



SÖKANDE

Servera R & S AB, 556233-2451

Box 123

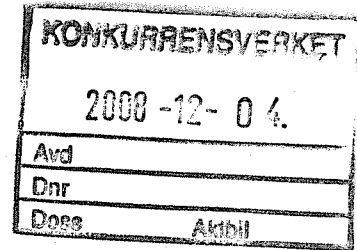
601 03 Norrköping

Ombud: Advokat Björn Tude

Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB

Box 5747

114 87 Stockholm



MOTPART

Marks kommun

Teknik- och Serviceförvaltningen

Verksamhetsservice/Upphandling

511 80 Kinna

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten, som inte prövar frågan om punkten 4.20 innebär tillämpning av otillåten direktupphandling, beslutar att upphandlingen avseende livsmedel (08/0186 0521) med referensnummer 08/5 inte får avslutas innan rättelse skett på följande sätt:

- Förfrågningsmaterialet ska kompletteras på så sätt att det ska framgå hur leverantörer som får samma poäng enligt förfrågningsmaterialets punkt 1.17 rangordnas.
- Förfrågningsunderlaget ska kompletteras på så sätt att begreppet fullsortimentsgrossist ska definieras och samtliga anbudsgivare ska beredas möjlighet att ändra sina anbud utifrån den nya informationen.

- Förfrågningsmaterialet ska kompletteras på så sätt att det nuvarande innehållet i förfrågningsmaterialets punkt 4.10 ska strykas och ändras så att det framgår hur leverantörerna rangordnas i förhållande till varandra.

Länsrätten avslår i övrigt ansökan om överprövning.

Länsrättens interimistiska beslut av den 16 oktober 2008 upphör härigenom att gälla.

BAKGRUND

Genom förfrågningsunderlag erbjöds leverantörer att inkomma med anbud i Marks kommun upphandling avseende livsmedel (08/0186 0521) med referensnummer 08/5. Av förfrågningsunderlaget framgick att sista dagen för att inkomma med anbud var den 21 oktober 2008.

Länsrätten beslutade den 16 oktober 2008 att upphandlingen inte fick avslutas förrän något annat beslutats.

YRKANDEN M. M.

Servera R & S AB (nedan Servera) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför att den strider mot LOU på följande punkter:

Varukorgen och punkterna 1.3 samt 1.17 i förfrågningsunderlaget

Upphandlingen avser det verkliga behovet av livsmedel för Marks kommun (nedan kommunen) under en tid om som längst fyra år. Varukorgen omfattar en avsevärt mindre del än det riktiga behovet och innehåller cirka 200 artiklar. I ett anbud av detta slag ingår normalt mellan 1 000 och 1 200 artiklar. För att uppfylla förutsebarhets- och öppenhetskriterierna måste de presumtiva leverantörerna veta vad de ska lägga anbud på. Den aktuella upphandlingen är dock strukturerad på så sätt att kommunen ska få hjälp med det av den leverantör som antas. Det framgår av punkten 1.3 i förfrågningsunderlaget som stadgar att kommunen och leverantören ska bestämma det sortiment som ska gälla för kommunen efter att upphandlingen avslutats. Kommunen avser att köpa sådana varor som ingår i varukorgen men varukorgen har ingen betydelse efter att kommunen utsett en vinnande leverantör. Det strider mot förutsebarhets- och öppenhetskriterierna att inte ha fastställt i förfrågningsunderlaget vilket sortiment det verkliga behovet om-

fattar och det kan i vart fall inte överlåtas på parterna att förhandla fram efter att upphandlingen är avslutad.

Av punkten 1.3 framgår även att sortimentet ska vara levande och kunna ändras beroende på leverantörsförmåga, kvalitet och prisändringar på marknaden. Kommunen begär att anbudsgivarna ska beskriva i anbudet hur det ska gå till att tillgodose alla parter i ett tänkt samarbete. Nyss nämnda punkt försätter bolaget i en ojämlik ställning i förhållande till kommunens nuvarande leverantör då denna har kunskap om statistik och arbetsformer.

Punkten 1.3 står dessutom i strid med likabehandlingsprincipen då kontraktet inte får omförhandlas utan att en ny upphandling genomförs. Det krävs händelser av väsentlig betydelse för att utlösa förändringar i ingångna avtal. Enligt kommunens avtalsbestämmelse krävs endast marginella förändringar för att göra stora förändringar i avtalet. Kommunen anser sig ha en långtgående rätt att förändra sortimentet, vilket strider mot LOU. Kommunen har återgivit ett citat ur RÅ 2002 ref. 50. Den rättregel som följer av det rättsfallet gäller inte längre. Kommunens möjligheter att förändra innehållet i det som upphandlas strider mot de principer som bär upp lagen i och med EG-domstolens dom C-532/06 (nedan Lianakisdomen). Av nyss nämnda dom framgår nämligen att det inte längre är tillräckligt att vara vag i sina uttryckssätt, utan förfrågningsunderlaget måste vara tydligt.

Av punkten 1.17 följer att det "övriga sortimentet" saknar betydelse för beräkningen av vilken leverantör som har lägst pris. Den leverantör som lämnar lägst pris i varukorgen får fem poäng och efter viktning tilldelas leverantören 4 poäng. Även om leverantören skulle få lägsta betyg i "övrigt sortiment" tilldelas leverantören en totalpoäng efter viktning på 4,2 poäng. Högre poäng kan ingen annan få. Det som ingår i varukorgen är dessutom ett fiktivt och synnerligen begränsat varusortiment. Det framgår inte heller vilket betyg den får som har det näst lägsta priset i varukorgen och övrigt

sortiment. En sådan utvärdering följer inte de tilldelningsprinciper som lagfästs i LOU.

Belastningspriser

Kommunen har på fråga kompletterat innehållet i förfrågningsunderlaget genom att uttala att de positioner som saknar pris i varukorgen kompletteras av kommunen med ett pris motsvarande "nuvarande pris" med ett tillägg av 25 procent. Svaret omfattade endast fullsortimentsgrossisterna vilket är märkligt. Genom att tillämpa belastningspriser behandlas inte anbudsgivarna lika. Belastningspris är ett pris som leverantören inte har offererat och ett pris som kommunen inte kommer att acceptera att betala för varan. Det strider mot likabehandlingsprincipen att endast fullsortimentsgrossister drabbas av belastningspriser. Kommunen har angett att en fullsortimentsgrossist är en leverantör som kan leverera flertalet av produktgrupperna till samtliga leveransadresser. Kommunen har inte klarlagt vad ordet flertalet betyder och det är därför ovisst vilka som drabbas av belastningspriser. Kommunen har som stöd för att använda belastningspriser åberopat Kamrättens i Jönköping dom i mål nummer 1180-08. Av domen framgår att Mariestads kommun tillämpat belastningspriser för att premiera de leverantörer som lämnar bud på många varor. Kommunen har inte ställt upp något sådant krav eller incitament.

Punkten 4.1

Kommunen har för avsikt att teckna ett ramavtal med en fullsortimentsgrossist eventuellt i kombination med andra leverantörer på enskilda produkter eller produktgrupper. Kommunen förbehåller sig att få anta ett eller flera anbud efter kommunens behov. Av punkten 4.1 i förfrågningsunderlaget anges att om kommunen tecknar avtal med mer än en part inom avtalsområdet förbehålls rätten att "vid varje enskilt tillfälle avgöra vem som skall anlitas". Det är inte en tillåten bestämmelse. Kommunen kan ingå avtal med flera leverantörer men kommunens upphandling uppfyller inte någon av

LOU: s möjligheter att göra det på ett lagligt sätt. Kommunen har i yttrande angett att man stryker punkten 4.1 genom en ensidig rättelse och kommer att följa ”fördelningsnyckel enligt bästa pris”. Efter Lianakisdomen är det i direkt strid mot gällande svensk rätt att fastställa fördelningsnyckeln i detta skede.

Tillämpning av punkten 4.20

Under rubriken ”Avsteg från avtal” får kommunen en i praktiken obegränsad rätt att genomföra direktupphandlingar. En tillämpning av bestämmelsen utgör otillåten direktupphandling.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande.

Varukorgen och punkterna 1.3 samt 1.17 i förfrågningsunderlaget

Det sortiment som upphandlingen omfattar är tillräckligt tydligt angivet. Sortimentet i varukorgen är representativt för vad upphandlingen avser och inkluderar närmare 80 procent av värdet på det som avses köpas. Utöver de produkter som ingår i varukorgen får leverantören också erbjuda andra produkter. Det är omöjligt att exakt ange vilka artiklar som ska höra till det ”övriga sortimentet” eftersom leverantörernas utbud ser olika ut och en alltför preciserad kravspecifikation riskerar att gynna en viss leverantör framför en annan. Förfrågningsunderlaget innehåller tillräcklig information för att leverantörerna ska veta vilka produkter de kan offerera. Denna information ges dels i bilaga 1 (varukorgen) där de cirka 200 mest frekventa artiklarna är angivna och under punkten 1.2 där man räknar upp vilka produktgrupper upphandlingen omfattar.

Servera har övertolkat och ändrat vissa skrivningar i förfrågningsunderlaget. Servera har bl.a. angett att flertalet av produktgrupperna innebär mer än

50 procent. Det är Serveras tolkning och inte något som kommunen har angett.

När Servera anger att avtalets fullständiga sortiment ska bestämmas av beställare och vinnande leverantör så avses att man med varukorgen valt ut ett antal produkter som ges mer tyngd i upphandlingen samt att innehållet i avtalets övriga sortiment är beroende av vilka artiklar och varumärken som den vinnande leverantören offererat. Sortimentet kommer att utgå ifrån det anbud som lämnats och då leverantörerna redogör för varor som inte omfattas i varukorgen är även dessa inkluderade i det sortiment som kontraktet avser. Det rör sig inte om någon förändring av sortimentet och det kan inte vara oförutsebart vilket sortiment som åsyftas. Det är ofrånkomligt att leverantörens sortiment kommer att genomgå förändringar under den fyra år långa avtalstiden. Marginella anpassningar av avtalets innehåll måste därför vara tillåtet så länge de ryms inom avtalets ramar, d.v.s. de håller sig inom de produktgrupper som avtalet omfattar. Utgångspunkten för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat fastställdes av Regeringsrätten i RÅ 2002 ref. 50 till att ”den upphandlande enhetens krav och utvärderingsmetod angivits på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud”. De faktorer som kan komma att påverka kontraktet i ett senare skede är lika okända för kommunen som för samtliga anbudsgivare och kraven är fastställda på ett sätt som ger anbudsgivare tillräckligt mycket information för att kunna de ska lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

I punkten 1.3 stipuleras att ”sortimentet ska vara levande och kan ändras beroende på leveransförmåga, kvalitet och prisändringar på marknaden/tillverkaren”. Det som kan påverka sortimentet är beroende av nämnda pris, kvalitet och leveransförmåga, vilket kan leda till en förändring av sortimentet men inte en utökning. Kontraktet kommer att inkludera de produk-

ter som kommunen har behov av baserat på dagens behov. Huruvida behovet kommer att ändras till att även inkludera andra produkter som inte inkluderas i de prislistor som anbudsgivarna bifogar sina anbud är omöjligt att sia om eftersom det skulle kräva insyn i de nya produkter som ännu inte introducerats på marknaden.

Den nuvarande leverantören gynnas inte framför andra leverantörer. Det är inte, som Servera felaktigt tillskrivit förfrågningsunderlaget, ett skallkrav att inkomma med en beskrivning hur ett tänkt samarbete ska gå till utan ett önskemål. Informationen kommer inte att ligga till grund för utvärderingen varför det inte kommer att påverka utfallet av avtalstilldelningen. Servera har varit leverantörer till kommunen tidigare och befinner sig därför i samma sits som den nuvarande leverantören. Att den nuvarande leverantören har tillgång till statistik är inte heller ett godtagbart argument då Servera kan begära ut dessa i enlighet med offentlighetsprincipen.

Enligt Serveras beräkning kan högsta poäng enligt angiven viktningsprincip bli 4,2 poäng. Det är en felaktig uträkning då högsta poäng kan bli 5 poäng. I det fall en leverantör får högsta poäng för varukorgen (vilket efter viktning blir 4 poäng) och lägsta betyg på övrigt sortiment (efter viktning 0,2 poäng) hamnar denna på samma slutpoäng som en leverantör som har näst högsta viktade poäng på varukorgen (3,2 poäng) och högsta betyg för övrigt sortiment (1 poäng). Förfrågningsunderlaget innehåller ett uträkningssystem i enlighet med de krav som ställs i LOU. Att priset på varukorgen är det viktigaste är svårfrånkomligt eftersom dessa produkter är de stora produktgrupperna och därmed är också priserna på dessa av störst intresse för kommunen.

Av EG-domstolens dom C-448/01 EVN och Wienström följer att den upphandlande enheten är fri att bestämma viktningen av de kriterier som finns

för tilldelning av kontrakt så länge en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna.

Belastningspriser

Kammarrätten i Jönköping har i dom den 6 oktober 2008 i mål nummer 1180-80 godtagit en utvärderingsmodell som innebar att anbud som saknade en viss vara hade påförts ett belastningspris bestående av det snittpris som kommunen betalat för varan under det senaste året före upphandlingen med ett påslag om 50 procent. Det är inte otillåtet att använda sig av belastningspriser. Det är heller inte märkligt att grossister som vill lämna anbud endast på enstaka produkter ska behöva påläggas priser för flertalet varor som inte ingår i deras sortiment.

Punkten 4.1

Skrivelsen i punkten 4.1 är en olycklig kvarleva från tidigare års upphandlingar, vilket inte har observerats. Det är dock inget som påverkar utvärderingen av anbuden och det är därför en tillräcklig åtgärd att kommunen rättar sig själva och stryker formuleringen och följer fördelningsnyckel bästa pris. I Kammarrättens i Göteborg dom den 16 januari 2008 i mål nummer 4799-07 konstaterade rätten att då det inte framgick hur en rangordning av de tilltänkta leverantörerna skulle göras stod detta i strid med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens. Kammarrätten ansåg dock att det var tillräckligt att upphandlingen rättades på så sätt att de utvalda leverantörerna rangordnades före avrop och att det inte framkommit att denna oklarhet hade påverkat anbudsgivarnas anbud.

Tillämpning av punkten 4.20

Servera vill göra gällande att punkten skulle ge kommunen en i praktiken obegränsad rätt att genomföra direktupphandlingar. Det borde vara klart att möjligheten att välja en annan leverantör är begränsad till de fall då antagen leverantör inte kan leverera till följd av de omständigheter som anges i

punkten 4.20. Det är således inte en klausul som ger kommunen rätt att göra avsteg från avtal utifrån eget tycke utan endast i de fall då leverantören är förhindrad att leverera.

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.

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 § 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I EG-domstolens dom C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl. fastställdes att det inte utgjorde hinder att fastställa viktningskoefficienter med avseende på underkriterier i efterhand, men innan kuverten med anbud öppnats, under förutsättning att tre villkor var uppfyllda nämligen att det

- inte medför en förändring av kriterierna i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling,
- inte medför att de omständigheter som, om dessa vore kända för anbudsgivarna när de utformade sina anbud, hade kunnat påverka detta utformande, och

- inte har beslutats med hänsyn till vissa omständigheter som kan ha en diskriminerande effekt gentemot en av anbudsgivarna.

I EG-domstolens dom C-532/06 (Lianakisdomen) hade viktningskoefficienterna och underkriterierna fastställts i efterhand och efter det att anbuderna hade ingetts och kuverten avseende intresseanmälningarna hade öppnats. EG-domstolen ansåg att EG-rättsliga bestämmelser utgjorde hinder för ett sådant förfarande.

Utredningen

Andra stycket i punkt 1.2 i förfrågningsunderlaget har följande lydelse.

”Avsikten är att teckna ramavtal med en fullsortimentsgrossist (huvudleverantör) som kan leverera flertalet av produktgrupperna till samtliga leveransadresser, eventuellt i kombination med andra leverantörer på enskilda produkter/produktgrupper, och enskilda leveransadresser, om förutsättningarna ges i denna upphandling.”

Punkt 1.3 i förfrågningsunderlaget har följande lydelse. ”Det sortiment som anges i upphandlingens bilaga 1 (Varukorg) är avsett för utvärderingen av anbuderna. När vinnande leverantör är utsedd kommer Leverantör och Beställare att gemensamt upprätta det sortiment som ska gälla för kommunen. Sortimentet skall vara levande och kan ändras beroende på leveransförmåga, kvalitet och prisändringar på marknaden/tillverkare. Beskriv hur Ni skulle vilja att detta sker för att tillgodose alla parter i ett tänkt samarbete.”

Punkt 1.16 i förfrågningsunderlaget har följande lydelse. ”Prövningen av inkomna anbud kommer att ske i två steg.

Steg 1: Här provas att anbudsgivaren uppfyller de ställda krav som finns i förfrågningsunderlaget (skall-krav), sk kvalificering, att för anbudet nödvändiga svarsbilagor är ifyllda och att anbudet är utformat i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Steg 2: Utvärdering av anbudspriser.”

Punkt 1.17 i förfrågningsunderlaget har följande lydelse. ”Prisjämförelse mellan inkomna anbud som klarat provning enligt steg 1, kommer att genomföras utifrån en 5-gradig skala där 5 (fem) är det högsta och 1 (ett) är lägsta betyg, enligt följande:

* Pris ”varukorg” (bilaga 1): 80 %

* Pris ”övrigt sortiment” (se punkt 4.9): 20 %

Efter kontroll av produkterna kommer den produkt per position (se varukorg) som uppfyller kvalitetskraven och med lägsta pris att jämföras i respektive anbud. Totalsumman för respektive anbudsgivare kommer att jämföras, dels totalt för grossist men även totalt för övriga leverantörer.

Det eller de med lägst pris kommer att antagas.”

Punkt 4.1 i förfrågningsunderlaget har bl.a. följande lydelse. ”I de fall avtal tecknas med mer än en part inom avtalsområdet förbehålles rätten för beställaren att vid varje enskilt tillfälle avgöra vem som ska anlitas.”

Punkt 4.20 i förfrågningsunderlaget har följande lydelse. ”Nya produkter / tjänster, lagar, beslut eller andra policys som påverkar avtal och som eventuellt kan innebära att avtalsleverantör / leverantörer inte kan leverera motsvarande innebär möjlighet för beställare att välja annan leverantör utanför avtal.”

Länsrätten gör följande bedömning

Länsrätten konstaterar inledningsvis att en upphandlande enhet har stor frihet att välja vilka kriterier som ska ingå i utvärderingen av anbud. Det finns också ett stort utrymme för varierande lösningar vid utformningen av en utvärderingsmodell under förutsättningarna att principerna i LOU och EG-rätten inte överträds. Ett grundkrav för att en upphandlande enhet inte ska bryta mot nyss nämnda principer är att förfrågningsmaterialet är så klart

och tydligt utformat att en leverantör på grundval av underlaget kan avgöra vad som tillmäts betydelse och att det är ägnat att leda till ett rättvisande resultat (se RÅ 2002 ref. 50).

Varukorgen och punkterna 1.3 samt 1.17 i förfrågningsunderlaget

Kommunen har valt en utvärderingsmodell som går ut på att fastställa den leverantör eller de leverantörer som har lägst pris. Det som utvärderas är dels en varukorg som består av cirka 200 angivna varor, dels ett övrigt sortiment som väljs av leverantören. Servera anför att varukorgen innehåller färre varor än vad en upphandling av detta slag vanligtvis gör och att varukorgen endast omfattar en mindre del av kommunens verkliga behov av livsmedel. Servera gör dessutom gällande att förfrågningsunderlagets punkt 1.3 strider mot upphandlingsrättsliga principer eftersom den stadgar att kommunen och den vinnande leverantören ska upprätta det sortiment som ska gälla för kommunen efter att upphandlingen är avslutad och kunna ändras beroende på leveransförmåga, kvalitet och prisändringar på marknaden/tillverkare samt att den gynnar Serveras nuvarande leverantör.

En utvärderingsmetod som värderar och följaktligen endast konkurrensutsetter ett fåtal av de artiklar som det slutliga avtalet ska omfatta skulle kunna strida mot LOU eftersom en sådan utvärderingsmetod skulle kunna gynna specifika leverantörer. Det finns däremot inget krav på att det som ingår i den upphandlande enhetens utvärderingsmetod måste överensstämja till fullo med den upphandlande enhetens senare behov vad avser specifika varor eller en omfattning. Det kan t.ex. inte anses strida mot principerna i LOU och EG-rätten att ha en utvärderingsmetod som konkurrenssetter ett tvärsnitt av det som avses köpas. Kommunen anför att de 200 produkterna i varukorgen utgör de mest frekventa artiklarna. Kommunen menar även att artiklarna i varukorgen utgör 80 procent av kontraktsvärdet, vilket överensstämmer med den viktning som varukorgen kommer att ges vid den totala värderingen. Det finns ingen anledning att ifrågasätta dessa kommunens

uppgifter. Utredningen visar också att varukorgen innehåller artiklar från alla de produktgrupper som upphandlingen omfattar. Det framgår i denna del vad kommunen värderar och hur dessa grupper viktas inbördes. Det som Servera anför innebär inte att kommunens utvärderingsmetod strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principer som finns på området.

Genom det ovan anförda står det klart att kommunen inte behöver konkurrensutsätta allt som kommer att ingå i avtalet mellan kommunen och den vinnande leverantören. Av detta följer att kommunen och den vinnande leverantören, utan hinder av vilka produkter som ingick i utvärderingen, kan utforma det sortiment som kommunen vill köpa inom ramen för de produktgrupper som upphandlingen omfattar. Avtalsparterna är heller inte hindrade av LOU eller de gemenskapsrättsliga reglerna att förändra sortimentet utifrån de punkter som anges i punkten 1.3 så länge förändringen ryms inom de produktgrupper som upphandlingen omfattar. Som kommunen framhåller utgör inte uppmaningen i 1.3 att beskriva hur ett tänkt samarbete ska fungera ett skullkrav och det är inte heller en omständighet som bedöms i värderingen av anbudet. Punkten kan därför inte anses gynna kommunens nuvarande leverantör.

Servera anför att det inte framgår vilket betyg som tilldelas de leverantörer som inte har lägst pris samt att det "övriga sortimentet" inte spelar någon roll vid bedömningen av vilken leverantör som har lägst pris. Det framgår inte uttryckligen av punkten som reglerar utvärderingen vilket betyg den leverantör som lämnat näst bäst pris eller lägst pris får. Det får dock anses ligga i ordalydelsen av uttrycket att "prisjämförelsen kommer att göras utifrån en skala där fem är högsta betyg och ett är lägsta betyg" att leverantörerna kommer att rangordnas på så sätt att den med näst bäst pris tilldelas en fyra, och att den med sämst pris tilldelas en etta. Det är en tolkning som har stöd i kommunens yttrande där kommunen visar hur man beräknar poängen på den leverantör som får näst högst betyg i varukorgen och högst betyg i

”övrigt sortiment” till $(4 \times 0,8 + 5 \times 0,2 =) 4,2$ efter viktning. Skrivningen får därmed anses inte lämna något utrymme för tveksamhet ifråga hur leverantörerna kommer att rangordnas inom skalan.

Varukorgen är inte helt avgörande vid bedömningen av vilken leverantör som har lägst pris då, vilket kommunen framhåller i sitt yttrande, den leverantör som får högsta betyg i det ”övriga sortimentet” kan hamna på samma poäng som den leverantör som får högsta betyg i varukorgen. Kommunens utvärderingsmodell innebär däremot att varukorgen väger väldigt tungt vid bedömningen av vilken leverantör som lämnat det lägsta priset. Som framgår ovan har kommunen dock stora möjligheter att välja vilka kriterier som ska ingå i värderingen av leverantörernas anbud och hur dessa ska värderas så länge det inte strider mot principerna i LOU och EG-rätten. Det framgår av förfrågningsunderlaget vilka kriterier som kommunen värderar och hur kriterierna rangordnas inbördes. Med beaktande av det som Servera framför strider förfrågningsunderlaget inte mot LOU.

Av det ovan anförda framgår dock att leverantörer kan hamna på samma poäng efter det att viktningen skett. Förfrågningsunderlaget ger ingen ledning om vilken leverantör som ska anses vara vinnande leverantör, om det inträffar. Upphandlingen strider därför i denna del mot LOU och de gemenskrävtliga principerna om förutsebarhet och transparens. Denna oklarhet får emellertid bedömas inte ha påverkat anbudsgivarnas anbud och anbuden har ännu inte blivit kända för kommunen. Det är därför tillräckligt att kommunen rättar förfrågningsunderlaget och kompletterar detta så att det tydligt framgår hur leverantörer med lika poäng ska rangordnas.

Belastningspriser

Servera menar att det strider mot LOU att använda sig av belastningspriser. Servera pekar bl.a. på att fullsortimentsgrossister behandlas annorlunda än andra leverantörer samt att det inte framgår av förfrågningsunderlaget vilka

leverantörer som räknas som fullsortimentsgrossister eftersom det är oklart vad ordet flertalet i punkten 1.2 betyder.

Kommunen har på fråga angett hur belastningspriser kommer att användas och att sådana kommer att tillämpas endast på fullsortimentsgrossister. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen avser att teckna ramavtal med en fullsortimentsgrossist (huvudleverantör) eventuellt i kombination med andra leverantörer på enskilda produkter/produktgrupper. Utifrån denna utgångspunkt har anbudsgivarna kunnat välja om de vill lämna anbud på hela det efterfrågade sortimentet eller endast delar av det efterfrågade sortimentet. Det innebär att fullsortimentsgrossisterna och de andra leverantörerna konkurrerar om olika avtal. De leverantörer som lämnar anbud på endast delar av det efterfrågade sortimentet kan aldrig bli huvudleverantörer och bedömningen huruvida leverantörerna behandlas lika bör därför göras inom den leverantörskategori som leverantören konkurrerar. Vald modell får anses inte strida mot LOU så länge det är förutsebart vilken leverantörskategori man tillhör så att varje anbudsgivare i förväg kan räkna ut om man kan komma att omfattas av belastningspriser och på så sätt välja om man vill offerera en viss position eller inte.

Av förfrågningsunderlaget framgår endast att en fullsortimentsgrossist kan leverera flertalet av produktgrupperna. Kommunen har varken i förfrågningsunderlaget eller annars definierat vad begreppet fullsortimentsgrossist, huvudleverantör eller flertalet innebär. Det framgår därmed inte tillräckligt tydligt vilken leverantör som är att anse som fullsortimentsgrossist och som därmed kan omfattas av belastningspriser. Detta strider mot principen om transparens. Felet får dock anses inte påverka hela upphandlingen på ett sådant sätt att den på grund härav måste göras om. Det angivna felet kan däremot ha påverkat anbudsgivarnas anbud och det är därför inte tillräckligt att kommunen kompletterar förfrågningsmaterialet före avrop. Upphandlingen får därför avslutas först sedan kommunen rättat oklarheten på så sätt

att det ska framgå vad som krävs för att en leverantör ska omfattas av begreppet fullsortimentsgrossist och följaktligen av belastningspriser. Vidare ska samtliga anbudsgivare ha beretts möjlighet att ändra sina anbud efter att ha fått den nya informationen.

Punkten 4.1

Parterna är ense om att punkten 4.10 strider mot LOU. Skäl saknas att göra en annan bedömning. Det har inte framkommit att felaktigheten i förfrågningsunderlaget kunnat påverka anbudsgivarna och det är därför tillräckligt att kommunen rättar förfrågningsunderlaget på sätt att den nuvarande formuleringen stryks och formuleringen ändras så att det framgår på vilket sätt leverantörerna rangordnas.

Tillämpning av punkten 4.20

Genom punkten 4.20 får kommunen rätt att välja en ny leverantör utanför avtal utan att genomföra en upphandling i vissa fall. Av LOU framgår att ett sådant förfarande är tillåtet om det finns synnerliga skäl. Enbart den omständigheten att kommunen har en klausul som tillåter direktupphandlingar i vissa fall innebär således inte att kommunen får direktupphandla i dessa fall om det skulle strida mot LOU. Eftersom någon direktupphandling inte har inletts kan länsrätten inte pröva frågan huruvida tillämpningen av den ifrågasatta punkten strider mot LOU. En sådan talan får istället föras om kommunen vidtar sådana åtgärder

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


Urban Karlsson

