



SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock
Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm

MOTPARTER

1. Alvesta kommun
342 80 Alvesta
2. Lessebo kommun
Box 13
360 50 Lessebo
3. Ljungby kommun
341 83 Ljungby
4. Markaryds kommun
Box 74
285 22 Markaryd
5. Tingsryds kommun
Box 88
362 22 Tingsryd
6. Uppvidinge kommun
Box 59
360 70 Åseda
7. Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö
8. Växjö Kyrkliga samfällighet
Box 307
352 33 Växjö
9. Älmhults kommun
Box 500
343 23 Älmhult

KONKURRENSVERKET	
2009-01-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 34708

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-868 00 E-post: lansrattenikronoberg@dom.se	0470-869 50	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

Ombud för samtliga: David Braic
c/o Växjö kommun
Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Alvesta, Lessebo, Ljungby, Markaryds, Tingsryds, Uppvidinge, Växjö och Älmhults kommuner samt Växjö Kyrkliga Samfällighet (kommunerna) har genomfört en upphandling benämnd Livsmedel, referensnummer U-07-09 (upphandlingen). Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Upphandlingen består av tio olika grupper. Tilldelningsbesluten fattades för respektive grupp den 12 februari 2008.

Menigo Foodservice AB (Menigo) ansökte om överprövning av ifrågavarande upphandling.

Länsrätten beslutade den 22 april 2008, mål nr 223-08, att upphandlingen, såvitt avser samtliga grupper utom tre, fem och åtta, skulle göras om.

Kommunerna överklagade länsrättens dom till Kammarrätten i Jönköping, som i en dom den 6 oktober 2008, mål nr 1557-08, upphävde länsrättens dom och visade målet åter till länsrätten för prövning av de grunder som Menigo åberopat och som inte hade prövats av länsrätten. Menigo överklagade kammarrättens dom till Regeringsrätten, som den 26 november 2008, mål nr 7127-08, beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Kammarrättens avgörande stod därmed fast. Kammarrätten förordnade vidare att upphandlingen såvitt avser samtliga grupper utom tre, fem och åtta inte får avslutas förrän något annat beslutas.

Menigo yrkar i första hand att upphandlingen, förutom vad gäller grupp tre, fem och åtta, skall avbrytas och göras om och i andra hand att rättelse skall ske på så sätt att en ny utvärdering och tilldelning sker i berörda grupper. Kommunerna har brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och de däri innefattade principerna om transparens, proportionalitet, och likabehandling. Kommunerna har sammanblandat skall-krav och börkrav i strid med principen om transparens. Kommunerna har tillämpat ett belastningspris på ett sådant sätt att respektive anbud inte har kommit att utvärderas på sina egna meriter. - Det av kommunerna tillämpade belastningspriset med ett påslag om 50 procent (faktorn 1,5) är inte proportionerligt. En direkt följd av det av kommunerna tillämpade belastningspriset 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 med faktorn 1,5 (dvs. 50 procent) jämfört med den senaste 12 månaders perioden i sig aldrig kan anses proportionerligt och således inte heller förenligt med huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Genom det av kommunerna tillämpade belastningspriset har således oproportionerlig vikt lagts vid just det som inte offererats. Menigo bestrider att åtgärden med belastningspris är lämplig och effektiv för att uppnå det av kommunerna uppgivna syftet. För det fall påslag överhuvudtaget skall användas, konstateras att kommunerna kunnat åsätta belastningspriset en betydligt lägre procentsats än 50 procent. Belastningsprisets påslag om 50 procent resulterar i att det för upphandlingens utgång är av helt avgörande betydelse huruvida de offererade produkterna bedöms uppfylla uppställda krav på exempelvis inner- och ytterförpackningar. Det skall även i detta sammanhang framhållas att belastningspriset har stor betydelse för utvärderingen av produktens kvalitet. Den negativa effekten av kommunernas uppställda belastningspris kan under dessa förutsättningar aldrig anses stå i rimlig proportion till be-

lastningsprisets syfte. Eftersom det av kommunerna påförda belastningspriset om 50 procent jämfört med den senaste tolv månaders perioden inte är proportionerligt är det inte heller förenligt med LOU och gemenskapsrätten.

- Menigo menar att den av kommunerna uppställda utvärderingsmodellen vad gäller kriteriet Pris (vilket är det kriterium som tillmätts störst vikt i upphandlingen) å ena sidan föreskriver att endast de produkter som uppfyller förfrågningsunderlagets krav går vidare till utvärdering. Å andra sidan föreskriver samma modell att en leverantörs kostnad, för det fall leverantören helt saknar godkänd produkt på en position, skall beräknas utifrån ett uppställt belastningspris avseende denna position. Kommunerna synes, i strid med principen om transparens, i denna del ha sammanblandat skalkrav med börkrav med den följd att förfrågningsunderlagets förutsägbarhet betydligt reduceras. Menigo vill i detta sammanhang även framhålla att nämnda belastningspris är synnerligen oförmånligt varför det för upphandlingens utgång är av helt avgörande betydelse huruvida offererad produkt bedöms uppfylla uppställda krav på inner- och ytterförpackningar. - Den av kommunerna tillämpade utvärderingsmodellen och däri uppställda krav på inner- och ytterförpackningar är så snäva att de uppenbarligen inte står i rimlig proportion till upphandlingsföremålet. Av den i LOU innefattade proportionalitetsprincipen följer att uppställda krav i en utvärderingsmodell måste ha ett såväl naturligt samband med, som stå i rimlig proportion till, det som upphandlas. Uppställda krav får således inte vara mer långtgående än vad som är motiverat med hänsyn till upphandlingsföremålet.

Menigo ifrågasätter inte det förhållandet att det finns ett naturligt samband mellan upphandlingens syfte och uppställande av krav på såväl inner- som ytterförpackningar (dvs. angivna intervall mellan lägsta och högsta godtagbara vikt eller volym). Kommunerna hade kunnat ställa nämnda krav på ett betydligt mindre snävt sätt utan att försaka syftet med upphandlingen. Menigo menar att de av kommunerna i förevarande upphandling ställda intervallerna avseende inner- och ytterförpackningar är så snäva att de får till

resultat att utvärderingsmodellens krav, utan att vara motiverade av sakliga skäl, de facto utesluter flertalet av de på marknaden erbjudna produktalternativen, varför modellens krav i denna del uppenbarligen inte står i rimlig proportion till upphandlingsföremålet. Menigo konstaterar att enbart det förhållandet att kommunerna anser sig ha kopplat samtliga krav direkt mot verksamheternas behov inte ensamt kan legitimera uppställda krav. Detta eftersom bedömningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts är fristående denna fråga, då utgångspunkten för denna bedömning inte är hur kraven bestäms utan om det finns ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. På samma sätt kan inte heller kommunernas generella hänvisning till att kommunerna saknar vetskap om andra produkters varianter av förpackningar legitimera dessa alltför snävt ställda krav på inner- och ytterförpackningar. Förklaringen till de orimliga konsekvenser som uppstår vid tillämpning av för snäva intervaller härrör från det högst naturliga förhållandet att olika fabriker använder sig av olika förpackningar och att ett alltför snävt utpekande av vikt eller volym då får en konkurrenshämmande effekt. Sådana uppställda krav som de ovanstående vilka svårigen kan, och inte heller har, motiverats utifrån sakliga skäl kan snarast likställas med utpekandet av vissa specifika produkter, utan angivande av att även liknande produkter kan komma att godtas. Ett sådant agerande är enligt praxis inte förenligt med LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. I enlighet med ovanstående står följaktligen den av kommunerna uppställda utvärderingsmodellen i den del som avser kriteriet Pris i strid med proportionalitetsprincipen. - I 1 kap. 4 § LOU anges huvudregeln för all upphandling enligt LOU innebärande att offentlig upphandling alltid skall ske på marknads villkor och genomdrivas affärsmässigt samt utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt. I kravet på objektivitet innefattas att alla anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Ett utav syftena med 1 kap. 4 § LOU är således att försvåra möjligheterna för en upphandlande enhet att i en upphandling gynna eller missgynna viss leverantör på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande

sätt (likabehandlingsprincipen). Det underlag som ligger till grund för upphandlingen baseras på statistik för en tolv månaders period. Detta förhållande kan av Menigo inte förstås på annat sätt än att kommunerna vid utformandet av förfrågningsunderlaget och de däri innefattade kraven på bl.a. inner- och ytterförpackningar 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. Den nuvarande leverantören har fått en betydande konkurrensfördel jämfört med övriga anbudsgivare. Detta särskilt om man beaktar hur kommunerna sedermera även valt att tillämpa oproportionerligt snäva krav på inner- och ytterförpackningar i kombination med ett synnerligt oförmånligt belastningspris. - Genom de sätt på vilket kommunerna utformat och sedermera genomfört upphandlingen har denna kommit att styras mot den redan befintliga leverantören. Ett agerande som, alldeles oavsett kommunernas 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. Till följd av de felaktigheter som begåtts i upphandlingen kommer Menigo att lida skada.

Kommunerna har anfört i huvudsak följande. Upphandlingens syfte har varit att tillgodose behovet av livsmedel hos olika verksamheter i kommunerna. Verksamheterna är differentierade och består såväl av storkök och medelstora kök som av små enheter där önskemålen/kraven inte bara avser själva produkten utan även alla åldersgrupper, både inom skol- och barnomsorgsverksamhet och omsorgsverksamhet med äldreboende m.m. Totalt berörs cirka 250 enheter. - Kvalificeringskraven uttrycks i form av egenskaper som respektive produkt skall uppfylla för att bli godkänd. De önsk-

värda egenskaperna har tagits fram av referensgrupper bestående av företrädare för de olika verksamheterna. Egenskaperna utgår ifrån de olika verksamheternas behov och är naturligtvis inte anpassade efter en viss grossists sortiment. Det är ett kvalificeringskrav (skall-krav) att varje produkt skall ha de egenskaper som efterfrågas. Det finns inga hinder mot att samma kriterier används som skall-krav och utvärderingskriterier om förutsättningarna är tydliga i förfrågningsunderlaget. Ett anbud diskvalificeras dock inte på grund av att en eller flera produkter blivit underkända eller inte offererade. För att undvika diskvalificering av en grossists hela anbud har metoden med belastningspris använts. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget vilka egenskaper de efterfrågade produkterna skall ha och att belastningspris vid anbudsutvärderingen kommer att åsättas den produkt som underkänts eller inte offererats. Erfarenheten visar att det vid livsmedelsupphandlingar är näst intill omöjligt att få in anbud där samtliga anbudsgivare svarar på samtliga efterfrågade produkter, vilket i sin tur omöjliggör en nollställning av anbuderna. På grund därav har metoden med belastningspris använts. - Metoden med belastningspris innebär att en underkänd eller ej offererad produkt åsätts ett på förhand i förfrågningsunderlaget definierat belastningspris. Belastningspriset baseras på jämförelsepriset för tidigare inköpta produkter som har legat till grund för aktuell position, baserat på statistik för en tolv månaders period. Det kan vara flera olika produkter med samma egenskaper och samma vikt som tillsammans utgör grund för positionen. Den totala kostnaden för de produkter som ingår i en position dividerad med samma produkts kvantitet ger ett jämförelsepris som sedan multipliceras med faktorn 1,5. Faktorn är avsedd att kompensera prisjusteringar från statistikperiodens början till gällande basprisdag vid anbudets inlämnande samt de prisskillnader som förekommer mellan olika produkter. Tidsperioden från prisuppgifter i statistik till basprisdag kan uppgå till två år. Det är inte ovanligt med prisökningar från allt mellan 5 – 75 procent beroende på produktgrupp. Av 1307 positioner avseende grossistsortimentet har Menigo godkänts på 74,4 procent och konkurrerande anbud har god-

känts på 78 procent av positionerna. Utfallet visar att respektive anbud har godkänts efter sina egna meriter så långt det har varit möjligt och i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Båda anbudsgivarna har bedömts lika och förutsättningarna har tydligt beskrivits i förfrågningsunderlaget. Likabehandlingsprincipen och principen om transparens har således iakttagits. Metoden med belastningspris har varit nödvändig för att kunna utvärdera inkomna anbud. Huvudsyftet med belastningspris har varit att presumtiva anbudsgivare i största möjliga mån skall anpassa sina produkter efter köparens krav. Belastningspriset är också en signal till presumtiva anbudsgivare att i möjligaste mån anstränga sig för att uppfylla ställda krav på produkter för att på detta sätt uppnå största möjliga sortimentsbredd. Ett betydligt lägre belastningspris skulle kunna innebära att det för en anbudsgivare vore mer fördelaktigt att åsättas ett belastningspris än att faktiskt offerera en eller flera produkter. - En viktig faktor vid upphandlingen har varit kraven på produkternas inner- och ytterförpackningar. Dessa krav är direkt kopplade till och har uppställts endast utifrån verksamhetens behov, ekonomi, förvaringsmöjligheter, arbetsmiljö och i viss mån tillgång till hjälpredskap. De uppställda kraven måste därmed anses stå i rimlig proportion till de produkter som upphandlas. Menigo ifrågasätter inte heller att det finns ett naturligt samband mellan upphandlingsföremålet och uppställande av krav på såväl inner- som ytterförpackningar. Vad gäller Menigos påstående att intervallkravet avseende förpackningarna utesluter flertalet produkter på marknaden och därför är oproportionerligt anser kommunerna att det inte rimligen kan begäras att kommunerna skall ha vetskap om alla producenters varianter av förpackningar. Det bör ligga i en grossists intresse att aktivt föra dialog och förhandling med olika producenter i syfte att anpassa sortimentet till kunders efterfrågan, vilket skulle främja konkurrensen. Vad gäller Menigos påstående om att förpackningsintervallen har varit för snäva menar kommunerna att en gränsdragningsproblematik alltid uppstår oavsett var gränsen sätts. Menigo har såväl som andra anbudsgivare påförts belastningspris för icke godkända positioner. Inte enbart krav avseende inner- och

yttreförpackningar har renderat belastningspris. Avvikande produktenskaper som för hög sockerhalt, för hög salthalt, otillräckligt fruktinnehåll, ej ekologiskt odlad eller rättvisemärkt produkt har medfört att belastningspris har påförts. Det kan inte anses anmärkningsvärt att upphandlingsvolymerna och produkter enligt förd statistik har utgjort grund för förfrågningsunderlaget eftersom statistiken speglar verksamheternas behov av olika livsmedel. Menigos påstående att de efterfrågade produkterna har anpassats till den nuvarande grossistens sortiment och att upphandlingen därmed strider mot likabehandlingsprincipen är sålunda grundlöst. Det är snarare så att nuvarande leverantör har anpassat sitt sortiment till kommunernas krav i den föregående upphandlingen. - Kommunerna är av den uppfattningen att upphandlingen har genomförts på ett sakligt och affärsmässigt sätt samt med iakttagande av principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet. Menigos talan bör därför lämnas utan bifall.

DOMSKÄL

I övergångsbestämmelserna till den från och med den 1 januari 2008 gällande lagen (2007:1091) om offentlig upphandling sägs att bestämmelserna i den numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling skall tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom den här upphandlingen påbörjades under 2007 gäller alltså den äldre lagstiftningen på upphandlingen.

I 1 kap. 4 § LOU sägs att en upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn. Enligt bestämmelserna om rättning och komplettering av anbud i 1 kap. 21 § LOU kan den upphandlande enheten formlöst initiera att anbudsgivaren ändrar fel som är uppenbara. I förarbetena anges att även i och för sig väsentliga förändringar kan vara tillåtna, förutsatt att särbehandling eller konkurrensbegränsning inte uppkommer.

Bestämmelserna om rättning och komplettering av anbud bör tillämpas restriktivt. (Prop. 1992/93:88 s. 70f)

Vid prövning av anbud gäller enligt 1 kap. 22 § LOU att en upphandlande enhet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. 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, som pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Av 7 kap. 2 § LOU följer att om en upphandlande enhet 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse skett.

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 §§. I det uppställda kravet på afärsmässighet får 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, d.v.s. att det anbud som är det ekonomiskt mest fördel-

aktiga antas. Detta följer även av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 framhållit 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 LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Kammarrätten i Jönköping har i dom i mål nr 1557-08 bedömt att den utvärderingsmodell med belastningsvärde som här har tillämpats är proportionerlig och får godtas. – Länsrätten prövar därför inte ansökan i denna del.

Kommunerna har inte i de aktuella kraven hänvisat till en produkt av visst märke eller missgynnat visst företag. Kraven på produkternas inner- och ytterförpackningar är direkt kopplade till och har uppställts utifrån verksamhetens behov, ekonomi, förvaringsmöjligheter, arbetsmiljö och i viss mån tillgång till hjälpredskap. Det måste vara den upphandlande enheten förbehållet att själv bestämma kraven för den upphandlade produkten. Med hänsyn härtill finner länsrätten att de aktuella kraven inte utformats i strid mot 1 kap 4 § LOU eller annan bestämmelse i lagen.

En upphandlande enhet måste ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbuden under förutsättning att detta sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget. Vidare bör kraven för att anse att ett upphandlingsförfarande strider mot de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten ställas relativt högt. Länsrätten finner inte visat att de av sökanden anförda omständigheterna varit av sådan art eller omfattning att kravet på affärsmässighet åsidosatts. Det har inte heller i övrigt visats att förfarandet strider mot de krav som uppställs i LOU. Ansökan att upphandlingen skall göras om, alternativt om rättelse skall således avslås.

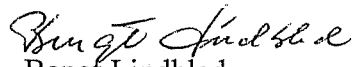
Till följd härav skall kammarrättens beslut enligt 7 kap 2 § andra stycket LOU inte längre gälla.

DOMSLUT

Länsrätten avslår Menigos ansökan.

Länsrätten förordnar att det interimistiska beslutet enligt 7 kap 2 § andra stycket LOU av den 6 oktober 2008 skall upphöra att gälla.

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


Bengt Lindblad