



**LÄNSRÄTTEN
IDALARNAS LÄN**
Länsrättsnotarien
David Gripenhjärta

DOM
2009-12-23
Meddelad i
Falun

Mål nr
3134-09 E
Rotel 4

SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Sofia Mårtensson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Daniel Strandberg
c/o Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Borlänge kommun
781 81 Borlänge

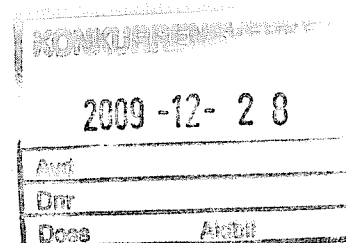
SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

YRKANDEN M.M.

Borlänge kommun har samordnat en offentlig upphandling av livsmedel till den egna och ett tre andra kommuner (dnr 2008/26:050). Borlänge kommun har den 2 november 2009 beslutat att ett flertal anbudsgivare ska tilldelas avtal enligt upphandlingen.

Menigo Food Service AB (nedan Menigo), som inte har tilldelats något avtal, begär överprövning och yrkar att länsrätten vid sin slutliga prövning ska besluta att upphandlingen, i de delar den avser följande områden enligt punkt 2.3 i Borlänge kommuns förfragningsunderlag, ska avbrytas och göras om: "Kolonial/Specerier", "Konserver", "Mejeriprodukter", "Ägg", "Kaffe, kakao, te", "Djupfrost", "Färska grönsaker, frukt, potatis och grönsaker", "Färskt kött och chark", "Bryggerivaror/Malt- och läskedrycker"



Dok.Id 72352

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-484 00	023-484 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: lansrattenidalarna@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

och "Ekologiska produkter". Som grund anger Menigo att Borlänge kommun har brutit mot grundläggande principer i 1 kap. 9 § LOU och att bolaget till följd av de felaktigheter som begåtts vid upphandlingen kommer att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt.

Borlänge kommun bestrider Menigos begäran om överprövning och yrkar att bolagets begäran ska avvisas.

Länsrätten har genom internistiskt beslut den 12 november 2009 beslutat att Borlänge kommun, såvitt avser ovan angivna områden, tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

DOMSKÄL

Relevanta lagrum m.m.

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.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att 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.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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.

Frågan i målet är om länsrätten ska besluta om åtgärder enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU.

Fråga om avvisning av Menigos begäran om överprövning

Borlänge kommun har yrkat att länsrätten ska avvisa Menigos begäran om överprövning. Då skäl för ett avvisande inte har framkommit anser länsrätten att yrkandet härom ska avslås.

Anbudsutvärderingen enligt bedömningskriteriet pris

Relevanta avsnitt i förfrågningsunderlaget

Under punkt 1.4 i Borlänge kommuns förfrågningsunderlag anges att anbudsgivare kan lämna anbud på olika kommuner och hela eller delar av sortimentet. Där anges också att beställaren förbehåller sig rätten att anta anbud helt eller delvis.

Under punkt 5.7 anges bl.a. att pris ska lämnas på respektive efterfrågad produkt enligt en bilaga. Det anges också att anbudsgivare inte får lägga till eller dra ifrån produkt eller göra annan ändring i uppställningen med hänvisning till att det försvårar en korrekt utvärdering.

Under punkt 6.2 anges bl.a. att kommunen vid upphandlingen kommer att välja det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn taget till bedömningskriterierna *pris* och *kvalitet*.

Menigos anförande hos länsrätten

Menigo anför i huvudsak följande. I de fall en anbudsgivare inte offererat samtliga efterfrågade produkter har dennes anbud belastats med kostnaden för de saknade produkterna från andra anbud för att få en rättvisande bild och en s.k. nollställning av anbudet. Att Borlänge kommun avsåg att nollställa anbudet på det sätt som beskrivs i tilldelningsbeslutet framgår inte av förfrågningsunderlaget. Kommunen har agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU och de däri innefattade principerna om förutsägbarhet och transparens. Förfarandet har inneburit att Menigo omöjligen kunnat förutse vilken verkan utelämnat anbud på enskilda produkter skulle få. Bolaget har såle-

des inte haft möjlighet att optimera sitt anbud då anbudet hade utformats annorlunda om bolaget känt till att kommunen avsåg att nollställa anbudet. Kommunen har i och med nollställningen i efterhand lagt till ett högre pris än det pris som bolaget offererat vid upphandlingen, till skada för bolaget.

Den av Borlänge kommun valda metoden för nollställning är av sådan karaktär att den strider mot LOU. Metoden innebär att kommunen, i den del som en leverantör avstått från att lämna anbud på en produkt, lägger in ett i förväg okänt pris för produkten som baseras på en annan leverantörs pris. Att leverantörernas anbud, efter att dessa öppnats av kommunen, ändras och kompletteras med pris från andra leverantörers anbud innebär att utvärderingen blir beroende av hur andra anbudsgivare har utformat sina anbud. Kommunens interna praxis vid utvärdering av pris kan inte läggas till grund för utvärderingen om denna inte kommit till uttryck i förfrågningsunderlaget. Att lägga en okänd utvärderingsmodell till grund för valet av leverantör står i strid med principen om transparens.

Borlänge kommuns anförande hos länsrätten

Borlänge kommun anför i huvudsak följande. Kommunernas praxis vid utvärdering av pris i de fall en anbudsgivare offererat en produkt som inte uppfyller kravspecifikationens krav eller lämnat fältet tomt i produktlistan, är att positionen belastas med högsta anbudspris.

Länsrättens bedömning

Enligt länsrätten kan förfrågningsunderlaget inte anses innehålla sådana otydligheter att dess utformning står i strid med LOU:s bestämmelser. Mot bakgrund av de förutsättningar för upphandlingen som framgår av punkterna 1.4, 5.7 och 6.2 i förfrågningsunderlaget, kan dock anbudsgivarna inte anses ha haft anledning att vänta sig att kommunen vid sin anbudsutvärdering skulle komma att applicera högsta anbudspris på de produkter för vilka prisuppgifter utelämnats. Anbudsgivarna kan följaktligen inte anses ha haft möjlighet att med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget skapa sig en tillräckligt bra bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraf-

tigt anbud. Då Borlänge kommun vid sin anbudsutvärdering har avvikit från förfrågningsunderlagets förutsättningar, får kommunen anses ha brutit mot principerna om transparens enligt 1 kap. 9 § LOU.

Anbudsutvärderingen enligt bedömningskriteriet kvalitet

Relevanta avsnitt i förfrågningsunderlaget

Under punkt 6.2 i förfrågningsunderlaget anges följande med avseende på hur bedömningen enligt bedömningskriteriet *kvalitet* ska göras.

Bedömningskriterier	Vikt	Poäng
1. Pris	40 %	
2. Kvalitet	60 %	
<ul style="list-style-type: none">• Sensorisk kvalitet på av beställaren utvalda varor (kvaliteten bedöms av beställaren) Den sensoriska kvaliteten kommer att bedömas av beställaren på av beställaren utvalda varor, utefter varans smak och allmän upplevelse. Se 4.3.	30 %	1-5 p
<ul style="list-style-type: none">• Leverans Leveranstider, leveransfrekvens, leveranssäkerhet och om det föreligger en minsta beställningsmängd. Se 4.8.	10 %	1-5 p
<ul style="list-style-type: none">• Tillgång till ekologiskt odlade produkter Tillgången på ekologiskt odlade produkter kommer att värderas. Se 3.5.	10 %	1-5 p
<ul style="list-style-type: none">• Service Den av leverantören erbjudna servicen beträffande beställningsrutiner, varukunskap och rutiner vid leveransbortfall. Se 4.9.	10 %	1-5 p

Ovanstående kriterier ställs mot av anbudsgivare redovisad förmåga.

Referenser kan komma att tas från annat håll. Kommunens egen erfarenhet av leverantören kommer också att vägas in.

Specifikation av bedömningskriterier

[---]

2. Kvalitet

Med kvalitet förstås vad vi, som beställare, förväntar oss av varan eller tjänsten utifrån rådande praxis inom branschen eller verksamhetsområdet.

De olika kvalitetskriterierna bedöms och ges poäng 1-5 där anbud som bäst uppfyller utvärderingskriteriet får betyget 5. Poängen multipliceras sedan med angivet viktningstal.

Den högsta totala summan: pris + kvalitet = 5

Menigos anförande hos länsrätten

Menigo anför i huvudsak följande. Upphandlingen brister i transparens eftersom det inte av förfrågningsunderlaget går att utläsa hur Borlänge kommun har bedömt leverantörernas kvalitet, mer än att denna bedömts efter vad kommunen förväntat sig av varan utifrån rådande praxis inom branschen eller verksamhetsområdet.

Borlänge kommuns anförande hos länsrätten

Borlänge kommun anför i huvudsak att anbudsutvärderingen enligt bedömningskriteriet *kvalitet* har genomförts i enlighet med punkt 6.2 i förfrågningsunderlaget.

Länsrättens bedömning

Även om förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat kan länsrätten inte finna att detta är så bristfälligt att det inte kan godtas. De omständigheter som Menigo åberopat utgör inte tillräckliga skäl för att anse att kommunens bedömning avseende bedömningskriteriet *kvalitet* inte varit likvärdig och icke diskriminerande. Principerna om likabehandling, förutsägbarhet och transparens är enligt länsrättens bedömning således inte åsidosatta. Vad Menigo åberopat utgör inte skäl för ingripande på denna grund.

Sammanfattning

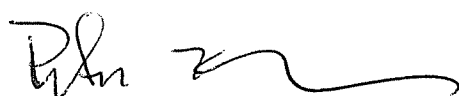
Borlänge kommun har vid sin anbudsutvärdering, genom att avvika från förutsättningar för utvärderingen enligt förfrågningsunderlaget brutit mot principen om transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. Enligt länsrätten har detta medfört att Menigo lidit eller kan komma att lida skada. Upphandlingen ska därför göras om.

DOMSLUT

Länsrätten avslår Borlänge kommuns yrkande om avvisning.

Länsrätten bestämmer att Borlänge kommun, såvitt avser följande områden enligt punkt 2.3 i kommunens förfrågningsunderlag, ska göra om sin offentliga upphandling av livsmedel till Borlänge kommun (dnr 2008/26:050) "Kolonial/Specerier", "Konserver", "Mejeriprodukter", "Ägg", "Kaffe, kakao, te", "Djupfrys", "Färska grönsaker, frukt, potatis och grönsaker", "Färskt kött och chark", "Bryggerivaror/Malt- och läskedrycker" och "Ekologiska produkter".

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



Peter Krantz

rådman