

KLAGANDE

Servera R & S AB, 556233-2451
112 89 Stockholm

Ombud:
Stig Hermanson
Adress som ovan

MOTPART

Västerås kommun
721 87 Västerås

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 1 april 2010 i mål nr 2891-10,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att
upphandlingen ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Servera R & S AB (bolaget) vidhåller sin ansökan om överprövning och tillägger bl.a. följande. Det normala är att en kommun förlänger gällande avtal till dess den rättsliga processen är avslutad. Genom att sluta avtal med Menigo AB och Sigvard Andersson Frukt och Grönt AB utan att informera om detta har bolaget lidit skada eftersom man behållit sin organisation intakt. Den huvudsakliga skadan har emellertid uppkommit genom att bolaget inte ens fått delta i aktuell upphandling.

Västerås stad bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Bolaget anför en ny grund i kammarrätten genom att hävda att det lidit skada genom att inte ens ges möjlighet att delta i aktuell upphandling. De kontrakt som tecknats med andra leverantörer med anledning av ”direktupphandlingen” gäller t.o.m. den 31 mars 2011. Om kammarrätten bifaller bolagets överklagande är den enda tänkbara rättsföljden att upphandlingen görs om. Fråga är dock om ett annonserat förfarande med eventuella utdragna fråge- och överprövningsfaser ryms inom den återstående avtalstiden. Det kan ifrågasättas om det är meningsfullt och lämpligt att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om när staden kanske behöver hela eller större delen av kontraktstiden för att genomföra en ny upphandling.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser framgår av förvaltningsrättens dom.

Enligt 16 kap. 2 § LOU, i för målet aktuell lydelse, ska rätten om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kammarrättens prövning är begränsad till vad förvaltningsrättens dom innefattar, nämligen den upphandling som resulterade i ett kontrakt med Menigo AB.

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att den uppkomna brådskan får tillskrivas stadens bristande planering i den ursprungliga livsmedelsupphandlingen och att den nu aktuella upphandlingen utan föregående annonsering inte är förenlig med LOU.


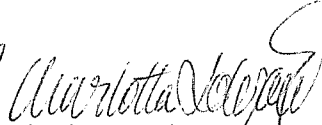
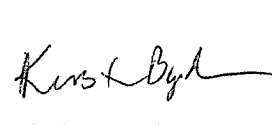
Kammarrätten har därefter att ta ställning till om bolaget till följd av stadens förfarande lidit eller kan komma att lida skada.

Inledningsvis konstaterar kammarrätten att även om bolaget delvis anför nya omständigheter har saken inte ändrats och att omständigheterna är sådana att de kan läggas till grund för rättens prövning.

Kammarrätten konstaterar vidare att staden genom att företa en upphandling utan föregående annonsering hindrat bolaget från att vara med och konkurrera om aktuellt kontrakt. Bristen är sådan att den medfört att bolaget lidit skada. Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 2 § LOU föreligger därför. Överträdelsen är av sådan art att det inte kan anses

tillräckligt att upphandlingen rättas utan den måste göras om. Vad staden
anfört i den här delen föranleder inte någon annan bedömning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

  
Eva Lindeblad Charlotta Lokrantz Kerstin Bynander
kammarrättsråd kammarrättsråd t.f. assessor
ordförande referent



SÖKANDE

Servera R & S AB, 556233-2451

Ombud: Stig Hermanson
Servera R & S AB
112 89 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun, 212000-2080
Stadshuset
721 87 Västerås

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Västerås kommun (kommunen) har inlett upphandling av ramavtal avseende livsmedel för successiva avrop till kommunen inom skola, barnomsorg, äldreomsorgsenheter och viss cafeteriaverksamhet för tiden den 1 april 2010 – den 31 mars 2012 med möjlighet till två års förlängning (dnr 2009/66-PS-061) (livsmedelsupphandlingen). Gällande avropsavtal upphörde den 31 mars 2010. Anbudsförfrågan utgick den 11 augusti 2009 och sista dag för ingivande av anbud var den 12 oktober 2009. Livsmedelsupphandlingen är uppdelad i tre delar: 1) leveranser till tillagningskök, 2) leveranser till serveringskök och mindre tillagningskök och grönsaker, potatis och frukt till samtliga kök, samt 3) mejerivaror. Livsmedelsupphandlingen har skett genom öppet förfarande. Ett av de sju bolag som lämnat anbud är Servera R & S AB (bolaget). Enligt tilldelningsbeslut den 15 februari 2010 ska ramavtal upprättas med Menigo AB (Menigo) avseende del 1, med Sigvard Andersson Frukt och Grönt AB avseende del 2 och med Milko AB avseende del 3.

Sedan bolaget ansökt om överprövning av livsmedelsupphandlingen och bl.a. yrkat att förvaltningsrätten skulle besluta att del ett och två inte fick slutföras förrän förvaltningsrätten meddelat dom i målet (inhibition) biföll förvaltningsrätten genom beslut den 23 februari 2010 bolagets inhibitionsyrkande.

Den 11 mars 2010 träffade kommunen, utan föregående annonsering, avtal om leverans av livsmedel enligt livsmedelsupphandlingens del ett med Menigo för tiden den 1 april 2010 – den 31 mars 2011, med möjlighet till förlängning med tre månader i taget för det fallet att pågående överprövad upphandling med dnr 2009/66-PS-061, eller eventuellt ny upphandling, inte är avslutad den 31 mars 2011.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av den upphandling som den 11 mars 2010 resulterade i kontrakt med Menigo (upphandlingen) och yrkar att förvaltningsrätten ska förklara att upphandlingen strider mot LOU och därför omedelbart måste avslutas. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kommunen har åsidosatt det krav på affärsmässighet som uppställs i 1 kap. 9 § LOU, vilket medför att bolaget kommer att lida skada. Bolaget utgår ifrån att kommunen gjort en förhandlad upphandling och inte en direktupphandling, som kommunen uppgett, eftersom bolaget i så fall skulle ha haft möjlighet att delta. Den möjligheten gavs inte i nuläget. Att inte ens informera visar att kommunen inte visat den affärsmässighet som är innebörden av de EU-rättsliga principerna.

Kommunen begärde anstånd hos förvaltningsrätten för att inkomma med svar på överprövningen av utfallet i livsmedelsupphandlingen. Respittiden använde kommunen till att göra en förhandlad upphandling med den leverantör som man antagit i tilldelningsbeslutet. Bolaget tolkar detta som att kommunen erkänner att man gjort fel i livsmedelsupphandlingen och kommer att tvingas att göra en ny upphandling, som kommer att ta tid. Om kommunen räknat med att få rätt i förvaltningsrätten borde kommunen istället ha låtit bolaget fortsätta leveranserna, tills domen vunnit laga kraft. Även detta vore en förhandlingsupphandling, men den skulle orsaka minst problem för samtliga inblandade. Den vore dessutom väldigt kortsiktig.

Kommunen har inte lyckats anpassa sin livsmedelsupphandling till den tid som en sådan tar, vid vilken man måste räkna med tid för överprövning av beslut. Tilldelningsbeslutet meddelades den 15 februari 2010 och bolaget lämnade in en ansökan om överprövning den 19 februari 2010. Kommunen begärde då anstånd med inkommande med yttrande t.o.m. den 19 mars 2010. Kommunen fördröjde således målets handläggning med en hel månad. Under den tidsperioden kunde ärendet ha avgjorts. En förhandlad

upphandling kan göras enligt 4 kap. 5 § 3 LOU om omständigheterna inte kunnat förutses m.m. Överprövningar av livsmedelsupphandlingar är emellertid inte något ovanligt idag, tvärtom. En överprövning borde därför ha ingått i kommunens tidsplanering.

Bolaget har en organisation som är uppbyggd för att serva kommunens enheter med livsmedel och är bemannad med säljare, lagerpersonal, chaufförer och bilar. Kommunen har inte informerat bolaget om upphandlingen, utan bolaget fick informationen via en enhet. Detta har resulterat i en avsevärd kostnadsökning då bolaget inte kunnat anpassa resurserna till försäljningen när kommunens försäljning på 57 årsmiljoner försvann, med så liten tidsmarginal som det nu blev. Den enda information om upphandlingen som bolaget har fått från kommunen är ett e-postmeddelande, och det tillkom efter en fråga. Detta strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget kommer att lida avsevärd ekonomisk skada pga. att bolaget kommer att få ett avbrott i leveranserna till kommunen, vilket innebär stora kostnader för resursanpassning på väldigt kort tid.

Kommunen bestrider bolagets yrkande och anför till stöd härför bl.a. följande. Den av kommunen gjorda livsmedelsupphandlingen avsåg cirka 1 000 produkter fördelade i tre delar. I kvalificerings- och utvärderingsfaserna visade det sig att ingen av anbudsgivarna hade förmått lämna otvetydiga uppgifter i sina anbud. Detta medförde ett oerhört merarbete för kommunen i form av frågor, begäranden om förtydliganden och påminnelser om begärda svar. Sista svaret från anbudsgivarna inkom den 1 februari 2010. På grund av de utdragna kvalificerings- och utvärderingsfaserna kunde tilldelningsbeslut inte meddelas förrän den 15 februari 2010. Sedan överprövning begärts i anbudsdelarna ett och två kunde ett slutligt domstolsavgörande inte väntas innan gällande avropsavtal upphör den 31 mars 2010. På grund härav nödgades kommunen, som en övergångslösning,

träffa avtal utan föregående annonsering med de leverantörer som tilldelades uppdrag i livsmedelsupphandlingen. Detta för att kunna upprätthålla nödvändig försörjning av livsmedel till kommunens olika avropsenheter. De priser som härvid förhandlades fram var gynnsammare för kommunen än de som följde av gällande avropsavtal.

Livsmedelsupphandlingen påbörjades under våren 2009, dvs. när ungefär ett år återstod av gällande avropsavtal. Efter sista dag för ingivande av anbud fanns nästan ett halvår tillgängligt för kvalificering, utvärdering och tilldelning. Under normala förhållanden skulle tilldelningsbeslutet ha kunnat meddelas en till två månader efter sista dag för ingivande av anbud. Då hade också en överprövning, åtminstone i en instans, utan vidare inrymts i tiden fram till gällande avropsavtals upphörande. Såsom beskrivits ovan förmådde dock anbudsgivarna inte lämna anbud som omedelbart gick att bedöma. Enligt kommunens bedömning berodde detta inte i något fall på oklarheter i förfrågningsunderlaget.

Den övergångslösning som valdes var enligt kommunens bedömning absolut nödvändig pga. kommunens åligganden enligt lag. På grund av synnerlig brådska fanns i den uppkomna situationen ingen annan möjlighet än att träffa avtal utan föregående annonsering. Att kommunen hamnade i denna prekära situation var utan egen förskyllan och inget kommunen med rimliga mått mätt borde ha förutsett. Med bolagets logik vore kommunen i princip tvungen att påbörja nästa livsmedelsupphandling så snart man har avslutat en tidigare och det är inte rimligt. Samma inställning måste framföras mot bolagets påstående att det ska ligga kommunen till last vid bedömningen enligt 4 kap. 5 § 3 LOU att kommunen har tvingats begära anstånd vid förvaltningsrätten. Dessutom är bolaget felunderrättat. Anstånd begärdes inte i en månad utan i 14 dagar och det pga. bl.a. sjukdom hos nyckelpersoner i upphandlingen.

DOMSKÄL

Av 1 kap. 2 § första stycket LOU framgår att denna lag gäller för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner.

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.

Enligt 2 kap. 9 § LOU avses med förhandlat förfarande ett förfarande där den upphandlande myndigheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Av 3 kap. 1 § första stycket 2 LOU framgår att denna lag ska tillämpas på kontrakt vilkas värde beräknas uppgå till minst de belopp (tröskelvärden) som Europeiska gemenskapernas kommission vid varje tid har beslutat eller lämnat meddelande om, om kontraktet avser varor och tjänster som upphandlas bl.a. av annan myndighet än en central statlig myndighet. Enligt femte stycket i samma lagrum ska värdet av kontraktet beräknas exklusive mervärdesskatt.

Av Tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling framgår att vid tillämpning av LOU gäller följande tröskelvärden i euro och svenska kronor vid tillämpning av 3 kap. 1 § första stycket 2 LOU: 193 000 euro respektive 1 919 771 kronor.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska vid offentlig upphandling öppet eller selektivt förfarande användas. Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2-9 §§.

Av 4 kap. 5 § 3 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

I förarbetena till den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling uttalas bl.a. att förhandlat förfarande utan föregående annonsering inte får tillämpas då tidsnöden uppkommit pga. bristande planering från den upphandlande enhetens sida (prop. 1992/93:88, s. 77) och att bestämmelsen endast får användas i undantagsfall (prop. 1996/97:153, s. 65).

Av förfrågningsunderlaget till livsmedelsupphandlingen framgår under punkten 1.6 Omfattning att värdet av livsmedelsupphandlingens del ett uppgår till cirka 45 miljoner kr per år. Vidare framgår att förfrågningsunderlaget är daterat den 11 augusti 2009 och att sista dag för anbudslämnande var den 12 oktober 2009.


Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det avtal som kommunen den 11 mars 2010 tecknade med Menigo avser varor och tjänster till ett värde om cirka 45 miljoner kr, vilket innebär att LOU är tillämpligt på förfarandet. Värdet innebär i sin tur att förfarandet omfattas av de EG-rättsliga bestämmelserna på området. Huvudregeln under dessa förutsättningar är att upphandling ska genomföras enligt öppet eller selektivt förfarande, men förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får användas i vissa fall, bl.a., vilket kommunen gör gällande är fallet i målet, om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Det åligger kommunen att visa att denna undantagssituation är för handen.

Fråga uppkommer därmed om den utdragna processen i livsmedelsupphandlingen inte hade kunnat förutses av kommunen. Förvaltningsrättens uppfattning är att kommunens planering av livsmedelsupphandlingen, utöver tid för domstolsprövning, även borde ha innefattat tid för besvarande av frågor från anbudsgivarna. Att det är av stor vikt att livsmedelsförsörjningen fungerar tillfredsställande och att det därför kan vara nödvändigt att tilldela kontrakt ifrågasätts inte av förvaltningsrätten. Den uppkomna brådskan får emellertid tillskrivas kommunens bristande planering, varför en upphandling utan föregående annonsering inte är förenlig med LOU.

Vad avser huruvida bolaget till följd av kommunens förfarande kommer att lida skada har bolaget anfört att det, pga. kommunens bristande information, kommer att få avsevärt ökade kostnader då det inte i god tid kunnat anpassa resurserna till de nya förutsättningarna. I målet är emellertid ostridigt att gällande avropsavtal upphör den 31 mars 2010. Att det därefter funnits möjlighet till förlängning har inte framkommit. För bolaget måste det därför ha stått klart att inga garantier fanns för att bolaget skulle antas som leverantör även vid nästkommande livsmedelsupphandling. Bolaget har således haft att räkna med ett upphörande av leveranserna till kommunen. Vad bolaget har anfört innebär därför inte att bolaget till följd av kommunens avtal med Menigo kommer att lida skada. Bolagets ansökan om överprövning kan av denna anledning inte bifallas.

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



Kristina Jaros Åberg
rådman

Målet har handlagts av Hannah Johnson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.