



KONKURRENSVERKET

2008 -10- 07

Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

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

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

MOTPART

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

Ombud: Advokaten Eva-Maj Mühlenbock och
Jur.kand. Henrik Sollenborn
Box 14240, 104 40 Stockholm

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Länsrätten
- Allmänna ombudet

Konkurrensverket

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Kronobergs län dom den 22 april 2008 i mål nr 223-08, se bilaga A

SAKEN

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

Alvesta kommun, Lessebo kommun, Ljungby kommun, Markaryds kommun, Tingsryds kommun, Uppvidinge kommun, Växjö kommun, Älmhults kommun och Växjö Kyrkliga Samfällighet (kommunerna) yrkar att kammarrätten med ändring av länsrättens dom ska avslå Menigo Foodservice AB:s (Menigo) ansökan om överprövning samt upphäva länsrättens beslut den 22 februari 2008 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Kommunerna anför i huvudsak följande. Vid upphandlingen av grossistsortimentet har strävan varit att få in så kompletta anbud som möjligt. Varje anbud har värderats utifrån sina egna meriter, i förekommande fall med tillämpning av belastningspris, och har inte ställts i relation till övriga anbud. Metoden med belastningspris har använts för att undvika att ett anbud diskvalificeras på grund av att anbudsgivaren inte har kunnat eller velat offerera samtliga efterfrågade produkter. Belastningspriset har också inneburit premiering av den eller de anbudsgivare som har lämnat pris på samtliga efterfrågade produkter eller på fler produkter än andra anbudsgivare. Metoden har varit nödvändig för att kunna genomföra en rättvisande utvärdering (nollställning) av inkomna anbud. Länsrätten har uppfattningen att förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen med belastningspris strider mot kraven på likabehandling och förutsägbarhet, eftersom metoden inte innehåller några begränsningar för användningen av exempelvis antalet positioner med fingerade prisuppgifter per anbud inom en grupp. Kommunerna kan inte finna att länsrättens uppfattning har stöd i lag eller praxis. Av förfrågningsunderlaget framgår klart och tydligt hur icke godkända eller icke offererade produkter ska behandlas i anbudsutvärderingen. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 13 mars 2008 i mål nr 7080--7081-07 bedömt att en ”nollställningsmetod”

likartad med det av kommunerna tillämpade belastningspriset inte åsidosatte LOU:s principer om likabehandling, transparens och proportionalitet.

Menigo bestrider bifall till överklagandet och anför huvudsakligen följande. Kommunerna har utformat och tillämpat en utvärderingsmodell med så snäva krav på inner- och ytterförpackningar att de uppenbarligen inte står i proportion till upphandlingsföremålet. De har anpassat det aktuella förfrågningsunderlaget utifrån en viss leverantörs sortiment. För det fall ovannämnda eller andra uppställda krav inte uppfylls föreskriver utvärderingsmodellen vidare att anbudsgivarens kostnad för denna position ska beräknas utifrån ett av kommunerna uppställt belastningspris. Det sätt på vilket belastningspriset har tillämpats har medfört att respektive anbud inte har bedömts utifrån sina egna meriter. Belastningspriset är därutöver inte proportionerligt och det är felaktigt åsatt samma oproportionerliga värde oavsett produkt eller produktgrupp. Påslaget om 50 procent jämfört med prisutvecklingen den senaste tolv månadersperioden kan aldrig anses proportionerlig. Den generella kostnadsutvecklingen för den aktuella perioden har varit avsevärt mycket lägre än 50 procent. Belastningsprisets bristande proportionalitet blir därutöver än mer tydligt vid en jämförelse mellan belastningspriser som Menigo de facto påförts och de av vinnande leverantör offererade priserna. Förfrågningsunderlagets förutsägbarhet brister, eftersom respektive anbudsgivares totalvärde inte endast blir beroende av antalet godkända eller underkända positioner utan i allra högsta grad av vilka positioner som har lågt eller högt belastningspris i relation till annan anbudsgivares anbud. Av avgörande betydelse blir också om dessa positioner har volymmässig stor betydelse, dvs. stort genomslag för anbudets totalvärde. Respektive anbud har inte utvärderats mot det som offererats utan snarare med utgångspunkt i det som inte offererats. I den uppställda utvärderingsmodellen har kommunerna även sammanblandat s.k. skall-krav och bör-krav. – Kommunerna påstår att det förhållandet att belastningspriset inte begränsats inte strider mot principerna om

likabehandling och transparens. Att kommunernas uppfattning är felaktig vinner stöd av kammarrättens dom den 12 februari 2008 i mål nr 3768-07. Det av kommunerna åberopade avgörandet av Kammarrätten i Göteborg ger inte stöd för kommunernas uppfattning mot bakgrund av de väsentliga skillnaderna mellan upphandlingarna.

Kommunerna gemämler bl.a. följande. Krav på inner- och ytterförpackningar har varit en faktor vid den samlade bedömningen av produktens egenskaperna. Menigo har med ytterst få undantag haft möjlighet att erbjuda delade förpackningar, alternativa produkter, olika prisnivåer m.m. inom ramen för ställda krav i förfrågningsunderlaget. – På grund av upphandlingens art och omfattning är det omöjligt att kunna förutse prisbilden från upphandlingsförberedelserna till sista anbudsdagen. Belastningspriset är ett snittpris avsett att kompensera prisvariationer. Anbudsgivarna har haft möjlighet att offerera flera olika produkter med olika prisbild inom respektive position. Belastningspriset kan användas för att kompensera de prisvariationer som kan uppkomma på grund av denna möjlighet. De produkter som inte uppfyller ställda kvalitetskrav har åsatts belastningspris oavsett volym. Detsamma gäller om någon efterfrågad produkt inte har offererats. Belastningspriset utgörs av ett i förväg känt snittpris uppräknat med 50 procent. Belastningspriset per position är dessutom angivet i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen har genomförts i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och utfallet har visat att det ekonomiskt mest fördelaktiga har varit att anta Servera R & S AB:s anbud. – Kommunerna inger och åberopar sammanställning över tilldelningsbeslut, korrigerat värderingsvärde och utdrag ur förfrågningsunderlaget ”Utvärdering”.

Menigo anför därefter bl.a. följande. Menigo bestrider att bolaget skulle ha haft möjlighet att erbjuda alternativa produkter till olika prisnivåer inom ramen för ställda krav i förfrågningsunderlaget. Kraven på inner- och ytterförpackningar hade kunnat ställas på ett betydligt mindre snävt sätt utan att försaka syftet med upphandlingen. Om detta krav hade

utformats i enlighet med principerna i LOU hade bolagets anbud omfattat såväl fler alternativa produkter som ett betydligt lägre offererat totalvärde. – Med hänvisning till såväl Storhushållsprisindex och Konsumentprisindex som Serveras egna offererade priser kan ett åsättande av ett belastningspris med ett påslag om 50 procent aldrig stå i proportion till det av kommunerna uppgivna syftet. Den generella kostnadsutvecklingen för aktuell period var avsevärt mycket lägre än 50 procent. Det är korrekt att det av förfrågningsunderlaget framgår vilket belastningspris som skulle påföras ej godkänd eller utelämnad produkt. Detta innebär dock inte att den använda utvärderingsmodellen varit förutsägbar.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser framgår av länsrättens dom.

I anbudsutvärderingen har en utvärderingsmodell med ett s.k. belastningsvärde använts. De anbudsgivare som inte har lämnat anbud på någon eller några varor har påförts ett ”referenspris” för denna vara. Referenspriset motsvarar det snittpris som kommunen har betalat för varan under det senaste året före upphandlingen med ett påslag om 50 procent. Kommunerna hävdar att i procentpåslaget har hänsyn tagits till bl.a. prisjusteringar innan anbuden skulle lämnas in. Även för varor som inte uppfyller ställda krav har använts belastningsvärden som räknats fram på samma sätt.

Syftet med belastningsvärdet är att försöka få anbudsgivarna att offerera så många varor som möjligt. Det finns fog för att i en anbudsutvärdering i upphandling avseende grossist för livsmedelsleveranser premiera anbudsgivare som offererar flertalet i förfrågningsunderlaget efterfrågade produkter. I förfrågningsunderlaget har förutsättningarna för påförande av belastningsvärde och beräkningen därav redovisats. Anbudsgivarna har i förväg kunnat kontrollera belastningsvärde för respektive position

för det fall deras anbud inte omfattade en viss position eller om den offererade varan inte uppfyllde de ställda kraven. Användningen av belastningsvärden har därmed varit förutsägbar och leverantörerna har behandlats lika i detta avseende. Med hänsyn till syftet med belastningsvärdet är såväl det procentuella påslaget som användningen därav proportionerlig. Det kan inte uppställas krav på att användningen av metoden ska begränsas, genom att antalet positioner med sådana värden begränsas eller att det för vissa positioner ska gälla att prisuppgifter måste lämnas. Länsrätten har således inte haft fog för att förordna att upphandlingen avseende nu aktuella grupper ska göras om på denna grund, varför överklagandet bör bifallas.


Menigo har i sin framställan hos länsrätten och i därefter ingivna yttranden åberopat ytterligare grunder för sin begäran om överprövning. Länsrätten har i sin dom inte prövat dessa ytterligare omständigheter varigenom Menigo ifrågasätter upphandlingens förenlighet med LOU. Eftersom dessa grunder inte har prövats i länsrätten, ska målet återförvisas dit för sådan prövning.

DOMSLUT

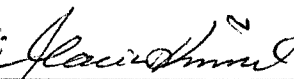
Kammarrätten upphäver länsrättens dom och återförvisar målet till länsrätten för erforderlig handläggning.


Kammarrätten förordnar med stöd av 7 kap. 2 § andra stycket LOU att upphandlingen såvitt avser samtliga grupper utom tre, fem och åtta inte får avslutats förrän något annat beslutas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Peter Rosén


Elisabeth Hagelin


Maria Krönmark
referent

Föredragande: Anders Poulsen 



SÖKANDE

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

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

Ombud: Jur.kand. Henrik Sollenborn
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

Dok.Id 28547

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

352 33 Växjö

9. Älmhults kommun
Box 500
343 23 Älmhult

Ombud för 1-6, 8-9: David Braic
c/o Växjö kommun
Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

SAKEN

Överprövning 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.

YRKANDEN M.M.

Menigo Foodservice AB (Menigo) ansöker om överprövning och 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 motsätter sig bifall till ansökningen.

Länsrätten beslutade den 22 respektive den 26 februari 2008 att upphandlingen, såvitt avser samtliga grupper utom tre, fem och åtta, inte får avslutas i avvaktan på att länsrätten beslutar något annat.

GRUNDER

Menigo har anfört i huvudsak följande. 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 bör-krav 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 gemenskrätsrättsliga 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. Noteras kan att konsumentprisindex för den senaste tolv månadersperioden innan sista dag för anbudsinslämning varit 2,2 procent och den föregående tolv månadersperioden varit 1,5 procent. Att under dessa förutsättningar åsätta ett påslag om drygt 50 procent framstår som högst anmärkningsvärt. 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 belastningsprisets syfte. Eftersom det av kommunerna påförda belastningspriset om 50 procent jämfört med den senaste tolv månadersperioden 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 kriteriet som tillmäts 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 skall-krav med bör-krav 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 förhållande 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 eftersträfvade 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 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 onekligen, och tvärt emot upphandlingsreglernas syfte, får en konkurrens-hämmande 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 marknadens 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 (lika-behandlingsprincipen). 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. Såsom Menigo har uppfattat kommunerna i denna del menar kommunerna att det förhållandet att den nuvarande leverantören tidigare uppfyllt kommunernas då ställda krav avseende förpackningar resulterar i att kommunerna vid nu aktuell upphandling kunnat utforma sitt förfrågningsunderlag med utgångspunkt i de produkter samt förpackningsstorlekar som den nuvarande leverantören erbjuder. Menigo ifrågasätter att kommunerna vid utformningen av dessa krav tagit sin utgångspunkt i de produkter som den nuvarande leverantören har i sitt sortiment. Detta eftersom redan det förhållandet att den nuvarande leverantören de facto har etablerade rutiner för produkter vilka per automatik kommer att innefattas inom de av kommunerna uppställda intervallerna för inner- och ytterförpackningarna utgör en konkurrensfördel. Den nuvarande leverantören får på detta sätt en betydande konkurrensfördel jämfört med övriga reella och potentiella 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 önskvärda 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 anbuden. 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 multiplicera 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. Menigos hänvisning till konsumentprisindex saknar relevans eftersom detta index även omfattar produkter som inte har någon direkt koppling till livsmedel eller till de prisvariationer inom som förekommer inom livsmedelbranschen. Av 1307 positioner avseende grossistsortimentet har Menigo godkänts på 74,4 procent och konkurrerande anbud har godkänts 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 ytterförpackningar har renderat belastningspris. Avvikande produkttegenskaper 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 efterfrågande produkterna har anpassats till den nuvarande grossistens sortiment och att upphandlingen därmed strider mot likabehandlingsprincipen är sålunda grund-

lost. 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.

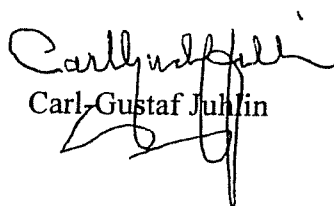
I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande. Beloppet i kolumnen "Referenspris" används till två saker. Dels för att beräkna kvalitetsavdrag/påslag och dels för beräkning av belastningspris i de fall inget svar har inkommit från leverantören. Referenspriset skapas utifrån jämförelsepriset på tidigare inköpta produkter som har legat till grund för den aktuella positionen. Det kan vara flera olika produkter med samma egenskaper och samma vikt som tillsammans utgör grund för positionen. Underlaget som ligger till grund för en upphandling baseras på statistik för en 12 månaders period. Den totala kostnaden för de produkter som ingår i en position dividerat i samma produkters kvantitet ger ett jämförelsepris som sedan multipliceras med faktorn 1,5 för att få fram referenspriset. Faktorn är avsedd att höja priset för att omfatta prishöjningar under året samt de prisskillnader som finns normalt mellan olika företags produkter. 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.

För en upphandling av det slag som här är aktuell får det i viss utsträckning accepteras att förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen i alla delar inte kan utformas optimalt. Bristerna i utformningen får dock inte vara av det slag att upphandlingsförfarandet strider mot LOU eller någon av de grundläggande principer nämnda lag bygger på. Några begränsningar av användningen av metoden med belastningspris såsom av antalet positioner med fingerade prisuppgifter per anbud inom en grupp har inte angetts i förfrågningsunderlaget. Utformningen av förfrågningsunderlaget får mot denna bakgrund bedömas vara bristfällig. Bristerna är enligt länsrättens mening av sådan omfattning att upphandlingen får anses strida mot kraven på lika-behandling och förutsägbarhet och att detta medfört skada eller risk för skada för Menigo i dess ställning som leverantör. Eftersom bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget kan bristen inte åtgärdas genom en ny utvärdering. Upphandlingen skall därför göras om.

DOMSLUT

Länsrätten beslutar att upphandlingen, såvitt avser samtliga grupper utom tre, fem och åtta skall göras om.

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


Carl-Gustaf Juhlin

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.