



KLAGANDE

1. Finspångs kommun, 212000-0423
Bergslagsvägen 13-15
612 80 Finspång

2. Kinda kommun, 212000-0399
Box 1
590 40 Kisa

3. Linköpings kommun, 212000-0449
581 81 Linköping

4. Norrköpings kommun, 212000-0456
601 81 Norrköping

5. Söderköpings kommun, 212000-0464
614 80 Söderköping

6. Valdemarsviks kommun, 212000-0431
615 80 Valdemarsvik

7. Åtvidabergs kommun, 212000-0415
Box 206
597 25 Åtvidaberg

8. Östergötlands läns landsting, 232100-0040
581 91 Linköping

Ombud för 1 - 8: Per Bäckström
Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen, Upphandlingscenter
Slottsgatan 118, 602 22 Norrköping

MOTPART

Martin & Servera AB, 556233-2451
112 89 Stockholm

Ombud: Upphandlingskonsulten Stig Hermansson
Martin & Servera AB
112 89 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2013 02 22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försäkringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen
- Konkurrensverket

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning
-

Dok.Id 132617

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 13 augusti 2012 i mål nr 2150-12, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Finspångs kommun m.fl. (de upphandlande myndigheterna) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och i första hand avvisar Martin & Servera AB:s (Martin & Servera) ansökan om ogiltigförklaring av avtalet och i andra hand avslår ansökningen.

Martin & Servera motsätter sig att förvaltningsrättens dom ändras.

VAD PARTERNA ANFÖRT

De upphandlande myndigheterna

Avtalet har inte ingåtts efter en direktupphandling utan efter ett annonserat öppet förfarande i enlighet med LOU. Avtalsvillkoren i det avtal som ingicks den 28 februari 2012 stämmer överens med samtliga de villkor och krav som angavs i samband med anbudsfordran. Martin & Servera har inte ansökt om överprövning av avtalet inom rätt tid enligt 16 kap. 17 § andra stycket 1 LOU varför ansökningen bör avvisas. En annons enligt 7 kap. 3 § LOU publicerades den 2 mars 2012, men ansökningen kom inte in inom 30 dagar därefter utan först den 11 april 2012 och således för sent.

Avtalet avviker inte från de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. En eventuell avvikelse vad gäller några produkter i prisbilagan utgör inte en sådan väsentlig förändring av förutsättningarna för avtalet att det i själva verket kan anses utgöra ett helt nytt avtal som måste upphandlas genom ett nytt upphandlingsförfarande. Upphandlingen är mycket omfattande och avser tusentals olika produktartiklar och cirka 300 olika kommunala beställningsenheter. Utfallet av upphandlingen medför att en ny leverantör har tilldelats kontraktet och detta innebär självklart övergångsproblem. Det har hela tiden varit parternas avsikt att komma till rätta med dessa problem och inte att ändra några villkor i avtalet.

De pris- och sortimentlistor som gäller för avtalet är föremål för löpande uppdateringar på precis samma sätt som i övriga ramavtal om leverans av livsmedel. Det är oundvikligt att det i ett ramavtal som omfattar ett så stort antal produkter sker förändringar hos producenterna vilket även får till följd att pris och sortiment förändras något hos leverantörerna. Sådana förändringar medför att pris- och sortimentlistorna justeras och uppdateras. Det följer även av själva ramavtalet mellan de upphandlande myndigheterna och Menigo Foodservice AB (Menigo) att det kan göras justeringar av både sortiment och pris under avtalets löptid.

I den aktuella upphandlingen har ramavtalet ingåtts den 28 februari 2012 för att börja gälla med avtalsstart den 1 mars 2012. Parterna uppmärksammade därefter att den pris- och sortimentlista som bifogats avtalet innehöll vissa felaktigheter och därför behövde justeras. Felet berörde 103 produkter varav en del inte syntes på den utskrivna listan trots att de egentligen ingick i sortimentet, och därmed kunde avropas, och en del syntes men hade fel förpackningsstorlek. Den justering som gjordes var för att se till att listan motsvarade det som parterna kommit överens om vid avtalets ingående.

De produktpositioner som angetts med felaktig förpackningsstorlek uppgår till i vart fall 103 stycken och dessa är numera korrigerade och införda korrekt i prisbilagan. De faktiska produkterna har hela tiden stämt överens med de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget och parterna har aldrig haft någon avsikt att förändra detta. Det som har skett är endast att Menigo korrigerat registreringen av produkterna i fråga och därmed rättat informationen i produktlistan. De produkter som omfattas av avtalet avviker därmed inte från de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget.

Även om vissa produktpositioner skulle avvika från de krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget utgör inte detta en sådan omständighet att föremålet för upphandlingen förändrats och en ny upphandling måste genomföras. En

bedömning av vad som utgör de väsentliga villkoren i avtalet måste göras med beaktande av vad båda parter, och även övriga leverantörer, känner till om leveranser av livsmedel. Detta kommer även till uttryck genom avtalsvillkoren i det avtal som bifogades förfrågningsunderlaget. I punkt 9 anges bl.a. att "om Leverantören inte kan leverera beställd vara är Leverantören skyldig att leverera vara av lägst samma kvalitet till högst samma pris som avtalad vara. Parterna ska vara överens innan leverans om att utbyta varor i alla avseenden är likvärdiga med vad som här avtalats. Vid utbyte ska färsk vara ersättas med färsk vara och djupfrost vara med djupfrost vara". I punkt 9.12 nämnda avtal anges vidare att "ändring av vara som avser kvalitet, fabrikat, etc. får endast ske efter godkännande av Beställaren. Leverantören ska fortlöpande informera Beställaren om förändringar i sortimentet".

Det som anges under avsnitt 9 i avtalet speglar det båda parter känner till om föremålet för upphandlingen, nämligen att det kommer att ske förändringar i sortimentet vilket kommer att medföra att de produkter som ingår i avtalet inte alltid kan levereras. I en upphandlingssituation krävs emellertid att upphandlande myndighet säkerställer att leverantören har tillräcklig kapacitet att leverera i förhållande till de behov som finns hos myndigheten. Det är mot den bakgrunden som kraven på 90 procents omfattning ska ses. Att likställa samtliga ska-krav i en upphandling med väsentliga avtalsvillkor blir i detta fall direkt felaktigt.

Det finns ingen möjlighet att i ett mål om ogiltigförklaring av avtal pröva om "rätt" leverantör har antagits. En eventuell brist i form av att Menigos produktlista inte uppfyller ska-kraven som ställs upp i förfrågningsunderlaget kan inte direkt läggas till grund för att ogiltigförklara ett avtal. Upphandlingen har prövats av domstol genom avgörande som vunnit laga kraft. En prövning av huruvida avtalet som träffats mellan parterna i detalj överensstämmer med samtliga krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget kan därmed inte göras.

Produkterna i den justerade pris- och sortimentlistan är inte avvikande från kraven i förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt som Martin & Servera påstår. Andelen godkända produkter är över 90 procent vilket innebär att det aktuella kravet är uppfyllt. Även om andelen godkända produkter skulle vara något lägre än 90 procent är det i vart fall inte fråga om en sådan väsentlig förändring av avtalet att det kan betraktas som en otillåten direktupphandling. Det bör även beaktas att justeringar faktiskt är tillåtna enligt avtalsvillkoren samt att det gått flera månader från tilldelningsbeslutet till avtalstecknandet.

Det är förenat med stora kostnader för avtalsparterna att få ett avtal ogiltigförklarat och det måste ställas höga beviskrav på den som vill få ett avtal ogiltigförklarat.

Det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse varför avtalet med stöd av 16 kap. 14 § LOU bör få bestå. Leverans av livsmedel har ansetts vara sådana nödvändiga funktioner. Detta borde ha prövats av förvaltningsrätten, även om det inte åberopats av de upphandlande myndigheterna.

Martin & Servera

De upphandlande myndigheterna använder sig av en upphandlingsmodell som omöjliggör kontroll av en konkurrents lämnade varuuppgifter innan ett avtal är skrivet och produktlistan för avtalet är offentliggjord. Inte heller de upphandlande myndigheterna kunde före avtalsslutet kontrollera att anbudet överensstämde med förfrågningsunderlaget.

I artikelspecifikationen i Menigos anbud avviker 267 positioner från förfrågningsunderlaget, vilket medför att Menigo klarat att lämna ett godkänt anbud på 81,6 procent av positionerna. Dessutom har 5,1 procent av positionerna förhandlats bort. Då kravet för att få delta i upphandlingen var att 90 procent av positionerna skulle vara godkända skulle Menigos

anbud ha förkastats. Eftersom Menigo inte klarade att uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget valde de upphandlande myndigheterna troligen att förhandla med Menigo och släppa på kraven mot att den prisjustering som skulle ha skett den 1 mars 2012 försvann. Denna nya upphandling, med nya villkor som ligger till grund för tecknat avtal, är inte annonserad. De antagna positionerna utgör grunden i det avtal som är tecknat. De upphandlande myndigheterna har tillbakavisat felaktigheterna, men inte berört någon av positionerna och förnekar inte att felaktigheterna begåtts.

De upphandlande myndigheterna har angett att en prislista den 9 maj 2012 är rätt lista, men har sedan angett att en ny lista den 1 mars 2012, med positionsnumren borttagna, är den riktiga. Den ursprungliga listan den 1 mars 2012 måste vara den som är gällande för utvärderingen. För utvärderingen borde det emellertid inte spela någon roll vilken av listorna den 1 mars 2012 som används. I den nya listan finns 183 produkter kvar som inte motsvarar de av de upphandlande myndigheterna ställda skallkraven. Därtill kommer 8 produkter som utgått mellan den ursprungliga och den nya listan, 58 produkter som utgått mellan tilldelningsbeslutet och den ursprungliga listan samt 8 produkter som i strid med upphandlingsreglerna dubbellagts i anbudet. Totalt innebär detta att de upphandlande myndigheterna i sin utvärdering, även efter de justeringar som gjorts, har godkänt 257 produkter som inte klarar de krav som myndigheterna angivit i sin upphandling. Den förändring som myndigheterna tillsammans med Menigo anser sig ha gjort för 103 produkter har gjorts i två fall, men har i övrigt inte utförts i verkligheten. Eftersom Menigos anbud hade 1 134 produkter innebär det att anbudet når upp till 77,3 procent godkända produkter, mot i skallkraven angivna 90 procent. Om man enbart tar hänsyn till de 183 produkterna som är noterade i den nya listan når Menigos anbud endast 83,8 procent godkända produkter.

Att upphandlingen är betydande utgör inte skäl att förenkla utvärderingen. De övergångsproblem som de upphandlande myndigheterna uppger att de har med Menigo saknar betydelse i målet.

De upphandlande myndigheterna vidgår att det fanns felaktigheter i avtalsprislistan från Menigo. Av de felaktigt lagda produkterna är det cirka 20 stycken som handlar om produkter med varumärkesansvar för Menigo (Menigo, Brakes, Meny etc.). Hos övriga leverantörer finns varuansvaret hos producenten och förändringar måste aviseras från dem. Inga manuella inläggningar görs i avtalslistor utan görs med automatik i avtalsprislistorna. De förändringar i pågående avtal som de upphandlande myndigheterna påpekar saknar dock betydelse ur utvärderingssynpunkt. Att myndigheterna gjort förändringar av uppdagade felaktigheter under avtalsperioden saknar betydelse i målet och bevisar endast att felaktigheter förekommit. Det är det som står i den första avtalsprislistan den 1 mars 2012 som ska tillämpas.

Det som står i förfrågningsunderlagets punkt 9 avser avtalsperioden och inte "tilldelningsbeslutet". Texten anger vad som gäller om en vara är beställd. Beställningar på avtal görs inte förrän avtal är tecknat.

I förfrågningsunderlaget görs ingen uppdelning mellan väsentliga villkor och ska-krav. Det har klart angetts att produkterna ska uppfylla angivna krav och att anbudet ska omfatta 90 procent av positionerna. Detta går inte att skriva bort i efterhand.

Det saknas tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14§ LOU. Allmänintresset har inte konkretiserats, men förmodligen avses försörjningsplikten för skolor, förskolor, sjukhus och äldreomsorg. Domstolarna brukar godta tillfälliga korta direktupphandlingar, om tvingande skäl skulle uppstå.

Förfarandet är en otillåten direktupphandling enligt 16 kap. 13 § första stycket LOU eftersom omständigheter enligt 4 kap. 5 § LOU saknas

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Såsom förvaltningsrätten anfört bör ett avtal som på ett betydande sätt avviker från de förutsättningar som angetts under upphandlingen anses avvika från upphandlingen på ett sådant sätt att avtalet ska betraktas som en direktupphandling. I annat fall skulle dessa förutsättningar kunna kringgås, vilket skulle strida mot de grundläggande principer om bl.a. transparens och likabehandling som bär upp reglerna om upphandling. Om det således i ett förfrågningsunderlag finns ett noggrant angivet produktkrav som inte kan kontrolleras förrän efter att avtal slutits måste enligt kammarrättens mening avtalet i allt väsentligt överensstämma med det kravet för att avtalet ska anses vara en verkställighet av upphandlingen. Om avtalet avviker från kravet mer än marginellt kan det som regel inte anses utgöra det avtal som upphandlingen avsett utan får ses som en ny direktupphandling.

Av förfrågningsunderlaget (avsnitt 9.3 i upphandlingsföreskrifter) och kompletterande ”frågor och svar” framgår att ett anbud ska omfatta minst 90,0 procent av efterfrågade positioner enligt anbudsformuläret. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att angivet minimikrav avseende de efterfrågade positionerna utgör ett sådant villkor som en anbudsgivare måste uppfylla för att komma ifråga som leverantör.

Det nu aktuella avtalet skrevs under av de upphandlande myndigheterna, som sista part, den 28 februari 2012. Den 29 februari 2012 skickade myndigheterna i enlighet med 7 kap. 3 § LOU in en annons till Europeiska kommissionen, vilken publicerades i EUT den 2 mars 2012. Avtalet fick sitt konkreta innehåll genom en pris- och sortimentlista daterad den 1 mars 2012. Martin & Servera har gjort gällande att angivelserna i denna lista avvek från de i upphandlingen krävda i 267 positioner, vilket motsvarar en

överensstämmelse med förfrågningsunderlaget om 76,5 procent mot i förfrågningsunderlaget slutligt krävda 90,0 procent. De upphandlande myndigheterna har inte bestritt denna uppgift. Däremot har de upphandlande myndigheterna uppgett att rättelse numera gjorts beträffande i vart fall 103 positioner enbart vad gäller förpackningsstorlekar. Myndigheterna åberopar en justerad pris- och sortimentlista, också den daterad den 1 mars 2012, och hävdar att de produkter som omfattas av avtalet därmed inte avviker från de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Den senare uppgiften har emellertid bestritts av Martin & Servera, som med en detaljerad motivering gjort gällande att även den justerade pris- och sortimentlistan avviker från i upphandlingen efterfrågade produkter med en överensstämmelse om som högst 83,8 procent. Dessa uppgifter har inte bemötts av de upphandlande myndigheterna.



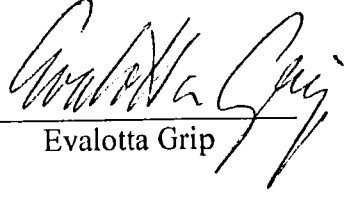
Såvitt kammarrätten kan finna överensstämde de pris- och sortimentlistor som åberopats i målet från början endast till cirka 75 – 80 procent med de uppställda kraven. Även om de av de upphandlande myndigheterna åberopade justeringarna godtas uppnår överensstämmelsen inte mer än högst cirka 85 procent. Kravet i upphandlingen var en överensstämmelse om minst 90,0 procent. Enligt kammarrättens mening innebär detta att avtalet mellan Menigo och de upphandlande myndigheterna avviker från förfrågningsunderlaget så att det mer än marginellt står i strid med kraven i upphandlingen. Avtalet får därför anses utgöra en ny direktupphandling. Det har inte påståtts att förhållandena varit sådana att direktupphandling fått ske. Således är det fråga om en otillåten direktupphandling. Med denna bedömning har Martin & Serveras ansökan om överprövning av avtalets giltighet inkommit i rätt tid. Vidare är förutsättningarna för att ogiltigförklara avtalet med stöd av 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU uppfyllda.

Enligt 16 kap. 14 § LOU ska rätten, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, besluta att avtalet ska bestå trots att förutsättningarna för

ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda. Det har inte framkommit i målet att det skulle finnas några sådana tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Överklagandet ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

		
Gertrud Forkman	Göran Mattsson referent	Evalotta Grip



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2

DOM
2012-08-13
Meddelad i
Linköping

Mål nr
2150-12
Domare 2:12

Aktbilaga 30

SÖKANDE

Martin & Servera AB, 556233-2451
112 89 Stockholm

Ombud: Upphandlingskonsult Stig Hermansson
Martin & Servera AB
112 89 Stockholm

MOTPART

1. Finspångs kommun, 212000-0423
Bergslagsvägen 13-15
612 80 Finspång

2. Kinda kommun, 212000-0399
Box 1
590 40 Kisa

3. Linköpings kommun, 212000-0449
581 81 Linköping

4. Norrköpings kommun, 212000-0456
601 81 Norrköping

5. Söderköpings kommun, 212000-0464
614 80 Söderköping

6. Valdemarsviks kommun, 212000-0431
615 80 Valdemarsvik

7. Åtvidabergs kommun, 212000-0415
Box 206
597 25 Åtvidaberg

8. Östergötlands läns landsting, 232100-0040
581 91 Linköping

Ombud för 1-8: Kommunalförbundet fjärde storstadsregionen
Upphandlingscenter
581 81 Linköping

SAKEN

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

Dok.Id 83250

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se		08:00-16:00

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Martin & Servera AB:s ansökan och beslutar att avtalet som den 28 februari 2012 slutits mellan de upphandlande myndigheterna och Menigo Foodservice AB avseende livsmedel (huvudgrossist, dnr UH-10-124) är ogiltigt. De upphandlande myndigheter som därvid avses är Linköpings, Norrköpings, Finspångs, Kinda, Söderköpings, Valdemarsviks och Åtvidabergs kommuner samt Östergötlands läns landsting.

Förvaltningsrätten avvisar Martin & Servera AB:s talan avseende otillåten upphandlingsmodell i upphandlingen med dnr UH-10-124.

YRKANDEN M.M.

Linköpings, Norrköpings, Finspångs, Kinda, Söderköpings, Valdemarsviks och Åtvidabergs kommuner samt Östergötlands läns landsting har i upphandling (huvudgrossist, dnr UH-10-124) ingått avtal avseende livsmedel med Menigo Foodservice AB (Menigo), som lämnat anbud med lägst pris.

Efter att avtalet undertecknats av parterna, men före avtalsstart har Menigo, vilket enligt förfrågningsunderlaget skulle göras, tillhandahållit myndigheterna en prislista med uppgifter om varumärke, artikelnummer och förpackningsstorlek inklusive prisuppgift.

Martin & Servera AB (bolaget), som lämnat anbud med näst lägst pris, yrkar i ansökan om överprövning, som kom in till förvaltningsrätten den 4 april 2012, att myndigheternas avtal med Menigo ska ogiltigförklaras enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Bolaget yrkar också att upphandlingsmodellen ska förklaras strida mot 16 kap. 6 § LOU.

Myndigheterna yrkar i första hand att ansökan ska avvisas på grund av att den kommit in för sent. Om förvaltningsrätten ändå prövar bolagets talan i sak anser myndigheterna att den ska avslås.

Menigo har beretts tillfälle att yttra sig i målet.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Avtalet som tecknats mellan myndigheterna och Menigo avviker i så väsentliga avseenden från de krav som uppställdes i den underliggande upphandlingen att en ny kontraktstilldelning ägt rum. Den nya kontraktstilldelningen utgör en otillåten direkttilldelning.

Överprövningsfristen för otillåtna direkttilldelningar är som huvudregel sex månader från tidpunkten för tilldelningen. I fall som det nu aktuella – när det är fråga om en upphandling som genomgått väsentliga förändringar efter tidpunkten för ursprungligt tilldelningsbeslut – får fristen anses börja löpa när den väsentliga förändringen formaliseras i ett upphandlingskontrakt. Kontraktstilldelningen är att betrakta som helt självständig från den kontraktstilldelning som den ursprungliga upphandlingen resulterade i. Huruvida resultatet av den ursprungliga upphandlingen efterannonserats i TED saknar därmed relevans vid bedömningen av inom vilken tid överprövning av den nya kontraktstilldelningen kan ske. Såvitt känt beslutade myndigheterna och Menigo att fastställa den i målet aktuella avtalsprislistan och de däri angivna produkterna genom avtal den 28 februari 2012. Fristen för överprövning av den nya kontraktstilldelningen började således löpa detta datum.

Upphandlingsmodellen byggde på att anbudsgivare inte skulle ange artikelns produktnummer och producent vid anbudsgivningen utan enbart

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2

DOM

svara med ett anbudspris på en benämning av typen "köttbullar", "falukorv" etc. De i artikelspecifikationen angivna skall-kraven på innehåll och förpackningsstorlekar skulle givetvis vara tillgodosedda. Efter tilldelningsbeslut skulle antagen leverantör ange producent och artikelnummer för anbudslagda produkter. Enligt upphandlingsföreskrifterna skulle kommunerna kontrollera de obligatoriska kraven och inga reservationer accepteras. Först efter tilldelningsbeslut och innan avtalsskrivande har myndigheterna kunnat kräva in detaljerade uppgifter från anbudsgivaren. Eftersom information om artiklarna i vinnande leverantörs anbud saknades vid den tidpunkt en leverantör kunde begära överprövning av upphandlingen gick det inte att då bevisa att fel vara låg till grund för anbudet. Det var först efter att avtal skrivits som en leverantör kunde kontrollera mot gällande avtalsprislista, dvs. vid en tidpunkt då det inte längre var möjligt för leverantörer att ansöka om överprövning av upphandlingen. Att med den av myndigheterna valda upphandlingsmodellen inte tillerkänna en leverantör möjlighet att begära ogiltighetsförklaring vore fullständigt orimligt. Vikten av att medlemsstaterna tillerkänner leverantörer rätten att överpröva upphandlingar har poängterats av EU-domstolen. Om allt hade skett enligt LOU skulle bolaget ha upptagits som huvudleverantör i en upphandling vars värde sett över avtalstiden om fyra år uppgår till cirka 328 mnkr. Genom myndigheternas otillåtna förfarande har bolaget därmed lidit ekonomisk skada.

I upphandlingens artikelspecifikation ställdes omfattande skall-krav på innehållet i efterfrågade produkter, även på förpackningsstorlek, delförpackning och maximal vikt för hel förpackning. Ett antal positioner hade kravet på uträknat pris för färdig vara, alltså med tillsatser av övriga ingredienser som behövs för att sammanställa en ätfärdig vara. Anbudsformulärets punkt 6 innebar att anbudet skulle innehålla minst 90 procent av efterfrågade produkter. Förfrågningsunderlaget öppnade inte för möjligheten att en leverantör skulle kunna återkomma under avtalsperioden med angivet

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2

DOM

sortiment. Myndigheterna har efter att tilldelningsbeslutet offentliggjordes helt förändrat sin kravbild på produkterna. Efter tilldelningsbeslutet har Menigo lämnat sin artikelspecifikation som komplettering av anbudet enligt förfrågningsunderlaget. När detta presenterats framgår det klart att Menigos anbud inte lever upp till specifikationen myndigheterna angett på artikelnivå.

Myndigheterna har gett in prislistor till förvaltningsrätten daterade den 31 mars 2012 och den 9 april 2012. Bedömningen måste dock göras på den pris- och sortimentslista som gällt från avtalsstart vilken är den som bolaget bilagerat sin ansökan, daterad den 1 mars 2012.

Vid jämförelse mellan Menigos offert och den senare fastställda avtalsprislistan hittade bolaget 1 134 produkter som Menigo offererat. Av offererade produkter saknades det 58 positioner i avtalsprislistan och 209 av positionerna innehöll artiklar som inte levde upp till upphandlingens skall-krav. Antalet dubbellagda positioner var 8, antalet positioner med felaktig förpackningsstorlek 162, antalet positioner där pris för "färdig vara" inte räknats ut 15, antalet positioner med felaktigt varuinnehåll 24 och antalet positioner som saknades i avtalsprislistan 58. Eftersom 267 av positionerna i Menigos anbud inte fanns i avtalsprislistan eller inte var godkända enligt kravspecifikationen skulle enbart 76,5 procent av produkterna ha godkänts. Även om myndigheterna vid utvärderingen valt bort de saknade produkterna skulle ändå bara 81,6 procent av produkterna godkänts. Bolaget hänvisar härvid till av bolaget sammanställt underlag för utvärdering. Det handlar om väsentliga förändringar som berör 267 positioner i upphandlingen. Dessa markanta avvikelser bör inte kunna klassas som smärre kompletteringar. Myndigheterna har i förhandling med Menigo ändrat sina krav och skrivit avtal med Menigo. Förfarandet måste betecknas som en förhandlingsupphandling utan föregående annonsering då villkoren från den tidigare annonserade, på ett avgörande sätt, väsentligen ändrats.

Vidare har det inte genomförts någon prisjustering enligt vad förfrågningsunderlag och det skrivna avtalet anger. Bolaget ställer sig frågande till detta. Att inte utnyttja möjligheten att genomföra prisjusteringar från avtalsstart när det gått en tiomånadersperiod sedan basprisdatum är en dyrbar åtgärd för Menigo. Det föreligger en möjlighet att myndigheterna erbjudit Menigo avtalet och kompenserat sig för uteblivna prisförändringar under en prisändringsperiod. Bolaget kan inte juridiskt bevisa att detta beror på en förhandlingseftergift, men anser att sannolikheten är väldigt hög. Att antagen leverantör inte får genomföra avtalets prisändring vid avtalsstart måste anses som en väsentlig förändring av de ursprungliga avtalsvillkoren.

En överensstämmelse vad gäller upphandlingsföremålet mellan de olika leden i ett upphandlingsförfarande kan sägas vara en av upphandlingssystemets grundbultar. Regleringen i 5 kap. 4 § LOU avseende avrop från ramavtal konstituerar att tidigare uppställda villkor ska följas. Ett avsteg från denna regel av väsentlig karaktär kan innebära att en otillåten direktupphandling genomförs. Även om rätten skulle finna att de genomförda förändringarna inte är att bedöma som väsentliga föreligger en otillåten direktupphandling, då kraven för att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU i övrigt inte är uppfyllda.

Det är förbjudet att väsentligt ändra ramavtalsvillkoren. Ett mycket rimligt analogislut, i linje med styrande EU-rättsliga principer, är att en minst lika sträng bedömning av korrigeringar, kompletteringar och förändringar är tillämplig även på själva ramavtalsslutandet. Kammarrätten i Göteborg har i mål 5755-11 uttryckt att ändringar i ett befintligt avtal mellan en upphandlande enhet och en leverantör enligt EU-domstolens praxis under vissa förutsättningar kan medföra att en ny offentlig upphandling måste göras och att ett nytt kontrakt tilldelas. Enligt kammarrätten föreligger upphand-

lingsplikt vid det fall de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. Slutsatsen borde bli densamma avseende väsentliga förändringar i det slutliga ramavtalet i förhållande till förfrågningsunderlaget.

I avtalets avsnitt 9.0 anges att "*Uppfyller varan ej kravspecifikationen ska detta rättas till av leverantören med oförändrat pris för beställaren.*" Avsnittet handlar inte om antagande av leverantör vid upphandling utan om avvikande ersättningsprodukt vid leverans och byte av produkter på liggande avtal. För att det ska kunna ske måste det finnas ett grundläggande avtal att jämföra med. Avsnittet handlar därför om avtalsvård.

Myndigheterna

Upphandlingen och det därmed sammanhängande ramavtalet som bolaget ifrågasätter har ingåtts mellan myndigheterna och Menigo efter att upphandlingen handlagts med ett öppet annonserat förfarande och varit föremål för överprövning genom dom som vunnit laga kraft. Europeiska kommissionen har publicerat efterannonseringen av aktuell ramavtalsupphandling i TED den 2 mars 2012.

Samtliga bolagets påståenden tillbakavisas. Bolagets talan synes vara grundad på ett felaktigt, lösryckt och ofullständigt arbetsmaterial som bolaget vid olika tillfällen begärt ut från myndigheterna. Bolagets inställning och påståenden saknar objektiv täckning.

Bolagets grunder och invändningar om aktuell upphandlingsmodell torde vara föremål för preklusion, res judicata, i och med att bolaget haft alla möjligheter att ifrågasätta modellen i den överprövning som tidigare gjorts på talan av bolaget. I händelse av att rätten inte delar denna uppfattning

tillbakavisas bolagets inställning om tillåtligheten av modellen. Upphandlingsmodellen innebär olika fördelar och tillämpas ofta vid offentlig upphandling samt är tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget. I praxis har konstaterats att upphandlingsmodellen inte kommer i konflikt med de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har vid ett flertal tillfällen utlåtit sig om samma typ av upphandlingsmodell. I samband med ett kammarrättsavgörande 2003 angav NOU att det inte förelåg något hinder mot att ställa krav på föremålet för upphandlingen som inte behövde vara uppfyllda för rån vid fullgörandet av kontraktet.

Skall-kraven på i upphandlingen offererade produkter måste inte vara uppfyllda vid själva anbudstillfället utan inom viss tid därefter, den 1 mars 2012. Till detta ska givetvis de upphandlade mellan parterna kontraktuella villkoren tillämpas, bl.a. villkoret i avsnitt 9.0 i avtalet som lyder: *"Om leverantören inte kan leverera beställd vara är leverantören skyldig att leverera vara med lägst samma kvalitet till högst samma pris som avtalad vara. Parterna ska vara överens innan leverans om att utbyta varor i alla avseenden är likvärdiga med vad som här avtalats. Vid utbyte ska färsk vara ersättas med färsk vara och djupfrysad vara med djupfrysad vara."*

Myndigheterna ställer sig frågande till bolagets uppfattning om att villkoret inte handlar om antagande av leverantör, utan om avtalsvård. Samtliga villkor i det avtal som alltid biläggs till förfrågningsunderlaget i en upphandling är villkor som är föremål för en offentlig upphandling och det är dessa avtalsvillkor som ska tillämpas mellan parterna efter det att upphandlingen avslutas. En upphandling är avslutad när upphandlingskontraktet har tecknats mellan parterna vilket i förevarande fall gjordes den 28 februari 2012.

I ramavtalet som efter öppet annonserat förfarande ingåtts med Menigo anges i avsnitt 6.1: *"Uppfyller varan ej kravspecifikation i förfrågningsun-*

derlaget ska det rättas till av leverantören med oförändrat pris för beställaren." Detta villkor är viktigt och av stor betydelse för myndigheterna och medverkande beställare. Om leverantören under ramavtalets löptid inte levererar en eller flera av de varor som leverantören offererade i upphandlingen är leverantören skyldig att leverera en annan likvärdig vara till samma eller bättre pris. Avtalsvillkoret finns med på grund av att det i livsmedelsbranschen förekommer att produkter utmönstras och ersätts av andra under avtalstiden.

Myndigheterna har under förvaltningsrättens handläggning av målet insänt en ny prislista som bolaget ställer sig frågande till. Det uppkommer alltid vissa implementeringsproblem, när en ny leverantör antas efter en så pass stor upphandling som ifrågavarande upphandling. I den nya prislistan har myndigheterna uppmärksammat vissa avvikelser och fel, vilket föranlett ytterligare korrigeringar från antagen leverantörs sida.

Myndigheterna tillbakavisar bolagets inställning om att antagen leverantör inte uppfyller skall-kraven på 23,5 procent av de artiklar som offererats och som numera utgör avtalade artiklar. I en upphandling av nu aktuellt slag med flera tusen olika artiklar och cirka 300 olika kommunala beställningsenheter är det emellertid inget märkligt eller konstigt att det under implementeringstiden av avtalet med en ny leverantör uppkommer vissa övergångsproblem med såväl prislistor som rutiner vad gäller att lägga in korrekta uppgifter i antagen leverantörs prislista och webbutik etc. Att övergångsproblem av nu aktuellt slag skulle utgöra grund för ogiltighetsförklaring av avtal tillbakavisas. I det nu aktuella ramavtalet har Menigo visat att nästan 100 procent av de produkter som ingår i avtalet stämmer överens med de produkter Menigo offererade i upphandlingen. Ramavtalsprodukterna uppfyller samtliga skall-krav som ställts upp i upphandlingen.

Myndigheterna tillbakavisar bolagets resonemang om att inte antagen och kontrakterad leverantör begärt prisjustering och att detta skulle utgöra en väsentlig avvikelse från villkoren i upphandlingen. Menigo har under april månad 2012 inkommit med begäran om prisjustering, men parterna har inte kunnat enas om hur prisjusteringsklausulen ska tolkas och tillämpas. Att avisera avtalade prisjusteringsmöjligheter ankommer inte på myndigheterna utan på den som har möjlighet att begära detta, Menigo, vilket också skett.

Upphandlingscenter tillbakavisar samtliga bolagets påståenden om att aktuellt ramavtal ingåtts genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering alternativt via en otillåten direktupphandling. De kontakter och möten som förekommit mellan ramavtalsparterna är de som angetts i förfrågningsunderlaget till det öppna annonserade upphandlingsförfarandet jämlikt vad som framgår av avsnitt 6.1 i ramavtalet. Några andra kontakter eller möten har inte förekommit mellan parterna.

Upphandlingscenter har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU i samband med att ramavtalet ingicks. Detta innebär att varken bolaget eller någon annan leverantör har lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i LOU.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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.

I 16 kap. 6 § LOU stadgas följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2**

DOM

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. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Enligt 16 kap. 13 § 1 LOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt bl.a. 7 kap. 1 eller 2 §.

Av 16 kap. 17 § första stycket LOU framgår att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet, om inte annat följer av andra stycket, ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Enligt paragrafens andra stycke ska dock ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 7 kap. 3 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 21 §, eller den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

EU-domstolen har i mål C-454/06 yttrat bl.a. följande. Ändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid ska anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. En ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes.

Förfrågningsunderlag m.m.

I förfrågningsunderlaget (avsnitt 5.6 i upphandlingsföreskrifterna) anges:

Anbud ska utformas helt enligt förfrågningsunderlaget. Reservationer, alternativa eller så kallade sidoanbud accepteras inte.

I förfrågningsunderlaget (avsnitt 9.2 i upphandlingsföreskrifterna) anges:

Anbud som klarat kvalificeringsfasen går vidare till nästa fas vilket innebär:

Kontroll att anbudsgivarnas anbud uppfyller de obligatoriska krav som uppställts i handlingarna.

I förfrågningsunderlaget (avsnitt 9.3 i upphandlingsföreskrifter) anges:

Angivna fabrikantbeteckningar eller varumärken har medtagits som vägledning. Det står anbudsgivare fritt att lämna anbud på annat fabrikat under förutsättning att produkterna uppfyller angivna krav.

Dubbelläggning av varor godkänns inte.

Anbudet ska omfatta minst 95,0 % [ändrat till minst 90,0 %] av efterfrågade positioner enligt anbudsformulär.

En vara som inte har offererats på en position tilldelas ett belastningspris som hämtas från gällande avtalsprislista daterad 2011-05-01 med ett påslag på 25,0 %.

Definition av gällande avtalsprislista är i första hand Norrköpings kommuns avtalsprislista med Servera R & S AB nummer 456485 och Gunnar Dafgårds AB:s avtalsprislista.

Om varan inte finns med på ovan nämnda avtalsprislister kommer Linköpings kommuns avtalsprislista nummer 991050 att användas.

Om varan inte finns med på någon av dessa avtalsprislister sätts priset till 0 kr hos samtliga anbudsgivare.

Avtal kommer att tecknas med en anbudsgivare som har lämnat det lägsta priset och avser samtliga kommuner.

I förfrågningsunderlaget (anbudsprisformulär) anges olika krav på efterfrågade varor.

I avtalsförslag (avsnitt 6.1) anges:

Varorna ska överensstämja med kraven i förfrågningsunderlaget. Två månader före avtalsstart ska leverantören tillhandahålla en prislista varav det ska framgå varumärke, artikelnummer, förpackningsstorlek inklusive prisuppgift. Leverantören ska dessutom tillhandahålla produktblad. Beställare och leverantör kontrollerar all artikeldokumentation.

I avtalsförslag (avsnitt 8.1) anges:

Prisändringar genomförda under tiden 2011-05-01–2012-02-28 justeras 2012-03-01. Därefter sker prisjustering första måndagen i februari, maj, september och november, i takt med underleveran-

törs prisändringar och med samma procentmarginal med 15 dagars föravisering.

Vid eventuell prisjustering ska prisnivån den 1 maj 2011 utgöra basnivån för förhandlingar.

I avtalet (avsnitt 6.1) mellan myndigheterna och Menigo anges:

Varorna ska överensstämja med kraven i förfrågningsunderlaget. Två månader före avtalsstart ska leverantören tillhandahålla en prislista varav det ska framgå varumärke, artikelnummer, förpackningsstorlek inklusive prisuppgift. Leverantören ska dessutom tillhandahålla produktblad. Beställare och leverantör kontrollerar all artikeldokumentation. Uppfyller varan ej kravspecifikation i förfrågningsunderlaget ska det rättas till av leverantören med oförändrat pris för beställaren.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har yrkat att förvaltningsrätten ska förklara att den upphandlingsmodell som tillämpats i upphandlingen med dnr UH-10-124 strider mot LOU. Avtal har slutits. Av 16 kap. 6 § LOU följer att överprövning av upphandlingen därmed inte får ske. Bolagets talan ska därför avvisas i denna del.

Därefter ska förvaltningsrätten ta ställning till om avtalet mellan myndigheterna och Menigo ska förklaras ogiltigt enligt 16 kap. 13 § 1 LOU, på av bolaget anförda grunder. Av intresse är därvid om avtalet på något avgörande sätt avviker från de krav som myndigheterna uppställt i upphandlingen.

Varje villkor som styr kvalificering och utvärdering och som påverkar resultatet av en upphandling får anses utgöra ett väsentligt villkor i upphandlingen.

Bolaget har gjort gällande bl.a. att utebliven prisjustering innebär en väsentlig avvikelse från ursprungliga avtalsvillkor. Avtalets avsnitt 8.1 ger leverantören möjlighet till prisjustering. Förvaltningsrätten finner det inte

visat att avsnittet utgör ett sådant villkor som varit styrande vid tilldelning av kontrakt eller att utebliven prisjustering innebär en väsentlig avvikelse från de krav som uppställts i upphandlingen. Avtalets giltighet kan därför inte ifrågasättas på denna grund.

Bolaget har vidare gjort gällande att Menigos anbud i fråga om produktval inte motsvarar kraven i den ursprungliga upphandlingens förfrågningsunderlag och att avvikelsen är väsentlig vilket enligt bolaget i sin tur innebär att myndigheterna gjort en otillåten direktupphandling genom det avtal som ostridigt slutits den 28 februari 2012.

Av förfrågningsunderlaget (avsnitt 9.3 i upphandlingsföreskrifter) framgår att ett anbud ska omfatta minst 90 procent av efterfrågade positioner enligt anbudsformulär. De efterfrågade positionerna utgör enligt förvaltningsrätten sådana villkor som en anbudsgivare måste uppfylla för att komma ifråga som leverantör.

Bolaget har utförligt och detaljerat redogjort för på vilket sätt och i vilken omfattning det anser att produkterna i Menigos prisbilaga avviker från de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Myndigheterna har tillbakavisat bolagets påståenden men avstått från att närmare förklara varför.

Enligt förvaltningsrätten visar det bolaget lagt fram att avvikelsen är betydande mellan förfrågningsunderlagets krav och produkterna enligt Menigos prisbilaga. Det är således klart att uppställda krav inte uppfyllts. Eftersom prisbilagan utgör en del av avtalet mellan myndigheterna och Menigo är även avvikelsen mellan förfrågningsunderlagets krav och avtalet betydande.

Det förhållandet att avtalet mellan myndigheterna och Menigo således på ett betydande sätt avviker från kraven i förfrågningsunderlaget i den ur-

sprungliga upphandlingen innebär enligt förvaltningsrätten att avtalet tillkommit genom direktupphandling trots att förutsättningar för detta inte har funnits. Den otillåtna direktupphandlingen innebär att bolaget kan lida skada.

Av myndigheterna åberopad efterannonsering har inte avsett direktupphandlingen. Ansökan om överprövning av giltigheten av avtalet som ingåtts den 28 februari 2012 har således kommit in inom den lagstadgade tidfristen. På grund av den otillåtna direktupphandlingen ska förvaltningsrätten därmed besluta att avtalet är ogiltigt enligt 16 kap. 13 § 1 LOU och bifalla bolagets talan i denna del.

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


Magnus Wickström

Föredragande har varit Cristina Pérez.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
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.