



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Föredraganden: C. Andersson

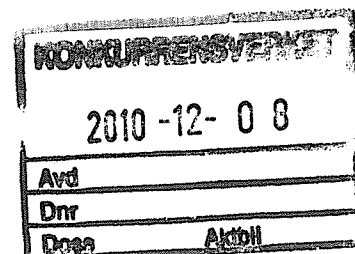
DOM
2010-12-07
Meddelad i
Luleå

Mål nr
2528-10 E
D4

SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Liselott Fröstad
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124, 103 62 Stockholm



MOTPARTER

1. Arjeplogs kommun, Tingsbacka, 930 90 Arjeplog
2. Arvidsjaur kommun, 933 81 Arvidsjaur
3. Piteå kommun, 941 85 Piteå
4. Älvsbyns kommun, 942 85 Älvsbyn

Upphandlingssamordnare: Piteå kommun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Arjeplogs kommuns, Arvidsjaur kommuns, Piteå kommuns och Älvsbyns kommuns samordnade upphandling gällande Livsmedel 2010 avseende bassortiment får avslutas först sedan rättelse skett genom att utvärderingen gjorts om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 15 oktober 2010 gäller inte längre.

Dok.Id 9683

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 41

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-29 54 98

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

BAKGRUND

Piteå kommun har genomfört en samordnad upphandling med öppet förfarande för de upphandlande kommunerna Arjeplog, Arvidsjaur, Piteå och Älvsbyn (kommunerna) gällande Livsmedel 2010 avseende bassortiment. I tilldelningsbesked, som skickades ut den 15 oktober 2010, anges bl. a. att Servera R & S Region Nord (Servera) har antagits som leverantör av bassortiment. Menigo Foodservice AB, (Menigo) har begärt överprövning av upphandlingen avseende bassortiment samt yrkat om verkställighetsförbud.

Förvaltningsrätten beslutade den 15 oktober 2010 att aktuell upphandling avseende bassortiment inte får avslutas innan förvaltningsrätten beslutat något annat.

YRKANDEN

Menigo har ansökt om överprövning av upphandlingen avseende bassortiment och yrkat att förvaltningsrätten beslutar att kommunernas upphandling av Livsmedel 2010 avseende bassortiment inte får avslutas innan rättelse vidtagits genom en ny anbudsutvärdering.

Kommunerna motsätter sig bifall till ansökan om överprövning och yrkandet om att upphandlingen avseende bassortiment ska göras om.

GRUNDER

Menigo

Kommunerna har utvärderat prissättningen i vissa positioner på ett felaktigt sätt till Menigos nackdel. Enligt förfrågningsunderlagets punkt 2.2 finns i artikelspecifikationen ett fiktivt pris upptaget och detta fiktiva pris är högt och skall vara ofördelaktigt. Om anbudsgivare inte kan lämna anbud på en produkt eller om offererad produkt och alternativ produkt inte klarar kvalitetskraven så kommer fiktiva priset att användas vid utvärderingen. Det fiktiva pris som hänvisas till i förfrågningsunderlaget är det

som i artikelspecifikationen finns under kolumnen belastningspris. Menigo har hittat ett stort antal positioner i Serveras anbud som rätteligen skulle ha utvärderats genom belastningspriser. Det är fråga om 61 positioner där Serveras anbud inte har klarat kvalitetskraven eller där alternativ produkt skulle ge ett annat pris än det som utvärderats av kommunerna (bilaga 11). När Menigo har gått igenom de ovan angivna positionerna i bilaga 11, dvs. där kommunerna har utvärderat Serveras anbud felaktigt, och i stället satt in belastningspris har det visat sig att Serveras anbud skall höjas i vart fall med 407 339 kr och anbudet skulle rätteligen ha varit 11 762 532 kr. Vid en sådan korrekt utvärdering av anbuden hade Menigo haft det lägsta priset.

Kommunerna har inte använt sig av samma principer vid utvärderingen av Serveras anbud jämfört med Menigos då man inte har använt sig av belastningspriser i de situationer där Serveras offererade produkter inte har uppfyllt kvalitetskraven. Kommunerna har vid sin utvärdering av Serveras anbud inte följt de utvärderingskriterier som uppställts i förfrågningsunderlaget då anbuden inte utvärderats med uppställda parametrar. Vid en korrekt genomförd utvärdering hade Menigos totala anbudssumma uppgått till 11 738 632,31 kr och Serveras totala anbudssumma uppgått till 11 762 532 kr. På grund av detta har Servera felaktigt tilldelats upphandlingen. Kommunerna har genom den genomförda utvärderingen brutit mot principen om likabehandling vilket har lett till att Menigo inte har tilldelats upphandlingen. Vid en korrekt genomförd utvärdering skulle Menigos anbud varit det lägsta. Menigo riskerar som en följd av kommunernas åsidosättande av LOU:s regler att förlora kontraktet och kan därmed komma att lida skada. Enligt Menigos uppfattning skall kommunernas upphandling rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering sker vid vilken korrekta priser och principer skall användas.

Kommunerna

I upphandlingen inkom två anbud, ett från Servera R&S och ett från Menigo. Grunden för tilldelning av kontrakt i denna upphandling är lägsta pris (förfrågningsunderlaget, pkt. 2.11). För att anbuden skall vara kvalificerade för prisutvärdering skall offererade produkter möta ett antal krav. Dessa är specificerade i Förfrågningsunderlaget pkt. 1.7 och 2.10, Produktkvalitet livsmedel (bilaga 4) och Artikelspecifikationens (bilaga 2) beskrivning av enskilda produkter. Med hänvisning till ärendets bilaga 11 vill kommunerna framföra följande. Vad avser vissa produkter i bilaga 11 är Menigos påståenden felaktiga – det vill säga att det inte finns grund att underkänna dessa. Produkterna möter ställda krav. Vad avser andra Serveraprodukter i bilaga 11 anser Menigo felaktigt att dessa skall åsättas de i Artikelspecifikationen angivna belastningspriserna, i förfrågningsunderlaget beskrivna som ”Fiktiva priser”, punkt 2.2, andra stycket:

I artikelspecifikationen finns ett fiktivt pris upptaget. Det är ett i förväg angivet pris på produkterna. Det fiktiva priset är högt och skall vara ofördelaktigt. Om anbudsgivare inte kan lämna anbud på en produkt eller om offererad produkt och alternativ produkt inte klarar kvalitetskraven så kommer fiktiva priset att användas vid utvärderingen.

Såsom framgår av punkten skall dessa belastningspriser användas i sista hand. I de fall anbudsgivarnas ordinarie produkter inte varit kvalificerade skall i andra hand de alternativa produkter som offererats bedömas huruvida de är kvalificerade (punkt 2.10 tredje stycket) vari anges att ”*Den produkt som inte bedöms klara kvalitetskraven kommer att ersättas av anbudsgivarens alternativprodukt(er) under förutsättning att alternativa produkter offererats och att dessa klarar kvalitetskraven.*” Först i det läget att en anbudsgivare inte kan erbjuda någon kvalificerad produkt skall den åsättas belastningspris/fiktivt pris i prisutvärderingen. För flera positioner fanns alternativa produkter offererade av Servera. Dessa skall i dessa fall belasta Serveras anbud. En följd av att grunden för tilldelning av kontrakt i denna upphandling är lägsta pris, har de ordinarie produkterna i anbudsgi-

varnas anbud haft det lägsta priset, första alternativa produkten näst lägst pris osv. om flera alternativa produkter offererats.

I ytterligare några andra fall har artiklar från Servera felaktigt bedömts som kvalificerade. Dessa skulle ha åsatts belastningspriser, då alternativa produkter inte offererats.

Kommunerna kan inte göra någon annan bedömning än att de omständigheter som tillmätts betydelse tydligt har framgått av handlingarna. Dessa har sedan följts i kvalificering och utvärdering, förutom att ett mindre antal artiklar (av totalt cirka 900 stycken artiklar) felaktigt bedömts som kvalificerade. I dessa fall har kommunerna inte funnit anledning att ifrågasätta lämnade uppgifter. Vare sig i LOU, dess förarbeten eller i rättspraxis finns något stöd för att upphandlande enhet är skyldig att kontrollera lämnade uppgifter, om omständigheterna inte gett anledning att ifrågasätta att lämnade uppgifter varit korrekta (Kammarrätten i Sundsvall, dom 2005-11-30, mål nr 3243-04). Kommunerna hänvisar även till förfrågningsunderlagets punkt 1.7 andra stycket vari anges *"I Artikelspecifikation kan fabrikat, produktnamn mm vara angivna. Dessa skall ses som en vägledning över vilken kvalitet/standard som kommunen efterfrågar och som anbudsgivarens skall möta."* Med denna skrivning markeras att anbudsgivaren har ett ansvar för att lämnade uppgifter skall vara korrekta och möta ställda krav.

På kommunernas begäran har Servera ombetts att kommentera Menigos uppgifter i bilaga 11. Kommunerna har sammanfattat kommentarer till bilaga 11 i bilaga 12. Som framgår av denna sammanfattning kommer inte de beskrivna korrigeringsarna, vilka är gjorda enligt de förutsättningar som framgått av handlingarna, att påverka upphandlingens utgång. Servera förblir den anbudsgivare som erbjuder det lägsta priset.

Menigos genmäle

Menigo accepterar vissa av kommunernas kommentarer och de förändringar dessa medför men vidhåller på andra positioner att kommunerna gjort en felaktig utvärdering. De positioner som inte accepteras är följande. Position 351, 354, 355, 360, 608 och 612. Vad gäller position 351 Edamerfilé 23 % faller ingen av Serveras alternativ inom den accepterade avvikelsemarginalen om 20 % på förpackningsstorlek varför positionen skall utvärderas med belastningspris. Inte heller vad gäller position 354 uppfyller den efterfrågade Billingeosten 26 % förpackningsstorlek varför även denna skulle ha utvärderats med belastningspris. Vid position 355 har kommunerna efterfrågat en Wästgöta Kloster krydd 28 % eller motsvarande och kommunerna har accepterat en annan förpackningsstorlek och produkten skulle därför utvärderas med belastningspris. I position 360 har kommunen efterfrågat Gratängost 48+ /28 %. Den offererade produkten är inte gjord av pastöriserad mjölk – ett minimikrav – varför den inte heller får kallas ost. Produkten är gjord på vegetabilisk olja och denna position skall därför rätteligen utvärderas med alternativ två. På position 608 har Servera endast offererat en smak och uppfyller inte ställda krav på Glasspinne 4 smak Ville. Denna position skall rätteligen utvärderas med belastningspris. Även position 612 skall utvärderas med belastningspris eftersom den inte uppfyller ställda krav. När det gäller position 612 efterfrågas en Lightbägare vanilj som skall vara sötad med aspartam eller liknande. Den offererade produkten innehåller fruktsocker och uppfyller därmed inte ställda krav varför positionen skall utvärderas med belastningspris.

Enligt Menigos mening skall, de sammanräknade positionerna med beaktande av kommunernas kommentarer och vidtagna rättelser, Serveras anbud i dessa positioner höjas med 240 830 kr.

Menigo har utöver dessa positioner funnit ytterligare brister i Serveras anbud och vilka Menigo har sammanställt i en bilaga. De flesta av dessa bris-

ter avser fel vikt, dvs. fel förpackningsstorlek och dessa uppgifter har gått att utläsa direkt av anbudet och borde därmed ha beaktats av kommunerna i anbudsutvärderingen. Förpackningsstorlekarna har en avvikelse om mer än 20 % och avviker således mer än vad som är tillåtet. Dessa brister innebär att ett flertal positioner skall utvärderas med alternativprodukter eller med belastningspris och vid en korrekt genomförd utvärdering av dessa positioner skulle Serveras anbud höjas med ytterligare 188 210 kr.

I förevarande upphandling har kommunerna angett att det finns ett fiktivt pris som skall användas om en ”anbudsgivare inte kan lämna anbud på en produkt eller om offererad produkt och alternativ produkt inte klarar kvalitetskraven”. Av detta framgår också att kraven måste kontrolleras, eftersom det måste förutsättas vara en utgångspunkt för kommunernas bedömning om ett belastningspris skall användas eller inte. För det fall en upphandlande myndighet väljer att uppställa skall-krav åligger det den upphandlande myndigheten att kontrollera dessa. Om en upphandlande myndighet inte vill kontrollera skall-krav står det myndigheten fritt att inte uppställa sådana krav i förfrågningsunderlaget. I förevarande fall har dock kommunerna valt att uppställa ett stort antal skall-krav varför dessa med hänsyn till principen om likabehandling och transparens också måste kontrolleras.

Kommunerna har genom den genomförda utvärdering brutit mot principen om likabehandling vilket lett till att Menigo inte tilldelats upphandlingen. Vid en korrekt genomförd utvärdering skulle Menigos anbud varit det lägsta. Menigo riskerar som en följd av kommunernas åsidosättande av LOU:s regler att förlora kontraktet och kan därmed komma att lida skada. Enligt Menigos uppfattning skall kommunernas upphandling rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering sker vid vilken korrekta priser och principer skall användas.

Kommunernas genmäle

Det åligger naturligtvis kommunerna att kontrollera kvalitetskraven av de offererade produkterna, vilket har gjorts. Bland de artiklar som kommunerna, enligt Menigos bedömning, felaktigt bedömt som korrekta fanns ett antal där den information som lämnats inte givit anledning att ifrågasätta kvaliteten på dessa alternativ. I dessa fall har det därför inte gjorts mer detaljerade undersökningar. Att krav är uppfyllda kontrolleras, men inte huruvida angivna uppgifter i sig är riktiga såvida inte omständigheterna i det enskilda fallet ger anledning att ifrågasätta riktigheten i lämnade uppgifter.

Kvalificering och utvärdering av de aktuella anbuden har i allt väsentligt genomförts på ett icke diskriminerande sätt. De förutsättningar och krav som framgått av handlingarna i upphandlingen har följts. Skälen till varför Menigo yrkat att enskilda artiklar i Serveras anbud skulle diskvalificeras, ersättas med alternativprodukter eller åsättas belastningspris är i flertalet fall avvikelser i förpackningens storlek. Liknande avvikelser finns även i Menigos anbud för ett icke obetydligt antal produkter. Här har Piteå kommun godkänt såväl Menigos som Serveras avvikelser. Aktuella produkter kvantifieras och prissätts per kilo.

AKTUELLA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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 nämnda paragraf. Enligt tredje stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett

kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att 1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller 2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att rätten skall besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som bestämmer hur förfrågningsunderlaget skall utformas och vilken utvärderingsmodell den önskar använda i en upphandling, så länge det inte strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga grundprinciperna. Av transparens – och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav och utvärderingsmodell skall ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag. Den upphandlande myndigheten har, på begäran av anbudsgivare, möjlighet att lämna ut kompletterande upplysningar.

Förvaltningsrättens prövning enligt LOU utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. Menigo gör gällande att kommunerna vid utvärderingen av Serveras anbud inte följt de utvärderingskriterier som uppställts i förfrågningsunderlaget då

anbuden inte utvärderats med uppställda parametrar. Kommunerna invänder att kvalificering och utvärdering av de aktuella anbuden i allt väsentligt genomförts på ett icke diskriminerande sätt och att de förutsättningar och krav som framgått av handlingar har följts samt framhåller vidare bl.a. följande. Menigo har yrkat bl.a. att enskilda artiklar i Serveras anbud skulle diskvalificeras, ersättas med alternativprodukter eller åsättas belastningspris är i flertalet fall avvikelser i förpackningens storlek. Liknande avvikelser finns även i Menigos anbud för ett icke obetydligt antal produkter. Kommunerna har godkänt såväl Menigos som Serveras avvikelser. Aktuella produkter kvantifieras och prissätts per kilo.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är ostridigt i målet att vissa produkter i Serveras anbud inte uppfyller vissa i förfrågningsunderlaget uppställda krav. I förfrågningsunderlaget (2.2) anges att ” Om anbudsgivare inte kan lämna anbud på en produkt eller om offererad produkt och alternativ produkt inte klarar kvalitetskraven så kommer fiktiva priset att användas vid utvärderingen.” samt att ” I artikelspecifikationen finns ett fiktivt pris upptaget. Det är ett i förväg angivet pris på produkterna. Det fiktiva priset är högt och skall vara ofördelaktigt.” Därtill kommer att kommunerna i förtydligande angett att kommunerna accepterar + - 20% storleksavvikelse.

Likabehandling och ickediskriminering förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Vad Menigo anfört i målet visar att kommunernas upphandlingsförfarande har brister i detta avseende.

Frågan är då om Menigo till följd av kommunernas agerande har riskerat att lida skada. Kommunerna har anfört att även Menigos anbud har innehållit avvikelser i förpackningars storlek för ett icke obetydligt antal produkter. Förvaltningsrätten anser dock att vad Menigo anfört i målet visar att utvärderingen inte har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget jämte

förtydligande. Enligt förvaltningsrättens mening ger den av Menigo framlagda differensen i utvärderingen tillräckligt stöd för antagande att Menigo har lidit eller kan komma att lida skada till följd av kommunernas upphandlingsförfarande. Grund för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger således. De av Menigo anförda bristerna är hänförliga till utvärderingsfasen varför upphandlingen avseende bassortiment bör rättas. Rättelse skall ske genom att ny utvärdering genomförs i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget med tillhörande förtydligande och med tillämpning av de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

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


R Hirvelä



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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.