



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Anna Aktermo

DOM
 2011-03-04
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 831-11 E, 833-11 E, 834-11
 E, 836-11 E -- 838-11 E

SÖKANDE

Servera R&S AB, 556233-2451
 Strandbergsgatan 61
 112 89 Stockholm

Ombud: Carl Henrik Brännberg
 Lunicore Studentkonsult AB
 Sandgatan 2
 223 50 Lund

KONKURRENSVERKET	
2011-03-07	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPARTER

1. Sjöbo kommun
 275 80 Sjöbo

Mål nr 831-11 E

2. Simrishamns kommun
 272 80 Simrishamn

Mål nr 833-11 E

3. Skurups kommun
 274 80 Skurup

Mål nr 834-11 E

4. Tomelilla kommun
 273 80 Tomelilla

Mål nr 836-11 E

5. Ystads kommun
 271 80 Ystad

Mål nr 837-11 E

6. Sydskånska gymnasieförbundet
 271 80 Ystad

Mål nr 838-11 E

Ombud för 1-6: Sjöbo kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU), i dess lydelse efter den 15 juli 2010

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 51528

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Upphandlande myndigheter genomför samordnade upphandlingar av livsmedel genom ett öppet förfarande enligt LOU. Av förfrågningsunderlaget framgår att de samordnade upphandlingarna avser 13 olika varugrupper samt att anbud kan lämnas på en eller flera varugrupper och att varje varugrupp utvärderas för sig. Av tilldelningsbesked framgår att Menigo tilldelats uppdraget avseende varugrupperna kolonial, djupfrost, kött och chark 1, frukt och grönsaker, äpplen, potatis och bryggeri, RP-Frukt avseende varugruppen mejeri, Dafgårds avseende varugruppen Kött 2, RCD-Food avseende varugrupperna tomater samt lök och morötter och Sigvants bageri avseende bröd och bakverk. Vidare framgår att inget anbud inkommit avseende varugruppen fisk.

Servera R&S AB ansöker om överprövning av de samordnade upphandlingarna och yrkar i första hand att dessa ska göras om och i andra hand att dessa ska få avslutas först sedan rättelse gjort.

Servera R&S AB anför sammanfattningsvis följande. Upphandlande myndigheter har i förfrågningsunderlaget angett att *det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet* kommer att antas, bedömt efter vissa angivna utvärderingskriterier som baseras på pris och kvalitet. I förfrågningsunderlaget anges alltså klart och tydligt att upphandlande myndigheter kommer att lägga stor vikt inte bara vid produkternas pris utan även deras kvalitet, där den senare kan komma att innebära en relativ differens mellan två anbudsutvärderingspris på uppemot 50 procent (för det fall en leverantörs anbudspris ökas med 30 procent, medan en annan minskas med 20 procent). Upphandlande myndigheter har vid utvärderingen beslutat att helt bortse från kvalitetskriterierna och har inte alls genomfört de i förfrågningsunderlaget angivna produkttesterna, vilket bekräftats i brev från upphandlingsansvarig, utan har i stället tillämpat tilldelningsgrunden *lägsta pris*. Upphand-

lande myndigheter har genom sitt förfarande brutit inte bara i de grundläggande kraven på öppenhet och förutsebarhet som gäller enligt 1 kap. 9 § LOU, utan även direkt brutit mot bestämmelsen i 12 kap. 1 § LOU. Servera R&S AB har på grund av detta agerande frånhänts möjligheten att upprätta och avge ett konkurrenskraftigt anbud, då man omöjligt kunnat förutse vilka kriterier som har värderats på vilket sätt.

Utöver detta föreligger tydliga indikationer på att prisjämförelsen mellan anbudsgivarna har varit undermåliga, t.ex. tar Menigo 1-2 kr för produkter som i praktiken kostar mellan 30-50 kr. Det är antingen fråga om förbisedda tryckfel eller aktiv prisdumpning från Menigos sida.

Upphandlande myndigheter motsätter sig ett ingripande enligt LOU och anför sammanfattningsvis följande. Upphandlande myndigheters utvärdering, vilket noggrant beskrivits i förfrågningsunderlaget, bestod av dels prisjämförelser, dels kvalitetstester (smaktester) av 19 utvalda produkter (av totalt 1 255 produkter). Den sammanlagda poängen renderade sen i ett plus-, minus- eller nollresultat avseende prissättningen. Med anledning av snöoväder med stängda skolor, oframkomliga vägar och inställda kommunikationer som följd, blev resultatet av genomförda smaktester mycket varierande. Av samma anledning kom inte heller samtliga begärda prover fram i tid. Dessutom meddelade Servera R&S AB vid ett av tillfällena att en efterfrågad produkt inte kunde levereras p.g.a. sjukdom. Smaktesterna utfördes i den mån det var möjligt, men med varierande antal deltagare. Upphandlande myndigheter har således inte på något sätt bortsett från vad som angivits i förfrågningsunderlaget beträffande kvalitetsparametrarna. Dock framgår det med tydlighet att utfallet av dessa tester inte på något sätt skulle kunna påverka det sammanlagda utfallet av utvärderingen. Det eventuella prisavdrag/påslag som skulle utdelas har endast påverkan på just aktuell artikel och inte på hela utvärderingspriset. Med anledning härav är det endast den slutliga beräkningen som har utelämnats. Servera R&S AB

anser att Menigos prissättning i vissa avseenden är att betrakta antingen som tryckfel eller prisdumpning. Menigo har, liksom Servera R&S AB, under utvärderingstiden blivit ombudda att se över sin prissättning och justera alternativt bekräfta dessa. Menigo har bekräftat att inga felaktigheter föreligger i bolagets anbud och Upphandlande myndigheter har ingen anledning att misstro detta.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Relevanta delar av förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget 2. under rubriken *Utvärderingsgrund* anges följande.

”Anbud kommer att antas enligt principen om ekonomiskt mest fördelaktigt där en sammanvägning kommer att göras av pris, kvalitet och sortimentsbredd enligt anvisningar som återfinns i kapitel 4.”

I förfrågningsunderlagets *kapitel 4*. under rubriken *Utvärderingskriterier* anges följande.

”Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med beaktande av tilldelningskriterierna *Totalpris och Kvalitet*. Med utvärderingskriteriet *Totalpris* avses anbudsgivarens grundpris. Utvärderingskriteriet *Kvalitet* består av inbördes i procent viktade underkriterier, som poängsätts på visst i test protokollet specificerat sätt. Ett anbud kan vid anbudsutvärderingen av *Kvalitet* tilldelas ett sammanlagt maximalt antal poäng. *Totalpriset* räknas upp eller ned med ett visst antal procent enligt tabell, se nedan. Det uppräknade/nedräknade *Totalpriset* /dvs. det fiktiva pris som prispåslaget/avdraget resulterar i) utgör det aktuella anbudets utvärderingspris i den slutliga utvärderingen. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är det pris som i den slutliga anbudsutvärderingen får det lägsta utvärderingspriset.”

Under rubriken *Totalpris* anges bl.a. följande.

”Utvärderingspriset räknas fram genom att multiplicera kilo/literpris med uppskattad årsvolym med tillägg/avdrag av eventuella poäng. I de fall anbudsgivare inte kan ämna uppgift för en position i prisbilagan kommer ett belastningsvärde räknas fram för den saknade positionen. Belastningsvärdet på produkten beräknas med grund i de avtalspriser som beställaren för närvarande är bunden av och multipliceras därefter med 1,3. Resultatet förs in i prisbilagan och räknas därefter med i totalpriset.”

Under rubriken *Kvalitet* anges bl.a. följande.

”Kommunerna eftersträvar högsta möjliga kvalitet på alla livsmedel som förbrukas. Bedömning kommer att ske utifrån tester av utvalda, viktiga produkter. Testerna kommer att ske i två grupper – dels bland brukarna (elever och personer på äldreboende) dels av kökspersonal. Mer information om hur testerna kommer att utföras finns i bilaga 5 – ”testprotokoll”. Om någon produkt som är avsedd att utvärderas i smaktest inte lämnas kommer belastningsvärde att sättas på positionen.”

Under rubriken *Exempel kvalitet – fiktivt prispåslag/avdrag* anges följande.

”Om en enskild produkt får 28 poäng vad gäller kvalitet, kommer ett fiktivt prisavdrag om 10 % att göras på priset. Priset multipliceras därefter med uppskattad volym enligt prisbilagan. Om anbudspriset är 100 kr per kilo och uppskattad volym 100 kilo kommer utvärderingspriset att bli 9000 kronor”

Brev från upphandlingsansvarig

I brev från upphandlingsansvarig till företrädare för Servera R&S AB uppges följande. ”För att bekräfta vad vi tidigare idag talades vid om per telefon vill jag

förtydliga att någon hänsyn inte tagits till utförda smaktester i utvärderingen. Anledningen till det under flera av de planerade ”smaktestdagarna” dagarna blev snöstorm med inställda bussar etc. som följd. Av samma anledning kom inte alla av Er leverantörer utsända prover fram i rätt tid. Vi bifogade, med vårt tilldelningsbesked, en sammanställning av de smaktester som trots allt genomfördes och som uppskattades av deltagarna, men då det blev så varierande utfall valde vi att inte ta hänsyn i den slutliga utvärderingen.”

Förvaltningsrättens bedömning

Fel vid utvärderingen

Servera R&S AB har gjort gällande att upphandlande myndigheter inte utfört utvärderingen på så sätt som anges i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med beaktande av tilldelningskriterierna *Totalpris och Kvalitet*. Av handlingarna i målet framgår att upphandlande myndigheter vid utvärderingen avvikit från vad som angetts i förfrågningsunderlaget genom att inte genomföra, poängsätta och beakta smaktesterna (kvalitetskriteriet) på i förfrågningslaget angivet sätt. Förfarandet har inte varit förutsebart för anbudsgivarna och strider därmed mot den grundläggande upphandlingsrättsliga principen om transparens.

Skadebedömning

För att ingripande enligt LOU ska bli aktuellt krävs förutom att det konstaterats att upphandlande myndigheter handlat på ett sätt som strider mot de upphandlingsrättsliga reglerna att sökanden lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av detta.

Förvaltningsrätten gör i detta hänseende följande bedömning.

I fråga om varugrupper där inget anbud lämnats konstaterar förvaltningsrätten att den felaktighet som har påpekats och påvisats hänför sig till hur utvärderingsfasen av upphandlingarna har utförts och inte till några felak-

tigheter i utformningen av förfrågningsunderlaget som sådant. Felaktigheten kan därmed inte ha påverkat hur anbudsgivarna har utformat sina anbud eller om anbud har lämnats. Av handlingarna i målet framgår att Servera R&S AB inte lämnat något anbud vad avser 11 av de 13 olika varugrupperna. Bolaget kan därmed inte anses lidit eller kunna komma att lida skada till följd av de upphandlande myndigheternas förfarande i dessa delar av upphandlingarna. Beträffande varugrupperna "Kolonialvaror" och "Djupfrost" konstaterar förvaltningsrätten att Servera R&S AB, som har lämnat anbud på dessa två varugrupper, har anfört att den skada bolaget lidit består i att bolaget frånhänts möjligheten att upprätta och avge ett konkurrenskraftigt anbud. Såsom förvaltningsrätten nyss redovisat är emellertid den påtalade felaktigheten hänförlig till utförandet i utvärderingsfasen och kan därför inte ha påverkat möjligheten att upprätta och avge ett konkurrenskraftigt anbud. Felet härrör alltså inte till det konkurrensuppsökande skedet. Servera R&S AB kan således inte anses ha lidit skada på sätt som görs gällande.

Frågan som är aktuell vid skadebedömningen är i stället om Servera R&S AB visat att bolaget kunnat tilldelas uppdrag såvitt avser de nu aktuella två varugrupperna, om upphandlande myndighet hade genomfört utvärderingen i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget, d.v.s. beaktat kvaliteten (smaktester) på angivet sätt. Servera R&S AB har anfört att kvaliteten kan komma att innebära en relativ differens mellan två anbuds utvärderingspris på uppemot 50 procent (för det fall en leverantörs anbudspris ökas med 30 procent, medan en annan minskas med 20 procent). Av förfrågningsunderlaget framgår dock att smaktesterna skulle genomföras på totalt sett 19 produkter och att bedömd kvalitet kan påverka priset genom en prisökning på maximalt 30 procent eller prisavdrag på maximalt 20 procent såvitt avser enskild produkt/position. Förvaltningsrätten noterar härvid att det av det skriftliga underlag Servera R&S AB gett in framgår för varugruppen "Djupfrost", vilken består av 414 produkter/positioner, att

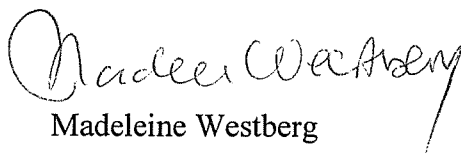
vinnande anbudsgivares totala anbudspris är nästan 2 miljoner kronor lägre än sökandens. Servera R&S AB har enligt förvaltningsrätten inte gjort sannolikt att bolaget haft möjlighet att tilldelas uppdragen om utvärdering skett i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Bolaget kan därmed inte anses ha lidit eller kunnat lida skada till följd av upphandlande myndighets förfarande.

Menigos prissättning

Servera R&S AB har ifrågasatt Menigos prissättning. Av 12 kap. 3 § LOU framgår att upphandlande myndighet, under vissa förhållanden, får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Någon skyldighet att förkasta ett sådant anbud föreligger inte. Vad Servera R&S AB anfört i denna del kan därmed inte föranleda ett ingripande enligt LOU.

Sammanfattat bedömer förvaltningsrätten att upphandlande myndigheter har handlat i strid med den upphandlingsrättsliga regleringen genom att inte göra utvärderingen på det sätt som har angetts i förfrågningsunderlaget. Eftersom Servera R&S AB inte har kunnat visa att bolaget till följd av detta har lidit eller kunnat komma att lida skada, föranleder detta emellertid inget ingripande enligt LOU.

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


Madeleine Westberg



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

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

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

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

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

DV 3109/1B LOU