



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2011-06-21  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
2851-11  
Enhet 2

**SÖKANDE**

Menigo Foodservice AB, 556044-4647  
Box 9081  
120 81 Årsta

*Ombud:*

Advokat Liselott Fröstad  
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
Box 3124  
103 62 Stockholm

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-06-22	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>Doss</b>	<b>Aktbil</b>

**MOTPART**

Eskilstuna kommun  
631 86 Eskilstuna

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 50045

<b>Postadress</b> Box 406 581 04 Linköping	<b>Besöksadress</b> Brigadgatan 3	<b>Telefon</b> 013-25 10 00 <b>E-post:</b> forvaltningsratten@linkoping.dom.se	<b>Telefax</b> 013-25 11 40	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	--

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Eskilstuna kommun (myndigheten) upphandlar leverans av livsmedel – huvudkomponenter – till kommunens skolor, äldreboenden, förskolor och övriga verksamheter. Grund för tilldelning av kontraktet är det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet enligt utvärderingsmodellen kvalitet 55 procent, pris 35 procent och sortimentsbredd 10 procent.

Menigo Foodservice AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att myndighetens upphandling ska göras om.

Myndigheten motsätter sig bifall till bolagets yrkande.

## PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

### **Bolaget**

Förfrågningsunderlaget strider mot de grundläggande principerna i LOU. Av anbudsinbjudan framgår att kvalitet, pris och sortiment betygsätts från 1-10 poäng och att bedömningen avseende kvalitet görs vid testning av utvalda offererade produkter. Hur värderingen närmare ska göras framgår inte av förfrågningsunderlaget. Någon information om vad som krävs av de offererade produkterna för att erhålla minsta eller högsta poäng finns inte. Det framgår heller inte vilka produkter som skall kvalitetsutvärderas. Anbudsgivarna har överhuvudtaget inte någon inblick i utifrån vilka kriterier värderingen och poängsättningen görs. Det är nödvändigt att det framgår av förfrågningsunderlaget på vilka grunder poängsättningen görs. Genom myndighetens värdering och poängsättning i förfrågningsunderlaget har myndigheten möjlighet att poängsätta anbuden efter eget godtycke. Som minimikrav för att uppfylla LOU:s krav på förutsebarhet måste det av förfrågningsunderlaget framgå vad som krävs av anbudet för att högsta poäng skall uppnås. I den aktuella upphandlingen framgår inte om 10 poäng tilldelas en produkt som uppfyller kravet d.v.s. en godkänd produkt,

huruvida produkten måste vara särskilt bra d.v.s. mer än godkänd produkt eller om den måste vara av lyxkvalitet. Anbudsgivarna har inte möjlighet att bedöma vilken nivå de offererade produkterna skall ha för att en tillräcklig poäng skall uppnås. Detta innebär att myndigheten i praktiken givit sig själv fri prövningsrätt. Myndigheten kan poängsätta anbuden efter eget godtycke utan möjlighet för anbudsgivarna att invända i sak utifrån förfrågningsunderlaget. Resultatet kan bero på exempelvis hur jämförelsen mellan leverantörerna görs. Det går således inte att säkerställa att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt i realiteten antas.

Förfrågningsunderlaget skall vara så klart och tydligt att en leverantör utifrån detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten anser vara av betydelse vid upphandlingen. Vidare skall utvärderingsmodellen vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Förfrågningsunderlagets brister i detta avseende bryter därmed mot principerna om likabehandling, transparens och förutsägbarhet i LOU och inom gemenskapsrätten.

I rättspraxis har vid ett flertal tillfällen fastställts att det för att LOU:s krav på förutsebarhet skall vara uppfyllt är nödvändigt att det av förfrågningsunderlaget framgår vad som krävs för tilldelning av viss poäng, se t.ex. Kammarrättens i Göteborg domar från den 20 mars 2009 i mål 6996-08 och den 9 juli 2008 i mål 3331-08. I Kammarrättens i Göteborg mål 6996-08 från den 20 mars 2009 hade myndigheten i förfrågningsunderlaget angett vilka utvärderingskriterier som skulle användas och viktat dessa samt angett att de olika kriterierna kommer att åsättas poängen 1 till 5 beroende på vilket svar som anses bäst, näst bäst osv. I förfrågningsunderlaget fanns dock ingen ledning för vad som vägts in för att svaret skulle framstå som bäst, näst bäst osv. Kammarrätten ansåg att utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget lämnade ett stor utrymme för godtycklighet och att myndigheten gett sig själv i princip fri prövningsrätt samt att leverantörer-

na saknade möjlighet att förutse vad som skulle tillmätas betydelse vid prövningen av anbudet. I Kammarrättens i Göteborg mål 3331-08 från den 9 juli 2008 hade myndigheten i förfrågningsunderlaget angett bland annat att anbudsgivarens miljöklass skulle poängsättas mellan 1 till 10 poäng. I förfrågningsunderlaget angavs i viss utsträckning vad myndigheten skulle beakta vid värderingen, men någon närmare förklaring till vad som krävdes för att erhålla viss poäng framgick inte. Kammarrätten ansåg att man utifrån uppgifterna i förfrågningsunderlaget inte kunde bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättningen av kriteriet miljöklass mellan 1 och 10 poäng skulle ske. Denna brist i utformningen av förfrågningsunderlaget ansågs inte medföra att transparensen i upphandlingen motsvarade de krav som ställs i en offentlig upphandling. I förevarande upphandling skall samma bedömning göras varför förfrågningsunderlaget skall göras om.

I 11 kap. 9 § LOU fastslås vilka principer som skall gälla för offentlig upphandling. Där anges att vid upphandlingar skall bl.a. de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, transparens och förutsebarhet gälla. Detta innebär att samtliga de omständigheter som en upphandlande myndighet kommer att tillmäta betydelse vid upphandlingen och utvärderingen av anbudet skall vara förutsebara och framgå av förfrågningsunderlaget och att alla anbudslämnare skall behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Den i förfrågningsunderlaget uppställda modellen för anbudsutvärdering strider mot LOU genom att den inte säkerställer likabehandling av anbudsgivarna. Utvärderingsmodellen är inte ägnad att utvisa vilket anbud som innehar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är inte heller förutsägbart hur anbudsutvärderingen ska genomföras avseende poängsättning av produkter. I och med att förfrågningsunderlaget inte uppfyller LOU:s krav på transparens, förutsebarhet och likabehandling kan såväl bolaget som övriga anbudsgivare som deltar i upphandlingen samt dessutom anbudsgivare som valt att inte delta i upphandlingen ha lidit ska-

da eller komma att lida skada. Bolaget åberopar vidare Kammarrättens i Göteborg dom från den 16 oktober 2009 i mål nr 3904-09.

### **Myndigheten**

Enligt förfrågningsunderlaget skall utvärdering och tilldelning av kontrakt tillkomma den anbudsgivare som lämnar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbud med hänsyn till kriterierna; kvalitet 55 procent, pris 35 procent och sortimentsbredd 10 procent. Vidare framgår att bedömningskalan för poängsättning av anbuden kommer att ske genom en fyrgradig skala;

1 Ej beskrivit – nivån ej acceptabel	0 poäng
2 Acceptabel nivå	5 poäng
3 God nivå	8 poäng
4 Mycket god nivå	10 poäng

Utvärderingskriterierna är angivna i prioritetsordning med den viktigaste först.

Definition av kriterierna:

### ***Kvalitet***

Övergripande bedömning av produktkvalitet såsom smak, utseende, konsistens, innehåll och näringsvärde efter test av utvalda offererade produkter.

### ***Pris***

Produktpriser

### ***Sortimentsbredd***

Bedömning av andel lagerförda artiklar i förhållande till offererat sortiment.

På grund av pågående överprövningsprocess kommer ingivna anbud att öppnas och utvärderas först efter att förvaltningsrätten meddelat dom i målet. Myndigheten har härvidlag lagt sig vinn om att följa de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU som gäller för all upphandling och som säkerställer att offentliga medel inte användes för att diskriminera eller gynna vissa leverantörer eller på annat sätt ta ovidkommande hänsyn.

Myndigheten anser att förfrågningsunderlaget motsvarar de i lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrättens krav på affärsmässighet och konkurrensneutralitet, proportionalitet och transparens. Av förfrågningsunderlaget framgår med all önskvärd tydlighet vad myndigheten tillmäter avgörande betydelse vid upphandlingen och hur den utvärderingsmodell som slutligen kommer att användas är utformad och således är ägnad att leda till ett för anbudsgivaren rättvisande resultat, varvid kommer att antas det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref 50 uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Bristerna i förfrågningsunderlaget som bolaget nu anför saknar enligt Eskilstuna kommun relevans. Bolaget gör i sin ansökan felaktigt gällande att betygskalan är 1 – 10 när den rätteligen är 0-10 i intervall 0, 5, 8 och 10.

Det bolaget anför angående hur värderingen närmare ska göras, vilken information som krävs för att erhålla minsta eller högsta poäng, vilka produkter som ska kvalitetsutvärderas och huruvida anbudsgivarna har någon inblick i utifrån vilka kriterier värderingen och poängsättningen görs framgår av kravspecifikationen.

Ett viktigt moment av utvärderingen är de tester som kommer att utföras av myndighetens referensgrupp. En utvärdering av livsmedel kräver inslag av

tester som till sin natur präglas av viss subjektivitet, dock inte helt efter eget godtycke. Övriga anbudsgivare synes inte i någon del ha missuppfattat de krav på föremålet för upphandlingen, vilka uppställts i förfrågningsunderlaget. I frågor och svar som kompletterar förfrågningsunderlaget har vissa förtydliganden gjorts i de delar som bolaget anför som brister i förfrågningsunderlaget. Bolaget har inte i tillräcklig grad kunnat visa att förfrågningsunderlaget brister i transparens eller likabehandling eller på annat sätt står i strid med konventionsrätten. Ansökan ska därför avslås.

### SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

*Förvaltningsrätten gör följande bedömning.*

Bolaget har som grund för sin talan åberopat att myndigheten brutit mot principen om transparens och likabehandlingsprincipen.

#### **Principen om transparens**

Enligt principen om transparens ska den upphandlande myndigheten bl.a. lämna så utförlig information om hur utvärderingen av anbud ska ske så att leverantören efter förmåga kan utforma ett konkurrensmässigt anbud. Regeringsrätten har härvidlag i RÅ 2002 ref. 50 uttalat bl.a. följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid

upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Vidare uttalade Regeringsrätten 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 LOU och gemenskapsrätten inte träds förnär.

Bolaget har invänt att förfrågningsunderlaget brister i förutsebarhet då det inte har angetts mera i detalj hur anbuderna kommer att bedömas utifrån värderingskriteriet kvalitet. Ett livsmedels innehåll och näringsvärde torde gå att objektivt jämföra medan smak, utseende och konsistens mera är av subjektiv karaktär. Det faller sig då naturligt att de sistnämnda bedömningsgrunderna bedöms utifrån subjektiva hänsyn och att de svårigen låter sig preciseras i detalj. Även om förfrågningsunderlaget kunde ha varit tydligare i fråga om hur produktens innehåll och näringsvärde kommer att bedömas uppfattar rätten att utvärderingskriterierna är tillräckligt tydliga och att utvärderingsmodellen därmed får anses godtagbar. Förvaltningsrätten finner därmed att myndigheten inte har brutit mot principen om transparens.

#### **Principen om likabehandling**

Den upphandlande myndigheten ska enligt principen om likabehandling behandla alla leverantörer lika och ge dessa lika förutsättningar.

Förvaltningsrätten kan inte finna annat än att alla anbudsgivare har behandlats lika och att dessa har givits lika förutsättningar inför anbudslämnandet och under utvärderingsfasen. Myndighetens hantering kan således inte anses strida mot likabehandlingsprincipen.



Sammantaget följer av det ovan anförda att bolaget inte visat att det finns skäl för ingripanden med stöd av 16 kap. 5 § LOU. Ansökan ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV3109/1D LOU)



Bo Johansson

Föredragande har varit Jan-Erik Nilsson.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 vartill 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 3109/1D LOU