



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2013-08-29
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
2194-13 E, 2279-13 E,
2280-13 E, 2283-13 E,
2284-13 E, 2285-13 E,
2286-13 E, 2287-13 E
Enhet 2:1

SÖKANDE

Martin & Servera AB, 556233-2451
112 89 Stockholm

Ombud:
Upphandlingskonsulten Stig Hermanson
samma adress

MOTPARTER

1. Trollhättans stad
2. Vänersborgs kommun
3. Lysekils kommun
4. Tanums kommun
5. Sotenäs kommun
6. Munkedals kommun
7. Strömstads kommun
8. Kunskapsförbundet Väst

Ombud för samtliga:
Advokaten Roger Hagman
Box 45030
104 30 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen *Livsmedel TV-SAM 2014*,
dnr KS2013/46, ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 15 mars 2013 upphör därmed
att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2013-08-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 208846

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag - fredag 08:00-16:00
E-post: forvaltningsratten@goteborg.dom.se				

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 2
2194-13 E, 2279-13 E,
2280-13 E, 2283-13 E,
2284-13 E, 2285-13 E,
2286-13 E, 2287-13 E

BAKGRUND

Förvaltningsrätten beslutade i dom den 10 oktober 2011 i mål nr 5614-11 m.fl. att Trollhättans stad m.fl. skulle göra om upphandlingen *Livsmedel TV-SAM 2012*, dnr KS 2011/236-050, med den sammanfattande motiveringen att upphandlingen (förfrågningsunderlaget) brast i likabehandling, transparens och förutsebarhet avseende hur utvärdering skulle göras och att den var konkurrensbegränsande och stred mot proportionalitetsprincipen i fråga om angivandet av nettopriser. Martin & Servera AB och Trollhättans stad m.fl. överklagade domen hos Kammarrätten i Göteborg, som avvisade bolagets talan och inte meddelade kommunerna prövningstillstånd.

Trollhättans stad m.fl. (kommunerna) genomför nu en ny upphandling av Livsmedel TV-SAM 2014, dnr KS2013/46. Martin & Servera AB (bolaget) har begärt överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten har på bolagets begäran den 15 mars 2013 beslutat att kommunerna inte får ingå avtal innan rätten slutligen avgör målet eller bestämmer något annat.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om eftersom upphandlingen i flera avseenden strider mot de grundläggande principerna i LOU samt att bolaget till följd av dessa brister kommer eller kan komma att lida skada.

Kommunerna anser att bolagets ansökan ska avslås och anför att upphandlingen är förenlig med de grundläggande principerna i LOU eftersom förfrågningsunderlaget har anpassats i enlighet med förvaltningsrättens tidigare dom.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta medfört att leverantören 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.

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.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentligt upphandling och unionsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (RÅ 2009 ref. 69).

Omlastningsplats

Bolaget gör gällande att kravet på omlastningsplats för grossist inom en radie på 1,5 timmars transporttid med fordon/lastbil från Trollhättans

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Sida 4

2194-13 E, 2279-13 E,
2280-13 E, 2283-13 E,
2284-13 E, 2285-13 E,
2286-13 E, 2287-13 E

centrum är diskriminerande, eftersom bolaget med sin befintliga struktur inte kan uppfylla kravet. Geografiska krav eller krav på maximal transporttid som gynnar lokala leverantörer kan godtas endast om kraven är sakligt motiverade med hänsyn till det som upphandlas. Sådana motiv har inte kommit fram i denna upphandling, utan kravställningen har tillkommit för att möjliggöra den upphandlingsmodell som kommunerna utformat. Vidare gör bolaget gällande att kommunerna rent faktiskt efterfrågar ett lager och inte en omlastningsplats varför upphandlingen även brister i transparens. Kommunernas krav i denna del är diskriminerande och inte heller transparent, varför kravet står i direkt strid med LOU:s grundprinciper.

Kommunerna har uppgett att kravet på omlastningsplats har ställts för att tillgodose kravet på förutsebarhet och kalkylerbarhet för de producenter som levererar för distribution av grossist samt även för att grossist ska kunna kalkylera sitt påslag för bl.a. distributionskostnaden. Något krav på lager har inte ställts, utan på en omlastningsplats som är godkänd för livsmedelshantering. För att stimulera konkurrensen har kommunerna lagt en miniminivå i form av en omlastningsplats. Ett krav på lager skulle gynna de största aktörerna, som bl.a. bolaget. Uppställda ledtider torde vara möjliga att hålla för varje leverantör med god planering och logistik. Det är sammantaget inte visat att kravet på omlastningsplats strider mot LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Liksom vid tidigare prövning i förvaltningsrättens dom i mål nr 5614-11 m.fl. får kravet, trots att det kan gynna bolag som i sin företagsstruktur har en befintlig omlastningsplats i nära anslutning till kommunerna, anses hänförligt till genomförandet av upphandlingen och inte ställt för att t.ex. gynna företag i de egna kommunerna. Förfarandet strider därför inte mot likabehandlingsprincipen eller icke-diskrimineringsprincipen i den mening som avses i LOU. Något krav på lager har inte ställts upp, utan enbart på

en omlastningsplats. Kravet strider därför inte heller mot transparensprincipen. På av bolaget angivna grunder saknas därför skäl för ingripande i denna del.

Utvärdering av anbud och ersättning till grossist

Bolaget gör gällande att grunden för utvärdering av grossists anbud samt ersättning till grossist strider mot kraven på förutsebarhet, transparens och likabehandling i LOU.

a) *Bolaget* anser att förfarandet att omräkna ett anbudspris för de av kommunerna angivna åläggandena för grossist i en upphandling och sedan göra en uträkning av ett procentpåslag för fördelning av kostnaderna per produkt i avtalet genom att använda sig av ett uppskattat leveransvärde strider mot förutsebarheten och därmed även mot transparensprincipen.

Kommunerna framhåller att till skillnad från den förra upphandlingen så konkurrensutsätts i denna upphandling det garanterade sortimentet. Priset kommer således inte att vara fiktivt. Kommunerna menar därför att utvärderingen är förenlig med LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

I förfrågningsunderlaget anges avseende ersättning under avtalsperiod att angivet pris av grossist per år kommer att omräknas till en formel för påslag för ersättning av respektive levererad produkt. Offererat pris per år av grossist delas med beräknad volym livsmedel som ska distribueras, exklusive grossists "garanterade sortiment". Ersättningen för distribution sker genom att grossisten lägger på ovan beskrivet påslag på lägsta inköpspris (nettopris) för garanterat sortiment och för antagna produkter från pro-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 6
2194-13 E, 2279-13 E,
2280-13 E, 2283-13 E,
2284-13 E, 2285-13 E,
2286-13 E, 2287-13 E

ducent. Beräknad volym utgår från kommunernas behov under perioden juli 2011 t.o.m. juni 2012.

Trots att utvärderingen sker på priser angivna av grossisten för den del som avser distribution, och i denna upphandling även för grossistens garanterade sortiment, skapas alltså en form av fiktiv prisnivå på respektive anbud utifrån en påslagsprocent och ett uppskattat värde, dvs. tidigare års behov och inget verkligt värde, vilken ligger till grund för utvärderingen. Därtill kommer att den del som avser garanterat sortiment till grossist, vars närmare omfattning är okänd, konkurrensutsätts endast vid ingången av ramavtalet till skillnad mot producentens varusortiment som konkurrensutsätts löpande. Utvärderingsmodellen brister därmed i likabehandling, transparens och förutsebarhet och får anses inte förenlig med bestämmelserna i LOU.

b) *Bolaget* menar att enbart det faktum att grossist ska lämna pris på uppdraget för fyra år framåt, vilket ska omräknas till påslag på de nettopriser grossisten har för antagna produkter och för de nettopriser kommunerna framförhandlat med producent/leverantör, måste anses strida mot proportionalitetsprincipen. Detta gäller eftersom ersättningen fördelas olika över åren och med lägst ersättning för år 3 och 4, vilken med tanke på normal inflation kommer att bli avsevärt högre det sista året än för år 1. Denna fördelning kan inte anses som proportionerlig med tanke på normal kostnadsutveckling och det omöjliga i att beräkna den totala kostnaden för denna tjänst för fyra år framåt.

Kommunerna anger att anledningen till att det offererade priset fördelas med 35 procent på år 1, 25 procent på år 2 och 20 procent år 3 och 4 är att initialkostnaderna inklusive investeringar förväntas vara högre de två första åren. Kommunerna har alltså valt en betalningsplansmodell som ger högre ersättning i början av uppdraget istället för att fördela ersättningen med

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 7
2194-13 E, 2279-13 E,
2280-13 E, 2283-13 E,
2284-13 E, 2285-13 E,
2286-13 E, 2287-13 E

25 procent per år. Modellen är förutsebar och förmånlig för grossisten eftersom den baseras på att investeringarna är tyngre i början av uppdraget.

Förvaltningsrättens bedömning

Det kan vara förenat med vissa svårigheter att närmare beräkna kostnaden för en tjänst som sträcker sig över flera år. Vid långa avtalstider får det emellertid anses ankomma på en anbudsgivare att utöver normal kostnadsutveckling även beakta möjligheten för en avvikande kostnadsutveckling när det gäller att bestämma det pris som ska offereras för tjänsten. Därtill kommer alltid ett affärsmässigt övervägande om anbud alls ska lämnas in en upphandling. Svårigheten att beräkna kostnaden för en tjänst som ska löpa över en längre tid står sålunda inte i sig i strid med proportionalitetsprincipen. Inte heller får den omständigheten att fördelningen av ersättningen för tjänsten är högre de två första åren, med beaktande särskilt av vad kommunerna anger som grund därför, anses stå i strid med proportionalitetsprincipen.

Nettoredovisning och revisioner

I förfrågningsunderlaget anges att för grossistens garanterade sortiment ska lägsta nettopris med avdrag för anbudsstöd, volym- och övriga rabatter, andra avdrag och bonusar m.m. gälla. Vidare anges att grossist ska kunna förklara och redovisa för kommunerna i anbudet hur det kan säkerställas att grossisten offererar sitt lägsta nettopris under hela avtalstiden. Anbudsgivaren ges två alternativ att göra detta. I det ena alternativet ska grossisten genom oberoende auktoriserad revisor intyga att lägsta nettopris offereras. I det andra alternativet ska grossisten för ansvarig person för upphandlingen ha öppen redovisning av sina verkliga inköpspriser för kommunerna på det nettoprissatta garanterade sortimentet.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 8

2194-13 E, 2279-13 E,
2280-13 E, 2283-13 E,
2284-13 E, 2285-13 E,
2286-13 E, 2287-13 E

Bolaget gör gällande att kravet på redovisning av nettopris för grossist är konkurrensbegränsande gentemot övriga upphandlingar och övrig marknad. Detta gäller eftersom konkurrenterna redan genom det för distributionen kända procentpåslaget kan beräkna bolagets nettopriser för det garanterade sortimentet och dessa priser utgör en del av bolagets affärshemligheter. Om de priserna blir kända på marknaden kan det missgynna bolaget i förhållande till bolagets konkurrenter. Kravet på nettopris är varken lämpligt eller nödvändigt för syftet och strider därför mot proportionalitetsprincipen och mot vad som uttalades i förvaltningsrättens tidigare dom.

Kommunerna gör gällande att genom möjligheten för grossisten att via revisor intyga att det verkligen är nettopriser som offereras i avtalsskedet så kvarstår inte kravet från tidigare upphandling gällande särredovisning för kommunerna av kostnader, rabatter, avdrag etc. I och med att endast nettopriset (sammanräknad kostnad för vara och distribution) kan utläsas i nettoprislistor föreligger inte någon risk för att affärshemligheter avslöjas. För övrigt är det inte ovanligt i branschen att prissättning sker mot nettoprislistor som är offentliga. Vidare är det i och för sig riktigt att det är förenat med kostnader att anlita en revisor. Kostnaden är dock möjlig att slå ut på anbudspriset för distributionstjänsten. I dag genomförs kontroller några gånger per år. Vidare konkurrensutsätts i den nya upphandlingen även det garanterade sortimentet.

Förvaltningsrättens bedömning

Liksom vid tidigare prövning gör domstolen bedömningen att konkurrenter till bolaget, på grund av att uträkningen av det procentuella påslaget redan genom att anbudsförfarandet blir känt, senare kan utläsa bolagets nettopriser i det garanterade sortimentet, vilka får anses utgöra affärshemligheter. Även om tidigare krav på särredovisning av anbudsgivarens rabatter m.m. för att säkerställa att grossisten offererar nettopris har fallit bort och i stäl-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 9

2194-13 E, 2279-13 E,
2280-13 E, 2283-13 E,
2284-13 E, 2285-13 E,
2286-13 E, 2287-13 E

let ersatts av bl.a. ett krav på intyg härom från revisor så kvarstår att kravet på nettopriser är konkurrensbegränsande. Med hänsyn härtill får kravet på att grossist ska redovisa sina nettopriser alltså anses konkurrensbegränsande och även oproportionerligt i så måtto att konkurrensutsättning kommer att ske vid endast ett tillfälle (anbudsutvärderingen) eftersom grunden för prissättningen av grossistsortimentet är ett över tid föränderligt nettopris.

Bolaget gör även gällande att kravet på revisioner enligt anbudsförfrågan strider mot proportionalitetsprincipen eftersom det är en större åtgärd än vad som kan anses ändamålsenligt. Dessutom strider kravet mot transparensprincipen eftersom det i förfrågningsunderlaget saknas uppgifter om i vilken omfattning dessa revisioner ska ske och eftersom de kan komma att vara omfattande påverkar de även den kostnad som grossisten måste medräkna i sitt anbud. Klart är att revisionsalternativen är mycket kostsamma alternativ och att det kan vara ett problem för kommunerna att få svar från en auktoriserad revisor inom i förfrågningsunderlaget angiven tid. Eftersom hela storköksbranschen inom livsmedel har ett uppbyggt system för kontroll av prissättning m.m. speciellt för offentlig marknad är den angivna utvärderings- och prissättningsmodellen enbart fördyrande för båda parter.

Kommunerna anger att det är riktigt att det är förenat med kostnader att anlita revisor, men att den kostnaden är möjlig att slå ut på anbudspriset i offererat pris för distributionstjänsten. Omfattningen av kontrollerna har tidigare år varit ett fåtal per år. Av betydelse är givetvis utfallet av kontrollerna. För övrigt innehåller varje avtal av någon betydelse kontrollmöjligheter som är förenade med kostnader för en leverantör. Skälet till att tiden två respektive tre dagars varsel valts är att kontrollen, för att få avsedd effekt, måste ske i omedelbar anslutning till att kommunerna varslat om kontroll.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 10

2194-13 E, 2279-13 E,
2280-13 E, 2283-13 E,
2284-13 E, 2285-13 E,
2286-13 E, 2287-13 E

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har inte närmare utvecklat på vad sätt kommunens kontrollfunktion med krav på revisioner skulle stå i strid med proportionalitetsprincipen. Enbart att storköksbranschen inom livsmedel har ett eget kontrollsystem för prissättning för offentlig marknad eller att kommunernas kontrollfunktion är utformad på ett annat sätt än detta är inte tillräckligt för slutsatsen att kommunernas kontrollsystem ska anses strida mot LOU.

Ett förfrågningsunderlag ska dock vara så tydligt utformat att presumtiva anbudsgivare ska kunna veta vad som efterfrågas för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Avsaknaden av uppgifter i förfrågningsunderlaget om antalet revisioner och dess omfattning m.m. är en brist som medför att upphandlingen brister i tydlighet och i denna del strider därför upphandlingen mot transparensprincipen.

Sammanfattning av förvaltningsrättens bedömning och skadeprövning

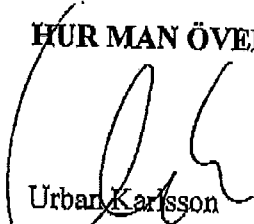
Upphandlingen brister i likabehandling, transparens och förutsebarhet avseende hur utvärdering av grossist ska göras. Den är vidare konkurrensbegränsande och strider mot proportionalitetsprincipen i fråga om angivandet av nettopriser. I avsaknad av närmare uppgifter om antalet revisioner m.m. strider upphandlingen slutligen mot transparensprincipen. Dessa överträdelser av LOU innebär att bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada, varför skäl finns för ingripande mot upphandlingen. Eftersom de brister som konstaterats är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede och då ansökan om överprövning dessutom har gjorts innan tilldelningsbeslut fattats ska upphandlingen göras om.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 11
2194-13 E, 2279-13 E,
2280-13 E, 2283-13 E,
2284-13 E, 2285-13 E,
2286-13 E, 2287-13 E

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



Urban Karlsson
Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Michaël Koch.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rätts tillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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 interimsistiskt 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.