



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2011-06-01
Meddelad i Karlstad

Mål nr
134-11 E

SÖKANDE

Servera R&S Aktiebolag, 556233-2451, 112 89 Stockholm

MOTPARTER

1. Arvika kommun, 671 81 Arvika,
2. Eda kommun, Box 66, 673 22 Charlottenberg
3. Årjängs kommun, Box 906, 672 29 Årjäng

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-06-03	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 18 januari 2011 upphör i och med denna dom att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Arvika kommun, Eda kommun och Årjängs kommun (kommunerna) har tillsammans inlett en offentlig upphandling avseende "Livsmedel" (dnr 2010-124) i syfte att hitta en gemensam samarbetspartner och livsmedelsleverantör. Avtalstiden anges till den 1 maj 2011 till den 30 april 2013 med möjlighet till maximalt två års förlängning. Upphandlingen, som omfattar ramavtal med en leverantör för senare avrop av livsmedel, genomförs enligt bestämmelserna för öppet förfarande, och förfrågningsunderlag har annonserats den 23 december 2010. Sista anbudsdag angavs till den 15 februari 2011. Förvaltningsrätten beslutade interimistiskt den 18 januari att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslut har fattats.

Det kan här nämnas att kommunerna under år 2009 inledde en liknande upphandling, varvid denna domstol, efter överprövning påkallad av Servera, den 15 april 2010 i mål 859-10, förordnade att upphandlingen skulle

Dok.Id 33417

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.dom.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

göras om. Kammarrätten fastställde domen den 20 maj 2010, mål 2109-10, och Regeringsrätten meddelade inte prövningstillstånd.

Servera yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att förfrågningsunderlaget ska förklaras strida mot LOU, och därför ska upphandlingen göras om.

Kommunerna bestrider yrkandet att upphandlingen ska göras om.

Utvärderingsmodellen är, enligt punkten 2.17 i anbudsfrågan, det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris och kvalitet. Anbudet fastställs genom summan av 537 produkters pris. Dessa finns upptagna i en bilaga och utgör de mest frekventa produkterna. Härtill kommer ett par underkriterier, 5.1 och 5.2, för vilka redogörs nedan. Dessa underkriterier kan reducera summan av den beskrivna varukorgen.

I kravspecifikationen, punkten 4.2, angavs bl.a. följande.

Krav:

- Kommunerna kommer att kräva insyn i leverantörernas prissättning för de produkter som kommunen köper.
- Därav ska prisbilaga/prislista procentpåslag innehållande hanteringskostnad och vinst anges.
- Procentpåslaget kommer att sekretessbeläggas för samtliga anbud.
- Observera att en sekretessbeläggning inte garanterar att kommunen kan få en prövning och ett beslut som gör att handlingen blir offentlig.
- Procentpåslaget skall vara fast under hela avtalsperioden inklusive eventuell förlängningsperiod.
- Det procentuella påslaget får anges olika för de olika kategorierna men skall vara samma för produkter inom samma kategori, oavsett om de ingår i sortimentlistan eller inte.

- Procentpåslaget kommer inte att utvärderas.

I kravspecifikationen, punkten 5.1, angavs vidare följande.

Utvärderas:

- Bokning/reservation av produkter (gäller inte frukt och grönt) bör kunna ske t.ex. köttbullar till en specifik leveransdag angiven vecka.
- Ange i anbudet på vilket sätt sådan bokning/reservation fungerar om möjligt. Det ska framgå om förfarandet av bokning skiljer beroende på kategori.
- Om bokning/reservation är möjlig kommer anbudets totalsumma att reduceras med 900 000 kr i utvärderingen.

I kravspecifikationen, punkten 5.2, angavs bl.a. följande.

Utvärderas:

- Kommunen kräver att minst 1 person från leverantören ska ingå med befogenhet att besluta om sortiment, produkter, priser och arbetssätt.

Följande reduktion av anbudssumman kommer att ske:

- Utsedd ansvarig säljare och inköpsansvarig samt kravet på personen med befogenhet enligt ovan kommer att ge en reduktion av anbudssumman med 900 000 kr.
- Utsedd ansvarig säljare samt kravet på personen med befogenhet enligt ovan kommer att ge en reduktion av anbudssumman med 300 000 kr.

- Utsedd inköpsansvarig samt kravet på personen med befogenhet enligt ovan kommer att ge en reduktion av anbudssumman med 300 000 kr.
- Utsedd person enligt kravet på personen med befogenhet enligt ovan kommer att ge en reduktion av anbudssumman med 0 kr.

I förfrågningsunderlaget har kommunerna alltså sammanställt ett urval varor. Leverantörernas kostnader för dessa med reduktion för bokning och ansvarig säljare/inköpsansvarig enligt ovan med som mest (900 000 kr + 900 000 kr =) 1 800 000 kr skulle sedan jämföras, varvid det lägsta anbudet skulle antas.

Som grund för sin talan anför Servera i allt väsentligt följande.

Kommunerna har åsidosatt det krav på affärsmässighet som uppställs i 1 kap. 9 § LOU och detta medför att Servera kan komma att lida skada.

Utvärderingskriteriet pris

Kommunerna fortsätter att kräva full insyn i leverantörernas prissättning vilket framgår av punkt 4:2 i kravspecifikationen (se ovan). Detta innebär i praktiken att leverantörens framförhandlade netto röjs för hela marknaden. Kommunerna anger också att det inte är procentpåslaget som ska utvärderas, men de priser som ska lämnas i artikelspecifikationen är grossistens nettopris plus procentpåslag och det är denna uppgift som kommunerna är ute efter för att kontrollera att påslaget sker mot det nettopris som leverantören betalar. Sekretess utlovas men kan inte garanteras.

Trots skrivningen i förfrågningsunderlaget står det klart att det är procentpåslaget som är den avgörande faktorn vid utvärderingen av anbudet. Den efterfrågade beräkningsmodellen är förenad med stora svårigheter och merkostnader eftersom nettopriserna varierar hela tiden. Detta medför en särskild prislista om ungefär 20 000 artiklar för att kunna kontrollera att kommunernas inköpspris är anpassat till den ifrågavarande påslagsprocenten per varugrupp.

Undantag restaurangskolan

Kommunerna har under punkten 1.9 undantagit restaurangskolan i Eda från upphandlingen. med tanke på att Servera tillhandahåller 20 000 olika produkter borde detta motsvara även restaurangskolans behov. Detta förbehåll strider mot LOU: s likabehandlingsprincip.

Undantag kampanjpriser

Ett annat undantag gäller kampanjpriser. I punkten 9.3 stadgas att "Vid tillfällen då produkter i sortimentet annonseras till specialpris, kampanjpris etc. skall den produkt som uppfyller kravspecifikationen med lägsta pris efter rabatt och annonserat pris/kampanjpris levereras vid avrop." Här gäller alltså inte påslagsprocenten i avtalet. Detta gör det svårt att beräkna den i upphandlingen avgörande påslagsprocenten. Detta strider mot LOU: s proportionalitetsprincip.

Komplettering av beställning

Under punkten 10, om beställning, anges bland annat att "komplettering av beställning/order ska kunna göras senast kl 11.00 dagen före leverans". Detta villkor är diskriminerande för alla anbudsgivare i förhållande till dem som har kort väg till kommunerna. Normalt lämnas order till säljare två dagar före överenskommen leveransdag. Detta strider mot LOU: s likabehandlingsprincip innefattande icke-diskriminerings- och proportionalitetsprinciper. Kravet är högre än nöden kräver och anpassat till lokal leverantör.

Prisreducering pga. bokning och sortimentsråd

Av punkt 2.17 i anbudsförfrågan och punkt 5.1 i kravspecifikationen framgår att kommunerna, efter det att dessa först har sammanräknat priset på artiklarna i varukorgen med hjälp av påläggsprocenten per produktområde, ska tillämpa reduceringsmodellen med möjliga avdrag för bokningsmöjligheter av produkter och bemanning av sortimentsråd. Med bokning menas i detta fall inte normal beställning som görs två dagar före leverans utan i stället förbeställning av huvudkomponenter från den i förfrågningsunderlaget angivna sjuveckorsmatsedeln med angiven leveransdag eller vecka för den kommande perioden. Detta innebär att antagen leverantör måste binda volymerna för angivna produkter i eget lager fram till att uttag ska ske. Denna typ av reservation kräver otroligt stort utrymme för lagring, kostar stora pengar i räntor på varulager och är inte hanterbara i verksamheten då detta kräver ett varuflöde med stor flexibilitet och snabb omsättning. Vad Servera vet finns det idag ingen grossist som kan klara av att reservera varor på det sätt som kommunerna nu krä-

ver. Om detta var genomfört av offentlig marknad skulle grossisternas lagerhus idag vara tre gånger större.

Servera ställer sig frågande till hur kommunerna kommit fram till att denna del är värt ett avdrag om 900 000 kr i upphandlingen. Eftersom prisavdraget enbart användes vid utvärderingen har detta ingen som helst påverkan på upphandlingssyftet. Om någon beställd vara normalt av någon anledning tagit slut får ju kommunerna alltid samma pris på godkänd ersättningsvara. Detta utvärderingskrav strider mot proportionalitetsprincipen.

Av punkten 5.2 i kravspecifikationen framgår att kommunen kräver följande. Att minst en person ska ingå med befogenhet att besluta om sortiment, produkter, priser och arbetssätt. Om leverantören skickar med en ansvarig säljare med samma befogenhet leder detta till 300 000 kr i avdrag. Att detta även gäller om en inköpare med samma befogenhet även deltar. Att om man skickar ansvarig säljare och inköpare med samma befogenhet så leder detta till 900 000 kr i avdrag. Servera frågar sig hur kommunen har kommit fram till denna fördelning och dessa belopp. Servera frågar sig varför det blir ett avdrag om 600 000 kr om det är en säljare eller inköpare med i stället för en person. Servera frågar sig vidare på vilket sätt en inköpare och en säljare ska kunna påverka kostnaden för kommunernas livsmedel med 900 000 kr på ett år. Anbudsgivarna ska även ange namn på deltagarna och vilken roll och befogenhet personen har i organisationen, vilket ska utvärderas. Servera frågar sig hur kommunerna kan bedöma anbudsläggarnas medarbetare utifrån namn och befattning. Servera anser att denna bedömning är helt subjektiv. Servera ställer sig frågande till hur utvärderingen ska gå till då ingen i ett företag har all befogenhet att styra verksamheten förutom den verkställande direktören. Då kommunerna söker en samarbetspartner som även är konsult krävs andra kunskaper. Även om Servera lämnar namnuppgift och arbetsfunktion så kan inte detta ge tillräckligt underlag för den upphandlande myndigheten att bedöma personens kvalitet. Detta strider mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Kommunerna anför i allt väsentligt följande.

Utvärderingskriteriet pris

Enligt punkten 4.1 i kravspecifikationen ska pris per produkt anges och priset ska motsvara vad kommunerna ska betala inklusive hanteringskostnader och vinst, det vill säga fullt färdigt pris.

Eftersom kommunerna önskar följa upp fakturerade priser har kommunerna i punkten 4.2 i kravspecifikationen aviserat möjlighet till insyn i leverantörens prissättning för de produkter som kommunen köper och kommunerna har därför angivit att hanteringskostnader och vinst ska särredovisas med möjlighet till sekretess under de förutsättningar som råder inom offentlig verksamhet.

Av punkten 9 i avtalsmallen framgår att avtalade priser ska vara fasta men med möjlighet till justering inom vissa angivna prisjusteringsintervall. Däremot kommer det avtalade procentpåslaget att vara fast under hela avtalsperioden och multipliceras på de justerade priserna för produkterna.

Kommunerna önskar upphandla livsmedel och de tjänster som redovisas under punkterna 1.1 och 2.1 – 2.7 i kravspecifikationen. Något hinder för att upphandla såväl livsmedel som tjänster knutna till dessa leveranser föreligger inte. Anbudsgivarna har att bedöma komplexiteten i dessa tjänster och prissätta dem därefter som en del av procentpåslaget på kostnaden för livsmedlen. Det må så vara att vissa av dessa tjänster föranleder merarbete. Emellertid ges anbudsgivarna möjlighet att prissätta det påstådda merarbetet. Ett merarbete som dessutom är kalkylerbart. Servera har dessutom på några punkter hävdat att det inte är möjligt att utföra efterfrågad tjänst. Ingen annan leverantör har hittills i upphandlingen anfört att efterfrågad tjänst inte är möjlig att genomföra eller att den skulle vara oproportionerlig. Svaret på Serveras hänvisning till merarbete och omöjliga krav kommer vid anbudsöppningen. Om ingen anbudsgivare kan uppfylla kraven kommer kommunerna att få bita i det sura äpplet och göra om upphandlingen. Om däremot anbudsgivare uppfyller kraven kommer upphandlingen att kunna fullföljas enligt kommunernas intentioner, och konkurrensen har därmed fungerat.

Skälet till att kommunerna önskar en särredovisning av kostnaderna för produkten/artikeln är att kommunerna önskar ha möjlighet att följa upp och kontrollera produktkostnaderna. Det är nämligen produktkostnaderna som är rörliga. Kommunerna önskar vidare i möjligaste mån att begränsa de rörliga kostnaderna till förmån för fasta priser. Av det skälet har kommunerna begärt att kalkylerbara kostnader som inte är utsatta för prisfluktuationer liknande dem för livsmedel ska redovisas som fasta påslag på livsmedelskostnaderna. Dessa kostnader benämns hanteringskostnader. Därutöver har kommunerna också begärt ett procentuellt påslag för vinst. Dessa båda påslag ska redovisas sammanslagna varför det inte är möjligt för vare sig kommunerna eller konkurrenter att utläsa leverantörens vinst. Kommunen anser vidare inte att det föreligger någon risk för att leverantörens affärshemligheter röjs. För att begränsa rörligt pris har kommunerna valt att i kalkylerbara delar begära pris genom ett fast påslag för hanter-

ingskostnader på livsmedelskostnaderna. Påslaget ska, förutom hanteringskostnader, även innehålla påslag för vinst. Eftersom det är ett samlat påslag går vinstpåslaget inte att utläsa. I och med påslaget ges kommunerna möjlighet att följa upp och kontrollera den rörliga delen av priset. I delar där det föreligger verklig kommersiell sekretess finns möjligheter till att belägga sådana handlingar med sekretess om leverantören så begär. Dessutom sker uppföljning hos leverantören för att denne ska känna största möjliga trygghet i att känsliga uppgifter inte röjs.

Servera har vidare gjort gällande att kommunerna rör till begreppen och att systemet inte kommer att fungera. Dessa påståenden bestrids då det fullt färdiga pris som ska lämnas i anbudet ska gälla under de intervall som anges i punkten 9 och 9.1 i avtalsmallen. Om part aviserar önskemål om prisjustering enligt punkten 9.1 i avtalsmallen för viss eller vissa produkter ska leverantören visa sin kostnad exklusive påslag aktuell produkt. Om parterna därefter kan enas om nya priser kommer det fasta påslaget att läggas på den verifierande kostnaden och summan kommer att utgöra avtalat pris tills ny prisavisering görs enligt punkten 9.1.

Ifråga om påståendet att kommunerna kräver att få styra grossisternas sortiment förhåller det sig så att kommunerna som köpare önskar komma överens om produktförändringar till kommunerna och ha en kontinuerlig dialog med leverantören under avtalstiden, allt i syfte att optimera kvalitet och ekonomi. Punkt 2.1 i kravspecifikationen ska ses utifrån aspekten samverkan mellan beställare och leverantör. Vad grossisterna tillhandahåller övriga kunder har kommunerna inga synpunkter på. Kommunerna har naturligtvis intresse av att medverka vid produktförändringar som berör kommunerna. Avtalsvillkoret står därför inte i strid med LOU, dessutom är villkoret i punkten 2.1 inte ovillkorligt.

Undantag restaurangskolan

Det står upphandlare fritt att undanta vissa produkter eller leveranser från en upphandling så länge den upphandlande myndigheten är tydlig. Detta villkor står således inte i strid med LOU.

Undantag kampanjpriser

Det ligger i sakens natur och omfattas av avtalad ersättning att leverantören bevakar och avropar mot de kampanjpriser som är förmånligare än gällande priser. Detta är ett tydligt villkor, och det strider inte mot LOU.

Komplettering av beställning

Av punkten 10.1 i avtalsmallen framgår att beställning eller bokning ska kunna ske enligt anbudet. Det är således anbudsgivaren som i sitt anbud anger beställningsförutsättningarna. Vidare ska leverans, enligt punkten 11.3 i avtalsmallen, ske två dagar efter beställning. Bestämmelsen om komplettering utgår således en undantagsbestämmelse som har tillämpats och fungerat under lång tid. Tidpunkten ska vara kl 10. Presumptiva anbudsgivare kommer i föreskriven ordning att underrättas om detta. För kommunerna är det av betydelse att kunna göra kompletteringar dagen före leverans, varför påståendet om diskriminering bestrids.

Prisreducering pga. bokning och sortimentsråd

Utvärderingskriteriet kvalitet är indelat i två underkategorier, bokning av produkter och leverantörens bemanning av sortimentsråd. I punkterna 5.1. och 5.2 i kravspecifikationen har kommunerna redovisat hur utvärderingen av dessa underkriterier kommer att utföras och vad som krävs för att uppnå en viss summa, maximalt 900 000 kr per underkriterium.

Utvärderingen sker enligt punkten 2.17 i anbudsförfrågan med den så kallade reduceringsmodellen. Den innebär att respektive anbudsgivares pris reduceras med belopp motsvarande respektive anbudsgivares uppnådda värde för underkriterierna bokning av produkter och bemanning av sortimentsråd.

För kommunerna är det av betydelse att kunna planera sin matsedel. Av punkten 5.1. i kravspecifikationen anges att bokning eller reservation av produkter bör kunna ske till en specifik leveransdag en angiven vecka. Önskemålet som utvärderas har ekonomisk betydelse för kommunerna. Om bokning kan göras till en specifik leveransdag en angiven vecka underlättas kommunernas planering väsentligt. Värdet har uppskattats till 900 000 kr, det vill säga omkring 9 procent. Servera har anfört att ingen grossist klarar bör-kravet. Om så är fallet kommer ingen anbudsgivares pris att reduceras med 900 000 kr. Hittills har ingen annan leverantör meddelat att bör-kravet inte kan uppfyllas. Kommunerna kan inte vitsorda att bör-kravet inte kan uppfyllas och att det står i strid med principen om proportionalitet.

Vad gäller värdet av underkriterierna bokning av produkter och leverantörens bemanning av sortimentsråd kan dessa kriterier sammanlagt ge ett maximalt utfall på 1 800 000 kr vilket beräknas motsvara omkring 18 procent av den prissatta produktbilagan. Omsatt till traditionell viktning representerar priset omkring 82 procent och kvalitet

18 procent, det vill säga pris utgör det i allt överskuggande utvärderingskriteriet.

Sortimentsråd behandlas, utan att det uttryckligen anges som sortimentsråd, under punkten 2.1 i kravspecifikationen. Sortimentsrådet är av betydelse för såväl kommunerna som antagen leverantör. I rådet ska bl.a. diskuteras, och om möjligt beslutas, om produktförändringar. Information ska också lämnas kontinuerligt om nya produkter, allt i syfte att kommunerna ska erhålla de bästa produkterna vid en sammanvägning av pris och kvalitet. Kommunerna har bedömt det partsgemensamma sortimentsrådet som så viktigt att ett icke fungerande råd ger rätt för part att med sex månaders varsel säga upp avtalet. Av betydelse är därvid hur sortimentsråd bemannas från leverantörens sida. Om rådet av leverantören kommer att bemannas med en ansvarig säljare och en inköpsansvarig förutsätter kommunerna att det kommer att få de bästa råd som kan förväntas i och med att den inköpsansvarige har god kännedom om marknaden och nya produkter medan säljaren förväntas ha god kännedom om vad som är på gång beträffande kampanjpriser och vilka andra erbjudanden som kan lämnas till kommunerna. Det är helt enkelt fråga om att premiera den leverantör som avser att höja kompetensen i sortimentsrådet genom att avsätta en inköpsansvarig och ansvarig säljare i rådet. Premien 900 000 kr respektive 300 000 kr i utvärderingen står därmed inte i strid med LOU.

Servera anför i svar huvudsakligen följande.

Utvärderingskriteriet pris

Utvärderingsmodellen bygger på ett urval om 537 produkter, av vilka 96 stycken kan sägas vara lika då de skiljer sig åt endast i fråga om förpackningens storlek. Kommunerna uppger att de handlar omkring 1 900 olika produkter, varför de 441 produkterna i varukorgen utgör 23 procent av produkterna. Kommunerna har angett att procentpåslaget för produkterna i varukorgen ska gälla ska gälla varugrupsvis för samtliga produkter som leverantören tillhandahåller. Detta tvingar en leverantör att hålla en enskild prislista för kommunerna på hela sitt sortiment. Normalt sköts detta med en avtalsprislista på 800 – 1 200 produkter samt en rabatt på övrigt sortiment. I Serveras fall skulle det innebära en särskild prislista på 28 000 artiklar. Detta strider mot proportionalitetsprincipen.

Kommunerna anser att ett nytt inköpsätt skulle verka mot ovälkomna prisökningar. Priserna styrs dock av tillgång och efterfrågan på världsmarknaden, oavsett vilken producent det är som tillverkar pro-

dukten. Vid en prisjustering påverkas givetvis nettopriset hos leverantören och därmed även hos kommunen när procentpåslaget läggs på.

Vad gäller utvärderingskriteriet pris ifrågasätter Servera kommunernas uttalande att ingen annan leverantör hittills i upphandlingen har anfört att efterfrågad tjänst inte skulle vara möjlig att genomföra eller vara oproportionerlig. Efter vad Servera förstår finns det ingen anledning för någon leverantör att ställa frågor om detta då kommunerna informerat alla som hämtat anbudsfrågan om att upphandlingen ska överprövas.

Att kommunerna önskar en särredovisning av kostnaderna för produkten eller artikeln anser Servera innebära att leverantören måste ha helt öppna böcker för kommunen. Samtidigt skriver kommunerna att sekretess inte skulle beviljas efter ett eventuellt överklagande till kammarrätten. Här gör kommunerna en egen bedömning utan att ta hänsyn till vilka stora risker som antagen samarbetspartner kan komma att utsättas för. Dessutom är detta krav praktiskt omöjligt att kontrollera. Att i en upphandling ställa så stora och okontrollerbara krav kan inte anses affärsmässigt och måste anses strida mot proportionalitetsprincipen. Vad kommunerna önskar är en särredovisad kostnad för produkter, och det är detta som samtliga grossister erbjuder idag genom att i samband med prisförändringar redovisa underlag för dessa genom att bifoga producenternas prisändringsunderlag till grossist. Enklare och mer riktigt kan det inte bli.

Undantag kampanjpriser

Om priset blir lägre än avtalspris medför det en lägre påslagsprocent än den som kommunerna garanterar i upphandlingen och den vinst som skulle uppstå för leverantören försvinner. Detta strider mot transparensprincipen i LOU; upphandlingen ska präglas av förutsägbarhet och öppenhet.

Prisreducering pga. bokning och sortimentsråd

Kommunerna anger inte hur de kommit fram till att kravet är värt 900 000 kr i avdrag vid utvärdering. Detta verkar i stället vara taget ur luften för att få stor inverkan. Servera har tidigare ställt en mängd frågor om sortimentsrådet, men kommunerna besvarar inte detta utan återger bara vad som tidigare angivits i förfrågningsunderlaget. Att bedöma olika befattningshavare i olika kombinationer, och att dessutom jämföra dem med andra personer i kombination med andra företag är inte relevant. Kommunerna anger inte heller vare sig i för-

frågningsunderlaget eller i svaret till förvaltningsrätten hur detta ska gå till rent praktiskt.

Kommunerna anger i anbudsfrågan att anbudsprovning ska ske i två steg. Steg 1 utgörs av uteslutning och kvalificering. Steg 2 utgörs av utvärdering. I steg 1 ska formella krav kontrolleras och anbudsgivarens lämplighet ska bedömas vad gäller registrering, ekonomisk ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. I steg 2 ska det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. I steg 2 anger vidare kommunerna att man först ska sammanräkna det totala beloppet enligt reduceringsmetoden för den kvalitetsbedömning som anges. Servera har funnit följande rättspraxis gällande utvärdering. Kvalitet kan användas som urvalskriterium vid kvalificering av anbudsgivare så länge de grundläggande principerna följs; hänsyn ska dock tas till det som upphandlas. Kvaliteten kan även, enligt 12 kap 1 § LOU, utgöra ett tilldelningskriterium och vara tillåtet om det är kopplat till föremålet för upphandlingen. Det är alltså viktigt att skilja på kvaliteten på anbudsgivaren i fråga, det vill säga i fråga om bl.a. ekonomisk och finansiell ställning och kvaliteten på föremålet för upphandlingen. Det är alltså inte tillåtet att sammanblanda kriterierna vid kvalificerings- respektive utvärderingsfasen. Förhållandet mellan urvals- och tilldelningskriterier har prövats i mål C-532/06, där det framgår att upphandlande myndighet i kvalificeringsfasen ska kontrollera anbudsgivarens lämplighet avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet, medan tilldelning av kontraktet däremot ska genomföras med hänsyn till lägsta pris eller det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett bra utförande av upphandlingen ifråga inte kan anses vara tilldelningskriterier utan i stället urvalskriterier. Kommunerna har i denna upphandling valt att göra sin kvalitetsutvärdering av leverantörer som tilldelningskriterium och anger att de tänker genomföra den i tilldelningsfasen. Både kvalitetspunkterna bokning av produkter och leverantörens bemanning av sortimentsråd måste, med hänsyn till EU-domstolens avgöranden, göras under kvalificeringsdelen av utvärderingen. Båda punkterna är en klar bedömning av leverantörens kapacitet och resurser. Kommunernas utvärdering av kvalitet görs alltså i tilldelningsfasen, med hög prispåverkan, i stället för att utföras i kvalificeringsfasen

Kommunerna anför härefter huvudsakligen följande.

Utvärderingskriteriet pris

Kommunerna har begärt att vinst och de kalkylerbara kostnaderna som inte är utsatta för prisfluktuationer ska redovisas med som ett fast procentpåslag. Ett sådant krav står inte i strid med LOU. Att kommunerna därutöver önskar att antagen leverantör ska verifiera sina rörliga kostnader står inte heller i strid med LOU.

För kommunernas del är det angeläget att kunna följa upp priserna på avtalade artiklar, särskilt som dessa är rörliga vilket framgår av punkten 9.1 i avtalsmallen. Det är ingen omöjlig uppgift och inte något oproportionerligt krav från kommunernas sida att den leverantör som erhåller uppdraget ska hålla prislistor för de produkter som kommunerna avtalat om. Arbetet med att hålla prislistor för kommunerna är kalkylerbart och därför prissätts inom ramen för påslaget. Kommunerna har en fortlöpande dialog med företrädare inom branschen. I den dialogen har kommunerna uppfattat att vissa leverantörer tillämpar listor med procentpåslag, andra inte. Kravet står inte i strid med proportionalitetsprincipen.

Servera har uppehållit sig vid att antagen leverantör ska verifiera sina kostnader för den rörliga delen av avtalet. Det är ingalunda anmärkningsvärt att en kund som köper mot rörligt pris önskar att leverantören verifierar sina kostnader. Mot bakgrund av att kommunerna avser att göra prisuppföljning på plats hos leverantören utan möjlighet att ta med sig något material från leverantören och då förutsättningar för kommersiell sekretess föreligger, för det fall att procentpåslaget ska anses utgöra en affärshemlighet, kan kommunerna inte se att kravet på att leverantören ska verifierar sina rörliga priser står i strid med LOU. Kravet är inte okontrollerbart.

Det är i och för sig riktigt att vissa grossister, dock inte alla, presenterar producenternas prisändringsunderlag för kunder med rörligt pris. Emellertid är det inte möjligt för köparna att kontrollera att den prishöjning som grossisten gör med producenternas redovisade påslag endast avser producentens pris och inte även grossistens övriga kostnader. Det är just det som saken gäller. Kommunerna önskar ett fast påslag för grossistens kalkylerbara kostnader och vinst samt rörligt ersättning för själva produkten som är utsatt för prisfluktuationer. Först därigenom är det möjligt att kontrollera att påslaget endast görs på producentens prishöjning och inte på den kalkylerbara fasta kostnaden.

Av punkten 2.1 i kravspecifikationen framgår att parterna ska samverka och att gemensamma träffar ska hållas vid vilka bl.a. produktförändringar ska diskuteras. Däremot är kommunerna inte beredda att godta att avtalade produkter fritt får bytas ut. Byte ska ske i samråd. Exempelvis kan det inte godtas att en produkt av viss kvalitet byts ut mot en produkt med annan kvalitet. Kravet på samrådet är dock inte ovillkorligt. Om till exempel en producent slutar att tillverka en produkt eller om en produkt återkallas får den naturligtvis ersättas av annan. Kontentan är att så länge som en avtalad produkt finns på marknaden krävs det att parterna enas i ett samråd för att aktuell produkt ska få bytas ut. Kravet är i högsta grad rimligt.

Undantag restaurangskolan

Det kan tilläggas att sättet för upphandling av undantagna produkter inte ska prövas i detta mål utan får i så fall göras den dag kommunen gör ett särskilt köp till restaurangskolan.

Undantag kampanjpriser

Merparten av de artiklar som kommer att ingå i avtalet kommer inte att avropas, varför kampanjpriser endast undantagsvis blir aktuella. Kommunernas erfarenhet är att avrop sällan görs mot kampanjpriser. Enligt kommunerna saknar bestämmelsen om kampanjpriser betydelse för procentpåslagets storlek.

Prisreducering pga. bokning och sortimentsråd

Servera gör gällande att utvärderingskriteriet kvalitet med underkriterierna bokning av produkter och bemanning av sortimentsråd egentligen utgör urvalskriterium vid kvalificering av anbudsgivare. Detta bestrids. Det är av ekonomisk betydelse att bokning eller reservation av produkter kan ske till en specifik leveransdag en given vecka. Kriteriet har ett direkt samband med kontraktsföremålet livsmedel. Kommunerna fäster också vikt vid hur sortimentsrådet blir sammansatt och förutser såväl kvalitetsmässiga och ekonomiska resultat av arbetet i rådet, det vill säga sammansättningen av sortimentsrådet kommer att få betydelse för uppdragets genomförande och är därigenom ett typiskt utvärderingskriterium. Kommunen åberopar två avgöranden från EU-domstolen.

Servera anför i svar huvudsakligen följande.

Prisreducering pga. bokning och sortimentsråd

Kommunerna har inte besvarat hur man kommit fram till angivna belopp i utvärderingen. Om upphandlingen ska utvärderas med hjälp av två gånger 900 000 kr i avdrag för förbokning och sortimentsrådets sammansättning är de lämnande anbudspriserna utan betydelse i utvärderingen. Normalt är prisskillnaden mellan grossisterna mindre än 500 000 kr vid denna storlek av upphandling. Att vikta upphandlingen så att den ska utvärderas på två antagna uppskattningar strider mot proportionalitetsprincipen i LOU. Upphandlingen brister även i förutsägbarhet i denna del.

Kommunen anför i svar huvudsakligen följande.

Utvärdering

Maximalt reduceringspris har bestämts utifrån en skälighetsbedömning av värdet av underkriterierna för kommunerna motsvarande omkring 18 procent av upphandlingens värde enligt den prissatta produktbilagan.

DOMSKÄL

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, ska rätten enligt 16 kap. 2 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 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 iakt-
tas.

För offentlig upphandling gäller kraven på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Utvärderingsmodellen ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

Det måste alltså ligga i allas intresse att upphandlingen som har sin grund i förfrågningsunderlaget är tydlig och enkel att administrera. Detta förutsätter intresse och lyhördhet när det gäller avtalspartens behov och förutsättningar.

Allmänt sett kan sägas att det finns skäl att i varje fall utgå från att Serveras kritik är saklig med tanke på dels att överprövningen inte gäller ett tilldelningsbeslut, dels att Servera är en stor aktör på den ifrågavarande marknaden.

Utvärderingskriteriet pris

I förfrågningsunderlaget har en varukorg angetts omfattande de mest frekvent inköpta artiklarna. Påslaget som anges där ska i förlängningen gälla för liknande varor i hela sortimentet. Kommunerna har förbehållit sig rätten att ta del av handlingar m.m. för att kunna kontrollera att prissättningen upprätthålls. Servera har invänt att detta medför ett stort merarbete, som innebär bland annat en särskild prislista för kommunerna, en prislista som dessutom regelbundet måste uppdateras. Vidare har Servera motsatt sig insyn i sådant som faller under affärshemligheter.

Det är givetvis riktigt som kommunerna framhåller, att dessa merkostnader kan beaktas vid anbudsgivningen. Emellertid måste, enligt proportionali-

tetsprincipen, kraven i förfrågningsunderlaget stå i rimlig proportion till det som ska upphandlas.

Upplägget med en varukorg innefattande de i detta fall mest frekventa artiklarna är en utmärkt utgångspunkt. Såsom Servera anfört är emellertid en tänkbar alternativ modell att en angiven rabattsats får avse resterande sortiment.

Kommunerna har anfört att man önskar en särredovisning av kostnaderna för en produkt eller artikel för att kunna kontrollera produktkostnaderna. Därutöver har också kommunerna begärt ett procentuellt påslag för vinst. Dessa påslag ska redovisas sammanslagna, varför det inte är möjligt för vare sig kommunerna eller konkurrenterna att utläsa leverantörens vinst. Enligt förvaltningsrättens mening utgör dock en sådan procentuell storhet, som sammantaget redovisar en leverantörs produkters kostnadsstruktur och vinstmarginal, vad som normalt är att anse som affärshemligheter. Enligt förvaltningsrättens mening är kravet därför både av konkurrensbegränsade karaktär – leverantörer kan välja att avstå från att lämna anbud – och direkt oproportionerligt i förhållande till upphandlingens syfte. En utvärdering bör göras utifrån de offererade priserna jämförda med varandra.

Den prismodell som kommunerna tillämpar framstår även som onödigt komplicerad och arbetskrävande, varför modellen, enligt rättens uppfattning, strider mot den angivna proportionalitetsprincipen, en av LOU: s grundläggande principer.

Undantag restaurangskolan

När det härefter gäller restaurangskolan, så kan det i detta mål ifrågasättas om det framkommit tillräckliga skäl att dessa inköp skulle undantas från upphandlingen.

Undantag kampanjpriser

Ett annat undantag som ifrågasatts gäller kampanjpriser. Så länge det tydligt anges i förfrågningsunderlaget och inte framstår som vare sig oproportionerligt eller diskriminerande hur dessa fall av prissättning ska hanteras, så ser rätten inget hinder mot att särskilda förbehåll görs beträffande dessa.

Komplettering av beställning

Kravet att en beställning ska kunna ändras eller kompletteras senast kl 10.00 dagen före leverans måste uppfattas som diskriminerande för anbudslämnande leverantörer i förhållande till det avstånd dessa har till kommunerna.

Prisreducering pga. bokning och sortimentsråd

Servera har anfört att kommunerna sammanblandat kvalificerings- och utvärderingskriterier när man under själva utvärderingen (punkten 2.7 i anbudsförfrågan) definierar kvalitet som bokning av produkter och bemanning av sortimentsråd. Kommunerna har i svar anfört att bokning av produkter är av ekonomisk betydelse respektive att bemanning av sortimentsråd kommer att få betydelse för uppdragets genomförande och att detta då är ett typiskt utvärderingskriterium. Av EG-domstolens avgörande C-532/06 framgår bl.a. följande. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra ”kriterier för tilldelning”. Enligt förvaltningsrättens mening utgör kriterierna bokning av produkter och bemanning av sortimentsråd huvudsakligen en bedömning av just anbudsgivarens förmåga att utföra projektet. Att dessa kriterier visserligen till dels kan sägas ha ekonomisk betydelse föranleder inte till någon annan bedömning. Måhända vore det bättre att stanna vid ett

skall-krav om att en person från leverantören ska ingå med befogenhet att besluta om sortiment, produkter, priser och arbetssätt. Det torde ligga i bådas intresse att leverantören därvid utser en tillräckligt kompetent person med erforderlig behörighet. Härtill kommer att prisavdraget kan komma att få stor, för att inte säga avgörande, betydelse, varför stora krav på tydlighet i syfte att vinna förutsebarhet hade krävts i denna del, särskilt när det gäller bokningsdelen.

När det gäller bokningsdelen bör vidare följande framhållas. Servera har invänt att kommunerna med detta inte avsett normal beställning som görs två dagar före leverans utan i stället förbeställning av huvudkomponenter från den i förfrågningsunderlaget angivna sjuveckorsmatsedeln med angiven leveransdag eller vecka för den kommande perioden. Servera har även anfört att detta får till innebörd att leverantören måste binda volymer på ett kostsamt vis, varför detta kriterium är oproportionerligt. Kommunerna har invänt att det är anbudsgivaren som anger beställningsförutsättningarna. Enligt förvaltningsrättens mening framgår det dock inte med tydlighet vilken den närmare innebörden är av det krav som kommunerna ställer under punkten 5.1 i kravspecifikationen. Med beaktande av att kravet renderar en i sammanhanget ansevärd reduktion, och den omständigheten att bokning eller reservation av varor till *specifik leveransdag en angiven vecka* inte innefattar erforderliga datum- eller tidsintervaller, finner förvaltningsrätten att utvärderingsmodellen brister i transparens och förutsebarhet och att den således inte kan anses förenlig med bestämmelserna i LOU.

I fråga om sortimentsrådet vill rätten tillägga följande. Det framgår inte med erforderlig tydlighet vad som särskiljer de olika graderna av reduktion med beaktande av angivna befattningar och befogenheter. Det alternativ för bemanning av sortimentsrådet som föranleder en reduktion om 0 kr synes innefatta samma befogenhetskrav som det alternativ som föranleder en reduktion om 900 000 kr då kravet *med befogenhet enligt ovan* är konstant i den

angivna reduceringshierarkin. Utvärderingsmodellen brister därmed i transparens och förutsebarhet och kan inte anses förenlig med bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrätten finner sålunda att dessa kriterier som syftar till prisreduktion strider mot ifrågavarande lagstiftnings syften.

Sammanfattning

Med den kritik som riktats mot underlaget för upphandlingen finner rätten att bristerna såväl var för sig som sammantagna strider mot LOU:s grundläggande principer. Detta medför åtminstone risk för skada för de leverantörer som kan komma att ge in anbud. Tillräckliga skäl föreligger sålunda att förordna att upphandlingen ska göras om.

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



Lennart Furufors

Målet har beretts av förvaltningsrättsnotarien Henrik Melin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU