



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Anna Aktermo

DOM
 2011-05-27
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 4313-11 E – 4318-11 E

KONKURRENSVERKET	
2011-05-30	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och Jur.kand. Jessica Högberg
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
 Box 3124
 103 62 Stockholm

MOTPARTER

- | | |
|---|------------------|
| 1. Sjöbo kommun
275 80 Sjöbo | Mål nr 4313-11 E |
| 2. Simrishamns kommun
272 80 Simrishamn | Mål nr 4314-11 E |
| 3. Tomelilla kommun
273 80 Tomelilla | Mål nr 4315-11 E |
| 4. Ystads kommun
271 80 Ystad | Mål nr 4316-11 E |
| 5. Skurups kommun
274 80 Skurup | Mål nr 4317-11 E |
| 6. Sydsvenska gymnasieförbundet
271 80 Ystad | Mål nr 4318-11 E |

Ombud för 1-6: Sjöbo kommun

SAKEN

Ansökan om överprövning av avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) i dess lydelse efter den 15 juli 2010

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s yrkande om ogiltighetsförklaring av avtal.

Dok.Id 63958

Postadress Box 4522 203 20 Malmö	Besöksadress Kalendegatan 6	Telefon 040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se	Telefax 040-97 24 90	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	---------------------------------------	--	--------------------------------	---

YRKANDEN M.M.

Ovan angivna upphandlande myndigheter har genomfört samordnade upphandlingar av livsmedel genom ett öppet förfarande enligt LOU. Upphandlingarna avsåg 13 olika varugrupper vilka utvärderades var för sig. I upplysningar om tilldelningsbeslut skickade från respektive upphandlande myndighet den 17 januari 2011 framgår att Menigo Foodservice AB (Menigo) tilldelats uppdraget för varugruppen Djupfrost. I nya upplysningar om tilldelningsbeslut daterade den 7 april 2011 framgår att Dafgårds tilldelats uppdraget för varugruppen Djupfrost.

Menigo ansöker om överprövning och yrkar att upphandlande myndigheters avtal med Dafgårds avseende varugruppen Djupfrost ska förklaras ogiltiga. Till stöd för talan åberopas följande och åberopar följande. Enligt de ursprungliga tilldelningsbesluten tilldelades Menigo varugruppen Djupfrost. Servera R&S AB ansökte om överprövning av de upphandlande myndigheternas samordnade upphandlingar. Denna ansökan avslogs av förvaltningsrätten den 4 mars 2011. Trots att ansökan avslogs och Menigo ansetts ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avseende varugruppen Djupfrost fattade upphandlande myndigheter nya tilldelningsbeslut innebärande att Menigo inte längre tilldelats varugruppen Djupfrost. De första tilldelningsbesluten har inte återkallats och upphandlande myndigheter har inte heller på något sätt motiverat sina ändrade beslut avseende varugruppen. Upphandlande myndigheter får anses ha genomfört nya samordnade upphandlingar avseende varugruppen djupfrost utan att först annonsera om detta i enlighet med 7 kap. 1 § LOU. Upphandlingen av Djupfrost utgör därmed otillåten direktupphandling. Rätten ska enligt 16 kap. 15 § LOU besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och leverantör är ogiltigt om det slutits utan föregående annonsering. Alternativt gör Menigo gällande att upphandlande myndigheter har tecknat avtal i strid med avtalsspärr. Av 16 kap. 15 § LOU framgår att av-

tal också ska förklaras ogiltigt om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr.

Upphandlande myndigheter bestrider yrkandet och anför följande. Den 28 januari 2011, d.v.s. 9 dagar efter utsändandet av tilldelningsbesked till samtliga anbudsgivare, inkom Menigo med en begäran om korrigerings av sina priser avseende varugruppen Djupfryst. Det rörde sig om ändringar på 18 produkter. Upphandlande myndigheter tillät inte korrigeringen eftersom det skulle strida mot LOU. Kommunerna har vid ett flertal tillfällen träffat representanter för Menigo och fört avtalsförhandlingar. Upphandlande myndigheter har vid dessa tillfällen ställt sig positiva till Menigo som avtalspart men samtidigt sagt att avtal tecknas på de villkor som framgår av Menigos anbud och att någon justering av pris inte kunde komma ifråga. Dessa villkor var Menigo inte beredda att gå med på (de stod helt enkelt inte fast vid sitt anbud på varugruppen Djupfryst). Situationen som uppstod efter att Menigo vägrat skriva avtal på de villkor bolaget angett i sitt anbud vände sig upphandlande myndigheter till nummer två i gruppen Djupfryst. Någon ny upphandling har inte genomförts, endast en ny utvärdering. Det rör sig alltså inte om en otillåten direktupphandling. – Däremot medger upphandlande myndigheter att avtal tecknats innan avtalsspärren löpt ut. Upphandlande myndighet har i förevarande fall inte sett någon annan möjlighet att lösa situationen. Det kan inte rimligen förväntas att upphandlande myndigheter ska ta med i beräkningen att vinnande leverantörer i efterhand ska kräver att ändra i sina anbud och om det inte går, vägrar skriva avtal. När grundläggande rättsprinciper som att avtal ska hållas frångås på detta flagranta sätt måste det ges utrymme till avsteg från formella regler.

DOMSKÄL

Bestämmelser

Enligt 16 kap. 15 § första stycket 1 LOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bl.a. om avtalet slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 §.

Enligt andra stycket samma paragraf ska avtal också förklaras ogiltigt bl.a. om det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 6 §. För ogiltighet i sådant fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

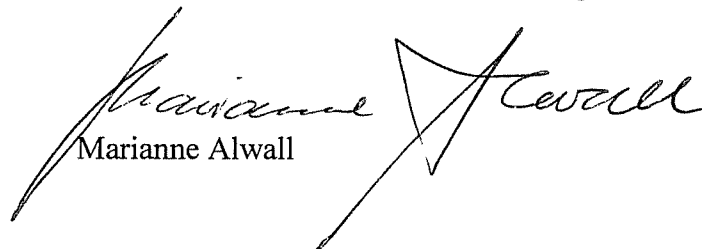
Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

Upphandlande myndigheter har genomfört samordnade upphandlingar av livsmedel, innefattande bl.a. varugruppen Djupfryst. Upphandlande myndigheter har efter utvärdering tilldelat Menigo kontrakt för varugruppen Djupfryst och har också haft för avsikt att teckna avtal med Menigo. Eftersom Menigo inte velat stå fast vid sitt inlämnade anbud (trots sin bundenhet därav) har upphandlande myndigheter gjort en ny utvärdering, i vilken Menigos anbud inte deltagit, och fattat nya tilldelningsbeslut avseende varugruppen Djupfryst. Menigo hävdar att detta utgör en ny upphandling i form av en otillåten direktupphandling. Tilldelningsbeslut har emellertid i sig ingen rättslig verkan. Det innebär att upphandlande myndigheter har möjlighet att fatta nya tilldelningsbeslut i upphandlingar t.ex. om felaktigheter i en utvärdering upptäckts. Upphandlande myndigheter har i förevarande fall fattat nya tilldelningsbeslut i sina samordnade upphandlingar och lämnat underrättelse om detta till anbudsgivarna. Enligt förvaltningsrätten har det varit uppenbart för anbudsgivarna att dessa nya tilldelningsbeslut ersätter de tidigare. Någon skyldighet att formellt återkalla de tidigare tilldelningsbesluten föreligger inte. Att upphandlande myndigheter fattat nya tilldelningsbeslut innebär alltså inte att det rör sig om nya samordnade upphandlingar. Det har inte framkommit annat än att de samordnade upphandlingarna ifråga annonserats i enlighet med reglerna i LOU. Skäl för att ogiltigförklara upphandlande myndigheters avtal med Dafgårds avseende varugruppen Djupfryst med stöd av 16 kap. 15 § första stycket punkten 1 LOU föreligger därmed inte.

Menigo har även gjort gällande att avtal mellan upphandlande myndigheter och Dafgårds avseende varugruppen Djupfryst ska förklaras ogiltig efter-

som avtal ingåtts i strid med avtalsspärr. Förvaltningsrätten kan konstatera att det är ostridigt att avtal har tecknats i strid med avtalsspärr. För att en ogiltighetsförklaring ska kunna bli aktuell när det handlar om avtal som har tecknats i strid med avtalsspärr krävs dock, förutom att detta skett, dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Menigo synes göra gällande att bolagets anbud felaktigt förkastats och bolaget därmed lidit skada. Av handlingarna i målet framgår att Menigo försökt ändra sin prissättning i sitt inlämnade anbud med hänvisning till att bolaget skrivit fel pris och att det rörde sig om en uppenbar felskrivning. Upphandlande myndigheter har inte tillåtit en sådan ändring av anbudet och har varit i sin fulla rätt att neka bolaget önskad ändring. Menigos anbud har alltså i egentlig mening inte förkastats av upphandlande myndigheter, utan det är Menigo som inte velat skriva avtal avseende Djupfryst i enlighet med sitt inlämnade anbud och den där angivna prissättningen. Att upphandlande myndigheter under dessa omständigheter gjort en ny utvärdering utan Menigos anbud och tilldelat Dafgårds, som efter den nya utvärderingen befunnits vara vinnande anbudsgivare avseende Djupfryst, kontrakt för varugruppen, strider inte mot LOU. Redan härav följer att skäl för att ogiltigförklara upphandlande myndigheters avtal med Dafgårds avseende varugruppen Djupfryst med stöd av 16 kap. 15 § andra stycket inte föreligger. Yrkandet om ogiltigförklaring av upphandlande myndigheters avtal med Dafgårds avseende varugruppen Djupfryst ska således avslås.

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


Marianne Alwall



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