



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-06-13
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
2705-11
Enhet 1

SÖKANDE

Menigo Foodservice AB, 556044-4647

Ombud: advokaten Liselott Fröstad och jur.kand. Håkan Andersson
c/o Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPARTER

Landstinget Västmanland
Uppsala läns landsting

Genom: Gemensamma kostnämnden
Västmanlands läns landsting
Box 3043
721 89 Västerås

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-06-15 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Landstingens Västmanland och Uppsala län upphandling avseende frysta livsmedel, dnr KOST110010

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår begäran om överprövning.

Dok.Id 33705

| | | | | |
|---|--------------------------------------|---|--------------------------------|--|
| Postadress Box 1853 751 48 Uppsala | Besöksadress Kungsgatan 49 | Telefon 018-16 73 00 E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se | Telefax 018-16 73 43 | Expeditionstid måndag – fredag 08:30-12:00 13:00-16:30 |
|---|--------------------------------------|---|--------------------------------|--|

BAKGRUND

Landstingen Västmanland och Uppsala län, genom Gemensamma kostnämnden (nämnden) har med användandet av ett öppet upphandlingsförfarande begärt in anbud på ramavtal för avrop av frysta livsmedel för den del av nämndens verksamhet som förs i Västerås. Ramavtalet löper över två år med möjlig förlängning av den upphandlande myndigheten på två år. Sista dagen för att inge anbud är den 16 maj 2011. Utvärderingsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga budet.

YRKANDEN

Menigo Foodservice AB (bolaget) begär överprövning och yrkar att nämndens upphandling av frysta livsmedel görs om.

Nämnden bestrider bifall till bolagets yrkande.

GRUNDER M.M.

Bolaget anför bl.a. följande. Vad gäller utvärderingen av anbuden ska från det framräknade anbudspriset göras avdrag efter hur anbudsgivarnas referenser utvärderas. Maximalt avdrag uppgår till ca 20 procent av värdet. I anbuden ska anges två referenser. Om Landstinget i Västmanland har varit kund de senaste fem åren måste en av dessa referenser vara landstinget, d.v.s. den upphandlande myndigheten. Detta innebär att nämnden utifrån sin egen bedömning av leverantörerna styr över ett avdrag på så mycket som tio procent av anbudssumman. Anbudssummorna i livsmedelsupphandlingar skiljer sig sällan åt mer än någon enstaka procent. En skillnad i avdrag på tio procent utgör en så stor skillnad mellan anbuden att den är direkt avgörande för vilket anbud som antas. För att LOU:s krav på transparens ska vara uppfyllt måste det vara förutsägbart för varje potentiell anbudsgivare vilka kriterier som läggs till grund för bedömningen i utvärderingen. Det måste vara tydligt presenterat i förfrågningsunderlaget hur referenstagningen ska genomföras och hur bedömningen av referenserna görs. Genom att de anbudsgivare som har haft kontakt med nämnden - vil-

ket i vart fall de större leverantörerna på marknaden haft - måste ange denna som referens kontrollerar den upphandlande myndigheten bedömningen av anbudsgivarnas kvalitet till hälften. Nämnden har därmed i praktiken förbehållit sig fri prövningsrätt eftersom denna del av kvalitetsutvärderingen är direkt avgörande för tilldelningen. Objektiviteten eller godtyckligheten i nämndens bedömning kan inte kontrolleras eller prövas eftersom några sådana kriterier att följa vid utvärderingen inte uppställts i förfrågningsunderlaget. Nämnden kan således på godtyckliga grunder fritt bestämma vilken anbudsgivare som ska tilldelas kontrakt. Det är inte förenligt med de gemenskapsrättsliga principerna i LOU.

Vidare kan det, till följd av förfrågningsunderlagets utformning, inte med säkerhet sägas att den redovisade modellen för referenstagning är uttömmande. Den upphandlande myndigheten skulle således kunna anföra att det rört sig om ett exempel på hur referenstagningen ska ske och på så sätt lägga fler kriterier till grund för sin bedömning än vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Därmed har anbudsgivarna inte möjlighet att utforma sina anbud på mest konkurrenskraftigt sätt. Förfrågningsunderlaget brister därmed i förutsägbarhet på ett sådant sätt att de grundläggande principerna för upphandling inte är tillgodosedda.

För att påtala att upphandlingen genomförs i strid med LOU samt skälen härför skickade bolaget ett brev till nämnden den 10 maj 2011. Nämnden svarade att endast frågor som "förtydligar förfrågningsunderlaget" kommer att besvaras och publiceras enligt rutinen för frågor och svar. Bolaget har i detalj beskrivit de brister som föreligger i förfrågningsunderlaget, bl.a. bristen på förutsägbarhet, och bolagets framställning har i högsta grad haft till syfte att erhålla ett förtydligande av underlaget. Trots detta har nämnden inte besvarat bolagets brev publikt. Att något förtydligande i förfrågningsunderlaget inte skett innebär dels att bolaget inte behandlats lika med övriga anbudsgivare, vilka fått sina frågor besvarade, vilket innebär en snedvridning av konkurrensen i upphandlingen, och dels att otydligheterna

kvarstår. Även om risken är övervägande för att ett sådant förtydligande skulle innebära betydande ändringar av förfrågningsunderlaget, och därmed vore oförenligt med LOU, så hade nämnden i vart fall haft möjlighet att undanröja bristerna i transparens i upphandlingen.

Med hänvisning till det ovan anförda riskerar bolaget, som har för avsikt att lämna anbud i upphandlingen, att lida skada.

Nämnden anför bl.a. följande. Så länge det framgår att referenstagningen sker på ett objektivt sätt så att inte de grundläggande principerna om likabehandling träds för när, finns det inget som hindrar en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser i utvärderingen (se Kammarrättens i Göteborg dom den 18 november 2010, mål nr 2504-10). I det aktuella förfrågningsunderlaget framgår vad som kommer att tillmätas betydelse i referenstagningen samt hur detta kommer att poängsättas. I förfrågningsunderlaget anges ordagrant den fråga, i form av ett påstående, som kommer att ställas till respektive referent. Dessutom redovisas de omdömen som respektive referent har möjlighet att lämna i sin bedömning av påståendet, med angivande av vilka avdrag som viss bedömning genererar. Av svaret på fråga 10, publicerad den 13 maj 2011, framgår att endast den fråga som finns angiven i punkt 7.2 i Bilaga 1, Allmänna föreskrifter, kommer att ställas till referenterna. Principen om likabehandling har därmed iakttagits när det gäller kommunikeringen under anbudstiden. Det föreligger därmed inte några oklarheter kring vad leverantörerna skulle komma att förutse kring bedömningen av utvärderingen. Förfrågningsunderlaget måste anses vara tillräckligt tydligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Bestämmelsen i 8 kap. 9 § andra stycket LOU angående kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget ger inte leverantörerna en ovillkorlig rättighet att få alla ställda frågor besvarade utan endast sådana som

ger kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget. Bolaget har uttryckt ett behov av att ha en dialog med den upphandlande myndigheten i syfte att påverka förfrågningsunderlagets innehåll. Att inleda en sådan dialog skulle få stora drag en förhandling. En upphandling som genomförs enligt bestämmelserna för öppen upphandling medger inte förhandlingar med enskilda leverantörer, vare sig före, under eller efter upphandlingen. Samtliga förtydliganden föranledda av inkomna frågor och synpunkter har meddelats genom publicering av frågor och svar på sådant sätt att alla intresserade leverantörer kunnat ta del av dessa. De enstaka frågor som inte har föranlett förtydligande eller komplettering av förfrågningsunderlaget har inte publicerats.

Bolaget vidhåller vad som framförts i ansökan om överprövning.

DOMSKÄL

Tillämpliga 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. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen i målet

I de administrativa föreskrifterna anges bl.a. följande.

7. Utvärdering av anbud

De anbud som uppfyller de krav som ställts ovan, kommer därefter att utvärderas med avseende på nedanstående kriterier för att bedöma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för Köparen.

7.2 Leveranssäkerhet

Anbudsgivaren ska nedan ange två referenser (uppdragsgivare) som anbudsgivaren tidigare har utfört liknande uppdrag åt under den senaste femårsperioden. Om anbudsgivaren under denna tidsperiod utfört uppdrag av liknande art åt Landstinget Västmanland ska Köparen anges som referens för ett av nedanstående uppdrag.

Referensernas kontaktpersoner kommer att tillställas frågor, i första hand via e-post. Om så behövs kommer telefon att användas. I sista hand får anbudsgivaren själv kontakta angiven kontaktperson för att få denne att besvara frågorna. Svaret kommer att vara del av bedömningen av den kvalitet som anbudsgivaren erbjuder sig att leverera. Köparen beräknar att referensernas kontaktpersoner kommer att kontaktas i början av juni 2011.

Vid utvärderingen har anbudsgivaren möjlighet att erhålla avdrag på anbudspriset enligt nedan beskrivna modell. En förutsättning för att erhålla prisavdrag är att kontaktpersonerna är nåbara och godkänner att efterfrågade uppgifter lämnas. Anbudsgivaren ansvarar för att kontaktpersonerna är tillfrågade, har möjlighet att avge ett referensutlåtande på svenska och har godkänt att uppdraget återopas. Om Köparen efter upprepade försök, inte kan nå lämnade kontaktpersoner kommer anbudet att erhålla 0 kr i prisavdrag.

Nedanstående aspekt ska bedömas av kontaktpersonerna. Kontaktpersonen ska ta ställning till ett påstående genom att svara instämmer, instämmer delvis eller instämmer inte. Varje påstående som kontaktpersonen besvarar kommer att värderas av Köparen enligt nedan.

| Aspekt | Påstående | Referents bedömning | Värde avdrag |
|---------------------|--|---------------------|--------------|
| 1. Leveranssäkerhet | Anbudsgivaren kommer att kunna erbjuda en hög leveranssäkerhet för det aktuella uppdraget, vilket innebär att rätt vara levereras i rätt antal vid rätt tid till rätt plats. | Instämmer | 2 000 000 kr |
| | | Instämmer delvis | 1 000 000 kr |
| | | Instämmer inte | 0 kr |

Ett medelvärde räknas fram för de två referenterna och det maximala avdraget som kan uppnås är 2 000 000 kronor.

I Frågor och svar från den 13 maj 2011 anges bl.a. följande.

Fråga 10

Kommer ni att ställa fler frågor till referenspersonerna än den fråga om leveranssäkerhet som finns angiven i punkt 7.2 i bilaga 1, Allmänna föreskrifter?

Svar fråga 10

Nej. Endast den fråga som finns angiven i denna punkt kommer att ställas.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om nämnden vid upphandlingen avseende frysta livsmedel har brutit mot någon bestämmelse eller princip i LOU på de grunder bolaget har anfört och om dessa eventuella brott föranleder att upphandlingen ska rättas alternativt göras om. En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är vidare att bolaget har, eller i vart fall riskerat, att lida skada till följd av förfarandet.

Bolaget har anfört att utvärderingsfasen i upphandlingen strider mot de grundläggande principerna i LOU och bl.a. gjort gällande att den upphandlande myndigheten, genom att de anbudsgivare som har haft kontakt med nämnden måste ange denna som en av två referenser, kontrollerar bedömningen av anbudsgivarnas kvalité till hälften och att nämnden därmed i praktiken förbehållit sig fri prövningsrätt. Enligt bolaget kan inte objektiviteten eller godtyckligheten i nämndens bedömning kontrolleras eller prövas eftersom några sådana kriterier att följa vid utvärderingen inte uppställts i förfrågningsunderlaget. Vidare har bolaget anfört bl.a. att nämnden brutit i rutinerna för frågor och svar.

Nämnden å sin sida har anfört att det inte föreligger några oklarheter kring vad leverantörerna skulle komma att förutse kring bedömningen av utvärderingen samt att samtliga förtydliganden föranledda av inkomna frågor och synpunkter har meddelats genom publicering av frågor och svar på sådant sätt att alla intresserade leverantörer kunnat ta del av dessa.

För en upphandlande myndighet är det möjligt att använda sig av egna referenser vid en prövning i utvärderingsfasen, så länge det framgår att referenstagningen sker på ett objektivet sätt så att inte de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träds för när (se bl.a. dom av Kammarrätten i Göteborg den 18 november 2010, mål nr 2504-10).

Av förfrågningsunderlaget framgår att en kontaktperson hos referenten ska ta ställning till påståendet ”anbudsgivaren kommer att kunna erbjuda en hög leveranssäkerhet för det aktuella uppdraget, vilket innebär att rätt vara levereras i rätt antal vid rätt tid till rätt plats”, genom att svara instämmer, instämmer delvis eller instämmer inte. Vidare anges att respektive svar ger ett visst bestämt kostnadspåslag. Av dokumentet frågor och svar framgår att det är det enda påstående som referenten ska svara på.

Enligt förvaltningsrättens mening får det därmed anses framgå vad som kommer att tillmätas betydelse i referensupptagningen och hur detta kommer att värderas med prispåslag. Anbudsgivarna har således inte saknat möjlighet att kunna förutse vad som kommer att bedömas vid utvärderingen och hur detta kommer att ske. Enligt förvaltningsrättens mening är utrymmet för ovidkommande hänsyn och godtycklighet vid aktuell referensupptagning begränsat och kan inte anses ha skett på ett sådant sätt att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träts för när. Förvaltningsrätten finner inte heller att det förelegat sådana brister i rutinerna för frågor och svar att upphandlingen på den grunden borde göras om eller rättas. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Peter Hif
rådmann

Målet har handlagts av Lisa Klasson.