



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Anna Aktermo

DOM
2012 -11- 2 0
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 10015-12 E m.fl.

KONKURRENSVERKET	
2012 -11- 2 1	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

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

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

MOTPARTER

1. Lunds kommun
2. Eslövs kommun
3. Höörs kommun
4. Hörby kommun
5. Kävlinge kommun
6. Svalövs kommun
7. Specialpedagogiska skolmyndigheten
 (Östervångsskolan i Lund)

mål nr 10015-12 E
 mål nr 10017-12 E
 mål nr 10018-12 E
 mål nr 10019-12 E
 mål nr 10020-12 E
 mål nr 10021-12 E
 mål nr 10204-12 E

Ombud för 1-7:
 Delia Ander, Lunds kommun
 Box 41
 221 00 Lund

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att motparternas upphandling av livsmedel (KS 2011/0670), som genomförs med ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, ska göras om.

BAKGRUND

Motparterna (nedan gemensamt kallade Kommunerna) tecknade i januari 2007 ett ramavtal avseende livsmedelsleveranser med Menigo. Detta avtal löpte t.o.m. den 31 mars 2009 med möjlighet till maximalt ett års förlängning, d.v.s. t.o.m. den 31 mars 2010. I september 2009 annonserade Kommunerna en ny upphandling avseende avtal om livsmedelsleveranser, med avtalsstart den 1 april 2010. Menigo tilldelades kontraktet i den samordnade upphandlingen. Efter en överprövningsprocess initierad av Martin och Servera AB (Servera R&S AB) beslutade Kammarrätten i Göteborg i december 2010 att upphandlingen skulle göras om. Kommunerna omarbetade förfrågningsunderlaget och annonserade den 22 september 2011 den nya upphandlingen, med avtalsstart den 1 april 2012. Sedan Menigo ansökt om överprövning av denna beslutade förvaltningsrätten i dom den 28 maj 2012 att upphandlingen skulle göras om, såvitt avsåg anbudsgrupp 1 (livsmedel/grossist). Kammarätten i Göteborg beslutade den 5 juli 2012, efter överklagande av Kommunerna, att inte meddela prövningstillstånd. Kammarättens beslut överklagades till Högsta Förvaltningsdomstolen som den 26 oktober 2012 vägrade prövningstillstånd. Förvaltningsrättens dom har således vunnit laga kraft. Ramavtalet med Menigo, som skulle ha löpt ut den 31 mars 2010, har förlängts fyra gånger och den sista avtalsförlängningen löper ut den 31 oktober 2012.

Kommunerna meddelade den 26 september 2012, genom s.k. förhandinsyn, att man med åberopande av undantagsregeln i 4 kap. 5 § första stycket 3, upphandlar 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 Servera R&S AB (numera Martin och Servera AB) fattades.

YRKANDE OCH GRUNDER M.M.

Menigo Foodservice AB (Menigo) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför som grund för sitt yrkande bl.a. följande. Värdet av kontraktet uppskattas till ca 260 miljoner kr. Vid upphandlingar där värdet överstiger tröskelvärdena ska upphandlande myndighet använda sig av ett öppet eller selektivt förfarande. Förhandlat förfarande får endast användas i vissa särskilt angivna fall och möjligheterna att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är mycket begränsade. Den typen av konkurrensbegränsande undantag ska tillämpas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att samtliga förutsättningar för att tillämpa undantagsreglerna är uppfyllda.

I nu aktuellt fall har Kommunerna angett att förhandlat förfarande utan föregående annonsering används med stöd av 4 kap. 5 § 3 p LOU, ”synnerlig brådska”. För att detta undantag ska kunna användas krävs att det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, att en synnerlig brådska gör det omöjligt att hålla tidsfristerna för öppen och selektiv upphandling, att brådskan ska vara förorsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, och att brådskan får inte vara orsakad av myndigheten själv. Samtliga dessa fyra förutsättningar måste vara uppfyllda.

Det är inte *absolut nödvändigt* för Kommunerna att genomföra upphandlingen. Efter att det inledande kontraktet med Menigo löpt ut i mars 2009 har det gjorts inte mindre än fem förlängningar, fyra utöver den som gjorts enligt option i det ursprungliga avtalet. Under hela den här tiden har livsmedelsleveranserna varit pågående och det har aldrig funnits någon reell risk för att viktiga funktioner i Kommunerna ska stå utan livsmedel. Det är mot den bakgrunden inte möjligt att nu plötsligt påstå att det är nödvändigt att genomföra den aktuella upphandlingen och att det föreligger synnerlig

brådska. Ett byte av leverantör som nu aktuellt beslut kommer att innebära kan dock leda till problem med leveranserna. Det bör noteras att Kommunerna hittills endast har förlängt ett kontrakt som inledningsvis upphandlats enligt reglerna om LOU men att det nu planerade beslutet görs utifrån ett underlag som är lagstridigt och som har underkänts av domstol. Det är vidare inte nödvändigt att genomföra upphandlingen med den omfattning som följer av det nu publicerade meddelandet. Såvitt framgår omfattar kontraktet som ska tilldelas alla livsmedelsleveranser till samtliga upphandlande myndigheter. Även om en liten del av dessa livsmedelsleveranser förser sådana funktioner inom kommunen som svårligen kan stå utan livsmedelsförsörjning, är det långt ifrån alla funktioner som är av sådant slag. Kommunerna avser att ingå ett kontrakt som anges vara värt 260 miljoner kr per år. Av det framgår att det är många andra verksamheter än skolan som omfattas av upphandlingen men det enda som Kommunerna hänvisar till i det publicerade meddelandet är skyldigheten att servera skolmat. Av meddelandet om förhandsinsyn framgår inte på vilka grunder det i övriga fall är nödvändigt för Kommunen att upphandla livsmedelsleveranser utan föregående annonsering. Det kan knappast vara nödvändigt att tillgodose livsmedelsleveranser till cafeterior och personalfika. Det är Kommunerna som har bevisbördan för att upphandlingen är nödvändig och med det avses hela upphandlingen, inte bara en mindre del. Vidare är det inte nödvändigt att genomföra den aktuella upphandlingen eftersom leveranserna redan idag är tillgodosedda. Menigo har levererat sedan det tidigare avtalet löpte ut och kommer fortsätta att göra det så länge Kommunerna önskar. Det finns därmed ingen risk för att skolor och äldreboenden står utan livsmedelsleveranser.

För att kriteriet *synnerlig brådska* ska vara uppfyllt krävs att det är omöjligt för den upphandlande myndigheten att genomföra en öppen eller selektiv upphandling. Kravet ställs mycket högt och vid en jämförelse mellan

några av EU-domstolens avgöranden och nu aktuellt fall är det helt uppenbart att det inte förelegat synnerlig brådska, se bl.a. C-107/92.

För att en upphandlande myndighet ska kunna tillämpa undantagsregeln krävs, utöver att det är absolut nödvändigt och att det föreligger synnerlig brådska, att *brådskan är förorsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten* och som inte heller orsakats av den upphandlande myndigheten. En av de mest grundläggande förutsättningarna för att inte hamna brådska är att upphandlingsförorandet påbörjas i tillräckligt god tid. Hur lång tid som kan krävas är beroende av omständigheterna kring den enskilda upphandlingen. Upphandlande myndighet måste i varje fall bedöma vad som är en tillräcklig tidsåtgång för att försäkra sig om att upphandlingen hinner avslutas i tid. Det gäller i synnerhet om det är en komplex upphandling av stor betydelse för den upphandlande myndigheten. Den upphandlande myndigheten måste därvid även räkna med att upphandlingen kan bli föremål för en överprövning och eventuellt att den ska göras om. Det framgår med tydlighet i praxis att en överprövningsprocess normalt sett inte är att betrakta som en oförutsedd omständighet. Kommunerna anger att man har tagit höjd för en överprövningsprocess i två instanser. Menigo ifrågasätter hur Kommunerna kan anse att sex månader från annonsering till det att avtalet ska träda ikraft och leveranser påbörjas är en långsiktig planering med höjd för eventuell överprövning. Annonseringen för upphandlingen skedde så sent att det redan då fanns en uppenbar och för Kommunerna tydlig risk att det inte skulle finnas ett nytt avtal på plats när avtalet med Menigo löpte ut. Huruvida Kommunernas interna arbete med förstudier, marknadsundersökningar etc. har pågått i flera års tid är irrelevant. Vad som är en rimlig tidsåtgång ska främst bedömas utifrån föremålet för upphandlingen, omfattningen av upphandlingen och även domstolarnas handläggningstid vid överprövningar. Den aktuella upphandlingen är en mycket detaljerad och omfattande upphandling för flera upphandlande myndigheter och det tar minst tre månader att ställa

om leveranserna vid byte av leverantör. Eftersom Kommunerna känner till att livsmedelsupphandlingar regelmässigt överprövas bör Kommunerna även känna till att den prövningen ofta leder till att upphandlingen ska göras om eller rättas. Att under dessa förhållanden hävda att sex månader är en rimlig tidsåtgång är inte realistiskt. Kommunerna har därmed kunnat förutse och dessutom förorsakat den brådska som eventuellt har inträtt.

Även om domstolen skulle komma fram till att brådskan inte kunde förutses av Kommunerna vid tidpunkten för den inledande upphandlingen 2009 så var det i alla fall klart och tydligt i samband med att Kommunerna publicerade annons nummer två i september 2011. Vid tidpunkten för kammarrättens dom i december 2010 stod Kommunerna inför faktumet att man sedan flera månader stod utan ett lagenligt upphandlat avtal för livsmedelsleveranser eftersom den kontraktsevenliga förlängningen med Menigo löpte ut den 31 mars 2010. Kommunerna hävdar att avtalet är nödvändigt och att ”[o]m leveranserna av livsmedel skulle upphöra är det uppenbart att det skulle medföra mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa”. Trots det, och trots att gällande avtal redan löpt ut publicerade inte Kommunerna nästa annons förrän i september 2011, tio månader efter kammarrättens dom. Det är mot bakgrund av dessa omständigheter uppenbart att brådskan som Kommunerna nu hänvisar till är en direkt följd av Kommunernas bristande planering.

Ett av de uttalade syftena med upphandlingslagarna är att den befintliga konkurrensen på marknaden ska utnyttjas på bästa sätt. I nu aktuellt fall uppger Kommunerna att konkurrensen på marknaden tas tillvara genom att kontraktet tilldelas utifrån resultatet av utvärderingen från den senaste annonserade upphandlingen. Denna har dock varit föremål för domstolsprövning och då konstaterats strida mot LOU på ett sådant sätt att hela upphandlingen måste göras om. Det kan under inga omständigheter vara möjligt att tillmötesgå kravet på att tillvarata konkurrensen genom att använda

resultatet av en lagstridig upphandling. Kommunerna har vidare angett att den leverantör som valts ut är den som haft det lägsta priset i nämnda förfarande. Inte heller det är en riktig bedömning eftersom Menigos anbud inte utvärderades avseende prissättning i den upphandlingen. Menigos anbud förkastades i kvalificeringsfasen på grund av ett krav som domstolen sedermera fann strida mot LOU. Den bedömningen som Kommunerna har gjort vad gäller tillvaratagande av konkurrensen på marknaden är därmed helt felaktig även om domstolen skulle anse att anbuden i den lagstridiga upphandlingen kan läggas till grund för tilldelning i nu aktuellt förfarande. Dessutom var den utvärdering som genomfördes i många avseenden felaktig varför den även gett ett felaktigt resultat vad gäller anbudspriserna. En förlängning av avtalet med Menigo hade i den uppkomna situationen i vart fall inneburit att Kommunerna utnyttjat en tidigare konkurrensutsättning som var förenlig med LOU. Det är även det förfarande som är vanligast förekommande på marknaden för att hantera ett utdraget upphandlingsförfarande och det förfarande som i normalfallet anses mest korrekt utifrån LOU.

Menigo innehar det nuvarande kontraktet som livsmedelsgrossist till Kommunerna och vann den första upphandlingen av det nya kontraktet. Menigo var även med och lämnade anbud i den andra upphandlingen men uteslöts p.g.a. ett krav som sedermera underkändes av domstolarna. Vid en förnyad annonsering kommer Menigo att lämna anbud och Kommunernas felaktiga genomförande av ett förhandlat förfarande utan annonsering innebär att Menigo helt hindras att konkurrera om kontrakt i upphandlingen. Kommunernas agerande har medfört att Menigo lidit eller i vart fall kan komma att lida skada.

Sammanfattningsvis har inte Kommunerna visat att kriterierna för att genomföra ett oannonserat förhandlat förfarande är uppfyllda. Den upphandling som meddelandet om förhandsinsyn avser uppfyller därmed inte reg-

lerna i LOU. Kommunernas agerande har medfört att Menigo lidit eller i vart fall kan komma att lida skada. Det finns därför grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kammarätten i Göteborg har i avgörande den 29 februari 2012 i mål nr 1446 – 1452-12, i en likartad situation, fastställt att för att undantagsregeln i 4:5 1 st 3p LOU ska vara tillämplig ska kommunerna göra sannolikt att förutsättningarna i ovannämnda lagrum är uppfyllda. Bevisbördan ligger på den upphandlande myndigheten. Kommunerna har lämnat en utförlig motivering av beslutet redan i meddelandet om förhandsinsyn som publicerades inom EU den 26 september 2012. Kommunerna anser att det har varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till Servera utan föregående annonsering, att synnerlig brådska har gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande (med föregående annonsering) och att brådskan inte orsakats av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten.

Kommunerna har haft en långsiktig planering med en rimlig framförhållning med beaktande av upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Man har även tagit höjd för eventuell överprövning i två instanser eftersom livsmedelsupphandlingar regelmässigt överprövas. De faktiska omständigheterna i detta fall har inte kunnat förutses när upphandlingen påbörjades 2009. En rimlig tidsåtgång har beaktas vid planeringen och genomförandet av upphandlingsförfarandet. Vad som är rimlig tidsåtgång vid en livsmedelsupphandling ska bedömas från fall till fall med beaktande av en normal personalbemanning i en kommun. Den bedömningen har kommunerna gjort, vad som är mer eller mindre realistiskt kan endast uppskattas av den som de facto genomför en upphandling. Menigo hänvisar till de sex månader som löper i denna upphandling från det att förfrågningsunderlaget annonseras till avtalet ska träda ikraft. Det är helt felaktigt att endast räkna

med den tiden. Det som tar mycket tid och resurser i upphandlingsförfarandet är förstudien, arbetet med utformningen av förfrågningsunderlaget, marknadsundersökningen och fastställande av kraven, d.v.s. innan förfrågningsunderlaget publicerats. Detta arbete har pågått kontinuerligt under hela perioden och flera av kommunernas förvaltningar har varit involverade i hela processen. En annan aspekt är att det inte är affärsmässigt försvarbart att, i en livsmedelsupphandling där prisfluktuationer sker ofta och på många varugrupper, fastställa längre tider än ca sex månader från anbudsinslämning till avtalsstart. Det är inte heller rimligt att kräva att anbudsgivarna ska hålla långa fasta anbudspriser, i syfte att försäkra sig mot en långdragen överprövningsprocess särskilt när priset är avgörande för tilldelningen av kontraktet. Alla dessa förhållanden har kommunerna tagit i beaktande vid planeringen av upphandlingsförfarandet.

Kommunerna har en skyldighet enligt skollagen att tillhandahålla skollunch 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 kommunernas kärnverksamhet där livsmedelsleveranser och måltider är dagliga inslag för brukarna (skolelever, gymnasieelever, förskolebarn och vårdtagare på äldreboende). Måltiderna som tillagas av kommunernas personal är baserade i huvudsak på livsmedelsleveranserna från avtalad livsmedelsgrossist och endast en mycket liten del av inköpta livsmedel går till andra verksamheter än skola och omsorg, såsom cafeterior, personalfika, sammanträde och liknande.

Det framgår inte av LOU eller upphandlingsdirektiven hur ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska gå till. Utgångspunkten bör vara att den upphandlande myndigheten ta tillvara den konkurrens som finns och vid synnerlig brådska kan det godtas att någon konkurrensutsättning inte sker. I och med att en upphandling nyligen har genomförts kan

förfarandet anses uppfylla kraven för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommunerna utnyttjar konkurrensen och tilldelar sedermera kontraktet till Servera som har lämnat anbudet med det lägsta priset. Trots att Menigos anbud i den ovannämnda upphandlingen har förkastats i kvalificeringsfasen har prisutvärderingen genomförts. Prisutvärderingen utgör grunden för valet av livsmedelsleverantör under övergångsperioden.

Varken Menigo eller Servera har företräde när det gäller tilldelning av kontrakt. Det är endast prisutvärderingen som affärsmässigt talat för Servera. Under avtalsperioden har Menigo upprepade gånger höjt avtalspriserna och den konkurrensutsättning som genomfördes i den ursprungliga upphandlingen vars ramavtal tecknades 2007 har fullständigt förlorat sitt värde. Det som Menigo har idag är en icke-önskvärd avtalsförlängning av ett ramavtal som gick ut med sista lagenliga förlängning den 31 mars 2010. En direktupphandling har redan skett efter den perioden. Under två upphandlingsförfaranden som överprövades av olika anbudsgivare, det första av Servera och det andra av Menigo, har detta ramavtal förlängts med syftet att täcka kommunernas behov av livsmedelsleveranser.

Kommunerna anser att om upprepade avtalsförlängningar skulle godkännas på det sätt som Menigo gör gällande skulle hela syftet med konkurrensutsättningen i LOU gå förlorat och rättsmedlen skulle kunna missbrukas för att vidmakthålla ingångna ramavtal så länge som möjligt.

Även om man bedömer att det föreligger brister i upphandlingsförfaranden som Kommunerna har genomfört är det aktuella förfarandet en tillfällig lösning i avvaktan på en ny upphandlingsprocess med ett reviderat förfrågningsunderlag. Vikten av att kunna avsluta upphandlingen och de konsekvenser som kan följa om upphandlingen inte genomförs måste ställas emot ett genomförande av upphandlingsförfarandet på ett optimalt sätt. Om

Servera inte övergångsvis tillåts påbörja uppdraget den 1 november 2012 kommer inte kommunerna att tillhandahålla måltider till skolelever, gymnasielever, förskolebarn och äldreomsorgsenheter.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU anges att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Motsvarande bestämmelse finns i artikel 31.1 (c) i direktiv 2004/18/EG. I beaktandesats 1 och 6 till detta direktiv anges att direktivet bygger på EU-domstolens rättspraxis respektive att ingenting i detta direktiv bör hindra vidtagande eller genomförande av sådana åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, att skydda människors och djurs hälsa och liv eller att bevara växter, i synnerhet med sikte på en hållbar utveckling, under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med fördraget.

I samband med prövning av motsvarande artiklar om förhandlat förfarande utan föregående annonsering i tidigare upphandlingsdirektiv har EU-domstolen uttalat följande. Om en upphandlande myndighet under lång tid känt till de omständigheter som gjorde upphandlingen nödvändig har det inte förelegat synnerlig brådska om myndigheten kunnat tillämpa sig av ett påskyndat förfarande (jfr. C-107/92).

De enda undantag från tillämpligheten av direktivet är de som enkom och undantagslöst är angivna i samma direktiv. Den som åberopar ett undantag har bevisbördan för att undantaget är tillämpligt (jfr C-328-92).

Undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i fördraget inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt (jfr C-337/05).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Frågan i målet är om Kommunerna har gjort sannolikt att förutsättningarna i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU varit uppfyllda, d.v.s. att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet avseende upphandlingen ifråga utan föregående annonsering, att synnerlig brådska gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande (med föregående annonsering) och att brådskan inte orsakats av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Regeln ska tolkas restriktivt.

Upphandlingen avser leverans av livsmedel till bl.a. skolor, förskolor och äldreomsorg. Endast en mycket liten del av inköpta livsmedel går till andra verksamheter än skola och omsorg. Om leveranserna av livsmedel skulle upphöra skulle detta inom en mycket snar framtid få mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. Det får därför vid tidpunkten för meddelandet om förhandlat förfarande utan föregående annonsering (förhandsinsyn) anses ha varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet utan föregående annonsering för att tillförsäkra behovet av livsmedelsleveranser. Att upphandlande myndighet har en reell möjlighet att utan lagstöd förlänga ett redan befintligt avtal kan enligt rättens mening inte anses innebära att nödvändighetsrekvisitet i 4 kap. 5 § första stycket 3 inte är uppfyllt. Eftersom det tidigare befintliga avtalet avseende livsmedel löper ut den 31 oktober

2012 kunde Kommunerna vid tidpunkten för meddelandet om förhandlade förfarandet utan föregående annonsering (den 26 september 2012), inte använda sig av ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande (med föregående annonsering) för att avtalsstart skulle kunna verkställas när det tillfälliga avtalet med Menigo löpte ut. Synnerlig brådska har således förelegat.

Den avgörande frågan för om Kommunerna har haft rätt att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är därmed om denna synnerliga brådska orsakats av omständigheter som kunnat förutses av Kommunerna. Omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får inte i något fall vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna.

Förvaltningsrätten anser inte att Kommunerna vid den ursprungliga upphandlingen 2009 kunnat förutse det aktuella händelseförloppet. Kommunerna har i detta skede möjligen varit något optimistiska i sin planering när de beräknat drygt sex månader från annonsering av upphandlingen till avtalsstart, med tanke på att Kommunerna är medvetna om att denna typ av omfattande upphandlingar regelmässigt leder till överprövningsprocesser. Förvaltningsrätten bedömer ändå att den omständigheten inte kan anses orsakat den situation som var för handen i september 2012, när Kommunerna meddelade att man avsåg genomföra en upphandling med ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Vid Kammarrättens i Göteborg dom i december 2010, innebärande att den genomförda upphandlingen skulle göras om, stod Kommunerna redan utan ett avtal som hade upphandlats enligt reglerna i LOU. Att Kommunerna i detta skede eventuellt gjort snäva beräkningar avseende tiden från annonsering till avtalsstart vid den nya upphandlingen skulle delvis kunna förklaras med en önskan från Kommunerna att så snart som möjligt ingå ett regelrätt upphandlat kontrakt. Kommunerna annonserade emellertid den nya

upphandlingen först i september 2011, alltså drygt nio månader efter kammarrättens dom. Enligt förvaltningsrätten framstår detta som en oskäligt lång tid för att omarbeta förfrågningsunderlaget och tyder på bristande planering hos Kommunerna. Kommunerna måste även ha kunnat förutse att detta agerande skulle leda till situationer av brådska då gällande tillfälliga avtal löpte ut inom en relativt snar framtid. En upphandlande myndighet är visserligen inte skyldig att ändra eventuella brister i ett förfrågningsunderlag innan en dom vunnit laga kraft men bör å andra sidan i enlighet med unionsbestämmelserna vidta alla nödvändiga åtgärder för att undgå ett upphandlingsförfarande utan förgående annonsering (jfr Kammarrättens i Göteborg dom 2012-02-29 i mål 1446--1452-12). Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av det anförda att Kommunerna inte vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att undgå ett upphandlingsförfarande utan förgående annonsering. Den brådska som nu uppkommit kan enligt rättens bedömning därmed delvis tillskrivas Kommunerna själva. Samtliga förutsättningar i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU är därmed inte uppfyllda.

Förvaltningsrätten anser alltså att Kommunerna genom att använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering har använt sig av ett felaktigt förfarande och därmed brutit mot LOU. Förfarandet får anses kunna medföra skada för Menigo. Upphandlingen av livsmedel som genomförts med ett förhandlat förfarande ska därmed göras om.

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


Madeleine Westberg



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 uppgive 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

