



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**  
Kansli Nyköping

**DOM**  
2010-11-29  
Meddelad i  
Nyköping

Mål nr  
7692-10  
Enhet 3

Handläggare:  
Andreas Lindholm

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-03-22	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

### SÖKANDE

Menigo Foodservice AB, 556044-4647  
Box 9081  
120 05 Årsta

Ombud: Jur.kand. Håkan Andersson  
c/o Andersson Gustafsson Advokatbyrå  
Box 3124  
103 62 Stockholm

### MOTPARTER

1. Flens kommun  
642 81 Flen

2. Katrineholms kommun  
641 80 Katrineholm

3. Katrineholmsbygdens församling, 252004-2074  
Bievägen 3  
641 46 Katrineholm

4. Vingåkers kommun  
643 80 Vingåker

5. Vårnäs behandlingshem, 222000-0323  
Vårnäs behandlingshem  
643 92 Vingåker

### SAKEN

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

### FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens beslut den 10 september 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 25704

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 194 611 25 Nyköping	Folkungavägen 4	0155-200450 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	0155-200490	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

## BAKGRUND

Kommunerna i Flen, Katrineholm och Vingåker samt Katrineholmsbygdens församling och Vårnäs behandlingshem (kommunerna m.fl.) upphandlade livsmedel. Som upphandlingsförfarande angavs öppet förfarande. Som grund för tilldelning av kontraktet angavs lägsta pris. Anbud lämnades av bl.a. Menigo Foodservice (bolaget). Genom tilldelningsbeslut antog kommunerna m.fl. anbud från en annan leverantör än bolaget.

## ANSÖKAN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har vidtagits genom ny anbudsutvärdering och i andra hand att upphandlingen ska göras om. I ansökan daterad den 10 september 2010 anför bolaget bl.a. följande. Av det utvärderingsprotokoll som fogats till tilldelningsbeslutet framgår hur utvärderingen genomförts. Bolagets anbud har efter utvärderingen enligt förfrågningsunderlaget det lägsta priset på 9 varugrupper. Efter denna utvärdering framgår av s. 7 bilaga 7 att man gjort en "slutlig bedömning" där man tillfört bolagets anbud ett påslag på 10 procent. Detta har resulterat i att bolagets anbud inte haft lägsta pris på någon varugrupp och därför inte tilldelats någon del av upphandlingen.

### **Brist i utvärderingen**

Av anbudsförfrågan under punkt 2.10.7 framgår att det anbud som har det lägsta priset för en viss produktgrupp ska bedömas efter "lämnade nettopriser samt 10 utvalda produkter ur respektive produktgrupp med bruttopris med avräknad generell rabatt". Varken här eller i annan del av förfrågningsunderlaget, finns det stöd för att i utvärderingen räkna med några andra parametrar än de priser som framgår av Anbudsblankett Produkter och anbudsgivarnas prislistor. Varken av förfrågningsunderlaget eller sena-

re har det framgått att anbuderna ska utvärderas på ett sådant sätt att man kan göra ett generellt påslag på 10 procent. Utvärderingen av bolagets anbud är därmed felaktig och bolaget har inte behandlats likvärdigt med övriga anbudsgivare. På grund av detta har bolaget felaktigt inte tilldelats upphandlingen i fråga om i vart fall 9 varugrupper.

#### **Brister i förfrågningsunderlaget**

Den modell som använts för hantering av uteblivna eller inte godkända produkter är inte förutsägbar. I anbudsförfrågan 2.4.5 framgår bl.a. att kommunerna m.fl. endast kommer att utvärdera de produkter inom respektive produktgrupp som samtliga anbudsgivare svarat på. För att ett anbud ska utvärderas krävs enligt förfrågningsunderlaget att minst 90 procent av produkterna offereras och uppfyller varukraven. Med 10 anbudsgivare kan en situation uppstå där något anbud brister på varje produkt varvid varugruppen inte går att utvärdera. Detta gör att utvärderingsmodellen inte är förenlig med LOU eftersom den inte säkerställer att anbudet med lägst pris vinner upphandlingen. Som framgår av Kammarrätten i Stockholms dom den 15 juni 2009 i mål nr 2501-09 och 2508-09 uppfyller utvärderingsmodellen i sådant fall inte kraven på förutsägbarhet och likabehandling. Även om endast ett fåtal produkter i en varugrupp skulle gå att utvärdera, skulle utvärderingen inte på ett tillfredsställande sätt säkerställa att lägst pris i varugruppen fås. Utvärderingsmodellen innebär vidare oönskade effekter genom att anbudsgivarna av taktiska skäl skulle kunna avstå ifrån att lämna anbud på en viss vara. Det går inte att förutse utvärderingen av produkter med rabatt. Av anbudsförfrågan punkten 2.10.7 framgår att utvärdering kommer att ske av ”10 utvalda produkter ur respektive produktgrupp med bruttopris med avräknad generell rabattsats”. Dessa produkter väljs av kommunerna m.fl. från anbudsgivarnas ordinarie prislista, vilken enligt Anbudsförfrågan 2.4.1 ska bifogas anbudet. Det framgår inte någonstans av förfrågningsunderlaget vilka 10 produkter som ska utvärderas. Det framgår inte heller av utvärderingsprotokollet vilka 10 produkter som har

utvärderats. Det har därmed på anbudsstadiet inte varit förutsägbart vilka produkter som skulle utvärderas, vilket strider mot kraven på transparens och likabehandling. Detta innebär också att kommunerna m.fl. i efterhand kunnat välja 10 produkter som en specifik leverantör har särskilt bra prissättning på och därmed i princip förbehålla sig fri prövningsrätt. Det har inte heller framgått om de utvalda produkterna varit desamma för samtliga anbudsgivare.

Förfrågningsunderlaget anger att utvärdering endast ska ske av produkter som samtliga anbudsgivare som lämnat anbud på respektive varugrupp har offererat. Denna regel gör att utvärderingsmodellen inte är lämplig för utvärdering av lägsta pris, vilket i sig innebär att utvärderingen inte varit förutsägbar och brister i likabehandling.

Kommunerna m.fl. motsätter sig ansökan och anför i yttrande daterat den 21 september 2010 bl.a. följande. Utvärderingskriteriet för varje produktgrupp i upphandlingen har varit lägsta pris, dvs. omfattande krav på produkterna har varit skall-krav. I anbudsfrågan har detta beskrivits på följande sätt. "Lägsta pris kommer att bedömas efter lämnade nettopriser samt 10 utvalda produkter ur respektive produktgrupp med bruttopris med avräknad generell rabatt. De upphandlande myndigheterna kommer att anta den leverantör som har det lägsta priset på offererad produktgrupp." I samband med en fråga om leverantör kan tacka nej till tilldelad produktgrupp har kommunerna m.fl. svarat att leverantören i anbudet kan uppge om det blir ändrad prispild ifall man endast får en produktgrupp eller ett visst antal produkter. Detta stöds även av en skrivning i anbudsfrågan, punkt 2.4.5, Delning av anbud, som stadgar att leverantör ska ange om och på vilket sätt ett antagande av flera leverantörer påverkar ert anbud och prissättning. Bolaget har i sitt anbud lämnat nettopriser i bilaga 2. Som bilaga 10 har bolaget lämnat en skrivelse med följande innehåll. "I händelse av att Meni-

go inte blir antagna på alla offererade produktgrupper så avser vi reglera  
anbudspriser enligt följande modell:

<u>Antagen volym av värdet på vår offert i procent</u>	<u>Påslag på offert- priser i procent</u>
80 % – 100 %	0 %
60 % – 79 %	5 %
40 % – 59 %	10 %
20 % – 39 %	15 %
1 % – 19 %	30 %

Vid uträkningen har bolagets anbud därför utvärderats som *alternativa anbud*. Kommunerna m.fl. har först utvärderat bolagets grundanbud. Efter kontroll av antagen volym av värdet på bolagets offert i procent (55 % i antagen volym) lades ett påslag på grundanbudet på 10 %, helt i enlighet med anbudet. Ovannämnda skrivning stödjer dels kommunernas m.fl. utvärdering, dels att bolaget hanterats på samma sätt som övriga anbudsgivare. Genom att differentiera priserna i förhållande till beräknad värderad volym i enlighet med bilaga 10 har bolaget lämnat in alternativa nettoprislistor. Genom att utvärdera nettoprislistan i enlighet med hur den ska utläsas enligt bolagets anbud garanteras därmed att antaget anbud är det anbud som lämnat lägsta pris på den produktgrupp som tilldelats kontraktet. Även det bolag som tilldelades upphandlingen, Servera AB, har lämnat anbud på samma sätt som bolaget. Servera AB:s påslag var dock lägre, mellan 1 – 3 % av grundanbudet, varför Servera AB:s alternativa anbud blev lägre än bolagets i nästan varje produktgrupp. Kommunerna m.fl. har utvärderat anbudet på följande sätt. Först har leverantören fått lämna prisuppgifter på förutbestämda produkter som avser de mest beställda varorna (sammanlagt 750 olika varor), där pris i förhållande till tidigare beställd volym har sammanställts. I samband med anbudet har leverantören själv kunnat sammanställa vilken prisnivå anbudet uppnår eftersom samtliga parametrar varit

givna. Det är dessa produkter som framgår av ingiven nettoprislista. Sedan har kommunerna m.fl. utvärderat övriga produkter, där anbudsgivare endast uppgett en procentsats i förhållande till prislistor. Prislistorna innehåller tusentals produkter per leverantör och sortimentet skiljer sig åt mellan leverantörerna. I enlighet med underlaget har 10 varor per varugrupp som offererats av samtliga utvärderade leverantörer jämförts (ca 125 olika varor) och sedan multiplicerats med tidigare beställd volym. Utvärderingen av dessa "icke nettoprissatta varor" har därför haft en mycket begränsad påverkan på utvärderingen, dels genom antalet varor, dels genom beställd volym. För att anbudsgivare inte ska kunna styra prissättningen i de aktuella prislistorna har kommunerna m.fl. begärt in gällande prislistor för hela april och från dessa, i enlighet med underlaget, valt ut och prisjämfört 10 av de mest köpta produkterna som inte funnits med på nettoprislistan och som har offererats av samtliga utvärderade anbudsgivare. Kommunerna m.fl. har därför inte i förväg kunnat ange vilka produkter som kommer att utvärderas i respektive produktgrupp eftersom det är beroende av att leverantörerna lämnar anbud på tillräckligt många varor inom produktgrupperna.

#### **Brister i förfrågningsunderlaget**

Genom att ha två olika utvärderingsmodeller, en gällande 750 angivna varor av de varor som beställts mest och en gällande 125 tidigare beställda varor av varor som inte beställs i samma omfattning, säkerställer kommunerna m.fl. att konkurrensen upprätthålls. Bolaget har dessutom inte lidit skada av hur utvärderingen skett eftersom bolaget skulle ha haft lägst pris om man inte valt att lämna alternativa prislistor. I fråga om att utvärderingen av produkter med rabatt inte skulle vara förutsägbar gäller följande. Kravet på transparens uppfylls genom att kommunerna m.fl. angett hur utvärderingen ska gå till (ifyllande av nettoprislista samt utvärdering av övriga produkter genom jämförelse av 10 utvalda produkter respektive produktgrupp). Genom att utvärdera de mest sålda produkterna i utvärde-

ringen har principen om lägsta pris upprätthållits. Utvärderingen av produkter utanför nettoprislistan avser kvantiteter som är av så marginell art att utvärderingen knappt påverkas. Kommunerna m.fl. har utvärderat samtliga anbud på samma sätt, varför principen om likabehandling har upprätthållits.

Bolaget anför i yttrande den 1 oktober 2010 bl.a. följande.

#### **Den upphandlingsrättsliga bristen**

Det har inte framgått av förfrågningsunderlaget att det varit möjligt att lämna anbud med förbehåll för prispåslag för det fall att anbudsgivaren inte skulle tilldelas samtliga produktgrupper och det framgår inte heller att prispåslagen ska utvärderas, eller på vilket sätt en sådan utvärdering ska göras.

#### **Utvärderingens brister**

Det är inte lämpligt att utvärdera ingivna procentuella prispåslag för att utvärdera anbud. Det är inte osannolikt att en situation uppstår där det faktiskt inte är möjligt att räkna fram vilka anbud som har lägst pris på de olika produktgrupperna. Utvärderingsmodellen kan därför inte tillförsäkra att anbudet med lägst pris tilldelas upphandlingen.

#### **Brister i förfrågningsunderlaget**

Icke ändamålsenlig utvärderingsmodell

Flertalet produktgrupper innehåller så få produkter att kommunerna m.fl. riskerar att inte kunna utföra utvärderingen på grund av att det inte finns någon produkt eller tillräckligt många produkter som återfinns i samtliga anbud. Detta innebär att utvärderingsmodellen inte säkerställer att anbudet med lägst pris tilldelas kontraktet och är därför inte förenlig med LOU. Alla anbudsgivare som inte tilldelats kontrakt har kunnat komma att lida skada, jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 mars 2009 i mål nr

6996-08. Kommunerna m.fl. har anfört att man genom utvärderingen av anbudsgivarnas prislistor, utöver de särskilt efterfrågade produkterna, säkerställt att konkurrensen upprätthålls. Samtidigt uppger kommunerna m.fl. att denna kompletterande utvärdering av 10 slumpmässigt utvalda varor per produkttyp ur den ordinarie prislistan avsett ”kvantiteter av marginell art att utvärderingen knappt har påverkats”. Dessa påståenden är oförenliga. Utvärderingen av anbudsgivarnas prislista är av avgörande betydelse.

### SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt övergångsbestämmelserna till lagen (2010:571) om ändring i LOU, punkterna 1 – 2 gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som har påbörjats före den 15 juli 2010.

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.

Enligt 12 kap. 1 § första stycket LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Av tredje stycket framgår att en upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundlägg-



gande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har 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 gjorts.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

#### *2.10.7 Utvärderingsfasen*

Lägsta pris

Lägsta pris kommer att bedömas efter lämnade nettopriser samt 10 utvalda produkter ur respektive produktgrupp med bruttopris med avräknad lämnad generell rabatt.

De upphandlade myndigheterna kommer att anta den leverantör som har det lägsta priset på offererad produktgrupp.

#### *2.4.5 Delning av anbud*

Ange om och på vilket sätt ett antagande av flera leverantörer påverkar ert anbud och prissättning.

Av skrivelse med frågor från bolaget till kommunerna m.fl. och svar från de senare framgår bl.a. följande.

Fråga 13.

Kan man tacka nej till en tilldelad produktgrupp?

**Svar: Nej. Men man kan i anbudet uppge om det blir ändrad prisbild i fall man bara får en produktgrupp eller ett visst antal produkter.**

Av bolagets anbud framgår att man lämnat nettopriser i bilaga 2. Bolaget har vidare lämnat in en bilaga 10 med följande innehåll.

I händelse av att Menigo inte blir antagna på alla offererade produktgrupper så avser vi reglera anbudspriser enligt följande modell:

<b>Antagen volym av värdet på vår offert i %</b>	<b>prispåslag på offertpris</b>
80 % – 100 %	0 %
60 % – 79 %	5 %
40 % – 59 %	10 %
20 % – 39 %	15 %
1 % – 19 %	30 %

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har anfört att det inte finns något stöd i förfrågningsunderlaget för att vid utvärderingen räkna med några andra parametrar än de priser som framgår av Anbudsblankett Produkter och anbudsgivarnas prislister samt att det inte framgått att anbuden ska utvärderas på ett sådant sätt att man kan göra ett generellt påslag på 10 procent. Förvaltningsrätten instämmer i kommunernas m.fl. uppfattning att bolaget genom att lämna nettopriser i bilaga 2 samt därtill lämnat en bilaga 10 som beskriver hur bolaget avser reglera sina anbudspriser om bolaget inte blir antagna på samtliga offererade produktgrupper, lämnat alternativa anbud. Förvaltningsrätten konstaterar att även det bolag som tilldelades upphandlingen lämnat anbud på samma sätt och att även detta bolag ansågs ha lämnat alternativa anbud. Kommunerna m.fl. har utvärderat Menigo Foodservice AB:s nettoprislista i enlighet med hur den ska utläsas enligt bolagets anbud. Bolaget har vidare anfört att det inte framgått av förfrågningsunderlaget att det varit möjligt att lämna anbud med förbehåll för prispåslag för det fall att anbudsgivaren inte skulle tilldelas samtliga produktgrupper och det inte heller framgått att prispåslagen ska utvärderas, eller på vilket sätt en sådan utvärdering ska göras. Förvaltningsrätten noterar att det varit möjligt för anbudsgivarna att ställa skriftliga frågor till kommunerna m.fl. angående upphandlingen, vilket bolaget också gjort. Bolaget har i skrivelse frågat om leverantör kan tacka nej till tilldelad produktgrupp och har fått svaret att leverantören i

anbudet kan uppge om det blir ändrad prisbild om man endast får en produktgrupp eller ett visst antal produkter. Som kommunerna m.fl. påpekat stöds detta även av anbudsförfrågan, punkt 2.4.5, Delning av anbud, som anger att leverantör ska ange om och på vilket sätt ett antagande av flera leverantörer påverkar anbudet och prissättningen. Mot denna bakgrund och med hänsyn till vad som kommit fram i övrigt finner förvaltningsrätten att kommunernas m.fl. utvärdering av bolagets anbud inte kan anses felaktig eller att bolaget inte behandlats likvärdigt med övriga anbudsgivare. Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte finns någon upphandlingsrättslig brist i detta hänseende.

Bolaget har vidare anfört att kommunernas m.fl. utvärderingsmodell inte är förenlig med LOU eftersom den inte säkerställer att anbudet med lägst pris vinner upphandlingen och att den därmed inte uppfyller kraven på förutsägbarhet och likabehandling. Bolaget har också anfört att det på anbudsstadiet inte varit förutsägbart vilka produkter som skulle utvärderas vilket strider mot kraven på transparens och likabehandling. Vid all upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU gäller att upphandlande enhet vid utvärderingen endast har att ta hänsyn till olika i förfrågningsunderlaget direkt eller indirekt åberopade faktorer. Av Regeringsrättens avgörande RÅ 2002 ref. 50 följer att endast påtagliga och allvarliga felbedömningar kan föranleda ett ingripande. Vad bolaget anfört kan enligt förvaltningsrättens bedömning inte anses visa att kommunen tagit ovidkommande hänsyn eller brutit mot någon annan bestämmelse i LOU vid utvärderingen på sätt som inneburit eller kan komma att innebära skada för bolaget. Skäl för att besluta om åtgärder i enlighet med 16 kap. 2 § första stycket LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, finns således inte och bolagets ansökan ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV 3109/1D)

Helena Sohl