



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2012-08-13
Meddelad i
Linköping

Mål nr
2150-12
Domare 2:12

SÖKANDE

Martin & Servera AB, 556233-2451
112 89 Stockholm

Ombud: Upphandlingskonsult Stig Hermansson
Martin & Servera AB
112 89 Stockholm

MOTPART

1. Finspångs kommun, 212000-0423
Bergslagsvägen 13-15
612 80 Finspång

2. Kinda kommun, 212000-0399
Box 1
590 40 Kisa

3. Linköpings kommun, 212000-0449
581 81 Linköping

4. Norrköpings kommun, 212000-0456
601 81 Norrköping

5. Söderköpings kommun, 212000-0464
614 80 Söderköping

6. Valdemarsviks kommun, 212000-0431
615 80 Valdemarsvik

7. Åtvidabergs kommun, 212000-0415
Box 206
597 25 Åtvidaberg

8. Östergötlands läns landsting, 232100-0040
581 91 Linköping

Ombud för 1-8: Kommunalförbundet fjärde storstadsregionen
Upphandlingscenter
581 81 Linköping

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig
upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2012-11-07	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 83250

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping@dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Martin & Servera AB:s ansökan och beslutar att avtalet som den 28 februari 2012 slutits mellan de upphandlande myndigheterna och Menigo Foodservice AB avseende livsmedel (huvudgrossist, dnr UH-10-124) är ogiltigt. De upphandlande myndigheter som därvid avses är Linköpings, Norrköpings, Finspångs, Kinda, Söderköpings, Valdemarsviks och Åtvidabergs kommuner samt Östergötlands läns landsting.

Förvaltningsrätten avvisar Martin & Servera AB:s talan avseende otillåten upphandlingsmodell i upphandlingen med dnr UH-10-124.

YRKANDEN M.M.

Linköpings, Norrköpings, Finspångs, Kinda, Söderköpings, Valdemarsviks och Åtvidabergs kommuner samt Östergötlands läns landsting har i upphandling (huvudgrossist, dnr UH-10-124) ingått avtal avseende livsmedel med Menigo Foodservice AB (Menigo), som lämnat anbud med lägst pris.

Efter att avtalet undertecknats av parterna, men före avtalsstart har Menigo, vilket enligt förfrågningsunderlaget skulle göras, tillhandahållit myndigheterna en prislista med uppgifter om varumärke, artikelnummer och förpackningsstorlek inklusive prisuppgift.

Martin & Servera AB (bolaget), som lämnat anbud med näst lägst pris, yrkar i ansökan om överprövning, som kom in till förvaltningsrätten den 4 april 2012, att myndigheternas avtal med Menigo ska ogiltigförklaras enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Bolaget yrkar också att upphandlingsmodellen ska förklaras strida mot 16 kap. 6 § LOU.

Myndigheterna yrkar i första hand att ansökan ska avvisas på grund av att den kommit in för sent. Om förvaltningsrätten ändå prövar bolagets talan i sak anser myndigheterna att den ska avslås.

Menigo har beretts tillfälle att yttra sig i målet.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Avtalet som tecknats mellan myndigheterna och Menigo avviker i så väsentliga avseenden från de krav som uppställdes i den underliggande upphandlingen att en ny kontraktstilldelning ägt rum. Den nya kontraktstilldelningen utgör en otillåten direkttilldelning.

Överprövningsfristen för otillåtna direkttilldelningar är som huvudregel sex månader från tidpunkten för tilldelningen. I fall som det nu aktuella – när det är fråga om en upphandling som genomgått väsentliga förändringar efter tidpunkten för ursprungligt tilldelningsbeslut – får fristen anses börja löpa när den väsentliga förändringen formaliseras i ett upphandlingskontrakt. Kontraktstilldelningen är att betrakta som helt självständig från den kontraktstilldelning som den ursprungliga upphandlingen resulterade i. Huruvida resultatet av den ursprungliga upphandlingen efterannonserats i TED saknar därmed relevans vid bedömningen av inom vilken tid överprövning av den nya kontraktstilldelningen kan ske. Såvitt känt beslutade myndigheterna och Menigo att fastställa den i målet aktuella avtalsprislistan och de däri angivna produkterna genom avtal den 28 februari 2012. Fristen för överprövning av den nya kontraktstilldelningen började således löpa detta datum.

Upphandlingsmodellen byggde på att anbudsgivare inte skulle ange artikelns produktnummer och producent vid anbudsgivningen utan enbart

svara med ett anbudspris på en benämning av typen "köttbullar", "falukorv" etc. De i artikelspecifikationen angivna skall-kraven på innehåll och förpackningsstorlekar skulle givetvis vara tillgodosedda. Efter tilldelningsbeslut skulle antagen leverantör ange producent och artikelnummer för anbudslagda produkter. Enligt upphandlingsföreskrifterna skulle kommunerna kontrollera de obligatoriska kraven och inga reservationer accepteras. Först efter tilldelningsbeslut och innan avtalsskrivande har myndigheterna kunnat kräva in detaljerade uppgifter från anbudsgivaren. Eftersom information om artiklarna i vinnande leverantörs anbud saknades vid den tidpunkt en leverantör kunde begära överprövning av upphandlingen gick det inte att då bevisa att fel vara låg till grund för anbudet. Det var först efter att avtal skrivits som en leverantör kunde kontrollera mot gällande avtalsprislista, dvs. vid en tidpunkt då det inte längre var möjligt för leverantörer att ansöka om överprövning av upphandlingen. Att med den av myndigheterna valda upphandlingsmodellen inte tillerkänna en leverantör möjlighet att begära ogiltighetsförklaring vore fullständigt orimligt. Vikten av att medlemsstaterna tillerkänner leverantörer rätten att överpröva upphandlingar har poängterats av EU-domstolen. Om allt hade skett enligt LOU skulle bolaget ha upptagits som huvudleverantör i en upphandling vars värde sett över avtalstiden om fyra år uppgår till cirka 328 mnkr. Genom myndigheternas otillåtna förfarande har bolaget därmed lidit ekonomisk skada.

I upphandlingens artikelspecifikation ställdes omfattande skall-krav på innehållet i efterfrågade produkter, även på förpackningsstorlek, delförpackning och maximal vikt för hel förpackning. Ett antal positioner hade kravet på uträknat pris för färdig vara, alltså med tillsatser av övriga ingredienser som behövs för att sammanställa en ätfärdig vara. Anbudsformulärets punkt 6 innebar att anbudet skulle innehålla minst 90 procent av efterfrågade produkter. Förfrågningsunderlaget öppnade inte för möjligheten att en leverantör skulle kunna återkomma under avtalsperioden med angivet

sortiment. Myndigheterna har efter att tilldelningsbeslutet offentliggjordes helt förändrat sin kravbild på produkterna. Efter tilldelningsbeslutet har Menigo lämnat sin artikelspecifikation som komplettering av anbudet enligt förfrågningsunderlaget. När detta presenterats framgår det klart att Menigos anbud inte lever upp till specifikationen myndigheterna angett på artikelnivå.

Myndigheterna har gett in prislister till förvaltningsrätten daterade den 31 mars 2012 och den 9 april 2012. Bedömningen måste dock göras på den pris- och sortimentslista som gällt från avtalsstart vilken är den som bolaget bilagerat sin ansökan, daterad den 1 mars 2012.

Vid jämförelse mellan Menigos offert och den senare fastställda avtalsprislistan hittade bolaget 1 134 produkter som Menigo offererat. Av offererade produkter saknades det 58 positioner i avtalsprislistan och 209 av positionerna innehöll artiklar som inte levde upp till upphandlingens skall-krav. Antalet dubbellagda positioner var 8, antalet positioner med felaktig förpackningsstorlek 162, antalet positioner där pris för "färdig vara" inte räknats ut 15, antalet positioner med felaktigt varuinnehåll 24 och antalet positioner som saknades i avtalsprislistan 58. Eftersom 267 av positionerna i Menigos anbud inte fanns i avtalsprislistan eller inte var godkända enligt kravspecifikationen skulle enbart 76,5 procent av produkterna ha godkänts. Även om myndigheterna vid utvärderingen valt bort de saknade produkterna skulle ändå bara 81,6 procent av produkterna godkänts. Bolaget hänvisar härvid till av bolaget sammanställt underlag för utvärdering. Det handlar om väsentliga förändringar som berör 267 positioner i upphandlingen. Dessa markanta avvikelser bör inte kunna klassas som smärre kompletteringar. Myndigheterna har i förhandling med Menigo ändrat sina krav och skrivit avtal med Menigo. Förfarandet måste betecknas som en förhandlingsupphandling utan föregående annonsering då villkoren från den tidigare annonserade, på ett avgörande sätt, väsentligen ändrats.

Vidare har det inte genomförts någon prisjustering enligt vad förfrågningsunderlag och det skrivna avtalet anger. Bolaget ställer sig frågande till detta. Att inte utnyttja möjligheten att genomföra prisjusteringar från avtalsstart när det gått en tiomånadersperiod sedan basprisdatum är en dyrbar åtgärd för Menigo. Det föreligger en möjlighet att myndigheterna erbjudit Menigo avtalet och kompenserat sig för uteblivna prisförändringar under en prisändringsperiod. Bolaget kan inte juridiskt bevisa att detta beror på en förhandlingseftergift, men anser att sannolikheten är väldigt hög. Att antagen leverantör inte får genomföra avtalets prisändring vid avtalsstart måste anses som en väsentlig förändring av de ursprungliga avtalsvillkoren.

En överensstämmelse vad gäller upphandlingsföremålet mellan de olika leden i ett upphandlingsförfarande kan sägas vara en av upphandlingssystemets grundbultar. Regleringen i 5 kap. 4 § LOU avseende avrop från ramavtal konstituerar att tidigare uppställda villkor ska följas. Ett avsteg från denna regel av väsentlig karaktär kan innebära att en otillåten direktupphandling genomförs. Även om rätten skulle finna att de genomförda förändringarna inte är att bedöma som väsentliga föreligger en otillåten direktupphandling, då kraven för att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU i övrigt inte är uppfyllda.

Det är förbjudet att väsentligt ändra ramavtalsvillkoren. Ett mycket rimligt analogislut, i linje med styrande EU-rättsliga principer, är att en minst lika sträng bedömning av korrigeringar, kompletteringar och förändringar är tillämpbar även på själva ramavtalslutandet. Kammarrätten i Göteborg har i mål 5755-11 uttryckt att ändringar i ett befintligt avtal mellan en upphandlande enhet och en leverantör enligt EU-domstolens praxis under vissa förutsättningar kan medföra att en ny offentlig upphandling måste göras och att ett nytt kontrakt tilldelas. Enligt kammarrätten föreligger upphand-

lingsplikt vid det fall de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. Slutsatsen borde bli densamma avseende väsentliga förändringar i det slutliga ramavtalet i förhållande till förfrågningsunderlaget.

I avtalets avsnitt 9.0 anges att ”*Uppfyller varan ej kravspecifikationen ska detta rättas till av leverantören med oförändrat pris för beställaren.*” Avsnittet handlar inte om antagande av leverantör vid upphandling utan om avvikande ersättningsprodukt vid leverans och byte av produkter på ligande avtal. För att det ska kunna ske måste det finnas ett grundläggande avtal att jämföra med. Avsnittet handlar därför om avtalsvård.

Myndigheterna

Upphandlingen och det därmed sammanhängande ramavtalet som bolaget ifrågasätter har ingåtts mellan myndigheterna och Menigo efter att upphandlingen handlagts med ett öppet annonserat förfarande och varit föremål för överprövning genom dom som vunnit laga kraft. Europeiska kommissionen har publicerat efterannonseringen av aktuell ramavtalsupphandling i TED den 2 mars 2012.

Samtliga bolagets påståenden tillbakavisas. Bolagets talan synes vara grundad på ett felaktigt, lösryckt och ofullständigt arbetsmaterial som bolaget vid olika tillfällen begärt ut från myndigheterna. Bolagets inställning och påståenden saknar objektiv täckning.

Bolagets grunder och invändningar om aktuell upphandlingsmodell torde vara föremål för preklusion, res judicata, i och med att bolaget haft alla möjligheter att ifrågasätta modellen i den överprövning som tidigare gjorts på talan av bolaget. I händelse av att rätten inte delar denna uppfattning

tillbakavisas bolagets inställning om tillåtligheten av modellen. Upphandlingsmodellen innebär olika fördelar och tillämpas ofta vid offentlig upphandling samt är tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget. I praxis har konstaterats att upphandlingsmodellen inte kommer i konflikt med de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har vid ett flertal tillfällen utlätit sig om samma typ av upphandlingsmodell. I samband med ett kammarrättsavgörande 2003 angav NOU att det inte förelåg något hinder mot att ställa krav på föremålet för upphandlingen som inte behövde vara uppfyllda för rän vid fullgörandet av kontraktet.

Skall-kraven på i upphandlingen offererade produkter måste inte vara uppfyllda vid själva anbudstillfället utan inom viss tid därefter, den 1 mars 2012. Till detta ska givetvis de upphandlade mellan parterna kontraktuella villkoren tillämpas, bl.a. villkoret i avsnitt 9.0 i avtalet som lyder: *"Om leverantören inte kan leverera beställd vara är leverantören skyldig att leverera vara med lägst samma kvalitet till högst samma pris som avtalad vara. Parterna ska vara överens innan leverans om att utbyta varor i alla avseenden är likvärdiga med vad som här avtalats. Vid utbyte ska färsk vara ersättas med färsk vara och djupfrysad vara med djupfrysad vara."*

Myndigheterna ställer sig frågande till bolagets uppfattning om att villkoret inte handlar om antagande av leverantör, utan om avtalsvård. Samtliga villkor i det avtal som alltid biläggs till förfrågningsunderlaget i en upphandling är villkor som är föremål för en offentlig upphandling och det är dessa avtalsvillkor som ska tillämpas mellan parterna efter det att upphandlingen avslutas. En upphandling är avslutad när upphandlingskontraktet har tecknats mellan parterna vilket i förevarande fall gjordes den 28 februari 2012.

I ramavtalet som efter öppet annonserat förfarande ingåtts med Menigo anges i avsnitt 6.1: *"Uppfyller varan ej kravspecifikation i förfrågningsun-*

derlaget ska det rättas till av leverantören med oförändrat pris för beställaren.” Detta villkor är viktigt och av stor betydelse för myndigheterna och medverkande beställare. Om leverantören under ramavtalets löptid inte levererar en eller flera av de varor som leverantören offererade i upphandlingen är leverantören skyldig att leverera en annan likvärdig vara till samma eller bättre pris. Avtalsvillkoret finns med på grund av att det i livsmedelsbranschen förekommer att produkter utmönstras och ersätts av andra under avtalstiden.

Myndigheterna har under förvaltningsrättens handläggning av målet insänt en ny prislista som bolaget ställer sig frågande till. Det uppkommer alltid vissa implementeringsproblem, när en ny leverantör antas efter en så pass stor upphandling som ifrågavarande upphandling. I den nya prislistan har myndigheterna uppmärksammat vissa avvikelser och fel, vilket föranlett ytterligare korrigeringar från antagen leverantörs sida.

Myndigheterna tillbakavisar bolagets inställning om att antagen leverantör inte uppfyller skall-kraven på 23,5 procent av de artiklar som offererats och som numera utgör avtalade artiklar. I en upphandling av nu aktuellt slag med flera tusen olika artiklar och cirka 300 olika kommunala beställningsenheter är det emellertid inget märkligt eller konstigt att det under implementeringstiden av avtalet med en ny leverantör uppkommer vissa övergångsproblem med såväl prislistor som rutiner vad gäller att lägga in korrekta uppgifter i antagen leverantörs prislista och webbutik etc. Att övergångsproblem av nu aktuellt slag skulle utgöra grund för ogiltighetsförklaring av avtal tillbakavisas. I det nu aktuella ramavtalet har Menigo visat att nästan 100 procent av de produkter som ingår i avtalet stämmer överens med de produkter Menigo offererade i upphandlingen. Ramavtalsprodukterna uppfyller samtliga skall-krav som ställts upp i upphandlingen.

Myndigheterna tillbakavisar bolagets resonemang om att inte antagen och kontrakterad leverantör begärt prisjustering och att detta skulle utgöra en väsentlig avvikelse från villkoren i upphandlingen. Menigo har under april månad 2012 inkommit med begäran om prisjustering, men parterna har inte kunnat enas om hur prisjusteringsklausulen ska tolkas och tillämpas. Att avisera avtalade prisjusteringsmöjligheter ankommer inte på myndigheterna utan på den som har möjlighet att begära detta, Menigo, vilket också skett.

Upphandlingscenter tillbakavisar samtliga bolagets påståenden om att aktuellt ramavtal ingåtts genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering alternativt via en otillåten direktupphandling. De kontakter och möten som förekommit mellan ramavtalsparterna är de som angetts i förfrågningsunderlaget till det öppna annonserade upphandlingsförfarandet jämlikt vad som framgår av avsnitt 6.1 i ramavtalet. Några andra kontakter eller möten har inte förekommit mellan parterna.

Upphandlingscenter har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU i samband med att ramavtalet ingicks. Detta innebär att varken bolaget eller någon annan leverantör har lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i LOU.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 6 § LOU stadgas följande. 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. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

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 bl.a. 7 kap. 1 eller 2 §.

Av 16 kap. 17 § första stycket LOU framgår att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet, om inte annat följer av andra stycket, ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Enligt paragrafens andra stycke ska dock ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 7 kap. 3 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 21 §, eller den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

EU-domstolen har i mål C-454/06 yttrat bl.a. följande. Ändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid ska anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. En ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes.

Förfrågningsunderlag m.m.

I förfrågningsunderlaget (avsnitt 5.6 i upphandlingsföreskrifterna) anges:

Anbud ska utformas helt enligt förfrågningsunderlaget. Reservationer, alternativa eller så kallade sidoanbud accepteras inte.

I förfrågningsunderlaget (avsnitt 9.2 i upphandlingsföreskrifterna) anges:

Anbud som klarat kvalificeringsfasen går vidare till nästa fas vilket innebär:

Kontroll att anbudsgivarnas anbud uppfyller de obligatoriska krav som uppställts i handlingarna.

I förfrågningsunderlaget (avsnitt 9.3 i upphandlingsföreskrifter) anges:

Angivna fabrikantbeteckningar eller varumärken har medtagits som vägledning. Det står anbudsgivare fritt att lämna anbud på annat fabrikat under förutsättning att produkterna uppfyller angivna krav.

Dubbelläggning av varor godkänns inte.

Anbudet ska omfatta minst 95,0 % [ändrat till minst 90,0 %] av efterfrågade positioner enligt anbudsformulär.

En vara som inte har offererats på en position tilldelas ett belastningspris som hämtas från gällande avtalsprislista daterad 2011-05-01 med ett påslag på 25,0 %.

Definition av gällande avtalsprislista är i första hand Norrköpings kommuns avtalsprislista med Servera R & S AB nummer 456485 och Gunnar Dafgårds AB:s avtals prislista.

Om varan inte finns med på ovan nämnda avtalsprislister kommer Linköpings kommuns avtalsprislista nummer 991050 att användas.

Om varan inte finns med på någon av dessa avtalsprislister sätts priset till 0 kr hos samtliga anbudsgivare.

Avtal kommer att tecknas med en anbudsgivare som har lämnat det lägsta priset och avser samtliga kommuner.

I förfrågningsunderlaget (anbudsprisformulär) anges olika krav på efterfrågade varor.

I avtalsförslag (avsnitt 6.1) anges:

Varorna ska överensstämma med kraven i förfrågningsunderlaget. Två månader före avtalsstart ska leverantören tillhandahålla en prislista varav det ska framgå varumärke, artikelnummer, förpackningsstorlek inklusive prisuppgift. Leverantören ska dessutom tillhandahålla produktblad. Beställare och leverantör kontrollerar all artikeldokumentation.

I avtalsförslag (avsnitt 8.1) anges:

Prisändringar genomförda under tiden 2011-05-01–2012-02-28 justeras 2012-03-01. Därefter sker prisjustering första måndagen i februari, maj, september och november, i takt med underleveran-

törs prisändringar och med samma procentmarginal med 15 dagars föravisering.

Vid eventuell prisjustering ska prisnivån den 1 maj 2011 utgöra basnivån för förhandlingar.

I avtalet (avsnitt 6.1) mellan myndigheterna och Menigo anges:

Varorna ska överensstämma med kraven i förfrågningsunderlaget. Två månader före avtalsstart ska leverantören tillhandahålla en prislista varav det ska framgå varumärke, artikelnummer, förpackningsstorlek inklusive prisuppgift. Leverantören ska dessutom tillhandhålla produktblad. Beställare och leverantör kontrollerar all artikeldokumentation. Uppfyller varan ej kravspecifikation i förfrågningsunderlaget ska det rättas till av leverantören med oförändrat pris för beställaren.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har yrkat att förvaltningsrätten ska förklara att den upphandlingsmodell som tillämpats i upphandlingen med dnr UH-10-124 strider mot LOU. Avtal har slutits. Av 16 kap. 6 § LOU följer att överprövning av upphandlingen därmed inte får ske. Bolagets talan ska därför avvisas i denna del.

Därefter ska förvaltningsrätten ta ställning till om avtalet mellan myndigheterna och Menigo ska förklaras ogiltigt enligt 16 kap. 13 § 1 LOU, på av bolaget anförda grunder. Av intresse är därvid om avtalet på något avgörande sätt avviker från de krav som myndigheterna uppställt i upphandlingen.

Varje villkor som styr kvalificering och utvärdering och som påverkar resultatet av en upphandling får anses utgöra ett väsentligt villkor i upphandlingen.

Bolaget har gjort gällande bl.a. att utebliven prisjustering innebär en väsentlig avvikelse från ursprungliga avtalsvillkor. Avtalets avsnitt 8.1 ger leverantören möjlighet till prisjustering. Förvaltningsrätten finner det inte

visat att avsnittet utgör ett sådant villkor som varit styrande vid tilldelning av kontrakt eller att utebliven prisjustering innebär en väsentlig avvikelse från de krav som uppställts i upphandlingen. Avtalets giltighet kan därför inte ifrågasättas på denna grund.

Bolaget har vidare gjort gällande att Menigos anbud i fråga om produktval inte motsvarar kraven i den ursprungliga upphandlingens förfrågningsunderlag och att avvikelsen är väsentlig vilket enligt bolaget i sin tur innebär att myndigheterna gjort en otillåten direktupphandling genom det avtal som ostridigt slutits den 28 februari 2012.

Av förfrågningsunderlaget (avsnitt 9.3 i upphandlingsföreskrifter) framgår att ett anbud ska omfatta minst 90 procent av efterfrågade positioner enligt anbudsformulär. De efterfrågade positionerna utgör enligt förvaltningsrätten sådana villkor som en anbudsgivare måste uppfylla för att komma ifråga som leverantör.

Bolaget har utförligt och detaljerat redogjort för på vilket sätt och i vilken omfattning det anser att produkterna i Menigos prisbilaga avviker från de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Myndigheterna har tillbakavisat bolagets påståenden men avstått från att närmare förklara varför.

Enligt förvaltningsrätten visar det bolaget lagt fram att avvikelsen är betydande mellan förfrågningsunderlagets krav och produkterna enligt Menigos prisbilaga. Det är således klart att uppställda krav inte uppfyllts. Eftersom prisbilagan utgör en del av avtalet mellan myndigheterna och Menigo är även avvikelsen mellan förfrågningsunderlagets krav och avtalet betydande.

Det förhållandet att avtalet mellan myndigheterna och Menigo således på ett betydande sätt avviker från kraven i förfrågningsunderlaget i den ur-

sprungliga upphandlingen innebär enligt förvaltningsrätten att avtalet tillkommit genom direktupphandling trots att förutsättningar för detta inte har funnits. Den otillåtna direktupphandlingen innebär att bolaget kan lida skada.

Av myndigheterna åberopad efterannonsering har inte avsett direktupphandlingen. Ansökan om överprövning av giltigheten av avtalet som ingåtts den 28 februari 2012 har således kommit in inom den lagstadgade tidfristen. På grund av den otillåtna direktupphandlingen ska förvaltningsrätten därmed besluta att avtalet är ogiltigt enligt 16 kap. 13 § 1 LOU och bifalla bolagets talan i denna del.

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

Magnus Wickström

Föredragande har varit Cristina Pérez.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 3109/1D LOU