



KONKURRENSVERKET	
2013 -01- 2 5	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Menigo Foodservice AB, 556044-4647
Box 9081
120 05 Årsta

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur.kand. Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Lunds kommun
Rådhuset, Box 41
221 00 Lund

Ombud: Upphandlingsjurist Delia Ander
Upphandlingsenheten
Box 41
221 00 Lund

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös beslut den 18 januari 2013 i mål nr 334-13,
se bilaga A

SAKEN

Förvaltningsrättens beslut att avslå yrkande om interimistisk åtgärd i mål
om ogiltigförklaring av avtal inom offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Menigo Foodservice AB (Menigo) fullföljer sin talan om interimistiskt
förordnande och anför bl.a. följande.

Bakgrund

Den 26 september 2012 publicerade Lunds kommun ett meddelande om frivillig förhandsinsyn. Av meddelandet framgick att kommunen hade för avsikt att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för att tilldela Servera R&S Aktiebolag (numera Martin & Servera AB) kontrakt för leverans av livsmedel.

Menigo ansökte om överprövning av upphandlingen och Förvaltningsrätten i Malmö förordnade i dom den 20 november 2012 (mål nr 10015-12 m.fl.) att upphandlingen skulle göras om. Som skäl för domslutet angav förvaltningsrätten att kommunen inte hade grund för att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommunen överklagade domen till kammarrätten som ännu inte avgjort frågan om prövningstillstånd.

I yttrandet till förvaltningsrätten meddelade kommunen att något avtal inte skulle ingås förrän målet avgjorts. Kommunen har överklagat förvaltningsrättens dom och samtidigt ingått avtal med Martin & Servera AB. Agerandet visar att kommunen inte har för avsikt att följa förvaltningsrättens dom.

Det nu tecknade avtalet

Den 7 januari 2013 mottog Menigo ett meddelande från Lunds kommun om att ramavtal avseende livsmedelsleveranser tecknats med Martin & Servera AB. I meddelandet angavs att avtalet gäller under ett år med option på ytterligare ett år samt att avrop kommer att göras från avtalet från och med den 1 februari 2013. Vidare angavs att en förnyad annonsering av ett öppet upphandlingsförfarande kommer att göras i maj 2013.

Avtalet ingicks den 18 december 2012 och enligt rubriken "prislista" är det prislistan enligt förfrågningsunderlaget den 22 september 2011 som gäller för avtalet. Det innebär att det är resultatet av den tidigare genomförda och

av domstolarna underkända upphandlingen som nu drivs igenom av Lunds kommun.

Skada för Menigo om avtalet får fullgöras

Kontraktet mellan Lunds kommun och Martin & Servera AB utgör en otillåten direktupphandling. Avrop från avtalet kommer att göras från och med den 1 februari 2013. De prestationer som utbyts mellan avtalsparterna från och med den dagen kommer inte att kunna återgå om avtalet förklaras ogiltigt eftersom det är fråga om köp och leverans av livsmedel. Den omständigheten talar starkt för behovet av ett interimistiskt beslut från domstolen.

Ett byte av leverantör i avtalet om livsmedelsleverans kommer att innebära att Menigo måste avetablera och ställa om de leveranser som nu görs. För Menigo medför avetableringen kostnader som uppgår till ca 4 miljoner kr. Beloppet avser kostnader för personal, lager, transporter m.m. som är baserade på avtalet med Lunds kommun och som inledningsvis inte kan utnyttjas på annat håll i verksamheten. Till följd av de kontinuerliga avtalsförlängningarna från Lunds kommun har Menigo inte haft anledning att avetablera och har därför fortfarande full leveranskapacitet.

Om förvaltningsrätten skulle förklara avtalet mellan Martin & Servera AB och Lunds kommun ogiltigt och Menigo sedermera tilldelas kontrakt i den förnyade upphandlingen, kommer Menigo inte att kunna erhålla ersättning för dessa avetableringskostnader med mindre än att Menigo för en skadeståndstalan mot kommunen.

Skada eller olägenhet om rätten beslutar att avtalet inte får fullgöras

Menigos kostnader är avsevärt större än den påstådda olägenheten som ett interimistiskt beslut skulle innebära för Lunds kommun. Kommunen har under hela perioden från den första överprövningen år 2010 fram tills nu haft en förlängning av det befintliga avtalet med Menigo. Det är en total

tidsperiod om nästan tre år som Menigo har förlängt avtalet efter att det korrekt upphandlade avtalet löpt ut.

Menigo har tidigare förklarat sig villigt att förlänga befintligt avtal och erbjuder sig återigen att förlänga avtalet under den period det tar för domstolen att slutligt pröva målet. Lunds kommun riskerar därför inte att stå utan livsmedelsleveranser. Kommunens byte av leverantör kan mot den bakgrunden inte vara motiverat av en sådan risk utan av någonting annat.

Den ekonomiska skada som Lunds kommun har hänvisat till i sitt yttrande till förvaltningsrätten är helt felaktig. – Sammanfattningsvis kommer ett fullgörande av det otillåtna avtalet att leda till enorma avetableringskostnader för Menigo. Dessa överstiger vida den ringa merkostnad det innebär för Lunds kommun att fortsätta avropa från befintligt avtal.

Lunds kommun anser att kammarrätten ska avslå överklagandet och hänvisar till vad man anfört i förvaltningsrätten samt tillägger följande.

Lunds kommuns avtal med Menigo har gått ut den 31 oktober 2012. En skriftlig framställan om avtalsförlängning tills Förvaltningsrätten i Malmö har avkunnat dom i mål i överprövningsprocessen (mål nr 10015-12 m.fl.) har skickats till Menigo den 30 oktober 2012. I framställan anges med all tydlighet att anledningen till önskad förlängning är den pågående överprövningsprocessen och att parterna är överens om att avtalet kan sägas upp med 10 dagars uppsägningstid efter domstolens avgörande.

Enligt bestämmelserna i LOU kan en domstol endast besluta om en upphandling ska göras om eller inte, prövningen av inkomna anbud ligger på den upphandlande myndigheten. Med beaktande av osäkerheten i den uppkomna situationen har Menigo haft all anledning att tro att en avetablering kan vara aktuell inom de närmaste månaderna. Menigos påstådda skada är en normal och förutsebar följd av upphandlingsförfaranden enligt LOU.

Lunds kommun har inte fått svar från Menigo. Lunds kommun har utgått från att framställan inte godkändes med alla dess villkor. Parterna var överens via e-postmeddelande om att prislistan från maj 2012 skulle tillämpas tills vidare. Först den 23 januari 2013 har Menigo via e-post skickat en underskriven framställan till Lunds kommun. Förvaltningsrätten i Malmö meddelade dom den 20 november 2012 i mål nr 10015-12 m.fl. och förordnade att upphandlingen ska göras om. Det har Lunds kommun gjort.

Avrop har skett från Menigo p.g.a. jul- och nyårshelger under november och december 2012 samt januari 2013.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Lunds kommun har uppgivit att man genomfört en direktupphandling med Martin & Servera AB och mot bakgrund av denna ingått det avtal daterat den 18 december 2012 som det interimistiska yrkandet avser. Lunds kommun har hänvisat till att Martin & Servera AB lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i det öppna förfarandet med förfrågningsunderlaget från den 22 september 2011 (upphandling nr 2).

Kommunen har i yttrande till förvaltningsrätten angett att man därför haft fog för att vid detta fjärde upphandlingsförfarande använda sig av undantagsregeln i 4 kap. 5 § första stycket 3 p LOU.

Kammarrätten noterar att åberopad undantagsregel gäller förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Med förhandlat förfarande avses enligt 2 kap. 9 § LOU att den upphandlande myndigheten bjuder in utvalda leverantörer och förhandlar med en eller flera av dem. Ordalydelsen visar att mer än en leverantör ska bjudas in även om myndigheten därefter kan begränsa sig till att förhandla kontraktsvillkoren med endast en av dem. Såvitt

handlingarna utvisar har någon sådan inbjudan som avses i lagrummet inte förekommit i anslutning till avtalet av den 18 december 2012.


Kammarrätten kan konstatera att det varit fråga om en renodlad direktupphandling med Martin & Servera AB. De rättsliga förutsättningarna för Lunds kommun att använda denna upphandlingsform framgår av 1 kap. 2 § andra stycket jämfört med 15 kap. 1 § och 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Detta är en fråga av betydelse för förvaltningsrättens kommande ställningstagande till begäran om ogiltigförklaring av avtalet.

Vid den skadebedömning enligt 16 kap. 16 § LOU som emellertid aktualiseras inför ett interimistiskt beslut framstår den olägenhet som uppkommer om inte Lunds kommun kan tillhandahålla livsmedel enligt sina åligganden som större än skadan för leverantören. Kammarrätten anser därför att förvaltningsrätten haft skäl att avstå från att meddela ett interimistiskt beslut. Det förhållandet att Menigo numera enligt uppgift undertecknat framställan om förlängning av livsmedelsavtal kan – mot bakgrund av att Menigo genom meddelande den 7 januari 2013 underrättats om att kommunen från och med den 1 februari 2013 ingått avtal med Martin & Servera AB – inte föranleda någon annan bedömning. Menigos överklagande ska således avslås.

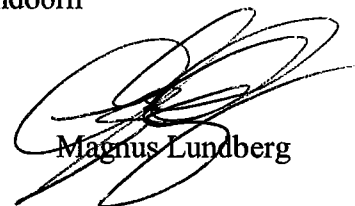
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Kristina Harmsen Hogendoorn



Ann-Marie Holmstedt
referent



Magnus Lundberg



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Anna Aktermo

BESLUT
2013-01-18
Meddelat i Malmö

Mål nr
334-13 E

SÖKANDE

Menigo Foodservice AB, 556044-4647
Box 9081
120 05 Årsta

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur. kand. Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Lunds kommun
Rådhuset, Box 41
221 00 Lund

SAKEN

Ansökan om överprövning av avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling (LOU); nu fråga om interimistiskt beslut

BESLUT

Förvaltningsrätten avslår Menigo Foodservice AB:s yrkande om att förvaltningsrätten interimistiskt ska besluta att avtalet den 18 december 2012 mellan Lunds kommun och Martin & Servera AB om livsmedelsleveranser inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

YRKANDEM M.M.

I ansökan till förvaltningsrätten yrkar Menigo Foodservice AB att Lunds kommuns avtal med Martin & Servera AB (ref nr 11/22) ogiltigförklaras samt att förvaltningsrätten interimistiskt förordnar att avtalet inte får fullgöras till dess något annat har bestämts. Till stöd för det interimistiska yrkandet anför bolaget bl.a. följande. Begäran om ett interimistiskt yrkande i mål om ogiltigförklaring av ett avtal som ingåtts till följd av en otillåten direkttilldelning ska beviljas om talan inte framstår som uppenbart ogrundad. Karaktären av det ingångna avtalet är sådant att prestationerna svårigen kan återgå. Vidare får avtalet till följd att Menigo, som nu svarar för leveranserna, måste avetablera och ställa om sina leveranser. Detta är förenat med icke obetydliga kostnader. Någon risk för uteblivna leveranser föreligger heller inte på grund av att Menigo svarar för dessa.

Lunds kommun bestrider ansökan om begäran om interimistiskt beslut. Lunds kommun anför bl.a. följande. Genom yrkande om interimistiskt beslut vill Menigo tilltvinga sig leveranser. Det kan inte vara lagens mening. Om Martin & Servera AB inte övergångsvis tillåts påbörja uppdraget den 1 februari 2013 kommer inte kommunen tillhandahålla måltider till skolelever, gymnasieelever, förskolebarn och äldreomsorgsenheter. Förfarandet är en tillfällig lösning i avvaktan på en ny upphandlingsprocess. Att tillgång till livsmedel är absolut nödvändigt för att inte riskera människors liv och hälsa är ett faktum som inte behöver visas.

SKÄL FÖR BESLUTET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 16 § LOU får förvaltningsrätten vid överprövning av avtals giltighet besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts. Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut om den skada eller

olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.


Angående förvaltningsrättens möjlighet att besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts anges i förarbetena bl.a. följande. Vid överprövning av ett avtals giltighet kan det finnas anledning för rätten att överväga behovet av ett interimistiskt beslut om att avtalet inte får fullgöras innan något annat har beslutats. Om t.ex. ett avtal är på väg att fullgöras, kan den klagande leverantörens möjligheter att konkurrera om avtalet vid en korrekt utförd upphandling gå förlorad. Vid bedömningen av om det finns behov av ett sådant beslut måste rätten dock även väga in att ett beslut kan medföra betydande praktiska och ekonomiska olägenheter för avtalsparterna (prop. 2009/10:180 s. 351 f.).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten, som senare kommer att ta upp målet till slutligt avgörande, gör följande bedömning.

Det är nödvändigt för Lunds kommun att kunna tillhandahålla livsmedel för ovan angivna ändamål. Förvaltningsrätten bedömer därför att ett interimistiskt beslut kan anses medföra sådana praktiska och ekonomiska olägenheter för Lunds kommun att det finns skäl för att avstå från att fatta ett sådant beslut. Yrkandet om ett interimistiskt beslut av innebörd att avtalet inte får fullgöras i avvaktan på att något annat har bestämts ska därför avslås.

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


Madeleine Westberg

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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.