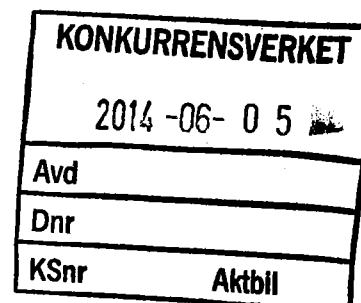




KLAGANDE

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



Ombud för 1-8: Advokat Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 45030
104 30 Stockholm

MOTPART

Martin & Servera AB, 556233-2451

Ombud: Stig Hermansson
Martin & Servera AB
112 89 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 29 augusti 2013 i mål nr 2194-13, 2279-13, 2280-13, 2283-13, 2284-13, 2285-13, 2286-13 och 2287-13, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och avslår, med upphävande av förvaltningsrättens dom, Martin & Servera AB:s ansökan om ingripande.

YRKANDEN M.M.

Trollhättans kommun m.fl.

Trollhättans kommun m.fl. (kommunerna) yrkar i första hand att ansökan om överprövning avslås i sin helhet och i andra hand att ansökan om överprövning avslås i den del som avser ramavtal för produkter med en förnyad konkurrensutsättning (producent/leverantörsdel). Kommunerna anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Utvärdering av anbud och ersättning till grossist

Kommunerna har i anbudsinbjudan redovisat det sammanlagda inköpsvärdet per kommun för perioden den 1 juli 2011–30 juni 2012. Någon anledning att anta att dessa värden – särskilt vad gäller köp av livsmedel – skulle förändras onormalt över den fyraåriga avtalsperioden föreligger inte. Värdena får således anses som tillräckligt representativa för att en anbudsgivare ska kunna bedöma myndighetens troliga behov under kommande avtalsperiod. Därtill kommer att grossistens ersättning för distributionen garanteras med 80 procent av offererat pris samt att det garanterade sortimentet endast utgör en mindre del av det totala sortiment som kommunerna upphandlar. Många kontrakt utgör mängdkontrakt där det inte är möjligt att i förväg exakt ange kommande volym. Trots detta är det regel inom näringslivet att prissättning och utvärdering sker mot en trolig volym. Sammantaget är det inte möjligt att förutse den exakta volymen under avtalsåren, men inköpsvolymen det senaste året ger god ledning liksom garantin i punkten 1.6 i anbudsinbjudan. Därtill kommer att huvudåtagandet, distributionsdelen, är volymneutral genom att priset omräknas till ett procentpåslag på värdet av levererade livsmedel.

Det garanterade sortimentet utgör endast en mindre del av grossistens åtagande. Redovisade volymer i anbudsinbjudan är de senast kända vid tidpunkten för anbudstidens utgång. Ett bättre och tillförlitligare underlag

finns inte att tillgå. Sammantaget föreligger goda möjligheter att prissätta det garanterade sortimentet.

I fråga om distributionsåtagandet har kommunerna tydligt redovisat omfattningen av åtagandet. Tillräckliga uppgifter finns för att en leverantör ska kunna kalkylera ett fast pris under hela avtalstiden. Omräkningen till ett påslag enligt punkten 5.1 i ramavtalet är förutsebar och konkurrensneutral.

Det står kommunerna fritt att välja om de önskar upphandla ramavtal med eller utan förnyad konkurrensutsättning. I upphandlingen har kommunerna valt att inte tillämpa förnyad konkurrensutsättning i grossistdelen. Skälet för detta är främst att förnyad konkurrensutsättning inte är lämplig för distributionen. Det är helt enkelt inte lämpligt att byta grossist vid flera tillfällen under avtalstiden. Bedömningen som gjorts är att bästa pris på distributionen erhålls vid en enda konkurrensutsättning.

Sammanfattningsvis är underlaget tillräckligt tydligt för att prissättningen av distributionsåtagandet och det garanterade sortimentet ska kunna ske på lika villkor i enlighet med de grundläggande principerna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Nettoredovisning

Verkliga affärshemligheter utgörs av exempelvis anbudsstöd, rabatter eller avdrag, dvs. uppgifter på nedbruten nivå. Enbart inköpspris/nettopris utgör knappast någon affärshemlighet eftersom de flesta aktörer i branschen har god kännedom om dessa. Till skillnad från i tidigare upphandling lämnar kommunerna i denna upphandling möjlighet för grossisten att inte avslöja anbudsstöd, rabatter och avdrag m.m. Grossisten har nämligen möjlighet att genom en egen externt anlita revisor verifiera att korrekt nettopris har tillämpats. Därmed föreligger inte risk för att affärshemligheter på nedbruten nivå röjs. Det är också brukligt att nettopriser

redovisas öppet vid upphandlingar av livsmedel. Det ska också framhållas att det garanterade sortimentet endast utgör 10–20 procent av de livsmedel som upphandlingen omfattar. Resterande del omfattas av producent-/leverantörs åtagande. Vidare ska framhållas att EU-domstolen slagit fast att kommunerna har en skyldighet att tillse att de ges en möjlighet att kontrollera att avtalen följs, bl.a. vad gäller den avtalade prissättningen i grossistdelen.

Revision

För att kunna uppfylla skyldigheten att kontrollera att leverantören följer avtalets villkor har kommunerna i punkten 2.1 i anbudsinbjudan uppställt två alternativ. Det ena innebär att grossisten genom en auktoriserad revisor intygar att lägsta nettopris lämnats. Detta för att undvika att utomstående får del av grossistens underliggande material som kan vara känsligt med hänsyn till affärshemligheter. Det andra alternativet är att låta kommunerna granska underlaget hos grossisten. Några brister i kravets tydlighet kan inte anses föreligga. Vad gäller arbetsinsatsen för att verifiera nettopris torde leverantörerna själva kunna bedöma vilken insats som erfordras. Vad gäller frekvensen av kontrollerna ligger det i sakens natur att det inte är möjligt att precisera dessa.

Omlastningsplats

Utöver vad som anförts i förvaltningsrätten ska det understrykas att den omständigheten att vissa leverantörer inte klarar att tillgodose sakligt motiverade krav inte utgör något brott mot likabehandlingsprincipen. Vad kommunerna gjort är att försöka öppna upp för lösningar för att sänka etableringströskeln och få bättre konkurrens.

Producent-/leverantörsdel

Förvaltningsrätten har beslutat att hela upphandlingen ska göras om. Ingen av grunderna för ingripande rör emellertid anbudsdelen

producent/leverantör. Eftersom anbud skulle lämnas på de olika delarna för sig samt utvärdering och tilldelning kommer att ske för var del för sig, saknas det skäl för ingripande i producent-/leverantörsdelen.

Martin & Servera AB

Martin & Servera AB (M & S) anser att överklagandet ska avslås och anför utöver vad som anförts i förvaltningsrätten bl.a. följande.

Utvärdering av anbud och ersättning till grossist

Utvärderingsmodellen, som utgår från upphandlingsvärdet 82 miljoner kronor per år och en garanti om 80 procents leverans av det värdet, är osäker eftersom inköp för drygt 16 miljoner kronor kan falla bort. Vidare anges i förfrågningsunderlaget inte heller vilken ersättning som kommer att utgå till grossisten för det fall leveranserna skulle understiga garanterad nivå. Då påslaget inte räknas på volymangivna produkter, med ett normalt grossistpåslag, utan fastställs genom en formel med en uppdelning av distributionskostnaden på fyra år, blir modellen inte relevant och måste därför anses brista i transparens och förutsägbarhet. Det är inte heller möjligt för anbudsgivaren att beräkna ett distributionspåslag som ska gälla under fyra år framåt i tiden när det handlar om löner och oljepriser enligt den fallande skala som anges. Att distributionsersättningen inte kan förändras enligt marknaden med hjälp av prispåverkan på produkterna medför ett brott mot proportionalitetsprincipen och innebär att det inte finns någon som helst form av förutsägbarhet. Grossistens transportkostnader, till skillnad från producentens, påverkas av småtransporter till ett stort antal enheter vilket innebär att en höjning av oljepriset leder till en betydande ökning av transportkostnaderna.

Den differentierade ersättningsfördelningen över fyra år tar inte hänsyn till att den största risken vid livsmedelsupphandlingar uppkommer när avtalet upphör och leverantörerna har uppbyggda lager, överbliven per-

sonal och många kontrakterade transportfordon. Dessa faktorer är svåra att förebygga eftersom beslut om tilldelning tas enbart någon månad innan förändringarna ska genomföras.

Nettoredovisning

Det stämmer att producentens/leverantörens nettopris inte utgör en affärshemlighet eftersom detta pris inte är den verkliga varukostnaden utan det pris där producenten lagt på ett distributionspåslag på tillverkningskostnaden. För grossistens del ska den verkliga varukostnaden redovisas till kommunerna. När den fastställda påslagsprocenten för distributionen blir offentlig är det enkelt att räkna ut vilken prisnivå som grossisten har på sina inköp på det garanterade sortimentet.

En grossists nettopriser är resultatet av många och ibland svåra förhandlingar för att skapa bättre konkurrensmöjligheter på marknaden och kan ha många bakgrundsfaktorer. Att öppna dessa för den totala marknaden genom att redovisa dem i affärer med kund som omfattas av offentlighetsprincipen innebär en stor risk för grossisten att mista fördelar i konkurrensen på hela marknaden. Kravet att få ta del av nettopriser strider därför mot proportionalitetsprincipen.

Revision

Kravet på redovisning av nettopriser genom intyg från revisor innebär en belastning för grossisten ekonomiskt, men också genom svårigheten att hinna anlita någon inom det korta tidsintervall som angetts. Det anges inte heller i vilken omfattning revisionerna ska genomföras, vilket medför att kostnaden inte går att beräkna. Detta strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Omlastningsplats

Förvaltningsrätten har inte förstått skillnaden mellan ett lager och en omlastningsplats. För att distributionsåtagandet ska kunna genomföras krävs sådana funktioner som definierar ett lager. Kommunerna använder

begreppet omlastningsplats men ställer i själva verket krav på ett lager. Eftersom bolaget inte har något lager inom angiven tidsradie utestängs bolaget från att alls lägga anbud. Kravet står i strid med principen om icke-diskriminering som innebär att upphandlande myndighet inte får ställa sådana geografiska krav som i praktiken endast vissa leverantörer har möjlighet att uppfylla. Kravet kan inte heller anses sakligt motiverat med hänsyn till kontraktsföremålet. Förfarandet står även i strid med praxis från EU-domstolen som slår fast att upphandlande myndigheter inte får gynna leverantörer från den egna orten eller som representerar ett visst område.

Producent-/leverantörsdel

Det är inte möjligt för bolaget att lämna sitt bästa anbud om inte de två delarna hålls ihop och bedöms samtidigt. Eftersom bolaget inte uppfyller kravet på omlastningsplats skulle en uppdelning av områdena producent/leverantör och grossist innebära att bolaget inte kan lägga anbud i grossistdelen och därmed utestängas från att leverera 80 procent av det antalet produkter som upphandlingen avser. Bolaget har även varit förhindrat att lägga sitt bästa anbud i producentdelen eftersom ett stort antal av bolagets varor måste levereras från det egna lagret och inte kan vara tillgängliga för andra grossister. Anbudslämnandet påverkas också av att producenterna ska lämna egna anbud, vilket innebär att anbudsstöden till grossist minskar och de riskerar att endast få delta med ett kantsortiment av produkter med liten efterfrågan. Eftersom grossisten inte kan möta upp med eget varusortiment är konkurrensen satt ut spel. Detta innebär sammantaget att upphandlingen för att vara i överrensstämmelse med likabehandlingsprincipen ska bedömas som en helhet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU (jfr bl.a. HFD 2012 ref. 48 och RÅ 2010 ref. 78). Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt. Vid upphandling ska vidare principen om proportionalitet iakttas.

Utvärdering av anbud och ersättning till grossist

Enligt kammarrätten är det i förfrågningsunderlaget klart och tydligt presenterat vad som omfattas av grossistens åtagande och hur utvärdering av grossistens anbud kommer att gå till. När det gäller uträkningen av prispåslaget per produkt utgår beräkningen från det sammanlagda inköpsvärdet per kommun för perioden den 1 juli 2011–30 juni 2012. Det rör sig i detta fall om en upphandling av ramavtal angående framtida inköp av livsmedel. Det får enligt kammarrättens bedömning i en sådan upphandling anses godtagbart att i utvärderingen utgå från tidigare års inköpsvolymen på det sätt som kommunerna gjort, eftersom verkliga värden av naturliga skäl inte finns att tillgå. Även med beaktande av vad M & S i övrigt anfört om att prismodellen inte i tillräcklig utsträckning tar hänsyn till verkliga förhållanden anser kammarrätten att det inte finns skäl att underkänna modellen för brott mot transparensprincipen.

När det sedan gäller frågan om det strider mot proportionalitetsprincipen att grossisten ska lämna ett fast anbudspris för distributionsåtagandet ansluter sig kammarrätten till förvaltningsrättens bedömning att detta krav inte står i strid med nämnda princip. Kammarrätten delar även förvaltningsrättens bedömning att inte heller det förhållandet att ersättningen för tjänsten är högre de två första åren strider mot proportionalitetsprincipen.

När det gäller frågan om det strider mot likabehandlingsprincipen att konkurrensutsättningen av varusortimentet för grossist och producent sker på olika sätt gör kammarrätten följande bedömning. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen genomförs i två delar, en för antagande av producent och en för antagande av grossist, och att anbudsgivarna kan välja att lämna anbud i en del eller i båda. Eftersom delarna är separerade från varandra är det vid bedömningen av om likabehandlingsprincipen träffs för när inte relevant att jämföra konkurrensutsättningen i de olika delarna. Kammarrätten anser därför att förfarandet i denna del inte står i strid med likabehandlingsprincipen.

Nettoredovisning och revisioner

Det anges i förfrågningsunderlaget att offererat pris på det garanterade sortimentet ska bestå av grossistens inköpspris samt påslag för distribution. Vidare anges att det pris som ska gälla för det garanterade sortimentet är lägsta nettopris med avdrag för anbudsstöd, volym- och övriga rabatter, andra avdrag och bonusar m.m.

Kammarrätten konstaterar att det är summan av priset för vara och distribution som grossisten ska ange för utvärderingen av det garanterade sortimentet. En sådan redovisning av prisuppgifter innebär enligt kammarrättens bedömning inte att uppgifterna lämnas på en sådan detaljerad nivå att affärshemligheter avslöjas. Därtill kommer att uppgifter i anbud som utgör affärshemligheter skyddas av bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Kammarrätten anser mot bakgrund härav att kravet, så som det utformats i detta fall, inte kan anses konkurrensbegränsande och på den grunden strida mot bestämmelserna i LOU.

Gällande kravet på att grossisten ska kunna förklara och redovisa att lägsta nettopris offereras under hela anbudstiden gör kammarrätten följande bedömning. En upphandlande myndighet måste kunna ha möjlighet att kontrollera att leverantören följer kraven i upphandlingen. I jämförelse

med tidigare upphandling har kommunerna numera, som alternativ till kravet på öppen redovisning av verkliga inköpspriser för kommunerna, infört en möjlighet för grossisten att använda sig av en oberoende auktoriserad revisor för att intyga efterlevnaden. Detta innebär att grossisten inte är skyldig att för kommunerna öppet redovisa känsliga uppgifter som skulle kunna utgöra affärshemligheter. Kravet är därför inte att anse som alltför långtgående och i strid med proportionalitetsprincipen. Kammarrätten anser visserligen att revisorsalternativet kunde ha varit tydligare presenterat i förfrågningsunderlaget genom uppgift om i vilken omfattning kontroll av leverantör kan väntas komma i fråga. Denna brist kan emellertid enligt kammarrättens mening inte anses vara så allvarlig i förutsebarhetshänseende att den ger skäl för ingripande i upphandlingen.

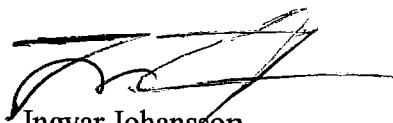
Omlastningsplats

I fråga om kravet på omlastningsplats strider mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten.

Sammanfattning

Kammarrätten finner sammanfattningsvis att skäl saknas för ingripande i upphandlingen på någon av de grunder som anförts av M & S. Överklagandet ska därför bifallas och förvaltningsrättens dom den 29 augusti 2013 upphävas och M & S ansökan i förvaltningsrätten om ingripande avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

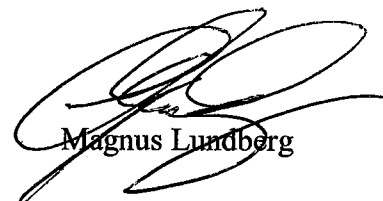


Ingvar Johansson




Ann-Marie Holmstedt

referent



Magnus Lundberg



/Anna Bohlin

Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap.

LOU.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2013-08-29
Meddelad i
Göteborg

Bilaga A

Ab 23

Sida 1 (11)

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.

Dok.Id 208846

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

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

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-

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

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 i 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.

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-

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 alltfjämt 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.

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.

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



Urban Karlsson
Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Michaël Koch.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.