



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2017-10-25
Meddelad i Göteborg

Mål nr
4640-17

SÖKANDE

Martin & Servera AB, 556233-2451

Ombud:

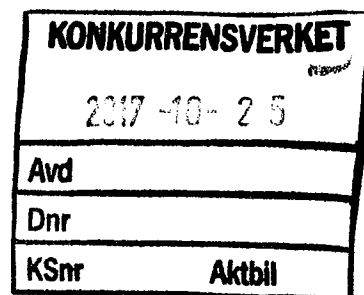
Advokat Michael Krusin och jur.kand. Björn Bergström
Ramberg Advokater AB
Box 7531
103 93 Stockholm

MOTPART

Varbergs kommun
432 80 Varberg

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen Färskt Kött och Chark, dnr KS 2016/0489, ska göras om.

Dok.Id 504464

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Varbergs kommun (kommunen) genomför en upphandling av Färskt kött och Chark, dnr KS 2016/0489. Efter genomförd annonsering hade ett anbud inkommit, från Martin & Servera AB (Martin & Servera), och kommunen beslöt den 9 februari 2017 att övergå från ett öppet förfarande till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Anledningen var att inkommet anbud var avsevärt mycket dyrare än befintliga avtalspriser och ansågs därför inte som lämpligt. Varbergs kommun har härefter valt att anta Svensk Cater AB (Svensk Cater) som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Martin & Servera ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Kommunen har vid övergången till ett förhandlat förfarande gjort väsentliga förändringar i förhållande till den tidigare genomförda annonserade upphandlingen. Att ändra eller ta bort ett obligatoriskt krav är alltid att anse som en väsentlig förändring. Kommunen har i förhållande till Svensk Cater avvikit från flera kvalificeringskrav i upphandlingen. Bland annat har bolaget inte behövt skicka in handlingar avseende kvalitetsledningssystem och miljöledningssystem. Att Svensk Cater skulle anses uppfylla kvalificeringskraven endast mot den bakgrund att kommunen bjudit in bolaget till upphandlingen strider mot LOU eftersom en väsentlig förändring då har skett. Svensk Cater har inte heller, såvitt framgår av handlingarna, accepterat avtalsvillkoren vilket var ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Även detta utgör således en väsentlig förändring. Kommunen har inte heller meddelat bolaget eller den övriga marknaden om förändringarna. Om bolaget känt till förändringarna hade man lämnat in ett helt nytt anbud från ett annat bolag i koncernen med en annan prissättning. Även andra leverantörer på marknaden hade kunnat ha agerat annorlunda. Då det konkurrensuppsökande skedet har påverkats

måste upphandlingen göras om. Kommunen har vidare brutit mot principen om likabehandling genom att dels förhandla med Svensk Cater trots att deras anbud inte uppfyller samtliga ställda krav vid anbudstidens utgång, dels förhandla på ett mer ingående och detaljerat sätt med Svensk Cater än med bolaget. Svensk Cater har efter sista anbudsdag fått möjlighet att komplettera sitt anbud med referenser, pris för expressleverans och köttfärs som visat sig vara felaktig. Att komplettera anbud gällande obligatoriska krav efter anbudstidens utgång är aldrig tillåtet, inte ens vid ett förhandlat förfarande. För att en förhandling ska få ske krävs att de obligatoriska kraven är uppfyllda. Svensk Cater har också i ett flertal fall fått lov att byta ut produkter som inte uppfyllt kraven i stället för att som det anges i förfrågningsunderlaget åsättas ett belastningspris. Bolaget har inte fått denna möjlighet, vilket strider mot principen om likabehandling. Även detta förfarande har inneburit skada för bolaget.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Då det endast hade kommit in ett anbud valde kommunen att i stället för att avbryta upphandlingen övergå till ett förhandlat förfarande. Kommunen valde att skicka ut förfrågningsunderlaget till inbjudna leverantörer i oförändrat skick vilket medförde att vissa skall-krav inte längre var aktuella. Till exempel fick de utvalda anbudsgivarna en vecka på sig att inkomma med anbud i stället för de 40 dagar som angavs i förfrågningsunderlaget. Samtliga tre leverantörer som bjöds in har behandlats lika. Inga väsentliga förändringar har genomförts. Samtliga leverantörer har fått samma möjlighet att komplettera sina anbud och kommunen rekommenderade även leverantörerna att lägga fler produkter per position för att försäkra sig om att ha ett godkänt svar. Upphandlingen har genomförts i enlighet med gällande lagstiftning.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt (4 kap. 5 § första stycket 1 LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU.

I nu aktuellt mål har kommunen i enlighet med 4 kap. 5 § LOU övergått från ett öppet förfarande till ett förhandlat förfarande utan föregående

annonsering då man gjort bedömningen att inga lämpliga anbud kommit in. Frågan i målet är om kommunen vid genomförandet av det förhandlade förfarandet har agerat i enlighet med LOU och de grundläggande principerna för upphandling.

Det framgår varken av förarbeten eller praxis vad som avses med att ett anbud inte är lämpligt. Förvaltningsrätten anser att formuleringen inte innefattar situationen när ett anbud på rent formella grunder är ogiltigt eller inte uppfyller ska-kraven. Däremot kan ett anbud vara olämpligt om det t.ex. är för dyrt eller omfattar ett olämpligt alternativt utförande (jfr Falk, Lag om offentlig upphandling - en kommentar, andra upplagan s. 173).

Kommunen har bedömt att det inkomna anbudet från Martin & Servera inte varit lämpligt eftersom det varit för dyrt och bolaget har inte anfört något närmare i denna del. Förvaltningsrätten anser därför att kommunen får anses ha haft fog för att byta upphandlingsförfarande till förhandlat förfarande i enlighet med 4 kap. 5 § LOU.

Härefter kommer frågan om kommunen under upphandlingens gång väsentligt har förändrat kontraktsvillkoren. Att kontraktsvillkoren inte får ändras väsentligt måste enligt förvaltningsrättens mening innebära att upphandlingens identitet ska vara densamma efter övergången till den förhandlade upphandlingen. Varje omständighet som kan ha bidragit till att presumtiva anbudsgivare i den första och resultatlösa upphandlingen har avstått från att lämna anbud, måste bibehållas i den nya förhandlade upphandlingen (jfr Falk, Lag om offentlig upphandling en kommentar, andra upplagan s. 174). I ett avgörande från Tribunalen uttalade domstolen att även om den upphandlande myndigheten har behörighet att förhandla i ett förhandlat förfarande, är den dock alltid skyldig att se till att villkoren i kontraktshandlingarna, som den frivilligt har valt att göra tvingande, iakttas (se mål nr T-40/01, Scan Office Design SA mot Kommissionen, p 76).

Martin & Servera har anfört att kommunen inte har kontrollerat att Svensk Cater uppfyller kvalificeringskraven i enlighet med förfrågningsunderlaget. Kommunen har bekräftat att man inte genomfört de formella kontrollerna av om de inbjudna leverantörerna uppfyller kvalificeringskraven eftersom man har gjort bedömningen att leverantörerna som bjudits in är kvalificerade – annars hade de inte bjudits in till upphandlingen. Av kommunens yttrande framgår således att kommunen har frångått förfrågningsunderlaget inklusive de obligatoriska krav som stadgats där. Förvaltningsrätten anser det därför visat att kommunen har ändrat kontraktsvillkoren väsentligt och således agerat i strid med LOU genom sitt förfarande. Förvaltningsrätten anser inte att det finns skäl att pröva de ytterligare grunder som Martin & Servera har framfört i sin ansökan.

Som redan har konstaterats har kommunen väsentligen ändrat kontraktsvillkoren på ett sätt som strider mot LOU. Martin & Servera har enligt förvaltningsrättens mening i vart fall riskerat att lida skada genom kommunens förfarande. Det finns därmed anledning att ingripa mot upphandlingen enligt LOU. Mot bakgrund av att det fel som har förekommit måste anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

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

Karin Hansson
Tf. rådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.