



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2012-07-02
Meddelad i
Luleå

Mål nr
1107-12 E
D5

SÖKANDE

Menigo Foodservice AB, 556044-4647
c/o Mikael Bengtsson
Box 9081
220 05 Årsta

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

KONKURRENSVERKET	
2012-07-04	
Avd	
Dnr	
Dass	Aktbil

MOTPARTER

1. Haparanda kommun
953 31 Haparanda

2. Överkalix kommun
956 81 Överkalix

3. Övertorneå kommun
957 85 Övertorneå

Ombud för 1 – 3: Kommunchefen Rolf Kummu
Övertorneå kommun
957 85 Övertorneå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 29510

Postadress Box 849 971 26 Luleå	Besöksadress Skeppsbrogatan 41	Telefon 0920-29 54 90 E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se www.dom.se	Telefax 0920-29 54 98	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--	--	---	---------------------------------	---

YRKANDEN M.M.

Haparanda, Överkalix och Övertorneå kommuner (kommunerna) har genom ett öppet förfarande genomfört en upphandling av "Livsmedel 2012". Tre anbud inkom, varav Menigo Foodservice AB (Menigo) var en av anbudsgivarna.

Menigo har tidigare, mål nr 873-12, ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits genom en ny anbudsutvärdering avseende varugrupperna 5 (kött, sous-vide), 6 (kött och chark, djupfryst), 7 (fisk, bearbetat, djupfryst), 8 (fisk, naturell, djupfryst), 12 (ost, matfett) och 15 (kolonial).

Kommunerna har den 21 maj 2012 beslutat att avbryta upphandlingen för ovan nämnda varugrupper, samt även för varugrupperna 1 och 2 (frukt och grönsaker respektive potatis) med motiveringen att det finns ottyligheter i förfrågningsunderlaget för de aktuella varugrupperna som på ett avgörande sätt förhindrat ett affärsmässigt genomförande och resultat av upphandlingen, både för den upphandlande myndigheten och för deltagande anbudsgivare.

Menigo ansöker nu om överprövning av den avbrutna upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara kommunernas beslut.

Enligt Menigos uppfattning är kommunernas beslut att avbryta upphandlingen inte sakligt grundad. Det står därför i strid med LOU:s regelverk och principerna för offentlig upphandling. Genom kommunernas felaktiga beslut att avbryta upphandlingen riskerar Menigo och övriga anbudsgivare att lida skada. Den inledda upphandlingen ska således avslutas i enlighet med dom som förvaltningsrätten ska meddela avseende ansökan om överprövning av själva upphandlingen. Som stöd för sin uppfattning anför Me-

nigo bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget är inte alls otydligt och några sådana brister har överhuvudtaget inte gjorts gällande från anbudsgivarnas sida. De brister som föreligger är istället direkt hänförliga till den utvärdering som kommunerna företagit, vilket uttryckligen kommunerna angett i sitt avbrytandebeslut. Att den upphandlande myndigheten felaktigt utvärderat anbuderna utgör inget sakligt skäl att avbryta en upphandling. Det är istället en rättelse som ska göras. Vad kommunen anfört om prisjusteringsklausuler är inte heller något sakligt skäl för att avbryta upphandlingen. Menigo ifrågasätter dessutom hur kommunerna kan mena att förfrågningsunderlaget kan ha varit tydligt såvitt avser de varugrupper som inte är föremål för överprövning eftersom de omfattas av samma förfrågningsunderlag och tillämpning av belastningspriser.

Kommunerna vidhåller sitt beslut att avbryta upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska avslå Menigos ansökan samt anför i huvudsak följande. Kommunerna har valt att avbryta upphandlingen sedan man uppmärksammat brister i förfrågningsunderlaget. Detta gjordes i samband med att upphandlingen överprövades då kommunerna konstaterat att förfrågningsunderlaget är utformat så att det kan och har uppkommit oklarheter om hur belastningspriserna skulle användas. Till detta ska läggas att anbudsgivare, i sin kontakt med kommunerna under anbudstiden, fått information som gått emot både hur kommunerna avsåg att nyttja belastningspriserna och vad som står skrivet i förfrågningsunderlaget. För två anbudsområden har det saknats bestämmelser om hur prisjustering får göras. Till följd av detta har kommunerna inte kunnat göra en objektiv och korrekt jämförelse mellan anbuderna och anbudsgivarna har lämnat anbud på olika villkor i strid med LOU:s bestämmelser. Bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Kommunerna kan därför inte komma till rätta med dem med mindre än att upphandlingen avbryts och görs om. Kommunerna anser sammanfattningsvis att beslutet att avbryta upphandlingen vilar på saklig grund. Som stöd för sin uppfattning

hänvisar kommunerna till Kammarrätten i Jönköpings dom den 20 september 2010, mål nr 1427-10, och Kammarrätten i Stockholms dom den 12 april 2011, mål nr 6093-10.

Menigo har härefter i yttrande vidhållit sitt yrkande och anfört bl.a. följande. Kommunerna har inte förmått styrka att det för ligger sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Menigo vidhåller bestämt att det av förfrågningsunderlaget tydligt framgår i vilka fall belastningspriser kommer att komma att påföras anbudena. I de administrativa föreskrifterna ställs en mängd obligatoriska ska-krav på såväl leverantörer som på varan/leveransen. Utöver de obligatoriska ska-kraven anges även produktspecifika krav och för det fall att anbudet innehåller "luckor i sortimentet" eller att "artiklar ej offererats" eller att "anbudet saknar pris i viss position" så kommer anbudet i den positionen att drabbas av ett belastningspris. Inte heller innehåller förfrågningsunderlaget motstridigheter på sätt som kommunerna gör gällande. Den information som kommunerna gett anbudgivarna under upphandlingen syns inte heller ha sin grund i förfrågningsunderlaget utan är snarare att hänföra till kommunernas personella resurser och brist på kunskap. Kommunerna har inte heller redogjort för vilken information som överlämnats att detta under inga omständigheter kan vara att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet. Frånvaron av en prisjusteringsklausul är vidare måhända en dålig affär för kommunerna med ingalunda ett sakligt skäl för att avbryta upphandlingen. Menigo ifrågasätter vidare riktigheten i kommunernas påstående att frånvaron av en prisjusteringsklausul riskerat att säkerställa att anbudet med lägst pris skulle komma att antas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av EU-domstolens praxis framgår att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (mål C-92/00 HI, punkt 40-41). EU-domstolen har också uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller när det finns

tungt vägande skäl (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25). Ett beslut att avbryta en upphandling måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (jfr RÅ 2009 ref. 43). EU-domstolen har vidare uttalat att sakliga skäl kan bestå i att den upphandlande myndigheten på grund av fel som den själv begått inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (mål C-244/02 Kauppatalo Hansel). Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Det huvudsakliga skäl som kommunerna har åberopat till stöd för sitt beslut att avbryta upphandlingen är att det förelegat brister i förfrågningsunderlaget och att det därför inte varit tillräckligt tydligt. Kommunerna har särskilt påtalat att kommunernas avsikt med belastningspriser inte kommit till klart uttryck i förfrågningsunderlaget, vilket möjliggjort alternativa tolkningar samt att det för varugrupperna 1 och 2 inte angetts ett sätt för prisjustering under avtalstiden, vilket kan leda till en situation med i princip fri prissättning för de varor som inte ingår i varugrupperna.

Belastningspriser

Av kommunernas yttrande framgår att avsikten med belastningspris var att det skulle påföras när en vara saknades helt, men också i de fall då en offererad vara inte motsvarade ställda krav.

Förvaltningsrätten konstaterar att det – såsom kommunerna anført – på tre ställen i förfrågningsunderlaget (1.1, 1.6 och 6.2) är beskrivet hur metoden med belastningspriser ska användas och att det under de återgivna avsnitten inte entydigt är beskrivet hur metoden är tänkt att användas. Enligt förvaltningsrättens mening är det därför inte uteslutet att det förhållandet kan ha gett upphov till feltolkningar och att deltagande anbudsgivare därigenom utformat sina anbud utifrån olika förutsättningar. I avsnittet under

rubriken "Utvärderingskriterier" (6.2), anges till exempel följande. "För det fall att anbudet saknar pris i en viss position kommer anbudet att drabbas av belastningspris", vilket språkligt sett inte kan tolkas på annat sätt än att belastningspris ska påföras först om positionen saknar prisuppgift, vilket alltså inte varit kommunernas avsikt. Kommunerna har också framfört att vinnande anbud i sitt anbud offererat varor som, till exempel avseende förpacknings- eller produktstorlek, inte bara avviker med mer än det minsta tillåtna från den vara som efterfrågas, utan även helt annorlunda varor. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund härav att förfrågningsunderlaget varit så otydligt formulerat att det förelegat en brist i förfrågningsunderlaget som kunnat påverka anbudsgivarnas förutsättningar att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Enligt förvaltningsrättens mening går det inte heller att bortse från uppgiften som kommunerna lämnat om att anbudsgivare, i sin kontakt med kommunerna under anbudstiden, fått information som gått emot både hur kommunerna avsåg att nyttja belastningspriserna och vad som står skrivet i förfrågningsunderlaget. Kommunernas beslut att avbryta upphandlingen på grund av otydligheter i förfrågningsunderlaget kring belastningspris får därmed anses vila på sakligt godtagbara skäl.

Prisjustering för varugrupperna 1 och 2

EU-domstolen har – såsom ovan anförts – uttalat att sakliga skäl för att avbryta en upphandling också kan bestå i att den upphandlande myndigheten på grund av fel som den själv begått inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kommunerna har anfört att de för varugrupperna 1 och 2 inte angett ett sätt för prisjustering under avtalstiden, vilket leder till en situation med i princip fri prissättning för de varor som ingår i varugrupperna.

Varugrupperna 1 och 2 omfattar frukt och grönsaker samt potatis. För dessa typer av livsmedel varierar priserna stort beroende på tillgång och

säsong. Förvaltningsrätten anser därför – i likhet med vad kommunerna anfört – att avsaknaden av bestämmelser i förfrågningsunderlaget om prisjustering under avtalstiden kan få till följd att det inte går att göra en objektiv och korrekt prisjämförelse. Därmed kan också kommunerna med stor sannolikhet inte säkerställa att anbudet med lägsta bud antas. Förvaltningsrätten anser således att även vad kommunerna anfört om frånvaron av prisjusteringsklausul får anses vara ett godtagbart skäl att avbryta upphandlingen.

Slutsats

Förvaltningsrätten anser således sammanfattningsvis att kommunerna kunnat visa att det föreläggat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen avseende varugrupperna 1, 2, 5, 6, 7, 8, 12 och 15. Den omständigheten att kommunerna inte beslutat att avbryta upphandlingen i sin helhet, medför ingen annan bedömning. Förvaltningsrätten finner följaktligen att skäl för ingripande enligt LOU inte kan anses föreligga på de av Menigo anförda grunderna. Menigos ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR se bilaga (DV 3109/1C)



Britt Dahlin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 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.