



KLAGANDE

1. Arvika kommun
671 81 Arvika

2. Eda kommun
Box 66
673 22 Charlottenberg

3. Årjängs kommun
Box 906
672 29 Årjäng

Ombud: Mirja Saarväli
Arvika kommun
671 81 Arvika

MOTPART

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

Ombud: Stig Hermansson
Samma adress

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 15 april 2010 i mål nr 859-10,
se bilaga A

SAKEN

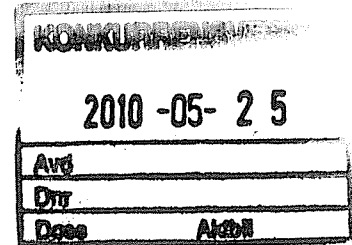
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår begäran om inhämtande av yttrande från
Konkurrensverket.

Kammarrätten avslår överklagandet.



YRKANDEN M.M.

Arvika kommun, Eda kommun och Årjängs kommun yrkar *i första hand* att kammarrätten lämnar Servera R&S Aktiebolags (Servera) ansökan om överprövning utan bifall. Kommunerna yrkar *i andra hand* att kammarrätten förklarar att utvärderingsmodellen inte brister i transparens och förutsägbarhet och inte står i strid med LOU samt att kammarrätten återförvisar målet till förvaltningsrätten för prövning av Serveras begäran om överprövning i övrigt. Kommunerna hemställer att kammarrätten inhämtar Konkurrensverkets yttrande i frågan om prismodellen i upphandlingen står i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga kraven och då särskilt principerna om transparens och förutsägbarhet.

Kommunerna anför följande. Upphandling av livsmedel har under flera år genomsträvs av problem. Ett av dessa är svårigheten att få leverantörerna att lämna fasta priser under längre perioder. Livsmedelsbranschen fungerar som en börs med priser som varierar från dag till dag och med olika rabatter till återförsäljarna. Servera har bekräftat problemen i branschen och anført att det pågår arbete med en ny upphandlingsmodell, men detta har ännu inte lett till något resultat. Inför den nu aktuella upphandlingen har kommunerna beslutat att införa ett system som är anpassat till marknadens villkor med priser som förändras snabbt, dvs. en i praktiken rörlig prisbild. Procentpåslaget ska i anbudet räknas på kommunernas omsättning av livsmedel för respektive kategori under kalenderåret 2008. Påslaget ska beräknas på nettokostnaden för levererade produkter, vilket är förutsägbart. Själva procentpåslaget, som kan vara olika för olika kategorier, ska avse övriga kostnader. Bland dessa återfinns transporter och administration, som är möjliga att beräkna i form av ett procentpåslag med rimlig risk. Utöver övriga kostnader ska procentpåslaget innefatta vinst. I vinsten ingår också en bedömning av risken, som alltså är kalkylerbar. Modellen brister därmed inte i vare sig transparens eller förutsägbarhet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd.

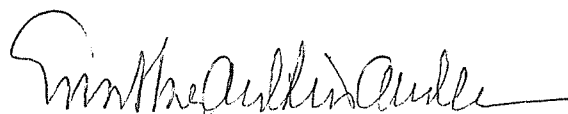
Kammarrätten anser att det saknas anledning att inhämta yttrande från Konkurrensverket.

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att redan själva prismodellens konstruktion är sådan att den strider mot LOU:s grundläggande principer. Detta medför åtminstone risk för skada för sökande leverantör. Upphandlingen ska därför göras om.

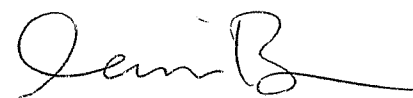
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)



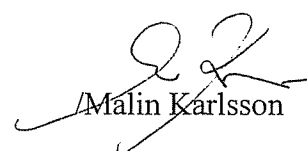
Per Ove Svensson



Ewa Hagard Linander
referent



Maria Boshnakova



Malin Karlsson



SÖKANDE

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

Ombud: Stig Hermansson
Servera R&S AB
112 89 Stockholm

MOTPARTER

1. Arvika kommun (även ombud för Eda och Årjängs kommuner)
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)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dåvarande länsrättens interimistiska beslut den 19 november 2009 upphör
i och med denna dom att gälla.

BAKGRUND

Arvika, Eda och Årjängs kommuner (kommunerna) infortrade i en gemensam upphandling anbud omfattande kommunernas samtliga behov av livsmedel med sista dag för lämnande av anbud den 14 december 2009, sedermera förlängt till den 1 februari 2010.

Servera R&S AB (Servera) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. För det fall förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget överensstämmer med villkoren i LOU yrkar Servera att förvaltningsrätten förlänger upphandlingstiden med motsvarande handläggningstiden i förvaltningsrätten. Servera anför följande.

Kommunerna har åsidosatt det krav på affärsmässighet som uppställts i LOU och detta har medfört att Servera kan komma att lida skada. Servera anser att felaktigheterna i förfrågningsunderlaget är av den grad att upphandlingen måste göras om efter att utvärderingskriterierna reviderats och upprättande av artikelspecifikation utförts.

Utvärderingskriterier

Av anbudsförfrågan framgår att produktbilagan (sidodokument) anger de moment som ska prissättas av anbudsgivaren. Av sidodokumentet framgår att upphandlingen innehåller 4 kategorier och total inköpsnivå per kategori (där inte heller värdet stämmer helt mot samma värde som även anges i förfrågningsunderlaget). Kategorivärdet är enbart ett uppskattat värde som kommunerna angivit för att använda sig av vid utvärderingen. Normalt anger den offentliga upphandlingen underlag från sin statistik på fördelning av varuförbrukning per position med både artiklar och volym, som ska prissättas på anbud. Angivande av volym per position är starkt prispåverkande då det påverkar stödet från producenterna. Här lämnar kommunerna det fritt till varje anbudsgivare att sammanfoga en avtalsprislista till kommunerna, med enda vägledning av bifogade matsedlar för höstterminen 2009.

Enligt förfrågningsunderlaget ska samtliga priser, både påslag i procent och tillverkarens inpris till leverantören kunna verifieras och kontrolleras enligt alternativ i kravspecifikationen. Leverantörens inpris är för varje leverantör en affärshemlighet och har betydelse ur konkurrenssynpunkt. I och med att kommunerna begär att få kontroll av detta kommer det att bli offentlig handling, då upphandlingarna efter avslut är offentliga för alla. I bilaga 5, p. 2.5 ställer kommunerna kravet:

"Kommunen ska ha full insyn avseende ingående priser från producent/tillverkare för att kunna verifiera angivna påslag". Oavsett vilket alternativ, A eller B, som leverantör väljer kommer leverantörens nettopris att bli offentligt, då en konkurrent med kännedom om påslagsprocenten lätt kan räkna baklänges till denna nivå.

Utvärderingen utföres enligt "Totala anbudssumman är procentsats multiplicerat med uppskattat värde för respektive kategori, som summeras till ett totalbelopp". Detta innebär att den påslagsprocent som respektive anbudsgivare anger kommer att multipliceras med de belopp som kommunerna anger. Detta innebär att utvärderingen inte har något att göra med de pris som anbudsläggarna anger, då inköpspriserna för varje leverantör högst sannolikt kan vara helt olika. Förmodligen förekommer det här stora variationer på grund av marknadsinriktning, val av producenter, inköpsvolym och geografiskt läge.

I anbudsförfrågan anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas för samtliga kategorier och kommuner. Eftersom det endast är en procentsats som utvärderas, mot en av kommunerna angiven sammanräknad prisnivå, som inte har något med lagt anbudspris att göra, kan det heller inte framgå vilket anbud som är det mest fördelaktiga. Dessutom anger kommunerna att utvärderingen även ska ske genom Reduceringsmetoden. Här anges att man kommer att bedöma arbetsätt och referenser och att detta sker genom att anbudet tilldelas poäng, som omvandlas till avdrag på utvärderingspriset.

I bilaga 5 p. 4.2 anger kommunerna att leverantören ska ange vinstnivå för avtalet, antingen i kronor eller procent, som sedan ska stämmas av per halvår alt. helår och om vinsten visat sig vara högre än angiven nivå ska den delen delas mellan kommunerna och leverantören. Om inte vinstnivån uppnåtts är det leverantörens hela ansvar. Det går inte att praktiskt utföra detta krav då kostnaden för avtalet till en kommun inte kan redovisas exakt då ett företags kostnader är på olika nivåer som påverkar, t.ex. hur mycket påverkar inköpsavdelningens kostnader en kommun. Eller hur stor är kostnaden för transporter till en kommun, då samtransport sker till samtliga kunder för att minska både kostnads- och miljöbelastning.

Sammanfattning

Av proportionalitetsprincipen i LOU följer att alla krav som sätts upp i förfrågningsunderlaget måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De krav som ställs upp ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Om det finns flera alternativ bör det krav väljas som är minst ingripande eller belastande för leverantören.

Kommunerna vill ha tillgång till både leverantörens inköpspriser och även övriga kostnader. Detta är normalt affärshemligheter för att skydda sin egen verksamhet i konkurrensen. Dessutom ställer kommunerna krav på att leverantören ska beräkna en vinst man sedan ska kontrollera och dela med kommunen om resultatet övergår den beräknade vinsten, men leverantören själv svarar för ev. negativ avvikelse. Detta är så långt från proportionalitetsprincipen man kan komma.

Sedan anger kommunerna att utvärdering ska göras efter det mest ekonomiska anbudet, men anger att de inte kommer att genomföra utvärderingen på ett sätt som påverkas av priserna från anbudsgivarna utan enbart gäller att det lägsta påslagsprocent kommer att multipliceras med angivna prisnivåer i bilaga 2. Men en procentsats kan inte vara värd att utvärdera om det inte finns någon gedigen grund att lägga den på. Eftersom inte kommunerna presenterat någon artikelspecifikation går det heller inte att använda de insända listornas sammanräknade belopp och dessutom är det inte tillåtet enl. LOU, att förändra utvärderingskriterierna vid utvärderingstillfället (EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532106). Därför strider denna upphandling mot både förutsebarhet och transparensprincipen samt proportionalitetsprincipen i LOU. Servera vill också hänvisa till Regeringsrättens dom den 13 juni 2002, RÅ 2002 ref. 50. Här har Regeringsrätten uttalat att utvärderingsmodeller ska anges 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. Sådana brister som påverkar anbudsgivarnas möjligheter att förutse hur anbudspriset ska utvärderas (i detta fall kommer det ej att utvärderas), innebär att anbudsgivare inte kan anses ha tillräcklig information för att kunna skapa ett konkurrenskraftigt anbud utan att förfrågningsunderlaget har därmed väsentliga brister. Vidare anger Regeringsrätten att en utvärderingsmodell måste vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är mest fördelaktigt antas, vilket heller inte gäller i denna upphandling, då man inte utvärderar lagt anbudspris trots att man anger att det ekonomiskt mest fördelaktiga ska antas.

Kommunerna har slutligen brustit mot LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna genom att inte ha anpassat utvärderingskriterierna så att de är utvärderingsbara gentemot lämnade anbud övrigt ställt villkor som inte står i rimlig proportion till det som upphandlas.

Kommunerna anför i svar följande.

Upphandling av livsmedel har under flera år genomsyrats av problem, i vart fall för mindre och medelstora kommuner. Ett problem är svårigheten att få leverantörer att lämna fasta priser under längre perioder. Inför den nu aktuella upphandlingen har kommunerna beslutat

att införa ett system som är anpassat till marknadens villkor med priser som förändras snabbt. Kommunerna önskar en partner som ska tillhandahålla livsmedel utifrån principen rörlig ersättning för produktkostnaden (självkostnadsprincipen, löpande räkning) med påslag för täckande av övriga kostnader såsom administrations- och transportkostnader samt vinst. Principen är vedertagen inom t.ex. byggbranschen, särskilt vid s.k. partneringentreprenader.

Volymspecifikation i produktbilagan och volymuppgifterna i p. 1.8 i anbudsfrågan bygger på statistik över kommunernas inköp av livsmedel 2008, dvs. den i tiden mest tillförlitliga statistiken. Av volymspecifikationen framgår att kommunerna 2008 köpt:

- frukt och grönt för 7 900 000 kr (avrundat),
- kolonialvaror för omkring 1 200 000 kr (avrundat),
- djupfryst för omkring 7 000 000 kr (avrundat), och
- färskt kött & chark för omkring 1 200 000 kr (avrundat).

Vilka krav kommunerna ställer på leveransen och levererade livsmedel framgår av en särskild kravspecifikation framtagen av kostansvariga. Kraven gäller bl.a. spårbarhet, förpackningar, hantering och märkning. Vidare uppställs särskilda krav för olika varugrupper. Vilka leveransadresser som gäller samt uppskattad förbrukning per dag, som bygger på statistik, framgår av en särskild till anbudsfrågan bilagd förteckning. Av förteckningen framgår också hur många leveranser som ska ske till respektive adress per vecka. Anbudsgivarna kan således inte anses vara ovissa om vilka krav kommunerna ställer och om leveransernas och transporternas omfattning.

Det framgår vidare av p. 2.1 i den allmänna kravspecifikationen att kommunerna inför varje ny termin kommer att tillhandahålla leverantören en matsedel för respektive kommun. Utifrån matsedlarna ska livsmedel levereras. Leverantören ska då leverera de livsmedel som uppfyller ställda krav och som vid tidpunkten är billigast på marknaden (nettopriser). Av punkten 2.3 i kravspecifikationen kan utläsas att företrädare för leverantören och kommunernas kostchefer ska träffas varje kvartal för kontinuerlig uppföljning, allt för att underlätta ett gott samarbete. Prissättningen sker genom att kommunerna ersätter leverantörerna för nettokostnad för levererade varor.

Skälet till kompletteringen var att p. 9 i avtalsmallen inte tillräckligt klart redovisat kommunernas avsikt med prissättningen. På nettokostnaden äger leverantören enligt p. 4.1 göra ett påslag. Påslaget ska innefatta samtliga övriga kostnader såsom transport- och administrationskostnader samt vinst. Påslaget behöver inte vara lika för de olika kategorierna redovisade i volymspecifikationen. Som framgår av volymspecifikationen och p. 2.16 i anbudsfrågan kommer offererade påslag att multipliceras med respektive utifrån kommunernas statistik

uppskattade varuvärden. Summan av påslagen ingår i utvärderingen som pris. Utfallet av övriga tilldelningskriterier omsätts till belopp och reduceras från summan av påslagen. Den som erhåller lägst summa kommer att tilldelas uppdraget.

Eftersom ersättningsformen kommer att vara nettopris med påslag måste kommunerna, vilket är brukligt i partneringavtal, ha möjlighet till viss insyn i leverantörernas räkenskapsunderlag. Förfarandet regleras i p. 2.5 i kravspecifikationen. Det finns två alternativ. Det ena är att leverantören översänder excelfiler till kommunerna med ingående priser från producent/tillverkare. Det andra är att kommunerna får ta del av underlaget på plats hos leverantören. I första alternativet är handlingarna i och för sig allmänna men det kan antas att handlingarna kan sekretessbeläggas utifrån reglerna om affärssekretess i offentlighets- och sekretesslagen. I andra alternativet blir handlingarna inte ens allmänna.

Varuförbrukning

Det är riktigt att underlaget i de flesta livsmedelsupphandlingar redovisats på artikelnivå med statistikunderlag. Som kommunerna anför ovan är den formen av upphandling inte särskilt lyckad. Vanligtvis är i anbud och avtal redovisade priser inte gällande annat - i bästa fall - än under några månader efter avtalsstart. Dessutom uppkommer ständigt diskussioner mellan parterna om artiklar som utgått och som ska ersättas av andra och prissättningen för dessa.

I den aktuella upphandlingen önskar kommunerna en partner som ska se livsmedelhandeln precis som den är, en form av börs. Kommunernas partner ska på denna börs från tid till annan införskaffa livsmedel som uppfyller de krav som redovisats i kravspecifikationerna till lägsta pris. Kommunernas partner ska också efter bästa förmåga utnyttja de rabatter (kampanjpriser) som kan fås. Eftersom kommunerna kommer att ersätta antagen leverantör med verifierad nettokostnad jämte offererat påslag för övriga kostnader och vinst saknas det skäl för kommunerna att göra någon redovisning på artikelnivå. I stället har anbudsgivarna erhållit ett tillförlitligt underlag genom en redovisning av kommunernas statistik för 2008 avseende inköp av frukt och grönt, kolonialvaror, djupfrost samt färskt kött och chark. Vidare redovisas leveransadresser och antal leveranser per vecka. Dessutom kommer leverantörerna att inför varje termin få en matsedel.

Påståendet att beloppen i volymspecifikationerna och värdet i anbudsfrågan inte överensstämmer är inte korrekt. Beloppen i p. 1.8 är exakt lika och ger summan 17 300 000 kr. Som framgår av kompletteringen till anbudsfrågan måste de som avropar livsmedel ha en sortimentslista att avropa mot. För att den som avropar ska ha en

möjlighet att bedöma kostnaderna måste listan dessutom innehålla ett preliminärt pris för respektive produkt inklusive övriga kostnader. Sortimentsslistan och de preliminära priserna får revideras med vissa mellanrum och ska revideras varje år. Antagen leverantör kommer att varje ny termin få del av matsedlar för respektive kommun, allt i syfte att leverantören ska kunna planera bästa inköp och upprätta en sortimentslista. Kostnaden för planeringen och upprättandet av och vidmakthållandet av sortimentslistan ingår i de procentpåslag som leverantören ska lämna.

Affärshemligheter

Kommunerna ifrågasätter inte att leverantörernas inpriser är affärshemligheter och har också beaktat detta genom att ge leverantörerna möjlighet att verifiera sina kostnader vid t.ex. sammanträffande alt revision hos leverantören. I partneringavtal är detta ingen ovanlighet och vad kommunerna erfar vid sådana möten i form av affärshemligheter får naturligtvis inte föras vidare. De skulle vara i strid med lagen om skydd för företagshemligheter. Om antagen partner önskar överlämna material till kommunerna står det naturligtvis fritt för partnern. Förutsättningar för affärssekretess föreligger sannolikt men frågan om sekretess kan prövas av domstol. Kommunerna understryker att inga uppgifter om inpriser m.m. ska fogas till anbudet. Påståendet om offentlighet efter upphandlingarnas avslut är således inte relevant. Kommunerna delar inte uppfattningen att kännedom om påslagsprocenten gör det lätt för en konkurrent att räkna ut inpriser. Påslaget omfattar ett antal komponenter som bl.a. administrationskostnader, transporter och vinst. Dessutom kan kommunerna sekretessbelägga fakturor om sådan risk finns.

Utvärderingen

Inköpspriserna av livsmedel har ingen reell betydelse vid utvärderingen eftersom priserna snabbt förändras och erfarenheten visat att det inte är möjligt att träffa verkliga fastprisavtal. Vidare kommer antagen partner att ersättas för nettokostnader jämte avtalat påslag. Påslaget, beräknat på den absolut senaste årsstatistiken, kommer därför att vara den bästa tilldelningsparametern. Anbudsgivarna har erhållit ett fullgott underlag för att bedöma påslaget. De krav som uppställs på partnern och på levererade livsmedel anges. Dessutom har leveransställen, portioner per dag samt antal leveranser per vecka redovisats. Det föreligger ett fullgott underlag för att beräkna påslaget.

Som exempel på att kommunernas beskrivning av fluktuerande priser är korrekt kan ges följande uttalande ur prop 2006/07:128 s. 175:
"Vad nu sagts gäller bl.a. om en kommun har ingått ett ramavtal med flera leverantörer om leveranser av dagligvaror. För att fastställa en

rangordning i det enskilda fallet skulle i ett sådant fall en prisjusteringsklausul kunna användas. Det innebär att lägsta pris kan utgöra grund för tilldelning av kontrakt. De olika leverantörernas priser på olika produkter kan variera mycket snabbt och det ligger därför i kommunens intresse att utnyttja de konkurrensmöjligheter som föreligger". Uttalandet har i och sig bäring på avrop vid ramavtal med flera leverantörer men uttalandet illustrerar väl kommunernas beskrivning av prisfluktuationer och branschens karaktär av börs.

Reduceringsmetoden

Kommunerna vitsordar att reduceringsmetoden kommer att tillämpas samt att p. 2.16 i anbudsförfrågan och 2.6 och 2.7 i den allmänna kravspecifikationen har det innehåll som Servera beskriver.

Vinstnivå

Kommunerna har efter övervägande förtydligat texten på sätt som framgår av bilagd komplettering till anbudsförfrågan.

Sammanfattning

Kommunerna har valt att upphandla en partner som ska tillhandahålla livsmedel till avtalad kvalitet och från tid till annan lägst pris med ett offererat påslag för övriga kostnader såsom transportkostnader och administrativa kostnader. Vinst ersätts särskilt.

Kommunerna får särskilt understryka att kommunerna inte har begärt att anbudsgivarna i sina anbud ska redovisa sina inköpspriser. Där emot önskas uppgift om procentpåslag för övriga kostnader. Detta procentpåslag behöver inte vara hemligt eftersom det inte visar anbudsgivarens verkliga kostnader utan endast bedömda kostnader. Exempelvis är det vanligt i flera branscher att procentpåslag redovisas i anbudssammanhang. Underlaget för övriga kostnader, d.v.s. för procentpåslaget, önskar kommunerna över huvud taget inte tillgång till, vare sig i anbudet eller under avtalstiden.

I övrigt framgår av redovisningen ovan att kommunerna beaktat antagen partners behov av affärssekretess genom att genomgång av verifierationsunderlag och liknande kan ske hos partnern.

Sammanfattningsvis har kommunerna en stor frihet i rätten att ställa krav på ersättningsform och underlag för verifiering av begärd ersättning för levererade produkter. De krav som kommunerna uppställt är inte i strid med någon av de grundläggande EG-rättsliga principer som gäller för offentlig upphandling.

Servera tillägger följande.

Servera kan bekräfta kommunernas erfarenhet att livsmedelsupphandlingarna verkligen blivit komplicerade att genomföra främst genom ökade krav på leverantörer, men även har matmarknaden internationaliserats. Detta kan inte vare sig grossister eller producenter påverka. Den upphandling som kommunerna sänt ut förändrar inte detta på något sätt, då prisförändringsklausulen är nästan identisk med vad branschen rekommenderar. Servera tror dock på att ett samarbete mellan marknadens parter för att göra upphandlingarna enklare och därigenom slippa överprövningar och samtidigt göra avtalen mera affärsmässiga.

Anbudsfrågan med bilagor

Kommunerna erkänner att förfrågningsunderlaget inte var heltäckande med att den 1 december skicka ut förtydligande. Här framgår att det procentpåslag som ska anges för utvärdering ska innehålla påslag för kostnader och vinst. Nytt är även att kommunerna emotser avdrag för anbudsstöd (här av kommunerna kallade kampanjpriser, bakrabatter och i förtydligande kampanjstöd) i upphandlingen, som ska ske utan att kommunen anger volym per produkt, med undantag för möjligheten att få ut statistik för år 2008. Eftersom inte sortimentsprislista ska bifogas anbudet, blir det en senare fråga för antagen leverantör att göra förfrågan om anbudsstöd, då Servera förutsätter att kommunerna vill delta i sortimentsättningen. Detta innebär att då anbudsstöd är en stor del i beräkning av priset, riskerar kommunerna att tappa anbudsstöd med användandet av denna upphandlingsmodell. Detta då anbudsstöd, som är ett bidrag till affären från grossisternas underleverantörer, sätts i konkurrens i upphandlingen med angivande av volymer för att det ska vara relevant och kunden ska få högsta anbudsstöd. Fortfarande gäller att den av leverantören angivna procentsatsen (för kostnads- påslag och vinst) ska multipliceras med den av kommunerna angivna inköpssumman för resp. produktgrupp. Att vid anbudsutvärdering multiplicera den procentsats som resp. leverantör anger gentemot av kommunerna angivit historiskt inköpsvärde, som inte har något med den prisbild som resp. leverantör anger, strider gentemot 12 kap. 1 § Enligt nämnda bestämmelse ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga eller som innehåller det lägsta priset. Vid bedömning av vilket anbud som är det mest fördelaktiga ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans, miljöegenskaper, etc.

I sitt svar till länsrätten har kommunerna skrivit "Kommunerna får understryka att inga uppgifter om inpriser m.m. ska infogas till anbudet" och "Som redovisats ovan har inköpspriserna av livsmedel ingen reell betydelse vid utvärdering eftersom priserna snabbt förändras och erfa-

renheten visat att det inte är möjligt att träffa fastprisavtal ". Här erkänner kommunerna att man frångår LOU vid utvärdering av detta avtal, då priset på kommande produkter inte har någon som helst koppling till utvärderingen av anbudet. LOU anger att kriterierna ska vara kopplade till föremålet för kontraktet och bevisligen är de inte det i denna upphandling. Kommunerna har därför vid utvärderingen ingen insyn i vilket inköpskostnadsläge för olika grossister/leverantörer och kan därför inte göra en relevant bedömning. Exempel: Om en leverantör har indextalet 100 i inköpskostnader för varor och lämnar ett anbud med 16 procent påslag, är detta ett högre anbud, prismässigt, än den leverantör som har indextalet 098 i motsvarande kostnad om båda lämnar 16 procent påslag. I kommunernas utvärdering kommer de att utvärderas lika i denna parameter, eftersom procenttalet inte har någon koppling till verklig prisnivå. Denna utvärderingsmetod är felaktig och strider även mot 1 kap. 9 § LOU, som säger att upphandlingar ska genomföras på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt.

Den största kostnadsposten för en grossist är givetvis varuinköpskostnaden och där finns det största olikheterna mellan grossisterna. Detta handlar om förhandlingsalternativ, inköpsvolym, olika sätt att inhandla infrakter/transporter, val av producenter, varutransporter och givetvis vilken marknadsinriktning företaget har. Det finns lika många avtalstyper som det finns grossister. Med andra ord det finns inget som heter nettopris, övergripande. Nettopris är inte i grossistens värld ett enskilt krontal som kan redovisas i en Excel-fil, utan ett resultat av många parametrar, där många är avhängiga av både inköpsutveckling och total inköpsnivå. Hur det skulle vara möjligt att redovisa detta för kommunerna i en föreslagen revision saknar Servera förståelse för. Program i affärssystemet för detta behov saknas. Då ska hänsyn tas till att Serveras varuregister innehåller 28 000 artiklar. Kravet är ställt av kommunerna helt utan att hänsyn till motparten, vilket strider mot LOU 1 kap. 9 § om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Även att genomföra en sådan revision kräver mycket goda förkunskaper och mycket tid för kommunerna.

Kommunerna skriver "Anbudsgivarna kan således inte anses vara ovetande om vilka krav kommunerna ställer". "Vara ovetande" måste vara en nivå lägre än vad upphandlingslagen kräver som är tydlighet. Tydlighet saknas när det gäller upphandlingen beträffande den kommande sortimentsprislistan och hur kommunernas enheter ska avropa. Det är otydligt om det är enbart från sortimentsprislistan eller även från övrigt sortiment samt oklart hur många artiklar sortimentslistan ska innehålla är oklart. Om enhet handlar utanför listan är det oklart om även dessa varor ska stämmas av gentemot procentpåslaget i en revision. Kommunen förtydligar p. 2.1 i den allmänna kravspecifikationen med att skriva: "att kommunerna inför varje ny termin kom-

mer att tillhandahålla leverantören en matsedel för resp. kommun. Utifrån matsedlarna ska livsmedel levereras. Leverantören ska då leverera de livsmedel som uppfyller ställda krav och som vid tidpunkten är billigast på marknaden (nettopriser)". Vad detta betyder i klartext kan anbudsläggarna enbart gissa sig till. Exempel: Avgör exempelvis leverantören vilka varumärke på köttbullar som ska levereras när det finns köttbullar på menyn? Eller ska det levereras köttfärs? Det bör väl vara det sistnämnda om det ska leveransmässigt (det som leverantören styr) ska vara billigast på marknaden.

Varuförbrukning

Kommunerna påstår att Serveras kritik att volymspecifikationen inte är korrekt. Som grund för detta anger man att totalsumman är riktig, vilket är helt rätt. Men angivelsen för frukt och grönsaker är 7,9 mkr, medan den för kolonial är 1,2 mkr. Det riktiga är säkert omvänt. Detta har stor betydelse vid utvärderingen, eftersom kommunerna avser att göra utvärdering mot denna bilaga och att olika procentsatser per produktgrupp får anges och enl. förfrågningsunderlaget kommer utvärderingen att göras gentemot denna bilaga. Därför är Serveras påpekande viktigt och helt korrekt.

I förfrågningsunderlaget ingick inga uppgifter om att en sortimentsprislista för kommunerna ska finnas för köparnas bruk, den uppgiften tillkom i kompletteringen, vilket visar ytterligare punkter i förfrågningsunderlaget som inte är klara och entydiga. Sortimentslistan ska innehålla sortiment och preliminärt pris inkl. övriga kostnader. Listan ska ständigt kunna revideras, dock minst en gång per år och styras av respektive kommuns matsedlar. Kostnad för denna hantering ska skötas och bekostas av leverantören.

Affärshemligheter

Kommunerna ifrågasätter inte att leverantörernas inpriser är affärshemligheter. Samtidigt anger man att verifikation enbart ska ske vid möten eller revisioner. Kommunerna understryker även att inga uppgifter om inpriser m.m. ska fogas till anbudet. Dessutom anser kommunerna att eftersom påslaget omfattar ett antal komponenter så delar inte kommunerna Serveras uppfattning om att priset lätt kan räknas ut. Därmed anser kommunerna att påståendet om offentlighet efter upphandlingarnas avslut inte är relevant. I samma handling anger kommunerna att man utvärderar upphandlingen med en påslagsprocent som ska läggas på leverantörens nettopris. Detta påslag kommer att offentliggöras i tilldelningsbeslutet. Därefter konstaterar Servera att kommunerna i sin komplettering begär att enheterna ska ha tillgång till en sortimentsprislista och eftersom priset ska vara nettopris plus tidigare angivet prispåslag, därmed öppnar man priskanalen helt. Vad som ligger

som grund för prispåslaget saknar helt betydelse, utan blir skillnaden mellan netto och försäljningspris. Med enkel matematik är det bara att göra en beräkning av nettoprisnivån hos leverantören. Eftersom sortimentsprislistan kommer att ligga på nätet och sprids pappersmässigt till kommunernas enheter kan den knappast inte hemligstämplas. Därför hävdar Servera att leverantörens affärshemligheter riskerar att offentliggöras, vilket inte kan vara enligt grunden till upphandlingslagen, som anger affärsmässighet.

Utvärderingen

Kommunerna skriver: "Som redovisats ovan har inköpspriserna av livsmedel ingen reell betydelse vid utvärdering eftersom priserna snabbt förändras och erfarenheten visat att det inte är möjligt att träffa verkliga fastprisavtal" Om detta är huvudmålsättningen med den förändrade upphandlingsordningen måste Servera ifrågasätta på vilket sätt som kommunerna påverkar detta med denna upphandling. De prisförändringsintervaller som kommunerna lagt in är i stort sett samma som de som producenter och grossister i dag rekommenderar och själva använder sig av, med undantag för att kommunerna anger kvartalsvis i stället för de fyra perioder som branschen är överens om för att prisförändringarna ska fungera på ett smidigt sätt. Om detta är att "utnyttja de konkurrensmöjligheter som föreligger", anser Servera att detta inte tillför något. Snarare är det Serveras mening att kommunerna kommer att få ett dyrare avtal p.g.a. ständigt avtalsbearbetning, de aviserade revisionerna och förmodligen lägre anbudsstöd.

Vinstnivå

Servera har noterat att den stora avvikelserna mot proportionalitetsprincipen beträffande återbetalning av för nettokostnad underfakturerat har tagits tillbaka. Däremot införs en ränta på 8 procent per helt halvår om leverantören har överfakturerat, men ingen skyldighet för kommunen att betala ränta. Detta faller under samma princip.

Sammanfattning

Kommunerna sammanfattar med att man inte lyckats få fasta prisnivåer över en längre tid och att vardagen fylls med prisdiskussioner. Servera kan inte förstå hur denna upphandling kan påverka detta i rätt riktning, då prisändringsperioderna är väldigt lika gällande branschnorm och att revideringsarbetet av underlaget skulle innebära ett avsevärt större arbete. Kommunerna skriver vidare att man upphandlar en partner som tillhandahåller livsmedel till avtalad kvalitet och från tid till annan läggt pris med ett offererat påslag för övriga kostnader såsom transportkostnader och administrativa kostnader. Varukvalitet avgörs av förfrågningsunderlagets kvalitetskrav och normalt även ar-

tikelspecifikation. Servera kan inte se någon kvalitetsökning i denna process. Det som beskrivs låter precis som vilken livsmedelsupphandling som helst. Kommunerna anser sammanfattningsvis att de har stor frihet att ställa krav på ersättningsform och underlag för verifiering av begärd ersättning för levererade produkter. Att begära revision av nettopriser och påslag på samtliga köpta artiklar måste vara att kräva mer än vad nöden kräver och strida mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Upphandlingen ska utvärderas på en påslagsprocent, uträknat på kostnader och vinst, som varje leverantör ska ange per varugrupp och detta ska multipliceras mot totalinköpsnivån per varugrupp, som kommunerna räknat fram från 2008. Denna utvärdering strider gentemot LOU 12 kap. 1 § då den utvärderas till en total anbudssumma, som inte har något med prisbild att göra. Denna ska sedan reduceras med hjälp av reduceringsmetoden, för att alla utvärderingsparametrar ska bli genomförda. Eftersom kommunerna valt det ekonomiskt mest fördelaktiga, innebär detta att utvärdering ska ske på kriterierna man ställt upp och ska vara kopplade till föremålet i upphandlingen. Eftersom "summa" utvärderas på en påslagsprocent för kostnader och vinst, som inte har någon som helst priskoppling till varusortimentet och uträkningen sker mot av kommunerna angiven inköpsnivå för 2008, går det inte att utvärdera det mest ekonomiska anbudet. Det finns ingen koppling gentemot något varupris, vilket kommunerna även bekräftar att man gör avsteg ifrån. Kommunernas kunskap i grossisternas affärsverksamhet gentemot producenterna är inte relevanta. När inte grossisternas "nettoprisnivå" är lika, vilket de med all säkerhet inte är, gör det denna upphandlingsmodell helt omöjlig att genomföra, samtidigt att följa LOU.

Trots att kommunerna förändrat villkor och förtydligat andra saknas det fortfarande avgörande uppgifter som anbudsläggarna behöver för att göra ett konkurrenskraftigt anbud. RÅ 2002 ref. 50 anger, förutom att förfrågningsunderlaget ska vara utformat på ett tydligt sätt, även att utvärderingsmodellen ska vara utformad så att den är ägnad till ett rättvist resultat. I och med att utvärderingen inte sker mot respektive leverantörs priser saknas möjligheten till detta i denna upphandling.

Kommunerna tillägger följande.

Genom sin anbudsfrågan har kommunerna valt att anpassa sig till hur marknaden fungerar. En marknad med ständiga prisförändringar som gör att priser i ett anbud för själva livsmedelsprodukten saknar betydelse. Några eller några månader senare gäller inte priset längre. Av det skälet önskar kommunerna en partner som tillhandahåller varor till, från tid till annan, lägsta pris på denna internationaliserade marknad, inte varor kopplade till grossisten utan varor som på mark-

naden har lägst pris. Att marknaden fungerar på detta vis framgår såväl av Serveras eget yttrande som av uttalandena i prop.2006/07:128 s. 175. Dessutom önskar kommunerna en leverantör som kan sätta samman en sortimentslista utifrån kommunernas matsedel för kommande halvår. Vad som efterfrågas är alltså en professionell leverantör som ska kunna såväl sätta samman sortimentslistor som göra inköp till bästa pris på den "matbörs" som karaktäriserar den internationella marknaden. Denna partner behöver inte vara en traditionell grossist utan kan vara en aktör som i konkurrens lämnat den av Servera nämnda "ankdammen" för att konkurrera med Servera och övriga etablerade grossister i Sverige på den internationaliserade marknaden. Serveras yttrande visar på att bolaget värnar om det traditionella synsättet för att skydda sig mot ökad konkurrens.

Det finns naturligtvis andra exempel än byggbranschen där självkostnadsprincipen tillämpas. En gemensam nämnare för dessa typer av avtal är att rätten till insyn utgör en självklarhet. Ett annat exempel på när självkostnadsprincipen kan tillämpas är när det inte är möjligt att träffa avtal om fasta priser under längre tider. Parterna synes vara ense om att livsmedelsbranschen är en sådan bransch där fasta priser under längre perioder inte är möjliga att träffa. Varför livsmedelsbranschen under sådana förhållanden skulle utgöra ett undantag från möjligheten att träffa avtal mot verifierad självkostnad för själva produkten ställer sig kommunerna frågande till.

Anbudsfrågan med bilagor

Kommunerna inser att det s.k. anbudsstödet på kortsiktig basis kan minska. A andra sidan har kommunerna upplevt att efter det att avtal slutits har leverantörerna inte haft ett tillräckligt incitament för att arbeta med inköpsstöd (rabatter). Med den av kommunerna föreslagna ersättningsmodellen och möjligheten till att avtala om särskilda incitament är det kommunernas uppfattning att goda möjligheter kommer att finnas för att den partner som upphandlas kommer att - i samråd med kommunerna - arbeta för inköpsstöd under hela avtalsperioden. För övrigt är den omständigheten att kommunerna kan komma att tappa anbudsstöd inte en omständighet som utgör skäl för att underkänna upphandlingen med hänvisning till LOU.

I merparten av de upphandlingar av livsmedel som sker är det lämnade priset bindande under mycket kort tid. Därefter är priserna i praktiken rörliga. Kommunerna ställer sig frågande till vad den egentliga skillnaden i ett flerårigt avtal mellan ett fast pris under kort tid och därefter rörligt pris utan insyn för kommunerna å ena sidan och en prismodell mot bästa verifierade nettopris (självkostnad) med ett fast påslag för vinst och övriga kostnader som transportkostnader, administrationskostnader m.m. å andra sidan är. Skillnaden är att en

rörlig ersättning mot nettopris med påslag - till skillnad från fast pris eller takpris - tillgodoser leverantörernas krav på ersättning för varukostnader i en bransch där dessa fluktuerar. Det fasta procentpåslaget ger vidare ersättning för - förutom vinst - kostnader som är mer kalkylerbara som transporter och administration. För kundens del är skillnaden följande. Eftersom fast pris eller takpris normalt inte är möjligt att avtala under en längre period styrs branschen i realiteten av ersättningsformen rörlig ersättning utan möjlighet till insyn från kundens sida. Vid en sådan ersättningsform är det i andra branscher brukligt att leverantören verifierar sina kostnader och att kunden för vinst och övriga kostnader erlägger ett påslag, t.ex. på den verifierade nettokostnaden (självkostnaden). Den av kommunerna redovisade modellen i upphandlingen tar på ett proportionerligt (rimligt) sätt om hand de motstående intressen som föreligger mellan leverantör och kund i längre kontrakt som bygger på ersättningsformen rörlig ersättning. Eftersom verifierat nettopris fungerar inom andra branscher är det naturligtvis så att modellen även kan fungera inom livsmedelsbranschen. Det är i stället en fråga om leverantörernas vilja att ändra synsätt från slutenhet till öppenhet mot kund. Med ett väl fungerande ekonomisystem måste en leverantör kunna verifiera sina nettokostnader (självkostnader) för en vara. Anbudsgivarna har erhållit ett fullgott underlag om leveransernas och transporternas omfattning för att lämna ett fast procentpåslag.

Serveras redovisning vittnar om att Servera inte förstått vad kommunerna efterfrågar. Kommunerna efterfrågar inte bara en leverantör utan även en konsult som ska kunna omsätta kommunernas matsedlar för kommande halvår till sortimentslistor. Servera synes inte heller ha uppfattat att detta ska ske i samråd vid t.ex. de löpande träffar som ska hållas mellan kostchefer och leverantörer. Det är alltså inte endast en leverantör som kommunerna efterfrågar utan även en sakkunnig konsult för bästa inköp till avtalad kvalitet utifrån matsedlarna det närmaste halvåret. Sammanfattningsvis ska en utvärderingsmodell utgå från verkligheten. Verkligheten är ständigt fluktuerande priser, vilket motiverar självkostnad som ersättningsform för själva varan medan övriga komponenter som är kalkylera som bl.a. transporter, administration, rådgivning jämte vinstpåslag kan sättas som en fast och verklig konkurrensfaktor i form av ett påslag på verifierat bästa nettopris.

Varuförbrukning

Det är riktigt att volymspecifikationerna under p. 1.8 i anbudsförfrågan och i volymspecifikationen inte stämmer vad gäller kolonial och frukt & grönt. I volymspecifikationen har beloppen för kolonial och frukt & grönt bytt plats. Det är volymerna i p. 1.8 i anbudsförfrågan som gäller. Kommunerna kommer att komplettera anbudsförfrågan

med en rättelse.

Kostnaden för hanteringen avseende revidering av sortimentslistan ska inkalkyleras i procentpåslaget och kommer alltså inte att bekostas av leverantören.

Affärshemligheter

Servera har missuppfattat ett förhållande av betydelse. Sortimentslistan är ingen prislista utan just en sortimentslista utifrån kommunernas matsedel. Däremot ska listan innehålla preliminära priser för att kommunerna ska kunna göra en översiktlig bedömning av konsekvenserna av ett avrop. De preliminära priserna kan knappast utgöra någon företagshemlighet. Om de preliminära priserna skulle utgöra affärshemligheter föreligger det naturligtvis skäl för sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen. Kommunerna bestrider att det föreligger någon beaktansvärd risk för att affärshemligheter kommer att avslöjas.

Utvärderingen

Kommunerna efterfrågar inte prisförändringsintervaller utan inköp av livsmedel med rörligt pris för varan jämte påslag för övriga kostnader. Modellen är anpassad till hur branschen fungerar och är fullt möjlig att tillämpa för de företag som har bl.a. kontroll över sina inköp, goda rutiner, system för dokumentation och uppföljning av gjorda inköp och ett etablerat ekonomisystem.

Vinstnivå

Skälet till att procentsatsen satts med hänvisning till räntelagen och att den är ensidig är att partnern inte ska kunna spekulera i oskäligt höga preliminära priser så att kommunerna kommer att få ligga ute med avsevärda belopp under lång tid. Som framgår utgår ingen ränta om verkligt avtalat pris inte understiger det preliminära med tio procent. Det får förutsättas att kommunernas partner har sådan inblick och kunskap om branschen att ränteklausulen inte kommer att tillämpas annat än undantagsvis. Kommunernas uppfattning är att bestämmelsen är rimlig för att undvika risk för spekulation. Någon motsvarande möjlighet för kommunerna att spekulera finns inte.

Sammanfattning

Serveras sammanfattning visar egentligen inte på att kommunernas upphandling står i strid med LOU utan närmast på att Servera har

synpunkter på att kommunerna väljer en metod som ansluter till hur marknaden fungerar och inte till Serveras och andra dominerande grossisters modeller, som styrt offentliga upphandlingar, med fasta priser under en kort period som följs av en lång period med i praktiken rörliga priser utan möjlighet till insyn i prissättningen, vilket annars är en normal förutsättning vid ersättning mot rörligt pris. Kommunerna kan inte på de skäl som anförts ovan och i det tidigare yttrandet se att upphandlingen står i strid med LOU. Eftersom det är kommunernas uppfattning att en leverantör förutom täckning för sina kostnader måste kunna uppbära en skälig vinst ska naturligtvis kalkylerbara kostnader såsom transporter, administrationskostnader, konsultinsatser och vinst ersättas i form av ett fast arvode som räknas procentuellt på verifierad nettokostnad (självkostnad) för varan.

Servera tillägger följande.

Hela tiden gör kommunerna tillägg där de nu säger att de inte efterfrågar en leverantör utan även en sakkunnig konsult. I förfrågningsunderlaget framgår det heller inte hur övriga köp ska behandlas i avtalet och därför utgår Servera från att kommunerna kallt räknar med att påslagsprocenten ska gälla samtliga produkter som leverantören marknadsför. För Serveras del innebär det 28 000 artiklar. Det finns inget datasystem för att klara utvärderingen av detta mot ett avtal. Dessutom ska leveransdatum läggas in i ett uppföljningsregister med fakturerat belopp och mängd samt prisförändringar där en del dessutom är viktvaror, som säljs per kilo och andra per styck och några säljs i delad förpackning.

För att visa ytterligare exempel på omöjligheten med att denna upphandling kan göras enl. LOU, vill Servera ge följande exempel ur verkligheten: De flesta grossister och övriga leverantörer köper sina varor fritt egen kaj, dvs. producenterna står för fraktkostnaden till kaj och priset ingår i grossisternas pris för varan. Servera har under julveckan 2009 flyttat in i ett nytt lagerhus i Halmstad, som är 45 000 kvm stort och byggt efter det allra senaste miljömaterial i väggar, kylar och frysar. Under våren kommer hela Serveras logistik att läggas om, så att alla varor (med vissa undantag) kommer att hämtas hos producent till Halmstad för egen vidare distribution till Serveras lager i Norrköping, Västerås och Umeå. Enl. Serveras miljöledningsprogram kommer Servera med detta att göra en miljövinst på 50 procent i förhållande till nuvarande läge. Detta innebär att Serveras varupriser kommer att vara lägre än övriga leverantörers, medan kostnaden troligen kommer att bli högre. Hela den offentliga marknaden efterfrågar i dag stor miljömedvetenhet, vilket väl ligger i allas intresse. I denna upphandling kommer Serveras anbud att slås ut då kostnadsnivån är högre än

konkurrenternas. Att sedan priset ändå kan bli lägre kommer aldrig fram, då detta inte ska utvärderas. Detta strider mot LOU då en leverantör som gör en stark miljöförbättring ska diskrimineras för detta. Detta är ett exempel på hur fel en upphandling kan slå om man bortser från priset i utvärderingen. Det kan finnas flera då samtliga grossister har eget avtal med samtliga producenter och de innehåller säkerligen en mängd komponenter, som behandlas på olika sätt efter egna beslut. Detta gör en utvärdering med hjälp av en kostnadsbaserad påslagsprocent praktisk omöjlig och avvikande från LOU. Servera anser att detta ger anledning till att pris ska utvärderas med pris, helt enligt LOU.

Anbudsfrågan med bilagor

Kommunerna besvarar inte huvudargumentet i denna punkt, utan enbart skriver om förträffligheten i deras förslag.

Servera som 2009 omsatte drygt 7 miljarder kr har ett väl fungerande ekonomisystem, som ger företaget nödvändig information om den löpande verksamheten och klarar redovisningen till myndigheter. Detta har inget samband med att få fram en rättvisande redovisning av "nettopriser" enligt kommunernas krav. Att i efterskott göra detta skulle innebära en omfattande datapåbyggnad som ställer sig otroligt kostsam, om det möjligtvis går att utföra. Troligen har ingen annan grossist underlag för detta heller.

Kommunerna skriver även att Servera inte förstått vad de vill ha. Nu förtydligar kommunerna med att leverantören även ska vara konsult, vilket inte framgått tidigare. Detta vittnar om att upphandlingen inte följer 1 kap. 9 § LOU, transparensprincipen. Dessa frågor är inte ens berörda i upphandlingen. Kommunerna utvecklar även en egen utvecklingsmodell som strider mot LOU, vilket man klart anger när man tänker utvärdera med hjälp av ett kostnadspåslag, som inte har något med pris att göra. Sammanfattningsvis ska en utvärderingsmodell utgå från verkligheten som kommunerna anser innehålla fluktuerande priser, vilket gör att man i stället anger att man utvärderar på kostnadspåslag för transporter, administration, rådgivning jämte vinst, som ska anges i ett procentpåslag. Fortfarande gäller att den av leverantören angivna procentsatsen (för kostnadspåslag och vinst) ska multipliceras med den av kommunerna angivna inköpssumman för resp. produktgrupp.

Att vid anbudsutvärdering multiplicera den procentsats som leverantören anger gentemot av kommunerna angivet historiskt inköpsvärde, som inte har något med den prisbild som leverantören anger strider emot LOU. Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det

lägsta priset. Vid bedömning av vilket anbud som är det mest fördelaktiga ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans, miljöegenskaper, etc. Kommunerna har valt att utvärdera på en påslagsprocent, uträknat på kostnader och vinst, som varje leverantör ska ange per varugrupp och detta ska multipliceras mot totalinköpsnivån per varugrupp, som kommunerna räknat fram från 2008 års köp. Denna utvärdering strider gentemot LOU då den utvärderas till en total anbudssumma som inte har något med prisbild att göra. Denna ska sedan reduceras med hjälp av reduceringsmetoden, för att alla utvärderingsparametrar ska bli genomförda. Kommunerna har i sitt svar till rätten inte ens kommenterat påpekandet. Dessutom skriver kommunerna "Kommunerna får särskilt understryka att kommunerna inte har begärt att anbudsgivarna i sina anbud ska redovisa sina inköpspriser. Däremot önskas uppgift om procentpåslag för övriga kostnader". Detta bevisar att utvärderingskriteriet pris inte är kopplat till kravet i 12 kap. 1 §, då det inte finns någon koppling till priset i utvärderingskriteriet pris.

Varuförbrukning

Servera kan konstatera att kommunerna accepterat påpekat fel i volymspecifikationerna hade sin riktighet, vilket nu kommunen ska ändra. Ytterligare ett fel i upphandlingen, som nu ska ändras, vilket visar att upphandlingen inte är så klar och tydlig som kommunerna gjort sken av. Kommunerna förnekar att revidering av prislistan ska bekostas av leverantören, då den ingår i procentpåslaget. Men eftersom den ej faktureras kommunerna är det givetvis en kostnad för leverantören, som normalt inte finns. Nu är kravet utökat till att även omfatta konsultverksamhet.

Affärshemligheter

Eftersom det pris som ska finnas i sortimentsprislistan ska vara så nära verkligheten som möjligt, måste leverantören lägga sin prisbild så, för att efteråt vid revision inte bli belastad med räntekostnader till kommunerna. Nytt är även att prisbilden måste vara anpassad gentemot kommunernas budget Detta gör att nivån för leverantörens prisnivå yppas, om än inte exakt per vara.

Utvärderingen

Upphandlingen ska utvärderas på det mest ekonomiska anbudet, vilket inte går att få fram eftersom pris på varan inte finns med i utvärderingen. Detta är en avvikelse mot LOU 12 kap. 9 §. Kommunerna förnekar

enbart att de inte efterfrågar prisändringsintervaller, men dessa finns dock angivna i förfrågningsunderlaget, vilket bara visar otydligheten i förfrågningsunderlaget.

Vinstnivå

Förändringarna på denna punkt visar att förfrågningsunderlaget från början var oklart. Kommunerna klagar över att priserna fluktuerar hela tiden, samtidigt anser man att leverantören ska kunna klara prissättningen i sortimentprislistan så att inte ränteklausulen kommer att utlösas. Priset ska ligga så lågt att budgetramen ska hållas samtidigt ska ränteklausulen endast utlösas i undantagsfall. Däremot finns det ingen notering om vad som händer när enheterna köper annorlunda sortiment och även i efterhand ska ha prissänkningar, vilket kan styra till att leverantören kommer att få betala räntekostnad halvårsvis till kommunerna, för åtgärder åsamkade av kommunernas enheter.

Sammanfattning

Servera har förklarat att utvärderingsmodellen inte är enl. LOU 12 kap. 1 §, vilket inte ens kommunerna försökt att bortförklara, samtidigt som kommunerna bekräftar att man inte tar hänsyn till varornas pris, vid utvärdering av kriteriet pris, vilket upphandlingslagen kräver. Enl. LOU 12 kap. 1 § ska utvärderingskriterier vara kopplade till föremålet för kontraktet. Detta måste tas som ett erkännande, att man försöker vinkla bort LOU i denna upphandling.

12 kap. 1 § LOU ger två utvärderingskriterier, antingen lägst pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga och innebär att kriterierna ska vara kopplade till föremålet i upphandlingen, vilket inte är fallet. Att väga in omständigheter i utvärderingen som inte är att hänföra till det som upphandlas strider mot att det mest fördelaktiga anbudet ska antas och proportionalitetsprincipen. Det som kommunerna anger som fungerande ekonomisystem, är något helt annat. Kravet på utvärderingsprogram för i anbudet angiven revision strider mot 1 kap. 9 § LOU då det bryter mot proportionalitetsprincipen som bl.a. anger att kravet ska stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Att inte lämna tillräcklig information om upphandlingen och inte ta hänsyn till motpartens möjlighet att leva upp till de krav som ställs, strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Dåvarande länsrätten har den 19 november 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas förrän rätten beslutar annat.

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 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § 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.

Den aktuella upphandlingen avser livsmedel omfattande de tre kommunernas samtliga behov av livsmedel. Livsmedlen är indelade i ett antal varugrupper. För varje varugrupp uppställs ett antal krav avseende kvalitet, märkning m.m. Enligt anbudsfrågan kommer det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att antas för samtliga kategorier och kommuner.

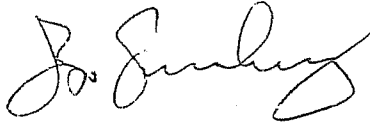
I anbudsfrågan under p. 2.16 (Utvärdering – steg 2) anges att varje anbud kommer att tilldelas poäng för respektive utvärderingskriterium och att varje poäng ger ett prisavdrag på totala anbudssumman (prisavdraget används endast för utvärdering) samt att det anbud som efter avdrag har lägst nytt justerat anbudspris kommer att antas. Vidare anges att totala anbudssumman som efter avdrag har lägst nytt justerat anbudspris kommer att antas. Totala anbudssumman är en procentsats multiplicerat med uppskattat värde för respektive kategori som sedan summeras till ett totalt belopp. Under p. 1.8 (Volymer) anges beräknade inköpsvolymerna (cirka) per år totalt för samtliga kategorier och kommunerna. Inköpsvolymerna är beräknade utifrån inköpsstatistik för 2008 för respektive kommun och för varje kategori anges ett uppskattat värde.

I avtalsmallen till anbudsförfrågan (ändrad genom kommunernas komplettering den 1 december 2009 anges under p. 9 (Pris) att levererade produkter ersätts med verifierad nettokostnad inklusive beaktande av rabatter såsom kampanjpriser och bakrabatter och att på verifierad nettokostnad äger leverantören göra ett påslag med xx procent för täckning av samtliga övriga kostnader för uppdraget och vinsten samt att med nettokostnad avses självkostnaden för själva produkten.

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. Om det mest ekonomiska anbudet ska antas ska myndigheten vid bedömningen ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, bl.a. pris.

I förfrågningsunderlaget anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas för samtliga kategorier och kommuner. Vid anbudsprövningen ska därmed hänsyn tas till bl.a. pris. Enligt förfrågningsunderlaget utgörs den totala anbudssumman av en procentsats multiplicerat med ett av kommunerna uppskattat värde för respektive kategori. Detta summeras sedan till ett totalt belopp. Utvärderingen sker således inte med hänsyn till av leverantörerna angivna priser. I stället skapas en form av fiktiv prisnivå på respektive anbud utifrån en påslagsprocent och ett uppskattat värde, vilken ligger till grund för utvärderingen. Utvärderingsmodellen brister därmed i transparens och förutsebarhet och kan inte anses förenlig med bestämmelserna i LOU. Upphandlingen ska därför göras om.

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



Bo Forsberg

Föredragande har varit Lars Överström

UPPLYSNING

Den 15 februari 2010 lades landets 23 länsrätter samman till tolv förvaltningsrätter. Verksamheten vid Länsrätterna i Värmlands och Örebro län har överförs till Förvaltningsrätten i Karlstad. Detta mål, som inkommit till Länsrätten i Värmlands län (mål nr 2364-09), har därför avgjorts av Förvaltningsrätten i Karlstad.

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.

