



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2010-04-27
Meddelad i Västerås

Mål nr
2483-10 E
Enhet 2

SÖKANDE

Servera R & S AB, 556233-2451

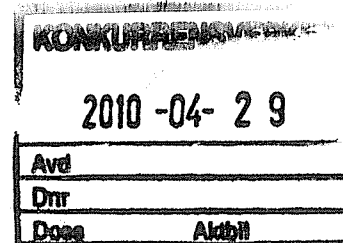
Ombud: Stig Hermanson
Servera R & S AB
112 89 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun, 212000-2080
Stadshuset
721 87 Västerås

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Servera R & S AB:s ansökan och förordnar

- följande:
- Utvärderingen av upphandlingens del ett ska göras om.
 - Upphandlingens del två ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 23 februari 2010 gäller inte längre.

BAKGRUND

Västerås kommun (kommunen) har inlett upphandling av ramavtal avseende livsmedel för successiva avrop till kommunen inom skola, barnomsorg, äldreomsorgsenheter och viss cafeteriaverksamhet för tiden den 1 april 2010 – den 31 mars 2012 med möjlighet till maximalt två års förlängning (dnr 2009/66-PS-061). Upphandlingen är uppdelad i tre delar: 1) leveranser till tillagningskök, 2) leveranser till serveringskök och mindre tillagningskök och grönsaker, potatis och frukt till samtliga kök, samt 3) mejerivaror. Upphandlingen har skett genom öppet förfarande. Ett av de sju bolag som lämnat anbud är Servera R & S AB (härefter Servera eller bolaget). Enligt tilldelningsbeslut den 15 februari 2010 ska ramavtal upprättas med Menigo AB (härefter Menigo) avseende upphandlingens del ett, med Sigvard Andersson Frukt och Grönt AB avseende upphandlingens del två och med Milko AB avseende upphandlingens del tre.

Genom beslut den 23 februari 2010 förordnade förvaltningsrätten på framställan av bolaget att kommunen, i avvaktan på att förvaltningsrätten avgör målet slutligt eller annat förordnar, tills vidare inte får avsluta upphandlingens del ett och två.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingens del ett och två och yrkar att upphandlingen i dessa delar ska göras om. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Enligt kommunens anbudsfrågan får anbud lämnas i följande kombinationer av en och samma anbudsgivare: - Del ett, enbart, - del tre, enbart, - del ett och tre, tillsammans, samt del två, enbart. Detta innebär att kommunen begränsar leverantörernas möjlighet att fullt ut delta i upphandlingen. Bolaget lämnade anbud på del ett och fick därför inte lämna anbud på del två. Enligt kommunens förfrågningsunderlag innebär detta ett bortfall om tolv miljoner kr per år och 48 miljoner kr under

hela upphandlingsperioden. Likabehandlingsprincipen innebär att en anbudsgivare, som inte utesluts från upphandlingen till följd av 10 kap. LOU, inte får hindras från att lämna anbud i en öppen upphandling. Enligt förfrågningsunderlaget är uppdelningen gjord för att anpassa leveranserna till kökens kapacitet, men detta måste väl göras även om varorna levereras av samma företag som levererar till tillagningsköken. Kravet framstår därför snarare som ett sätt att skapa underlag för lokala leverantörer, vilket måste anses vara diskriminerande. Upphandlingen bör göras om och anpassas på så sätt att samtliga intressenter får chans att delta fullt ut i upphandlingen.

Menigo har avseende 26 artiklar offererat varor som inte svarar mot förfrågningsunderlaget. Kommunen har trots detta utvärderat varorna utan att lägga på belastningspris. En korrekt utvärdering av Menigos anbud innebär att det ska justeras upp med 726 500 kr. Vidare har bolaget på sex artiklar offererat varor som uppfyller kommunens krav enligt förfrågningsunderlaget, men kommunen har ändå belagt varorna med belastningspris. En korrekt utvärdering innebär att bolagets anbud ska justeras ned med 262 904 kr. De gjorda justeringarna innebär att bolagets anbud är 139 533 kr lägre än Menigos, varför bolaget borde ha tilldelats upphandlingens del ett. Utvärderingens genomförande strider mot transparensprincipen, då kommunen inte följt förfrågningsunderlaget.

Bolaget kommer att lida avsevärd ekonomisk skada, dels pga. att bolaget inte getts möjlighet att delta i både upphandlingens del ett och två och dels pga. att utvärderingen genomförts på andra premisser än vad som angetts i förfrågningsunderlaget, varvid bolaget förlorat upphandlingens del ett. Värdet av upphandlingens del ett och två uppgår till cirka 57 miljoner kr per år vilket innebär ett försäljningsbortfall om cirka 228 miljoner kr vid en avtalstid på fyra år.

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkande och anför till stöd härför bl.a. följande. I Sverige finns, grovt räknat, två grossistföretag för restauranger och storkök; Servera och Menigo. Kommunens erfarenhet är att de stora grossistföretagen har vilja och förmåga att leverera i enlighet med vad större enheter avropar. När det gäller avrop från mindre enheter, t.ex. mindre kök på omsorgsenheter som i regel avser mindre kvantiteter, är erfarenheten den motsatta, dvs. grossistföretagen levererar inte de ofta blygsamma kvantiteter och små förpackningar som efterfrågas. Detta medför att enheterna nödgas göra både bas- och stödköp hos lokala grossister eller i vanliga matvaruaffärer för att klara sin verksamhet. För att så långt som möjligt möjliggöra ett tillgodoseende av kommunens behov utifrån de redovisade erfarenheterna delade man dels upp upphandlingen i tre delar och dels införde man ett kombinationsförbud avseende del ett och två. Man förväntade sig därvid att Servera och Menigo skulle lämna anbud på del ett (eftersom de är de enda leverantörerna som är tillräckligt stora för att klara av volymkraven) och att del två skulle uppmuntra en mindre leverantör, med vilja och förmåga att leverera till mindre enheter, att lämna anbud. För att möjliggöra för leverantören i del två att få någon ekonomi i verksamheten ingick i detta alternativ att leverera grönsaker, potatis och frukt till alla kommunens kök, stora som små. Kommunens bedömning är att kommunen härigenom inte agerat i strid med principen om likabehandling. Alla potentiella leverantörer har haft möjlighet att lämna anbud i upphandlingen, dock inte att vinna den i alla delar. I praktiken har kombinationsförbudet inneburit ett främjande av konkurrensen.

Vissa av de av Menigo offererade artiklarna borde ha stoppats och påförts belastningsvärde. Andra borde ha stoppats, men då Menigo har en annan godkänd artikel på positionen ska utvärderingsvärdet istället höjas. I ytterligare ett antal fall delar inte kommunen Serveras uppfattning att kommunen gjort avsteg från förfrågningsunderlaget. Menigos anbud ska justeras upp med 191 884 kr. Kommunen vidgår att Serveras anbud ska justeras

ned med 262 904 kr i enlighet med vad Servera har anfört. Korrigeringarna leder till ett utfall till Menigos favör med 390 857 kronors marginal. Kommunens uppfattning är således att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits, varför tilldelningsbeslutet inte strider mot förfrågningsunderlaget och inte heller mot principen om transparens.

Bolaget anför vidare bl.a. följande. Att de stora grossistföretagen inte levererar varor till små enheter stämmer inte. Bolagets erfarenhet är att det är vanligt att huvudleverantören får serva alla småenheter med hela sortimentet, även om andra leverantörer är antagna på vissa sortiment, för att de andra leverantörerna vägrar att leverera eller tar ut leveransavgifter så att det blir ekonomiskt omöjligt för kunden. Vad kommunen anfört om att de mindre enheterna tvingas stödköpa är vanligtvis en viljefråga. Att införa restriktioner för anbudslämnande innebär i förevarande fall att bolaget inte kunde lämna anbud på färska grönsaker och frukt till de stora enheterna och inte heller på kolonial eller djupfrysta och färska grönsaker och frukt till de mindre enheterna. Om bolaget hade haft möjlighet att lämna anbud i dessa delar hade konkurrensen varit betydligt större, vilket skulle ha påverkat utfallet av upphandlingen på ett positivt sätt för kommunen. Bolagets totala anbud skulle också ha kunnat vara bättre om leveransvolymen varit högre.

Kommunens förfrågningsunderlag är oklart, vilket har resulterat i en stor mängd frågor och förändringar. Att kommunen inte kontrollerar om de uppgifter som Menigo lämnat är riktiga sedan bolaget påpekat att de är felaktiga strider mot likabehandlingsprincipen.

Bolaget vidhåller att Menigo borde ha påförts belastningsvärde för samtliga av bolaget anförda artiklar. Belastningsvärde borde därför, utöver vad kommunen påfört i sitt yttrande, påföras med 523 773 kr. Bolagets anbud är därvid 132 916 kr lägre än Menigos.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 2 kap. 22 § LOU avses med öppet förfarande ett förfarande där alla leverantörer får lämna anbud.

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.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten, 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, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av handlingarna i målet framgår bl.a. följande. Servera och Menigo är anbudslämnare i upphandlingens del ett. Bifogat anbudsinbjudan finns en svarsfil i Excel-format med information om de produkter som efterfrågas. I samma fil ska leverantörerna fylla i de varor de offererar. I filen anges bl.a. referenspris, vilket används för att beräkna dels kvalitetsavdrag/påslag, dels belastningspris i de fall inget svar har inkommit från leverantören. Samtliga offererade produkter kontrolleras mot förfrågningsunderlaget. Produkterna måste uppfylla de krav som ställts i förfrågningsunderlaget för att gå vidare till testning och utvärdering. Produkter som inte uppfyller ställda krav tas bort. Om det inte finns någon godkänd produkt på en position kommer leverantören på den positionen att belastas med belastningsvärdet (referenspris x färdigmängd) i enlighet med förfrågningsunderlaget.

För att bedöma kvaliteten på produkter, utöver obligatoriska krav, kommer produkter inom fisk, korv, fårs, nötkött och strimlad skinka att testas vad gäller t.ex. lukt, smak, konsistens och utseende. Produkter som inte testas kommer att få kvalitetsbetyg 3. Kvalitetsbedömningen görs utifrån en fem-

gradig skala där 5 är det bästa möjliga betyget. Om en produkt inte anses vara möjlig att använda i verksamheten får den betyg 0 (noll) och kommer inte att gå vidare till utvärdering. Produktens kvalitet kommer att omvandlas till pengar och läggas till varans pris (s.k. justerat pris som används vid utvärderingen). Vid 3 i betyg sker ingen förändring av priset. Om betyget är lägre än 3 belastas priset med en fastställd procentsats på det referenspris som återfinns i förfrågningsfilen. Om betyget är högre än 3 sänks istället priset med den fastställda procentsatsen på referenspriset.

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dvs. det anbud som har lägst totalvärde, kommer att antas som vinnare av upphandlingen. Beräkningen av totalvärdet görs genom att summera värdet för samtliga efterfrågade positioner inom den grupp som utvärderats, t.ex. mejeri. Värdet på varje position beräknas genom att justerat pris (priset inklusive kvalitet) multipliceras med kvantiteten (färdigmängd). Saknas godkänd produkt på en position kommer belastningspriset att användas istället för leverantörens anbud.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Ett av syftena med upphandlingsbestämmelserna är att uppnå konkurrens vid offentliga upphandlingar. LOU förklarar också att med ett öppet förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer får lämna anbud. Förvaltningsrättens uppfattning är att kommunen, genom att förbjuda företag att lämna anbud på samtliga upphandlingens delar, har begränsat konkurrensen varför förfarandet strider mot LOU och utgör grund för bifall till bolagets talan. I målet är vidare ostridigt att kommunen gjort avsteg från förfrågningsunderlaget och därmed brutit mot principen om öppenhet vid utvärderingen av Serveras och Menigos anbud. Osäkerhet föreligger därför kring vilket anbud som har lägst totalvärde och därför borde ha antagits som leverantör i upphandlingens del ett.

Servera kan komma att lida skada av kommunens avsteg från LOU, varför det föreligger förutsättningar att förordna om åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU. Det ankommer på förvaltningsrätten att välja om upphandlingen ska göras om eller rättas, men den valda åtgärden ska inte vara mer ingripande än nödvändigt. Vad avser upphandlingens del två kan Servera komma att lida skada då det inte tillåts att lämna anbud. För att rätta till det begångna felet är det således nödvändigt att upphandlingen görs om i denna del. När det gäller upphandlingens del ett är tillräckligt att kommunen gör om utvärderingen, då fråga är om avsteg från förfrågningsunderlaget.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a).



Kristina Jaros Åberg
rådman

Målet har handlagts av Hannah Johnson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

