

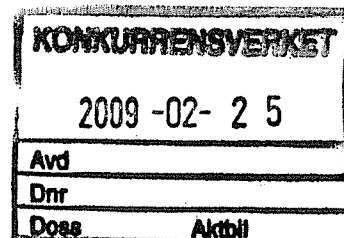
**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2009-02-24
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
491-09
Rotel 227

SÖKANDE

Servera R & S AB, 556233-2451
Box 123
601 03 Norrköping

**MOTPART**

Södertälje kommun, Upphandlingsenheten, har genomfört en samordnad upphandling för

1. Södertälje kommun
151 89 Södertälje
2. Nykvarns kommun
Centrumvägen 24
155 80 Nykvarn
3. Tom Tits Experiment AB
Storgatan 33
151 36 Södertälje

SAKEN

Överprövning enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan och förordnar att Södertälje kommuns, Nykvarns kommuns och Tom Tits Experiment ABs samordnade upphandling avseende Livsmedel, Ref. nr 08.026, skall göras om.

Dok.Id 395194

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: lansrattenistockholm@dom.se**Telefax**

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Södertälje kommun, Nykvarns kommun och Tom Tits Experiment AB har genomfört en öppen upphandling, samordnad av Södertälje kommun, avseende Livsmedel, Ref. nr 08.026

I tilldelningsbeslut den 15 december 2008 beslutade upphandlande myndigheter att anta Menigo Foodservice AB för uppdraget.

YRKANDE M.M.

Servera R & S AB (nedan *Servera*) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att ny upphandling skall genomföras samt att länsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Till stöd för yrkandet anförs bl.a. följande. Upphandlingen är inte anpassad till 1 kap 9 § LOU då den i hög grad saknar transparens och proportionalitet och kommunerna har brustit när det gäller likabehandlings- och icke diskrimineringsprinciperna. Utvärderingskriterierna inte är marknads-mässiga utan saknar koppling till verkligheten och kommunerna har inte följt upp att skall-kraven är uppfyllda. Bolaget kommer att lida avsevärd ekonomisk skada. Frågor ställda till Södertälje kommun och svaren på frågorna bifogas.

Servera utvecklar sin talan och uppger bland annat följande. När det gäller **kravspecifikationen** kan konstateras att upphandlingen inte var tillräckligt underbyggd och kraven på leverantörerna strider mot proportionalitetsprincipen.

Med hänvisning till redovisade **utvärderingskriterier** anser bolaget att förutsättningarna för att kommunerna skall kunna genomföra en likvärdig utvärdering brister. Ett **anbudspris** ska inte vara baserat på en annan leve-

rantörs prissättning som är fallet när det gäller utvärdering av pris. Ett anbud måste kunna bedömas ekonomiskt och den förutsättningen finns inte i anbudet. Utvärderingsmetoden innebär att Serveras anbud, som var lägst på ekologiska varor, påverkas negativt. Grunden för utvärdering av *ekologiskt sortiment* är felaktig, det är inte relevant att räkna artiklar utan här borde underlaget vara procentanknutet. När det gäller *leveranssäkerhet* är bedömningen inte genomförd på en relevant nivå. Den borde vara kopplad till referenser där opartiska personer bedömer respektive leverantör. Menigos anbud uppfyller inte skall-kravet att *mervärden* ska anges med ja eller nej och deras anbud borde förkastas. Kravet på mervärde är inte relevant. Upphandlingen har felaktigt utvärderingsvärde avseende *mervärde för beställningsvaror*, man borde använda sig av procenttal. När det gäller kriteriet *mervärde för webb-baserat kostplaneringsprogram* anges inga krav på vad systemet ska innehålla och saknas all information om vad som ska ingå i kostdatasystemet vilket inte kan vara i enlighet med upphandlingslagen. Kriteriet borde utgå och upphandlingen måste göras om.

Servera har granskat Menigos anbudsspecifikation och redovisar i bilagade uppenbara felaktigheter som hittats vid en snabb genomgång. **Antaget anbud** innehåller bland annat från marknaden utgångna artiklar, prisdumpning på ett flertal produkter och ett stort antal artiklar som inte följer kravspecifikationen typ kycklingkorv när kommunerna frågar efter nötkorv. Tanken är ofrånkomlig att detta är gjort för att få en fördel i utvärderingen. Att göra en utvärdering av en livsmedelsupphandling med de utvärderingskriterier som fastställts och med den kvalitet som vi funnit på vinnande anbud är i det närmaste ogörligt. Servera vill därutöver fästa länsrättens uppmärksamhet även på **den övriga utvärderingen**.

När det gäller pris görs två utvärderingsalternativ. Prisskillnaden i det första alternativet är 131 311 Kronor till Menigos fördel, vilket är 0,53 procent lägre än från Servera. Den skillnaden kan lätt räknas om till Serveras fördel om kommunerna tagit hänsyn till de fel vid utvärderingen

som nu påtalas. När Menigos anbud avseende ekologisk sortiment har rensats från felaktigheter och dubbelläggningar finns 112 artiklar i deras anbud och 126 artiklar i Serveras anbud. En leveranssäkerhet för båda företagen på över 99 procent är oerhört bra, och att då göra en utvärdering, enligt de tidigare påpekade orimliga kraven, ger Servera ett bortfall av 10 upphandlingspoäng, vilket är oerhört mycket. Detta kan inte vara ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt som LOU föreskriver. När det gäller beställningsvaror anser Servera att jämförelsen inte är relevant. Sammanfattningsvis har oklara utvärderingskriterier och oklar utvärdering medfört att Servera kommer att lida avsevärd ekonomisk skada.

I yttrande den 19 januari 2009 begär *Södertälje kommun* att ansökan till alla delar avslås och anför sammanfattningsvis följande. Avseende utvärderingskriteriet *pris* har, i de fall produkter saknats hos någon anbudsgivare men funnits hos någon annan, tagit detta pris som "referenspris" med ett tillägg. Denna modell har även bedömts utifrån att situation enbart ska uppstå vid några enstaka tillfällen och således inte kunna ha någon avgörande betydelse i utvärderingen. I förfrågningsunderlaget har tydligt angivits hur prisutvärderingen genomförs i de fall som anbudsgivaren inte lämnat priser och de kan inte se att detta har diskriminerat någon då samtliga anbud har hanterats likartat.

Syftet med vald modell när det gäller *pris för ekologiska varor* har varit att den leverantör som lämnat anbud på många ekologiska produkter inte skall ha en nackdel av detta i den ekonomiska utvärderingen eftersom ekologiska produkter nästan alltid har ett högre pris. Priskriteriet har varit av stor betydelse i denna upphandling. När det gäller *ekologiskt sortiment* har det tydligt framgått av förfrågningsunderlagets bilaga 3, Utvärderingskriterier och viktning, att utvärderingen skulle göras med avdrag per produkt och inte med procentuell skillnad, vilket även bolaget bekräftat i sin inlägga. Det är upphandlande myndighet som fastställer utvärderingskriterier och hur de

skall användas. I utvärderingen av upphandlingen, som är mycket omfattande, och som till huvudsaklig del baseras på uppgifter som lämnas via anbudsgivarna är det ofrånkomligt så att delar blir teoretiskt utvärderade. Förutsättningarna när det gäller *leveranssäkerhet* har varit tydliga och lika för anbudsgivarna. Vad gäller *kvalitet/ mervärden* har det tydligt framgått av utvärderingskriterierna att det var antalet mervärden som efterfrågades. Vid utvärderingen konstaterade kommunen att ingen av anbudsgivarna fyllt i blanketten på ett riktigt sätt. Menigo Foodservice AB hade, som bolaget anför, inte fyllt i mervärden då den kolumnen inte varit gulmarkerad vilket den skulle varit i enlighet med ifyllnadsanvisning. Bolaget hade i sitt anbud angivit mervärden på ett stort antal produkter som inte efterfrågats. Därför tilläts båda anbudsgivarna att förtydliga eller komplettera sina anbud vilket är möjligt enligt 9 kap 8 § LOU.

Av utvärderingskriterierna har det tydligt framgått att det var antalet *beställningsvaror* som avsågs att utvärderas. När det gäller *mervärde för Webb-baserat kostplaneringsprogram* har kommunens avsikt varit att få en bild av vilka delar som anbudsgivaren eventuellt kan erbjuda i ett avtal. Av den anledningen har det heller inte varit relevant att ställa ingående detaljkrav på ett kostplaneringssystem. I utvärderingen så har inte vikten av denna del haft någon betydelse vilket framgår av tilldelningsbeslutet.

Kommunen har vid *utvärderingen* kunnat konstatera ett det inte var tydligt angivit på vilket sätt som utvärderingen av pris skulle ske varför resultatet av *båda alternativen* räknats fram och redovisats. Alternativ 1 utgör kostnaden beräknad för uppgivna totalvolymen och alternativ 2 kostnaden för totalköp av ett kilo av alla varor. I förhållande till komplexiteten av upphandlingen anser kommunen att det för att överhuvudtaget kunna göra upphandling får tolereras att alla inslag inte kan vara helt oklanderliga. Mot bakgrund av vad som redovisas i yttrandet har upphandlingen genomförts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och på ett sådant sätt att den inte brustit vad avser förutsebarhet och likabehandling.

Servera har inkommit med ytterligare inlaga där tidigare framförda argument vidareutvecklas. *Servera* uppfattar kommunens uttalande om att det får tolereras att alla inslag i en komplex upphandling inte kan vara helt oklanderliga som ett erkännande att kommunen inte haft fullgoda utvärderingskriterier och inte kunnat göra en relevant utvärdering. Detta tillsammans med bolagets övriga framförda argument bör innebära att upphandlingen görs om. Bolaget redovisar en egen genomförd utvärdering av Menigos anbud i förhållande till ställda skall-krav innehållande 22 felaktigheter. Utvärderingsfelen på de 22 positionerna uppgår till ett värde av 1 644 801 kronor, till *Serveras* nackdel. Prisskillnaden i totalt i utvärderat värde var 131 000 kronor, till Menigos fördel. Menigos anbud innehöll en mängd grava felaktigheter som borde ha inneburit att deras anbud skulle förkastats.

Södertälje kommun har svarat att de inte har genomfört egna kontroller av att offererade produkter och angiven förpackningsstorlek finns på marknaden eller om artiklarna skulle innehålla felaktiga ingredienser och har förutsatt att anbudsgivarna i sina anbud lagt in pris på produkter som finns på marknaden.

Länsrätten biföll i beslut den 12 januari 2009 *Servera R & S ABs* yrkande om interimistiskt beslut.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap 9 § LOU skall upphandlande myndigheter 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.

Innebörden av grundläggande principer

Likabehandlingsprincipen förutsätter att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn.

Icke-diskrimineringsprincipen innebär ett förbud mot att diskriminera leverantörer på grund av nationalitet. Den upphandlande myndigheten får inte ställa krav som enbart svenska företag känner till eller kan klara.

Transparensprincipen innebär att upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsägbarhet och ett krav på att den upphandlande myndigheten håller sig till det utformade förfrågningsunderlaget.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Ställda krav måste vara effektiva, det vill säga möjliga att kontrollera och lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen.

Felaktig upphandling

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, skall enligt 16 kap 1 och 2 §§ LOU länsrätten på framställning av leverantören besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utformningen av den aktuella upphandlingen

Förfrågningsunderlagets bilaga 4 utgörs av Kravspecifikation produkter samt prisuppgifter och bilaga 3 är en beskrivning av utvärderingskriterier och viktning. Bilaga 4 innehåller blad 1 -21 och utgörs av ett antal kolumner som anbudsgivaren ska fylla i för varje efterfrågad produkt, inkluderat skall-krav. För varje angiven artikel ska anges exempelvis pris utifrån viss önskad förpackningsstorlek, om mervärde som ger extra betygspoäng erbjuds och konventionellt respektive ekologiskt pris.

I Bilaga 3 anges följande gällande pris och viktning.

A.PRIS VIKT 50%

1. Varav för konventionellt sortiment 60 %

Priset för samtliga produktgrupper, avseende konventionellt sortiment, som är upptagna i bifogade produktspecifikationer kommer att sammanräknas som ett anbudspris. Vilka produktgrupper som avses framgår av bilaga 4.

I de fall som efterfrågad anbudsprodukt saknas eller att **upphandlande enhet inte bedömer** att den angivna produkten uppfyller ställt krav på kvalité kommer priset att räknas utifrån det pris som angivits som dyraste pris för denna produkt av annan budsgivare med ett tillägg på 20 % Skulle en anbudsprodukt saknas i samtliga anbud kommer pris för denna inte att räknas.

OBS! Det är den upphandlande enheten som bedömer hur krav uppfylls.

Den som erbjuder lägsta pris kommer att få högst poäng = 100. Den som har ett högre pris kommer att få ett avdrag från högsta poäng med 1 poäng för varje procent (%) som priset är högre än den som har lägsta pris.

2. Varav för ekologiskt sortiment 40 %

2.1. Upphandlande enhets definition av ekologisk produkt i denna upphandling följer EG-s direktiv EEG 2092/91;

Priset för samtliga produkter som är upptagna i bifogade produktspecifikationer som ekologiska kommer att sammanräknas som ett anbudspris. Vilka produkter som avses framgår, och är grönmarkerade, av bilaga 4. På det pris som budsgivaren lämnat för dessa ekologiska produkter ovan kommer den upphandlande enheten att göra ett avdrag på 20 % den sammanställda utvärderingen av anbudspriset. Skälet är att prioritera ekologiska produkter framför andra och att deras ofta högre produktpriser inte ska få så stor effekt i utvärderingen. Vid beställningar senare är det dock av budsgivaren angivet pris som kommer att gälla

I de fall som efterfrågad anbudsprodukt saknas eller att upphandlande enhet inte bedömer att den angivna produkten uppfyller ställt krav på ekologisk eller kvalitet kommer priset att räknas utifrån det pris som angivits som dyraste pris hos annan budsgivare som kan erbjuda sådan ekologisk produkt att räknas.

Anbudsgivaren skall i sitt anbud redovisa vilka produkter som budsgivaren kan erbjuda för övrigt ekologisk sortiment enl. definition ovan.

Den som erbjuder lägst pris kommer att få högst poäng = 100. Den som har ett högre pris kommer att få ett avdrag från högsta poäng med 1 poäng för varje procent (%) som priset är högre än den som har bäst pris.

Därefter ges ett exempel på utvärdering.

Länsrättens bedömning

Servera R & S AB har ett flertal invändningar avseende den utvärdering som gjorts av Södertälje kommun. En invändning är att vinnande anbudsangivna artiklar har accepterats för utvärdering trots att ett stort antal artiklar, enligt Servera, inte svarar mot kravspecifikationen. Detta borde ha inneburit att anbudet förkastades. Vid den utvärdering som skett borde felaktigheterna ha upptäckts och lett till att belastningspris räknats fram i enlighet med vad som anges i Bilaga 3 till förfrågningsunderlaget. En annan invändning rör förekomsten av två utvärderingsalternativ.

Felaktigt utvärderade anbudspriser i förhållande till kravspecifikationen

I Utvärderingsrapport, bilaga 1 den 15 december 2008 skriver Södertälje kommun följande under punkt 4. Sammanfattning av anbudsutvärderingen.

Utvärderingen har genomförts enligt förfrågningsunderlaget. Den upphandlande enheten har kontrollerat och gjort bedömningen att vinnande anbudsgivaren erbjuder produkter och tjänster i enlighet med kravspecifikationen.

Eftersom syftningen utvärderingskriteriet pris i förfrågningsunderlaget, kallat anbudspris, kan tolkas på två sätt har vi utvärderat två alternativ, båda alternativen har i den totala sammanställningen visat att anbudet från den anbudsgivare som föreslås är ekonomiskt mest fördelaktigt och ska därför väljas.

Det båda alternativen har bestått i att:

1. Alt. Anbudspris sammanräknas för samtliga produkter där volymer uppgivits
- 2, Alt. Anbudspris sammanräknas för de angivna kilopriserna för varje produkt.

Södertälje kommun har - som redovisats ovan - i förfrågningsunderlagets Bilaga 3 redogjort för hur utvärdering och viktning kommer att ske och hur de fall där efterfrågad anbudsprodukt saknas eller där upphandlande myn-

dighet inte bedömer att produkten uppfyller kvalitetskrav, kommer att hanteras. I yttrande till länsrätten har Södertälje kommun slutligen uppgett att egna kontroller inte har genomförts i de avseenden där Servera påtalat felaktigheter i vinnande anbud.

Länsrätten får konstatera att Serveras påståenden om att felaktiga artiklar och priser utvärderats inte har bemötts av Södertälje kommun på annat sätt än att kommunen uppger sig ha litat på anbudsgivarnas uppgifter. Detta trots den kvalitetskontrollfunktion som kommunen tar på sig enligt såväl förfrågningsunderlaget som den utvärderingsrapport som bifogats tilldelningsbeslutet. Mot den bakgrunden får Serveras uppgifter om att utvärderingsmodellen möjliggjort att anbudspriser som inte står i överensstämmelse med kravspecifikationen har utvärderats, godtas vid länsrättens överprövning.

Två utvärderingsalternativ

1. samtliga produkter där volym uppgivits
2. angivna kilopris för varje produkt

Servera uppger att upphandlingen omfattat ca 1 735 artiklar och att ca 1 150 av dessa saknar viktangivelse vilket medför att endast 34 procent av artiklarna ingår i utvärderingen och att detta försvårar en riktig utvärdering och inte utgör en relevant utvärderingsgrund. Enligt Servera har utvärderingsfel gjorts avseende 22 artiklar men felaktigheterna återfinns inte i lika stor omfattning i alternativ 1 eftersom endast 34 procent av artiklarna har viktangivelse.

Södertälje kommun har i samband med utvärderingen upptäckt att utvärderingskriteriet anbudspris kan tolkas på två sätt och har därför utvärderat enligt två alternativ. I yttrande till länsrätten anför kommunen att kom-

plexiteten i upphandlingen får beaktas och det därmed får godtas att alla inslag inte kan vara helt oklanderliga.

Det är inte länsrättens uppgift att vid en överprövning av en upphandling göra en kontrollberäkning av den utvärdering som gjorts. Serveras påstående om 22 på felaktiga grunder utvärderade artiklar av det mycket stora antalet artiklar som ingått i upphandlingen kan framstå som en oerhört obetydlig del att fästa avseende vid i sammanhanget. Mot bakgrund av att Södertälje kommuns inte sakligt har bemött Serveras påstående eller gjort sannolikt att det saknar grund, utgår länsrätten från att Serveras invändningar har fog för sig. Antalet påstådda felutvärderade artiklar är trots allt av mindre vikt. Det är det förhållandet att förfrågningsunderlaget möjliggör en godtycklig utvärdering som har betydelse för bedömningen av modellens förutsägbarhet som är avgörande. I sammanhanget får också det faktum att upphandlande myndighet inte utfört någon egen kontroll av anbudens överensstämmelse med kravspecifikationen tilläggas betydelse.

Sammantaget finner länsrätten att det förhållandet att kravspecifikationen inte säkerställer en godtagbar förutsägbarhet avseende vald utvärderingsmodell och att Södertälje kommun funnit skäl att på grund av otydlighet redovisa två utvärderingsalternativ innebär att transparensprincipen har åsidosatts i den av Södertälje kommun samordnade upphandlingen av livsmedel.

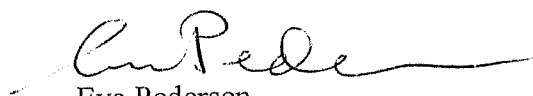
Vid det ställningstagandet saknas skäl för länsrätten att pröva om Serveras övriga invändningar innebär att upphandlingen skett i strid med 1 kap 9 § LOU.

På grund av åsidosättandet av transparensprincipen kan Servera R&S AB komma att lida skada. Eftersom bristerna hänför sig till förfrågningsunderlaget ska upphandlingen – som Servera yrkat – göras om. Ansökan om

överprövning enligt LOU skall därmed bifallas på så sätt att Södertälje kommun, Nykvarn kommun och Tom Tits Experiment ABs upphandling avseende Livsmedel, Ref. nr 08.026, skall göras om.

Länsrättens interimistiska beslut av den 12 januari 2009 skall därmed upphävas.

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



Eva Pedersen

rådman