

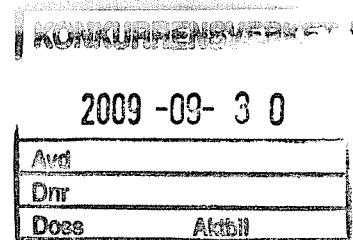


**KLAGANDE**

Servera R&S AB, 556233-2451

Ombud:

Advokat Björn Tude  
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB  
Box 5747  
114 87 Stockholm



**MOTPARTER**

1. Flens kommun
2. Katrineholms kommun
3. Katrineholms Kyrkliga Samfällighet, 252003-0640
4. Vingåkers kommun
5. Vårnäs Behandlingshem

Ombud för 1 – 5:

Upphandlingsjurist Staffan Källström  
Katrineholms kommun  
641 80 Katrineholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Länsrätten i Södermanlands läns beslut den 3 mars 2009 i mål nr 3458-08, se bilaga A

**SAKEN**

Avvisning av ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten bifaller överklagandet och visar med upphävande av länsrät-  
tens beslut målet åter till länsrätten för fortsatt handläggning.

**YRKANDEN M.M.**

**Servera R&S AB (Servera)** yrkar i första hand att kammarrätten med ändring av länsrättens avvisningsbeslut visar målet åter till länsrätten för sakprövning av ansökan om överprövning och i andra hand att kammarrätten med ändring av länsrättens beslut bifaller de av Servera i länsrätten framförda yrkandena.

**Flens, Katrineholms, Vingåkers kommun, Katrineholms kyrkliga samfällighet och Vårnäs behandlingshem (kommunerna)** bestrider bifall till överklagandet.

**Servera** anför till stöd för sin talan utöver vad som anförts i länsrätten bl.a. följande. Länsrätten har i strid mot gällande rätt avvisat Serveras talan utan att pröva Serveras påståenden i sak. Serveras grund för ansökan om överprövning är att kommunerna har ändrat de ursprungliga villkoren väsentligt och de har därför inte haft rätt att tillämpa reglerna för förhandlat förfarande i 4 kap. 5 § LOU. Eftersom kommunerna inte haft rätt att ingå ett upphandlingskontrakt på sätt som skett utgör det förhållandet att avtal undertecknats inget hinder mot överprövning, vilket följer av gällande rätt. Innehållet i gällande rätt är entydigt och innebär att om länsrätten vid sin prövning av de omständigheter Servera anført till stöd för att kommunerna inte har fått tillämpa 4 kap. 5 § LOU skulle finna att de ursprungliga villkoren i avtalet förändrats väsentligt är det avtal som ingåtts med Menigo Food Service AB (Menigo) och Dafgård AB (Dafgård) inget upphandlingskontrakt. Är det inte fråga om något upphandlingskontrakt har tiden för överprövning inte börjat löpa till följd varav länsrätten i strid mot gällande rätt avvisat Serveras talan. För det fall länsrätten vid sin prövning skulle komma fram till att de ursprungliga villkoren inte har förändrats väsentligt är det rätt att avvisa Serveras ansökan. Ett avvisningsbeslut kräver emellertid att länsrätten gör en prövning av Serveras påståenden i sak; har villkoren

förändrats väsentligt eller inte. Om sådan prövning har gjorts men inte redovisats i länsrättens beslut åberopar Servera de omständigheter som anförts i ansökan och de inlagor Servera avgivit vid länsrätten till stöd för att talan ska bifallas i huvudsaken.

**Kommunerna** anför utöver vad de anført i länsrätten bl.a. följande. De upphandlande myndigheterna har inte brutit mot LOU. I och med att kontrakt föreligger och tiden för överklagande har gått ut ska Serveras överklagande avvisas. I det fall kammarrätten finner att kommunernas hantering i någon del har avvikit från vad som stadgas i LOU anser kommunerna att avvikelserna inte är av sådant slag att det påverkar giltigheten av de tecknade avtalen eftersom kommunerna haft fog för sitt agerande. Av överklagandet framgår att Serveras argumentation i huvudsak bygger på att avtalen som tecknades med Menigo och Dafgård inte är förenliga med LOU och att länsrätten av den anledningen skulle ha prövat ärendet. Kommunerna anser att länsrättens beslut är korrekt. Då inga anbud inkom till kommunerna övergick upphandlingen till förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Efter förhandling tilldelades Menigo och Dafgård kontrakt och beslutet om tilldelning annonserades. Efter stadgad överklagandetid tecknades kontrakt. Kommunernas tolkning av länsrättens beslut är att upphandlingen genomförts i enlighet med LOU och att tiden för överklagande har gått ut. Att detta eventuellt inte framgår av skälen till länsrättens beslut innebär inte att beslutet i sig är fel. Kommunerna vidhåller att de haft rätt att använda ett förhandlat förfarande då inga anbud lämnades in och att de haft beslutanderätt i fråga om vilka leverantörer som inbjöds till förhandling eftersom ingen leverantör lämnade anbud. Då Servera hade omfattande invändningar mot upphandlingsunderlaget hade kommunerna fog för att endast välja de två aktuella leverantörerna att förhandla med. Innehållet i kontrakten med Menigo och Dafgård har inte ändrats väsentligt efter förhandling och kommunerna har i övrigt följt regelverket i LOU i alla delar.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

*Av utredningen i målet framgår bl.a. följande.*

Kommunerna genomförde en upphandling av livsmedel till kommunala storhushåll och kök och andra enheter (dnr. STN/2008:20-053). Upphandlingen skulle handläggas som ett öppet förfarande omfattande avtalsperioden den 1 oktober 2008 till och med den 30 september 2010, med vissa möjligheter till förlängning. Anbud skulle lämnas in senast den 23 juni 2008. Vid anbudstidens utgång hade inte något anbud inkommit och kommunerna övergick till så kallat förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommunerna bjöd in två av de intressenter som ställt frågor om upphandlingen, nämligen Menigo och Dafgård. Enligt tilldelningsbeslut den 19 september 2008 tilldelades Menigo och Dafgård vissa produktgrupper. I oktober 2008 ingick Menigo och kommunerna avtal.

Servera har härefter hos länsrätten ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkat att denna ska göras om avseende de produktgrupper som tilldelats Menigo och Dafgård.

Av Serveras ansökan om överprövning framgår bl.a. följande. Servera, Menigo och Dafgård hade innan anbuderna skulle lämnas in ställt ett antal frågor rörande upphandlingen. Som en direkt konsekvens av de krav som kommunerna ställt och de svar som hade lämnats beslutade Servera sig för att avstå från att lämna något anbud. Vid det förhandlade förfarandet bjöds Servera inte in, däremot Menigo och Dafgård, vilka därefter tecknade kontrakt med kommunerna. Kommunerna har gjort väsentliga ändringar av villkoren i avtalet jämfört med de villkor som ställdes upp i de avtalsbestämmelser som ingick i kommunernas anbudsfrågan. De väsentliga förändringarna har gjorts bl.a. beträffande de villkor där kommunerna avvisat Serveras frågor och förslag till ändringar. Ändringar har dessutom gjorts avseende villkor som Servera uttryckligen förklarat vara skäl till att

Servera valt att avstå från att lägga anbud. Villkoren har ändrats under det förhandlade förfarandet i enlighet med Serveras ursprungliga önskningsar, men utan att Servera fått möjlighet att förhandla. Detta strider mot reglerna i LOU och därför ska upphandlingen göras om trots att avtal tecknats med Menigo.

Skriftväxling har skett i länsrätten och en omarbetad version av avtalet med gjorda villkorsändringar har inlämnats. Kommunerna har anfört att vid anbudsöppningen konstaterades att de tre grossistföretagen Menigo, Dafgård och Servera valt att inte lämna anbud. Alla tre lämnade i stället in en skrivelse som beskrev varför anbud inte hade lämnats. I och med att något anbud inte hade lämnats valde kommunerna att övergå till förhandlad upphandling. Med hänsyn till det omfattande antal synpunkter och önskemål om ändringar som Servera givit uttryck för under anbudstiden ansåg kommunerna att det inte fanns förutsättning att inleda ett förhandlat förfarande med Servera. De övriga leverantörerna hade inte inkommit med omfattande krav på förändringar av upphandlingsunderlaget och angav som skäl för avböjandet i huvudsak endast kraven på vite. Kommunerna har haft rätt att välja de leverantörer man förhandlade med. Kommunerna anser att ändringarna i avtalet med Menigo och Dafgård inte är väsentliga och att regelverket i LOU har följts. Det är endast mindre delar av omfattande avtal som blivit föremål för förändringar.

*Kammarrätten gör följande bedömning.*

Av 4 kap. 5 § 1 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser varor och tjänster om det vid ett öppet förfarande inte lämnats några anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

Av utredningen i målet framgår att det inte har inkommit något anbud under anbudstiden och kommunerna har därför i enlighet med 4 kap. 5 § 1 LOU ägt övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. En sådan övergång utgör emellertid en undantagssituation och möjligheten ska utnyttjas restriktivt. En ytterligare förutsättning för att få genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering är att de ursprungliga villkoren för avtalet inte har ändrats väsentligt. För att uppfattas som väsentliga krävs mer omfattande ändringar av kontraktsvillkoren.

Kammarrätten konstaterar vid en jämförelse av villkoren i aktuell anbudsfrågan och de villkor som antagits vid tecknande av avtal mellan kommunerna och Menigo att ändringar har gjorts av de ursprungliga kontraktsvillkoren och att ett antal av de ändrade villkoren är villkor som varit avgörande för de tre grossistföretagens beslut att inte lämna anbud vid det öppna förfarandet.


Kammarrätten finner vid en sammantagen bedömning att gjorda förändringar av de ursprungliga kontraktsvillkoren är att anse som väsentliga i LOU:s mening och att gjord övergång till ett förhandlat förfarande har skett i strid med 4 kap. 5 § 1 LOU. Vid sådant förhållande kan den öppna förhandlingsfasen inte anses avslutad. Den omständigheten att avtal föreligger utgör inte hinder för överprövning enligt LOU.


Mot bakgrund av det anförda ska Serveras överklagande bifallas. Det


ankommer på länsrätten att pröva Serveras ansökan om överprövning.


---

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

  
Helena Jäderblom  
lagman  
ordförande

  
Ingrid Ullman  
kammarrättsråd

  
Johan Lindqvist  
tf assessor  
referent

  
Karin Flemström  
föredragande

LÄNSRÄTTEN I  
SÖDERMANLANDS LÄN

BESLUT  
2009-03-03  
Meddelat i Nyköping

Mål nr  
3458-08  
Enhet 11

Aktbilaga

29

**SÖKANDE**

Servera R&S AB, 556233-2451  
Box 123  
601 03 Norrköping

Ombud:

Advokat Björn Tude  
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB  
Box 5747  
114 87 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Flens kommun  
642 81 Flen
2. Katrineholms kommun  
641 80 Katrineholm
3. Katrineholms kyrkliga samfällighet, 252003-0640  
Bievägen 3  
641 46 Katrineholm
4. Vingåkers kommun  
643 80 Vingåker
5. Vårnäs behandlingshem  
643 93 Vingåker

Ombud för 1 -5:

Staffan Källström  
Katrineholms kommun  
641 80 Katrineholm

**SAKEN**

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

---

Servera R&S AB har hos länsrätten ansökt om överprövning av upphandling gällande livsmedel med diarienummer STN/2008:20-053 och yrkat att

Dok.Id 65537

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 194	Folkungavägen 4	0155-20 04 50	0155-20 04 90	måndag – fredag
611 25 Nyköping		E-post: lansrattenisodermanland@dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00



upphandlingen skall göras om avseende de produktgrupper som tilldelats Menigo Foodservice AB och Dafgård AB.

#### SKÄL FÖR BESLUTET

Av utredningen framgår att avtal ingåtts mellan de upphandlande enheterna och Menigo Foodservice AB respektive Dafgård AB i september 2008. Avtalen har slutits i enlighet med det tilldelningsbeslut som daterats den 19 september 2008.

Av 16 kap 1 § tredje stycket LOU följer att ansökan om överprövning inte får prövas av domstolen efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Vad Servera R&S anfört i sin ansökan föranleder ingen annan bedömning. Ansökan ska därför avvisas.

#### BESLUT

Länsrätten avvisar ansökan om överprövning.

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



Bertil Ekholm

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis