



**LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG**

Anna Wennergren

DOM
2009-10-05
Meddelad i
Vänersborg

Mål nr
2203-09E
2231-09E

SÖKANDE

1. LunchExpress i Sverige AB, 556663-9075
Flöjelbergsgatan 1
431 35 Mölndal

Ombud till 1: Advokat Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

Ombud till 1: Advokat Maria Lidbom
MAQS Law Firm Advokatbyrå KB
Box 11918
404 39 Göteborg

2. Klarago i Sverige AB, 556688-5397
Emmy Rappes väg
756 43 Uppsala

MOTPART

Borås kommun
501 80 Borås

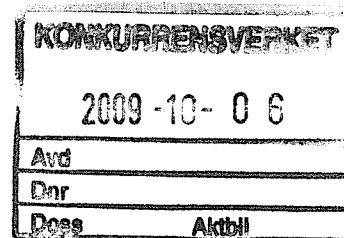
SAKEN

Begäran av överprövning av offentlig upphandling enligt lagen
(2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att upphandlingen av "Kylida färdiglagade matportioner", dnr 2009/IN0017 ska göras om.

Länsrätten upphäver rättsens interimistiska beslut av den 27 augusti 2009.



Dok.Id 73894

Postadress
Box 1060

162 28 Vänersborg

Besöksadress
Residensgatan 23

Telefon
0521-27 03 00

E-post: lansratten@vainersborg.dom.se

Telefax
0521-27 03 80

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00

BAKGRUND

Borås Stad (kommunen) bestämde i tilldelningsbeslut den 19 augusti 2009 att annan leverantör än LunchExpress i Sverige AB (LunchExpress) och Klarago i Sverige AB (Klarago) tilldelats upphandlingen av ”Kylda färdiglagade matportioner” Dnr 2009/IN0017 (upphandlingen). LunchExpress hade inte kvalificerat sig till anbudsprövning eller anbudsutvärdering då kommunen bedömt att bolaget inte uppfyllde skall-kravet avseende teknisk förmåga och kapacitet. Klarago kvalificerade sig men hade inte bäst pris enligt utvärderingsmodellen.

Efter att LunchExpress begärt överprövning av tilldelningsbeslutet beslutade länsrätten den 27 augusti 2009 att upphandlingen inte fick avslutas förrän länsrätten avgjort målet slutligt eller innan något annat beslutats. Klarago inkom därefter med begäran om överprövning av tilldelningsbeslutet.

ANSÖKAN M.M. – Lunchexpress

LunchExpress yrkar i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att utvärderingen ska göras om, varvid LunchExpress anbud ska upptas till utvärdering.

LunchExpress yrkar i andra hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om och att en ny upphandling ska genomföras med iakttagande av reglerna i LOU. LunchExpress anför bl.a. följande.

Uppfyllt skall-krav

Det kan konstateras att kommunen efterfrågat en sak - “uppdrag av liknande art och omfattning” i förfrågningsunderlaget, medan kommunen i begäran om komplettering efterfrågar något annat - referenser från två uppdrag på “så många portioner som upphandlingen beräknas omfatta”, vilket skul-

le innebära inledningsvis ca 1 260 portioner per vecka och senare ca 3 185 portioner per vecka. LunchExpress har uppfyllt kravet avseende referenser så som det kommit till uttryck i förfrågningsunderlaget. Att trots detta förkasta LunchExpress anbud på den grunden att LunchExpress anbud inte uppfyller kravet avseende teknisk förmåga och kapacitet strider mot de grundläggande EG-rättsliga principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens och därmed mot regeln i 1 kap 9 § LOU. Upphandlingen ska därför rättas på så vis att utvärderingen ska göras om, varvid LunchExpress anbud ska upptas till utvärdering.

Proportionalitetsprincipen

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Att i en upphandling ställa krav på att anbudsgivare ska ha två referenser till vilka anbudsgivaren levererar ett visst antal tusen portioner per vecka är inte en lämplig åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, som är att utreda om en leverantör har tillräcklig kapacitet att utföra uppdraget. Detta eftersom ett sådant krav innebär att anbudsgivare som har tillräcklig kapacitet och erfarenhet att utföra uppdrag av liknande art, genom att, så som LunchExpress, leverera flera tusen matportioner till ca 100 olika kunder, utesluts från upphandlingen. Den befintliga konkurrensen tillvaratas således inte. För det andra är denna åtgärd inte nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet då ett mindre ingripande alternativ hade varit att kräva två referenser avseende uppdrag av liknande art. Frågan huruvida leverantören har tillräcklig kapacitet skulle lätt kunna visas på annat sätt, t ex genom att leverantören får redovisa sin organisationskapacitet avseende

t.ex. veckoleveranser, lokaler för matlagning, fordon och personalkapacitet. Att förkasta anbudsgivare för att de inte har referenser till vilka man levererat tusentals matportioner varje vecka, trots att leveranskapaciteten och erfarenhet av liknande uppdrag finns, är en mycket ingripande åtgärd. Den negativa effekten, d.v.s. att LunchExpress anbud förkastas trots att bolaget har tillräcklig kapacitet att utföra uppdraget är därför oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Det är inte rimligt att LunchExpress anbud ska förkastas för att LunchExpress istället för att ha två stora kunder har 100 mindre kunder till vilka motsvarande antal matportioner levereras varje vecka. Det är starkt konkurrensbegränsande att uppställa kriterier av nämnda slag. Det åligger den upphandlande myndigheten att visa att den negativa effekt som detta innebär inte är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Av ett länsrättsavgörande som sedermera godtagits i kammarrätten framgår följande avseende referenser. ”Referenser visar anbudsgivarens tidigare erfarenhet och kan vara ett sätt att bedöma om anbudsgivaren har kompetens och kapacitet för aktuellt typ av uppdrag. Kravet får dock inte vara utformat eller tillämpas på så sätt att vissa företag överhuvudtaget inte kan komma ifråga för att antas som leverantör.”

Otydlighet i förfrågningsunderlaget

Otydligheten i förfrågningsunderlaget innebär att leverantörer utesluts från möjligheten att lämna anbud om de inte sedan tidigare haft just två kunder till vilka de levererat ca 3 000 portioner per vecka, trots att detta inte framgår av förfrågningsunderlaget. Eftersom kommunen inte angett i förfrågningsunderlaget vad det är som egentligen efterfrågas har det varit svårt för en anbudsgivare att i förväg förutse vad som krävs för att uppfylla, eller hur kommunen skulle komma att tillämpa det aktuella skall-kravet avseende teknisk förmåga och kapacitet. Kravet i förfrågningsunderlaget har varit så otydligt formulerat att det står i strid med principerna om förutsebarhet

och transparens och därmed mot regeln i kap 9 § LOU. Upphandlingen ska därför göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget har angivits vilka krav som kommunen ställer på leverantören. Vad gäller teknisk förmåga och kapacitet har angivits i avsnitt 1.3.3 att anbudsgivare ska inneha och visa att den har dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget. Anbudsgivare ska ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning under de senast tre åren. Detta ska styrkas med två referenser med uppgifter om företag, kontaktperson, telefonnummer och e-postadress. LunchExpress lämnade in två referenser (Forbo Projekt Vinyl samt One Med). I fritextsvaret från LunchExpress kan utläsas att dessa två referenser inte uppfyller kvalificeringskravet på att anbudsgivaren ska ha erfarenheter från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning. Omsättningen på LunchExpress avtal med Forbo Projekt Vinyl är ca 7 000 måltider per år, vilket innebär ca 135 måltider per vecka. Referens nummer två, OneMed, utvisar en omsättning på ca 2 000 måltider per år, vilket innebär ca 38 måltider per vecka. LunchExpress referensuppdrag på kyld mat riktar sig heller inte till hemmaboende i hemtjänsten. Sammantaget uppfyller detta inte kvalificeringskravet på att ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning. Kommunens behov av kyld färdiglagad mat beräknas, såsom är angivet i förfrågningsunderlagets avsnitt 1.1.1 och 1.1.3, för första avtalsmånaden oktober 2009 till ca 1 260 portioner per vecka och från och med november 2009 till ca 3 185 portioner per vecka. Referenserna ska vara av liknande art och omfattning. Detta är rimligt i proportion till upphandlingens syfte. Följaktligen står kravet inte i strid med proportionalitetsprincipen. LunchExpress kommenterar vidare att det inte står någonstans i förfrågningsunderlaget att man ska ha två referenser till vilka man levererar ca 3 000 portioner per vecka. Kommunen har inte krävt att respektive referens ska ha haft leveranser om ca 3 000 portioner

per vecka. I avsnitt 1.1.3 i förfrågningsunderlaget, anges upphandlingens omfattning, dvs. det ska vara kyld färdiglagad mat till hemmaboende i hemtjänsten. I förfrågningsunderlagets avsnitt 1.3.3 anges i andra och tredje meningen, att "anbudsgivare ska ha erfarenhet från tidigare uppdrag av liknande art och omfattning under de senaste tre åren och att detta ska styrkas med två referenser". Det strider inte mot förutsebarhet och transparens, utan det är tillräckligt tydligt. Slutligen kan nämnas att 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. Kommunen anser att det är ett rimligt krav att anbudsgivaren har referenser av liknande art och omfattning. Då det gäller mat till hemmaboende i hemtjänsten visar inte LunchExpress att de har levererat till likvärdiga uppdragsgivare. Inte heller har LunchExpress visat att de har levererat liknande volymer som upphandlingen beräknas omfatta till någon av de två referenserna de inlämnat i anbudet. Kommunen anser att två referenser gällande uppdrag av liknande art och omfattning är relevant för att säkerställa att vinnande anbudsgivare klarar uppdraget. Kommunen har valt detta sätt för att fastställa att en anbudsgivare har tillräcklig förmåga och kapacitet att genomföra kommunens uppdrag.

ANSÖKAN M.M. – Klarago

Klarago yrkar att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Eftersom kommunen inte skrivit ut i förfrågningsunderlaget hur man räknar ut poängen är det omöjligt att veta hur de har kommit fram till resultatet. Hade man vetat hur man räknat ut poängen hade man kunnat lägga priset efter detta. Är det högsta poäng eller lägsta pris som är avgörande. Klarago har det lägsta priset och borde ha vunnit. Av denna anledning är förfrågningsunderlaget inte tillräckligt transparent.

Kommunen anser att upphandlingen inte behöver göras om och anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget anges att pris kommer att värderas enligt linjär skala och expanderad skala. Under anbudstiden har anbudsgivare haft möjlighet att ställa frågor, bl.a. har Klarago ställt frågor och fått svar. Dessa frågor rörde dock inte saken som nu överprövas. Ingen annan anbudsgivare har frågat om detta heller och kommunen har utgått från att hur utvärderingen skulle ske, har varit klart och förutsebart. Även om linjär och expanderad skala inte hade använts, utan priserna viktades direkt, hade resultatet blivit detsamma, vilket innebär att klagande inte har lidit eller kan komma att lida någon skada. Kommunen har angett i förfrågningsunderlaget att anbud ska antas enligt lägsta pris. Upphandlingsformen är öppen upphandling, vilket innebär att förhandlingar inte får förekomma. Kommunen förutsätter därför att anbudsgivaren lämnar det för honom mest konkurrenskraftiga priset i sitt anbud.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser m.m.

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.

Av 12 kap. 1 § framgår bl.a. följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen 1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller 2. det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 1 § LOU stadgas att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen. Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra 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 § samma lag framgår följande. 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Av förarbetena till LOU framgår att avsikten är att 1 kap. 9 § i den nu aktuella lydelsen inte ska medföra någon ändring i rättsläget vad gäller de principer som ska iakttas vid upphandling trots att begreppet affärsmässighet är utmönstrat (prop. 2006/2007:128 s. 2 och s. 153-157).

Av RÅ 2002 ref 50 framgår att i det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsägbarhet och transparens. Vidare följer av Regeringsrättens ovannämnda dom att även om en tillämpad utvärderingsmodell kan anses ha vissa brister så behöver inte detta innebära att kravet på affärsmässighet åsidosatts. Bristerna ska vara av viss art och omfattning för att så ska anses ha skett.

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget punkten 1.3.3 med rubriken Teknisk förmåga och kapacitet framgår bl.a. följande. Anbudsgivare ska inneha och visa att den har dokumenterade resurser och erfarenheter att utföra uppdraget. Anbudsgivare ska ha erfarenhet från tidigare uppdrag av liknande art och omfattning under de senaste tre åren. Detta ska styrkas med två referenser.

Av förfrågningsunderlaget punkten 1.3.4. med rubriken Utvärderingskriterier framgår följande. Den anbudsgivare som offererar det lägsta priset enligt nedan kommer att antas.

Pris 100 % enligt följande

- | | |
|---|-----|
| ▪ Pris per portion normalkost | 60% |
| ▪ Pris per person specialkost | 30% |
| ▪ Pris per portion normalkost i flerportionsförpackning | 10% |

Pris enligt ovan poängsätts på så sätt att lägsta pris får högsta poäng. Poängen viktas enligt ovan angiven procentsats.

Av förfrågningsunderlaget punkten 1.3.5 med rubriken Pris framgår bl.a. följande. Pris ska anges i SEK per portion normalkost, per portion special-

kost, per portion normalkost i flerportionsförpackning samt per portion dessert exklusive mervärdesskatt. Pris per portion dessert kommer ej att utvärderas. Med specialkost avses all kost som avviker från normalkost. I priset ska samtliga kostnader inkluderas. Inga övriga kostnader får tillkomma.

Pris per portion normalkost: (linjär skala)

Svar:

Pris per portion specialkost: (linjär skala)

Svar:

Pris per person normalkost i flerportionsförpackning: (linjär skala)

Av kommunens alternativa uträkning avseende vem som fick högst poäng framgår att LunchExpress skulle ha vunnit upphandlingen om bolaget kvalificerat sig till anbudsutvärdering.

Länsrätten gör följande bedömning

Klarago

Frågan i denna del är om utvärderingskriterierna avseende hur man fastställer vilken anbudsgivare som har angett lägsta pris är så otydliga att de strider mot principerna om öppenhet och förutsägbarhet. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudspriserna poängsätts på så sätt att lägsta pris för respektive kost får högsta poäng. En viktning sker därefter utifrån att normalkostpoängen ska motsvara 60 procent, specialkostpoängen 30 procent och flerportionskosterna 10 procent. Det framgår också under punkten 1.3.5 att poäng bestäms utifrån en linjär skala. Utvärderingsmodellen får i den nu angivna delen anses något svårförståelig och det borde tydligare ha framgått exakt hur poängsättningen skulle ske. Det anges dock tydligt att lägst pris ger högst poäng och att den som får högst poäng ska vinna. Hur viktningen av poängen ska ske är också tydligt. Anbudsgivarna har således på grundval av förfrågningsunderlaget kunnat avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Av praxis följer vidare

att bristerna i förfrågningsunderlaget måste vara av viss art och omfattning för att upphandlingen ska anses bryta mot de principer som gäller för offentligt upphandlig. Den ovannämnda otydligheten är inte till sin art och omfattning sådan att upphandlingen bör göras om av den anledningen.

LunchExpress

Otydligheter i förfrågningsunderlaget och Uppfyllt skall-krav

Den första frågan är om kravet avseende teknisk förmåga och kapacitet är såpass oklart och otydligt utformat att det strider mot principerna om öppenhet och förutsägbarhet. Av rubriken framgår tydligt att syftet med denna del av förfrågningsunderlaget är att bortsortera de som inte har tillräcklig förmåga att producera och leverera de antal portioner av den art som efterfrågas. Denna kapacitet ska styrkas genom inlämnande av referenser avseende utförda uppdrag som till sin art och omfattning påminner om det i upphandlingen aktuella. Mot bakgrund av rubriken av vilket syftet framgår och där efterföljande text bedöms även uttrycket ”uppdrag av liknande art och omfattning” vara tillräckligt tydligt för att principerna om öppenhet och förutsägbarhet ska anses uppfyllda. Det finns således inte skäl att av denna anledning besluta att upphandlingen ska göras om.

Nästa fråga är om LunchExpress uppfyller skall-kravet, dvs. har bolaget haft erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning och har man styrkt detta med referenser. LunchExpress har inkommit med två referenser avseende uppdrag där bolaget levererat ca 135 respektive 38 måltider per vecka. Aktuell upphandling avser leverans av, från och med oktober 2009, ca 3 185 portioner per vecka. Oaktat vad som framkommit i efterföljande korrespondens mellan kommunen och LunchExpress kan det konstateras att bolaget inte uppfyllt skall-kravet att ha lämnat referenser från uppdrag av liknande art och omfattning. Detta då tidigare uppdrag, såsom det framgår av referenserna, omfattningsmässigt per referens enbart motsvarat ca fyra procent av antalet måltider som slutligen skulle levereras


enligt aktuell upphandling. Det finns således inte skäl att av denna anledning vidta rättelse eller besluta att upphandlingen ska göras om.

Proportionalitetsprincipen

Frågan som kvarstår är att bedöma om det uppställda skall-kravet att anbudsgivare ska ha erfarenhet från tidigare uppdrag av liknande art och omfattning under de senaste tre åren samt att detta ska styrkas med två referenser strider mot proportionalitetsprincipen. Inledningsvis kan det konstateras att aktuellt skall-krav indirekt ger effekten att de anbudsgivare som inte har erfarenhet av uppdrag motsvarande upphandlingsföremålets omfattning utesluts från upphandlingen. Av den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande enheten inte får ställa högre krav på leverantören än som erfordras för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. De krav som ställs på leverantörer i en upphandling måste därmed ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Även kravet på utnyttjande av största möjliga konkurrens, så att kretsen av dem som kan delta i upphandlingen inte begränsas mer än vad som är nödvändigt, måste beaktas. Vid uppställande av krav på erfarenhet motsvarande upphandlingsföremålets art och omfattning måste det framgå varför ett sådant krav är erforderligt för att uppnå syftet med den aktuella upphandlingen. Syftet med aktuellt skall-krav är, såsom nämnts ovan, att fastställa att vinnande anbudsgivare har förmågan att leverera efterfrågade matportioner. Frågan är således om detta syfte kunnat uppnås utan att utestänga anbudsgivare som inte tidigare haft enskilda uppdrag av samma art och omfattning som aktuell upphandling. Av utredningen framgår att LunchExpress i dagsläget tillverkar den mängd matportioner som efterfrågas. Däremot har bolaget ca 100 mindre kunder i stället för några enstaka större. Det finns andra möjliga tillvägagångssätt att fastställa att anbudsgivaren har nödvändig teknisk förmåga och kapacitet. Som exempel kan ett krav på redogörelse för bolagets organisation inkluderande t.ex. parametrar som tillverkningskapacitet och personalresurser tillsammans

med en redogörelse för nuvarande och tidigare kunder och deras behov, vara tillräckligt för att fastställa den tekniska förmågan och kapaciteten. Vad avser krav på referenser bör det påpekas att en referensutvärdering ska handla om att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte huvudsakligen syfta till att utröna anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet (se EG-domstolens avgörande i mål C-532/06). En referensupptagning med i målet aktuellt syfte strider mot de EG-rättsliga principerna. Sammantaget strider det angivna kravet mot proportionalitetsprincipen. På grund av åsidosättandet av denna princip har LunchExpress lidit skada. Eftersom bristen hänför sig till förfrågningsunderlaget och därmed kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet, är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om.

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


Urban Karlsson

