



KLAGANDE

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

Ombud:

Jur. kand. Daniel Strandberg
Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Skåne läns dom den 23 juli 2009 i mål nr 6461-09, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

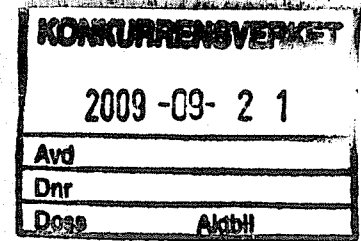
Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 31 juli 2009 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Menigo Foodservice AB yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att ny utvärdering av anbuderna



genomförs, varvid bolagets anbud utvärderas enligt den viktning som fastställts och tillämpats i tilldelningsbeslutet den 18 februari 2009 och att bolaget därmed tilldelas kontraktet. Bolaget åberopar vad som tidigare anförts och lägger till följande.

När viktningen väl fastställts genom ett tilldelningsbeslut får den upphandlande myndigheten inte ändra den relativa vikten. I vart fall får så inte ske i den i målet aktuella situationen.

Malmö stad har hävdats att skälet till att staden ändrade den relativa vikten var ett matematiskt fel i det första tilldelningsbeslutet. Det bör noteras att prisskillnaden mellan anbudena även efter det att felet korrigerats var betydande, dock inte av sådan betydelse att det var motiverat att ändra viktningen. Vid en viktning av priset till 72 procent hade anbudsgivarna fått samma totala poäng. Det verkar därför som om staden valde just 70 procents viktning av priset för att kunna tilldela Servera kontraktet.

Genom Malmö stads agerande har staden brutit mot de grundläggande upphandlingsprinciperna om transparens och likabehandling. Till följd av felaktigheterna kommer bolaget att lida skada.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd.

Enligt 12 kap. 2 § LOU får kriterieviktning anges som ett intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Malmö stad har utfört två anbudsutvärderingar. Vid den andra utvärderingen har staden gått ifrån den först valda viktningensprocenten och förklarat tillvägagångssättet med att ett matematiskt fel förelåg vid den första utvärderingen och att detta fel måste korrigeras. Kriterieviktningen har dock vid båda utvärderingarna hållit sig inom det intervall som angetts i förfrågningsunderlaget.

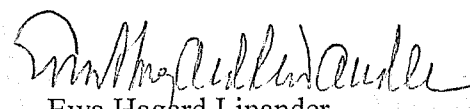
Kammarrätten anser i likhet med länsrätten att Malmö stads förklaring till den andra utvärderingen får godtas och att förändringen av viktningsprocenten inte strider mot principerna om transparens och likabehandling.


Beslutet att meddela prövningstillstånd får enligt 33 § tredje stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) inte överklagas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR i övrigt, se bilaga B (formulär 1)


Göran Bodin


Ann-Marie Holmstedt


Ewa Hagard Linander
referent


/Marcus Nydén



LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN
Avdelning 1
Anna Klara Brage

DOM
2009-07-23
Meddelad i
Malmö

Mål nr
6461-09 E

Wolff

SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Sofia Mårtensson och jur. kand. Jessica Eijvergård
Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s ansökan om ingripande enligt
LOU.

Dok.Id 232755

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: lansratteniskane@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Malmö stad genomför en upphandling avseende "Livsmedel – fullsortiment". Upphandlingen genomförs med tillämpning av öppet förfarande enligt LOU. Malmö stad beslutade den 3 mars 2009 att avtal skulle tecknas med Servera Restaurang & storhushåll AB (Servera). Detta tilldelningsbeslut hade föregåtts av ett tidigare sådant beslut den 18 februari 2009 i vilket staden, efter utvärdering av anbuden, hade meddelat att avtal skulle tecknas med Menigo Foodservice AB (Menigo). Anledningen till det ändrade tilldelningsbeslutet var att Malmö stad efter utvärderingen av anbuden hade diskvalificerat Menigo. Menigo ansökte efter att ha fått del av beslutet av den 3 mars 2009 om överprövning av upphandlingen. Länsrätten beslutade den 30 april 2009 att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse hade gjorts i form av att Menigos anbud upptogs till utvärdering (mål nr 2370-09 E). Länsrättens dom vann laga kraft. Med anledning av länsrättens dom genomförde Malmö stad en ny utvärdering av anbuden och fattade den 22 juni 2009 ett nytt tilldelningsbeslut. Även i detta tilldelningsbeslut valdes Servera till leverantör.

Menigo begär på nytt överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. Menigo anför som grund för sin talan i huvudsak följande. Malmö stad har brutit mot LOU och de gemenskapsrättsliga principerna då staden tillämpat en annan viktning vid sin förnyade utvärdering av anbuden än den staden tillämpade vid sin första utvärdering av anbuden. I förfrågningsunderlaget anges att det anbud kommer att antas som bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till kriterierna pris, sortiment och leveransvillkor. Enligt förfrågningsunderlaget viktas pris till 70 – 80 %, sortiment till 10 – 15 % och leveransvillkor till 10 – 15 %. Malmö stad har vid den utvärdering som föregick tilldelningsbeslutet av den 18 februari 2009 viktat pris till 80 %, sortiment till 10 % och leveransvillkor till 10 %. I den förnyade utvärdering

som företogs den 22 juni 2009 med anledning av länsrättens dom har Malmö stad frångått den tidigare tillämpade viktningen. Enligt tilldelningsbeslutet av den 22 juni 2009 har pris vid denna senare utvärdering viktats till 70 %, sortiment till 15 % och leveransvillkor till 15 %. Till följd härav har Menigos anbud tilldelats en lägre poäng än vad bolaget tilldelades vid den första utvärderingen samt erhållit en lägre viktad poäng än Servera. Det är tillåtet att ange utvärderingskriteriernas relativa vikt i intervall, men när den upphandlande myndigheten väl har beslutat vilken viktning som ska tillämpas, kan myndigheten inte ändra densamma. Malmö stad har i den senare utvärderingen tillämpat en annan viktning än den först fastställda enbart i syfte att kunna tilldela Servera kontrakt. Förfarandet är ett uppenbart missgynnande av Menigo och står i strid med bland annat likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

Malmö stad bestrider bifall till Menigos talan samt anför i huvudsak:

Den utvärdering som gjordes inför det först meddelade tilldelningsbeslutet innehöll matematiska felaktigheter av stor betydelse, varför utvärderingen inte kunde kopieras inför det senast meddelade tilldelningsbeslutet. Om någon omständighet väsentligen har förändrats ska en utvärdering kunna ändras. I den första utvärderingen var skillnaden i pris drygt tre miljoner kronor. Med denna skillnad i pris var det motiverat med den högre viktningen om 80 %. I den andra utvärderingen, efter rättelse av de matematiska felaktigheterna, var skillnaden drygt två miljoner kronor. Denna skillnad motiverade istället den lägre viktningen om 70 %. Tanken med alternativ viktning är att bedöma effekten av förhållandet mellan kriterierna och den effekt utslaget får i bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Ett fastställande av viktning måste baseras på de kända fakta som finns vid ett givet tillfälle. Den slutliga viktningen mellan kriterierna måste med andra ord baseras på ett riktigt underlag. Att i en andra utvärdering använda en viktning som grundats på felaktiga fakta skulle innebära ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Den viktning som tillämpats

vid den senare utvärderingen är den som ger det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare är den senare utvärderingen ett nytt förfarande, vilket innebär att det inte går att hänvisa till den första utvärderingen. Den första utvärderingen med därefter följande tilldelningsbeslut har aldrig prövats rättsligt utan drogs tillbaka för att den gav ett felaktigt resultat.

Menigo har i ett senare yttrande bland annat anfört:. De matematiska felaktigheter som Malmö stad påtalar består i att av leverantörer lämnade rabatter vid den första utvärderingen lagts till anbudssumman; detta har i den andra utvärderingen korrigerats på så sätt att rabatten istället har dragits ifrån anbudssumman. Om den ursprungliga viktningen av utvärderingskriterierna hade behållits i den andra utvärderingen, hade Menigo även efter en korrigerings av de matematiska felaktigheterna erhållit högre poäng än Servera.

Länsrätten har genom beslut den 29 juni 2009 förordnat att Malmö stad inte får avsluta den påbörjade upphandlingen innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 12 kap. 2 § LOU ska upphandlande myndigheter ange hur de kriterier som ligger till grund för bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att viktas inbördes. Kriterieviktningen får anges som ett intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att länsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör, som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att länsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Länsrättens bedömning

I punkten 2.11 i förfrågningsunderlaget anges under rubriken "Anbudsutvärdering" följande:

Vid anbudsutvärderingen kommer det anbud att antas som bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till;

<i>Utvärderingskriterier</i>	<i>Viktning</i>
<i>Pris</i>	<i>70 – 80 %</i>
<i>Sortiment</i>	<i>10 – 15 %</i>
<i>Leveransvillkor</i>	<i>10 – 15 %</i>

Viktningen av utvärderingskriterierna är således angiven i intervaller. Som ovan redogjorts för har Malmö stad, med olika resultat i fråga om vinnande anbudsgivare, genomfört två anbudsutvärderingar. Vid den första utvärderingen, den som föregick tilldelningsbeslutet av den 18 februari 2009, viktades pris till 80 %, sortiment till 10 % och leveransvillkor till 10 %. Menigo utsågs härvid till vinnande anbudsgivare. Vid den utvärdering som fö-

regick tilldelningsbeslutet av den 22 juni 2009, viktades pris istället till 70 %, sortiment till 15 % och leveransvillkor till 15 %. Den senare viktningen resulterade i att Servera utsågs till vinnande anbudsgivare.

Att för utvärderingskriterierna använda ett viktningsintervall är inte otillåtet så länge intervallet har en tillåten spridning. Genom att tillåta ett viktningsintervall har lagstiftaren lämnat utrymme för upphandlande myndighet att inom ramen för intervallet tillämpa en sådan viktning som, med anbudet i hand, visar sig resultera i att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utses.

Utvärderingen av anbudet och kriterierna för denna är förbehållen upphandlande myndighet. Frågan är då om en upphandlande myndighet, för det fall denna under ett pågående upphandlingsförfarande gör en ny utvärdering av inkomna anbud, agerar i strid med gemenskapsrätten och bestämmelserna i LOU när myndigheten vid den senare utvärderingen viktat utvärderingskriterierna annorlunda jämfört med hur de viktades vid den första utvärderingen.

Malmö stad hävdar att staden i samband med den andra anbudsutvärderingen upptäckte de felaktiga uträkningarna i underlaget, att en korrigerande av underlaget var nödvändig eftersom det bland annat skulle strida mot likabehandlingsprincipen att inte rätta felet samt att de ändrade siffrorna gjorde att viktningen kunde behöva göras om. Vid den anbudsutvärdering som gjordes på grundval av de nya siffrorna fann Malmö stad sedan att prisskillnaden mellan anbudet nu var så liten att kriteriet pris skulle viktas till 70 % och inte till 80 % som hade gjorts vid utvärderingen i februari 2009.

Att det matematiska fel Malmö stad hänför sig till förelåg vid den tidigare uträkningen har inte ifrågasatts av Menigo. Menigo menar emellertid att

det av Malmö stad angiva skälet till varför staden valde att vikta om från 80 % till 70 % är en efterhandskonstruktion.

Länsrätten konstaterar att en viktning innebärande att pris viktas till 70 %, sortiment till 15 % och leveransvillkor till 15 % står i överensstämmelse med vad som angetts i förfrågningsunderlaget i fråga om viktning samt att viktningen då den tillämpats gentemot båda anbudsgivarna i sig inte har förfördelat någon anbudsgivare. Eftersom utvärderingen av anbudet och kriterierna för denna är förbehållen upphandlande myndighet föranleder vad som förekommit inte bedömningen att Malmö stad, genom att tillämpa de aktuella viktningarna, har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att det finns skäl för ett ingripande enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Menigos ansökan om ett sådant ingripande ska därför avslås.

Särskilda upplysningar

Länsrättens interimistiska beslut av den 29 juni 2009 upphör härmed att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan angivna besvärstiden tre veckor.

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



Anders Granholm

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.