



**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

KONKURRENSVERKET	
2012 -03- 01	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**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 21 februari 2012 i mål nr 1431-12, 1432-12, 1434-12, 1436-12, 1438-12, 1439-12 och 1440-12, se bilaga A

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom.

KONKURRENSVERKET  
Dok.Id 209634 FÖR KAMMARRÄTTEN

**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 provningstillstånd eller bevilja provningstillstånd 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. För leverantör/- producent kan den tiden sannolikt kortas något. 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 omarbeta 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 det fall grossist och leverantör/producent 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 gruppboendestäder 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 18 januari 2012 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 förfrågningsunderlag som uttryckligen av domstol inte ansetts vara förenligt med LOU och de

avtalsvillkor som inte konkurrensutsatts på ett korrekt sätt. Ett sådant 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 omöjligt 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 iaktas 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 brådskas 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 producent - leverantörsdelen avseende den tillfälliga upphandlingen ”Livsmedel TV-SAM 2012 ÖGL-PL” 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 avtalade livsmedelsprodukter till en omlastningsplats, varifrån en grossist sedan levererar produkterna vidare till gruppboenden, psykiatri, gruppboendestäder, 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 konkurrensutsättning 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 Kahls Kaffe, Scan AB m.fl. 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.

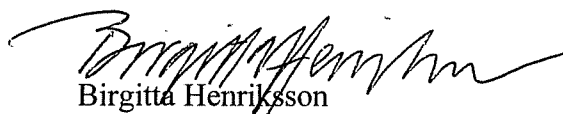
Sammantaget finner kammarrätten att det i målen inte föreligger grund för ingripande enligt LOU. Kommunernas överklagande ska därför bifallas och förvaltningsrättens dom ska upphävas.

---

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




Birgitta Pettersson



Birgitta Henriksson  
referent



Lennart Berglund



Martin Sand



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**  
2012-02-21  
Meddelad i  
Göteborg

*Bilagor A* <sup>0168</sup> 1  
Mål nr  
1431-1432-12, 1434-12,  
1436-12, 1438-1440-12 E  
Enhet 1:1

**SÖKANDE**

Menigo Foodservice AB, 556044-4647  
Box 9081  
12005 Årsta

**Ombud:**

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

**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 beslutar  
att direktupphandlingen Livsmedel TV-SAM 2012 ÖGL-PL ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår kommunernas yrkande om att den förlängda av-  
talsspärren inte ska gälla.

Dok.Id 126816

Postadress  
Box 53197  
400 15 Göteborg

Besöksadress  
Sten Sturegatan 14

Telefon  
031 - 732 70 00

Telefax  
031 - 711 78 59

E-post: [forvaltningsrattenigoteborg@dom.se](mailto:forvaltningsrattenigoteborg@dom.se)

Expeditionstid  
måndag - fredag  
09:00-15:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 2

1431-1432-12,  
1434-12, 1436-12,  
1438--1440-12 E

Avdelning 1

**BAKGRUND**

Lysekils kommun, Munkedals kommun, Sotenäs kommun, Strömstads kommun, Tanums kommun, Trollhättans Stad och Vänersborgs kommun (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 Martin & Servera AB, att upphandlingen skulle göras om. Domen överklagades av kommunerna till kammarrätten, som inte meddelade prövningstillstånd genom beslut den 16 januari 2012.

Kommunerna har därefter 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. Förvaltningsrätten beslutade i dom den 27 januari 2012 att upphandlingen skulle göras om.

Kommunerna har därefter genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering direktupphandlat livsmedel till skolor, förskolor och servicehus m.m., upphandlingen Livsmedel TV-SAM 2012 ÖGL-PL. Meddelande om frivillig förhandsinsyn publicerades den 18 januari 2012.

**YRKANDEN M.M.****Menigo Foodservice AB**

Menigo yrkar att upphandlingen TV-SAM 2012 ÖGL-PL, meddelad genom meddelande om förhandsinsyn den 18 januari 2012, ska göras om, eftersom den utgör en otillåten direktupphandling. Menigo anför i huvudsak följande. Av ett tidigare meddelande om frivillig förhandsinsyn den

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 3

1431-1432-12,  
1434-12, 1436-12,  
1438-1440-12 E

## Avdelning 1

9 december 2011 framgår att kommunerna hade för avsikt att teckna kontrakt med Svensk Cater AB under 13 månader med möjlighet till förlängning med totalt 12 månader. I meddelandet den 18 januari 2012 anges att kommunerna avser att genomföra en direktupphandling med förhandlat förfarande utan annonsering och att upphandlingen omfattar "myndigheternas samlade behov av livsmedel enligt upphandlingen 2011/S 73-119726". Den enda innehållsmässiga skillnaden mellan meddelandet om förhandsinsyn den 9 december 2011 och meddelandet den 18 januari 2012 är att i det senare meddelandet tilldelas kontraktet fler leverantörer i stället för en. Vilka produktgrupper eller på annat sätt i vilken utsträckning de olika leverantörerna tilldelas kontrakt anges inte i meddelandet.

Den ursprungliga upphandlingen som påbörjades i april 2011 är uppdelad mellan grossister och leverantörer/producenter. De senare har att leverera till grossisterna. Med detta i åtanke finns anledning att misstänka att kommunernas syfte har varit att göra motsvarande uppdelning i två direktupphandlingar.

När den ursprungliga upphandlingen av livsmedel, Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050, överprövades var det nio månader till dess det befintliga ramavtalet löpte ut. Kommunerna har därmed haft mycket gott om tid att i en annonserad upphandling upphandla ett kontrakt att gälla till dess en ny upphandling kunde genomföras. 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 förhandlat förfarande utan annonsering.

I förevarande direktupphandling har det inte förelegat sådan synnerlig brådska som avses i LOU. 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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 4

1431-1432-12,  
1434-12, 1436-12,  
1438--1440-12 E

## Avdelning 1

EU-domstolens avgörande C-107/92). Den brådska som kommunerna hänvisar till i annonsen har förorsakats av att upphandlingen överprövats och att förvaltningsrätten beslutat att upphandlingen ska göras om. Redan när begäran om överprövning gjordes skulle kommunerna ha börjat planera för en möjlig övergångslösning, för det fall överprövningsprocessen skulle dra ut på tiden, eller upphandlingen skulle göras om. Den brådska som kommunerna anger har således kunnat förutses och förekommas av kommunerna.

Förvaltningsrättens dom vad gäller den ursprungliga upphandlingen meddelades den 10 oktober 2011. Först två månader senare beslutade kommunerna att genomföra en direktupphandling och först ytterligare en månad senare att genomföra den direktupphandling som nu är föremål för prövning. 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 menar föreligger, har orsakats av kommunerna genom att de inte vidtog nödvändiga åtgärder när det stod klart att upphandlingen sannolikt inte skulle kunna avslutas innan den 1 mars 2012.

Det är den upphandlande myndighetens ansvar att räkna med att en upphandling överprövas och att handläggningen i förvaltningsdomstol kan ta lång tid. Eventuell brådska har kunnat förutses och har rent av orsakats av kommunerna som inte vidtagit åtgärder tidigare. I rättspraxis finns ett stort antal exempel på direktupphandlingar gjorda som temporära lösningar då ramavtal löpt ut under en överprövningsprocess (se t.ex. Kammarrättens i Stockholm dom den 15 september 2010 i mål nr 2431-10).

Eftersom Menigo inte har kunnat delta i upphandlingen och därmed inte haft möjlighet att få leverera livsmedel till kommunerna riskerar Minigo att lida skada. Dessutom, eftersom det i meddelande om förhandsinsyn inte



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 5

1431-1432-12,  
1434-12, 1436-12,  
1438--1440-12 E

Avdelning 1

anges i vilken utsträckning kommunerna har planerat att erbjuda de olika leverantörerna kontrakt är det inte möjligt att peka på omfattningen av Menigos skada. Antalet upptagna leverantörer talar dock för att Menigo inte kommer att erbjudas kontrakt för samtliga de produktgrupper som bolaget är intresserat av att konkurrera om.

**Kommunerna**

Kommunerna anser att ansökan ska avslås, eftersom grund finns för direktupphandling. Kommunerna yrkar vidare att den förlängda avtalsspärren inte ska gälla samt anför i huvudsak följande.

*Grunder för direktupphandling*

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 avväntat med att meddela tilldelningsbeslut, eftersom upphandlingen blev föremål för överprövning.

I den tillfälliga direktupphandlingen avseende grossistdelen, meddelad i december 2011, har Svensk Cater AB antagits. Meddelandet om förhandsinsyn den 18 januari 2012 avser producent-/leverantörsdelen. Kontraktet avser köp och leverans av livsmedel till bl.a. äldreboenden, skolor och daghem. De gamla och unga kan naturligtvis inte stå utan mat. Tillhållande 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.

Tiden för en överprövningsprocess är svår att beräkna och kan ta allt från någon månad till flera år vid prövning i högsta instans. Vidare bör beaktas

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 6

1431-1432-12,  
1434-12, 1436-12,  
1438--1440-12 E

## Avdelning 1

Konkurrensverkets synpunkt att ett alltför utdraget upphandlingsförfarande av affärsrättsliga skäl kan vara mindre lämpligt (se Konkurrensverkets yttrande, dnr 346/2010, punkt 40, i Kammarrättens i Göteborg dom den 15 november 2010 i mål nr 784-10, samt Kammarrättens i Göteborg dom den 21 januari 2010 i mål nr 5455-09). Således bör hänsyn tas till viss höjd avseende tid för överprövning vid planeringen av en upphandling, och till affärlivets aspekter.

Kommunerna annonserade upphandlingen Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050, den 12 april 2011 och avtalet skulle börja gälla den 1 mars 2012. Avsikten var att tilldelningsbeslut skulle fattas omkring månadsskiftet juni/juli 2011. 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 i mars 2012. 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. Detta har kommunerna inte kunnat förutse. Brådskan beror inte på kommunerna. Eftersom en tillfällig leverantör måste tillträda kontraktet den 1 mars 2012 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 minst 20 dagar. Till det ska läggas tid för att omarbete förfrågningsunderlaget för det fall villkoren ska ändras och för kontrakterade leverantörer 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 såle-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

Avdelning 1

Sida 7  
1431-1432-12,  
1434-12, 1436-12,  
1438-1440-12 E

des redan på grund härav inte varit möjligt att tillämpa ett öppet eller selektivt förfarande med föregående annonsering.

Eftersom överprövning av upphandlingen Livsmedel TV-SAM 2012, dnr KS 2011/236-050, skett med hänvisning till brister i förfrågningsunderlaget 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.

*Upphävande av den förlängda avtalsspärren*

Rätten kan besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla för att undvika orimliga konsekvenser. Tillhandahållande av livsmedel är livsviktigt. Förekomsten av en förlängd avtalsspärr under sådana omständigheter får

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**Sida 8  
1431-1432-12,  
1434-12, 1436-12,  
1438-1440-12 E**Avdelning 1**

därför orimliga konsekvenser. Tillhandahållande av livsmedel har av domstolar ansetts som tvingande hänsyn till ett allmänintresse. För att kunna starta verksamheten den 1 mars 2012 krävs minst någon månads förberedelse, varför det är mycket angeläget att avtalsspärren upphävs utan dröjsmål. För det fall producenter/leverantörer inte övergångsvis kan påbörja uppdraget den 1 mars kommer kommunerna inte att ha möjlighet att tillaga och tillhandahålla mat från den dagen. Om – i synnerhet äldre, sjuka eller personer med funktionsnedsättning boende i servicehus och gruppboende eller personer som är beroende av hemleverans – inte erhåller mat, kommer ett antal personer inom mycket kort tid att hamna i livshotande tillstånd. Andra kan snart hamna i tillstånd som hotar hälsan och på sikt även livet.

Frågan är då vad som krävs för att en undantagssituation ska anses föreliggande som motiverar ett upphävande av avtalsspärren. Ledning kan hämtas ur den regel i LOU enligt vilken rätten kan underlåta att ogiltigförklara ett avtal om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I förarbetena till lagen (se prop. 2009/10:180 s. 362) anges att skydd för människors liv, hälsa och folkhälsa kan utgöra exempel på tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Vikt får vidare läggas vid orimliga konsekvenser som rör tredje man, t.ex. äldre och utsatta (se Kammarrättens i Göteborg dom den 2 december 2011, mål nr 5819-11).

**DOMSKÅL****Förvaltningsrättens bedömning**

*Har grund förelagat för att upphandla utan föregående annonsering?*

Vid offentlig upphandling är huvudregeln att ett öppet eller selektivt förfarande används. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas i vissa fall, bl.a. om, vilket kommunen gör gällande i målet, det är

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 9

1431-1432-12,  
1434-12, 1436-12,  
1438-1440-12 E

Avdelning 1

absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, 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.

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 iakta 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 (se bl.a. EU-domstolens avgörande C-385/02). 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. Köp och leverans av livsmedel är absolut nödvändigt för berörda grupper. 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 i november 2011 blev varse den uppkomna tidsbristen medgav inte att upphandlingen genomfördes på annat sätt än genom direktupphandling.

Förvaltningsrätten anser att kommunerna i och för sig har beräknat rimlig tidsåtgång för en upphandling av sådan komplexitet som den ursprungliga

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

Avdelning 1

Sida 10  
1431-1432-12,  
1434-12, 1436-12,  
1438--1440-12 E

livsmedelsupphandlingen utgör 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 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 brådskasom kunnat göra en direktupphandling berättigad. Den omständigheten att processen ytterligare dragit ut på tiden genom en process i kammarrätten och att tiden då det befintliga ramavtalet löper ut närmar sig gör inte att kommunerna haft skäl att direktupphandla på sätt som gjorts.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att kommunerna har brutit mot LOU genom att använda 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.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

Avdelning 1

Sida 11  
1431-1432-12,  
1434-12, 1436-12,  
1438-1440-12 E*Upphävande av den förlängda avtalsspärren*

Kommunerna har yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att den förlängda avtalsspärren inte ska gälla.

Kommunerna har därvid framhållit att ledning i bedömningen av denna fråga kan fås genom de överväganden som kan göras vad gäller ogiltighetsförklaring av ett ingånget avtal, och då framför allt de hänsyn som kan tas till begreppet "tvingande hänsyn av allmänt intresse".

Förvaltningsrätten anser dock att situationen skiljer sig åt vad gäller ovan nämnda bedömning och den bedömning som ska göras vid upphävande av den förlängda avtalsspärren.

Av förarbetena till lagen (se prop. 2009/10:180 s. 355) framgår bl.a. följande. Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla. Genom denna möjlighet lämnas ett utrymme för domstolen att i ett enskilt mål avgöra om den förlängda avtalsspärren ska upphävas. Ett beslut om upphävande av en förlängd avtalsspärr innebär att avtal om upphandling omedelbart får ingås. Upphävande av den förlängda avtalsspärren riskerar alltså att leda till att en ansökan om överprövning av beslut om upphandling inte kommer att tas upp till prövning i sak. Denna omständighet bör noggsamt vägas in vid bedömningen av om ett beslut i fråga om upphävande av en förlängd avtalsspärr ska fattas. Upphävande bör endast komma i fråga i rena undantagsfall. Ett sådant undantagsfall kan vara när domstolen har anledning att tro att leverantören exempelvis undanhåller sig delgivning av ett föreläggande som rör formella krav på ingiven ansökan – med risk att ansökan kan komma att avvisas – i syfte att fördröja processen, och ansökan om överprövning uppenbarligen saknar grund (a. prop. s. 123).

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

Avdelning 1

Sida 12  
1431-1432-12,  
1434-12, 1436-12,  
1438--1440-12 E

Förvaltningsrätten konstaterar även att följderna av ett beslut med innebörden att den förlängda avtalsspärren inte längre ska gälla är att den så kallade tiodagarsfristen i 16 kap. 10 § LOU, tid under vilken avtal inte får ingås efter rättens avgörande, inte längre gäller och att den upphandlande enheten då omedelbart kan ingå avtal.

Med hänsyn härtill, och med beaktande av vad som anförts i förarbetena ovan, anser förvaltningsrätten att det saknas skäl att på de grunder som kommunerna anført besluta att den förlängda avtalsspärren inte ska gälla. Kommunernas yrkande härom ska därför avslås.

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

  
Hans Wikner  
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.

