



SÖKANDE

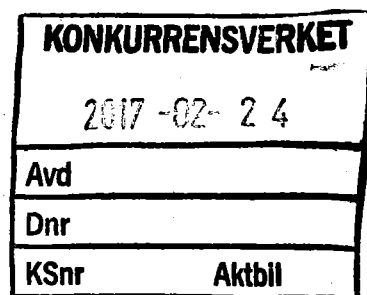
Menigo Foodservice AB, 556044-4647

Ombud: advokaten Liselott Fröstad och jur. kand. Anna Englund
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. Kumla kommun
2. Askersunds kommun
3. Laxå kommun
4. Lekebergs kommun
5. Hallsbergs kommun

Ombud: Örebro kommun
Box 30070
701 35 Örebro



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Kumla kommun, Askersunds kommun, Laxå kommun, Lekebergs kommun och Hallsbergs kommun genomför en upphandling av livsmedel. Upphandlingen samordnas av Örebro kommun.

Kommunerna beslutade den 29 september 2016 att avbryta upphandlingen. Som skäl för beslutet angavs att anbuden blivit så gamla att innehållet i sortimentsspecifikationen inte längre motsvarar det varusortiment som marknaden idag har att erbjuda och som kommunerna är i behov av. Kommunerna vill istället genomföra en ny upphandling i syfte att få aktuellt sortiment.

Meniga Foodsvervice AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva kommunernas beslut att avbryta upphandlingen, samt förordna att upphandlingen får avslutas först när kommunerna genomfört en ny utvärdering. Som grund för sina yrkanden anför bolaget att kommunerna avbrutit upphandlingen utan sakligt godtagbara skäl, och att de därigenom brutit mot den grundläggande principen om proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har riskerat att lida skada genom att upphandlingen inte har fått fortgå.

PARTERNAS TALAN

Parterna anför sammanfattningsvis följande.

Bolaget

Upphandlingen annonserades den 28 december 2015. Kommunerna har fattat totalt tre tilldelningsbeslut i upphandlingen, som alla återkallats på grund av fel i utvärderingen. Bolaget bestrider att varusortimentet på marknaden har förändrats så mycket sedan upphandlingen annonserades att sortimentet inte längre motsvarar kommunernas behov. Det har inte utgått varor ur sortimentsspecifikationen i den utsträckningen att det är nödvändigt att genom-

föra en ny upphandling. Inte heller kan kommunernas behov rimligtvis ha förändrats i den utsträckningen att det är nödvändigt att genomföra en ny upphandling. Avtalsstarten var inledningsvis beräknad till den 1 februari 2016. Att avbryta upphandlingen redan i september 2016 på grund av att varukorgens innehåll redan var utdaterat är varken rimligt eller ett sakligt godtagbart skäl. Att upphandlingen dragit ut på tiden beror på kommunerna. Det är inte ett sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen på grund av att anbuden och sortimentsspecifikationerna har blivit gamla, när det är kommunerna som är skyldiga till att upphandlingen har dragit ut på tiden.

Villkoren i upphandlingen tar höjd för att kommunernas behov kommer att ändras under avtalstiden. Av punkt 6.1.7 i förfrågningsunderlaget följer att när en avtalsvara utgår ska leverantören föreslå en ersättningsprodukt i samma prisklass med bibehållna egenskapskrav. De produkter som utgått sedan upphandlingen annonserades skulle med andra ord kunna ersättas av likvärdiga produkter. Punkt 5.1.2 i förfrågningsunderlaget ger även kommunerna rätt att lägga till en ny vara som dyker upp på marknaden till samma villkor som det befintliga sortimentet. Detsamma gäller om kommunerna inte längre vill ha en viss vara i sortimentet, eller om kommunerna vill byta ut en vara mot en annan.

Anbudens giltighetstid förlängdes i augusti 2016, trots att giltighetstiden då redan hade gått ut. Det är dock möjligt att göra anbud giltiga igen, trots att de under en period varit ogiltiga (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december 2009 i mål nr 4963-09). Den automatiska förlängning av giltighetstiden vid ansökan om överprövning som framgår av förfrågningsunderlaget har sedan aktiverats genom bolagets ansökan till förvaltningsrätten.

Kommunerna

Det har skett förändringar på marknaden som motiverar att en ny konkurrensutsättning sker. Med hänsyn till likabehandlingsprincipen får kommu-

nera inte föregripa innehållet i en kommande upphandling. De ändringar som kommunerna avser att göra i den kommande upphandlingen är av en karaktär att de inte ryms inom det utrymme till sortimentsförändring som finns i den nu aktuella upphandlingen. Det föreligger således sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Sista dag för anbud var den 29 januari 2016, och upphandlingen avbröts den 29 september 2016. Det hade således förflutit sju månader sedan leverantörernas anbud lämnades, vilket är en mycket lång tid att vara bunden av ett lämnat anbud. Det är också i sig ett sakligt skäl att avbryta upphandlingen.

Anbudens giltighetstid löpte ut den 1 maj 2016. Kommunerna skickade den 18 augusti 2016 ut en begäran om förlängning av anbudens giltighetstid. Då giltighetstiden då redan hade löpt ut har kommunerna i det läget agerat felaktigt och upphandlingen skulle istället ha avbrutits. Det har även av denna anledning funnits sakliga skäl att avbryta upphandlingen. I kommunernas begäran om förlängning finns inte förfrågningsunderlagets skrivning om automatisk förlängning av anbudens giltighetstid vid överprövning med. För det fall anbudet anses giltigt efter förlängningen av giltighetstiden löpte giltighetstiden därför ändå ut det datum som anges i beslutet om förlängning – den 21 oktober 2016 – trots bolagets ansökan om överprövning.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

En upphandlande myndighet ska enligt 9 kap. 9 § LOU snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Ett beslut att avbryta en upphandling får endast fattas om den upphandlande myndigheten kan presentera sakligt godtagbara skäl för beslutet. Av EU-domstolens praxis framgår dock att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållna undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl, samt att en förutsättning för ett beslut att avbryta en upphandling är att den upphandlande enheten följer de grundläggande reglerna i fördraget (se C-92/00, C-244/02 och RÅ 2008 ref. 35).

Förvaltningsrättens bedömning

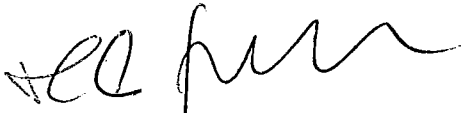
Kommunerna har som skäl för att avbryta upphandlingen angett att de avser att genomföra en ny upphandling eftersom innehållet i den avbrutna upphandlingen inte längre motsvarar det varusortiment som marknaden har att erbjuda och som kommunerna är i behov av. I förvaltningsrätten har kommunerna uppgett att de avser att göra ändringar i den kommande upphandlingen som är av en karaktär att de inte ryms inom det utrymme till sorti-

mentsförändring som finns i avbrutna upphandlingen. Det har inte framkommit skäl att ifrågasätta kommunernas uppgifter i denna del. Att kommunerna i detta skede inte närmare kan presentera innehållet i den nya upphandlingen föranleder inte någon annan bedömning.

Förvaltningsrätten anser att kommunerna redan på denna grund presenterat sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. För information om hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B LOU).



Hans-Erik Jonasson
F.d. lagman

Föredragande har varit förvaltningsrättsjuristen Erik Ludvigsson.