



**LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG**

Madelene Lööf

DOM
2008-06-10
Meddelad i
Vänersborg

Mål nr
810-08 E

KLAGANDE

LK Chark AB, 556073-9863
Kvarndalsvägen 2
302 41 Halmstad

Ombud: Advokaten Björn Nilsson
Advokatfirman Acta i Halmstad HB
Hamngatan 11
302 43 Halmstad

MOTPARTER

1. Bollebygds kommun
517 83 Bollebygd

2. Borås Stad
501 80 Borås

3. Svenljunga kommun
512 80 Svenljunga

4. Tranemo kommun
514 80 Tranemo

5. Ulricehamns kommun
523 86 Ulricehamn

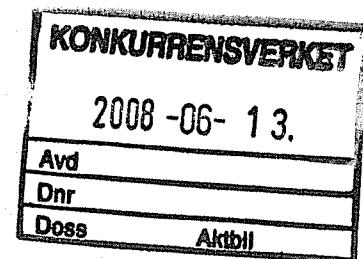
Ombud för 1-5: Stadsjuristen Rosangela Hansen
Borås Stad
Kommunledningskansliet
501 80 Borås

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår LK Chark AB:s framställan om åtgärder enligt lagen om offentlig upphandling.



Dok.Id 51806

Postadress
Box 1060
462 28 Vänersborg

Besöksadress
Residensgatan 23

Telefon
0521-27 03 00
E-post: lansrattenivanersborg@dom.se

Telefax
0521-27 03 80

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Borås Stad tillkännagav den 27 mars 2008 avseende upphandling av livsmedel för Borås Stad, Bollebygd kommun, Svenljunga kommun, Tranemo kommun och Ulricehamns kommun (Kommunerna) att annan leverantör än LK Chark AB (LK Chark) utsetts som leverantör av färskt kött och charkprodukter till kommunerna.

LK Chark ansökte den 4 april 2008 om överprövning av tilldelningsbeslutet och har därvid yrkat att länsrätten interimistiskt ska besluta att upphandlingen inte får avslutas. Länsrätten hade tidigare samma dag med anledning av annan leverantörs ansökan om överprövning (mål nr. 804-08) beslutat att ifrågavarande upphandling inte fick avslutas innan något annat beslutats. I dom denna dag i mål 804-08 har länsrätten upphävt det interimistiska beslutet.

YRKANDEN M.M.

LK Chark yrkar att upphandlingen ska göras om alternativt att den får avslutas först sedan rättelse gjorts och anför bl.a. följande. Det är klart att alla anbudsgivare inte gett anbud på samtliga produkter. LK Chark har underlåtit att avge anbud på 14 produkter på grund av att dessa inte finns i bolagets sortiment. Beträffande dessa produkter, samt även avseende produkter där anbudsgivaren inte uppfyllt ställda kvalitetskrav, har leverantören belastats med ett referenspris. Som referenspris har använts det nuvarande priset för samma eller likvärdig produkt uppräknat med 30 procent. I utvärderingen har man således använt sig av nuvarande leverantörsprisuppräkning på angivet sätt. Denna form av nollställning med angivande av referenspris innebär att upphandlingen och utvärderingen brustit i affärsmässighet och att LK Chark diskriminerats. Det förhållande att referenspriset räknas upp med 30 procent innebär att det på produkter där LK Chark inte gett anbud har

åsatts ett orimligt högt pris vilket givetvis i väsentlig utsträckning påverkat det totala anbudspriset från LK Chark. Det görs gällande att detta sätt att använda och beräkna referenspris innebär en diskriminering avseende de leverantörer som i princip inte kan användas som fullsortimentsleverantör. Vidare kan konstateras att för det fall referenspriset satts på ett mer rimligt sätt, tex. motsvarande nuvarande pris utan påslag, hade LK Chark utan tvekan vunnit upphandlingen. En prisuppräknings på 30 procent är inte rimlig. Visserligen skulle kunna accepteras ett referenspris med en viss mindre höjning av nuvarande pris, i syfte att möta vissa ökade kostnader. En prisuppräknings om 30 procent kan dock inte anses acceptabel i detta syfte och i detta sammanhang ska beaktas att det handlar om en upphandling med totalt upphandlingsvärde om ca 99 miljoner SEK. Detta sätt att beräkna referenspris innebär en diskriminering och strider mot likabehandlingsprincipen. Prisuppräkningsen får till följd att mindre aktörer inte kan vara med och konkurrera om att få leverera. Hela anbudsförfarandet brister i affärsmässighet med hänsyn till sättet att ange referenspris.

Kommunerna anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunerna har i förfrågningsunderlaget angett vilka krav som ställs på efterfrågade produkter. Om det inte finns någon godkänd eller offererad produkt på en position i anbudsgivarens anbud belastas anbudsgivaren på denna position med ett referenspris enligt anbudsspecifikation. Referenspriset är nuvarande pris för likvärdig produkt (per kg och/eller liter) uppräknat med 30 procent. Det ankommer på den upphandlande enheten att ställa de krav som man finner lämpliga för aktuell upphandling under förutsättning att dessa inte strider mot de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling. Anbudsgivaren är alltså medveten om att man belastas med ett referenspris om man inte offererar begärda produkter (eller likvärdiga) eller om produkterna inte uppfyller ställda kvalitetskrav. Detta är inte diskriminerande. Prisuppräkningsen på 30 procent är inte orimlig. När anbudsgivare inte har alla efterfrågade produkter innebär det för kommu-

nera som köpare problem som behöver prissättas för att anbudena ska kunna utvärderas på ett rättvisande sätt (tex. flera leverantörer, transporter, fakturor). Det blir en extrakostnad och att prissätta den är affärsmässigt, rimligt och proportionerligt. Prissättningen ska också vara av den karaktären att man inte får en fördel av att inte prissätta efterfrågade produkter. Kommunerna hänvisar till Kammarrättens i Göteborg dom meddelad den 13 mars 2008 (mål nr. 7080- -7081-07). Kommunerna hade också kunnat välja alternativet att anbud som inte omfattade alla efterfrågade produkter alternativt inte uppfyllde kvalitetskraven på vissa produkter inte hade gått vidare till utvärdering. Detta hade direkt begränsat möjligheten för mindre aktörer att delta i upphandlingen.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser m.m.

Ifrågavarande upphandling påbörjades före den 1 januari 2008 varför lagen (1992:1528) om offentlig upphandling ska tillämpas i målet.

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska upphandling göras med nyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 7 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör, som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande enheten 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, ska länsrätten

besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I förarbetena till 1 kap. 4 § LOU (prop. 1992/93:88 s. 59 f.) anføres bl.a. följande. I bestämmelsen anges huvudregeln för all upphandling enligt LOU. Ett av de viktigaste inslagen i EG:s reglering av upphandling är att upphandlingen ska ske på marknadens villkor och att det är marknaden som kan ange de billigaste och bästa villkoren. Det får inte uppkomma en snedvriden konkurrens, vilket framgår av kravet på att upphandlingen ska genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt. Reglerna är utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensvridande sätt.

Utredningen

I förfrågningsunderlaget under punkt **2.4 Krav på produkter**, anges bl.a. följande.

Samtliga kvalitetskrav om anges i bilaga 2 och bilaga 1 (produkterna) skall uppfyllas.

Under punkt **5.5 Kontroll av produkter – sortiment**, anges bl.a. följande.

Samtliga offererade produkter kontrolleras mot förfrågningsunderlaget med bilagor och ställda kvalitetskrav. Produkterna måste uppfylla ställda kvalitetskrav för att gå vidare i utvärderingen. De produkter som inte uppfyller ställda kvalitetskrav kommer att tas bort från utvärderingen. Om det inte finns någon godkänd eller offererad produkt på en position i en leverantörs anbud kommer leverantören på den positionen att belastas med ett referenspris enligt anbudsspecifikation. Referenspris är nuvarande pris för likvärdig produkt (per kg och/eller lit), uppräknat med 30 procent.

Under punkt **5.6 Utvärderingskriterier** anges följande.

Det/de anbud med lägsta pris kommer att antagas. Efter kontroll av produkterna kommer den produkt per position som uppfyller kvalitetskraven och med lägsta pris att jämföras i respektive anbud. Totalsumman för respektive anbudsgivare kommer att jämföras, dels totalt för grossist men även totalt för övriga leverantörer.

Kommunernas avsikt är att anta en huvudleverantör - fullsortimentsgrossist som kan leverera flertalet av produktgrupperna för att tillgodose mindre enheters behov, samt om förutsättningar ges i upphandlingen, att anta separata leverantörer för separata produktgrupper.

Under punkt **6.6 Helt eller delat anbud** anges bl.a. följande.

Anbud kan lämnas på samtliga produktgrupper eller enstaka grupper och till samtliga kommuner eller per kommun. Avsikten är att teckna ramavtal med en fullsortimentsgrossist (huvudleverantör) eventuellt i kombination med andra leverantörer på enskilda produktgrupper.

Länsrätten gör följande bedömning

Av förfrågningsunderlaget framgår att Kommunerna avsett att teckna ett ramavtal med en huvudleverantör, eventuellt i kombination med andra leverantörer avseende enskilda produktgrupper, om förutsättningar ges. Utifrån denna utgångspunkt har anbudsgivarna kunnat lämna anbud till samtliga kommuner eller per kommun och på hela det efterfrågade sortimentet eller på separata produktgrupper. För att kunna värdera och jämföra sådana anbud har en särskild prisuppgift använts för att "likställa" anbuden, varefter utvärdering skett. Varje ej offererad efterfrågad position har ersatts med ett referenspris som motsvarat nuvarande pris för likvärdig produkt uppräknat med 30 procent. Produkter som inte uppfyllt kvalitetskraven har tagits bort från utvärderingen och leverantören har på den positionen också belastats med referenspriset.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att det måste vara upp till den upphandlande enheten att om det är ekonomiskt mest fördelaktigt eftersöka en fullsortimentsleverantör. Den anbudsgivare som inte avsett att vara huvudleverantör har då naturligtvis inte kunnat lämna något pris eller inte kunnat uppfylla kvalitetskraven avseende lika många poster som den anbudsgivare som avsett vara huvudleverantör och har därför åsatts referenspris i mycket högre utsträckning än den större anbudsgivaren. Systemet med nollställning av anbuden följer av att Kommunerna även velat beakta mindre leverantörers anbud på separata produktgrupper. Alternativet hade varit att utesluta

anbud som inte avsåg fullsortiment eller som inte uppfyllde alla kvalitetskrav. Detta hade direkt uteslutit många mindre leverantörer från att delta.

LOU ger inte närmare besked om hur förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller ska vara utformade utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. Förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att varje leverantör kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid utvärderingen och modellen utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, i detta fall att det anbud som har lägst anbudspris antas. Om brister i dessa hänseenden är så allvarliga att ovan nämnda principer anses ha trätts för när är det inte tillfyllest med rättelse utan då måste upphandlingen göras om.

Den utvärderingsmodell som använts i förevarande upphandling är klart och tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget. Den osäkerhet som vid avgivandet av anbud drabbar en anbudsgivare som inte erbjuder alla efterfrågade produkter är enligt länsrättens mening varken större eller mer oförutsägbar än det gängse förhållandet att han i princip aldrig vet vilka han konkurrerar med och vilka priser och kvalitéer de erbjuder. Länsrätten anser därför inte att tillämpningen av utvärderingsmodellen med referenspris plus 30 procent medför att ovan nämnda principer för upphandling åsidosatts. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Claes-Göran Gunnarsson

