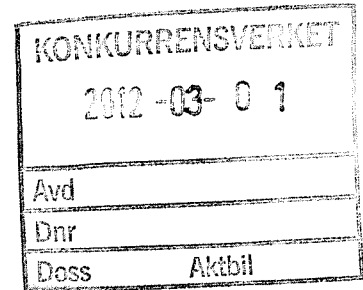




**KLAGANDE**

1. Lysekils kommun
2. Munkedals kommun
3. Sotenäs kommun
4. Strömstads kommun
5. Tanums kommun
6. Trollhättans kommun
7. Vänersborgs kommun



Ombud: Advokat Roger Hagman  
Box 3460  
103 69 Stockholm

**MOTPART**

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

Ombud: Advokaterna Liselott Fröstad och Håkan Johnston  
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
Box 3124  
103 62 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 27 januari 2012 i mål nr 16172-11, 16758-11, 16761-11, 16762-11, 16763-11, 16764-11, 16766-11, se bilaga A

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom.



**YRKANDEN M.M.**

**Lysekils kommun och medparter** (kommunerna) yrkar att kammarrätten lämnar Menigo Foodservice AB:s ansökan om överprövning utan bifall.

**Menigo Foodservice AB** (bolaget) anser att överklagandet ska avslås.

**Kommunerna** anför bl.a. följande.

*Ifrågasatt möjlighet till avtalsstart den 1 mars 2012*

Förvaltningsrättens domskäl får tolkas som att kommunerna i och med domen den 10 oktober 2011 skulle ha ifrågasatt om upphandlingen kunde genomföras under samma förutsättningar som före domen. Om domstolen därmed avsett att förfrågningsunderlaget skulle ha ändrats i enlighet med domskälen kan detta inte vara en skyldighet för kommunerna i och med att domen inte vunnit laga kraft. Kommunerna valde också att överklaga domen. Om domstolen istället avsett att kommunerna den 10 oktober borde ha ifrågasatt möjligheten att fullfölja upphandlingen med avtalsstart den 1 mars 2012 anser kommunerna inte att de haft anledning att tro annat än att ett avgörande i kammarrätten i ett förtursmål skulle ha kunnat vara för handen i början av januari månad 2012 och att avtalsstart den 1 mars 2012 skulle ha varit möjlig. Om kommunerna istället utgått från att kammarrätten skulle ha beslutat att antingen ej bevilja prövningstillstånd eller bevilja prövningstillstånd och fastställa förvaltningsrättens domslut skulle det ha inneburit att en tillfällig annonserad upphandling med ett i övrigt oförändrat förfrågningsunderlag inte skulle kunna fullföljas, eftersom den upphandlingen i så fall utifrån domarna stått i strid med LOU. Kommunerna hade således inte något annat realistiskt alternativ än att avvakta.



*Möjligheten till påskyndat förfarande*

Uppstartstiden för en leverantör i grossistdelen kan beräknas till omkring tre månader. Det hade inte varit möjligt att teckna avtal förrän omkring 70 alternativt 60 dagar efter den 10 oktober 2011 vid ett påskyndat öppet respektive selektivt förfarande. Då har i planeringen inte lagts tid för överprövning på minst sex månader. Såväl Konkurrensverket som domstolar har slagit fast att i planeringen av en annonserad upphandling ska höjd tas för viss tid för överprövning. Vid en sådan planering skulle det inte ens teoretiskt ha varit möjligt att genomföra en förnyad upphandling med avtalsstart den 1 mars 2012.

*Lämpligheten av ett påskyndat förfarande*

Kommunerna kunde på goda grunder anta att även en tillfälligt annonserad upphandling med i allt väsentligt samma innehåll som i den överprövade upphandlingen också skulle komma att överprövas. Dessutom, särskilt som livsmedelsupphandlingar frekvent överprövas, kunde kommunerna på lika goda grunder anta att även tilldelningen i en tillfällig selektiv upphandling skulle komma att överprövas. Det fanns därför inte skäl för kommunerna att den 10 oktober 2011 anta att det skulle vara möjligt att genomföra ett påskyndat annonserat förfarande. Att under nämnda förutsättningar ”besvåra” leverantörer med en ny förfrågan på i stort sett oförändrade villkor med de kostnader detta skulle medföra för en anbudsgivning som på goda grunder inte skulle vara möjlig att genomföra med avtalsstart den 1 mars 2012 hade varit olämpligt. Även det allmänna skulle drabbas av onödiga kostnader och arbetsinsatser för ett påskyndat förfarande. Om kommunerna skulle omarbete förfrågningsunderlaget i enlighet med domskälen skulle det överhuvudtaget inte ha varit möjligt att genomföra ett påskyndat annonserat selektivt förfarande, eftersom det hade tagit ett antal månader för kommunerna att revidera förfrågningsunderlaget.



*Konsekvenserna av om ett tillfälligt avtal inte ingås före den 1 mars 2012*

För de fall Svensk Cater inte övergångsvis och i avvaktan på resultatet av en förnyad annonserad upphandling kan påbörja uppdraget den 1 mars 2012 kommer kommunerna inte ha möjlighet att laga och tillhandahålla mat från den dagen. Om i synnerhet äldre, sjuka eller personer med funktionsnedsättning, boende i servicehus och gruppbostäder eller personer som är beroende av hemleverans inte erhåller mat är ekvationen mycket enkel. Ett antal personer kommer inom mycket kort tid att hamna i livshotande tillstånd. Andra kan snart hamna i tillstånd som hotar hälsan och på sikt även livet.

**Bolaget** anför bl.a. följande.

*Ifrågasatt möjlighet till avtalsstart den 1 mars 2012 och till påskyndat förfarande*

Kommunernas huvudsakliga skäl till att använda undantaget i LOU har angetts vara att ett annonserat förfarande skulle ha tagit för lång tid att genomföra efter förvaltningsrättens dom den 10 oktober 2011. Kommunerna har också anført att domen inte borde föranlett dem att påbörja ett nytt upphandlingsförfarande innan saken var slutligt avgjord. Samtliga dessa omständigheter är hänförliga till kommunerna och har legat inom deras kontroll. Med en bättre planering och framförhållning hade kommunerna kunnat undvika en situation där man varit tvungen att direktupphandla. Det har i förevarande fall utan tvekan funnits möjlighet för kommunerna att genomföra en öppen eller selektiv upphandling. De i lagen angivna fristerna har kunnat hållas.

*Lämpligheten av ett påskyndat förfarande*

Kommunerna har anført att en tillfälligt annonserad upphandling med i allt väsentligt samma innehåll som i den överprövade upphandlingen också





skulle komma att överprövas. Kommunerna har dock inte haft att genomföra en likadan upphandling. Istället skulle en betydligt enklare och mer grundläggande upphandling kunna genomföras för att tillförsäkra kommunerna leveranser av livsmedel när det gamla avtalet löper ut till dess en ny korrekt genomförd upphandling har genomförts. En sådan tar naturligtvis inte ett antal månader att sammanställa, utan måste av en normalkunnig upphandlare kunna åstadkommas på avsevärt kortare tid. En eventuell risk för överprövning kan aldrig vara en faktor som påverkar bedömningen av om kriteriet ”synnerlig brådska” är uppfyllt eller inte. Det är fortfarande fråga om en omständighet som kunnat förutses av kommunerna och som är hänförlig till den upphandlade myndigheten.

*Utnyttjande av bästa möjliga konkurrensutsättning*

För det fall en upphandlande myndighet hamnar i en situation där gällande ramavtal löper ut innan ett nytt hinner tecknas, åligger det myndigheten att säkra tillgång till den ifrågavarande varan eller tjänsten utan att reglerna i LOU överträds. Om detta inte är möjligt ska myndigheterna alltid se till att så långt som möjligt följa lagstiftningen. De skäl som framförs av kommunerna är inte sådana att kravet på annonsering i LOU kan åsidosättas. Enligt annonsen om frivillig förhandsinsyn den 9 december 2011 framgår att direktupphandlingen är baserad på det förfrågningsunderlag som användes i den ursprungliga upphandlingen, vilken enligt förvaltningsrättens dom ska göras om. Det kan aldrig vara korrekt att använda ett förfrågningsunderlag som av domstol konstaterats strida mot LOU som grund för en tillfällig lösning. I den situationen ett annonserat förfarande inte är möjligt finns det två möjliga alternativ. Det första är att det sedan tidigare löpande avtalet förlängs på oförändrade villkor under en kortare övergångsperiod till dess ett nytt korrekt avtal har upphandlats. Avtalet som löper idag har i vart fall upphandlats och konkurrensutsatts i enlighet med LOU i ett tidigare skede. Det andra alternativet är att det nya förfrågningsunderlaget används för en direktupphandling. Kommunerna har valt att använda sig av det förfråg-



ningsunderlag som uttryckligen av domstol inte ansetts vara förenligt med LOU och de avtalsvillkor som inte konkurrensutsatts på ett korrekt sätt. Ett sådan förfarande kan aldrig vara tillåtet eftersom det strider mot LOU och dess principer.

*Direktupphandlad kontraktstid*

Kommunerna har i annonsen om frivillig förhandsinsyn angett att avtalstiden för det tillfälliga, direktupphandlade, avtalet till tretton månader med möjlighet till förlängning med sex månader vid högst två tillfällen. Detta ger en möjlig avtalstid om drygt två år. Möjligheten till förhandlat förfarande utan föregående annonsering är ett undantag från kravet på annonsering i LOU. Bestämmelsen innebär en eftergift för att tillgodose den upphandlade myndighetens behov av sådana varor och tjänster som är absolut nödvändiga under en övergångsperiod. Det åligger kommunerna att begränsa avtalstiden till kortast möjliga. Det kan omöjligen ta kommunerna två år att genomföra en ny annonserad upphandling av den typ som det här är fråga om. Även detta förhållande innebär att den tilltänkta direktupphandlingen inte är förenlig med LOU.

**SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

LOU bygger på EU-direktiv om offentlig upphandling. Det följer av artikel 4.3 fördraget om Europeiska Unionen (EU-fördraget) och artikel 288 tredje stycket EUF-fördraget att nationella bestämmelser som genomför EU-direktiv ska tillämpas och tolkas mot bakgrund av ordalydelsen i och syftet med direktivens bestämmelser (jfr mål C-106/89).



Huvudsyftet med de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater (jfr mål C-26/03).

LOU innehåller förfaranderegler som ska tillämpas när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt med ekonomiska villkor till fristående aktörer. Dessa förfaranderegler kännetecknas av att offentliga upphandlingar som huvudregel ska annonseras (7 kap. 1 § LOU) och att alla leverantörer ska ha rätt att lämna anbud eller att ansöka om att lämna anbud. Likaså ska de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och ickediskriminering, proportionalitet, transparens samt ömsesidigt erkännande iakttas vid offentlig upphandling (1 kap. 9 § LOU).

I 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU anges att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Motsvarande bestämmelse finns i artikel 31.1 (c) i direktiv 2004/18/EG. I beaktandesats 1 och 6 till detta direktiv anges att direktivet bygger på EU-domstolens rättspraxis respektive att ingenting i detta direktiv bör hindra vidtagande eller genomförande av sådana åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, att skydda människors och djurs hälsa och liv eller att bevara växter, i synnerhet med sikte på en hållbar utveckling, under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med fördraget.

I samband med prövning av motsvarande artiklar om förhandlat förfarande utan föregående annonsering i tidigare upphandlingsdirektiv har EU-domstolen bl.a. uttalat följande.



Om en upphandlande myndighet under lång tid känt till de omständigheter som gjorde upphandlingen nödvändig har det inte förelegat synnerlig brådska om myndigheten kunnat tillämpa sig av ett påskyndat förfarande (jfr C-107/92).

De enda undantag från tillämpligheten av direktivet är de som enkom och undantagslöst är angivna i samma direktiv. Den som åberopar ett undantag har bevisbördan för att undantaget är tillämpligt (jfr C-328/92).

Undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i föredraget inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt (jfr C-337/05).

*Kammarrätten gör följande bedömning*

Den första frågan är om kommunerna har gjort sannolikt att förutsättningarna i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU varit uppfyllda, dvs. att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet i grossistdelen avseende den tillfälliga upphandlingen ”Livsmedel TV-SAM 2012 ÖGL-G” utan föregående annonsering, att synnerlig brådska gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande (med föregående annonsering) och att brådskan inte orsakats av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten.

Upphandlingen avser kommunernas behov av livsmedel enligt sortimentsspecifikation för verksamheter såsom skolverksamhet, servicehus och daghem m.fl. Tjänsterna som upphandlas innefattar såvitt framkommit leverans av livsmedel till gruppboenden, psykiatri, gruppboenden, förskolor, skolor, fritidshem, demenscentrum och servicehus. Kommunerna har uppgett att man själv tillagar de livsmedel som levereras, det är således inte fråga om färdiglagad mat. Planerad avtalsstart är den 1 mars 2012, vilket även är samma dag som det nuvarande avtalet löper ut. Om





leveranserna av livsmedel skulle upphöra är det uppenbart att detta inom en mycket snar framtid skulle få mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. Det kan därför inte anses råda någon tvekan om att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet för att tillförsäkra behovet av livsmedelsleveranser.

Vid bedömningen av om kommunerna haft möjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande (med föregående annonsering), ska enligt kammarrättens mening följande omständigheter beaktas. Reglerna om förkortade tidsfrister i LOU, den tid det tar att författa ett justerat alternativt ett nytt förfrågningsunderlag, den tid det tar för utvärdering av inkomna anbud, inställetiden för en ny leverantör samt, även om det i förvarande fall rör sig om en tillfällig upphandling, i viss mån ta höjd för en överprövningsprocess. Vid tidpunkten för kommunernas meddelande om frivillig förhandsinsyn har kommunerna enligt kammarrättens bedömning inte kunnat använda sig av öppet, selektivt eller förhandlat förfarande (med föregående annonsering) om avtalsstart den 1 mars 2012 skulle kunna säkerställas. Även om kommunerna skulle ha vidtagit åtgärder redan i samband med förvaltningsrättens avgörande avseende den ursprungliga upphandlingen ”Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050” anser kammarrätten att det i princip varit omöjligt att tillämpa något av ovan nämnda förfaranden. Synnerlig brådska har således förelegat för kommunerna.

Beträffande den tredje förutsättningen, att omständigheterna inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, så ställs det enligt praxis höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation. Att upphandlingar av nu aktuellt slag och omfattning kan komma att överprövas, utgör enligt kammarrättens mening, generellt sett något som kan förutses av upphandlande myndighet under upphandlingsförfarandets gång. Den upphandlande myndigheten måste därför ta hänsyn till en eventuell överprövning då upphandlingen planeras. När det gäller den



ursprungliga upphandlingen anser kammarrätten att kommunerna har beräknat en rimlig tidsåtgång för upphandlingsförfarandet när den annonserades ut den 12 april 2011. Den omständigheten att upphandlingen blev föremål för överprövning i maj 2011, dvs. ca 9 månader innan planerad avtalsstart, kan vidare inte anses medföra att kommunerna haft anledning att redan vid den tidpunkten ifrågasätta om upphandlingen skulle kunna genomföras som planerat och vidta tillfälliga åtgärder. I samband med att förvaltningsrätten den 10 oktober 2011 beslutade att upphandlingen ska göras om, skulle dock situationen kunnat bli annorlunda. En upphandlande myndighet är visserligen inte skyldig att ändra eventuella brister i ett förfrågningsunderlag innan en dom vunnit laga kraft, men bör å andra sidan i enlighet med de unionsrättsliga bestämmelserna vidta alla nödvändiga åtgärder för att undgå ett upphandlingsförfarande utan föregående annonsering. I förevarande fall förhöll det sig emellertid så att det redan vid tidpunkten för förvaltningsrättens dom förelåg synnerlig brådska för kommunerna, varför det inte haft någon avgörande betydelse om de i den situationen vidtagit några tillfälliga åtgärder eller inte.

Sammanfattningsvis har kommunerna således uppfyllt samtliga förutsättningar i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU, vilket medför att de haft skäl att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Nästa fråga kammarrätten har att ta ställning till är hur det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering har genomförts. Även vid ett sådant förfarande måste de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU följas.

Hur ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska gå till finns emellertid inte angivet i LOU eller i direktiven. Utgångspunkten bör vara att den upphandlande myndigheten tar till vara den konkurrens som finns. Endast vid synnerlig brådska kan det godtas att någon konkur-



rensutsättning inte sker. Avtalstiden bör i ett fall som detta vara relativt kort.

Kommunerna har använt sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering med frivillig förhandsinsyn med avsikten att tilldela den tillfälliga upphandlingen till Svensk Cater AB, tillika befintlig leverantör såvitt framkommit. Avtalstiden är bestämd till tretton månader med option till förlängning.

Kammarrätten kan konstatera att det föreligger brister från kommunernas sida vid genomförandet av den aktuella upphandlingen. Vikten av att kunna slutföra upphandlingen och de konsekvenser som kan följa om upphandlingen inte genomförs måste emellertid enligt kammarrättens mening ställas mot ett genomförande av upphandlingsförfarandet på ett optimalt sätt. Av betydelse i sammanhanget är vidare att det är fråga om en tillfällig upphandling i avvaktan på att den ursprungliga upphandlingen genomförs med ett omarbetat förfrågningsunderlag och en ny utvärderingsprocess. Mot bakgrund av det anförda och vid en samlad bedömning av omständigheterna i målen finner kammarrätten att upphandlingen har skett i överensstämmelse med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Sammantaget finner kammarrätten att det i målen inte föreligger grund för ingripande enligt LOU. Kommunernas överklagande ska därför bifallas och förvaltningsrättens dom ska upphävas.

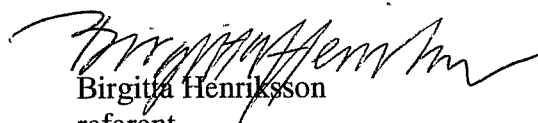
---



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



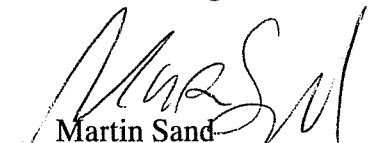
Birgitta Pettersson



Birgitta Henriksson  
referent



Lennart Berglund



Martin Sand







**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**  
2012-01-27  
Meddelad i  
Göteborg

Mål nr  
16172-11, 16758-11,  
16761--16764-11,  
16766-11, 16544-11,  
17006--17011-11 E  
Enhet 1:1

ab12  
Sida 1 (14)

### SÖKANDE

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

#### Ombud:

Jur.kand. Håkan Andersson och advokaten Liselott Fröstad  
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
Box 3124  
103 62 Stockholm

2. Martin & Servera AB (tidigare Servera R&S AB), 556233-2451  
112 89 Stockholm

#### Ombud:

Stig Hermansson

### MOTPARTER

Lysekils kommun, Munkedals kommun,  
Sotenäs kommun, Strömstads kommun,  
Tanums kommun, Trollhättans Stad  
Vänersborgs kommun

#### Ombud:

Advokaten Roger Hagman  
Advokatfirman Roger Hagman AB  
Box 3460  
103 69 Stockholm

### SAKEN

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

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Menigo Foodservice AB:s ansökan och  
förordnar att direktupphandlingen Livsmedel TV-SAM 2012 ÖGL-G ska  
göras om.

Bilaga A

Avdelning 1

Förvaltningsrätten avvisar Martin & Servera AB:s ansökan om överprövning av upphandlingarna Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050, och Livsmedel TV-SAM 2012 ÖGL-G.

Avdelning 1

### **BAKGRUND**

Lysekils kommun med flera kommuner (kommunerna) genomför en upphandling av livsmedel till skolor, förskolor och servicehus m.m., Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050. Förvaltningsrätten beslutade i dom den 10 oktober 2011 efter ansökan om överprövning av Servera & Martin AB (Servera) att upphandlingen skulle göras om. Domen överklagades till kammarrätten av kommunerna och Servera. Den 21 december 2011 fattade kommunerna beslut om tilldelning i upphandlingen.

Kommunerna har av Svensk Cater AB genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering direktupphandlat livsmedel till skolor, förskolor och servicehus m.m., upphandlingen Livsmedel TV-SAM 2012 ÖGL-G. Meddelande om frivillig förhandsinsyn publicerades den 9 december 2011.

### **ANSÖKNINGARNA**

#### **Menigo Foodservice AB**

Menigo yrkar att upphandlingen TV-SAM 2012 ÖGL-G ska göras om och anför i huvudsak följande. Upphandlingen utgör en otillåten direktupphandling. En överprövning begärdes av kommunernas tidigare upphandling av livsmedel, Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050. Vid tidpunkten för denna begäran var det nio månader kvar till dess att befintligt ramavtal löpte ut. Kommunerna har därmed haft mycket gott om tid att i en annonserad upphandling upphandla ett kontrakt att gälla till dess att en ny upphandling kunnat genomföras. Huvudregeln enligt LOU är alltid att en upphandling ska genomföras med föregående annons om detta inte är omöjligt. Det har inte varit omöjligt att använda ett upphandlingsförfarande med föregående annonsering och på så sätt inhämta fler anbud än från en

Avdelning 1

utvald leverantör, varvid konkurrensen på marknaden hade utnyttjats. En sådan upphandling har inte behövt vara så omfattande och detaljerad som den överprövade öppna upphandlingen. Det har därmed inte varit nödvändigt att använda ett förfarande utan annonsering.

Det har inte förelegat sådan synnerlig brådska som avses i LOU i förevarande direktupphandling. För detta krävs en oförutsedd situation, en extrem brådska som gjort att normala tidsfrister inte kunnat hållas och ett samband däremellan för att annonsering ska kunna undantas (se bl.a. EU-domstolens avgörande C-107/92).

Den brådska som kommunerna hänvisar till i annonsen har förorsakats av att upphandlingen överprövats och att förvaltningsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om. Redan när upphandlingen överprövades skulle kommunerna ha börjat planera för en möjlig övergångslösning, för det fall överprövningsprocessen skulle dra ut på tiden, eller för det fall upphandlingen skulle göras om. Den brådska som kommunerna upplever har således mycket enkelt kunnat förutses och förekommas av kommunerna.

Först två månader efter förvaltningsrättens dom beslutade kommunerna att genomföra en direktupphandling. Vid tidpunkten för förvaltningsrättens dom hade kommunerna nästan fem månader på sig att genomföra en upphandling med föregående annonsering, vilket inte gjordes. Det kan därmed sägas att den eventuella brådska kommunerna nu upplever har orsakats av kommunerna, eftersom de inte vidtog nödvändiga åtgärder när det stod klart att den genomförda upphandlingen kanske inte skulle kunna avslutas innan den 1 mars 2012.

I praxis finns ett stort antal exempel på direktupphandlingar gjorda som temporära lösningar då ramavtal löpt ut under en överprövningsprocess.

Avdelning 1

Dessa visar att det är den upphandlande myndighetens ansvar att räkna med att en upphandling överprövas och att handläggningen i domstol kan ta lång tid. Eventuell brådska har således kunnat förutses och har rent av orsakats av kommunerna som inte vidtagit åtgärder tidigare.

Menigo riskerar att lida skada, eftersom Menigo inte kunnat delta i upphandlingen och därmed inte haft möjlighet att få leverera livsmedel till kommunerna.

**Martin & Servera AB**

Servera yrkar i skrivelser som inkom till förvaltningsrätten den 23 december 2011 och 11 januari 2012 följande. Direktupphandlingen Livsmedel TV-SAM 2012 ÖGL-G ska göras om. Därutöver yrkas, såsom det får förstås, att tilldelningsbeslutet den 21 december 2011 och upphandlingen Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050, ska göras om. Servera anför i huvudsak följande. Kommunerna genomför en upphandling av livsmedel som förvaltningsrätten förordnat ska göras om på grund av att den strider mot LOU. Om tilldelningen gäller för den i förfrågningsunderlaget angivna tiden eller om den gäller en direktupphandling som aviserats på tretton månader med förlängningsmöjlighet på tolv månader saknar betydelse, eftersom den genomförs på ett upphandlingsunderlag som förvaltningsrätten redan bedömt brister i likabehandling, transparens och förutsägbarhet samt att den är konkurrensbegränsande och strider mot proportionalitetsprincipen.

Om tilldelningsbeslutet den 21 december 2011 gäller hela upphandlingen strider detta givetvis även mot förvaltningsrättens dom att upphandlingen ska göras om. Kommunernas beslut att utvärdera och sända ut ett tilldelningsbeslut samt avsikt att teckna avtal utifrån en upphandling som för-

**Avdelning 1**

valtningsrätten förordnat ska göras om på den grunden att utvärderingsmodellen brister i likabehandling, transparens och förutsägbarhet kan inte anses förenligt med bestämmelserna i LOU. Inte heller respekterar kommunerna förvaltningsrättens beslut att upphandlingen strider mot LOU.

Om upphandlingen TV-SAM 2012 ÖGL-G är en övergångslösning på grund av överprövning av upphandling, får den anses vara en otillåten direktupphandling.

**LYSEKILS KOMMUN MED FLERA KOMMUNERS SVAR**

Kommunerna anser att ansökningarna ska avslås och anför i huvudsak följande.

**Menigo Foodservice AB:s ansökan**

Den 12 april 2011 annonserades en upphandling avseende kommunernas samlade behov av livsmedel för bl.a. skolor, servicehus och daghem., Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050. Kommunerna har avvaktat med att meddela tilldelningsbeslut, eftersom upphandlingen blev föremål för överprövning i maj 2011. I tilldelningsbeslut den 21 december 2011 tilldelades i grossistdelen Svensk Cater AB, Gunnar Dafgård AB och Menigo avtal, i nämnd ordning. I direktupphandlingen, som annonserades den 9 december 2011, har Svensk Cater AB antagits.

Tiden för en överprövningsprocess kan ta allt från någon månad till flera år vid prövning i högsta instans. Den är därför svår att beräkna. Därtill bör Konkurrensverkets synpunkt att ett alltför utdraget upphandlingsförfarande av affärsmässiga skäl kan vara mindre lämpligt beaktas (se 40 punkten Konkurrensverkets yttrande (Dnr 346/2010), Kammarrätten i Göteborg,

Avdelning 1

mål nr 784-10). Således bör hänsyn tas till viss höjd avseende tid för överprövning vid planeringen av en upphandling, men hänsyn ska också tas till affärlivets aspekter.

Kommunerna annonserade upphandlingen den 12 april 2011 och avtalet skulle börja gälla den 1 mars 2012. Avsikten var att tilldelningsbeslut skulle fattas omkring månadsskiftet juni/juli. Kommunerna har således tagit höjd för en överprövningstid på omkring sex månader. Resterande två månader har kommunerna i sin planering avsatt för de förberedelseåtgärder som krävs för att tilldelade leverantörer ska kunna starta uppdraget den 1 mars. Kommunerna anser att det varit tillräckligt att i planeringen avsätta omkring sex månader för överprövning. Att överprövningen kommer att dra ut över dessa sex månader är numera uppenbart. Emellertid har kommunerna inte vid en rimlig planering kunnat förutse detta. Brådskan beror inte på kommunerna. Eftersom en tillfällig leverantör måste tillträda kontraktet den 1 mars föreligger synnerlig brådska.

Ett förhandlat förfarande med föregående annonsering har inte varit möjligt att genomföra. Vid öppet förfarande är den kortaste tidsfristen 40 dagar och vid selektivt förfarande är tidsfristen minst 45 dagar. Till det ska läggas tid på att omarbete förfrågningsunderlaget för det fall villkoren ska ändras och kontrakterade leverantörers tid för att förbereda uppstart av uppdraget. Dessutom ska myndigheten även vid planeringen av den nya tillfälliga upphandlingen ta höjd för risk för överprövning av den upphandlingen, omkring sex månader. Det innebär att myndigheten även vid en tillfällig upphandling måste annonsera densamma omkring tio månader före avtalsstart. Det har således redan på grund härav inte varit möjligt att tillämpa ett öppet eller selektivt förfarande med föregående annonsering.

Eftersom överprövning skett med hänvisning till brister i förfrågningsun-

Avdelning 1

derlaget har kommunerna dessutom haft anledning att utgå från att en upphandling med samma innehåll skulle komma att överprövas även den. Att gå ut med en sådan tillfällig upphandling skulle ha varit slöseri med såväl kommunernas som leverantörers resurser. Det kan således inte finnas skäl att göra en tillfällig upphandling med ett oförändrat underlag så länge som en överprövning avseende förfrågningsunderlagets innehåll pågår.

Skulle domstolen finna att en tillfällig annonserad upphandling borde ha genomförts på förändrade villkor ska till den minsta tid som redovisats ovan läggas ett antal månader för att revidera förfrågningsunderlaget på samtliga de punkter som har angripits, vilket är ett omfattande arbete. Vidare kan ifrågasättas det försvarbara i att gå ut i en ny tillfällig upphandling när resultatet av den första överprövningen inte är känt.

Först i november 2011 när kommunerna blivit varse att överprövningsprocessen inte skulle bli klar inför den tidpunkt då utsedda leverantörer måste påbörja planeringen av uppdraget (senast månadsskiftet december/januari) förelåg skäl att påbörja planeringen av de tillfälliga åtgärder som erfordras. Någon möjlighet att tillämpa ett annonserat förfarande har inte förelegat vare sig då eller tidigare.

Kontraktet avser köp och leverans av livsmedel till bl.a. äldreboenden, skolor och daghem. De gamla och unga kan naturligtvis inte stå utan mat. Tillhandahållande av mat, särskilt till de äldre på äldreboenden, är absolut nödvändigt. Någon tvekan om att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet kan därför inte föreligga.



Avdelning 1

**Martin & Servera AB:s ansökan**

Kommunerna gör i huvudsak följande tillägg vad avser Serveras ansökan. Den 21 december 2011 meddelade kommunerna tilldelningsbeslut i den upphandling som annonserades den 12 april 2011. Som framgår av beslutet har Svensk Cater AB lämnat det bästa anbudet i grossistdelen och det är också det bolaget som kommunerna avser att tilldela det tillfälliga uppdraget enligt meddelandet om frivillig förhandsinsyn. Kommunerna har uppfattat att Servera i stort åberopar samma omständigheter i denna överprövning som Servera åberopat i det mål som prövades av förvaltningsrätten i domen den 10 oktober 2011. Kommunerna åberopar för egen del samma omständigheter som kommunerna gjorde i förvaltningsrätten.

**DOMSKÄL**

**Förvaltningsrättens bedömning**

*Menigo Foodservice AB:s ansökan*

Vid offentlig upphandling är huvudregeln att ett öppet eller selektivt förfarande används. Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får användas i vissa fall, bl.a. om, vilket kommunen gör gällande i målet, det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet men synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering (4 kap. 1 § och 5 § första stycket tredje punkten LOU). Det åligger kommunerna att visa att denna undantagssituation föreligger.

Avdelning 1

Av EU-domstolens avgörande C-385/02 punkt 26 framgår att det är tillåtet att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering då synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna, gör det omöjligt att iaktta de fastställda tidsfristerna för de normala förfarandena. Vidare får de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte i något fall vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna. I avgörandet C-107/92 uttalade EU-domstolen att undantag från de allmänna reglerna om annonsering kan vara tillåtet då exceptionella omständigheter föreligger, men att sådana undantag inte är tillgängliga om de upphandlande myndigheterna får tillräckligt med tid att ordna ett påskyndat anbuds förfarande av det slag som anges i direktivet.

Som förklaring till varför man gjort en direktupphandling utan föregående annonsering har kommunerna i huvudsak uppgett följande. Kommunerna har hamnat i tidsnöd på grund av pågående överprövningsprocess. Det krävdes ett omfattande arbete för att omarbete ett eventuellt felaktigt förfrågningsunderlag. Den återstående tiden efter det att kommunerna blev varse den uppkomna tidsbristen medgav inte att man genomförde upphandlingen på annat sätt än genom direktupphandling. Därutöver har kommunerna anfört att köp och leverans av livsmedel är nödvändigt för berörda grupper.

Förvaltningsrätten anser att kommunerna i och för sig har beräknat rimlig tidsåtgång för en upphandling av sådan komplexitet som den förevarande livsmedelsupphandlingen när den annonserades den 12 april 2011 och det framtida kontraktet avsåg att gälla från och med den 1 mars 2012.

Emellertid fanns det redan i samband med förvaltningsrättens avgörande i oktober 2011 sådan information att det fanns anledning för kommunerna

Avdelning 1

att ifrågasätta om upphandlingen kunde genomföras under samma förutsättningar som före domen och därmed även planera redan då för ett nytt förfarande som skulle kunna vara klart i mars 2012 samt att det fanns anledning för kommunerna att ifrågasätta om deras behov av livsmedel kunde tillgodoses genom ett fullföljande av den ursprungliga upphandlingen. En annan sak är att kommunerna först senare med säkerhet kunde konstatera detta förhållande. Även om kommunernas handlande skett i de bästa avsikter anser förvaltningsrätten ändå att kommunerna med en bättre planering och framförhållning kunnat undvika en situation där man varit tvungen att använda direktupphandling.

Förvaltningsrätten anser därmed att det inte har förelegat sådan synnerlig brådska som kunnat göra en direktupphandling berättigad. Den omständigheten att processen ytterligare dragit ut på tiden genom en process i kamrarrätten och att tiden då det befintliga ramavtalet löper ut närmar sig gör inte att kommunerna haft skäl att direktupphandla på sätt som gjorts i den upphandling som nu är under prövning.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att kommunerna har brutit mot LOU genom att använda sig av ett felaktigt upphandlingsförfarande och att förfarandet kan ha medfört skada för Menigo. Någon annan åtgärd kan inte komma i fråga än att upphandlingen görs om. Menigos ansökan ska bifallas på detta sätt.

*Martin & Servera AB:s ansökan*

*Upphandling Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050*

Servera har som grund för sitt yrkande att upphandlingen Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050, ska göras om i detta mål anfört att

Avdelning 1

kommunerna genom att meddela tilldelningsbeslut den 21 december 2011 handlar i strid med förvaltningsrättens tidigare förordnade i dom den 10 oktober 2011, mål nr 5614-11 m.fl. mål, och att förutsättningarna i förfrågningsunderlaget är de samma och inte förenliga med LOU. Servera hänvisar till vad som anförts i nämnda dom.

Kommunerna anför att Servera i stort åberopar samma omständigheter i denna överprövning som Servera åberopat i det mål som prövades av förvaltningsrätten i domen den 10 oktober 2011.

Kommunerna har uppgett att tilldelningsbeslutet den 21 december 2011 avser den upphandling som annonserades den 12 april 2011 och som prövats av förvaltningsrätten i domen i oktober 2011. Kammarrätten har avseende kommunernas överklagande i beslut som meddelades den 16 januari 2012 inte meddelat prövningstillstånd.

Av kommunernas yttrande och övrig utredning i målet framgår att tilldelningsbeslutet den 21 december 2011 har fattats under identiskt lika förutsättningar och förfrågningsunderlag som vid förvaltningsrättens dom den 10 oktober 2011. I domen har förvaltningsrätten på yrkande av Servera förordnat att upphandlingen Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050, ska göras om på grunder som då åberopades av Servera, bl.a. brister i förfrågningsunderlaget. Något nytt förfrågningsunderlag eller något tilldelningsbeslut som grundas på andra förutsättningar än vad som då förelåg är det inte heller fråga om.

Genom ansökan till allmän förvaltningsdomstol kan en leverantör yrka att domstolen ska besluta om åtgärder enligt LOU, dvs. att den klandrade upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjort. I samband med Serveras ansökan i maj 2011 förordnade förvaltningsrätten

Avdelning 1

interimistiskt i juni att kommunerna inte fick ingå avtal innan rätten slutligen avgjort målet eller bestämt något annat. Förvaltningsrätten biföll Serveras ansökan genom att förordna att upphandlingen skulle göras om. Det tidigare beslutet ersattes således av ett slutligt ställningstagande. Förvaltningsrättens dom som innehåller ett uttryckligt förordande om att upphandlingen ska göras om utgör i själva verket ett förbud att fortsätta upphandlingen i befintligt skick. Kommunerna har då inte rätteligen längre ägt möjlighet att fullfölja förfarandet, eftersom förutsättningarna för detta de facto undanröjts genom förvaltningsrättens dom. Domen medförde således att kommunerna inte kunde fullfölja det i LOU reglerade upphandlingsförfarandet, eftersom förutsättningarna för detta undanröjts genom domen. Ett sådant förbud gäller omedelbart (jfr Högsta förvaltningsdomstolen RÅ 2005 ref. 17; jfr även EU-domstolens avgörande C448/01, EVN AG och Wienstrom GmbH mot Österrike, punkten 95).

Förvaltningsrätten menar med stöd av vad som ovan anförts även att kommunerna först vid beslut av någon överinstans av en annan innebörd än den förvaltningsrätten beslutat ägt möjlighet att fullfölja upphandlingen i det skick den då var.

Förvaltningsrätten har således på de grunder och omständigheter som Servera sedan tidigare anført redan förordnat om att upphandlingen ska göras om. Servera kan därmed inte begära att denna fråga ska prövas av förvaltningsrätten igen. Serveras ansökan om att upphandlingen ska göras om ska därför avvisas.

*Upphandlingen Livsmedel TV-SAM 2012 ÖGL-G*

En ansökan om överprövning av en upphandling vid förhandsinsyn ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en avtalsspärr om tio

Avdelning 1

dagar från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats (16 kap. 8 §  
LOU – 16 kap. 3 § i lydelse fr.o.m. den 1 november 2011 – och  
16 kap. 11 § LOU).

Meddelande om frivillig förhandsinsyn i upphandlingen Livsmedel  
TV-SAM 2012 ÖGL-G publicerades den 9 december 2011. Ansökan om  
överprövning av skulle ha kommit in till förvaltningsrätten senast den  
19 december 2011. Serveras ansökan inkom den 11 januari 2012. Ansökan  
inkom således försent och ska därför avvisas.

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



Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målen har varit föredraganden Henny Johansson.

## 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.

