



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2011-10-10
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
5614-11, 5628-11, 5631-11,
5633-5634-11, 5637-11,
5641-11 E
Enhet 1:1

SÖKANDE

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

Ombud:
Stig Hermansson

MOTPART

Lysekils kommun
Munkedals kommun
Sotenäs kommun
Strömstads kommun
Tanums kommun
Trollhättans Stad
Vänersborgs kommun

Ombud:
Advokaten Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-10-10	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen Livsmedel TV-SAM 2012,
dnr KS 2011/236-050, ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 8 juni 2011 upphör därmed att
gälla.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 2
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

BAKGRUND

Trollhättans Stad med flera kommuner (kommunerna) genomför en upphandling av livsmedel till skolor, förskolor och servicehus m.m., Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050. Servera R. & S AB (bolaget) har begärt överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten har på bolagets begäran den 8 juni 2011 beslutat att kommunerna inte får ingå avtal innan rätten slutligen avgör målet eller bestämmer något annat.

YRKANDEN M.M.**1. Servera R & S AB**

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om samt anför bl.a. följande.

1.1 Upplägg av upphandling

Bolaget är marknadsledande i grossistledet. Normalt sköter en grossist verksamheten genom att själv lägga anbud på produkter till upphandlande myndighet efter inköp genom egna avtal med producent. I förevarande upphandling önskar kommunerna själva att anlita producenterna.

Den nu aktuella upphandlingen är uppdelad i två delar, nämligen en grossistdel och en producentdel samt en andra konkurrensutsättning.

Utvärderingen av grossist går till så att grossist lämnar pris för distributionstjänsten och på angivna färskvarupositioner, garanterat sortiment/garanterade huvudgrupper (punkten 1.8 anbudsfrågan). Priserna på distributionstjänsten per år sammanräknas och utvärderas. Den grossist

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 3
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

som har lägsta pris för distributionsverksamheten antas som första rankade grossist i upphandlingen. Genom i förfrågningsunderlaget angiven formel omräknas sedan grossistens distributionsoffert till ett procentpåslag som ska användas på samtliga produkter i upphandlingen. Pris på garanterade färskvarupositioner utvärderas inte.

Den andra delen vänder sig direkt till producent, som ska leverera till kommunerna via antagen grossist. Grossisten ska köpa produkter från antagna producenter samt leverera och debitera med påslag enligt formel. Samtliga producenter som lämnat anbud på godkända produkter antas.

En andra konkurrensutsättning görs där antagna producenter antas per position på de färskvarupositioner som inte grossist är garanterad. Här tillkommer krav som kommunerna ännu inte preciserat, utan dessa kommer att anges vid kommande förfrågan (punkten 6.4). Anbuden från producent utvärderas inte enligt lägsta pris eller som det ekonomiskt mest fördelaktiga, eftersom prisutvärderingen görs först efter att ramavtal tecknats.

Både pris- och kvalitetsutvärderingen av produkter kommer således att göras efter att ramavtal har tecknats. Förfarandet strider därför mot 1 kap. 9 § och 12 kap. 1 § LOU.

1.2 Omlastningsplats

I upphandlingen ställs krav på att grossist ska ha en omlastningsplats som är godkänd för livsmedelshantering inom en radie om cirka 1,5 timmes transporttid med fordon/lastbil från Trollhättans Centrum (punkten 1.8). Kommunerna, som har en önskan om en egen samlastningscentral, sammanblandar funktionen samlastning med funktionen lager. En samlastningscentral tar emot kundförpackade varupallar för vidare distribution och möjlig begränsad kundplockade och kundmärkta förpackningar från övriga

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 4
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

leverantörer. En omlastningsplats är ett förenklat ord för ett fullständigt varulager godkänt för livsmedelhantering. Sortimentet måste innehålla såväl kolonialvaror som djupfryst och kylda varor. Lagerhållningen måste vara komplett för att klara kommunernas behov. På fråga hur producent ska leverera till grossist svarar kommunerna att leverans "sker till en leveransadress, dvs. ej krav på kundpackning". Detta innebär att producent expedierar i bult utan att någon kundmärkning sker, utan att uppdelning sker på lagerplatser för att klara säker expedition. Med andra ord, det måste till ett lager.

Bolaget har sitt närmaste lagerhus i Halmstad, som inte ligger inom den radie som kommunerna har angett. Bolaget, som marknadsledande grossist, är förhindrat att lämna anbud som grossist, eftersom bolaget inte uppfyller kravet på 1,5 timmes transporttid från Trollhättans Centrum. Kravet på korta leveranstider gör att bolaget inte kan köra till eget lager för expedition. Alternativet att öppna ett nytt lager för att kunna leverera till kommunerna innebär en ekonomisk katastrof om leveranserna försvinner vid nästa avtalsperiod. Eftersom hela anbudsfrågan anger att priset för producent kommer att utvärderas först i andra konkurrensutsättningen måste det anses som tillräckligt att ange leveransplats vid den andra konkurrensutsättningen. Kravet på avstånd till Trollhättans Centrum måste anses strida mot diskrimineringsprincipen.

1.3 Lämnande av anbud

Av punkterna 1.8 och 1.9 framgår att villkoren för att delta i upphandlingen är helt olika för grossist respektive producent. Grossist ska lämna anbud på hela upphandlingen avseende grossistdelen, medan producent har rätt att lägga anbud på valfritt antal positioner. Om anbud saknas på position är enbart grossist skyldig att komplettera detta. Grossist ska ha "öppna böck-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 5
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

er” gentemot kommunerna och redovisa sitt “lägsta nettopris från producent”, efter rabatter, avdrag och bonusar, vilket innebär att företagshemligheter kommer att avslöjas, då grossistens lämnade anbud lätt kan läsas av varje konkurrent, eftersom påslagsprocenten blir offentlig. Detta gäller inte producenterna i upphandlingen. Konkurrenter kan till kommande upphandlingar klart utläsa vad nettopriset för grossist är och givetvis anpassa sin prisbild. Det går inte att förstå hur påslagsprocenten ska kunna beläggas med sekretess. Dessutom anger kommunerna att man inte kan klara sekretessen (punkten 1.12).

De negativa konsekvenserna av förfarandet kan således bli betydande för grossisten. Möjligheten för grossisterna att kunna konkurrera tas bort helt, eftersom grossist inte själv kan kalkylera sitt anbudssortiment när priset för aktuella varor helt styrs av det påslag som kommunerna kommer att räkna fram vid utvärderingen. Konkurrensen blir därmed ojämn.

Grossist får också en garanti på leveranser av färskvaror, samtidigt som kommunen förhindrar de övriga producenterna att lämna anbud på dessa varugrupper, vilket inte står i överensstämmelse med kommunernas målsättning att öppna för mindre leverantörer, av vilka många finns inom exempelvis grönsaksområdet. Detta drabbar även bolaget, som inte kan lägga anbud på färskvaror i grossistdelen, till följd av diskriminerande villkor i förfrågningsunderlaget. Förfarandet innebär att varugrupper blockeras i anbudsgivningen, vilket strider mot diskrimineringsprincipen (se Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 27 april 2010, mål nr 2483-10; Prövnings-tillstånd meddelades inte i kammarrätten respektive Högsta förvaltningsdomstolen).

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 6
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

Ovanstående förändras inte av att upphandlingen delas upp mellan grossist och producent.

1.4 Ansvarsfördelning

Kommunerna lägger det totala ansvaret på att avtalet ska fungera fullt ut på antagen grossist, som ska ta emot order på producenters produkter, beställa dem till sitt lager, kundpacka på grossistens rullburar, transportera och leverera enligt schema samt svara för varukvaliteten (även på producents varor) och sköta reklamationer och ersättningar. Dessutom ska grossisten köpa varan från producenten och även fakturera slutfkund, samt bidra med inköpsstatistik och prislistor. Producents ansvar är att leverera produkterna till grossistens lager.

1.5 Utvärdering av anbud

I förfrågningsunderlaget anges att endast tre grossister kommer att utvärderas (punkten 6.3). En sådan begränsning strider mot likabehandlingsprincipen.

Kraven på grossist och producent skiljer sig åt. Kommunerna begär att grossist ska ange belopp för ersättning för grossiståtagandet under åren 2012-2015 medan övriga leverantörer, producenterna, enbart lämnar aktuellt pris på varan. På pris för det av grossisten garanterade sortimentet ska procentpåslaget läggas på "redovisat nettopris". Det är över huvud taget inte möjligt att ens uppskatta utfallet. Exempelvis är löneutveckling och oljepriser inte förutsägbara fem år framåt. Kommunerna anger inte heller ett fast tal för beräknade totalinköp i formeln, utan anger endast ett exempel. Normalt måste dylika distributionsavtal innehålla avstämningar mot omkringliggande marknad och händelser samt innehålla en förhandlingsklausul, vilket saknas i förevarande upphandling. Det är inte affärsmässigt att kräva att ökade kostnader för distribution ska täckas av eventuellt

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 7
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

påslag för prisökning av livsmedel under en period om fem år. Förfarandet strider mot principerna om transparens, förutsebarhet och proportionalitet. Dessutom strider förfarandet mot likabehandlingsprincipen, eftersom övriga leverantörer i upphandlingen, producenterna, kan påverka sin prissättning per position.

1.6 Nettopris

I punkten 1.8 anges att grossist för ansvarig person för upphandlingen ska ha en öppen redovisning av sina verkliga inköspriser på det nettoprissatta garanterade sortimentet/huvudgrupperna. Anbudsstöd, volym- och övriga rabatter, avdrag och bonusar m.m. ska redovisas så att kontroll kan göras av att det procentuella påslaget är enligt avtal.

En grossists nettopris beror på många parametrar, bl.a. på upprättade avtal med producenterna som gäller inköpsnivå, artikelval, täthet, manuella order alternativt e-handel, samt övriga avtalade överenskommelser. Detta är uppgifter som både producenter och grossister betraktar som företagshemligheter. Det handlar om krav och efterlevnad för två parter, som bygger på affärsmässiga principer och är ägnade att leda till bra affärer för båda parter. Att avslöja dessa överenskommelser till offentlig marknad med offentlighetsprincipen som grund är att öppna sig för hela marknaden och sätta det egna företaget i en konkurrensmässigt dålig ställning. Kravet som är olika för grossist och producent är klart diskriminerande för grossisten. Detta eftersom inte samma regelverk gäller för både producent och grossist och då hela upplägget ger samtliga konkurrenter en klar bild av grossistens nettoprisnivåer vid andra konkurrensutsättningen, eftersom det är enkelt att räkna bakvägen med hjälp av det procentuella påslaget.

Kravet strider även mot proportionalitetsprincipen i LOU (se Förvaltningsrättens i Karlstad dom den 1 juni 2011, mål nr 134-11). Om kommunerna

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 8
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

önskar kontroll på prisutvecklingen fås rätt pris och kvalitet med rätt villkor. Dessutom arbetar storköksgrossisterna med ett verifikationssystem på prisförändringar, där kommunerna kan ha full kontroll.

1.7 Prisjusteringar och utvärdering av pris

Prisförändringarna i denna upphandling är inte förutsägbara, eftersom basprisdatum saknas och inlämning av anbud ska ske den 31 maj 2011 och angiven avtalsstart är den 1 mars 2012. Reservationerna i punkten 5.2, avseende bl.a. krav på prisjusteringar månadsvis för grossist, gör det omöjligt att kunna beräkna eller ens uppskatta prisutvecklingen. I frågor och svar anger kommunerna följande. Basprisdag har inte angivits i förfrågningsunderlaget. En andra konkurrensutsättning kommer att ske efter att avtal tecknats. Det pris som anges i anbudet kommer vid förnyad konkurrensutsättning att kunna ändras och i förekommande fall kommer det i inbjudan till andra konkurrensutsättningen att anges vilken basprisdag som ska gälla.

Konsekvenserna av detta svar är att inga priser i anbudet behöver försvaras om de blir utsatta för en andra konkurrensutsättning, vilket i sin tur innebär att producent kan lägga mycket låga priser, utan att behöva stå för dem, eftersom de kan justeras vid kommande konkurrensutsättning. De låga priserna möjliggör dock ramavtal i fyra år på ett antal produkter.

Ovanstående gäller inte för grossist, där priset bestäms av prispåslaget på angivet "nettopris till grossist", vilket ska räknas fram enligt kommunernas formel, på minst nio månader gamla priser. Den i grossistdelen angivna förutsättningen med procentpåslag på lagda artiklar, innebär att grossist helt förlorar kontrollen över avtalet med kommunerna. Detta eftersom det är kommunerna som justerar vad som kommer att få utdebiteras som påslag vid utvärderingen, där den totala volymen bestäms. Det kan inte

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 9
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

vara proportionerligt att kommunen ska ha den funktionen. Anbudsgivare måste få lägga sina egna priser.

Enligt förfrågningsunderlaget antas grossist på lägsta pris, fast priset per position saknar betydelse, eftersom det är det sammanräknade priset för distributionstjänsterna som utvärderas. Kommunerna uppskattar i förfrågningsunderlaget grossistdelen till cirka 10 procent av den totala upphandlingsnivån. Eftersom cirka 90 procent av positionerna i anbuden är enbart symboliskt prissatta vid anbudsutvärderingen, antas vinnande producenter enbart på den grunden att de har produkter i sitt sortiment. Således görs ingen utvärdering av priset, varken av producents produkter eller det för grossist garanterade sortimentet (se Kammarrättens i Göteborg dom den 20 maj 2010, mål nr 2109-10). Detta innebär att utvärderingen strider mot 12 kap. 1 § LOU, där det anges att lägsta pris alternativt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas.

Förfarandet strider dessutom mot likabehandlingsprincipen, eftersom grossist ska lämna pris på ersättning fram till år 2015, medan producent kommer att få nya tillfällen att justera sina priser.

1.8 Förnyad konkurrensutsättning

Kommunerna anger att en första konkurrensutsättning ska göras före avtalsstart, men kan inte ange hur denna ska gå till, utan anger att allt ska framgå av inbjudan. Det strider mot principerna om öppenhet och förutsägbarhet i LOU, att kommunerna avser att först skriva ramavtal med antagna leverantörer och sedan gå ut med en andra konkurrensutsättning och i underlaget för denna ange villkoren för konkurrensutsättningen samt att fri prissättning i detta sammanhang gäller för antagna producenter. Även kvalitetsbedömningen ska göras under andra konkurrensutsättningen, eftersom ingen sådan görs vid avtalets upprättande. Eftersom kraven i upphand-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 10
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

lingen specificeras efter att avtal har skrivits är kraven omöjliga att förutspå. Detta strider mot LOU, som anger att vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet.

1.9 Djurskyddsregler

Vid informationsmötet den 5 maj 2011 framkom klart att kommunerna ska upphandla kött uppfödda och slaktade enligt svenska djurskyddsregler. Detta framgår inte av förfrågningsunderlaget, men bekräftas av svar på fråga ställd den 5 maj, besvarad den 9 maj, då det anges att "krav kvarstår", som svar på frågan "är det ett sätt att kringgå lagstiftningen att lägga kött enligt de svenska djurskyddsreglerna som särskilda kontraktsvillkor och i övrigt ge incitament för att antagen grossist ska leverera kött i enlighet med detta?"

Att i förfrågningsunderlaget avstå att ange krav som strider mot LOU, samtidigt som kommunerna muntligt informerar att detta kommer att gälla när avtalen är påskrivna, strider mot transparensprincipen som anger att förfrågningsunderlaget ska vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Kravet på att upphandla kött uppfött och slaktat enligt svensk djurskyddslag strider mot diskrimineringsprincipen samt kan inte följas upp (se Kammarrättens i Göteborg domar den 16 december 2010, mål nr 2216-21-10 och 2921-22-10).

1.10 Hållbarhetskrav

Att ställa krav på att hållbarheten av mjölk ska vara drygt sju dagar innebär ett dyrbart krav för både grossist och mjölkleverantör. Även om kravet inte är unikt, kan det inte enbart garanteras av grossist, eftersom det är mjölkleverantören som ska utföra transporterna till lager även söndagar. Att uppfylla kravet på två tredjedelar av hållbarhetstiden för färsk köttfärs, tärnat

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 11
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

och strimlat kött, bearbetade grönsaker etc. är omöjligt, eftersom hållbarhetstiden är kort och leverans ska läggas på två till tre dagar. Det innebär även att produkten måste vara lagerlagd. Båda kraven strider mot proportionalitetsprincipen.

1.11 Returbackar

Förfrågningsunderlaget kräver att grossisten ska kunna erbjuda rena returbackar med pant vid köp av delade kollin vid mindre volymer. Systemet med returbackar ska även fungera vid elektronisk handel (punkten 3.2.3). Kravet på returbackar med pantsystem är inte genomfört i grossistbranschen, främst för att offentlig marknad inte varit villig att delta i någon pantsättning. Kravet måste ändras till ett börkrav, för att inte stoppa anbudet, eftersom kostnad och omställning för detta måste sättas in i sitt sammanhang. Eftersom kravet inte är nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen, strider det mot proportionalitetsprincipen.

1.12 Anbudstid

Med tanke på de stora förändringar som görs i upphandlingen jämfört med en normal livsmedelsupphandling, som behöver minst 50 dagar för att slutföras och att informationsmötet hölls endast 24 dagar före inlämningsdag, har anbudstiden varit för kort. Enligt 8 kap. 7 § LOU ska anbudsperioden förlängas om inte förfrågningsunderlag och kompletterande upplysningar skett inom angiven tid.

1.13 Skada

Inköpsvolymen av livsmedel i denna upphandling är angiven till 90 miljoner kr per år, vilket innebär ett möjligt försäljningsbortfall för bolaget om 360 miljoner kronor, vid en avtalstid på angivna fyra år. Att inte kunna lämna anbud som grossist gör att bolaget lider stor skada.

Avdelning 1

Mot bakgrund av det ovan anförda anser bolaget att det är visat att kommunerna har brutit mot LOU och att bolaget kommer att lida skada, eftersom ska-kraven och villkoren i upphandlingen är i strid med de upphandlingsrättsliga principerna.

2. Trollhättans Stad med flera kommuner

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

2.1 Upplägg av upphandlingen

Upphandling avser två olika och separata delar, en grossistdel och en producentdel, för vilka gäller olika villkor, eftersom förutsättningarna för respektive del är olika. Anbud ska lämnas på minst en av delarna men kan lämnas på båda. Förvaltningsrättens i Uppsala dom, mål nr 2483-10, är inte representativ för nu aktuell upphandling. I den upphandlingen tillät kommunen inte anbudsgivare att lämna anbud i vissa efterfrågade kombinationer, vilket domstolen underkände. I nu aktuell upphandling står det anbudsgivare helt fritt att lämna anbud som enbart grossist, som enbart producent på valfritt antal artiklar samt som såväl grossist som producent.

I punkten 6.3 anges hur anbuden kommer att utvärderas. Grossist- respektive producentdel utvärderas för sig. Lika situationer ska behandlas lika, olika situationer ska inte behandlas lika. För de olika delarna råder olika situationer varav följer att dessa inte kan behandlas lika.

I grossistdelen har tydligt redovisats att det är offererat pris för distributionsåtagandet m.m. som ska utvärderas. I förfrågningsunderlaget har angetts vad som ingår i åtagandet. Förutsättningarna är transparenta och står

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 13
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

inte i strid med LOU. För grossist fastställs anbudspriset genom att offererat pris för distributionen av producents produkter m.m. utvärderas för respektive år. Priset för distributionen m.m. ska bestämmas utifrån av kommunerna redovisat beräknat värde i punkten 1.6 i anbudsförfrågan, 80 miljoner kr per år. För år fyra tillämpas omräkningsfaktorn 1,5.

Producent kommer att antas utifrån principen lägst pris för offererade produkter. Eftersom producent kommer att utses efter en andra konkurrensutsättning kommer i praktiken samtliga leverantörer som uppfyller ställda krav att antas, vilket också framgår av punkten 6.3 andra stycket i anbudsförfrågan. LOU innehåller ingen begränsning vad avser antal leverantörer som kan antas för att medverka i förnyad konkurrensutsättning.

Det framgår tydligt att tilldelning av ramavtal i producentdelen kommer att genomföras på så sätt att samtliga som kvalificerat sig kommer att tilldelas ramavtal för efterföljande förnyad konkurrensutsättning.

Kommunernas uppfattning är att urvals- och utvärderingsmodellen inte står i strid med LOU. För grossist utvärderas distributionspriset. Priset för de produkter som grossisten garanteras fastställs enligt principen nettopris med vissa avdrag för anbudstöd m.m. Därför saknas det anledning att utvärdera det priset. Priset vid anbudstidpunkten är nämligen inte representativt för de priser som kommer att gälla under avtalstiden. För producent kommer lägst pris att utvärderas. Eftersom val av producent kommer att ske efter en andra konkurrensutsättning föreligger inget hinder att tilldela ramavtal med samtliga leverantörer som kvalificerat sig genom att uppfylla de krav som ställts.

I punkten 6.4 redovisas i allt väsentligt hur konkurrensutsättningen kom-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 14
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

mer att ske. Konkurrensutsättningen kommer i huvudsak att ske utifrån angivna huvudgrupper. Av efterfrågade huvudgrupper/produkter kommer omkring 100 att hållas ihop för att underlätta för grossist. Kommunerna kan komma att välja att hålla ihop huvudgrupper som omfattas av upphandlingen för att underlätta leverans- planering/beställning. Undantagsvis kan konkurrensutsättningen ske utifrån separata positioner. Förfrågningsunderlaget beskriver på ett tillräckligt transparent sätt hur den förnyade konkurrensutsättningen kommer att genomföras. Det står inte i strid med LOU att vid den förnyade konkurrensutsättningen precisera vad som kommer att ingå i denna så länge som det inte står i strid med ramavtalet. Punkten 6.4 i anbudsfrågan kommer att utgöra en del av ramavtalet.

2.2 Omlastningsplats

Kravet på omkring 1,5 timmes transporttid med fordon/lastbil från Trollhättans Centrum ställs för att producenter ska ha möjlighet att leverera avtalade produkter till en och samma plats för omlastning där grossistens ansvar för distributionen tar över. Utan denna uppgift skulle producent inte ha möjlighet att kalkylera sitt anbud. Uppgiften är nödvändig med hänsyn till förutsebarheten. Vidare är den nödvändig för att en grossist ska kunna kalkylera sitt påslag i kronor för bl.a. distributionskostnaden. Uppgiften om det ungefärliga läget måste av hänsyn till principerna om transparens och likabehandling redovisas redan i anbudsfrågan. Om så inte sker skulle en leverantör som inte lämnat anbud för ramavtal i samband med en andra konkurrensutsättning kunna hävda att om det aktuella läget redovisats i ramavtalsupphandlingen skulle leverantören ha valt att lämna anbud.

Det ställs inga krav på lager utan på en omlastningsplats som är godkänd för livsmedelshantering i form av omlastning. Årsvolymen omfattar produkter som såväl grossist som producent ska leverera till omlastningsplat-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 15
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning I

sen. Garanterade produkter behöver inte omlastas. I övrigt framgår av punkten 4.6 i anbudsförfrågan att minst 80 procent av beställda produkter ska levereras 2-3 arbetsdagar efter beställning. För anskaffningsvaror ska leverans ske senast åtta arbetsdagar efter beställning. Enligt kommunerna är dessa ledtider möjliga att uppfylla för varje leverantör med en god planering och logistik. Kommunerna bestrider därför påståendet att bolaget inte kan lasta om på viss plats för att sedan köra vidare till eget lager för vidare hantering. Det är inte visat att kravet står i strid med LOU.

2.3 Lämnande av anbud

Bolaget har särskilt framhållit skillnaderna i villkoren mellan grossist å ena sidan och producent å andra sidan. Det går inte att jämföra grossists åtagande med producents. Det ställs inget krav på att grossist ska lämna anbud på hela upphandlingen. Grossisten ska däremot lämna odelat anbud på grossistdelen eftersom kommunerna inte önskar dela upp den delen. Producent får lämna anbud på del av de positioner som i upphandlingen är förbehållna producent (delat anbud). Det kan inte jämföras med grossistens åtagande i grossistdelen.

2.4 Ansvarsfördelning

Kommunerna avser att upphandla en distributör som bl.a. ska omlasta och distribuera de produkter som producent levererar till omlastningsplatsen. För att kommunerna inte ska hamna i den situationen att producent hänvisar till grossist och vice versa vid felleverans eller utebliven leverans är det viktigt att grossisten handhar hela kedjan, från beställning, via leverans och mottagningskontroll vid omlastningsplats till leverans till berörd beställare och samlad fakturering. Det är bl.a. den tjänsten som kommunerna önskar köpa av grossisten och som utgör en del av offererat prispåslag. Det står var och en fritt att lämna eller avstå från att lämna anbud.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 16
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

I förfrågningsunderlaget anges nogsamt vad som ingår i åtagandet (se bl.a. punkterna 3.2.5, 3.4, 4.1 och 4.3). Skälet för detta är att grossisten ska kunna kalkylera åtagandets omfattning och bedöma risk/vinst. Någon kalkylrisk föreligger inte vad gäller producents pris. Grossisten ersätts vid vidarefakturerings fullt ut för kommunernas avtalade pris med producent. Upphandlingen brister således inte i vare sig förutsebarhet, likabehandling eller proportionalitet.

2.5 Utvärdering av anbud

Hur utvärderingen kommer att gå till framgår av punkten 6.3. Lägst pris utgör grund för antagande och rangordning. Det bestrids att en normalt insatt anbudsgivare kan tolka punkten 6.3 i dess helhet som att utvärderingen skulle begränsas till tre anbudsgivare. Eftersom två leverantörer som huvudregel inte får antas kommer minst en och högst tre att antas, vilket bolaget måste ha förstått. Av punkten 6.3 framgår att samtliga kvalificerade anbudsgivare i grossistdelen ska utvärderas då det anges att anbudsgivare som är godkända enligt punkterna 6.1 och 6.2 går vidare till utvärdering. Av punkten 6.3 framgår även att antagna grossister kommer att rangordnas, dvs. mer än en grossist kommer att antas.

Omfattningen av åtagandet vad gäller distributionen framgår av punkterna 1.6 och 6.3 i anbudsfrågan, i vilka anges att påslaget ska bygga på en årlig omslutning på 80 miljoner kr. För år fyra sker dock en uppräknings av offererat pris med faktorn 1,5. Redovisat värde av volymer enligt punkten 1.6 bygger på verkliga volymer för år 2010. Eftersom offererat påslag i kronor omräknas till ett procentuellt påslag kommer ersättningen att anpassas till verklig omsättning. Risk och möjlighet föreligger i de flesta upphandlingar. Möjligheten och risken med avseende på priset/påslaget för

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 17
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

distributionstjänsten är inte vare sig större eller mindre än andra risker och möjligheter som förekommer i upphandlingar. T.ex. kommer oljepriser och andra prispförändringar att påverka produktpriserna. Såväl grossistens nettopriser som producents priser efter förnyad konkurrensutsättning kan enligt punkten 5.2 i anbudsförfrågan löpande justeras med visst varsel. Risk och möjlighet föreligger allt som oftast i anbudsgivning och får beaktas vid prissättningen. Det bör vidare noteras att grossisten inte tar någon risk avseende priset för producents levererade produkter. Producents priser är avtalade i förnyad konkurrensutsättning och vidarefaktureras med påslag av grossisten till berörd kommun.

Vad avser framtida löneavtal och bränslepriser kan det förutsättas att konsekvenserna av dessa även får genomslag hos producent. Eftersom grossist har rätt till avtalat påslag på producents priser kommer även grossist att kompenseras för nämnda kostnader.

I förfrågningsunderlaget redovisas tydligt och transparent grossistens åtagande och ansvar samt skyldigheter med avseende på de produkter som producent ska leverera till omlastningsplatsen.

För grossist utvärderas pris i form av prispåslag för bl.a. distribution, vilket tydligt redovisats i anbudsförfrågan. Nettopris för garanterade produkter saknar betydelse eftersom dessa fluktuerar så pass att utvärdering mot pris i praktiken saknar betydelse, därav prisjusteringsklausulen och dess innehåll. På motsvarande sätt saknar priset betydelse vid upphandling av ramavtal för producent. Genom en andra konkurrensutsättning med vissa mellanrum får priset däremot betydelse.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 18
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

Förutsättningarna för förnyad konkurrensutsättning har noga beskrivits i förfrågningsunderlaget, bl.a. att pris och kvalitet kan komma att utvärderas.

2.6 Nettopris

Kravet på öppna böcker för grossist ställs eftersom priset för det garanterade sortimentet bestäms utifrån nettopris, rabatter och kampanjpris. Eftersom prismodellen är nettopris efter rabatter m.m. är det också nödvändigt att kunna kontrollera att fakturerade priser överensstämmer med avtalade villkor. Något motsvarande skäl finns inte såvitt avser producent, eftersom dennes pris fastställs efter förnyad konkurrensutsättning. Revisionen kommer att ske hos grossisten och inga handlingar ska sändas till kommunen. På grund härav och då det i övrigt finns möjlighet att sekretessbelägga företagshemligheter föreligger ingen risk för att dessa skulle röjas. Eftersom priset för distribution omfattar en rad olika kostnadslag föreligger ingen risk för att affärshemligheter röjs. Om så skulle vara fallet föreligger möjligheter att belägga anbudet i den delen med affärssekretess. För övrigt kommer de produkter där nettopriser avtalats inte att omfattas av förnyad konkurrensutsättning och därmed riskerar bolaget inte att lida någon skada vid den förnyade konkurrensutsättningen av övriga produkter. I flera branscher är det inte ovanligt att procentpåslag för risk/vinst och administration lämnas i öppna offentliga upphandlingar, t.ex. inom byggbranschen.

Den omständigheten att producent ska fakturera grossisten för vidarefakturerering med påslag till kommunerna är en ren praktisk hantering som även grossisten har fördel av. I annat fall skulle kommunerna få skicka fakturorna till grossisten för att denne ska kunna fakturera sitt påslag.

2.7 Prisjusteringar

Bolaget gör även i denna punkt jämförelser mellan grossist och producent

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 19
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

trots att olika situationer inte ska behandlas lika. Samtliga anbud som uppfyller kraven enligt punkterna 6.1 och 6.2 i anbudsförfrågan kommer att antas i producentdelen för att största möjliga konkurrens ska upprätthållas vid den förnyade konkurrensutsättningen. Priset kommer därmed att sakna betydelse vid anbudsutvärdering av producent för tilldelning av ramavtal. LOU innehåller ingen begränsning i antalet leverantörer som får tilldelas ramavtal vid efterföljande tillämpning av förnyad konkurrensutsättning.

I grossistdelen har förutsättningarna för prispåslaget noga redovisats i anbudsförfrågan. Vad beträffar kostnaden för distribution m.m. ska anbudsgivare i delen grossist lämna ett pris och inte ett procentuellt påslag. Det är alltså ett pris och inte ett procentpåslag som ska utvärderas i förevarande upphandling. Distributionen och övriga hanteringskostnader utgör en betydande del av åtagandet, vars delar är kalkylerbara. Därmed är det rimligt att begära ett fast pris som, genom omvandlingen till procentandel, under avtalstiden till viss del blir rörligt beroende på omsättning och prisutveckling på produkterna. För de produkter som grossisten garanteras och för producents produkter saknar priset däremot betydelse som utvärderingsinstrument i ramavtalsupphandlingen eftersom priserna fluktuerar.

Som också redovisas ovan kommer grossist att ersättas för verifierade nettokostnader för den del av produktleveranser som grossisten garanteras, jämte avtalat prispåslag omräknat till procenttal.

2.8 Förnyad konkurrensutsättning

En förutsättning för att en grossist ska ha rätt att medverka vid en förnyad konkurrensutsättning är att denne har lämnat anbud även som producent och i den egenskapen tilldelats ramavtal. Om så skett gäller villkoren i anbudsförfrågan för producent för den förnyade konkurrensutsättningen. Pris

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 20
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning I

lämnas fritt och i konkurrens. Leverans sker till avtalade produktpriser efter förnyad konkurrensutsättning och med avtalat påslag enligt grossistavtalet för bl.a. distributionen.

Någon förnyad konkurrensutsättning för produkter som grossist är garanterad kommer inte att ske, vilket bl.a. framgår av punkten 6.4 näst sista stycket där det anges att producent inte äger lämna anbud på produkter på positionsnivå som producenten inte antagits för i ramavtalet.

Eftersom upphandlingssekretess råder under den förnyade konkurrensutsättningen och då samtliga anbudsgivare äger sätta sina priser fritt föreligger ingen risk för att anbudsgivningen i den förnyade konkurrensutsättningen sker på olika villkor. Som i många andra upphandlingar av ramavtal med efterföljande förnyad konkurrensutsättning kan priserna i ramavtalet vara offentliga. Det är således inte unikt för just denna upphandling.

Kommunerna har i anbudsfrågan med bilagor och fråga/svar väl beskrivit hur den förnyade konkurrensutsättningen kommer att genomföras och vilka förutsättningar som kan komma att gälla. Det föreligger enligt LOU inget hinder att när den förnyade konkurrensutsättningen genomförs välja bland de förutsättningar som redovisats i ramavtalet. Exempelvis kan pris vara utvärderingskriterium vid upphandlingen av ramavtalet medan pris och kvalitetstest kan avgöra tilldelningen vid förnyad konkurrensutsättning förutsatt att detta, som i nu aktuell upphandling under punkten 6.4, redovisats i upphandlingen av ramavtalet.

2.9 Djurskyddsregler

Beträffande påståendet om svenska djurskyddsregler etc. är det anbudsfrågans förutsättningar som gäller. I kravspecifikationen (bilaga 2) anges

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 21
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

på sidan 26 som särskilda kontraktsvillkor att det är kommunernas målsättning att under löpande avtalstid i samråd med antagen grossist sträva efter att uppfylla både miljö- och etiska krav. Vidare anges att kommunernas målsättning är att på nettoprislistan ha livsmedel som uppfyller EU:s grundläggande djurskyddsregler samt även produkter med utökade krav gällande god djuromsorg för kött, fågel och ägg. Det är fråga om målsättningar och strävan efter. Det är inga ovillkorliga krav för upphandlingen. Svenska djurskyddsregler omnämns överhuvudtaget inte. Inget har tillkommit. Svaret på den av bolaget redovisade frågan innebär att de målsättningar som framgår av kravspecifikationen gäller som målsättningar och inget annat. Anbudsförfrågan och kravspecifikationen innehåller inga krav på särskilda kontraktsvillkor avseende svenska djurskyddsregler. Något sådant har inte heller framförts under anbudstiden.

2.10 Hållbarhetskrav

De krav på hållbarhet som ställts fungerar med den leverantör som kommunerna för närvarande har. Kravet är rimligt och av betydelse från miljösynpunkt. Den omständigheten att det är ett dyrbart alternativ är inte bärande och får beaktas i samband med anbudsgivningen. I fråga om färsk köttfärs, tärnat och strimlat kött är det produkter som ingår i grossistens garanterade sortiment enligt punkten 1.8 tredje stycket i anbudsförfrågan. Några problem för anbudsgivare att uppfylla kravet föreligger inte, eftersom nuvarande leverantör uppfyller kravet i dag.

2.11 Returbackar

I kommunernas nuvarande avtal uppfyller leverantören kravet. Det är alltså möjligt att uppfylla kravet. Kravet har vidare betydelse från miljösynpunkt.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 22
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

2.12 Anbudstid

Minimitiden enligt 8 kap. 1 § LOU med beaktande av 5 och 6 § i samma kapitel är 40 dagar. Anbudstiden om 47 dagar har således överskridit minimitiden. Eftersom anbudstiden har varit skälig och då inga väsentliga förändringar skett till följd av fråga/svar har en förlängning av anbudstiden inte varit möjlig. Svaret på de flesta fråga/svar var att hänvisning skedde till förfrågningsunderlaget. I den mån kompletterande upplysningar har lämnats har det skett i god tid.

Sammanfattningsvis står förfrågningsunderlagets förutsättningar inte i strid med någon av de grundläggande principerna för LOU såsom likabehandling, transparens och proportionalitet.

DOMSKÄL**Tillämpliga bestämmelser**

Upphandlande myndigheter ska 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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

Upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta (1 kap. 9 a § LOU).

Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §. Ett sådant kontrakt får slutas endast mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet. Vid tilldelning av kontrakt som

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 23
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet (5 kap. 2 § LOU).

Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer, får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet (5 kap. 6 § LOU).

Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet (5 kap. 7 § första stycket LOU).

En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas (12 kap. 1 § första och tredje stycket LOU).

Om den upphandlande myndigheten har 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 (16 kap. 5 § LOU).

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 24
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande myndigheten ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid som leverantörer kan antas behöva för att utarbeta anbuden. Dock ska tidsfristerna i detta kapitel iaktas (8 kap. 1 § LOU).

Tillhandahålls inte hela förfrågningsunderlaget och kompletterande upplysningar, trots att detta begärts i god tid, inom de tidsfrister som anges i 9 och 12 §§, ska fristerna för att komma in med anbud förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud (8 kap. 7 § första stycket LOU).

3. Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har nedan sammanfört vissa av de rubriker som använts under parternas inställning ovan till en och samma punkt.

3.1 Upphandlingens upplägg, lämnande av anbud och ansvarsfördelning

Bolaget har gjort gällande att upphandlingen avviker från vad som är brukligt vid livsmedelsupphandlingar och att den vad gäller de villkor som gäller för grossistdel i jämförelse med producentdel starkt missgynnar grossisten i upphandlingen. Inledningsvis anser förvaltningsrätten – i likhet med kommunerna – att upphandlingen i anbudsfrågan är tydlig med vad som ingår i de respektive åtagandena. Enbart det faktum att kommunerna har valt att dela upphandlingen på det sätt som gjorts, i en grossistdel och en producentdel, om den i övrigt står i överstämmelse med kraven i LOU, kan inte utgöra grund för en åtgärd enligt LOU.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 25
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning I

Som angetts av kommunen kan leverantör välja att lägga anbud på en del eller båda. Leverantör är alltså inte utestängd från den ena delen för att den har lagt anbud på den andra. Därför kan inte heller påstås att vissa produkter eller produktgrupper har blockerats för vissa leverantörer.

3.2 Omlastningsplats

Bolaget har anfört att kravet på omlastningsplats för grossist inom en radie på cirka 1,5 timmars transporttid med fordon/lastbil från Trollhättans Centrum är diskriminerande, eftersom bolaget med sin befintliga struktur inte kan uppfylla kravet.

Kommunerna har uppgett att kravet (punkten 1.8) har ställts för att tillgoda kravet på förutsebarhet och kalkylerbarhet för de producenter som levererar för fortsatt distribution av grossist.

I förarbetena anges bl.a. följande. *Likabehandling* och *icke-diskriminering* förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet, oberoende av sådana faktorer som inte hänför sig till genomförandet av upphandlingen. Sådana faktorer är i synnerhet nationalitet eller etablering i någon medlemsstat eller på något område. *Icke-diskriminering* förutsätter alltså också att anbudssökande och anbudsgivare från andra orter behandlas på samma sätt som t.ex. företag från den egna kommunen (prop. 2006/07:128 s. 155).

Trots att kravet kan gynna bolag som i sin företagsstruktur har en befintlig omlastningsplats i nära anslutning till kommunerna, får kravet anses hänförligt till genomförandet av upphandlingen, och inte ställt för att t.ex. gynna kommunernas egna företag. Förfarandet kan därför inte anses strida

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 26
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

mot likabehandlings- och icke-diskrimineringsprincipen i den mening som avses i LOU.

*3.3 Utvärdering av anbud**a) Utvärdering av grossist*

Bolaget har gjort gällande att förfrågningsunderlaget anger att endast tre grossister kommer att utvärderas och att detta strider mot LOU.

I anbudsförfrågan anges avseende grossistdelen att upphandlande myndigheter avser att anta max tre grossister som går vidare till utvärderingen av anbud (punkten 6.3 andra stycket) samt att anbud med lägst pris kommer att antas och att antagna grossister kommer att rangordnas (punkten 6.3 tredje stycket).

Förvaltningsrätten anser att formuleringen i punkten 6.3 avseende utvärdering och antagande av grossist kunde ha varit tydligare. Dock anser förvaltningsrätten att otydligheten inte är av den omfattningen att den kan antas ha förhindrat potentiella leverantörer att lämna anbud eller att syftet med formuleringen från kommunen sida varit att begränsa antalet anbudsgivare. Skäl att på denna grund ingripa mot upphandlingen finns således inte.

Bolaget har även gjort gällande att grunden för utvärdering av grossists anbud samt ersättning till grossist strider mot kraven på förutsebarhet, transparens och likabehandling i LOU. Detta eftersom priset för distributionen endast baseras på en uppskattad volym och den faktiska förändringen av löner och bränslepriser inte kan beaktas under hela avtalets löptid samt genom att nettopriser används för garanterat sortiment, i stället för att det konkurrensutsätts på samma villkor som övriga produkter. Kommunen

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 27
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

menar att förfarandet är förenligt med LOU, eftersom det är det av grossist offererade priset som ligger till grund för utvärderingen och för beräkningen av ersättningen. Därutöver menar kommunen att eftersom prisbilden är nettopris, den inte behöver konkurrensutsättas samt att procentpåslaget kompenserar för prishöjningar etc.

I anbudsförfrågan (punkten 6.3) anges att grossist med lägst pris för grossistens åtagande för samtliga år kommer att antas som grossist och att antagna grossister kommer att rangordnas. Pris ska anges för fyra år vilka sedan slås samman, offererat pris för år fyra räknas upp med 1,5 i tabellen.

Avseende ersättning under avtalsperiod anges 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 åtaganden. Exempel: Offererat pris år 1: 9,6 miljoner kr/beräknad volym år 1: 80 miljoner kr = påslag som kommer att användas år 1 = 12 procent. Ersättningen för distribution sker genom att grossisten lägger på ovan beskrivet påslag på lägsta inköpspris för garanterat sortiment enligt punkten 1.8 som är lägsta nettopris, och för antagna produkter från producent enligt punkten 6.4, pris som fås efter utvärdering genom lägsta pris alternativt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid kommande konkurrensutsättningar. Beräknad volym om 80 miljoner kr utgår från 2010 års behov hos kommunerna.

Enligt förvaltningsrätten skapas, trots att utvärderingen sker på priser angivna av grossisten för den del som avser distribution, 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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 28
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

grund för utvärderingen. Därtill kommer, så som bolaget anför, att den del som avser garanterat sortiment till grossist, vars omfattning är okänd, aldrig konkurrensutsätts, varken vid ingången av ramavtalet, eller senare under avtalets löptid. Utvärderingsmodellen brister därmed i likabehandling, transparens och förutsebarhet och kan inte anses förenlig med bestämmelserna i LOU.

b) Utvärdering av producent

Bolaget menar att det strider mot LOU att producent antas till ramavtalet utan att priset utvärderas, eftersom varje leverantör som uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget kommer att antas till ramavtalet.

I förarbetena anges bl.a. följande avseende 5 kap. 7 § LOU. I de ramavtal som avses i denna bestämmelse är villkoren inte tillräckligt precist angivna för att ett kontrakt ska kunna tilldelas en leverantör som ingår i ramavtalet. En förnyad konkurrensutsättning ska därför göras bland de leverantörer i ramavtalet som har möjlighet att leverera det som efterfrågas. Villkoren i ramavtalet kan inte omförhandlas och inte heller kan krav som ställts i avtalet ändras eller bytas ut. Materiella ändringar i villkoren är således inte tillåtna. Det är i stället fråga om att komplettera eller förfina villkoren i ramavtalet för att fånga upp särskilda omständigheter för att kunna fullgöra ett enskilt kontrakt. Härtill kommer att den förnyade konkurrensutsättningen kan omfatta en förnyad konkurrensutsättning av priset. Det betyder att priset inte behöver vara bestämt redan i ramavtalet (prop. 2006/07:128 s. 338 f.).

I anbudsförfrågan anges följande (punkten 6.3 första och andra stycket). Anbud från anbudsgivare som är godkända enligt punkt "6.1 Bedömning och granskning" och vars anbud är godkända enligt punkt "6.2 Prövning av

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 29
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

anbud" går vidare till utvärdering av anbud. Vi avser att anta samtliga anbud som har godkända produkter som går vidare till utvärdering av anbud. Vidare anges avseende producent att anbuden med lägst pris per position i bilaga 2 kommer att antas (punkten 6.3 sista stycket).

Förvaltningsrätten anser att inte annat framgår av anbudsförfrågan än att anbud som uppfyller kravet i punkten 6.1 och 6.2 kommer att gå vidare till utvärdering samt att anbud med lägst pris per position i bilaga 2 kommer att antas till ramavtalet. Att kommunerna i anbudsförfrågan inte har angett högsta eller lägsta antal producenter som kan komma att tilldelas ramavtal kan inte anses strida mot LOU.

Vidare anges tydligt i anbudsförfrågan att upphandlingen i producentdelen avser ramavtal där alla villkor inte är fastställda samt framgår klart att det är förnyad konkurrensutsättning som gäller som villkor vid senare tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet (punkten 6.4). Som framgår av förarbetena kan den förnyade konkurrensutsättningen omfatta en förnyad konkurrensutsättning av priset och att priset inte behöver vara bestämt redan i ramavtalet. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten inte att upphandlingen i denna del står i strid med reglerna i LOU.

3.4 Nettopriser

Kommunerna har i förfrågningsunderlaget begärt att nettopris ska uppges av grossist samt särredovisning av kostnaderna, rabatter, avdrag etc. för att kunna kontrollera att verkliga nettopriser uppges avseende det för grossist garanterade sortimentet. Kommunerna menar att priserna aldrig behöver bli offentliga. Bolaget å sin sida menar att konkurrenterna genom det för distributionen kända procentpåslaget kan beräkna bolagets nettopriser för det garanterade sortimentet, som utgör en del av bolagets affärshemligheter

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 30
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

och därför, om de blir kända på marknaden, bolaget missgynnas i förhållande till sina konkurrenter. Bolaget menar att förfarandet strider mot kravet på affärsmässighet och proportionalitet.

Förvaltningsrätten delar bolagets uppfattning att konkurrenter till bolaget, på grund av att uträkningen av det procentuella påslaget redan genom anbuds förfarandet blir känt, senare kan utläsa bolagets nettopriser i det garanterade sortimentet, vilket får anses utgöra affärshemligheter. Att kravet på att anbudsgivaren lämnar uppgifter på sina kostnader ställs först efter att anbudsutvärdering gjorts och avtals slutits hindrar inte att kravet, så som bolaget hävdar, får anses vara konkurrensbegränsande (jfr även Regeringsrättens avgörande RÅ 1997 ref 40). Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att kravet på att grossist ska redovisa sina nettopriser, rabatter m.m. är konkurrensbegränsande samt även oproportionerligt i förhållande till de skäl som kommunerna anger, att ingen konkurrensutsättning behöver ske, eftersom grunden för prissättningen av grossistsortimentet är nettopris.

3.5 Prisjusteringar

Bolaget har gjort gällande att prisförändringarna i upphandlingen inte är förutsebara eftersom basprisdatum saknas. Vidare anser bolaget att grossisterna förlorar kontrollen över avtalet eftersom det är kommunerna som justerar vad som ska utdebiteras, vilket är oproportionerligt, samt att förfarandet strider mot likabehandlingsprincipen genom att grossist ska lämna pris på ersättning fram till år 2015 medan producent kommer att få nya tillfällen att justera sina priser.

I förfrågningsunderlaget regleras frågor om pris bl.a. under punkterna 1.8, 5.2 och 6.3. Under rubriken 5.2 Prisjusteringar anges bl.a. vilka fastprisperioder som ska gälla för olika varor. Här framgår även att grossist har möjlighet att justera sina nettopriser över tid. Förvaltningsrätten delar därför

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 31
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

inte bolagets uppfattning att grossists pris inte kan justeras avseende det garanterade sortimentet. Förvaltningsrätten anser inte att skäl finns att på av bolaget nu anförd grund ingripa mot upphandlingen. Förvaltningsrätten har i övrigt tagit ställning till utvärdering av grossists pris under rubrikerna 3.3 och 3.4.

3.6 Förnyad konkurrensutsättning

Bolaget har också gjort gällande att vad avser producentdelen det inte med tillräcklig tydlighet i anbudsförfrågan framgår vilka villkor som kommer att gälla vid kommande konkurrensutsättningar. Kommunerna hänvisar framför allt till punkten 6.4 i vilken anges att pris och i förekommande fall kvalitetstest utvärderas samt att produkt/huvudgrupp med ekonomiskt mest fördelaktiga alternativt lägsta pris kommer att väljas. Vidare anges att konkurrensutsättning i huvudsak kommer att ske utifrån angivna huvudgrupper men också utifrån separata positioner. Av efterfrågade huvudgrupper/produkter kommer cirka 100 stycken att hållas ihop för att bl.a. underlätta för grossist. Alla positioner som testas kommer att utvärderas separat. Vilken struktur som kommunerna slutligen kommer att välja bestäms ur ett kommun/konkurrensperspektiv. Detta innebär bl.a. att kommunerna kan komma att välja att hålla ihop huvudgrupper som omfattas av upphandlingen för att underlätta leveransplanering/beställning vid en andra konkurrensutsättning.

Kommunerna hade kunnat vara tydligare vad avser t.ex. vilka positioner/produkter och varugrupper som lämpligen bedömdes utifrån respektive grund, lägst pris eller det mest fördelaktiga priset. Trots detta anser förvaltningsrätten att kommunerna genom att ange på vilka grunder tilldelning kan komma att ske samt att det kan ske per position eller i huvudgrupper, med tillräcklig tydlighet för upphandling av förevarande slag, som

Avdelning I

rör livsmedel för skilda behov och kvantiteter, angett hur tilldelning av kontrakt kan komma att ske.

3.7 Djurskyddsregler

Förfrågningsunderlaget innehåller inte någon uppgift om att svenska djurskyddsregler krävs för att antas. Kommunerna har i kravspecifikationen i bilaga 2 (sid 26) som särskilda kontraktsvillkor angett att det är kommunernas målsättning att under löpande avtalstid i samråd med antagen grossist sträva efter att uppfylla både miljökrav och etiska krav. Det anges också att kommunen har som målsättning att på nettoprislistan ha livsmedel som uppfyller EU:s grundläggande djurskyddsregler. Förvaltningsrätten anser mot den bakgrunden att uppgifter lämnade muntligen den 5 maj 2011 och uppgifter lämnade av kommunerna i frågor och svar varken innebär en avvikelse från förfrågningsunderlaget eller att krav skulle ha uppställts som strider mot diskrimineringsprincipen.

3.8 Hållbarhet och returbackar

Bolaget har gjort gällande att kraven om hållbarhet och rena returbackar strider mot proportionalitetsprincipen eftersom de inte är nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen. Förvaltningsrätten anser att kraven på hållbarhet med hänsyn till upphandlingens art, dvs. färskvaror på livsmedelsområdet, inte framstår som orimliga. Inte heller kravet avseende returbackar kan mot denna bakgrund anses som orimligt.

3.9 Anbudstid

Vad bolaget anför avseende anbudstidens längd utgör enligt förvaltningsrättens mening inte tillräckliga skäl för att ingripa mot upphandlingen.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 33
5614-11, 5628-11,
5631-11,
5633-5634-11,
5637-11,
5641-11 E

Avdelning 1

Sammanfattning

Av ovan gjorda bedömningar framgår att förvaltningsrätten anser att upphandlingen, så som det framgår av förfrågningsunderlaget, brister i likabehandling, transparens och förutsebarhet avseende hur utvärdering av grossist ska göras (rubriken 3.3 a) och att den är konkurrensbegränsande och strider mot proportionalitetsprincipen i fråga om angivandet av nettopriser (rubriken 3.4). Bolaget har därmed lidit skada eller kan komma att lida skada varför skäl finns för ingripande mot upphandlingen. Eftersom de brister som nu konstaterats i upphandlingen är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede och då begäran om överprövning har gjorts innan tilldelningsbeslut fattats kan förvaltningsrätten endast förordna om att upphandlingen ska göras om.

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



Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målen har varit föredraganden Henny Johansson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut 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 3109/1B LOU