



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2011-08-29
Meddelad i Karlstad

Mål nr
1724-11 E

SÖKANDE

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

Ombud: Jur.kand. Håkan Andersson
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

Ombud: Advokat Liselott Fröstad
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. Forshaga kommun
Box 93
667 22 Forshaga

2. Grums kommun
664 80 Grums

3. Hagfors kommun
683 80 Hagfors

4. Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

5. Munkfors kommun
Box 13
684 21 Munkfors

Ombud för alla:
Mats Olsson
Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU;
fråga om avtals giltighet

KONKURRENSVERKET	
2011-08-31	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 36559

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	054-14 85 30	måndag – fredag 08:00-16:00

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s ansökan om ogiltigförklaring av de avtal som kommunerna ingått den 27 januari 2011.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Forshaga kommun, Grums kommun, Hagfors kommun, Kils kommun och Munkfors kommun (kommunerna) har tillsammans inlett en offentlig upphandling avseende "Livsmedel" och gick gemensamt ut med ett förfrågningsunderlag den 5 februari 2010. Anbudstiden gick ut den 14 april 2010 och tilldelningsbeslut meddelades den 28 juni 2010. Den 6 juli 2010 begärde Menigo Foodservice AB (Menigo) överprövning av upphandlingen och förvaltningsrätten i Karlstad meddelade dom i målet den 25 oktober 2010. Denna dom överklagades till kammarrätten och där meddelades intermistiskt beslut den 4 november 2010. Kammarrätten i Göteborg meddelade dom i målet den 24 februari 2011 och förordnade att upphandlingen ska göras om. Den 12 januari 2011 skickade kommunerna underrättelser angående direktupphandling avseende förhandlat förfarande utan föregående annonsering i avvaktan på slutligt besked i överprövningsärendet. Den 27 januari 2011 tecknades avtal, avseende direktupphandling av livsmedel, med ett antal leverantörer. Dessa avtal angavs gälla från och med den 1 mars 2011 och fram till den dag den överklagade upphandlingen får avslutas enligt LOU genom tecknande av avtal.

Menigo yrkar att förvaltningsrätten beslutar att de avtal som Kils, Grums, Forshaga, Hagfors och Munkfors kommuner träffat efter direktupphandling av ramavtal för avrop på livsmedel ska förklaras ogiltiga.

Kommunerna motsätter sig yrkandet att avtalen ska ogiltigförklaras och hemställer att förvaltningsrätten avskriver målet alternativt lämnar ansökan utan bifall eftersom avtal slutits före det att förvaltningsrätten fattade sitt interimistiska beslut. Kommunerna hemställer också att förvaltningsrätten omedelbart och utan att kommunicera med Menigo upphäver det interimistiska beslutet.

Förvaltningsrätten har beslutat om inhibition i målet den 20 april 2011. Inhibitionsbeslutet har upphävts den 29 april 2011.

Som grund för sin talan anför Menigo följande.

Bakgrund

Den 12 januari 2011, det vill säga medan överprövningen av den tidigare upphandlingen handlades i kammarrätten, skickade alla fem kommuner identiska underrättelser om att de avsåg att genomföra en direktupphandling i avvaktan på kammarrättens dom. Som stöd för sin talan åberopar Menigo en underrättelse från Hagfors kommun.

Direktupphandlingen genomfördes som en förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Tillfrågade var de leverantörer som tilldelats kontrakt i den upphandling som tilldelningsbeslut meddelades i den 28 juni 2010, vilken vid tidpunkten för underrättelsen fortfarande inte var avslutad, och avsedd omfattning var den som framgick av det av Menigo överprövade tilldelningsbeslutet. Någon förhandling eller annan konkurrensutsättning genomfördes inte. Av underrättelsen framgår att kommunerna menade sig ha stöd i 4 kap. 5 § 3 p LOU för att genomföra en direkt upphandling utan att först annonsera om detta enligt 7 kap. 1 § LOU.

Menigo påpekade för kommunerna att upphandlingen utgjorde en så kallad otillåten direktupphandling men att bolaget gärna deltog i en annonserad upphandling genomförd i enlighet med LOU.

Otillåten direktupphandling

Direktupphandlingen genomfördes som en förhandlad upphandling utan föregående annonsering vilket enligt kommunerna var förenlig med LOU då det förelåg synnerlig brådska.

Rekvisitet ”Absolut nödvändigt att tilldela kontrakt”

Medan den tidigare överprovade upphandlingen genomfördes löpte ramavtal mellan kommunerna och Menigo. Detta ramavtal slutade gälla den 30 september 2010, medan överprovningen fortfarande handlades i förvaltningsrätten. Denna tidpunkt infaller fem månader innan den otillåtna direktupphandlingen slutfördes.

EG-domstolen klagjorde i mål C-328/92 att undantaget inte får användas för att säkerställa framtida behov, utan endast när en brist verkligen uppstår. Någon sådan brist föreligger inte i detta fall. I vart fall är denna brist inte allvarligare vid ingående av avtalen i februari 2011 än den var den 1 oktober 2010, när tidigare ramavtal löpte ut. Det har därför inte varit absolut nödvändigt att frågå LOU:s krav på annonsering.

Rekvisitet ”Synnerligen brådska, som inte har kunnat förutses av myndigheten”.

Kommunerna gjorde, som skäl för användandet av förhandlat förfarande utan annonsering, gällande att synnerlig brådska förelåg. Det är svårt att förstå på vilket sätt denna brådska plötsligt uppstod i januari 2011, mer än tre månader efter att det tidigare ramavtalet löpt ut. Kontrakten som kommunerna har tecknat i den otillåtna direktupphandlingen börjar löpa den 1 mars 2011. Det finns inte något förhållande som gör att det är av särskild vikt att teckna nya kontrakt innan detta datum, jämfört med vad som gällde den 30 september 2010.

Kommunerna meddelade beslut om tilldelning den 28 juni 2010. Det befintliga ramavtalet löpte ut den 30 september samma år. Detta innebär att kommunerna inte planerat för att en överprovning kunde komma att ta mer tid i anspråk än tre månader. Detta är under alla förhållanden för kort tid, särskilt under sommarmånaderna. Det är inte ovanligt i dag att överprövningsprocessen tar upp mot sex månader bara i förvaltningsrätten, att kommunerna inte haft ett nytt ramavtal att avropa från vid tidpunkten för det föregående utgång beror uteslutande på kommunernas bristande planering. Av detta skäl har synnerlig brådska inte förelegat.

I EG-domstolens mål C-107/92 fastslogs att för det fall den upphandlande myndigheten under en lång period känt till omständigheten

som gjort upphandlingen nödvändig så ska eventuell brådska anses ha varit möjlig att förutse. Den tidigare överprövade upphandlingen inhiherades den 7 juli 2010. Redan vid denna tidpunkt har kommunerna haft möjlighet att agera eftersom det borde stått klart för dem att en överprövningsprocess i förvaltningsrätten sannolikt inte skulle vara avslutad innan det tidigare ramavtalet löpt ut. I vart fall vid överklagandet av förvaltningsrättens dom den 2 november 2010 måste det ha stått klart för den upphandlande myndigheten att processen skulle bli något mer långdragen än normalt. Den av kommunerna påstådda brådskan, som uppstått först i januari 2011, har alltså kunnat förutses av kommunerna på ett tidigt stadium.

Rekvisitet ”omöjligt att hålla tidsfristerna”

Kommunerna har inte gjort gällande synnerlig brådska förrän den 12 januari 2011. Vid beaktande av den tid som förflutit sedan ansökan om överprövning kan det konstateras att kommunerna under hösten och vintern hade kunnat genomföra en upphandling med såväl öppet som selektivt eller förhandlat förfarande efter annonsering och med lätthet hunnit teckna ramavtal att avropa på med början den 1 mars 2011. De i 8 kap. LOU uppställda tidsfristerna hade inte utgjort något problem för kommunerna.

Upphandling i strid mot kammarrättens dom

Av kammarrättens dom följer att den ursprungliga upphandlingen av livsmedel ska göras om endast i de delar där Menigo inte tilldelats kontrakt. Menigo anger en rad varugrupper. Dessa varugrupper är upphandlade genom ett annonserat förfarande och något hinder mot att skriva kontrakt med Menigo i denna utsträckning finns inte. Beträffande dessa varugrupper har det inte varit absolut nödvändigt att direktupphandla avropskontrakt.

Eftersom samtliga kontaktade anbudsgivare, däribland Menigo, inte fått möjlighet att konkurrera om samtliga produktgrupper, och då andra potentiella leverantörer inte givits möjlighet att lämna anbud i upphandlingen, lider dessa parter skada eller kan komma att lida skada som följd av att de upphandlande myndigheterna inte genomfört upphandlingen i enligt med LOU.

Grund för ogiltigförklaring

Den upphandlande myndigheten har efter en otillåten direktupphandling tecknat kontrakt med leverantörer till fyllande av sitt livsmedelsbehov. Av 16 kap. 15 § LOU framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om det har slutits utan föregående annonsering en-

ligt 7 kap. 1 § LOU. Eftersom undantaget i 4 kap. 5 § LOU inte varit tillämpligt för de upphandlande myndigheterna hade haft att följa huvudregeln i 7 kap. 1 § LOU och genomför en upphandling först efter annonsering. Eftersom detta inte skett ska de avtal som nu ingåtts ogiltigförklaras.

Kommunerna anför följande.

Bakgrund

Kommunerna påbörjade den 5 februari 2010 en gemensam offentligt upphandling av livsmedel.

Kommunernas avtal avseende leverans av livsmedel upphörde den 1 oktober 2010. Därefter har kommunerna löst sitt behov av livsmedel genom att fram till den 28 februari 2011 avropa från leverantörer som kommunerna haft avtal med, bl.a. Menigo. Menigo har inte haft något erinra mot den ordningen. Eftersom dessa tillfälliga avtal byggd på att den pågående upphandlingen skulle kunna avslutas så att de nya avtalen kunde träda i kraft den 1 mars 2011 har kommunerna fram till december månad 2010 inte funnit skäl att lösa frågan på annat sätt än att tidigare leverantörer fått fortsätta att leverera. Verkligheten har emellertid visat sig vara en annan.

Överprövningen har dragit ut på tiden. Som redovisats ovan har kommunerna inte ansett det lämpligt att fortsätta avropa från leverantörer från den förra upphandlingen. På grund härav och då det står helt klart att kommunerna inom kort kommer att stå utan leverantörer av livsmedel till bl.a. unga och äldre samt andra som är beroende av livsmedel från kommunerna fanns ingen annan möjlighet än att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap 5 § 3 p. LOU i dess lydelse efter den 15 juli 2010. Kommunerna ansåg nämligen att resultatet av upphandlingen 2010, med tanke på brådskan, var det mest representativa urvalet för direktupphandlingen. Samtliga leverantörer förutom Menigo har slutit tillfälliga avtal med kommunerna på de villkor, fränsett avtalstiden, som följer av tilldelningen.

Bemötande av ansökan av överprövning – direkttilldelning

Upphandlingen avser bl.a. livsmedel för unga och äldre samt andra som är i behov av mat och livsmedel genom kommunernas försorg. Leveranserna är således samhällsviktiga och kommunerna är skyldiga att tillhandahålla livsmedel. Ett avbrott i leveranserna skulle få allvarliga följder för det dagliga livet och inte minst livssituationen för ett icke obetydligt antal personer som har behov av mat och livsmedel från kommunerna. Det får således anses absolut nödvändigt

för kommunerna att löpande kunna tillhandahålla mat och livsmedel till vissa grupper, många gånger utsatta inom kommunerna.

Kommunerna påbörjade konkurrensupphandlingen den 5 februari 2010. Möjlighet fanns då att fram till den 30 september tillämpa det tidigare upphandlade avtalen. När dessa upphörde den 1 oktober 2010 har kommunerna tills vidare fortsatt att införskaffa livsmedel från de leverantörer som kommunerna haft avtal med, Menigo som huvudleverantör.

Kommunerna gör gällande att de haft tillräcklig framförhållning för anbudsgivning, utvärdering och överprövningsprocess i två instanser. Däremot har kommunerna inte haft anledning att förutsätta att upphandlingen skulle arta sig på det viset att avtal inte kunnat slutas inom nästan ett år från det att upphandlingen påbörjades. Det kan inte heller med hänsyn till anbudsgivare anses försvarligt att påbörja en upphandling av livsmedel alltför lång tid innan avtalet ska träda i kraft. I och med att en annonserad upphandling inte kunnat slutföras inom rimlig tid även med beaktande av en överprövningsprocess i förvaltningsrätt och kammarrätt föreligger synnerlig brådska som inte orsakats av kommunerna. Då upphandlingen enligt kammarrätten och kommunernas beslut ska göras om föreligger dessutom en procedur som kan ta mycket lång tid. Under den tiden måste livsmedelsförsörjningen tryggas för unga och äldre samt utsatta grupper inom kommunerna.

Vid valet i januari 2011 av vilka leverantörer som skulle väljas för avrop fram till dess att en annonserad konkurrensupphandling skulle kunna slutföras fann kommunerna det lämpligast att göra detta utifrån resultatet av den konkurrensupphandling som skett senast. Över huvud taget föreligger vid tillämpning av direkttilldelning ett förhållandevis stort utrymme för val av leverantör, särskilt om det endast är övergångsvis. Menigo har också tillfrågats avseende de grupper som Menigo tilldelats enligt tilldelningen i juni månad. Menigo har förklarat att bolaget inte kunde godta villkoren. Förutsättningar för att direkttilldela Menigo avtal övergångsvis har därmed saknats. Menigo har underrättats om beslutet. För övrigt föreligger inget krav på tilldelningsbeslut vid direkttilldelning enligt 4 kap. 5 § 3 p. LOU

Kommunerna får vidare framhålla att en konkurrensupphandlad öppen eller selektiv upphandling med föregående annonsering inte kan genomföras och fullföljas på kortare tid än 6 – 8 månader. Det är alltså omöjligt att i nuvarande situation hålla tidsfristerna för öppet och selektivt förfarande. Att kommunerna under pågående upphandling under hösten och vintern 2010 skulle ha kunnat starta och

genomföra en parallell tillfällig upphandling med öppet eller selektivt förfarande med föregående annonsering och avtalsstart den 1 mars 2011 ter sig helt främmande. Med den erfarenhet kommunerna redan under sommaren fick av den nu avbrutna upphandlingen skulle ett tilldelningsbeslut i en sådan ny tillfällig upphandling ha överprövats eftersom kommunerna hade tillämpat samma villkor som i den nu avbrutna upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens dom stod nämligen inte kommunernas upphandling i strid med LOU. Först i slutet av februari 2011 meddelade kammarrätten motsatt uppfattning. Ett genomförande av en ny tillfällig upphandling under en pågående upphandling hade inte varit meningsfull utan istället lett till en ytterligare överprövning. Endast en direkttilldelning enligt 4 kap. 5 § 3 p. LOU har varit möjlig för att trygga leveranserna av mat och livsmedel i avvaktan på att en annonserad upphandling kan slutföras.

Ogiltighetsförklaring

Som redovisats ovan kommer brist på livsmedel att råda under en förhållandevis lång period – sannolikt 6 – 12 månader, om förvaltningsrätten skulle ogiltigförklara avtalen respektive underlåta att omedelbart upphäva beslutet att avtalen inte får fullföljas. Egentligen borde det inte påpekas, men med tanke på förvaltningsrättens intermistiska beslut får kommunerna understryka att mat och därmed livsmedel är en förutsättning för att överleva.

Kammarrättens dom och kommunernas beslut att göra om hela upphandlingen

Kammarrättens dom den 24 februari 2011 innebär att upphandlingen ska göras om med undantag för de varugrupper Menigo vunnit i upphandlingen och för de varugrupper för vilka Menigo inte har lämnat något anbud på. Kammarrätten har i sin dom bl.a. sammanfattningsvis anført att förfrågningsunderlaget brister i transparens och mot de EU-rättsliga principerna i LOU. Kammarrätten har vidare anført att bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, varför upphandlingen ska göras om i de delar som Menigo överprövat. Skälet till att övriga delar inte omfattas av kammarrättens dom är att Menigo i dessa delar inte kunde anses som skadelidande. Därmed har kammarrätten inte haft möjlighet att besluta om att upphandlingen i dessa delar ska göras om.

Eftersom kommunerna inte med öppna ögon kan ingå avtal som enligt kammarrätten skulle bygga på brister i transparens och stå i strid med EU-rättsliga principer har kommunerna inte haft något annat val än att avbryta och göra om hela upphandlingen, d.v.s. det har förelagat sakliga skäl till att avbryta och göra om upphandlingen även i de delar som kammarrätten inte haft möjlighet att gripa in i. Som en

följd härav gäller alltså de direkttilldelade avtal som kommunerna slöt i januari 2011 avseende även dessa områden. Som nämnts ovan har Menigo ingen självklar rätt till avtal avseende produktgrupper som är föremål för en ny upphandling. Menigo har underrättats om beslutet och har inte begärt någon överprövning.

Menigo anför följande.

Rekvisiten ”nödvändighet” och ”synnerlig brådska”

Kommunerna har gjort gällande att direktupphandlingen varit nödvändig. Till grund för detta påstående framläggs ett antal skäl till varför en upphandling av livsmedel varit nödvändig, men inte något skäl till varför det varit nödvändigt att direktupphandla utan annonsering.

Som Menigo påpekat i ansökan om överprövning har kommunerna haft möjlighet att använda något av de upphandlingsförfaranden med annonsering som funnits tillgängliga, detta utan att för den sakens skull försena kontraktets tecknande.

Den åberopade absoluta nödvändigheten har inte på något sätt varit oförutsedd. Tvärtom har det stått klart för kommunerna sedan sommaren 2010 att något kontrakt som upphandlats i enlighet med LOU inte skulle finnas från den 1 oktober 2010.

Kommunerna har vidare anført att det i januari 2011 förelegat en synnerlig brådska som inte orsakats av kommunerna. Återigen får Menigo i anledning av detta påpeka att kommunerna i detta läge varit kontraktlösa i över tre månader, under vilken tid en annonserad upphandling utan svårigheter hade kunnat genomföras.

Att någon ny upphandling inte genomförts under hösten 2010 måste innebära att det för kommunerna inte förelegat någon extrem brådska med att teckna nytt kontrakt. Kommunerna har fortfarande inte redovisat något skäl till varför extrem brådska ska anses föreligga i januari 2011 men inte i oktober 2010.

Den upphandlande myndighetens agerande

Av EG-direktivet 2009/81/EG vilket gäller med direkt effekt i Sverige, framgår, utöver vad som anges i 4 kap. 5 § 3 p. LOU, att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte i något fall får tillskrivas den upphandlande myndigheten. Det kan omöjligt hävdas synnerlig brådska först tre månader efter att tidigare kontrakt löpt ut utan att denna brådska i sådant fall berott på den upphandlande myndigheten.

Kommunerna lägger stor vikt i yttrandet vid påståenden om att ett bifallande av Menigos talan skulle innebära en brist på livsmedel under så lång period som 6 – 12 månader. Som angetts ovan finns det dock möjligheter att inom kort tid på ett sätt som är förenligt med LOU genomföra en konkurrensutsatt upphandling. Vidare synes kommunerna framföra åsikten att det inte är någon idé att genomföra någon upphandling då denna ändå kommer att överprövas. Dels har detta ingen inverkan på den prövning som ska göras i målet och dels så är det inte sant förutsatt att kommunerna denna gång genomför upphandlingen i enligt med LOU.

Angående annonserad upphandling

Kommunerna ifrågasätter i stor utsträckning Menigos talan på den grunden att kommunerna inte haft något realistiskt alternativ till det förfarande som nu används, och att kommunerna utan genomförande av den nu aktuella upphandlingen står utan kontrakt att avropa livsmedel på. Det ska beträffande detta påpekas att även om påståendet vore korrekt får det inte någon inverkan på den bedömning som ska göras i det förevarande fallet.

Kommunerna gör gällande att en upphandling med öppet eller selektivt förfarande inte kan genomföras snabbare än sex till åtta månader. I anledning av detta ska påpekas att de tidsfrister som måste upprätthållas anges i 8 kap. LOU. Av detta följer att minsta anbudstid är 45 dagar förutsatt att elektroniska medel används, vilket varit fallet med kommunernas tidigare upphandlingar. Att en öppen upphandling i syfte att teckna ett korttidskontrakt för att kunna avropa livsmedel till dess att en ny upphandling skulle göras skulle ta sex till åtta månader är inte korrekt. En sådan upphandling ska naturligtvis utformas på enklast möjliga sätt, med ett minimum av obligatoriska krav och användande av en sedvanlig varukorg för lägstapris-värdering.

Oavsett vad kommunerna anfört i ovan fråga så har möjligheten funnits till förhandlat förfarande med föregående annonsering. Vid ett sådant förfarande hade ett kontrakt utan svårigheter kunnat tecknas inom två månader, med hänsyn till att anbudsfristen enligt 8 kap. 3 och 5 §§ LOU är 30 dagar vid användning av elektroniska medel.

Kommunerna anför följande.

Rekvisitet ”synnerlig brådska”

Att genomföra en samordnad upphandling avseende livsmedel tar tid och är en förhållandevis komplicerad upphandling. När annonsering

sker har ett omfattande arbete redan utförts för att ta fram förfrågningsunderlaget; bl.a. statistikuppgifter, behovsanalys, leveransplatser, mängder och villkoren i förfrågningsunderlaget. Ett arbete som för kommunerna i den numera avbrutna upphandlingen pågick mellan den 1 juni 2009 och den 5 februari 2010, d.v.s. cirka 8 månader.

Anbudsgivarna ska ha rimligt tid att lämna anbud. I den numera av kammarrätten upphävda upphandlingen löpte anbudsräkningstiden från den 5 februari 2010 till och med den 14 april 2010, d.v.s. 69 dagar, och tilldelningsbeslut meddelades den 28 juni, tre månader före den tidigare avtalstidens utgång.

I och med att överprövningen drog ut på tiden förhörde sig kommunerna om de leverantörer som kommunerna redan hade avtal med, bl.a. Menigo, var beredda att fortsätta leverera till kommunerna enligt de villkor som gällde enligt då gällande avtal men med uppsägningstid om sex veckor. Avtal om direkttilldelning slöts i mitten av september 2010 på nämnda villkor. Den direkttilldelningen har Menigo varken överprövat eller begärt ogiltigförklarad och har uppenbarligen godtagit att det då förelåg förutsättningar för att tillämpa 4 kap. 5 § 3 p. LOU.

Förvaltningsrätten meddelade sin dom den 25 oktober 2010. En dom som innebar att förvaltningsrätten avslag begäran om överprövning. Sedan Menigo beviljats prövningsstillstånd drog överprövningen ut ytterligare på tiden. Eftersom förvaltningsrätten avslagit överprövningen sa kommunerna upp de tillfälliga avtalen om matleveranser för att övergångsvis teckna nya tillfälliga direktavtal, enligt 4 kap. 5 § 3 p. LOU, med de leverantörer som vunnit upphandlingen. Startpunkten för dessa nya övergångsavtal var den 1 mars 2011. Som framgår av villkoren är avtalen tillfälliga och upphör sex veckor efter det att upphandlingen får avslutas genom tecknande av avtal. Menigo valde inte att teckna ett tillfälligt övergångsavtal för den del som Menigo tilldelats enligt tilldelningsbeslutet den 28 juni. De tillfälliga avtalen är daterade den 27 januari 2011. Kammarrätten meddelade sin dom den 24 februari och kommunerna har därefter beslutat att upphandlingen i dess helhet ska göras om.

Möjligheten att hålla tidsfristerna vid ett öppet eller selektivt förfarande

Menigo har gjort gällande att den omständigheten att någon nu annonserad upphandling inte gjorts under hösten 2010 visar att det inte förelegat någon synnerlig brådska. En ny annonserad tillfällig öppen upphandling på hösten 2010 skulle dock inte ha varit så okomplicerad som Menigo vill ge sken av. För det första måste förfrågningsunderlaget anpassas till nya villkor i och med att avtalstiden kommer att

vara tillfällig, vilket tar viss tid. Dessutom hade kommunerna haft att överväga om avtalsinnehållet i övrigt skulle ändras med tanke på överprövningens innehåll. I den nu aktuella upphandlingen hade kommunerna bestritt ändring och förvaltningsrätten meddelade i sin dom den 25 oktober att ansökan om överprövning lämnades utan bifall. Vid ett sådant förhållande hade kommunerna inte ändrat anbudsfrågan utom i de delar det varit nödvändigt med kortare avtalstid. Även i en tillfällig öppen upphandling måste anbudsgivare ges skälig anbudsräkningstid. Slutligen ska anbuden utvärderas och tilldelningsbeslut meddelas samt avtalsspärr tillämpas. En sådan upphandling skulle med kommunernas förberedelser och utformning av reviderat förfrågningsunderlag, skäligt anbudstid och utvärdering samt tilldelning ha tagit minst omkring sex månader. Därutöver ska den eller de leverantörer som erhåller den tillfälliga direkttilldelningen ges skälig tid för att starta upp uppdraget, vilket tar någon dryg månad, särskilt om det är en ny leverantör eller leveranser till nya områden.

Kommunerna gör gällande att det hade varit kontraproduktivt, både rent praktiskt och ekonomiskt, att under hösten 2010 inleda en ny tillfällig upphandling med samma förfrågningsunderlag som tidigare, risk fanns också för ytterligare överprövning och intermistiskt beslut. Dessutom förelåg det ingen praktisk eller realistisk möjlighet till tillfällig upphandling då kammarrättens dom förväntades meddelas inom en inte alltför avlägsen framtid. Till vilken nytta hade en öppen upphandling påbörjad i november varit om kammarrätten i januari eller februari fastställt förvaltningsrättens dom? Det hade endast varit kostnads- och resurskrävande för både anbudsgivare och kommunerna.

Kammarrättens dom drog ut på tiden och kommunerna bedömde, bl.a. stärkta av förvaltningsrättens dom, att det fanns skäl till att säga upp det med bl.a. Menigo direkttilldelade tillfälliga avtalen och att teckna tillfälliga övergångsavtal på förmånligare villkor med de leverantörer som vunnit upphandlingen enligt tilldelningsbeslut den 28 juni med leveransstart den 1 mars och med en uppsägningstid om sex veckor. Det förelåg alltså inte någon praktisk eller realistisk möjlighet att tillämpa en tillfällig öppen upphandling.

Ogiltighetsförklaring

Eftersom avtalen daterade den 27 januari 2011 föregåtts av direkttilldelning förenlig med förutsättningarna i 4 kap. 5 § 3 p. LOU saknas förutsättningar för ogiltigförklaring.

Menigo anför följande.

Genomförda direktupphandlingar

Som kommunerna nämnt bestod den direktupphandling som gjordes i september 2010 av en förlängning av redan befintliga avtal. Skillnaden mellan en förlängning av befintligt avtal och den förevarande upphandlingen är avsevärd. De avtal som förlängdes var upphandlade i konkurrens och innehöll därmed prislistor som var offererade i en upphandling genomförd i enlighet med LOU. Om en beställare står utan avropsavtal är det av detta skäl mer förenligt med LOU att teckna avtal baserade på det utgående avtalet. Ett sådant förfarande är också förenligt med branschpraxis varför förlängningar regelmässigt godtas av de leverantörer som finns på marknaden.

Kommunernas alternativ

Kommunerna har uttalat att livsmedelsupphandlingar är komplicerade och att det därför tar lång tid att sätta samman förfrågningsunderlag och att genomföra upphandlingen. Detta är förvisso sant i de fall upphandlingen ska gälla under en längre tidsperiod, med särskilt införlivande av politiska beslut eller komplicerade modeller för utvärdering som ska ta fram låga anbudspriser.

I förevarande situation har det snarare varit prioriterat att så snart som möjligt få till ett bindande avropskontrakt som kan användas i mellantiden. Att under sådana förutsättningar förbereda ett förhandlat förfarande med annonsering, eller ett annat mindre omfattande förfarande, är inte mer tidskrävande än den modell kommunerna nu valt – den enda tidsmässiga skillnaden hade varit annonseringsprocessen.

Det ska även påminnas om att kommunerna haft möjlighet att använda sig av reglerna om så kallad förhandsinsyn i 7 kap. 4 § LOU. På detta sätt hade kommunerna begränsat möjligheten till överprövning av direktupphandlingen till tiden direkt efter annonsering och ändå på ett bättre sätt anpassat direktupphandlingen till de regelverk som finns. Att kommunerna inte ens använt detta till buds stående medel ska påverka bedömningen om huruvida den genomförda direktupphandlingen varit tillåten eller inte.

Kommunerna påstår i yttrandet att skälet för att säga upp de löpande förlängningsavtalen var att förvaltningsrätten i Karlstad beslutat att avslå ansökan om överprövning. Detta framstår som märkligt. Som framgår av handlingarna i målet sades förlängningsavtalet upp den 12 januari 2011, d.v.s. mer än två månader efter att Menigo överklagat förvaltningsrättens dom till kammarrätten och prövningstillstånd meddelats. Det svårt att tro att kommunerna verkligen sagt upp ett avtal i anledning av en dom som inte vunnit laga kraft.

Kommunerna anför följande.

Direkttilldelning enligt 4 kap. 5 § 3 p. LOU

Menigo framför att det varit mer rätt att teckna ett tillfälligt avtal med leverantörer enligt det ”utgående” avtalet än med andra leverantörer enligt resultatet av den senaste upphandlingen och gör t.o.m. gällande att Menigos synsätt utgör branschpraxis. Något stöd för påståendet har Menigo emellertid inte visat.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 15 § LOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 §, eller
2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbudsförfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I 7 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5 – 8 §§.

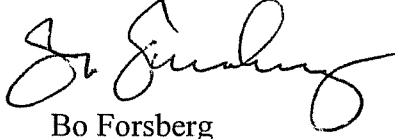
Förvaltningsrättens bedömning

Kommunerna har anfört att man tecknat nya tillfälliga direktavtal den 27 januari 2011, i enlighet med 4 kap. 5 § 3 p. LOU. Som skäl till direktupphandlingen har kommunerna anfört att man inte haft anledning att förutsätta att upphandlingen inte skulle avslutas inom ett år från det att upphandlingen påbörjades. Kommunerna uppger också att en upphandling med föregående annonsering inte kan genomföras och fullföljas på kortare tid

än 6 - 8 månader. Förvaltningsrätten har därför att ta ställning till om kommunerna bort förutse den omständigheten att upphandlingen kunde komma att bli föremål för överprövning. Enligt förvaltningsrättens mening är det närmast ett, i upphandlingssammanhang, självklart faktum att tilldelningsbeslut kan komma att överprövas varför ifrågavarande direktupphandling inte kan sägas vara motiverad av en sådan synnerlig brådska som orsakats av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte kunnat förutse. Den invändningen att kommunerna inte kunnat förutse domstolarnas faktiska handläggningstid föranleder inte någon annan bedömning. På denna grund har kommunernas förfarande medfört att Menigo har lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger därför grund för att besluta att ifrågavarande avtal ska förklaras ogiltiga.

Då 4 kap. 5 § 3 p. LOU inte är tillämplig har förvaltningsrätten att bedöma huruvida avtalet ska bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet i 16 kap. 15 § LOU är uppfyllda. Kommunerna har här anfört att den kommunala livsmedelsförsörjningen utgör ett sådant tvingande allmänintresse som avses i 16 kap. 16 § LOU. Som utgångspunkt gäller här att kommunerna har bevisbördan för att omständigheterna varit sådana att undantagsregeln ska tillämpas. Kommunerna har i denna del anfört att det tvingande allmänintresset skydd för människors liv och hälsa varit för handen. Till stöd för detta påstående har kommunerna anfört att livsmedel är en förutsättning för överlevnad och att kommunerna förser skyddsvärda grupper med mat. Som utgångspunkt gäller här att bestämmelsen ska tolkas restriktivt och att endast exceptionella omständigheter kan leda till att ett ogiltigt avtal ska bestå. Tillgång till mat och dryck har ett starkt och omedelbart allmänintresse. Att tillgång till livsmedel är oundgängligen nödvändigt för att inte riskera människors liv och hälsa är ett faktum som inte behöver visas. Då detta rekvisit går före rekvisitet synnerlig brådska föreligger trots att kommunerna försatt sig själva i denna situation inte skäl att förklara avtalen ogiltiga. Det noteras att avtalen är endast tillfälliga.

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



Bo Forsberg

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Henrik Melin



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