



KONKURRENSVERKET	
2011 -03- 01	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

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

Ombud: Advokaten Liselott Fröstad och jur. kand. Håkan Andersson
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. Forshaga kommun
Box 93
667 22 Forshaga

2. Grums kommun
664 80 Grums

3. Hagfors kommun
683 80 Hagfors

4. Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

5. Munkfors kommun
Box 13
684 21 Munkfors

Ombud för 1–5: Mats Olsson
Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 25 oktober 2010 i mål nr
5162-10, se bilaga A

SAKEN

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

För lämnadom

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet på så sätt att upphandlingen ska göras om med undantag för de varugrupper Menigo Foodservice AB vunnit i upphandlingen och för de varugrupper för vilka Menigo Foodservice AB inte har lämnat något anbud.

Kammarrätten upphäver det interimistiska beslutet den 4 november 2010.

YRKANDEN M.M.

Menigo Foodservice AB (Menigo) yrkar att upphandlingen ska göras om.

Forshaga kommun, Grums kommun, Hagfors kommun, Kils kommun och Munkfors kommun (kommunerna) anser att överklagandet ska avslås.

Menigo anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Service/Tillgänglighet/Leveranstid

Vad avser utvärderingskriteriet Service/Tillgänglighet/Leveranstid finns utmärkta möjligheter att uppställa en objektiv utvärderingsmodell som på ett transparent sätt uppvisar hur anbuden kommer att utvärderas. Vad gäller exempelvis leveranstiderna måste som absoluta minimikrav gälla att det framgår av förfrågningsunderlaget vilken leveranstid som ska erbjudas för att erhålla högsta poäng.

Det är måhända riktigt att det, som förvaltningsrätten uttrycker det, ligger i sakens natur att utvärderingen ger högre poäng ju kortare leveranstiden är. Avgörande för huruvida utvärderingen är förutsebar eller inte är dock vad som avses med en kort leveranstid och hur stort spannet för högsta poäng är.

Anbudsgivarna har inte utifrån förfrågningsunderlaget kunnat avgöra om det för högsta poäng krävs fyra dagar, två dagar, en dag eller sex timmar. Redan av denna anledning är utvärderingen inte förutsebar.

Av anbudsvärderingen framgår att följande intervaller legat till grund för poängbedömningen av tid för att rätta till egna leveransfel. a. Mindre än två timmar, b. Mindre än en halv dag, c. En arbetsdag och d. Mer än en hel arbetsdag. Ingenstans i förfrågningsunderlaget framgår att poängbedömningen kommer att göras på denna grund. Även om denna uppställning alltjämt inte är tydlig avseende vilken poäng som kopplas till viss leveranstid hade detta med lätthet kunnat redovisas i förfrågningsunderlaget och på så vis gjort upphandlingen mer förutsebar.

Att poängtilldelningen varit behäftad med stor subjektivitet och att alla anbudsgivare inte behandlats lika framgår bl.a. av att två anbudsgivare erhållit åtta poäng för "Nästkommande dag" och en anbudsgivare fått nio poäng för "Nästkommande dag eller om felleveransen är stor så görs leveransen tidigare så köket klarar av produktionen".

I förfrågningsunderlaget anges att bedömningen vid poängsättningen av tillgängligheten av varor kommer att påverkas av i vilken mån för kommunernas behov "viktiga varor" lagerhålls. Förvaltningsrätten har angående detta angett att "Förfrågningsunderlaget är något vagt när det gäller vad som menas med varor av större respektive mindre betydelse. Anbudsgivarna torde å andra sidan ha viss möjlighet att bedöma, utifrån egen erfarenhet och "sunt förnuft", att vissa livsmedel är mera frekventa än andra och därmed av större betydelse." Anbudsgivaren ska inte behöva använda erfarenhet och sunt förnuft för att föreställa sig vilka varor som anses ha större betydelse för beställaren. Detta måste till undvikande av oklarheter framgå av förfrågningsunderlaget. Oaktat detta kan ingen anbudsgivare, ens med användande av sunt förnuft, ha en sådan inblick i varje upphandlande myndighets behov att det faller sig naturligt vilka produkter som är av särskild betydelse.

I förevarande fall har kommunerna hävdade att det framgått av de samlade tidigare beställningsvolymerna vilka produkter som haft särskild betydelse. Det har dock inte varit tydligt för anbudsgivarna att det är produkter som beställs i stora volymer som avsetts. Vid ifrågasättande hade kommunen lika gärna kunnat göra gällande att det varit produkter av viss särart, med vissa krav på ekologisk produktion eller liknande som varit särskilt viktiga för kommunerna. Det har alltså i efterhand varit omöjligt för anbudsgivarna att bedöma huruvida kommunerna utfört utvärderingen i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det innebär att kommunerna genom den otydliga och icke förutsebara utvärderingsmodellen i praktiken skaffat sig fri prövningsrätt i denna del.

Det finns anledning att påpeka att vad gäller leveranstider är särskilt viktigt, med hänsyn till andra potentiella anbudsgivare, att förfrågningsunderlaget är förutsebart. Branschen innehåller ett antal leverantörer av mindre storlek, med begränsade resurser avseende snabba leveranser eller långa körsträckor, för vilka beställarens krav på leveranstiden kan vara direkt avgörande för viljan att lämna anbud.

Kommunerna har i redovisningen av den utförda utvärderingen redogjort för vad kommunen tillmätt betydelse i utvärderingen. Dessa kriterier har inte framgått av förfrågningsunderlaget. Kriterierna har i huvudsak varit sådana att Menigo, vid vetskap om att de tillmättes betydelse, hade anpassat sitt anbud utefter dem. Detta innebär att det inte varit förutsebart utifrån förfrågningsunderlaget hur upphandlingen skulle genomföras.

Kvalitet

Förvaltningsrätten anför att det är svårt att finna en helt objektiv utvärderingsmodell vad gäller varukvalitet. Detta fråntar dock inte myndigheten dess skyldighet att göra utvärderingen så objektiv som möjligt. Ett minimikrav måste vara att varje anbudsgivare får information om på vilken nivå bedömningen ska ligga, dvs. om det exempelvis är tillräckligt med en god-

tagbar vara för att erhålla högsta poäng eller om högsta poäng reserveras för extraordinärt bra varor. Utifrån förevarande förfrågningsunderlag kan anbudsgivarna omöjligen skaffa sig en uppfattning om vad deras anbud måste innehålla för att erhålla högsta poäng. Av förfrågningsunderlaget måste i vart fall framgå på vilka grundvalar myndigheten gör sin bedömning av utdelande av viss poäng för uppfyllande av vissa efterfrågade egenskaper i anbudet. I centrum för kravet på förutsebarhet står anbudsgivarens möjlighet att i anbudet erbjuda en så konkurrenskraftig produkt som möjligt, dvs. en produkt som uppfyller uppställda krav men ändå innehar ett så lågt pris som möjligt. För att göra detta utgör det ett absolut minimikrav att anbudsgivaren kan sluta sig till vilka krav som ställs för i vart fall erhållande av högsta poäng. Så är inte fallet i förevarande upphandling.

Referenser

Av den utförda anbudsutvärderingen framgår att utvärderingen av referenserna inneburit att kommunerna ställt tio frågor. Dessa frågor presenteras först vid tilldelning av kontrakt. Det har inte framgått av förfrågningsunderlaget att det varit svaren på dessa frågor som skulle ligga till grund för bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att på ett bra sätt genomföra liknande leveransåtaganden. För att anbudsgivaren ska kunna anpassa sitt anbud för att styrka hur denne motsvarar myndighetens krav, krävs att myndigheten preciserar vilka dessa krav är. I förfrågningsunderlaget preciseras inte detta överhuvudtaget.

Utvärderingsmodellen har inneburit att det stått kommunerna fritt att komplettera presenterade referenser med egna sådana. Det framgår av utvärderingen att så har skett endast i Menigos fall. Det ligger i sakens natur att uppgifter från en på eget bevåg inhämtad referens påverkar bedömningen av kompetensen i en för anbudsgivaren mer negativ riktning än uppgifterna från de referenser som anbudsgivarna själv valt att presentera. Genom att inhämta externa referenser endast beträffande någon av anbudsgivarna och

ta egna referenser på andra har kommunen inte heller behandlat samtliga anbudsgivare lika.

Kommunerna anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Service/Tillgänglighet/Leveranstid

Såvitt avser service, tillgänglighet och leveranstid redovisas tydligt under punkt 2.8 steg 2A i förfrågningsunderlaget att kriteriet åsatts vikten 20 procent och att det under punkten 3.11 redovisats i löpande text vad som kommer att värderas i utvärderingen. Av punkten 2.8 steg 2A framgår att tio poäng är högsta möjliga poäng i fallande skala där sex poäng utgör gränsen för godkänt. Vid utvärderingen kunde som mest erhållas tio poäng för varje delkriterium. Summan dividerades därefter på så sätt att maximalt tio poäng kunde erhållas, helt i enlighet med redovisningen i punkten 2.8 steg 2A. Av utvärderingen kan utläsas att kommunerna utvärderat de kriterier som redovisats under punkten 3.11 i förfrågningsunderlaget. För normalt insatta anbudsgivare i livsmedelsbranschen kan det inte heller ha varit svårt att förstå att ju snabbare en felleverans rättas till desto bättre, särskilt om det är en tidskritisk leverans med hänsyn till kökets åtaganden mot sin kund, och att kort leveranstid är av betydelse särskilt för sådana livsmedel som är betydelsefulla för kommunernas mathållning, men även med hänsyn till att många livsmedel uppskattas när de är som färskast.

Sammanfattningsvis har kriterierna redovisade i punkten 3.11 varit förutsebara. Kommunerna har också utvärderat dessa kriterier och inga andra. Det har också varit förutsebart att maximal poäng var tio samt att sex poäng var gränsen för godkänd. Eftersom kriterierna rättelse av leveransfel och leveranstid var för sig innehållit ett antal parametrar som en normalt insatt fackmässig leverantör bör överväga och besvara utan att kommunerna ger svaret i form av en mall för vad som krävs för att erhålla en viss poäng, har det inte stått i strid med vare sig LOU eller de grunder som LOU vilar på att redovisa kriterierna i löpande text och ange maximal samt godkänd poäng-

nivå på sätt som gjorts. Såväl redovisningen av kriterierna som utvärderingsmodellen inklusive utvärderingen har varit godtagbar.

Kvalitet

Av punkten 1.3 i förfrågningsunderlaget framgår att kommunerna eftersträvar att få ett tillräckligt rikhaltigt utbud av produkter att välja mellan som innehåller livsmedel av medelhög, hög och ibland mycket hög kvalitet. Kommunerna har i bilaga 6 till förfrågningsunderlaget uppställt minimikrav på kvalitet. Därutöver har kommunerna i punkten 3.6 i förfrågningsunderlaget redovisat att produkttester kommer att genomföras. Det har i förfrågningsunderlaget tydligt redovisats att bedömningen kommer att omfatta testmomentet smak, utseende, konsistens och lukt, dvs. faktorer som – utöver ställda minimikrav i bilaga 6 till anbudsfrågan – är av stor betydelse för konsumenterna av livsmedlen. Det är fråga om kriterier som varje normalt insatt professionell livsmedelsleverantör måste förstå. Dessutom har varje anbudsgivare tydligt uppmärksamats på att kvalitet enligt punkten 3.6 kommer att värderas högre än pris.

Referenser

Kommunerna har tydligt redovisat att anbudsgivarnas sätt att sköta tidigare uppdrag kommer att värderas genom referenstagning i syfte att bedöma hur nu aktuellt uppdrag kan förväntas utföras. De frågor som ställts har varit förutsebara och lämpliga, varför det inte kan stå i strid mot LOU eller de principer som den grundas på att redovisa frågorna först vid frågetillfället. Såväl frågor som svar har dokumenterats väl och frågeställaren har i samtliga fall varit densamma.

Sammanfattning

Ett förfrågningsunderlag måste anpassas efter förutsättningarna i respektive upphandling. I vissa upphandlingar kan det inte heller ställas krav på att anbudsfrågan ska vara optimalt utformad av det enkla skälet att det inte är möjligt. I vissa upphandlingar är det inte heller lämpligt att lägga svaret i

anbudsgivares mun, vilket konsekvensen kan bli om förutsättningarna för utvärderingen lämnas i detalj. En beskrivning av detaljförutsättningar kan leda till att det inte blir det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som antas eftersom anbudet i realiteten inte speglar anbudsgivarens verkliga förutsättningar i utvärderingsdelen. Dessutom är det en grundförutsättning att anbudsgivare får antas vara normalt insatta inom den bransch som upphandlingen avser.

Aktuell upphandling gäller varor där särskilda krav ställs på såväl produkterna som leverantörens sätt att genomföra uppdraget. Det är under sådana förhållanden inte lämpligt att hjälpa leverantörer i anbudsgivningen genom att i förfrågningsunderlaget redovisa vad som krävs för att få en viss poäng. I stället har kommunerna i löpande text redovisat vad de kommer att värdesätta och angivit – förutom vikt – spannet för poängsättningen. Beskrivningarna över vad som kommer att värdesättas och sättet att poängsätta kan inte ha varit svårt för normalt insatta fackmässiga anbudsgivare att förstå. Upphandlingen har således inte stått i strid med LOU.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är främst om förfrågningsunderlaget är utformat på ett transparent sätt och på ett sätt som inte strider mot likabehandlingsprincipen.

Regeringsrätten har uttalat 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 (RÅ 2002 ref. 50). EU-domstolen har angett att upphandlingskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (se bl.a. C-19/00 p. 42).

Service/Tillgänglighet/leveranstid

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Enligt andra stycket ska myndigheten, vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av 12 kap. 2 § LOU i tillämplig lydelse framgår att den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som anges i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning. Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i 1. annonsen om upphandlingen, 2. förfrågningsunderlaget, eller i 3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

EU-domstolen angav i sin dom, i mål C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl., att i syfte att garantera att principen om likabehandling och principen om insyn iakttas är det viktigt att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som upphandlande myndighet kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och, om möjligt, deras vikt i förhållande till varandra. Domstolen fastställde att artikel 36.2 i direktiv 92/50 inte utgör hinder för en upphandlande myndighet att i efterhand, strax innan kuverten öppnas, fastställa viktningkoefficienter med avseende på underkriterier förutsatt att tillvägagångssättet 1) inte medför en förändring av kriterierna i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, 2) inte innehåller omständigheter

som, om de varit kända för anbudsgivarna när de utformade sina anbud, hade kunnat påverka detta utformande, och 3) inte har beslutats med hänsyn till vissa omständigheter som kan ha en diskriminerande effekt gentemot en av anbudsgivarna.

Av förfrågningsunderlaget, punkten 3.11 Beskrivning av utvärderingskriteriet Service/Tillgänglighet/Leveranstid, framgår följande.

Anbudsgivaren skall beskriva sin serviceorganisation, i form av kundtjänst och försäljningsorganisation. Möjlighet till kundsupport skall finnas hos leverantören alla vardagar mellan kl. ca 08.00-ca 14.00.

Vid bedömningen av service kommer vi även att ta hänsyn till hur snabbt anbudsgivaren kan rätta till egna felleveranser (t.ex. fel vara eller för liten leverans i förhållande till beställd mängd).

Vid bedömningen av utvärderingskriteriet kommer vi även att väga in de leveranstider den enskilde anbudsgivaren har från det att kommunens beställning mottagits tills beställd vara är levererad till aktuellt kök (gäller leveranser till ordinarie priser). Kort leveranstid är en fördel. Vi kommer här att ta hänsyn till leveranstiden för både vad vi benämner "lagervaror" (maximalt 4 arbetsdagens leveranstid efter erhållen beställning) respektive "beställningsvaror" (över 4 dagars leveranstid efter erhållen beställning) och även bedöma omfattningen respektive viktigheten av lagarsortimentet respektive beställningssortimentet. Med omfattningen menar vi antalet produkter och med viktigheten menar vi hur betydelsefulla produkterna är för kommunernas mathållning i stort. Om beställningssortimentet innehåller inga eller bara ett fåtal varor som är av mindre betydelse för kommunernas mathållning är detta en fördel för kommunerna och ger anbudsgivaren "plus" vid poängtilldelningen. Om beställningssortimentet däremot innehåller varor av större betydelse för kommunernas mathållning eller om lagarsortimentet av kommunerna bedöms vara för begränsat i förhållande till vad som önskas är detta en nackdel för kommunerna och ger anbudsgivaren "minus" vid tilldelning av poäng för det här aktuella utvärderingskriteriet.

Avrop mot leverantör görs direkt från beställande enhet.

Beställning bör kunna ske via inloggning på leverantörens hemsida, genom e-post, fax, samt telefon. Anbudsgivaren skall redovisa beställningsmöjligheter i sitt anbud. En strävan

är att internet beställningarna kan göras vilket medför att information och utbildningsinsatser kan komma att krävas av leverantören.

Fungerande ständigt aktuell webbshop med kommunernas avtalade produkter med aktuella kommunpriser inlagda är en fördel.

Kommunerna strävar efter att effektivisera sin verksamhet och håller för närvarande på att undersöka förutsättningarna för att införa elektronisk handel.

Av tilldelningsbeslutet framgår hur utvärderingen har genomförts avseende Service/Tillgänglighet/Leveranstid. Här anges följande.

Följande fem delar av kriteriet utvärderas sammantaget för respektive anbud. Dessa fem delar av kriteriet gäller lika för samtliga varugrupper.

- 1. Hur snabbt anbudsgivaren kan rätta till egna leveransfel (t.ex. fel vara eller för liten leverans i förhållande till beställd mängd).*
- 2. Möjlighet att beställa varor via telefon*
- 3. Möjlighet att beställa varor via e-post*
- 4. Möjlighet att beställa varor via fax*
- 5. Fungerande ständigt aktuell webbshop med kommunernas avtalade produkter med aktuella kommunpriser inlagda är en fördel.*

Maximalt kan 50 poäng erhållas som sedan delades med antalet delkriterier. Poängskala för delkriteriet 1-10 poäng (delsumma ett).

Det återstående delkriteriet som har med relationen mellan antalet varor med kortare och längre leveranstid att göra samt hur stor betydelse för kommunens mathållning varorna med kortare respektive längre leveranstid har bedömdes varugrupp för varugrupp.

Poäng för delkriteriet 1-10 poäng (delsumma två).

För att erhålla den slutliga poängen för respektive varugrupp för det aktuella kriteriet summeras delsumma ett och delsumma två och delas med två.

Vidare framgår av kommunernas utvärdering att tid för att rätta egna leveransfel har delats upp på följande skala a) Mindre än två timmar, b) Mindre än en halv dag, c) En arbetsdag och d) Mer än en hel arbetsdag.

Kommunerna har således vid utvärderingen sinsemellan viktat en del av de olika underkriterier som angivits i löpande text under utvärderingskriteriet Service/Tillgänglighet/Leveranstid. Det har således varit möjligt för kommunerna att ange viktningen av de olika underkriterierna på ett mer utförligt sätt än vad som gjorts i förfrågningsunderlaget.

Parterna har olika uppfattningar vad gäller frågan om kommunerna brutit mot principen om transparens genom att underlåta att i förfrågningsunderlaget ange den fullständiga poängsättnings- och utvärderingsmodell som använts vid utvärderingen av anbudena.

Mot bakgrund av EU-domstolens dom i mål C-331/04 anser kammarrätten att en upphandlande myndighet är skyldig att ange viktningskoefficienter med avseende på underkriterier redan i annonsen eller i förfrågningsunderlaget, om inte de av domstolen fastställda tre villkoren är uppfyllda. Det villkor som är av särskild betydelse i detta sammanhang är om underkriterierna innehåller omständigheter som, om de varit kända för anbudsgivarna när de utformade sina anbud, hade kunnat påverka detta utformande.

Av förfrågningsunderlaget framgår endast att huvudkriterierna kommer att viktas mot varandra i enlighet med där angivna procenttal och vad som utgör maximal och godkänd poängnivå för respektive kriterium. I punkten 3.11 i förfrågningsunderlaget redovisas i löpande text vad kommunerna kommer att ta hänsyn till vid utvärderingen av kriteriet Service/Tillgänglighet/Leveranstid, blandat med olika skall- och börkrav.

Utvärderingen har utöver vad som angivits i förfrågningsunderlaget innefattat poängsättning av underkriterier och viktning underkriterier emellan på ett sätt som, enligt kammarrättens mening, inte har kunnat förutses med hjälp av förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget ger inte heller någon ledning i vad som närmare avses med hur betydelsefulla produkterna är för kommunens mathållning i stort (viktigheten) eller hur leveranstiden för

lagervaror och beställningsvaror kommer att påverka utvärderingen av dessa varor.

Kammarrätten finner att Menigo visat att den viktning av underkriterierna som skett inte varit förutsebar för Menigo eller andra anbudsgivare och att, om förutsättningarna varit kända för anbudsgivarna när dessa utformade sina anbud, det hade kunnat påverka utformandet av anbudet. Särskilt gäller detta med beaktande av vad Menigo anfört om hur stor påverkan leveranstider har för prissättning av produkter eller för viljan att delta vid en upphandling överhuvudtaget.

Mot bakgrund av det anförda finner kammarrätten att förfrågningsunderlaget brister i transparens. Kommunerna har därmed brutit mot de EU-rättsliga principerna i LOU.

För att åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU i tillämplig lydelse ska beslutas av rätten krävs dock, förutom att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU, att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd härav.

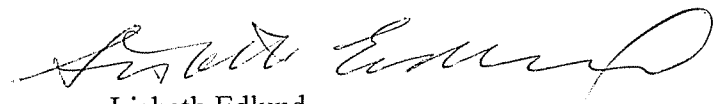
Kammarrätten anser att Menigo visat att det inte är osannolikt att deras anbud kunde ha varit annorlunda om de av domstolen konstaterade bristerna inte funnits. Menigo har således åtminstone riskerat lida skada.

Eftersom bristerna hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång i målet saknas skäl att gå in på övriga av Menigo anförda invändningar mot genomförandet av upphandlingen.

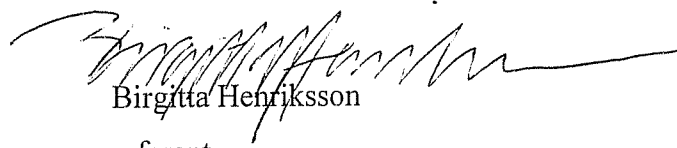
Av utredningen i målet framgår dock att Menigo vunnit upphandlingen avseende ett antal varugrupper och att bolaget inte lämnat anbud på en del varugrupper. Menigo har inte angivit på vilket sätt bolaget skadats eller ris-

kerat skadas i dessa delar. Någon skada eller risk för skada för Menigo avseende dessa varugrupper har därför enligt kammarrättens mening inte uppkommit. Överklagandet ska därmed avslås i dessa delar.

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



Lisbeth Edlund



Birgitta Henriksson
referent



Hanna Fransson



/Marie Andersson



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2010-10-25
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
5162-10 E
Domarenhet 8

Bilagor A

SÖKANDE

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

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

MOTPARTER

1. Forshaga kommun
Box 93
667 22 Forshaga

2. Grums kommun
664 80 Grums

3. Hagfors kommun
683 80 Hagfors

4. Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

5. Munkfors kommun
Box 13
684 21 Munkfors

Ombud för kommunerna: Utvecklingschef Mats Olsson, Kils kommun

SAKEN

Upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s ansökan om överprövning.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Forshaga kommun, Kils kommun, Grums kommun, Hagfors kommun och Munkfors kommun (kommunerna) har inlett en upphandling avseende livsmedel. Anbud har getts in av bl.a. Menigo Foodservice AB (Menigo). Kommunerna har emellertid beslutat att avtal ska tecknas med andra anbudsgivare.

Menigo begär överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Menigo anför bl.a. följande.

Kvalitetsutvärdering

Utvärderingen avseende kvalitet har enligt tilldelningsbeslutet gått till på så sätt att om en eller flera produkter inom varugruppen provsmakats summeras poängen för respektive produkt som provsmakats och summan som erhålls delas med antalet provsmakade produkter. Hela varugruppen erhåller den då framräknade kvalitetspoängen. Om en leverantör inte hörsammade kravet på att tillhandahålla prover efter anmodan har denna anbudsgivares anbud vad avser den aktuella varugruppen där proven krävdes in strukits.

Av förfrågningsunderlaget har det inte gått att utläsa hur poängsättningen skulle gå till eller vad som har krävts för att få 10 poäng. Det har inte heller framgått att summeringen skulle göras på det sätt som framgår av tilldelningsbeslutet.

Kommunerna har inte fullföljt sin angivna princip om att stryka anbudsgivare från en aktuell varugrupp där prov inte tillhandahållits. Bland annat kan utläsas att Dafgårds produkt Kycklingfilé på position 21.1 (varugrupp 21 produkt nr 1) har erhållit 0.00 poäng vilket torde innebära att någon produkt inte lämnats, men Dafgårds har ändå utvärderats i varugruppen 21. Detsamma gäller Serveras produkt Kalkonbröst på position 21.8.

Utvärdering Service/Tillgänglighet/Leveranstid

Det är oklart hur poängsättningen när det gäller utvärderingen av Service/Tillgänglighet/Leveranstid har skett. Det kan konstateras att det inte framgick vad som krävs för att erhålla full poäng. Att en uppdelning i fem delar av kriteriet som gäller lika för samtliga varu-

grupper skulle göras har inte gått att utläsa av förfrågningsunderlaget.

Vidare framgår inte heller av förfrågningsunderlaget att det skulle göras en utvärdering av varje varugrupp i ett delkriterium 2. Det har inte heller av förfrågningsunderlaget framgått vilka varor som har större eller mindre betydelse för kommunernas mathållning eller att detta skall utvärderas i förhållande till kortare respektive längre leveranstider. Hur den slutliga poängen för respektive varugrupp för det aktuella kriteriet skulle erhållas kan inte heller utläsas av förfrågningsunderlaget.

Som exempel på dessa oklarheter kan anges poängsättningen av frågan "Tid för rätta till egna leveransfel" har gjorts.

- a. Mindre än två timmar?
- b. Mindre än en halv dag?
- c. En arbetsdag?
- d. Mer än en hel arbetsdag?

Att denna fråga delats in på angivet sätt framgår inte av förfrågningsunderlaget. När det sedan gäller poängsättningen kan det konstateras att anbudsgivare nr 6 har angett att man kan rätta till fel "senast inom 3 timmar beroende på plats eller efter överenskommelse" och fått 10 poäng. Anbudsgivare nr 10 har angett "Nästkommande dag eller om felleveransen är stor så görs leverans tidigare så köket klarar produktionen" och fått 9 poäng. Anbudsgivarna nr 4 och nr 12 har angett "Nästkommande dag" och endast erhållit 8 poäng. Denna poängsättning har inte varit förutsebar och samtliga anbudslämnare har inte heller behandlats lika.

Utvärdering av anbudsgivarens förmåga att på ett bra sätt genomföra liknande leveransåtaganden

När det gäller utvärderingen av anbudsgivarens förmåga att på ett bra sätt genomföra liknande leveransåtaganden framgår av förfrågningsunderlaget att två externa referenspersoner skall anges samt att kommunerna förbehåller sig rätten att ta egna referenser. Av tilldelningsbeslutet framgår att utvärderingen av detta kriterium har gått till på så sätt att tio stycken frågor har ställts till samtliga referenser och respektive svar har poängbedömts enligt skalan 1- 10. Svarspoängen på respektive fråga summerades och delades därefter med antalet frågor.

De frågor som ställts har inte framgått av förfrågningsunderlaget. Det har inte heller framgått vad som krävts för att få 10 poäng. Kommunerna har däremot i förfrågningsunderlaget angivit att man förbehål-

ler sig rätten att ta egna referenser. Menigo har i sitt anbud lämnat två referenser. För Menigos räkning har utöver de lämnade referenserna även intervjuats en person som Menigo inte angett. Det är bara i Menigo och Sjöstedts fall som Kommunerna har valt att ta med egna referenser. Av sammanställningen framgår att Menigo erhållit den lägsta poängen av de utvärderade anbudsgivarna, trots att externa referenser gett Menigo höga poäng.

Om Kommunerna fritt kan välja bland externa och interna referenser så kan tillräckligt många negativa interna röster samlas för att på detta sätt kunna sänka omdömena för en viss leverantör. Att tillmäta de interna referenserna ett lika högt eller högre värde än de externa referenserna strider också mot likabehandlingsprincipen eftersom detta kommer att otillåtet gynna eller missgynna de leverantörer som sedan tidigare varit etablerade hos den upphandlande myndigheten.

Kommunerna anser att Menigos ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande.

Kvalitetsutvärdering

Vid testningen av kvalitet testade vi de aktuella produkterna utifrån följande variabler vilka tydligt framgick av förfrågningsunderlaget:

Smak
Utseende
Konsistens
Lukt

För produkter som skall konsumeras varma gjordes testerna dels direkt efter tillagningen och dels efter 90 minuters varmhållning.

Att konstruera någon sort kalkyl eller tabell som visar hur poängtilldelningen blir beroende på en kombination av smak, utseende, konsistens och lukt på ett dels nylagat livsmedel och dels efter 90 minuters varmhållning är givetvis totalt omöjligt. Vid produkttesterna går det givetvis inte att i förväg konstruera något objektiva poängschema utan här är det upp till testpersonalens att utifrån en föregående gemensamma genomgång av den kommande testningen och sitt "sunda förnuft" tilldela de testade produkterna poäng enligt angiven skala. Att förteckna alla varianter av kombinationer blir en extrem och komplex kalkyl eller tabell som i slutändan bygger på subjektivitet genom att alla människor är olika. I förfrågningsunderlagets beskrivning av utvärderingskriteriet kvalitet har vi klart och tydligt

skrivit att för ”för varje testmoment tilldelas maximalt 10 poäng. Den totala poängen summeras och delas med antalet testmoment. Max kvalitetspoäng på produkttesterna är 10”. Vi har konsekvent följt detta vilket framgår av både testbilagor och tilldelningsbeslut.

Beträffande Menigos synpunkt, ”att kommunerna inte följt den ovan angivna principen om att stryka anbudsgivare från aktuell varugrupp där prov inte tillhandahållits”, har Menigo tolkat regeln felaktigt. Kommunernas mening var att stryka anbudsgivare som ej skickat in några efterfrågade livsmedel i en specifik varugrupp. Om någon produkt bland flera efterfrågade produkter i en varugrupp saknades tilldelades denna produkt noll poäng vid kvalitetsprovningen och ett genomsnitt får varugruppen räknades fram där den totala kvalitetspoängen delades med antalet för provsmakningen efterfrågade produkter.

Service/Tillgänglighet/Leveranstid

Beträffande kritiken att vi inte angett att de fem delkriterierna tilldelats samma vikt vid utvärderingen. Det naturliga torde vara att vi viktat delkriterierna lika om vi inte särskilt angett en annan viktning. Förfrågningsunderlaget skulle i och för sig blivit tydligare om detta förtydligande gjorts men man kan samtidigt undra hur tydlig man måste vara. Det viktiga att poängtera är att vi inte har lagt till några nya kriterier vid utvärderingen, utan använt oss av de som vi angett i förfrågningsunderlaget samt den poängskala om 1-10 poäng som vi konsekvent följt. I förfrågningsunderlaget är delkriterierna, dvs. vad vi kommer att bedöma vid utvärderingen beskrivet i löpande text. I utvärderingsbilagan och tilldelningsbeslutet har vi dock spaltat upp dem i punktform för att tydliggöra poängsättningen. Angående beställningsrutinen så är den lika för samtliga varugrupper och därför har en samlad poäng getts per anbud för dessa delar. Att så gjorts påverkar inte utvärderingen per varugrupp. Om Menigo haft ett problem att förstå innebörden har man haft möjlighet att begära ett förtydligande av hur de fem delkriterierna viktas i förhållande till varandra.

Vi anser att det av nedanstående citerade stycke framgår att leveranstiden kommer att vägas in i utvärderingen samt vilka varor som har större eller mindre betydelse för kommunernas mathållning. ”Vid bedömningen av utvärderingskriteriet kommer vi även att väga in de leveranstider den enskilde anbudsgivaren har från det att kommunens beställning mottagits tills beställd vara är levererad till aktuellt kök (gäller leveranser till ordinarie priser). Kort leveranstid är en fördel. Vi kommer här att ta hänsyn till leveranstiden för både vad vi benämner ”lagervaror” (maximalt 4 arbetsdagens leveranstid efter erhållen beställning) respektive ”beställningsvaror” (över 4 dagars le-

veranstid efter erhållen beställning) och även bedöma omfattningen respektive viktigheten av lagersortimentet respektive beställningssortimentet. Med omfattningen menar vi antalet produkter och med viktigheten menar vi hur betydelsefulla produkterna är för kommunernas mathållning i stort. Om beställningssortimentet innehåller inga eller bara ett fåtal varor som är av mindre betydelse för kommunernas mathållning är detta en fördel för kommunerna och ger anbudsgivaren ”plus” vid poängtilldelningen. Om beställningssortimentet däremot innehåller varor av större betydelse för kommunernas mathållning eller om lagersortimentet av kommunerna bedöms vara för begränsat i förhållande till vad som önskas är detta en nackdel för kommunerna och ger anbudsgivaren ”minus” vid tilldelningen av poäng för det här aktuella utvärderingskriteriet.”

Önskemålet från Menigo att vi skulle ha delat in varorna i grupperna ”varor av mindre betydelse respektive varor av större betydelse” (en sådan uppdelning skulle i så fall behöva göras kommun för kommun då utvärderingen sker kommunvis) anser vi som orimligt. Vi kan heller inte se vilken nytta anbudsgivarna skulle ha av detta. Ett sätt för Menigo att få en ungefärlig uppfattning om vilka varor som tillhör respektive av de två grupperna hade varit att se för vilka totala belopp respektive kommun tror sig beställa respektive vara. Rör det sig om stora belopp är det sannolikt att denna vara bedöms som viktigare för kommunernas mathållning jämfört med en vara som kommer att beställas för en mindre summa.

Naturligtvis är en snabb leverans bättre än långsam leverans. I vår utvärdering har vi tilldelat en anbudsgivare som kan rätta sin felleverans samma dag som ordinarie leverans högre poäng än en leverantör som rättar sin felleverans nästa dag. Det poängavdrag Menigo fått på utvärderingskriteriet i denna del är att man fått ett avdrag med 2 poäng (d v s erhållit 8 av 10 poäng) p.g.a. att felleveranser kan rättas tidigast dagen efter gjord felleverans. Två anbudsgivare fick högre poäng då de kunde rätta till felet snabbare.

Utvärdering av Anbudsgivarens förmåga att på ett bra sätt genomföra liknande leveransåtaganden

En invändning från Menigo är att vi i förfrågningsunderlaget borde ha upprättat någon sorts ”facit” där det skulle gå att utläsa vilka svar som krävs för att få högsta möjliga poäng d.v.s. 10 på detta kriterium. Att göra ett sådant facit torde vara mycket svårt om man som i det här fallet skall intervjuar ett inte helt obetydligt antal personer. Vid intervjuerna som genomfördes av en och samma person för att få så lika bedömning som möjligt av de olika svaren från referenterna

ställdes 10 frågor. Att i ett facit som medföljer förfrågningsunderlaget täcka in alla tänkbara svar på 10 olika frågor rörande det aktuella kriteriet och poängsätta alla tänkbara svarskombinationer på en skala 1-10 torde knappast vara genomförbart. Hela "facit" skulle falla om ett enda svar avvek från de av oss "förutbestämda" svaren.

Vi vill påpeka att kriteriet i sig har en vikt av 5 % d.v.s. övriga kriterier väger 95 % av den totala vikten av samtliga utvärderingskriterier.

Att enbart kontakta sådana referenser som anbudslämnaren angett att vi får kontakta är knappast att bete sig på ett sätt som är objektivt. Vi har i förfrågningsunderlaget skrivit följande "Kommunerna förbehåller sig även rätten att ta egna referenser" så det har knappast kommit som en överraskning för någon anbudsgivare att vi gjort detta.

En av Menigos uppgiven referent gav Menigo goda vitsord medan den andra referenten hade skarp kritik mot Menigos förmåga att genomföra liknande leveransåtaganden som anbudsgivaren offererat i den nu aktuella upphandlingen. Två av tre referenser (en extern Västra Göta landsregionen och en "egen" Hagfors kommun) har gett Menigo sämre omdömen på flera frågor. Det är därför som Menigo fått lägre poäng i vår utvärdering än de andra anbudsgivarna.

Beträffande Dafgård kan vi bara framföra att de upphandlande kommunerna sedan lång tid får leveranser från Dafgård och att dessa leveranser hela tiden fungerat utan några som helst anmärkningar, att mot denna bakgrund ägna tid åt att ta referenser är bara att lägga ned tid som skulle kunna användas till nyttigare göromål.

Menigo tillägger bl.a. följande.

Kvalitet

Kommunerna anger att det är "totalt omöjligt" att konstruera en kalkyl eller tabell eller liknande för utvärdering av kvalitetskriterierna *Smak*, *Utseende*, *Konsistens* och *Lukt*. Det måste av förfrågningsunderlaget framgå vad som krävs av smaken för att en produkt ska tilldelas högsta poäng. Ska produkten vara ovanligt välsmakande eller är tillräckligt att den inte är illasmakande? Ska produkten ha ett särskilt aptitligt utseende eller är det tillräckligt att den inte avviker från vad som får anses vara normalt? Ska produkten lukta särskilt karaktäristiskt eller är det tillräckligt att produkten inte är illaluktande? Detta gör stor skillnad för en anbudsgivare när denne bestämmer vilka produkter som ska offereras i anbudet för att tilldelas kontrakt.

Leveranstid

Det framgår av förfrågningsunderlaget att leveranstiden kommer att vägas in i utvärderingen samt vilka varor som har större eller mindre betydelse för kommunernas mathållning.

I förfrågningsunderlaget anges i punkten 3.11 att "hänsyn tas till vad som benämns "lagervaror" (maximalt 4 arbetsdagars leveranstid efter erhållen beställning) respektive "beställningsvaror" (över 4 dagars leveranstid efter erhållen beställning)". Av denna information kan emellertid inte utläsas vad som kommer att ge maxpoäng. Det framgår exempelvis inte om maximalt 4 arbetsdagars leveranstid, är ett minimikrav som ger 1 poäng eller om full poäng erhålls om leverans kan ske snabbare än på 4 dagar.

Anbudsgivaren måste kunna kalkylera vilka kostnader som är skäliga att lägga ned på att garantera korta leveranstider i relation till anbudets övriga värden. Om en leveranstid på maximalt 4 dagar ger full poäng kan anbudsgivaren istället sänka priset på varor, eller ge ytterligare rabatt. Om 4 dagar bara ger 1 poäng måste anbudsgivaren få täckning för den kostnad det innebär att sänka leveranstiden genom att offerera högre priser på produkterna.

Mer och mindre viktiga produkter

Enligt förfrågningsunderlaget ska i utvärderingen ges "plus" och "minus" utifrån hur många varor av betydelse för Kommunernas mathållning som ingår i anbudsgivarens lagersortiment. I sitt yttrande anger Kommunerna att "ett sätt för Menigo att få en ungefärlig uppfattning om vilka varor som tillhör respektive av de två grupperna hade varit att se för vilka totala belopp respektive kommun tror sig beställa respektive vara". En "ungefärlig uppfattning" inte är tillräckligt för att uppfylla de krav på tydlighet som ställs på ett förfrågningsunderlag.

Det har ålegat Kommunerna att redan i förfrågningsunderlaget precisera vilka varor som varit viktigare respektive mindre viktiga för Kommunerna samt tydliggöra hur poängsättningen påverkas av detta. Eftersom detta inte framgått redan av förfrågningsunderlaget har Kommunerna vid den genomförda utvärderingen i efterhand kunnat besluta om vilka varor som skulle anses som viktiga respektive mindre viktiga samt hur mycket "plus" och "minus" dessa skulle erhålla i utvärderingen.

Förvaltningsrätten har i beslut den 7 juli 2010 förordnat, i avvaktan på att rätten avgör målet slutligt eller förordnar på annat sätt, att den av kommunens inledda upphandling tills vidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

Upphandlingen påbörjades före den 15 juli 2010, varför aktuella bestämmelser i dess lydelse före den 15 juli ska tillämpas i målet.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 2 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § 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.

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i RÅ 2002 ref 50. Regeringsrätten har därvid 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 tillmåter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs., att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemensamhetsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

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 offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Även om en specificering av poängsättningen i förfrågningsunderlaget vad gäller avsnitten Drifttjänster och Systemunderhållstjänster kunde ha varit av värde, visar den totalpoäng som angivits den vikt verket avser att tillmäta de olika tjänsterna. Därmed anges också den relativa vikt tjänsterna tillmäts. Detta måste anses vara tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Det förhållandet att en upphandlande enhet använder sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen kan godtas under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Såväl det förfrågningsunderlag som Migrationsverket använt sig av som den tillämpade utvärderingsmodellen kan anses ha vissa brister. Dessa har dock enligt Regeringsrättens mening inte varit av sådan art eller omfattning att kravet på affärsmässighet åsidosatts. Inte heller i övrigt har det visats att förfarandet strider mot de krav som uppställs i lagen om offentlig upphandling. Överklagandet skall således bifallas.

I kommunernas förfrågningsunderlag anges under punkterna 2.8, 3.6 och 3.8 bl.a. följande.

Steg 2 A Anbudsutvärdering livsmedel

I varugrupslistan anges produkter vid namn, kvantitet och förpackningsstorlek. Detta är endast en beskrivning av kommunens behov. Anbudsgivare kan offerera likvärdig produkt. Vad som är likvärdig avgörs av kommunerna.

Utvärderingen sker viktat enligt nedan.

- | | |
|---|-----|
| 1. Pris enligt p.3.2 | 35% |
| 2. Kvalitet enligt p. 3.6 | 40% |
| 3. Service/tillgänglighet/leveranstid enligt p. 3.11 | 20% |
| 4. Anbudsgivarens förmåga att på ett bra sätt genomföra liknande leveransåtaganden som anbudsgivaren offererar i denna upphandling enligt p 3.8 | 5% |

Varje kriterium bedöms enligt poängskalan 1-10- Den tilldelade poängen multipliceras med aktuell procentsats och summeras.

Tilldelning av prispoäng
Vid prisutvärdering utgår vi från totala priset i kolumnen "Kommunpris den aktuella dagen" för de aktuella varugrupperna/den aktuella varugruppen.

Lägsta pris ger 10 poäng.

Övriga anbud erhåller poäng enligt formeln

$$\frac{\text{Lägsta anbud} \times 10 \text{ P}}{\text{Aktuellt pris}}$$

Poängtilldelning kriterier 2-4

10 poäng är högsta möjliga. Poäng tilldelas därefter i fallande skala där 6 poäng utgör gränsen för godkänt. Om ett anbud erhåller mindre än 6 poäng på något av kriterierna 2-4 stryks anbudet från fortsatt utvärdering.

3.6 Beskrivning av utvärderingskriteriet Kvalitet

För produkter som skall konsumeras varma kommer test att göras dels direkt efter tillagningen och dels efter 90 minuters varmhållning. För varje testmoment tilldelas maximalt 10 poäng. Den totala poängen summeras och delas med antalet testmoment. Max kvalitetspoäng på produkterna är 10.

3.8 Beskrivning av utvärderingskriteriet Anbudsgivarens förmåga att på ett bra sätt genomföra liknande leveransåtaganden som anbudsgivaren offererar i denna upphandling

Vid utvärderingen kommer anbudsgivaren att bedömas från externa referenser samt kommunernas egna erfarenheter av anbudsgivarens förmåga att genomföra liknande leveransåtaganden som anbudsgivaren offererar i denna upphandling. (Hur anbudsgivarna lever upp till de åtaganden som man åtagit sig).

Två referenspersoner skall anges och vara namngivna m.m. se anbudsformulär. Kommunerna förbehåller sig även rätten att ta egna referenser.

Förvaltningsrättens bedömning

Kvalitetsutvärdering: Vid upphandlingar där inte priset ensamt avgör utgången ligger i sakens natur att man gör någon form av värdering av anbudet, ofta i form av poängsättning ungefär som i nu aktuell upphandling. Det torde ofta vara svårt att komma ifrån en viss subjektivitet vid denna värdering. När det som här gäller kvalitet (smak) på en matvara är det knappast möjligt att utforma objektiva kriterier i ett förfrågningsunderlag för vad som kommer att krävas för en viss poäng. Menigo har föreslagit vissa kriterier såsom ”ovanligt välsmakande” och ”inte illasmakande”. Förvaltningsrätten finner det tveksamt om man med sådana tämligen vaga kriterier kommer särskilt långt på vägen mot objektivitet i bedömningen. Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlagets brist på exakta utvärderingskriterier är närmast ofrånkomliga och inte utgör skäl att ingripa mot upphandlingen.

Vad gäller den uteblivna strykningen av anbudsgivare på grund av att prov inte tillhandahållits godtar förvaltningsrätten kommunernas förklaring.

Service/tillgänglighet/leveranstid: I förfrågningsunderlaget (punkt 3.11) har i löpande text angivits vilka krav som ställts och vad som skulle komma att vägas in vid utvärderingen. Vid utvärderingen har sedan dessa olika kriterier spaltats upp på ett visst sätt, med delpoäng som räknats samman. Det hade varit en fördel om detta tillvägagångssätt vid utvärderingen hade beskrivits redan i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget kan dock utläsas vilka kriterier som kommer att bedömas, och det ligger i sakens natur att de på något sätt måste sammanställas vid utvärderingen. Som framgår av Regeringsrättens ovannämnda avgörande kan det förhållandet att en upphandlande enhet använder sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen godtas under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget. Det sätt på vilket sammanställningen skett kan

enligt förvaltningsrättens mening inte anses i sig diskriminerande eller lagstridigt på annat sätt. Den informativa brist som förfrågningsunderlaget har är enligt rättens mening inte tillräckligt allvarlig för att upphandlingen ska underkännas.

Förfrågningsunderlaget är något vagt när det gäller vad som menas med varor av större respektive mindre betydelse. Anbudsgivarna torde å andra sidan ha viss möjlighet att bedöma, utifrån erfarenhet och "sunt förnuft", att vissa livsmedel är mera frekventa än andra och därmed av större betydelse.

När det gäller leveranstid har kommunerna haft större möjlighet än beträffande livsmedlens kvalitet (smak) att ange i förfrågningsunderlaget vad som skulle krävas för olika poäng. Det ligger å andra sidan i sakens natur, utifrån den mer allmänna skrivning som ges i förfrågningsunderlaget, att anbudsgivare får högre poäng ju kortare leveranstiden är. Den poängsättning som Menigo beskrivit som exempel förefaller inte onaturlig utifrån denna grundprincip.

Referenser: Av praxis kan inte utläsas vare sig att det skulle vara otillåtet att generellt sett använda sig av referenser vid utvärderingen, att något sådant förbud skulle gälla för interna referenser (erfarenheter inom upphandlande myndighet), eller att upphandlande myndighet skulle vara bunden vid vissa i förväg angivna frågor till referenspersonerna. Liksom beträffande kvalitetsutvärdering i övrigt torde det här vara ofrånkomligt med en viss subjektivitet i bedömningen. Det är knappast möjligt, utifrån de skiftande svar som kan förväntas, att i ett förfrågningsunderlag fastställa exakt vad som kommer att krävas för olika poäng vid utvärderingen.

Förvaltningsrätten anser inte visat att kommunerna valt referenser eller ställt frågor på ett sätt som varit förutbestämt att missgynna någon viss anbudsgivare. Att interna referenser kunde komma att användas vid utvärderingen framgår av förfrågningsunderlaget (punkt 3.8) och var således i sig förutsägbart. Att kommunerna valt att enbart beträffande vissa anbudsgivare (bl.a. Menigo) använda sig av interna referenser får anses som en del i den löpande bedömning som måste göras av insamlade synpunkter, och kan knappast i sig anses ge större utrymme för godtycke än den värdering som själva referenstagningen ändå ofrånkomligen innebär. Huruvida en internreferent gynnar eller missgynnar viss anbudsgivare beror givetvis på vad denna referent säger, och själva valet att höra en internreferent kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses i sig diskriminerande.

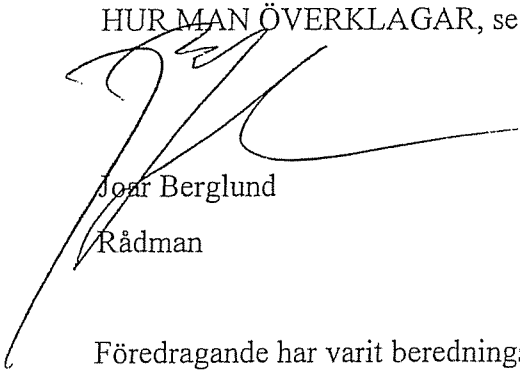
Sammanfattande bedömning: Som framgår av Regeringsrättens ovan nämnda avgörande får man inom vissa ramar godta även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade. Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget i detta fall kunde varit bättre utformat i vissa avseenden, men att bristerna inte är större eller av annat slag än att det kan godtas. Vad särskilt gäller referenstagningen kan noteras att den haft begränsad betydelse vid utvärderingen (viktning 5%).

Förvaltningsrätten anser inte heller att det som i övrigt anförts från Menigos sida medför att rätten bör ingripa med någon åtgärd mot upphandlingen. Menigos talan ska därför avslås.

Övrigt

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 7 juli 2010 upphör i och med denna dom att gälla.

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



Joar Berglund

Rådman

Föredragande har varit beredningsjuristen Josephine Wilson

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 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.