



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2012-04-23
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
5808-12
Enhet 13

1

SÖKANDE

P 2 Restaurang & Catering AB, 556604-5638
Box 1881
581 17 Linköping

MOTPART

Försvarsmakten
Upphandlingsenheten
Försvarsmaktens Logistik
107 86 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-04-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 231437

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Försvarmakten genomför en förenklad upphandling av Måltidstjänster i kluster A-C, beteckning FM-1610-11-X, och avser att teckna ett avtal per kluster och upprätta tre separata tilldelningsbeslut. Anbudsgivare kan lämna anbud på ett eller flera kluster med samtliga ingående verksamheter angivna som kluster A, B eller C. Det anbud som erbjuder lägst totalpris kommer att antas. Kluster B omfattar orterna Karlsborg, Kvarn och Linköping. Av förfrågningsunderlaget framgår att möjligheten att ställa frågor och begära förtydliganden finns och ska ske skriftligen till Upphandlingsenheten. Skriftliga svar ska anses som del av upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

P 2 Restaurang & Catering AB (P 2 eller bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas och göras om eftersom bolaget lider skada och anför bl.a. följande. För att kunna lämna anbud i kluster B krävs en stor leverantör innebärande att en mindre leverantör utesluts vilket är en klar diskriminering samt frångår den grundläggande EU-rättsliga principen om likabehandling. Indelningen i kluster är felaktig och omotiverad. Kravspecifikationernas innehåll skiljer sig från ort till ort men anbud ska lämnas per kluster. Utformningen av anbudsförfrågan innebär att det slutliga antalet anbud inte kommer att vara så stort att effektiv konkurrens uppnås. Försvarmakten frångår öppet de grundläggande EU-rättsliga principerna och ställer upp villkor som omöjliggör för lokala leverantörer, som bolaget självt, att lämna anbud. Genom sättet att utforma förfrågningsunderlaget har Försvarmakten haft som syfte att begränsa konkurrensen till att endast en eller två av de stora aktörerna har möjlighet att lämna anbud. I Försvarmaktens förtydliganden 2 och 4 framgår bl.a. att en Mässförening inte kan vara underleverantör. Förtydligande 5 innehåller helt nya förutsättningar som inte tidigare framgått av förfrågningsunderlaget. En ändring

av publicerade uppgifter utgör ett brott mot likabehandlingsprincipen då en leverantör som avstått från att lämna ett anbud efter ha läst annonsen kan ha velat lämna ett anbud om de haft kännedom om de nya förutsättningarna. Möjligheten för leverantörer att gå samman eller åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet har betydligt försvårats med den korta anbudstid som återstår. Upphandlingen bryter mot artikel 32.2 femte stycket i direktiv 2004/18/EG där det framgår att upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Förfrågningsunderlaget ska rättas så att konkurrensen inte hindras, begränsas eller snedvrids samt att maximal konkurrensutsättning uppnås och upphandlingen ska göras om.

Försvarsmakten bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Om förvaltningsrätten skulle finna att Försvarsmakten brutit mot någon grundläggande princip eller annan bestämmelse i LOU anser Försvarsmakten att upphandlingen ska göras om. I Förtydligande 5 framgår att en mässförening kan vara underleverantör. I Förtydligande 6 har Försvarsmakten beslutat att förlänga anbudstid med fyra veckor till den 26 april. Därmed har alla anbudsgivare getts samma möjlighet att komma in med anbud baserade på den nya informationen. Någon skada för P 2 kan därför inte anses ha uppstått i denna del.

Traditionellt har Försvarsmakten tillhandahållit måltider med egna resurser. Under de senaste 10 åren har allt fler delar av verksamheten prövats för s.k. outsourcing, så även måltidsverksamheten. Upphandlingar av måltidstjänster har därefter föregåtts av omfattande och noggranna utredningar, analyser och avvägningar för att komma fram till en så bra upphandlingsmodell som möjligt. Det kan konstateras att det är en mycket komplex fråga. Det finns ett flertal speciella faktorer som måste beaktas vid upphandlingen av dessa tjänster. Exempelvis måste beaktas att Försvarsmakten

bedriver verksamhet på ett förhållandevis stort antal platser. Det rör sig om alltifrån större garnisonsorter som till mindre utbildningsplatser och skjutfält. De senare är ofta lokaliserade till platser långt bort från tätorter och därmed mindre "attraktiva" för anbudsgivare att försöka ta över. Detta är den främsta anledningen till att förfrågningsunderlaget av måltidstjänster, innehåller krav på att anbud ska gälla för flera orter tillsammans, s.k. kluster. Storleken på de angivna klustren har valts efter vad som bedömts ge en så bra konkurrenssituation som möjligt. För det fall det inte skulle anses tillåtet att begära in anbud som ska gälla för flera orter, skulle Försvarmakten riskera att inte få in anbud på mindre attraktiva orter. Verksamheten som bedrivs vid de olika orter varierar till såväl art som omfattning. Det får därför anses naturligt att även de närmare kraven på tillhandahållande av måltidstjänster kan variera mellan de olika orterna, även beträffande orter som ligger inom samma kluster. Det finns inget egenvärde i att genomföra upphandlingar av måltidstjänster på exakt likadant sätt på alla platser i landet. Försvarmakten har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Efter grundliga utredningar och analyser samt baserat på erfarenheter från den första generationen av upphandling av måltidstjänster har Försvarmakten formulerat förfrågningsunderlaget på ett sätt som enligt Försvarmaktens bedömning tillgodoser effektiv konkurrens samtidigt som det tillgodoser de speciella förhållanden som gäller för Försvarmaktens verksamhet och som ger möjligheter till ett fördelaktigt ekonomiskt resultat för myndigheten.

DOMSKÄL

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap 5 § samma lag, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska avslutas först sedan rättelse gjorts.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. Likabehandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet.

Högsta förvaltningsdomstolen har i sitt avgörande RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrättens bedömning

En överprövning enligt LOU innebär en kontroll av om upphandlande myndighet följt de principer för offentlig upphandling som framgår av 1 kap. 9 § LOU samt övriga bestämmelser i LOU. Som huvudregel har den sökande part som gör gällande att en upphandling inte har genomförts i enlighet med bestämmelserna i LOU bevisbördan för att så är fallet.

Det är upphandlande myndighet som beslutar om vad som ska upphandlas och ställer upp de krav som anses vara nödvändiga för att syftet med upphandlingen ska uppnås. Myndigheten måste utifrån den egna verksamheten, undersökningar och utredningar som har bäring på verksamheten, kännedom om infrastruktur och krav på hur verksamheten ska fungera ges utrymme att utforma ett förfrågningsunderlag som man uppfattar, genom konkurrensutsättning, kan tillgodose realistiska krav. Allt under förutsätt-

ning att det inte sker i en utsträckning som innebär att grundläggande upphandlingsprinciper åsidosätts innebärande ett brott mot LOU.

Bolagets ansökan kan inte uppfattas på annat sätt än att den huvudsakliga invändningen är att en mässförening ska kunna agera som underleverantör inom kluster B och att förfrågningsunderlagets utformning snedvrider konkurrensen.

Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlagets utformning, inklusive de förtydliganden som tillkommit, numera ger möjlighet för en mässförening att agera underleverantör och att anbudstiden har förlängts med fyra veckor och det därmed finns möjlighet att lämna anbud t o m den 26 april 2012. Förvaltningsrätten kan mot den bakgrunden inte finna att P2 för egen del har lidit skada eller riskerar att lida skada.

P2 anför att förfrågningsunderlaget strider mot likabehandlingsprincipen i den mening att det missgynnar små leverantörer och att möjligheten att uppnå en effektiv konkurrens därmed är satt ur spel. P2 åberopar också att ändring av publicerade uppgifter i form av förtydliganden från upphandlande myndighet utgör ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är upp till den leverantör som vill lämna anbud i en offentlig upphandling att ta del av anbudsförfrågningar i de forum där de offentliggörs och att därefter bevaka eventuella förändringar. Sådana förtydliganden som Försvarsmakten gjort, och som är mer regel än undantag i offentliga upphandlingar, innebär inget brott mot likabehandlingsprincipen.

P2 kan inte anses ha visat att Försvarsmaktens uppställda krav eller indelning i kluster innebär att den konkurrens som EU-rätten och LOUs bestämmelser värnar om har hindras, begränsas eller snedvrids. Försvarsmakten har inte brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon av övriga

grundläggande principer eller mot LOU och P2 har inte heller i detta sammanhang lidit skada. Ansökan ska avslås.

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

Anna Lönnestav

Rådman

Föredragande har varit Kerstin Sandin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU