



KONKURRENSVERKET	
2012 -02- 2 2	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

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

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

MOTPART

Örebro läns landsting
Box 1613
701 16 Örebro

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 10 februari 2012 i mål nr
5404-11, 5903-11 och 6093-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU);
nu fråga om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

BAKGRUND M.M.

Örebro läns landstings (landstinget) genomför en upphandling av livsme-
del (ÖLL 2011/2674) omfattande 25 varugrupper. Menigo Foodservice
AB (bolaget) har såvitt framkommit enligt tilldelningsbeslut den 20 de-
cember 2011 tilldelats varugrupperna 2, 3, 4, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21
och 22.

Sedan bolaget begärt överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten och yrkat rättelse beslöt förvaltningsrätten i dom den 10 februari 2012 att upphandlingen ska göras om.

Bolaget överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom och med ogillande av Servera R & S AB:s i förvaltningsrätten framställda yrkande om att upphandlingen ska göras om, beslutar att landstingets upphandling avseende varorna i grupp 2, 3, 4, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 och 22 ska avslutas. Bolaget yrkar vidare att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens dom ska återförvisa målet till förvaltningsrätten för prövning av bolagets yrkande om rättelse avseende varugrupperna 1, 12, 13 och 24.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I LOU finns inte några särskilda bestämmelser om överklagande. Reglerna i förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, blir därför tillämpliga.

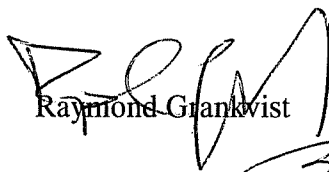
Enligt 33 § andra stycket FPL får en förvaltningsrätts beslut överklagas av den som det angår, om det gått honom emot. Frågan i målet är därför om förvaltningsrättens dom angår bolaget och går det emot i den mening som avses i paragrafen.


När en domstol förordnat att en leverantör ska uteslutas från det vidare förfarandet eller mista ett tilldelat uppdrag genom att en annan leverantör utpekats som vinnande, har avgörandet ansetts ha en sådan betydelse för ställningen som anbudsgivare att det angår leverantören och går denne emot i den mening som krävs för talerätt (HFD 2011 ref. 29).

Förvaltningsrätten har på ansökan av bl.a. bolaget överprövat den aktuella upphandlingen. Förvaltningsrättens förordnande, att upphandlingen ska

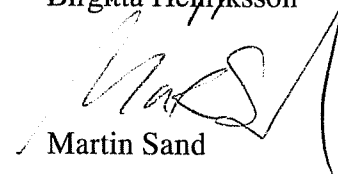
göras om, medför att ovan nämnda förutsättningar inte är uppfyllda. Beslutet kan därmed inte anses ha en sådan betydelse för bolaget att det har talerätt. Bolagets överklagande ska därför avvisas.

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


Raymond Grankvist


Lennart Berglund
referent


Birgitta Henriksson


Martin Sand



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2012-02-10
Meddelad i
Karlstad

Bilagor 8

1

Mål nr
5404-11 E
5903-11 E
6093-11 E

SÖKANDE

1. Örebro Trädgårdshall AB, 556047-3042 (mål nr. 5404-11)
Skvadronvägen 3
702 27 Örebro

2. Menigo Foodservice AB, 556044-4647 (mål nr. 5903-11)
Box 9081
120 05 Årsta

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur kand Håkan Andersson
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124, 103 62 Stockholm

3. Servera R & S AB, 556233-2451 (mål nr 6093-11)
Box 123
601 03 Norrköping

MOTPART

Örebro läns landsting, Upphandlingsenheten
Box 1613
701 16 Örebro

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att Örebro läns landstings upphandling av livsmedel (11OLL/2674) ska göras om.

Förvaltningsrätten prövar inte landstingets beslut att avbryta upphandlingen.

Dok.Id 54715

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	054-14 85 30	måndag – fredag 08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2012-02-10

5404-11 E
5903-11 E
6093-11 E

2

BAKGRUND M.M.

Örebro läns landsting (landstinget) har upphandlat livsmedel (ÖLL 2011/2674) omfattande 25 varugrupper och genom tilldelningsbeslut den 15 november 2011 beslutat att anta anbud från ett flertal olika anbudsgivare. För vissa varugrupper har inte något anbud antagits med hänvisning till att inget anbud kvalificerat sig.

Landstinget har därefter, den 25 november 2011, beslutat att återta tilldelningsbeslutet och vidare, den 6 december 2011, beslutat att avbryta upphandlingen.

Landstinget har slutligen den 20 december 2011 återtagit sitt avbrytandebeslut och fattat ett nytt tilldelningsbeslut. Tilldelningsbeslutet skiljer sig från det först meddelade tilldelningsbeslutet i vissa avseenden.

Örebro Trädgårdshall AB (Trädgårdshallen) begär i ansökan inkommen den 24 november 2011 (mål nr. 5404-11) överprövning av upphandlingen och anför bl.a. följande. Trädgårdshallen har fått sitt anbud på livsmedel, frukt/grönt, förkastat på grund att Trädgårdshallen utelämnade en position med pris på ett specifikt päron. Utelämnandet berodde på det för den artikeln inte var säsong och den fanns således inte att få tag på i Sverige den aktuella basprisdagen. En annan anbudsgivare har satt ett pris på denna position och blivit den enda godkända anbudsgivaren. Denna anbudsgivare kan omöjligt ha innehaft denna produkt vid datumet för angivet pris och bör således också förkastas och upphandlingen förnyas.

Menigo Foodservice AB (Menigo) begär i ansökan inkommen den 16 december 2011 (mål nr. 5903-11) överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkar att upphandlingen återupptas och avslutas. Menigo anför sammanfattningsvis att landstinget inte haft sakliga skäl att avbryta

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2012-02-105404-11 E
5903-11 E
6093-11 E

upphandlingen. Menigo yrkar även att rättelse ska ske av tilldelningsbeslutet den 15 november 2011 på så sätt att Menigo tilldelas upphandlingen avseende varugrupperna 1 och 13 och anför som skäl för detta att utvärderingen inte utförts korrekt.

Servera R & S AB (Servera) begär i ansökan inkommen den 29 december 2011 (mål nr. 6093-11) överprövning av upphandlingen. Servera yrkar att upphandlingen ska göras om och anför sammanfattningsvis följande. Landstinget har efter tilldelningsbeslut, återtagande av tilldelningsbeslut, överprövning av återtagande, tillbakatagande av återtagande av tilldelningsbeslut och därefter nytt tilldelningsbeslut visat prov på oförmåga att genomföra utvärderingen av upphandlingen, vilket även till viss del beror på att ställda krav inte varit relevanta (exempelvis 100 procents täckning av samtliga positioner) och att regelverket för att genomföra utvärderingen inte varit heltäckande (exempelvis enbart utvärdering via Dabas produktdata-bas). Resultatet av detta är att av de 25 varugrupper som upphandlingen omfattar har det på 16 varuområden beslutats om leverantörer. Till detta så har Servera presenterat felaktigheter i utvärderingen på ytterligare 6 varuområden där felaktiga beslut tagits, vilket ytterligare minskar antalet varuområden som borde vara antagna. Risker är dessutom uppenbar att ytterligare misstag gjorts i kravspecifikationen och utvärderingen.

Landstinget anför i svar på ansökningarna i huvudsak följande. Det kan konstateras att exempelvis kravbilderna på att 100 procent av efterfrågade positioner måste finnas för att anbud ska godkännas kan uppfattas vara i konflikt med likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen varför upphandlingen kan göras om i sin helhet. Landstinget har vidare bemött och delvis medgett vissa fel i tilldelningsbesluten som framförts av sökandena.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2012-02-105404-11 E
5903-11 E
6093-11 E

4

Trädgårdshallen tillägger att det yrkas att upphandlingen ska göras om.

Servera tillägger att yrkandet att upphandlingen ska göras om kvarstår och att detta gäller upphandlingen i dess helhet med hänvisning till att kravet på 100 procents offerering avsett samtliga varugrupper.

Menigo motsätter sig att upphandlingen görs om och yrkar rättelse vad gäller varugrupperna 1, 12, 13 och 24 och vidare att målet avskrivs beträffande varugrupperna 2 – 4, 14 och 16 – 22, vilka tilldelats Menigo genom det senare fattade tilldelningsbeslutet. Menigo redogör för grunderna för yrkandet om rättelse och för dess invändningar mot Serveras ansökan om överprövning och tillägger bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget är inte behäftat med sådant fel som innebär att upphandlingen måste göras om. I livsmedelsupphandlingar är det ofrånkomligt med stora varukorgar på sätt som förekommer i denna upphandling. Eftersom diskvalificeringen är begränsad till den grupp där anbudet inte är fullständigt är den valda modellen proportionerlig och lämplig för att åstadkomma likabehandling av anbudsgivarna och för att tillse att anbuden blir jämförbara. Samtliga anbudsgivare har samma chans att lämna anbud på samtliga produkter.

DOMSKÄL

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling (2007:1091; LOU) eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten enligt 16 kap 6 § besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2012-02-105404-11 E
5903-11 E
6093-11 E

5

Enligt ovannämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Beslutet att avbryta upphandlingen har återtagits av landstinget varför ändamålet med att överpröva det beslutet har förfallit.

Den aktuella upphandlingen avser livsmedel bestående av 25 olika grupper av livsmedel. Anbud ska enligt förfrågningsunderlaget lämnas på hela varugrupper och avtal kommer att tecknas med en (1) leverantör per varugrupp. Priser ska lämnas enligt en produktspecifikation och basprisdag ska vara 2011-08-10. Vad gäller prövning av offererade produkter anges i förfrågningsunderlaget att produkterna måste uppfylla de krav som ställs i förfrågningsunderlaget och att om en produkt inte uppfyller kraven förkastas anbudet på aktuell varugrupp. Genom landstingets nya tilldelningsbeslut den 20 december 2011 har resultatet för vissa varugrupper blivit anorlunda jämfört med det först fattade tilldelningsbeslutet. Beträffande vissa produktgrupper har fortfarande ingen tilldelning skett på den grunden att inget anbud kvalificerat sig. Detta gäller 8 av de 25 varugrupperna.

Landstinget har medgett att kravet på 100 procents offerering inom ett produktområde för att kvalificera sig för utvärdering är oproportionerligt och strider mot likabehandlingsprincipen. Vid bedömningen av om ett krav strider mot proportionalitetsprincipen ska enligt EG-rätten tre rekvisit beaktas. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet och för det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionelig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2012-02-105404-11 E
5903-11 E
6093-11 E

I nu aktuell upphandling är syftet att tillgodose behovet av livsmedel inom landstingets verksamheter. I upphandlingen har ca. en tredjedel av varuområdena inte kunnat tilldelas på grund av kravet på 100 procents offerering inom varje område, trots anbud från på marknadens stora aktörer. Ett lägre krav på offerering torde sannolikt medföra kvalificerade anbud på samtliga varugrupper och endast bortfall av enstaka produkter inom respektive område. Förvaltningsrätten instämmer i bedömningen att kravet är oproportionerligt, vilket får anses ha inneburit att aktuella leverantörer lidit eller kunnat lida skada. Därmed föreligger grund för ingripande enligt LOU. Eftersom det brister i förfrågningsunderlagets kravspecifikation är rättelse inte aktuellt utan upphandlingen ska göras om. Bristen får anses Eftersom nämnda krav gäller för samtliga varu-/produktområden ska upphandlingen göras om i sin helhet.

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

Joar Berglund, rådman

Föredragande: Lars Överström



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 nå 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.