



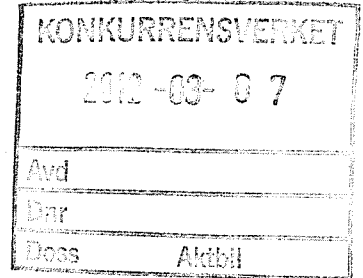
KLAGANDE

Falu Partiaffär AB, 556598-0611

Ombud: Advokat Kerstin Löfroth
Advokatfirman Sylwan och Fenger-Krog AB
Box 304
771 26 Ludvika

MOTPART

Landstinget Dalarna
Box 712
791 29 Falun



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 4 januari 2012 i mål nr 4302-11,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDE M.M.

Falu Partiaffär AB (Falun Partiaffär) yrkar att Landstinget Dalarnas beslut att avbryta upphandlingen med beteckning LD11/01446 ska ogiltigförklaras.

Till stöd för överklagandet vidhåller bolaget tidigare åberopade grunder och tillägger följande. Ingen part har påtalat brister i varugruppen färska grönsaker. De brister i förfrågningsunderlaget som Landstinget Dalarna har hänfört sig till verkar ha funnits beträffande andra varugrupper.

Landstinget Dalarnas beslut att avbryta upphandlingen har varit oklart eftersom grunden inte har redovisats i beslutet. Bolaget kan komma att lida skada av att upphandlingen avbryts. Förvaltningsrätten har inte redovisat sin bedömning i dessa delar.

Av upphandlingsannonsen framgår att kontraktet är uppdelat i tre delar och att det inte förekom några alternativa utföranden i varugruppen färska grönsaker.

Landstinget Dalarna anser att överklagandet ska avslås.

Till stöd för inställningen vidhåller landstinget tidigare åberopade omständigheter och tillägger följande.

Upphandlingen har avbrutits med stöd av sakligt godtagbara skäl. Om anbud med alternativa utföranden kan accepteras måste det framgå av såväl upphandlingsannons som förfrågningsunderlag. Av annonsen framgår att alternativa utföranden inte accepteras. Vid anbudsutvärderingen har alternativa utföranden accepterats för såväl utvärderingskriterierna

ekonomiskt mest fördelaktiga som lägsta pris. Detta strider mot 6 kap. 9 § LOU.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Aktuella lagrum och rättsfall från EU-domstolen framgår av förvaltningsrättens dom.

Enligt EU-domstolens praxis har upphandlande myndigheter ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller avbrytande av upphandlingar. Reglerna i gemenskapsrätten måste emellertid följas. En upphandlande myndighet får t.ex. inte begära in anbud endast för att klarlägga prisnivåer för att därefter upphandla till lägre prisnivåer; ett sådant förfarande är konkurrensbegränsande. (Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, andra reviderade upplagan, 2005, s. 557).

Sakliga skäl för att avbryta en upphandling har vidare ansetts finnas när förfrågningsunderlaget inte ansågs transparent och när anbudsgivare hade uppfattat skrivningar i förfrågningsunderlaget på helt olika sätt (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 20 september i mål nr 1427-10 och Kammarrätten i Stockholms dom den 12 april 2011 i mål nr 6093-10).

Utredningen i målet

Upphandlingsannonsen

Landstinget Dalarna upphandlar livsmedel i ett ramavtal som avser successiva avrop av varor till landstinget i olika varugrupper respektive produktgrupper. Kontraktet är uppdelat i flera delar och anbud ska lämnas för en eller flera delar. Alternativa anbud accepteras inte.

Förfrågningsunderlaget med bilagor

Av kod 1.7-1.8 framgår att såväl tilldelningsbeslut som upphandlingskontrakt kan avse antingen en leverantör eller flera leverantörer.

Enligt kod 2.3 ska anbud lämnas på hela varugrupper och/eller produktgrupper. När det gäller varugruppen färska grönsaker kan anbud lämnas på ett eller flera anbudsområden (dvs. verksamheter som ingår i upphandlingen). Upphandlande [myndighet] har rätt att anta lämnade anbud i sin helhet eller i delar. Avtal kommer att tecknas med en leverantör per varugrupp och/eller produktgrupp och i förekommande fall, anbudsområden.

Enligt kod 4.2 jämförd med bilaga 2 gäller utvärderingskriteriet lägsta pris avseende vissa varugrupper/produktgrupper och för andra ekonomiskt mest fördelaktiga anbud.

I bilaga 4 till förfrågningsunderlaget anges att samtliga offererade produkter ska kontrolleras mot förfrågningsunderlaget och mot andra där angivna krav. Om en produkt inte uppfyller kraven förkastas anbudet på aktuell varu-/produktgrupp. Om en produkt inte uppfyller kraven och leverantören har offererat ett alternativ som uppfyller kraven byter Landstinget Dalarna vara på aktuell position.

Landstinget Dalarnas tilldelningsbeslut och beslutet att avbryta upphandlingen

Den 20 september 2011 tilldelade Landstinget Dalarna sex leverantörer kontrakt, Falu Partiaffär var en av dessa. Enligt upphandlingsrapporten genomfördes utvärderingen enligt principen (dvs. utvärderingskriteriet) lägsta pris för vissa grupper och ekonomiskt mest fördelaktiga anbud för andra. I två av produktgrupperna, grönsaker, färska och enkla grönsaker, djupfrysta gjordes en nollställning av inkomna anbud eftersom

landstinget inte varit tillräckligt tydligt med vad som efterfrågats på en respektive två positioner. Enligt landstinget hade detta resulterat i felaktigt offererade produkter från samtliga aktuella leverantörer.

Den 22 september 2011 återkallade Landstinget Dalarna tidigare tilldelningsbeslut och förkastade en leverantörs anbud avseende del av varugruppen kolonial och fattade ett nytt tilldelningsbeslut samma dag. Landstinget Dalarna gjorde återigen en nollställning med samma motivering och i samma grupper som i det föregående tilldelningsbeslutet.

Den 28 september 2011 beslutade Landstinget Dalarna att återkalla det förra tilldelningsbeslutet eftersom ett anbud felaktigt hade gått vidare till utvärdering och på grund av att annat anbud felaktigt tilldelats kontrakt respektive gått vidare till utvärdering. Landstinget fattade ett nytt tilldelningsbeslut samma dag. Ännu en gång gjorde Landstinget Dalarna en nollställning med samma motivering och i samma grupper som i tilldelningsbeslutet den 22 september 2011. Falu Partiaffär tilldelades kontrakt i produktgruppen färska grönsaker i alla tilldelningsbeslut. Inga felaktigheter angavs avseende Falu Partiaffärs anbud.

Den 7 oktober 2011 beslutade Landstinget Dalarna att avbryta upphandlingen med motiveringen att det förelåg konstaterade egna brister i förfrågningsunderlaget som genererat otydliga anbud, vilket kunde leda till överprövningsärenden.

Falu Partiaffär har som grund för talan om överprövning i huvudsak anfört

– att det inte finns några tveksamheter beträffande vare sig lämnade anbud eller förfrågningsunderlaget när det gäller varugruppen färska grönsaker,

- att det saknas sakliga skäl för att avbryta upphandlingen i den del den gäller varugruppen färska grönsaker och
- att upphandlingen inte måste avbrytas i sin helhet eftersom anbud kan lämnas på hela varugrupper och eller produktgrupper.

Landstinget Dalarna anser att det finns brister i förfrågningsunderlaget som har gjort att det varit otydligt, särskilt avseende möjligheten att erbjuda alternativa produkter inom de olika positionerna.

Kammarrättens bedömning

Kammarrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget och upphandlingsannonsen innehåller ett flertal brister, bl.a. avseende möjligheten att lämna alternativa anbud på de olika positionerna. Dessa brister har konstaterats av Landstinget Dalarna vid tre tillfällen innan beslutet att avbryta upphandlingen fattades. Att brister inte har påtalats avseende varugruppen färska grönsaker kan inte leda till någon annan bedömning eftersom förfrågningsunderlaget med bilagor har utformats så att det gäller för samtliga varugrupper och produktgrupper. Kammarrätten bedömer därför att bristerna i förfrågningsunderlaget har inneburit risker för felaktigheter i upphandlingens konkurrensuppsökande skede för samtliga varu- och produktgrupper. Landstingets beslut att avbryta upphandlingen i sin helhet har därmed inte varit godtyckligt.

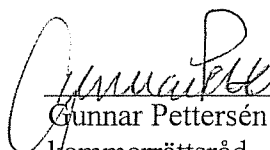
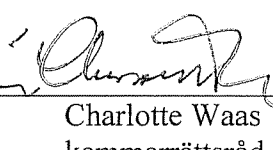
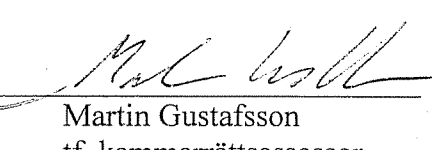
Falu Partiaffär har även invänt att beslutet om att avbryta upphandlingen varit oklart.

Alltför intetsägande uppgifter om skälen för ett tilldelningsbeslut kan medföra att ett sådant beslut blir att betrakta som en nullitet (jfr prop. 2001/02:142 s. 97). Motsvarande förhållanden bör enligt kammarrättens mening gälla för ett beslut att avbryta en upphandling. Kammarrätten anser att den motivering som lämnats av landstinget är godtagbar. Falu

Partiaffär har inte heller närmare motiverat varför beslutet är oklart eller på vilket sätt bolaget hindrats att ta tillvara sina rättigheter. Landstinget Dalarna har vidare i överprövningsförfarandet redovisat mer utförliga skäl.

Vid en sammantagen bedömning av vad som kommit fram anser kammarrätten, i likhet med förvaltningsrätten, att Landstinget Dalarna har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Beslutet är därmed inte godtyckligt. Det har inte heller framkommit att de unionsrättsliga principerna åsidosatts genom beslutet. Falu Partiaffärs överklagande ska således avslås.

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

		
Gunnar Pettersén kammarrättsråd ordförande	Charlotte Waas kammarrättsråd referent	Martin Gustafsson tf. kammarrättsassessor

Carl Johan Fahlander
kammarrättsfiskal
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Mattias Håkansson
Föredragande

DOM
2012-01-04
Meddelad i
Falun

Mål nr
4302-11
Enhet 2

SÖKANDE

Falu Partiaffär AB, 556598-0611
Box 505
791 17 Falun

Ombud: Advokaten Kerstin Löfroth
Advokatfirman Sylwan och Fenger-Krog AB
Box 304
771 26 Ludvika

MOTPART

Landstinget Dalarna
Box 712
791 29 Falun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning

BAKGRUND

Landstinget Dalarna (i det följande Landstinget) beslutade den 7 oktober 2011 att avbryta en upphandling av livsmedel (diariernr LD11/01446). Som skäl för beslutet angavs att brister i förfrågningsunderlaget har konstaterats och att detta genererat otydliga anbud, vilket kan resultera i överprövningsärenden.

YRKANDEN M.M.

Falu Partiaffär AB (i det följande Bolaget) ansöker om överprövning av Landstingets beslut att avbryta upphandlingen och yrkar – såvitt avser varugruppen färska grönsaker – att beslutet ska förklaras ogiltigt. Till stöd för sin ansökan anför Bolaget följande. Av tilldelningsbesluten den 20, 22 respektive 28 september 2011 samt tillhörande upphandlingsrapporter framgår att det inte föreligger några tveksamheter beträffande de lämnade anbuden eller förfrågningsunderlaget för varugruppen färska grönsaker. Det saknas därför sakliga skäl för att avbryta upphandlingen beträffande denna varugrupp. Bolaget delar inte Landstingets uppfattning att upphandlingen måste avbrytas i sin helhet. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud kan lämnas på hela varugrupper och/eller produktgrupper. För varugruppen färska grönsaker kunde anbud lämnas på ett eller flera anbudsområden. Det framgår också att avtal kommer att tecknas med en leverantör per varugrupp/produktgrupp och, i förekommande fall, anbudsområden.

Landstinget motsätter sig Bolagets yrkande och anför följande. Upphandlingen avser samtliga i förfrågningsunderlaget ingående varugrupper vilket innebär att ett tilldelningsbeslut bara kan fattas för helheten och inte respektive varugrupp. Detta innebär att ett avbrytande måste omfatta samtliga ingående varugrupper. Som stöd för avbrytandet av hela den aktuella upphandlingen ligger ett antal otydligheter som kommit fram efter det att tilldelningsbeslut fattats. Den huvudsakliga bristen är texten om möjligheten för anbudsgivare att komma in med alternativa produkter inom respektive position. Detta resulterade i att anbudsgivare lämnat ett flertal alterna-

tiv per position som inte utvärderades i sin helhet. Det ursprungliga tilldelningsbeslutet fattades därför på felaktiga grunder, d.v.s. förstahandsalternativen för vissa positioner inom flera produktgrupper uppfyllde inte ställda krav vilket innebar att berörd anbudsgivare uteslöts för dessa varugrupper/produktgrupper eftersom alternativen inte utvärderades. Efter påpekanden genomfördes nya utvärderingar som resulterade i att tidigare fattade tilldelningsbeslut återkallades och ett nytt beslut fattades. Även efter detta beslut kom ett antal påpekanden som tydliggjorde brister i förfrågningsunderlaget. Landstinget beslutade därför att avbryta upphandlingen. Ytterligare ett skäl är att undvika överprövningar på grund av otydligheter och felaktigt genomförda utvärderingar. Att avbryta delar av en upphandling förutsätter att detta redovisas i förfrågningsunderlaget vilket inte framgår i den nu aktuella upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bolaget har gjort gällande att Landstinget – såvitt avser varugruppen färska grönsaker – inte har haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

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 Landstinget har åberopat till stöd för sitt beslut att avbryta upphandlingen är att det förelegat brister i förfrågningsunderlaget som gjort att detta varit otydligt. Landstinget har särskilt påtalat att förfrågningsunderlaget varit otydligt avseende möjligheten att erbjuda alternativa produkter inom respektive position.

Ska en upphandlande myndighet anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får den tillåta anbudsgivare att lämna anbud med alternativa utföranden. En upphandlande myndighet ska i annonsen ange om den godkänner anbud med alternativa utföranden. Om detta inte anges, är anbud med alternativa utföranden inte tillåtna. En upphandlande myndighet som tillåter anbud med alternativa utföranden ska i förfrågningsunderlaget ange vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och de särskilda villkor som gäller för hur de ska presenteras. Endast sådana anbud som uppfyller minimikraven får beaktas vid upphandlingen (6 kap. 9 § LOU).

Vad gäller varugruppen färska grönsaker ska anbud lämnas per hel produktgrupp och ramavtal kommer att tilldelas per produktgrupp och anbudsområde. Tilldelningsgrunden är lägsta pris (jfr bilaga 2 till förfrågningsunderlaget). Eftersom tilldelningsgrunden för den aktuella varugruppen är lägsta pris får Landstinget inte tillåta anbudsgivare att lämna anbud med alternativa utföranden (jfr 6 kap. 9 § första stycket LOU).

Förfrågningsunderlaget med tillhörande bilagor har trots detta utformats på ett sätt som skulle kunna uppfattas som att det är tillåtet för anbudsgivare att erbjuda alternativa produkter, vilket också har lett till att vissa anbudsgivare lämnat anbud med alternativa produkter avseende vissa delar av upphandlingen. Alldeles oavsett om alternativa produkter offererats inom de nu överprövade delarna av upphandlingen, har likväl en brist i förfrågningsunderlaget förelegat som teoretiskt sett kunnat påverka en potentiell anbudsgivares förutsättningar att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Vid

dessa förhållanden anser förvaltningsrätten att landstingets beslut att avbryta upphandlingen får anses vila på sakligt godtagbara skäl.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU).



Karin Forslund Johansson

rådman

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.