



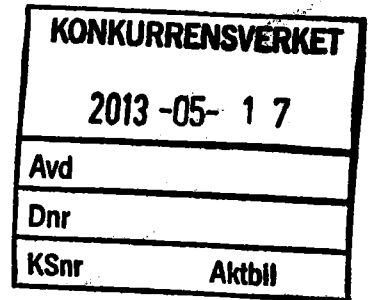
SÖKANDE

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

Ombud: advokaten Liselott Fröstad och jur. kand. Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Lunds kommun
Rådhuset, Box 41
221 00 Lund



SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s yrkande om att hämta in yttrande från Konkurrensverket.

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s ansökan om att avtalet mellan Lunds kommun och Martin & Servera AB den 18 december 2012 om livsmedelsleveranser ska förklaras ogiltigt.

BAKGRUND

Lunds kommun och fem samverkande skånska kommuner samt Specialpedagogiska skolmyndigheten (här gemensamt kallade Kommunerna) tecknade i januari 2007 ett ramavtal avseende livsmedelsleveranser med Menigo Foodservice AB (Menigo). Detta avtal löpte t.o.m. den 31 mars 2009 med möjlighet till maximalt ett års förlängning, dvs. t.o.m. den 31 mars 2010. Kommunerna har i september 2009 annonserat en ny upphandling avseende avtal om livsmedelsleveranser med avtalsstart den 1 april 2010. Med anledning av denna upphandling har ett flertal överprövningsprocesser därefter pågått under 2010 och fram till hösten 2012 där Menigo respektive Martin & Servera AB (tidigare Servera R&S AB) varit parter. Ramavtalet med Menigo, som skulle ha löpt ut den 31 mars 2010, förlängdes fyra gånger och en avtalsförlängning löpte ut den 31 oktober 2012. Den 26 september 2012 meddelade Kommunerna, genom s.k. förhandlinsyn, att man med åberopande av undantagsregeln i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU, upphandlade kontrakt avseende livsmedel under perioden den 1 november 2012 – 31 oktober 2013 med option till förlängning på ytterligare ett år, genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Beslut om att kontraktet ska tilldelas Martin & Servera fattades. Sedan Menigo ansökt om överprövning av upphandlingen förordnade förvaltningsrätten genom dom den 20 november 2012 (mål nr 10015-12 m.fl.) att upphandlingen skulle göras om eftersom förvaltningsrätten funnit att Kommunerna inte haft grund för att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Domen har vunnit laga kraft. Sista avtalsförlängningen med Menigo har löpt ut den 31 januari 2013.

Lunds kommun ingick den 18 december 2012 ett ramavtal med Martin & Servera avseende livsmedel.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Menigo ansöker om överprövning av giltigheten av Lunds kommuns och Martin & Serveras ramavtal den 18 december 2012 avseende livmedel och yrkar att avtalet ska förklaras ogiltigt. Menigo yrkar vidare att förvaltningsrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket avseende om avtalet ska bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse och, om så är fallet, huruvida avtalet ska bestå i sin helhet eller endast i de delar och den avtals-tid som är nödvändig med hänsyn till det tvingande allmänintresset.

Lunds kommun bestrider Menigos yrkande om ogiltigförklaring av avtalet.

OMSTÄNDIGHETER TILL STÖD FÖR ANSÖKAN OCH BESTRIDANDE

Menigo

Avtalet mellan Lunds kommun och Martin & Servera är i princip resultatet av en tidigare genomförd och av domstolarna underkänd upphandling som nu drivs igenom av Lunds kommun. Lunds kommun har ingått avtalet med Martin & Servera utan att först ha annonserat eller bjudit in flera leverantörer att förhandla om kontraktet. Kommunen har alltså genomfört en renodlad direktupphandling utan att förutsättningar för detta förelegat. För att Lunds kommun ska kunna genomföra en direktupphandling gäller enligt 15 kap. 3 § LOU att kontraktets värde får uppgå till maximalt 15 procent av tröskelvärdet, dvs. ca 284 000 kr. Värdet av kontraktet som Lunds kommun ingått med Martin & Servera beräknas uppgå till ca 100 miljoner kr. Det är därmed uppenbart att kontraktets värde överstiger gränsvärdet för direktupphandling och även att kontraktets värde överstiger tröskelvärdet, varför övriga regler i 15 kap. LOU inte heller kan tillämpas.

Även om förvaltningsrätten skulle anse att Lunds kommun inte har genomfört en direktupphandling utan ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, saknas förutsättningar för att tillämpa undantagsregeln i 4 kap. 5 § LOU eftersom Lunds kommun orsakat den brådskan som föreligger.

Sammanfattningsvis har Lunds kommun inte haft grund för att genomföra vare sig en direktupphandling eller ett förfarande utan föregående annonsering. Avtalet har inte ingåtts med beaktande av reglerna i LOU och det ska därför förklaras ogiltigt.

Kommunen har heller inte visat att det föreligger sådana tvingande hänsyn till ett allmänintresse att avtalet ändå ska få bestå enligt 16 kap. 14 § LOU. I vart fall har kommunen inte visat att det är nödvändigt att avtalet ska omfatta leveranser till samtliga funktioner inom kommunen och löpa under två år. Om förvaltningsrätten finner att avtalet ska bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse menar Menigo att det endast ska avse de delar som faktiskt tillgodoser ett tvingande allmänintresse och dessutom endast under en kortare tidsperiod. Endast exceptionella omständigheter ska medföra att ett avtal ska få bestå. Begränsad vikt får läggas vid ekonomiska intressen inom ramen för allmänintresset. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska t.ex. inte anses utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Av EU-domstolens avgörande i mål G-6/05 "Medipac" p 61-62 följer att det endast är nödvändiga, tillfälliga och proportionerliga avtal som ska bestå. Det är Lunds kommun som har bevisbördan för påståendet att det föreligger tvingande hänsyn till allmänintresset. Lunds kommun har därvid endast hänvisat till reglerna i skollagen (2010:800) och den skyldighet som kommunen har att tillhandahålla måltider till skolor och förskolor samt äldreboenden. Omständigheten att kommunen har en skyldighet att tillhandahålla vissa tjänster innebär visserligen en lagkonflikt men det är i sig inte tillräckligt för att visa på ett tvingande allmänintresse i

upphandlingsreglernas mening. Anledningen till att det annars ogiltiga avtalet mellan Lunds kommun och Martin & Servera skulle kunna få bestå är att domstolen bedömer att det är absolut nödvändigt med hänsyn till människors hälsa. Som nämns ovan krävs att det är fråga om exceptionella omständigheter. Avtalet som Lunds kommun har ingått med Martin & Servera är ett ramavtal från vilket avrop kan göras till alla kommunens verksamheter. Det är således inte bara skolor, förskolor och äldreboenden som avropar från avtalet. Ett avtal som ingåtts i strid med reglerna i LOU och som därmed är ogiltigt kan inte få bestå i sin helhet bara för att det innehåller en viss del som tillgodoser ett allmänintresse. Av hänsyn till det tvingande allmänintresse som kommunen gör gällande i aktuellt fall är det absolut inte nödvändigt att ingå ett avtal som gäller under två års tid. Vid prövningen av hur lång avtalstid som är nödvändig är det inte rimligt att den upphandlande myndigheten får i det ogiltiga avtalet beakta tiden för en eventuell överprövningsprocess. Lunds kommun har möjlighet att genomföra andra upphandlingsförfaranden än ett öppet förfarande och det krävs endast en mindre justering av bristen i tidigare annonserat förfrågningsunderlag för att kunna gå vidare med en annonsering. Om förvaltningsrätten kommer fram till att avtalet mellan Martin & Servera och Lunds kommun tillgodoser ett tvingande allmänintresse såvitt det avser leveranser av livsmedel till skolor, förskolor och äldreboenden är det endast i dessa delar avtalet ska bestå och inte i sin helhet.

Lunds kommun

Efter förvaltningsrättens dom i mål nr 10015-12 har Lunds kommun beslutat att genomföra en fjärde upphandling, en direktupphandling utan förhandsinsyn. Lunds kommun har tillfälligt tilldelat kontraktet till Martin & Servera i enlighet med villkoren i förfrågningsunderlaget daterat den 22 september 2011 (upphandling nr 2). Martin & Serveras anbud var det anbud som utvärderades som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i det öppna förfarandet. Prisskillnaden mellan Menigo och Martin & Servera är

ca 1 mkr per år. Avtalet sträcker sig över en begränsad tidsperiod på ett år med möjlighet till förlängning. Kommunens agerande är motiverat av af-färsmässiga skäl. Redan vid förvaltningsrättens dom i mål nr 10015-12 förelåg synnerlig brådska för kommunen, varför det inte har någon avgörande betydelse om kommunen i den situationen vidtagit några tillfälliga åtgärder eller inte. Kommunen har därför vid det fjärde upphandlingsförfarandet haft fog för att använda sig av undantagsreglerna i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU. Kommunen befinner sig i ett läge där det är fullständigt oundvikligt att tillfälligt tilldela kontrakt.

Kommunen har genom flera upphandlingsförfaranden försökt teckna ett lagenligt avtal för leverans av livsmedel utan att lyckas. Utdragna överprövningsprocesser har avlöst varandra under en långtidsperiod. Det måste finnas en gräns där en upphandlande myndighet får teckna ett tillfälligt avtal i syfte att försäkra livsmedelsleveranser, oavsett om man i enlighet med unionsrätten bedöms ha vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att undgå ett upphandlingsförfarande utan föregående annonsering eller inte. Med beaktande av dessa omständigheter ska Menigos ansökan om ogiltighetsförklaring av avtal lämnas utan bifall.

Skulle rätten ändå finna att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda gör kommunen gällande avtalet skall bestå på grund av att den kommunala livsmedelsförsörjningen utgör ett tvingande allmänintresse. Dessutom har kommunen en skyldighet enligt skollagen (2010: 800) att tillhandha skol lunch till elever. Om leveranserna av livsmedel skulle upphöra är det uppenbart att det skulle medföra mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. Upphandlingen avser leverans av livsmedel till skolor, förskolor och äldreomsorg. Dessa utgör kommunens kärnverksamhet och livsmedelsleveranser och måltider är dagliga inslag för brukarna (skolelever, gymnasieelever, förskolebarn och vårdtagare på äldreboende). Måltiderna som tillagas av kommunens personal är baserade i huvudsak på

livmedelsleveranserna från avtalad livsmedelsgrossist. Tillgång till mat och dryck har ett starkt och omedelbart allmänintresse. Avtalet ska bestå i sin helhet pga. tvingande hänsyn till allmänintresse. De leveransställen som skulle kunna anses falla utanför vad som omfattas av tvingande hänsyn till ett allmänintresse är ytterst få och utgör endast 1,49 procent av avtalets omfattning. Ramavtalet ska bedömas som en helhet.

Avtalet med Martin & Servera löper inte på flera år. Det tillfälliga avtalet sträcker sig över ett år, fr.o.m. den 1 februari 2013 t.o.m. den 31 januari 2014. Det finns en möjlighet till förlängning på ytterligare ett år. Det andra året är en option som kommunen kommer att utnyttja endast om upphandlingen som ska annonseras i maj 2013 blir föremål för överprövning i en eller två instanser. Ett nytt avtal ska kunna tecknas i vecka 39 år 2013 efter det nya öppna förfarandet som ska annonseras i maj 2013. Det nya avtalet ska träda ikraft den 1 februari 2014.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 13 § 1 LOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §.

Enligt 16 kap. 14 § LOU ska rätten, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Förvaltningsrättens bedömning

En utgångspunkt för frågan om Lunds kommun har genomfört en otillåten direktupphandling är att all offentlig upphandling ska annonseras (se 7 kap. 1 § LOU). Undantag från denna princip medges enligt vissa förutsättningar

som framgår i 4 kap. 5–8 §§ LOU. Lunds kommun gör gällande att kommunen vid det nu aktuella fjärde upphandlingsförfarandet av livsmedel haft fog för att använda sig av undantagsregeln i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU. Bestämmelsen gäller förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förvaltningsrättens ståndpunkt är emellertid att den åtgärd som lett till det avtal som nu är föremål för prövning inte uppfyller förutsättningarna för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 5 § LOU. Av 2 kap. 9 § LOU följer nämligen att förhandlat förfarande förutsätter att upphandlande myndighet inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dessa. Enligt vad som kommit fram i målet har så inte skett i detta fall utan Lunds kommun har utan sådan inbjudan slutit avtal med Martin & Servera. Lunds kommun har alltså gjort en direktupphandling.

När det gäller om de rättsliga förutsättningarna för en sådan direktupphandling med Martin & Servera föreligger, konstaterar förvaltningsrätten att en av förutsättningarna för att tillämpa 15 kap. LOU är att det rör B-tjänster eller kontraktet understiger tröskelvärdet (1 kap. 2 § andra stycket 1–2 LOU). Så är inte fallet. Inte heller håller sig kontraktet inom den gräns på 15 procent av tröskelvärdet i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket, som enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU ger rätt till direktupphandling. Redan med hänsyn till att det som upphandlats uppenbart överstiger nyss nämnda gräns är det fråga om en otillåten direktupphandling.

Med hänsyn till att Lunds kommun underlåtit att annonsera upphandlingen ska i princip avtalet mellan Lunds kommun och Martin & Servera därmed förklaras ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LOU. Nästa fråga är därmed om avtalet ändå ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse på sätt som avses i 16 kap. 14 § samma lag.

Undantagbestämmelsen i 16 kap. 14 § LOU innebär att ett avtal ska bestå trots att grund för ogiltighetsförklaring föreligger enligt 16 kap. 13 §. Enligt förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 137 f.) ska undantagsbestämmelsen tolkas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Det framhålls att begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer inom olika områden inom EU-rätten och även har utvecklats i EU-domstolens praxis. Hänsyn som den domstolen i sin rättspraxis bedömt som tvingande på grund av allmänintresset är t.ex. allmän ordning och säkerhet, skydd för människors liv och hälsa samt folk- och djurhälsan.

Det nu aktuella avtalet avser till stor del livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och äldreomsorg. Lunds kommun har, förvisso delvis till följd av eget agerande eller brist på agerande, som dock ligger relativt långt tillbaka i tiden, hamnat i en situation där kommunen saknar möjlighet att på ett lagenligt sätt tillhandahålla livsmedelsleveranser som är nödvändiga för att dessa viktiga samhällsfunktioner ska kunna fungera adekvat genom att skolbarn och vårdtagare m.fl. får mat. Att skolbarn och vårdtagare får mat är av direkt betydelse för deras liv och hälsa. Lunds kommun har uppgett att en ny upphandling som ska genomföras med ett öppet förfarande är under bearbetning och ska annonseras i maj 2013 och att syftet är att det nu aktuella avtalet ska ersättas av ett nytt upphandlat avtal efter ett år. Den option som innebär att avtalet skulle kunna löpa under två år är endast avsedd att användas om överprövningsprocesser omöjliggör att ett nytt avtal tas i bruk. Förvaltningsrätten finner vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i målet att dessa är exceptionella. Med hänsyn till detta finns skäl för att besluta att avtalet ska bestå grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

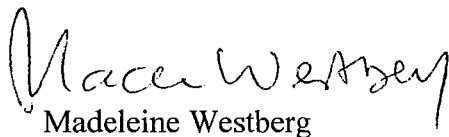
Menigo har anfört att för det fall förvaltningsrätten anser att avtalet ska bestå så ska avtalet i vart fall inte bestå i sin helhet. Skälet för detta är att

livsmedelsleveranser till andra enheter inom kommunen som inte avser förskole- eller skolverksamhet eller äldreomsorg, inte kan anses falla in under begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Förvaltningsrätten konstaterar att en liten del av avtalet mellan Lunds kommun och Martin&Serverea visserligen avser livsmedelsleverans till andra områden än som omfattas av ett allmänintresse. Av förarbetena (prop. 2009/10:180 s.139) framgår emellertid att möjligheten att låta ett avtal bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset uteslutande gäller hela avtalet. Detta har motiverats med att en möjlighet att låta ett avtal bestå i vissa delar skulle medföra ytterligare komplexitet. En domstol kan alltså inte besluta att endast vissa delar av avtalet ska bestå.

Förvaltningsrätten finner därför att avtalet ska bestå i sin helhet med hänvisning till 16 kap. 14 § LOU. Menigos ansökan om ogiltigförklaring av avtalet ska därmed avslås.

Förvaltningsrätten anser inte att det är påkallat att inhämta något yttrande från Konkurrensverket i frågan om det föreligger ett sådant tvingande allmänintresse som avses i 16 kap. 14 § LOU och vilket avser en rättslig bedömning. Menigos yrkande därom ska således avslås.

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


Madeleine Westberg

Anna Aktermo har föredragit målet.



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