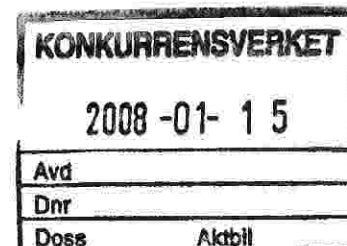


Christine Lagström

Meddelad i
Linköping**SÖKANDE**Servera R&S AB, 556233-2451
Box 123
601 03 NorrköpingOmbud: Stig Hermanson
c/o Servera R & S AB
Box 123
601 03 Norrköping**MOTPART**Norrköpings kommun
Upphandlingsenheten
601 81 Norrköping**SAKEN**

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

Norrköpings kommun (i samverkan med kommunerna i Finspång, Söderköping och Valdemarsvik) genomförde en öppen upphandling av ekologiskt och etiskt märkt kaffe. I beslut den 19 november 2007 tilldelades Kahls Kaffe AB upphandlingen.

Servera R&S AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att länsrätten interimistiskt skall besluta om att upphandlingen inte får avslutas innan annat beslutats. Vidare yrkar bolaget att upphandlingen får avslutas först efter att ny utvärdering har gjorts, alternativt att upphandlingen görs om.

Kommunen bestrider bifall till Serveras förstahandsyrkande, men medger andrahandsyrkandet att upphandlingen skall avbrytas och göras om.

Länsrätten har den 30 november 2007 genom interimistiskt beslut bestämt att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten beslutar annat i målet.

Dok.Id 52347

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: lansratteniostergotland@dom.se		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

DOMSKÄL

Av 1 kap. 4 § LOU framgår 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.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har 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 RÅ 2002 ref. 50 framgår i huvudsak följande. Lagen om offentlig upphandling ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma i uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§ LOU. I det uppställda kravet på affärsmässighet 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, dvs. att det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt antas, vilket också följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsägbarhet och transparens. 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.

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Kommunerna har åsidosatt kraven på likabehandling och affärsmässighet som uppställs i 1 kap. 4 §

LOU samt bestämmelserna i 1 kap. 22 § LOU, vilket har medfört att bolaget kommer att lida skada. Dessa felaktigheter är av sådan grad att utvärderingen måste göras om, alternativt att ny upphandling görs. Kommunen har i förfrågningsunderlaget enbart översatt förpackningsstorlekar för konventionellt odlat kaffe till ekologiskt odlat kaffe. Kommunen har inte tagit reda på vilka förpackningar som finns på marknaden innan man gjorde sin förfrågan. Detta resulterar i att samtliga leverantörer får svårt att lägga anbud på samtliga positioner. Det är riktigt att bolaget inte har lämnat något anbud på position 4, eftersom bolagets fyra leverantörers marknadsledande rosterier inte har den efterfrågade förpackningen "Ekologiskt kaffe maskinbrygg, mellanmörk c:a 110 – 115 gr". I övrigt har dock bolaget svarat på alla positioner med till anbudsförfrågan noggrant anpassade beställningsnummer. Antagen leverantör har svarat på alla positioner med pris, men lämnat två positioner öppna utan artikelnummer. Detta har kommunen felaktigt godtagit i utvärderingen, men inte godtagit att bolaget lämnat en position öppen. Att anbudsförfrågan inte är marknadsinriktad och därmed hindrar all konkurrens visar kommunens tidigare upphandling avseende ekologiskt kaffe, vilken fick avbrytas den 23 augusti 2007 p.g.a. att två leverantörer då inte kunde klara sortimentskravet. Minst två av de övriga anbudsläggarna tröttnade troligen på den felaktiga hanteringen och fortsatte inte anbudsläggningen vid nu aktuell upphandling. Position 4 som bolaget inte kunde lämna anbud på motsvarar 450 kg kaffe enligt förfrågningsunderlaget, medan den totala upphandlingen omfattar 26 625 kg kaffe. Andelen för position 4 är 1,69 procent, vilket innebär att positionen inte på något sätt är avgörande för upphandlingen. Anledningen till att vinnande anbud kunde svara på position 4 var att man använde samma artikel 522100 på både position 3 och 4. Skillnaden är att förpackningen skall innehålla 100 gram i position 3 och 110-115 gram i position 4. Bolaget gjorde inte detta eftersom det strider mot förfrågningsunderlaget. I bolagets anbud finns 11 olika kaffevarianter inlämnade, d.v.s. en per position, medan vinnande anbud dublerat läggning med samma vara på olika positioner på tre ställen. Totalt

har vinnande anbud lämnat anbud på åtta artiklar. Enligt likabehandlingsprincipen måste det vara en felaktig bedömning från kommunens sida att godkänna samma vara på olika positioner. I förfrågningsunderlaget finns inget krav på att samtliga positioner måste vara besvarade, utan detta har tillkommit som ett kriterium vid utvärderingen. Samtidigt verkar det inte ha funnits något krav på att följa förfrågningsunderlagets angivelse av förpackningar eller att lämna en vara per position. Av rättsfallet RÅ 2002 ref 50 framgår att varje leverantör med utgångspunkt från underlaget skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Detta var inte möjligt i förevarande fall. Anbudet med lägsta pris skulle antas enligt förfrågningsunderlaget. Vinnande anbud kostar 1 335 275 kr per år. Om man räknar bort kostnaden för position 4 blir kostnaden 1 312 130 kr, vilket skall ställas mot bolagets anbud på 1 049 645 kr. Det är alltså en prisskillnad till bolagets fördel på 263 130 kr. Denna överträdelse har medfört att bolaget kommer att lida ekonomisk skada, med ca. 3-4 miljoner kr för den kommande upphandlingsperioden.

Kommunen anför i svaromål bl.a. följande. Kommunen delar inte bolagets uppfattning om hur handläggningen av upphandlingen har gått till eller hur gällande rättsläge ser ut. Det finns inga regler, varken i LOU eller i EG-rättens direktiv, som ställer krav på marknadsundersökning. Kommunen vill poängtera att bolaget inte ställt några frågor överhuvudtaget under upphandlingsprocessen, vilket potentiella leverantörer normalt gör om det finns frågor om förfrågningsunderlagets innehåll. Det bör dock noteras att den andra leverantören ställde en fråga till kommunen rörande just förpackningsstorlekar på ifrågavarande kaffesortiment. Kommunen uppgav som svar att det var tillfyllest att offerera ej lagerförda varor. Detta svar fick alla som hämtat förfrågningsunderlaget ta del av, d.v.s. även bolaget. Kommunen anser att bolaget får bära ansvaret för att man, såvitt framgår, inte har tagit del av eller förstått inkomna frågor och svar. Vidare delar inte kommunen bolagets uppfattning om att en upphandlande enhet är skyldig att

anta ett anbud som inte är komplett. Av såväl LOU som rättspraxis följer att ej kompletta anbud skall förkastas, såvitt det inte framgår av förfrågningsunderlaget att något annat skall gälla.

Bolaget har i genmäle anfört bl.a. följande. Bolaget har inte krävt att kommunen skulle göra en marknadsundersökning. Vad som framförts är att om kommunen gör en upphandling om kaffe och ställer (utan att ange kravet) krav på att samtliga i anbudet inlagda positioner skall besvaras, bör kommunen ta reda på om efterfrågad vara finns på marknaden. I denna upphandling visar det sig att ingen tillfullo har besvarat position 4. Bolaget genom att lämna positionen öppen och vinnande leverantör genom att lägga in samma vara som på position 3. Om vinnande leverantör hade för avsikt att specialförpacka kaffe, så är det inte klarlagt att det gäller för position 4, där man lagt in en befintlig vara som inte klarar anbudsspecifikationen. Så har man inte behandlat övriga positioner som saknades, utan i position 5 har man skrivit "kan vi ta fram" och i position 9 "på gång". Detta visar att vinnande leverantör inte hade för avsikt att ta fram efterfrågat kaffe för position 4. Denna anbudsvara klarar inte den kravspecifikation på storlek på portionspåsar som kommunen efterfrågar och därför borde även vinnande leverantör ha diskvalificerats på positionen eller så borde positionen ha tagits bort ur värderingen eftersom den inte ens omfattade 1,7 procent av den upphandlade volymen. – Kommunen ger i och med sitt svar rörande förpackningsstorlekar möjlighet att efter avtalsskrivning ta fram önskat sortiment och i efterhand överenskomma om när varorna skall vara tillgängliga. Detta är en eftergift till det enda direktdistribuerande kafferosteriet på storleksmarknaden. För att klara den uppgiften krävs egen produktion för att kunna garantera att rätt portionsstorlekar produceras och till vilket pris. Detta klarar inte marknadens övriga leverantörer. – Bolaget delar kommunens uppfattning att en offert skall vara komplett, för att antas. Förutsättningen är givetvis att det går att lämna ett komplett anbud, när förfrågningsunderlaget ställer krav på artiklar som inte finns på marknaden. Dessutom

angavs det inte klart att samtliga positioner skulle vara lagda. Detta är inte något normalt krav vid livsmedelsupphandlingar, utan här anges att positionerna skall vara lagda till 80-90 procent. Kommunerna släppte dessutom kravet på komplett offert i och med att man angav att eventuella framtida varor godkändes. Den vinnande offerten kan under inga omständigheter betraktas som komplett.

Kommunen har i svaromål anfört att kommunen bestrider bifall till bolagets förstahandsyrkande, men medger andrahandsyrkandet, d.v.s. att upphandlingen skall avbrytas och göras om. Kommunen kommer att göra om förevarande upphandling under första hälften av år 2008.

Bolaget har i genmäle anfört bl.a. följande. Bolagets yrkanden kvarstår. Om kommunen ställer krav på anbudsläggning på en produkt som inte finns på marknaden och inte någon kan lägga ett komplett anbud för detta, borde kanske denna position utgå. Dessutom valde kommunen att släppa kravet på komplett anbud. Bolagets uppfattning med hänsyn till omständigheterna är att kommunen borde kunna göra en ny utvärdering av båda anbuden med det angivna kriteriet ”det anbudet som har det lägsta priset kommer att antas”. Den föreslagna utvärderingen är helt enligt kraven i LOU och därför bör man i första hand göra en ny utvärdering.

Länsrätten gör följande bedömning.

I relevanta delar av förfrågningsunderlaget framgår att anbudshandlingar som skall lämnas innefattar ”priser enligt bilaga”. Inkomna anbud kommer först att genomgå en kvalificeringsfas vilket innebär kontroll av att anbudsgivaren insänt samtliga efterfrågade handlingar och kontroll att anbudsgivaren uppfyller de obligatoriska krav som uppställts i handlingarna. Under utvärderingskriterier anges att det anbud som har det lägsta priset kommer att antas.

2008-04-14

I anbudsspecifikationen som anbudsgivarna skulle lämna in till kommunen, finns 12 positioner angivna. För varje position anges den kaffesort, förpackningsstorlek och antal kilo, för vilken kommunen önskar få en prisoffert. Av vad som framkommit avseende position 4 "Ekologiskt kaffe maskinbrygg, mellanmörk, ca 110-115 gram" finns denna förpackningsstorlek inte på marknaden. Bolaget har i sitt anbud lämnat position 4 öppen, utan någon prisangivelse. Den vinnande leverantören har på denna position angivit samma vara som under position 3, vilket är samma slags kaffe men med annan förpackningsstorlek. Trots att ingen av de båda anbudsläggarna lämnade korrekt anbud på position 4, var det endast bolaget som inte ansågs klara kvalificeringsfasen och bolaget gick därför inte vidare till utvärderingen. Kommunen har därmed åsidosatt principen om likabehandling och i och med det kravet på affärsmässighet. Upphandlingen strider därför mot bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU. Till följd av kommunens agerande kan bolaget komma att lida skada.

Mot bakgrund av att upphandlingens förfrågningsunderlag har varit otydligt avseende efterfrågade produkter, och kravet på affärsmässighet därigenom har frångåtts, finner länsrätten att upphandlingen skall göras om. Bolagets andrahandsyrkande skall därför bifallas.

DOMSLUT

Med bifall till bolagets andrahandsyrkande förordnar länsrätten att aktuell upphandling skall avbrytas och göras om.

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



Tomas Fredén



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 nå 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.