mora

SAKEN

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



LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår Servera R&S AB:s ansökan om överprövning.

Länsrättens intermistiska beslut från den 14 september 2009 upphör därmed att gälla.

Länsrätten erinrar om den tiodagarsfrist som framgår av 16 kap. 1 § LOU.

Dok.Id 70518

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-484 00	023-484 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: lansrattenidalarna@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Kommunförbundet Region Siljan (nedan Region Siljan) genomförde upphandling avseende livsmedel för Mora kommun, Orsa kommun, Rättviks kommun, Leksands kommun och Älvdalens kommuns räkning (dnr 55/2008). Tilldelningsbeslut fattades den 20 augusti 2009, vari Menigo Foodservice AB (nedan Menigo) tilldelades kontrakt avseende varugrupperna 1 (specerier), 3 (kaffe, te, choklad) och 5 (fryst kött, fisk m.m.).

Servera R&S AB (nedan Servera) ansöker om överprövning och yrkar att länsrätten ska besluta att tilldelningsbeslutet undanröjs samt att länsrätten beslutar att ifrågavarande upphandling får avslutas först efter att länsrätten beslutat att utvärdering ska göras om, efter att Menigo, förkastats från upphandlingen. Till stöd för sin talan anför Servera bl.a. följande. Servera anser att utvärderingen av upphandlingen inte skett enligt de premisser som anges i förfrågningsunderlaget. Vid en genomgång av Menigos anbud noterar Servera 19 artiklar som finns inlagda på 41 positioner. Detta har accepterats av upphandlande myndighet vid utvärderingen, vilket är ett avsteg från de utvärderingskriterier som angivits i förfrågan. Detta borde ha lett till att Menigo förkastats redan i anbudsprövningen då de inte levt upp till samtliga obligatoriska krav som finns i förfrågningsunderlaget. Utvärderingen följer inte 1 kap. 9 § LOU. Kravet som Region Siljan ställt upp i sitt förfrågningsunderlag om att man inte får lägga samma artikelnummer på olika positioner är i förfrågningsunderlaget stark markerat med både OBS! och fet stil. Detta är klart att betrakta som ett definitivt krav, ett s.k. ska-krav. När en upphandlande enhet ställer dylika krav måste samtliga anbudsläggare veta att de blir bedömda efter samma krav. Det som skett i denna upphandling är att kommunerna släppt igenom dubbelläggning av artiklar på Menigos anbud, vilket är ett brott mot huvudregeln i LOU som föreskriver likabehandling och transparens. Upphandlande myndighet borde ha uppmärksammat förhållandet, inte minst när man svarar med samma artikelnummer på kaffe på två positioner men två olika priser. Om en upp-

handlande myndighet förtydligar ett ska-krav med tillägget OBS och med större text i fet stil måste detta givetvis innebära en skärpning av ska-kravet och då måste det givetvis respekteras även i utvärderingen. Servera har följt Region Siljans instruktioner i förfrågningsunderlaget och har därför tvingats lämna vissa positioner öppna då lämpliga varor inte finns på marknaden och har därför belastats med referenspris på dessa positioner. Menigo har trotsat inskrivet förbud på 32 positioner och ges därför en fördel i utvärderingen. Kommunens tolkning i efterhand av skrivningen på ska-kravet 80 procent av efterfrågade artiklar och att förbudet av dubbelbeggning var ett förtydligande, visar endast att förfrågningsunderlaget inte var tillräckligt klart då båda anbudsläggarna tolkat texten på olika sätt. Beträffande ska-kravet på att lägga MSC-fisk i första hand har Menigo endast lagt sex av 37 positioner, trots att man i sin sortimentsprislista har betydligt fler sorter av MSC-fisk. Detta framgår av den sortimentsprislista som överlämnats till kommunen med anbudet. Menigo har säkert använt texten i förfrågningsunderlaget där det står ”i första hand” som ett redskap att hålla ned priset i sitt anbud genom att bara lägga ett mindre antal positioner, trots att sortimentet faktiskt innehåller ett större sortiment. Om nu Region Siljan önskar MSC-fisk är det dåligt att man inte kontrollerar detta för att få önskvärt sortiment och för att göra utvärderingen mellan leverantörerna rättvis. Upphandlande myndighet har ett ansvar att göra en riktig utvärdering och det har man inte gjort eftersom man inte följt de krav som finns i förfrågningsunderlaget. Servera kommer att lida en avsevärd skada för detta regelbrott då grupperna tillsammans förmodligen har ett värde på nästan 100 Mkr under de fyra år som är möjliga inom avtalet. Om inte heller Servera följt anvisningen i förfrågningsunderlaget kunde dubbelläggning ha skett på ett stort antal positioner och på så vis skulle konkurrenskraften förbättras för Servera men man har avstått från detta, vilket gör att Servera kommer att lida skada.

Region Siljan har i yttrande till länsrätten bl.a. anfört följande. Det stämmer att Menigos anbud innehöll samma artikelnummer på flera positioner, alternativet hade varit att inte svara på vissa positioner som Servera gjort. I förfrågan finns bl.a. ett ska-krav om att 80 procent av artiklarna ska ha offererats inom respektive grupp samt av utvärderingsgruppen ha bedömts uppfyllt ställda kvalitetskrav. Detta beror på att de vill ha olika produkter på minst 80 procent av de efterfrågade varorna, dvs. för att ska-kravet ska vara uppfyllt. Även efter en ny utvärdering klarar Menigos anbud kravet på 80 procent av de efterfrågade varorna. Ny utvärdering har gjorts av Menigos anbud så att samma artikelnummer inte finns med på flera positioner. Den nya utvärderingen innebär inget nytt i sak utan Menigos anbud blir fortfarande det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Eftersom Servera har utelämnat vissa positioner i anbudet har Servera erhållit belastningsvärden vid utvärderingen. Vid den nya utvärderingen av Menigos anbud har Menigo erhållit belastningsvärden på samtliga positioner som varit dubbelbelagda. Det innebär att efter den nya utvärderingen har båda anbudsgivarna erhållit belastningsvärden och ingen anbudsgivare har givits någon fördel vid utvärderingen, dvs. likabehandlats. Att lägga taktiska anbud är inget som upphandlande myndighet kan förhindra. Utvärderingen har gjorts i enlighet med i förfrågan ställda krav.

Länsrätten har den 14 september 2009 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

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

I 1 kap. 9 § LOU föreskrivs att upphandlande myndigheter ska 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.

Förfrågningsunderlaget

På sidan 13 i förfrågningsunderlaget står ”Anbud kan lämnas på en, flera eller alla kommuner beträffande produktgrupperna på Livsmedelsspecifikationen, bilaga 1. Anbudet kan omfatta en, flera eller alla av de angivna varugrupperna. OBS att 80 % av artiklarna **skall** ha offererats inom respektive grupp samt av utvärderingsgruppen ha bedömts uppfyllt ställda kvalitetskrav för att anbudet skall utvärderas.” Vidare står på sidan 14 ”OBS! Samma vara (artikelnummer) får inte offereras under mer än ett positionsnummer i resp grupp.”

Av förfrågningsunderlaget framgår även på sidan 14 att MSC-fisk ska offereras i första hand och vid utvärderingen av kött och fisk framgår följande av förfrågningsunderlaget (sid 20). ”I de fall en leverantör inte alls kan erbjuda en MSC-fisk medan en annan leverantör kan, kommer priset för den som lämnat det högsta anbudet för MSC-fisk att räknas för den som positionen avser.”

Länsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlaget framgår att ett ska-krav är att 80 procent av artiklarna i en grupp offereras. Ska-kraven är i förfrågningsunderlaget tydligt markerade. Att samma vara inte får offereras under mer än ett positionsnummer kan enligt länsrättens mening inte betraktas som ett ska-krav då det, även om det är extra markerat, inte är utformat på samma sätt som övriga ska-krav. Därtill blir resultatet detsamma som om positionen inte hade offererats om Region Siljan stryker ett av artikelnumren och belastar den positionen. Genom att Menigos anbud ändå uppfyllde ska-kravet på 80 procent kan Region Siljan inte anses ha brutit mot reglerna i LOU genom att ta med Menigos anbud till utvärderingen. Även om man bortser från de positioner där Menigo har offererat samma artikel visar således utredningen inte att Servera kan ha lidit skada. Menigo har fortfarande lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Servera har anfört att Menigo endast lagt anbud på sex av 37 positioner, trots att man i sin sortimentsprislista har betydlig fler sorter av MSC-fisk. Såvitt länsrätten förstår har Menigo inte heller offererat någon annan fisk istället för MSC-fisk och kan därmed inte anses ha brutit mot gällande ska-krav då kravet innebär att man vid anbudslämnandet i första hand ska offerera MSC-fisk.

Sammanfattningsvis anser länsrätten inte att Servera visat att Region Siljans upphandling i någon av de påtalade delarna strider mot LOU. Förutsättningar för åtgärder från länsrättens sida av den begärda överprövningen föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1c).


Eva Karlsson Hëlghé

rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.