



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

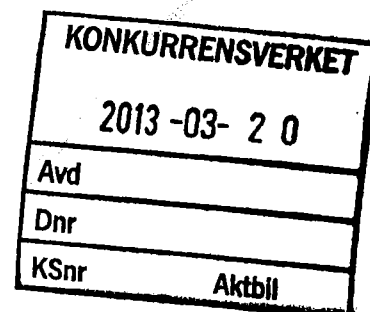
DOM
 2013-03-20
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 1678-13
 Enhet 17

SÖKANDE

Compass Group AB, 556258-1461
 Box 1222
 164 28 Kista

Ombud: Advokat Ulrica Salomon
 Jur.kand. Mikael Engström
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1065
 101 39 Stockholm



MOTPART

Stockholms läns landsting, Stockholms läns sjukvårdsområde (SLSO),
 232100-0016
 Box 17914
 118 95 Stockholm

Ombud: Advokat Roger Hagman
 Advokatfirman Roger Hagman AB
 Box 45030
 104 30 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Compass group AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Det interimistiska beslutet från den 22 januari 2013 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 336387

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Stockholms läns landsting, Stockholms läns sjukvårdsområde (SLSO) genomför en upphandling av kost till Löwenströmska sjukhuset med beteckningen SLSO 12-786. Upphandlingen sker genom förenklat förfarande. Förvaltningsrätten har den 22 januari 2013 interimistiskt förordnat att SLSO inte får ingå avtal förrän målet har avgjorts slutligt eller annat har förordnats i målet.

YRKANDEN

Compass group AB (Bolaget) yrkar att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. SLSO upphandlar kost till Löwenströmska sjukhuset. Som skall-krav ställs bl.a. att alla patientmåltider ska tillagas från grunden med konventionell matlagningsteknik, så kallad "Cook and serve", samt att all patientkost ska levereras varm i kantin. Vidare anges att tiden mellan färdigproducerad mat och leverans till avdelning inte får överskrida 60 minuter samt att detta är enligt Livsmedelsverkets rekommendationer. Anbudsgivare som uppfyller skall-kraven utvärderas sedan efter deras offererade pris samt hur väl de uppfyller ett antal kvalitetskriterier. Bland dessa kriterier återfinns "leveranstid". Där framkommer att kortare leveranstid än 60 minuter är ett börkrav samt att tiden mellan färdiglagad mat och leveranstid inte bör överstiga 30 minuter.

Syftet med upphandlingen torde vara att säkerställa leverans av högkvalitativ och näringsrik mat. För att uppnå detta syfte är kravet dock varken lämpligt eller nödvändigt och strider därmed mot proportionalitetsprincipen. Det tillåtna tidsspännat för lunchen är mellan 11.15 till 11.45. Leverans utanför dessa tider bedöms som avvikelse. Under de 30 minuter som är i fråga ska leverantören komma in i sju låsta avdelningar på fyra olika

våningsplan. Att det skulle finnas leverantörer som kan uppfylla dessa tidskrav får i praktiken anses som uteslutet. SLSO vidgår att kravet skulle kunna hållas om leverantören har produktionskök beläget på eller i mycket nära anslutning till Löwenströmska sjukhuset. I dagsläget finns ett sådant kök, men det kan endast nyttjas av den befintliga hyresgästen. Kravställningen får därför effekt att endast en leverantör kan komma i fråga för kontrakt och att konkurrensen i övrigt utestängs.

Det finns betydligt mindre ingripande alternativ som fullgott kan uppfylla det efterfrågade kravet utan att konkurrensen utestängs, exempelvis metoden "Cook and chill" som är en av Livsmedelsverket godkänd metod och som inte kräver produktionskök i anslutning till leveransplatsen. SLSO har bevisbördan för att inte mindre ingripande alternativ skulle kunna tillmötesgå kraven. SLSO uppfyller inte denna bevisbörda genom att hänvisa till övriga alternativ som bristfälliga samt hämta stöd för detta ur sin egen erfarenhet. Att Livsmedelsverket utfärdat rekommendationer avseende varmhållningstid ska i sammanhanget inte tillmätas betydelse. Verkets rekommendationer i denna del har endast bäring på de fall då mat ska levereras varm och innebär således inte i sig att mat *ska levereras varmhållen*. Därtill är detta enbart rekommendationer och kan därmed inte omvandlas till ett obligatoriskt krav med konkurrensbegränsande effekter som följd.

Enligt 6 kap. 4 § LOU får den upphandlande myndigheten vidare inte ställa krav innehållande uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. "Cook and serve"-metoden är ett särskilt framställningssätt och det uppställda kravet leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Genom att ställa krav på ett visst framställningssätt i stället för kvalitet har man beskurit marknadens möjligheter att inkomma med egna lösningar.

Det kan vidare påpekas att SLSO saknar möjlighet att kontrollera huruvida den totala varmhållningen faktiskt efterlevs. Det är endast för de 30 minuter som leverantören befinner sig på sjukhuset som sådan kontroll skulle kunna ske. Krav och kriterier som inte förenas med kontrollmöjligheter till bedömning av efterlevnad strider mot likabehandlingsprincipen. Egenkontroll anses inte enligt praxis innebära någon faktisk och verklig kontroll.

Det finns slutligen en överhängande risk för att ingen leverantör kan teckna avtal på dessa villkor och även om detta mot förmodan skulle gå, så får SLSO inte i efterhand- utan att överträda LOU, ändra sig vare sig gällande leveransvillkoren eller vitesbestämmelserna.

Bolaget har således lidit skada då SLSO:s redovisade krav strider mot principerna om proportionalitet och likabehandling. Genom uppställda krav har bolaget förhindrats att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

SLSO bestrider bolagets talan och anför bl.a. följande. Upphandlingen rör kost som ska serveras till patienter på två psykiatrikliniker. På de aktuella avdelningarna är vårdtiderna förhållandevis långa och patienterna vistas ofta på avdelningarna under lång tid. I anbudsförfrågan understryks bl.a. att kosten har stor betydelse för patienterna och att den utgör en förutsättning för övrig vård och behandling. Sammantaget är det därför viktigt att maten är vällagad, välsmakande och näringsriktig.

Grunden för minimikravet på 60 minuter är att Livsmedelsverket har förklarat att varmhållning av tillagad mat bör vara så kort som möjligt och att det rekommenderas högst en timmes varmhållning för potatis och två timmar för övriga livsmedel. I anbudsförfrågan framkommer även att kortare leveranstid än 60 minuter kan ge mervärde i upphandlingen. Skälet för detta är att det är allmänt känt att maten är mer välsmakande, konsistent, väldoftande och tilltalande ju närmre tid intagandet ligger tillagningen av

måltiden. Detta är något som patienterna efterfrågar och som anses vara särskild betydelsefullt inom psykiatrin. En god och fräsch måltid med nylagad varm mat ger större möjlighet till individuell variation och stimulans av aptiten samt större matglädje. Detta är till gagn för vården av psykiatripatienterna. Utöver att maten ses som en viktig del av vården, har SLSO vägt in att personalen ska kunna fokusera på patienterna och den sociala samvaron under måltiderna och inte ägna sig åt att värma upp kall mat.

Stockholms läns landsting genomförde år 2008 en omfattande upphandling av kost. Resultatet blev en gemensam leverantör för samtliga berörda enheter, där alla levererade portioner tillagades med så kallad kallmatsteknik. Denna matlagningsteknik blev kritiserad inom bl.a. psykiatrin. Landstingsfullmäktige beslutade därför i maj 2012 att mat skulle decentraliseras och som i övrigt i vården anpassas efter olika patientgruppers behov. Beslutet föregicks av den så kallade måltidsutredningen, Mat och måltider med patienten i centrum.

Inom SLSO finns en stor kompetens avseende tillagning av mat och vad som passar bäst till olika patientgrupper. Landstinget och SLSO har provat alla idag kända tillagningssätt och konstaterat att behoven ser olika ut för olika patientgrupper. I nu aktuell upphandling finns full insikt i att varm mat som tillagats kort tid före leveransen är den som ger bäst utbyte i psykiatrivården. Utifrån egna erfarenheter samt patienternas egna önskemål har SLSO således konstaterat att det inte finns några likvärdiga lösningar. Vid ett sådant förhållande faller det sig naturligt att följa Livsmedelsverkets rekommendationer. Eftersom SLSO inte kan erhålla motsvarande varmlagad mat med annan metod kan ingen mindre ingripande åtgärd väljas.

SLSO finner att upphandlingen inte står i strid med principerna för offentlig upphandling. I praxis framkommer att en upphandlande myndighet har

stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. I och med att kravet är berättigat och ligger inom ramen för vad en myndighet har rätt att själv välja, saknar det betydelse att kretsen av möjliga leverantörer är begränsad till dem som kan hålla ett kök inom ett visst avstånd från Löwenströmska sjukhuset. Anbudsförfrågan ger vidare möjlighet för ett antal aktörer i Stockholmsregionen att lämna anbud. Ett faktum är att LOU inte tillkommit för att ge leverantörer tillfälle att alltid lämna anbud. Löwenströmska sjukhuset ligger strategiskt beläget vid E4:an. I närområdet finns flera leverantörer som uppfyller kravet på leveranstid. Sjukhuset ligger i ett tätbebyggt område och några av tätorterna är Upplands Väsby, Rosersberg och Rotebro, alla inom ett avstånd som ger möjlighet att leverera mat inom omkring 30 minuter. Inget hindrar en intresserad leverantör från att etablera sig i närområdet. Bolaget skulle mycket väl, beläget i Rotebro som det är, kunna leverera inom tidsrymden 30-59 minuter. Även om det dock skulle förhålla sig så att enbart en leverantör kan uppfylla kravet, föreligger det starka skäl för att ställa de krav som uppställs.

Bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU handlar om tekniska specifikationer och har överhuvudtaget inte bäring på krav som i detta fall. Detta då det inte är fråga om en viss tillagningsmetod utan det handlar helt enkelt om att maten ska levereras varm inom 60 minuter från färdigproduktion. I sammanhanget ska noteras att mat som levereras kall tillagas på samma sätt. Skillnaden är bara att maten ska levereras varm i kantin inom 60 minuter från tillagningen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Frågan i målet är om SLSO:s krav på att mat ska levereras varm till psykiatripatienter en viss tid efter tillagning strider mot principerna om proportionalitet samt likabehandling och icke-diskriminering.

En upphandlande myndighet kan fritt utforma förfrågningsunderlaget utifrån sina behov under förutsättning att de krav som ställs är förenliga med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och ändamålsenliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas (jfr bl.a. prop. 2006/07:128 s. 132).

Av EU-domstolens praxis följer att bedömningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska utföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen i tre steg. Till en början bedöms om åtgärden i fråga är lämplig och effektiv för att åstadkomma det uppgivna syftet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen bedöms huruvida den negativa effekten som åtgärden medför, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet.

Likabehandlingsprincipen innebär att leverantörer och de produkter som erbjuds ska behandlas lika. Enligt fast praxis innebär principen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för det (se t.ex. C-21/03 och C-34/03 Fabriom SA p. 27)

Utredningen i målet

I kravspecifikationen går det under rubriken ”1 Kostverksamhet fr.o.m. 23 april 2013” under punkten 2 att utläsa följande;

”Måltiderna **skall** vara tillagade i produktionskök som drivs av leverantören. Alla patientmåltider skall tillagas från grunden med konventionell matlagningsteknik (Cook & serve).”

Under nummer 4 står sedan följande;

”All patientkost **skall** levereras varm i kantin. Tiden mellan färdigproducerad mat och leverans till avdelning får inte överskrida 60 minuter. Detta enligt Livsmedelsverkets rekommendationer.

Under nummer 5 står sedan följande;

BÖR

Tiden mellan färdiglagad mat och leverans till avdelning bör inte överstiga 30 minuter.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det som bolaget anfört gällande ovan nämnda krav utgör skäl för ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten finner att SLSO på ett övertygande sett har angett hur kosten har stor betydelse för patienterna inom psykiatri och att den utgör en förutsättning för övrig vård och behandling. Därtill har SLSO anfört att psykiatripatienter ofta har långa vårdtider, vilket enligt förvaltningsrätten innebär att än högre krav på kosten är berättigade att ställa. Enligt SLSO är

mat som tillagats i anslutning till måltiden mer välsmakande, väldoftande och erbjuder större möjlighet till individuell variation, vilket även är något som efterfrågas av patienterna. SLSO har i sin kravställning även vägt in den sociala samvaron och att personalen inte ska behöva lägga tid på att värma upp maten. Vid bedömningen av leveranstiden har SLSO även följt Livsmedelsverkets rekommendationer avseende varmhållningstider. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att SLSO har visat att leveranstidens längd är såväl lämplig som ändamålsenlig för att uppnå syftet med att bereda patienterna bästa möjliga vård, omsorg och måltidsupplevelse.

Vidare har SLSO hänvisat till att upphandlingen av kallmatsteknik från år 2008 blivit kritiserad samt att detta resulterat i en utredning med slutsatsen att kost inom vården skulle decentraliseras och anpassas till olika patientgrupper. Förvaltningsrätten finner att SLSO i egenskap av professionell vårdgivare får anses vara väl medveten om vilken typ av kost som bäst lämpar sig till särskilda patientgrupper. Rätten anser därför att SLSO i sin argumentation har fog för att hänvisa till bl.a. sin kompetens och erfarenhet i syfte att klargöra att mindre ingripande alternativ inte på samma sätt kan uppnå det eftersträvade syftet.

Rätten konstaterar dock att kravet avseende leveranstid innebär att leverantörerna har att befinna sig i närheten av leveransplatsen för att komma i fråga för kontrakt. Enligt förvaltningsrättens bedömning är detta emellertid en naturlig följd av det eftersträvade syftet och kan således inte betraktas som oproportionerligt. Vid en sammantagen bedömning finner således förvaltningsrätten att det i målet inte har framkommit att kravet avseende leveranstider är oproportionerligt utan istället såväl ändamålsenligt som berättigat med tanke på de patientintressen som upphandlingen har till syfte att uppnå.

Bolaget har även anfört att kravet på leveranstid strider emot principen om likabehandling, då tiden är så oerhört kort att den enda leverantör som om möjligt kan uppfylla tiden är den befintliga hyresgästen.

SLSO har i genmäle gjort gällande att den uppställda tiden inte är orimligt kort. SLSO har även gjort gällande att sjukhuset ligger strategiskt beläget vid väg E4 med flera tätorter i närområdet, däribland Rotebro där bolaget är beläget. Inget hindrar en intresserad leverantör från att etablera sig i närområdet. Rätten anser att det i målet inte har framkommit att leveranstiden skulle vara orimligt kort, inte heller att det framkommit att konkurrensen skulle vara begränsad till enbart den befintliga hyresgästen. Med hänsyn till att förvaltningsrätten finner att upphandlingen är ändamålsenlig, finner rätten även att de krav som till följd ställs på leverantörerna är sakligen grundade. Då det därtill framkommit att närområdet även skapar förutsättningar för konkurrens, ges även de leverantörer som har möjlighet att uppfylla leveranskraven lika förutsättningar för att inkomma med anbud. SLSO:s krav strider därmed inte heller mot principen om likabehandling. Mot bakgrund av att förvaltningsrätten har kommit fram till att den begärda tidsåtgången inte är orimligt kort, saknas skäl att bemöta bolagets invändning gällande att SLSO inte i efterhand kan ändra sina leveransvillkor eller vitesbestämmelser.

Bolaget har vidare anfört att SLSO:s krav på att maten ska tillagas enligt metoden "Cook and serve" strider mot bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU avseende tekniska specifikationer. I likhet med SLSO finner dock förvaltningsrätten att det i målet framkommit att ställda krav innebär att maten ska levereras varm en viss tid efter tillagning. Enligt förvaltningsrättens mening rör det sig inte om en produktions – eller tillagningsmetod i den meningen som avses i 6 kap. 4 § LOU. Oavsett detta finner dock förvaltningsrätten att det inte utgör ett brott mot icke-diskrimineringsprincipen om alla leverantörer inte kan tillgodose sakligt motiverade krav.

Slutligen har bolaget anfört att SLSO saknar möjlighet att kontrollera att leveranstiderna upprätthålls. Förvaltningsrätten konstaterar dock att det i förfrågningsunderlaget under rubriken ”13 Kvalitetsuppföljning”, bl.a. framgår att leverantören ska ha ett kvalitetsuppföljningssystem med dokumentation som visar att kraven avseende leveranssäkerhet uppfylls. Slutligen finner förvaltningsrätten att kravet på leveranstid kan kontrolleras av såväl personal som patienter på avdelningarna. Av avtalet framkommer exempelvis under rubriken ”8 Påföljder vid leveransförsening” att det ska finnas en kontaktperson på respektive avdelning som ska kontaktas vid leveransförsening. Således ska även denna invändning lämnas utan bifall.

Vid en sammantagen bedömning av vad som framkommit i målet finner förvaltningsrätten således att det inte framkommit att SLSO har handlat i strid med LOU och de gemenskarättsliga principerna för offentlig upphandling. Bolagets yrkande om ingripande enligt LOU ska således avslås och det intermistiska förordnandet från den 22 januari 2013 därmed upphöra.

HUR MAN ÖVERKLAGAR. Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Magnus Åhammar
Rådman

Charlotte Rimmerfeldt har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

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

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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

DV 3109/1A LOU