

LÄNSRÄTTEN I
SÖDERMANLANDS LÄN

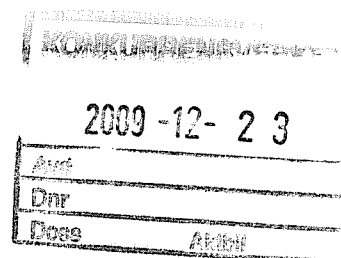
DOM
2009-12-22
Meddelad i
Nyköping

Mål nr
2734-09
Enhet 6

SÖKANDE

Servera R&S AB, 556233-2451
Box 123
601 03 Norrköping

Ombud:
Advokat Björn Tude
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm



MOTPARTER

1. Flens kommun
642 81 Flen
2. Katrineholms kommun
641 80 Katrineholm
3. Katrineholms Kyrkliga Samfällighet, 252003-0640
Bievägen 3
641 46 Katrineholm
4. Vingåkers kommun
643 80 Vingåker
5. Vårnäs Behandlingshem
643 93 Vingåker

Ombud:
Upphandlingsjurist Staffan Källström
Katrineholms kommun
641 80 Katrineholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen skall göras
om.

Dok.Id 75389

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 194 611 25 Nyköping	Folkungavägen 4	0155-20 04 50 E-post: lansrattenisodermanland@dom.se	0155-20 04 90	måndag – fredag 09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Flens kommun, Katrineholms kommun, Vingåkers kommun, Katrineholms kyrkliga samfällighet och Vårnäs behandlingshem (kommunerna) genomförde en upphandling av livsmedel till kommunala storhushåll och kök och andra enheter (dnr STN/2008:20-053). Upphandlingen skulle handläggas som ett öppet förfarande omfattande avtalsperioden den 1 oktober 2008 till och med den 30 september 2010, med vissa möjligheter till förlängning. Anbud skulle lämnas in senast den 23 juni 2008. Vid anbudstidens utgång hade inte något anbud inkommit och kommunerna övergick till så kallat förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommunerna bjöd in två av de intressenter som ställt frågor om upphandlingen, nämligen Menigo Foodservice AB (Menigo) och Dafgård AB (Dafgård). Enligt tilldelningsbeslut den 19 september 2008 tilldelades Menigo och Dafgård vissa produktgrupper. I oktober 2008 ingick Menigo och kommunerna avtal.

Servera R&S AB (Servera) ansökte hos länsrätten om överprövning av upphandlingen gällande livsmedel med diarienummer STN/2008:20-053 och yrkade att upphandlingen skulle göras om avseende de produktgrupper som tilldelats Menigo och Dafgård.

Länsrätten avvisade genom beslut den 3 mars 2009 i mål nr 3458-08 ansökan om överprövning. Som skäl för beslutet anförde länsrätten följande. Av utredningen framgår att avtal ingåtts mellan de upphandlande enheterna och Menigo resp. Dafgård i september 2008. Avtalen har slutits i enlighet med det tilldelningsbeslut som daterats den 19 september 2008. – Av 16 kap 1 § tredje stycket LOU följer att ansökan om överprövning inte får prövas av domstolen efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Vad Servera anför i sin ansökan föranleder ingen annan bedömning. Ansökan ska därför avvisas.

Servera överklagade och yrkade i första hand att Kammarrätten i Stockholm med ändring av länsrättens avvisningsbeslut skulle visa målet åter till länsrätten för sakprövning av ansökan om överprövning och i andra hand att kammarrätten med ändring av länsrättens beslut skulle bifalla de av Servera i länsrätten framförda yrkandena.

Kommunerna bestred bifall till överklagandet.

Servera anförde till stöd för sin talan utöver vad som anförts i länsrätten bl.a. följande. Länsrätten har i strid mot gällande rätt avvisat Serveras talan utan att pröva Serveras påståenden i sak. Serveras grund för ansökan om överprövning är att kommunerna har ändrat de ursprungliga villkoren väsentligt och de har därför inte haft rätt att tillämpa reglerna för förhandlat förfarande i 4 kap. 5 § LOU. Eftersom kommunerna inte haft rätt att ingå ett upphandlingskontrakt på sätt som skett utgör det förhållandet att avtal undertecknats inget hinder mot överprövning, vilket följer av gällande rätt. Innehållet i gällande rätt är entydigt och innebär att om länsrätten vid sin prövning av de omständigheter Servera anført till stöd för att kommunerna inte har fått tillämpa 4 kap. 5 § LOU skulle finna att de ursprungliga villkoren i avtalet förändrats väsentligt är det avtal som ingåtts med Menigo och Dafgård inget upphandlingskontrakt. Är det inte fråga om något upphandlingskontrakt har tiden för överprövning inte börjat löpa till följd varav länsrätten i strid mot gällande rätt avvisat Serveras talan. För det fall länsrätten vid sin prövning skulle komma fram till att de ursprungliga villkoren inte har förändrats väsentligt är det rätt att avvisa Serveras ansökan. Ett avvisningsbeslut kräver emellertid att länsrätten gör en prövning av Serveras påståenden i sak; har villkoren förändrats väsentligt eller inte. Om sådan prövning har gjorts men inte redovisats i länsrättens beslut åberopar Servera de omständigheter som anförts i ansökan och de inlagor Servera avgivit vid länsrätten till stöd för att talan ska bifallas i huvudsaken.

Kommunerna anförde utöver vad de anført i länsrätten bl.a. följande. De upphandlande myndigheterna har inte brutit mot LOU. I och med att kontrakt föreligger och tiden för överklagande har gått ut ska Serveras överklagande avvisas. I det fall kammarrätten finner att kommunernas hantering i någon del har avvikit från vad som stadgas i LOU anser kommunerna att avvikelserna inte är av sådant slag att det påverkar giltigheten av de tecknade avtalen eftersom kommunerna haft fog för sitt agerande. Av överklagandet framgår att Serveras argumentation i huvudsak bygger på att avtalen som tecknades med Menigo och Dafgård inte är förenliga med LOU och att länsrätten av den anledningen skulle ha prövat ärendet. Kommunerna anser att länsrättens beslut är korrekt. Då inga anbud inkom till kommunerna övergick upphandlingen till förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Efter förhandling tilldelades Menigo och Dafgård kontrakt och beslutet om tilldelning annonserades. Efter stadgad överklagandetid tecknades kontrakt. Kommunernas tolkning av länsrättens beslut är att upphandlingen genomförts i enlighet med LOU och att tiden för överklagande har gått ut. Att detta eventuellt inte framgår av skälen till länsrättens beslut innebär inte att beslutet i sig är fel. Kommunerna vidhåller att de haft rätt att använda ett förhandlat förfarande då inga anbud lämnades in och att de haft beslutanderätt i fråga om vilka leverantörer som inbjöds till förhandling eftersom ingen leverantör lämnade anbud. Då Servera hade omfattande invändningar mot upphandlingsunderlaget hade kommunerna fog för att endast välja de två aktuella leverantörerna att förhandla med. Innehållet i kontrakten med Menigo och Dafgård har inte ändrats väsentligt efter förhandling och kommunerna har i övrigt följt regelverket i LOU i alla delar.

Kammarrätten biföll genom dom den 29 september 2009 i mål nr 1807-09 Serveras överklagande och visade med upphävande av länsrättens beslut målet åter till länsrätten för fortsatt handläggning. I domen anfördes bl.a.

följande. *Skälen för avgörande.* Av utredningen i målet framgår bl.a. följande. Servera har hos länsrätten ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkat att denna ska göras om avseende de produktgrupper som tilldelats Menigo och Dafgård. Av Serveras ansökan om överprövning framgår bl.a. följande. Servera, Menigo och Dafgård hade innan anbuderna skulle lämnas in ställt ett antal frågor rörande upphandlingen. Som en direkt konsekvens av de krav som kommunerna ställt och de svar som hade lämnats beslutade Servera sig för att avstå från att lämna något anbud. Vid det förhandlade förfarandet bjöds Servera inte in, däremot Menigo och Dafgård, vilka därefter tecknade kontrakt med kommunerna. Kommunerna har gjort väsentliga ändringar av villkoren i avtalet jämfört med de villkor som ställdes upp i de avtalsbestämmelser som ingick i kommunernas anbudsfrågan. De väsentliga förändringarna har gjorts bl.a. beträffande de villkor där kommunerna avvisat Serveras frågor och förslag till ändringar. Ändringar har dessutom gjorts avseende villkor som Servera uttryckligen förklarat vara skäl till att Servera valt att avstå från att lägga anbud. Villkoren har ändrats under det förhandlade förfarandet i enlighet med Serveras ursprungliga önsknings, men utan att Servera fått möjlighet att förhandla. Detta strider mot reglerna i LOU och därför ska upphandlingen göras om trots att avtal tecknats med Menigo. Skriftväxling har skett i länsrätten och en omarbetad version av avtalet med gjorda villkorsändringar har inlämnats. Kommunerna har anfört att vid anbudsöppningen konstaterades att de tre grossistföretagen Menigo, Dafgård och Servera valt att inte lämna anbud. Alla tre lämnade i stället in en skrivelse som beskrev varför anbud inte hade lämnats. I och med att något anbud inte hade lämnats valde kommunerna att övergå till förhandlad upphandling. Med hänsyn till det omfattande antal synpunkter och önskemål om ändringar som Servera givit uttryck för under anbudstiden ansåg kommunerna att det inte fanns förutsättning att inleda ett förhandlat förfarande med Servera. De övriga leverantörerna hade inte inkommit med omfattande krav på förändringar av upphandlingsunderlaget och angav som skäl för avböjandet i huvudsak

endast kraven på vite. Kommunerna har haft rätt att välja de leverantörer man förhandlade med. Kommunerna anser att ändringarna i avtalet med Menigo och Dafgård inte är väsentliga och att regelverket i LOU har följts. Det är endast mindre delar av omfattande avtal som blivit föremål för förändringar. *Kammarrätten gör följande bedömning.* Av 4 kap. 5 § 1 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser varor och tjänster om det vid ett öppet förfarande inte lämnats några anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt. Av utredningen i målet framgår att det inte har inkommit något anbud under anbudsstiden och kommunerna har därför i enlighet med 4 kap. 5 § 1 LOU ägt övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. En sådan övergång utgör emellertid en undantagssituation och möjligheten ska utnyttjas restriktivt. En ytterligare förutsättning för att få genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering är att de ursprungliga villkoren för avtalet inte har ändrats väsentligt. För att uppfattas som väsentliga krävs mer omfattande ändringar av kontraktsvillkoren. Kammarrätten konstaterar vid en jämförelse av villkoren i aktuell anbudsfrågan och de villkor som antagits vid tecknande av avtal mellan kommunerna och Menigo att ändringar har gjorts av de ursprungliga kontraktsvillkoren och att ett antal av de ändrade villkoren är villkor som varit avgörande för de tre grossistföretagens beslut att inte lämna anbud vid det öppna förfarandet. Kammarrätten finner vid en sammantagen bedömning att gjorda förändringar av de ursprungliga kontraktsvillkoren är att anse som väsentliga i LOU:s mening och att gjord övergång till ett förhandlat förfarande har skett i strid med 4 kap. 5 § 1 LOU. Vid sådant förhållande kan den öppna förhandlingsfasen inte anses avslutad. Den omständigheten att avtal föreligger utgör inte hinder för överprövning enligt LOU. Mot bakgrund av det anförda ska Serveras överklagande bifallas. Det ankommer på länsrätten att pröva Serveras ansökan om överprövning.

DOMSKÄL

Servera åberopar i yttrande till länsrätten i mål nr 2734-09 vad som anförs länsrättens mål nr 3458-08 och i inlaga i kammarrättens mål nr 1807-09.

Kommunerna anför i yttrande till länsrätten bl.a. följande. Kommunernas inställning är fortfarande att länsrättens beslut den 3 mars 2009, mål 3458-08, är korrekt och att Serveras överklagande ska avvisas. Som grund för bestridandet anförs följande. Kommunerna har inte brutit mot LOU. I och med att kontrakt föreligger och tiden för överklagande har gått ut ska ansökan avvisas. Kammarrätten har i sin dom givit uttryck för att kommunernas förändringar har varit väsentliga men har endast hänvisat till en sammantagen bedömning. Kommunerna ifrågasätter bedömningen och utgår från att länsrätten gör en egen bedömning i frågan och, om förändringarna anses vara väsentliga, redogör för hur gränsdragningen för väsentliga förändringar ska göras. I och med att förarbeten och praxis enligt kommunen inte ger någon vägledning och då frågan om väsentliga förändringar är grundläggande för målets avgörande anser vi att ett klagande i denna fråga är av yttersta vikt. Av överklagandet framgår att Serveras argumentation bygger på att avtalen som tecknades med Menigo och Dafgård inte är förenliga med LOU och att länsrätten av den anledningen skulle ha prövat ärendet. Kommunernas inställning är att länsrättens beslut den 3 mars 2009 i mål 3458-08 är korrekt. Kommunernas tolkning är att länsrätten anser att upphandlingen genomförts i enlighet med LOU och att tiden för överklagande har gått ut. Att detta inte framgår av skälen till länsrättens beslut innebär inte att beslutet i sig är fel. Kommunerna har i övrigt fört en omfattande argumentation genom yttranden till länsrätten i frågan, bl.a. daterat den 28 januari 2009, och hänvisar i den förnyade prövningen i länsrätten, i första hand till dessa yttranden och övrigt ingivet material. Serveras yttrande till länsrätten innehåller, vad kommunen kan se, inte några förändringar i för-

hållande till det yttrande som Servera skickade till kammarrätten i maj 2009.

Kammarrätten biföll genom dom den 29 september 2009 i mål nr 1807-09 Serveras överklagande och visade med upphävande av länsrättens beslut målet åter till länsrätten för fortsatt handläggning. Kammarrätten fann vid en sammantagen bedömning att gjorda förändringar av de ursprungliga kontraktsvillkoren är att anse som väsentliga i LOU:s mening och att gjord övergång till ett förhandlat förfarande har skett i strid med 4 kap. 5 § 1 LOU. Vid sådant förhållande kunde den öppna förhandlingsfasen enligt kammarrättens dom inte anses avslutad. Den omständigheten att avtal föreligger utgjorde enligt denna dom inte hinder för överprövning enligt LOU. Det ankom enligt kammarrättens dom på länsrätten att pröva Serveras ansökan om överprövning.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

De förändringar av de ursprungliga kontraktsvillkoren som är väsentliga i LOU:s mening får anses avse följande punkter i kommunernas anbudsfrågan:

punkt 4 s. 12: Beställning/avrop

punkt 8 s. 12: Prisjusteringsklausul

punkt 18 s. 15-16: Försenad eller utebliven leverans

punkt 21 s. 16: Produkter


punkt 23 s. 17: Avtalsbrott

punkt 24 s. 17: Skadestånd

Av utredningen i målet får anses framgå att övergången till ett förhandlat förfarande i strid med 4 kap. 5 § 1 LOU har medfört att Servera lidit eller kan komma att lida skada.

Med hänsyn till vad som kommit fram i målet får grund för att länsrätten skall besluta att upphandlingen skall göras om anses föreligga. Ansökan ska därför bifallas.

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


Göran Gunnhagen
Rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.