



Studie i överprövningsmål

- livsmedelsupphandlingar under åren 2007-2010

En rapport skriven av
Advokatfirman Delphi
på uppdrag av Konkurrensverket

Förord

I arbetet med Konkurrensverkets rapport *Mat och marknad – offentlig upphandling* har vi gett forskare vid olika institutioner och myndigheter i uppdrag att närmare analysera vissa frågor. Resultaten av dessa studier har redovisats till Konkurrensverket och har använts som underlag till vår egen rapport.

På uppdrag av Konkurrensverket har Advokatfriman Delphi i denna underlagsrapport studerat överprövningsmål av livsmedelsupphandlingar under åren 2007-2010.

Det är författaren själv som svarar för slutsatser och bedömningar.

Stockholm, april 2011

Dan Sjöblom
Generaldirektör

Studie av överprövningsmål

Livsmedelsupphandlingar under åren 2007-2010

Innehåll

1	Överprövningar av livsmedelsupphandlingar	4
1.1	Inledning.....	4
1.2	Metod och genomförande	4
1.3	Länsrätternas och förvaltningsrätternas avgöranden	5
1.3.1	Vanliga grunder för ansökan om överprövning.....	11
1.4	Mer om bifallande domar.....	13
1.4.1	Påföljd vid bifallande dom	13
1.4.2	De vanligaste grunderna vid bifallande domar	14
1.5	Svensk djurskyddslagstiftning, ekologiska livsmedel samt miljö- och sociala hänsyn	14
1.5.1	Krav på ekologiska livsmedel – domstolsavgöranden.....	16
1.5.2	Domstolsavgöranden – krav utifrån svensk djurskyddslagstiftning m.m.....	17
1.6	Analys av granskningens resultat	21
1.6.1	Antalet överprövningar	21
1.6.2	Inköpssamordning	21
1.6.3	Antalet överprövningar – utveckling och tänkbara skäl	22
1.6.4	Utfallet i de granskade avgörandena.....	24
1.6.5	De vanligaste grunderna för överprövning.....	25
1.6.6	Krav på livsmedelsproduktionen.....	26

1 Överprövningar av livsmedelsupphandlingar

1.1 Inledning

Lagen om offentlig upphandling, LOU, syftar till att hindra att upphandlande myndigheter snedvrider konkurrensen vid inköp som görs med offentliga medel genom att diskriminera eller gynna vissa leverantörer, ställa upp handelshinder eller att beakta andra ovidkommande hänsyn. Bestämmelserna i LOU bidrar därigenom till att skapa gynnsamma förutsättningar för en väl fungerande konkurrens så att såväl upphandlande myndigheter som företag och konsumenter får tillgång till produkter av hög kvalitet och till förmånliga priser. Detta ska säkerställas dels genom förfarandebestämmelser i LOU, dels genom de EU-rättsliga principerna.

Konkurrensverket har uppdragit åt Advokatfirman Delphi att sammanställa och analysera överprövningsmål om upphandling av livsmedel, vilka avgjorts av länsrätterna. Dessa ombildades till förvaltningsrätter från den 15 februari 2010. Det övergripande syftet med studien var att ge Konkurrensverket underlag för att analysera upphandlande myndigheters agerande och ställda krav vid på livsmedel och leverantörer, vilket har betydelse för konkurrensen på området.

1.2 Metod och genomförande

Underlaget utgör i princip samtliga avgöranden som har meddelats av länsrätter, sedermera förvaltningsrätter, under perioden den 1 januari 2007 till och med den 31 juli 2010.¹ Urvalet för den nämnda

¹ Avgörandena har av Konkurrensverket inhämtats från Allego AB:s rättsfallsdatabas. Viss jämförelse har i kvalitetssäkrande syfte gjorts med andra källor.

perioden är baserat på datum för avgörandena, oavsett när ansökan om överprövning gjorts. I ett statistiskt perspektiv motsvarar varje avgörande ett mål, dvs. ett målnummer. Detta innebär att det, beroende på omständigheter i det enskilda fallet, kan finnas mer än ett avgörande för en viss upphandling. Så kan t.ex. vara fallet om flera leverantörer ansökt om överprövning av samma upphandling eller om flera upphandlande myndigheter har genomfört en samordnad upphandling, dvs. gemensamt har genomfört en upphandling.²

Samtliga nämnda avgöranden har analyserats av Advokatfirman Delphis kompetensgrupp för offentlig upphandling och offentliga projekt. Sammanställningen har gjorts enligt en på förhand fastställd mall. Denna mall innehåller parametrar och kriterier för sortering av avgörandena utifrån de frågor som varit föremål för prövning i resp. mål. Sorteringen har sedan legat till grund för den kvantifiering av underlaget som redovisas nedan.

Det avslutande avsnittet i detta kapitel om reflektioner och kommentarer baseras, utöver vad som framkommit vid aktuell analys, på Advokatfirman Delphis erfarenheter vid offentlig upphandling.³

1.3 Länsrätternas och förvaltningsrätternas avgöranden

Underlaget för detta kapitel utgörs, som nämnts av avgöranden i mål om överprövning avseende upphandling av livsmedel. Med avgöranden avses här domar och slutliga beslut. Här ingår således inte

² I uppdraget har endast ingått att granska avgöranden i första instans, dvs. läns- resp. förvaltningsrätterna. Denna rapport innehåller därför ingen analys av hur ofta de granskade avgörandena överklagas eller hur ofta kammarrätterna i så fall meddelar prövningstillstånd och ändrar resp. fastställer underinstansens avgörande.

³ Se t.ex. rapporten Länsrätternas domar om offentlig upphandling (KKV:s rapportserie 2007:2).

icke slutliga beslut såsom interimistiska beslut om att upphandlingen tillsvidare inte får avslutas.

Ett mål kan avgöras antingen genom dom eller genom slutligt beslut. Om målet avgörs genom dom har domstolen prövat målet i sak. En dom kan innebära antingen bifall till ansökan eller avslag. Med avslag avses att länsrätten prövat målet i sak, men funnit att det inte finns grund för att förordna om rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Med slutliga beslut avses beslut genom vilka domstolen avgör målet, t.ex. beslut om avskrivning eller avvisning.

Beslut om avskrivning fattas när ändamålet med talan förfallit, dvs. när det inte längre finns anledning för domstolen att pröva målet. Det kan t.ex. vara fråga om att upphandlingen avbrutits, eller om att den sökande leverantören försatts i konkurs. Beslut om avvisning fattas när domstolen inte är behörig att pröva ansökan om överprövning, t.ex. för att upphandlingen har avslutats, eller för att den sökande inte är leverantör och därför inte har talerätt.

Det totala antalet granskade avgöranden under perioden den 1 januari 2007 till och med den 31 juli 2010 uppgår till 121. Av diagrammet nedan framgår hur dessa fördelas årsvis.

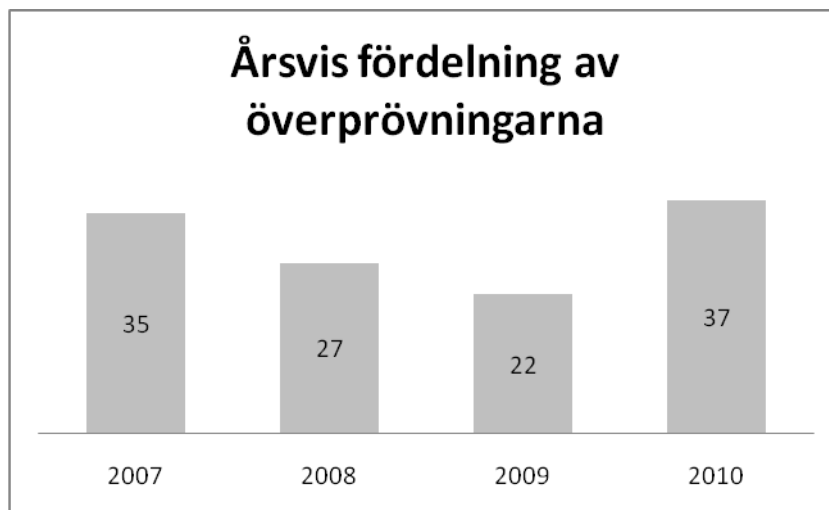


Bild 1. Diagrammet visar årsvis fördelning av de granskade avgörandena. Visat antal för 2010 avser endast de sju första månaderna.

För 2007, 2008 och 2009 representerar siffrorna antalet avgöranden för resp. år och för 2010 en prognos baserad på de första sju månaderna som tyder på att antalet avgöranden under 2010 skulle uppgå till 63. Prognosen bygger på antagandet att avgörandena fördelar sig jämnt över hela året, vilket är långt ifrån säkert. Det kan dock konstateras att antalet avgöranden under de sju första månaderna 2010 är högre än under vardera året 2007, 2008 resp. 2009.

I 66 procent av de granskade avgörandena (80 st.) var det någon av de tre största aktörerna på marknaden – Servera R&S AB, Menigo Foodservice AB eller Dafgårds AB – som ansökte om överprövning.

Vidare visar utfallet att i 41 procent av fallen (50 st.) meddelades bifall till ansökan om överprövning och i 43 procent av fallen (53 st.) meddelades avslag. Av de granskade avgörandena avskrevs ansökningar i 11 procent av fallen (13 st.) och i 5 procent av fallen (6 st.) avvisades ansökan om överprövning. Av diagrammet nedan framgår utfallet resp. andel av det totala antalet granskade avgöranden.

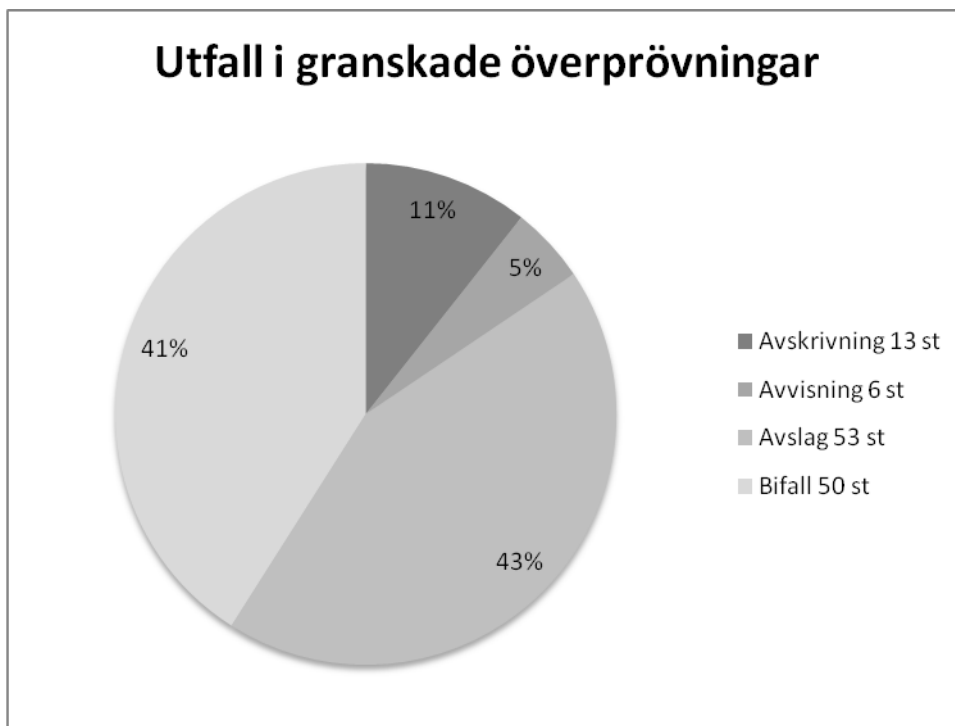


Bild 2. Diagrammet visar i procent utfallet av samtliga överprövningar fördelade på resp. kategori. Siffrorna i högra kolumnen anger de absoluta talen för resp. utfall.

Att antalet utfall uppgår till 122, och inte till 121, beror på att domstolen i ett mål förordnade både att upphandlingen skulle göras om och att den fick avslutas först sedan rättelse gjorts. Det var således fråga om *en* upphandling och *en* överprövning men som gav *två* utfall då det var två delområden av upphandlingen som omfattades av överprövningen och som domstolen bedömde olika.

Enligt Allego offentliggjordes under perioden 1 januari 2007 till och med 31 juli 2010 totalt 212 annonser om upphandling av livsmedel. Den årsvis fördelningen framgår av diagrammet nedan.

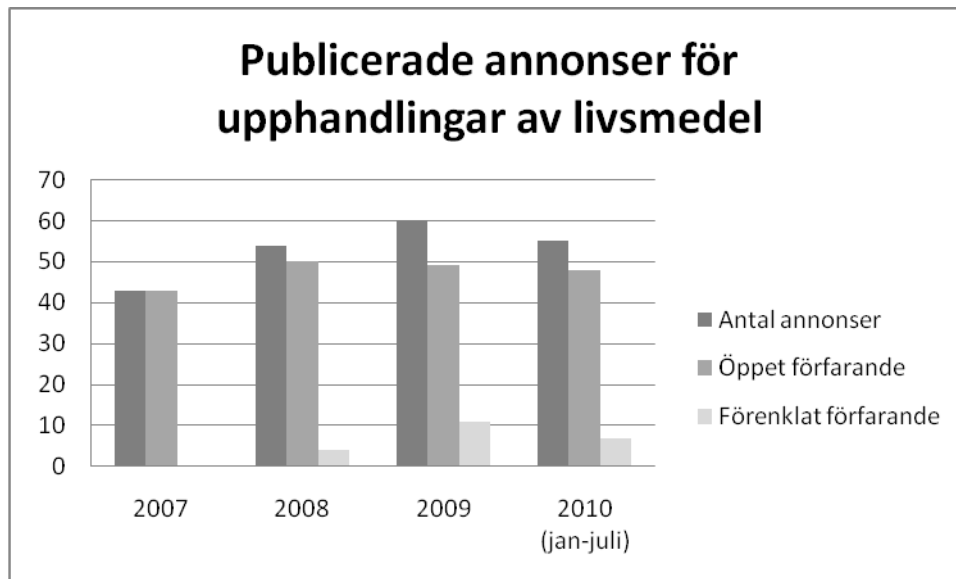


Bild 3. Diagrammet visar antalet publicerade annonser i Allegos nationella databas under den granskade perioden.

Vid upphandlingar över tröskelvärdena är *öppet förfarande* det upphandlingsförfarande som oftast används. I detta fall publicerar den upphandlande myndigheten en annons om upphandlingen i den europeiska databasen TED (Tenders Electronic Daily) och alla leverantörer som vill får lämna anbud. Efter att anbudet inkommit genomför den upphandlande myndigheten en kvalificering av leverantörerna och en utvärdering av anbudet.

Vid upphandlingar under tröskelvärdena används oftast *förenklat förfarande*. Här publicerar den upphandlande myndigheten en annons om upphandlingen i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller i annan form som möjliggör effektiv konkurrens och alla leverantörer som vill får lämna anbud. Efter att anbudet inkommit genomför den upphandlande myndigheten en kvalificering av leverantörerna och en utvärdering av anbudet. Den upphandlande myndigheten får också förhandla med anbudsgivarna.

Under 2007 annonserades 43 upphandlingar, samtliga genomförda som öppna förfaranden och under 2008 annonserades 54 upphandlingar, varav fyra genomfördes som förenklade förfaranden och återstoden som öppna förfaranden. Under 2009 annonserades 60 upphandlingar, varav 49 genomfördes som öppna förfaranden och 11 som förenklade förfaranden. Under de sju första månaderna 2010 annonserades 55 upphandlingar, varav 48 genomfördes som öppna förfaranden och sju som förenklade förfaranden.

Eftersom vissa annonser rör samordnade upphandlingar står ibland flera upphandlande myndigheter bakom en och samma annons. Med samordnade upphandlingar avses här att flera upphandlande myndigheter, t.ex. kommuner, samordnat eller gått samman om sina upphandlingar och inköpsbehov vid samma tidpunkt. Antalet myndigheter som genomfört livsmedelsupphandlingar är därför större än antalet annonserade upphandlingar. Av följande diagram framgår hur många myndigheter som genomfört livsmedelsupphandling under den granskade perioden.

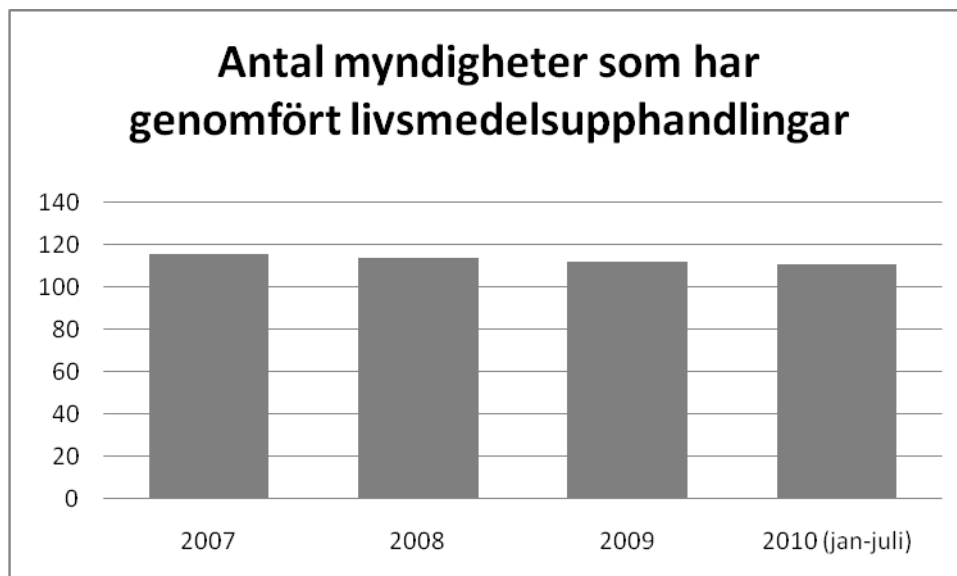


Bild 4. *Diagrammet visar årsvis fördelning över antalet myndigheter som genomfört upphandling under perioden som omfattas av granskningen.*

Antalet myndigheter som genomfört livsmedelsupphandlingar uppgick 2007 till 116, 2008 till 114 och 2009 till 112. Under de sju första månaderna av 2010 genomförde 111 myndigheter livsmedelsupphandlingar.

1.3.1 Vanliga grunder för ansökan om överprövning

Av diagrammet nedan framgår att de mest frekvent anförda grunderna för ansökan om överprövning av livsmedelsupphandlingar är brister i förfrågningsunderlagets utformning och fel vid anbudsutvärderingen.

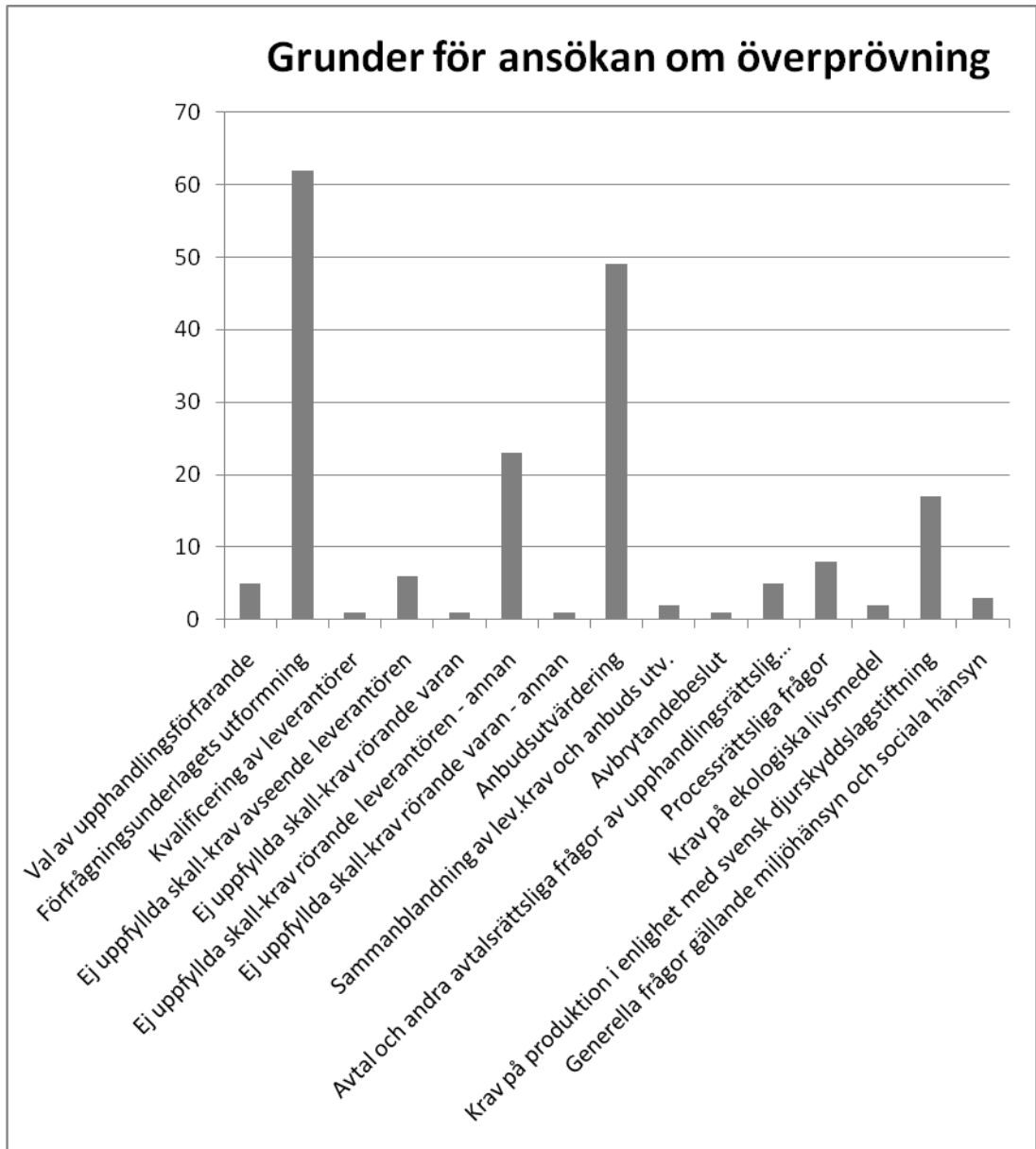


Bild 5. Diagrammet visar de mest återopade grunderna för ansökan om överprövning. Antalet grunder överstiger som framgår antalet avgöranden vilket beror på att det i samma mål är vanligt med flera grunder för ansökan.

Av diagrammet framgår även att det är vanligt att sökanden anför att vissa obligatoriska krav, s.k. skall-krav, som den upphandlande myndigheten har ställt upp i förfrågningsunderlaget inte har uppfyllts av den vinnande anbudsgivaren. Detta utgör den tredje vanligaste grunden för ansökan om överprövning av livsmedelsupphandlingar.

1.4 Mer om bifallande domar

1.4.1 Påföljd vid bifallande dom

I de 50 avgörandena där domstolen meddelade bifallande domar, förordnades om rättelse i 22 procent av fallen (11 st.) och i 78 procent av fallen (39 st.) beslutades att upphandlingen skulle göras om. Påföljderna vid bifallande domar framgår av diagrammet nedan.

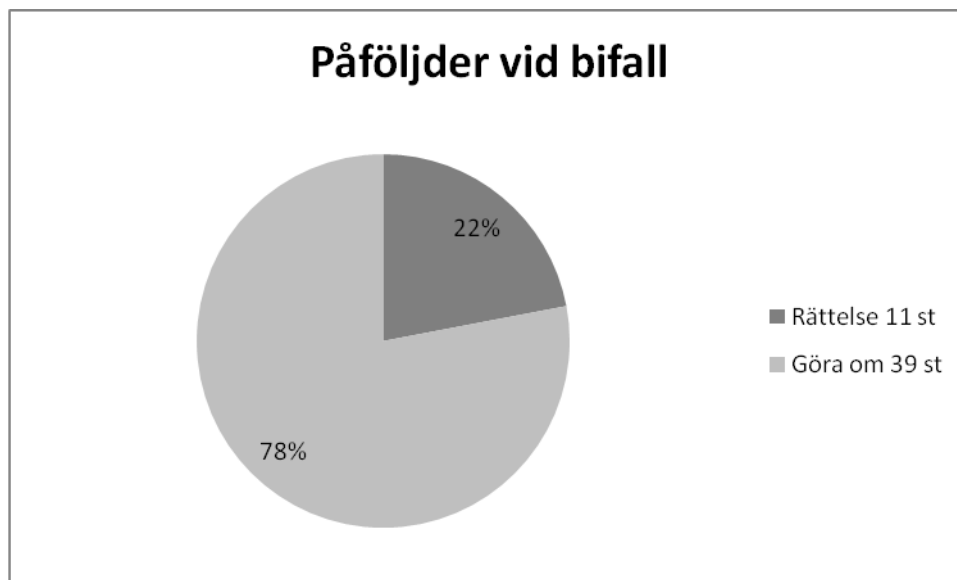


Bild 6. Diagrammet visar domstolarnas val av påföljd vid bifallande domar. Siffrorna i den högra kolumnen anger de absoluta talen för resp. påföljd.

1.4.2 De vanligaste grunderna vid bifallande domar

Möjligheterna till bifall för en ansökan om överprövning varierar beroende på vilken eller vilka grunder sökanden anför. Av diagrammet nedan framgår i vilken omfattning de mest frekvent återopade grunderna för ansökan om överprövning förekommer i de avgöranden i vilka ansökan om överprövning bifölls. Diagrammet visar även fördelningen mellan förordnande om rättelse resp. att upphandlingen ska göras om.

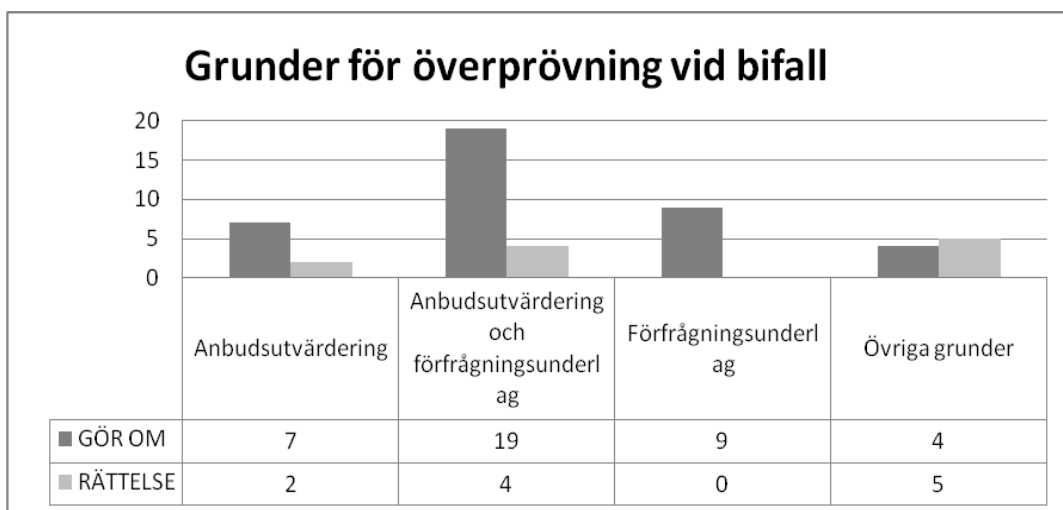


Bild 7. Diagrammet visar omfattningen av de mest återopade grunderna för ansökan om överprövning i de avgöranden som ansökan om överprövning bifölls.

1.5 Svensk djurskyddslagstiftning, ekologiska livsmedel samt miljö- och sociala hänsyn

En uppmärksam fråga är krav på ekologiska livsmedel, produktion i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning samt miljö- och sociala hänsyn vid livsmedelsupphandling. (Se kap. 7 och 8.)

Av de granskade avgörandena kan 21 hänföras till denna kategori.⁴ I 17 av de granskade avgörandena förekom krav på produktion i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning. Vidare förekom generella frågor om miljöhänsyn och/eller sociala hänsyn i tre fall och i två fall aktualiserades krav på ekologiska livsmedel. Att antalet fall då de nämnda grunderna anförs överstiger det totala antalet avgöranden där de förekommer beror på att det i ett fall anfördes två grunder för ansökan om överprövning.

I 19 av de 21 avgörandena var det någon av de tre största aktörerna på marknaden (se avsnitt 4.2) som ansökt om överprövning. Vidare meddelades två av avgörandena under 2007, två under 2009 och flertalet avgöranden (17 st.) under 2010. Detta illustreras i diagrammet nedan.

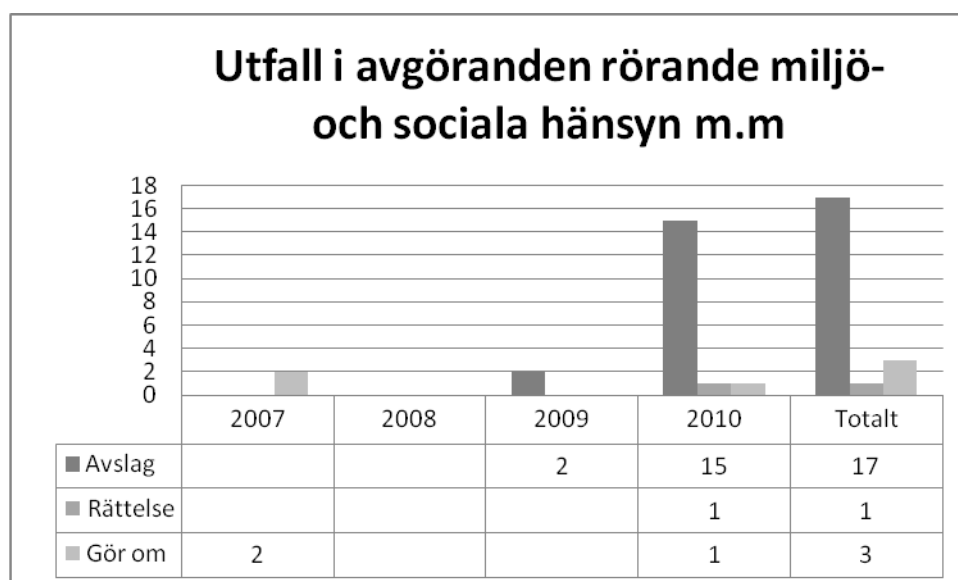


Bild 8. Diagrammet visar årsvis fördelning och utfall. Underlaget för 2010 omfattar endast de sju första månaderna.

⁴ I sammanhanget bör dock framhållas att tolv av avgörandena rör en och samma upphandling; en samordnad upphandling som gällde flera upphandlande myndigheter.

I statistiken för åren 2007 och 2009 representerar siffrorna antalet avgöranden för den aktuella typen av krav för resp. år. För 2008 fanns inga sådana avgöranden. För 2010 omfattas antalet avgöranden fram till och med 31 juli men redan vid den sistnämnda tidpunkten har antalet överprövningar på området kraftigt överstigit vad som gäller tidigare år.

Nedan följer några exempel på aktuella frågor och berörda krav vid upphandlingen och förvaltningsrättens (länsrätten före den 1 juli 2010) bedömning. Urvalet av domar har gjorts för att belysa berörda frågor och utgör inte nödvändigtvis i alla delar en representativ bild av domstolarnas bedömning.

1.5.1 Krav på ekologiska livsmedel – domstolsavgöranden

Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr 1167-10

I rubricerade mål anförde den sökande leverantören att den vinnande anbudsgivaren inte hade uppfyllt två skall-krav som ställts i förfrågningsunderlaget, varav det ena av de ifrågasatta kraven var att livsmedlen skulle vara ekologiska. I denna del hänvisade förfrågningsunderlaget till att bestämmelserna i förordningen om ekologisk produktion (EEG) 2092/91⁵ skulle vara uppfyllda. Enligt sökanden innebar hänvisningen till förordningen ett krav på att leverantören skulle vara certifierad för ekologisk produktion eftersom detta är vad som regleras i den nämnda EU-förordningen.

Den upphandlande myndigheten bestred att hänvisningen medförde något krav på att certifikat skulle uppvisas eftersom det, enligt myndigheten, inte är nödvändigt för hanteringen av ekologiska produkter. Vidare anförde den upphandlande myndigheten att den

⁵ Numera förordning 834/2007/EG om ekologisk produktion

inte – med hänvisning till Konkurrensverkets rapport Certifiering, konkurrens och handel (december 2009) – ansåg sig ha rätt att ställa ett sådant krav eftersom det skulle ha en konkurrensnedvridande effekt.

Efter en analys av dels innebörden i den nämnda förordningen, dels Livsmedelsverkets föreskrifter på området fann förvaltningsrätten att den vinnande anbudsgivaren uppfyllde skall-kravet avseende ekologisk produktion eftersom dennes underleverantör var certifierad på tillbörligt sätt och här gällde en av förordningens undantagssituationer. Ansökan om överprövning kunde därför inte bifallas på denna grund. Däremot bifölls ansökan om överprövning på annan grund, som dock inte hade samband med frågan om ekologisk produktion.

1.5.2 Domstolsavgöranden – krav utifrån svensk djurskyddslagstiftning m.m.

Länsrätten i Dalarnas län, mål nr 687-09

I detta fall framgick av förfrågningsunderlaget bl.a. följande. Om en leverantör lämnat anbud på kött från djur som uppfötts enligt svensk djurskyddslagstiftning medan en annan leverantör inte kunde erbjuda detta, skulle priset för den som lämnat det högsta anbudet för kött som uppfyllde nämnda lagstiftning användas vid utvärderingen. Enkelt uttryckt gav utvärderingsmodellen en fördel åt anbudsgivare som offererat kött som producerats enligt svensk djurskyddslag jämfört med anbudsgivare som inte offererat sådant kött. Motsvarande modell skulle användas för utvärderingen av anbud på fisk, varvid miljömärkt (i detta fall MSC-märkt) fisk gavs motsvarande fördel.

Den sökande leverantören anförde att kravet i praktiken endast innebär att svenskt kött kom i fråga, inte uttryckligen men som en effekt av modellen för utvärderingen av pris. Vidare anförde leverantören

bl.a. att det var fråga om en styrning mot svenskt kött i syfte att förbigå bestämmelserna i LOU.

Länsrätten fann dock att det i förfrågningsunderlaget klart och tydligt framgick vad som efterfrågades och vilken utvärderingsmodell som skulle användas. Metoden var, enligt länsrätten, också förutsägbar och anbudsgivarna behandlades lika och med hänsyn till det uppgivna syftet, att värna om miljön och att djuren ska behandlas väl och ha bra levnadsförhållanden, fick användandet av metoden även anses proportionerligt. Slutligen fanns det, enligt länsrätten, inte heller i övrigt utrymme för missförstånd av sådan art och grad att grundläggande rättsprinciper i LOU hade trätts förnär. Då länsrätten inte heller med avseende på övriga anförda grunder fann någon överträdelse av LOU avslogs ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 8169-10 och 8170-10

I dessa mål anförde den sökande leverantören att de upphandlande myndigheterna brutit mot LOU och de grundläggande unionsrättsliga reglerna genom att medvetet ha anpassat upphandlingen i vissa delar till att enbart innehålla produkter som producerats av svenskt kött på ett sätt som stred mot 1 kap. 9 § LOU (EU:s rättsprinciper).⁶ Av förfrågningsunderlaget framgick att ett flertal produkter som efterfrågades skulle vara producerade enligt EU:s grundläggande djurskyddsregler och dessutom uppfylla bestämmelserna i svensk djurskyddslagstiftning eller närmare angivna specifika krav som återfinns i nämnda regelverk.

Förvaltningsrätten konstaterade att det följer av principen om ömsesidigt erkännande att en vara som lagligen tillverkats och saluförts i ett EU-land ska kunna säljas i alla andra EU-länder och att enda

⁶ Samma rättsfråga prövades även i Förvaltningsrätten i Göteborgs dom i mål nr 8366-10 som meddelades samma dag som domarna i mål nr 8169-10 och 8170-10 och där det i domskälen hänvisas till dessa mål.

undantaget från denna princip är de restriktioner som en stat kan införa om det kan hävdas att det finns särskilda skyddsintressen för bl.a. människors och djurs liv och hälsa. Förhållandena i målet var dock inte sådana att undantagsreglerna kunde anses tillämpliga.

Vidare fann Förvaltningsrätten att de upphandlande myndigheterna inte förmått förklara kopplingen mellan det ställda kravet och föremålet för upphandlingen, och att de uppställda kraven inte heller med nödvändighet innebar att kvaliteten på livsmedlen skulle bli sämre om uppställda kriterier i något hänseende inte uppfylldes. Myndigheterna hade inte heller visat hur kontroll och uppföljning av de krav på svensk djurhållning som ställts i upphandlingen skulle gå till om djuren inte omfattades av svensk djurskyddslagstiftning.

Förvaltningsrätten fann därför att de upphandlande myndigheternas agerande stred mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Mot bakgrund bl.a. av att den sökande leverantören ostridigt hade tillgång till svenskt kött och kunde lämna anbud baserat på svenskt kött, och leverantören inte heller i övrigt gjort sannolikt att överträdelsen medfört skada eller risk för skada för leverantören, avlog förvaltningsrätten emellertid ändå ansökan om överprövning.⁷

Förvaltningsrätten i Falun, mål nr 2440-10

I detta fall framgick av förfrågningsunderlaget bl.a. att den konsumtionsmjölk som omfattades av upphandlingen skulle vara producerad i besättningar som följde "kriterierna enligt svensk djurskyddslag". Ett motsvarande krav fanns för produktgruppen kött och chark. Den sökande leverantören anförde, i korthet, att ingen producent med produktion utanför Sverige hade kännedom om eller kunde uppfylla de aktuella kraven.

⁷ En likartad bedömning gjordes också av Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 3610-3621 -10.

Förvaltningsrätten konstaterade inledningsvis att den upphandlande myndigheten inte förklarat kopplingen mellan kravet och föremålet för upphandlingen och att det inte på något sätt var givet att kvaliteten på mjölk och kött skulle bli sämre om de angivna kriterierna i något hänseende inte uppfylldes. Det kritiserade kravet föreföll därför, enligt förvaltningsrätten, närmast vara av etisk natur och inte innebära en teknisk specifikation. Vidare konstaterade förvaltningsrätten att leverantören obestritt uppgett att "kriterierna enligt svensk djurskyddslag" var strängare än bestämmelserna i andra EU-länder och att den upphandlande myndigheten i målet inte visat varför sådana konkurrensbegränsande krav var befogade, t.ex. från djurskyddssynpunkt.

Därför fann förvaltningsrätten att leverantören visat att förfarandet stred mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering och att det var motiverat med ett ingripande enligt LOU. I detta mål genomfördes inte, i motsats till ovanstående dom, någon skadevärdering. Med andra ord biföll förvaltningsrätten ansökan om överprövning utan att först ta ställning till om den upphandlande myndighetens brott mot LOU medfört skada för leverantören.

Efter dessa avgöranden av länsrätten/förvaltningsrätten har kommit två domar av Kammarrätten i Göteborg (mål nr 2216-2221 – 2010 resp. 2921-2922-10) som rör djurskyddskrav (se avsnitt 8.2). Domarna ger som framgått stöd för att det inte är tillåtet enligt LOU att ställa krav på livsmedelsproduktion enligt svensk djurskyddslagstiftning i de delar denna är strängare än EU:s regler på området.

1.6 Analys av granskningens resultat

1.6.1 Antalet överprövningar

Antalet överprövningar av livsmedelsupphandlingar har varierat resp. år under den granskade perioden. Det kan jämföras med nämnda 212 annonser om upphandlingar. Dessa upphandlingar gäller både enskilda myndigheter och flera myndigheter gemensamt. Sett i ett leverantörsperspektiv torde antalet upphandlingstillfällen vara mest relevant då detta motsvarar antalet (affärs)tillfällen där möjlighet ges att vinna ett offentligt kontrakt.

1.6.2 Inköpssamordning

Den redovisade uppgiften ovan om antalet myndigheter som deltagit i upphandlingar under samma period, dvs. 453 st., blir med den utgångspunkten inte lika relevant med hänsyn till inslaget av myndigheters (främst kommuners) inköpssamordning.

Att det sker nämnda inköpssamordning, dvs. att flera upphandlande myndigheter går samman och gör en gemensam upphandling, är vanligt på livsmedelsområdet. En sådan samordning resulterar i färre men större upphandlingar, vilka då får en ökad betydelse för berörda leverantörer och kan påverka benägenheten att ansöka om överprövning.

Under den granskade perioden har enligt Allego antalet genomförda samordnade livsmedelsupphandlingar varierat mellan 15 och 21 per år. I likhet med antalet genomförda livsmedelsupphandlingar är variationen mellan åren inte så stor. Statistiskt sett gör det dock stor skillnad om det är en samordnad eller en enskild upphandling som omfattas av överprövningen.

Domstolarna hanterar även ansökningar om överprövning av samordnade upphandlingar olika, dvs. ibland blir det ett mål och ett avgörande och ibland blir det ett mål och avgörande per myndighet. Det blir därför missvisande att "rakt av" jämföra antalet annonserade upphandlingar med antalet överprövningar eller domstolsavgöranden som meddelats under den granskade perioden.

1.6.3 Antalet överprövningar – utveckling och tänkbara skäl

Analysen visar, totalt sett, att omkring hälften av alla annonserade livsmedelsupphandlingar överprövas. I nuläget är tendensen att antalet överprövningar ökar. Här kan pekas på att antalet avgöranden under de första sju månaderna 2010 överstiger det totala antalet för varje föregående år.

Man bör dock vara försiktig med att i ett längre tidsperspektiv dra alltför långtgående slutsatser i fråga om frekvensen överprövningar på området. Det senare kan bl.a. hänga samman med andra omständigheter, t.ex. rådande konjunktur (se avsnitt 2.3). En annan förklaring skulle kunna vara att det har gjorts fler upphandlingar under de år då överprövningarna varit många, dvs. 2007 och aktuell period för 2010. Livsmedelsupphandlingar resulterar även ofta i (ram)avtal som inte sällan har en löptid på tre till fyra år.

Om tendensen skulle bestå, dvs. att antalet överprövningar av livsmedelsupphandlingar fortsätter att öka, kan detta bero på flera orsaker. En orsak skulle kunna vara dels att medvetenheten om frågor rörande krav på ekologiska livsmedel, produktion i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning samt miljö- och sociala hänsyn ökar, dels att leverantörer i ökad utsträckning väljer att ifrågasätta sådana aspekter vid upphandling, bl.a. av kostnads- och konkurrensskäl (se avsnitt 10.4).

En annan orsak till att antalet överprövningar av livsmedelsupphandlingar blir flera skulle kunna vara ökad konkurrens mellan livsmedelsgrossisterna. Att över hälften av alla överprövningar på området initieras av någon av de tre största leverantörerna-/grossisterna kan indikera detta. En jämförelse kan göras med upphandlingar av medicintekniska produkter, som ofta blir föremål för överprövning, och där antalet leverantörer och upphandlingstillfällen är relativt få, bl.a. med hänsyn till att landsting går samman om sina inköp.

För upphandlande myndigheter kan överprövningar ses med motstridiga känslor. En överprövning är oönskad, bl.a. eftersom den innebär administrativa merkostnader. Men å andra sidan kan en överprövning visa att det gjorts fel vid upphandlingen som medfört oförmånliga inköpsvillkor.

Som framgått ovan kan det finnas mer än ett avgörande som gäller en viss upphandling, t.ex. om flera leverantörer ansökt om överprövning av samma upphandling, eller om flera upphandlande myndigheter har genomfört en samordnad upphandling. Därför kan inte fastställas hur vanligt det är att livsmedelsupphandlingar överprövas t.ex. genom att jämföra antalet avgöranden från förvaltningsrätterna med de uppgifter som inhämtats om antalet annonserade upphandlingar på området. Jämförelsen kan heller inte användas för att exakt visa om livsmedelsupphandlingar överprövas oftare än andra typer av upphandlingar. Ett skäl är att det saknas generell statistik över hur stor andel av genomförda upphandlingar som överprövas.

Utifrån den redovisade granskningen och erfarenheterna från andra produktområden framstår det dock som om livsmedelsupphandlingar har en högre andel överprövningar än upphandlingar för andra produkter. En förklaring kan vara att andelen samordnade upphandlingar är hög, vilket innebär att varje enskild affär blir både

större och viktigare för leverantörerna. En annan förklaring till detta kan vara att livsmedelsupphandlingar kan vara relativt komplexa.

I sammanhanget ska nämnas ytterligare ett förhållande som bör gälla generellt för i princip all upphandling. En överprövning innebär som regel att det dröjer ytterligare ett antal månader innan myndigheten kan teckna avtal med aktuell leverantör. Det kan vara fråga om uppemot åtta månaders fördröjning eller mer om såväl förvaltningsrätt som kammarrätt involveras i prövningen. Under tiden för domstolsprövningen kan det bli fråga om att den upphandlande myndighetens nuvarande leverantör, som kan vara den som har ansökt om överprövningen, får fortsätta med leveranserna.⁸

1.6.4 Utfallet i de granskade avgörandena

Läns- och förvaltningsrätterna har bifallit ansökan om överprövning i 41 procent av de granskade fallen. Det kan jämföras med en tidigare genomförd granskning av samtliga länsrättsdomar generellt under första halvåret 2006. Denna studie visade att andelen bifall var 31 procent.⁹ Det finns dock i såväl den sistnämnda som aktuella undersökningen anledning att anta att den angivna andelen bifall är missvisande.

Vissa avgöranden som således formellt bokförs som en förlust för den sökande leverantören kan i praktiken vara en framgång för denne. Om sökanden yrkat att upphandlingen ska göras om och den upphandlande myndigheten under domstolens handläggning av målet självmant avbryter upphandlingen för att påbörja en ny upphandling avskrivs normalt målet. Osaken är helt enkelt att ändamålet med talan då anses ha förfallit. I formell mening utgör ett sådant

⁸ Se Konkurrensverkets yttranden till Kammarätten i Jönköping, Kammarrätten i Göteborg och Kammarrätten i Stockholm med dnr 336/2010, 346/2010 resp. 589/2010 som rör överprövningar och rättsfrågor vid bl.a. tilldelningsbeslut, förlängning av ramavtal m.m.

⁹ Länsrätternas domar om offentlig upphandling (KKV:s rapportserie 2007:2).

avskrivningsbeslut inte en framgång för sökanden trots att leverantören uppnått syftet med sin ansökan om överprövning, dvs. att upphandlingen görs om. Detsamma gäller då den upphandlande myndigheten självmant vidtar den rättelse som sökanden yrkat.

Den *faktiska bifallsfrekvensen*, dvs. det antal avgöranden som de facto innebär en framgång för den sökande leverantören, är därför sannolikt högre än den *formella bifallsfrekvensen* eller det antal avgöranden som innebär att upphandlingen ska rättas eller göras om. I sammanhanget bör nämnas att andelen avslag, dvs. avgöranden som innebär förlust i sak för sökanden, uppgår till 43 procent.

Inom ramen för granskningen har inte identifierats någon enskild faktor som kan förklara varför den formella bifallsfrekvensen är högre för överprövningar av livsmedelsupphandlingar än andra typer av upphandlingar och produktområden. En förklaring skulle dock som framgått kunna vara att livsmedelsupphandlingar är jämförelsevis komplexa med ett stort antal produkter där det är ofta en grannliga uppgift att definiera produktkvalitet. Risken för misstag eller att förfrågningsunderlaget inte blir korrekt eller ändamålsenligt i alla avseenden kan därmed vara större i detta fall än vid upphandling av andra produkter.

1.6.5 De vanligaste grunderna för överprövning

Vilka upphandlingar som kan komma att överprövas har givetvis ett starkt samband med hur den enskilda upphandlingen har utformats. Klart är dock, även om det finns stora skillnader mellan olika upphandlingar, är att de två mest åberopade grunderna i en ansökan om överprövning är brister i förfrågningsunderlagets utformning och fel i samband med anbudsutvärdering.

Dessa två grunder förekommer i ansökningar såväl var för sig som tillsammans. I samband med att sökanden anför att det funnits

brister i den upphandlande myndighetens anbudsutvärdering anförs normalt också att förfrågningsunderlaget i upphandlingen varit bristfälligt. Med bristfälligt avses t.ex. att förfrågningsunderlaget varit otydligt, diskriminerande eller på annat sätt utformat så att anbudsgivaren varit förhindrad att utforma ett optimalt anbud.

Ofta uppdagas oklarheter i förfrågningsunderlaget först efter det att anbudsgivarna tagit del av hur eller på vilka grunder beslutet om tilldelning av kontraktet fattades. Ofta är det först då som det klarläggs hur den upphandlande myndigheten avsett att i praktiken tillämpa det som angetts i förfrågningsunderlaget och hur myndigheten faktiskt gått till väga när anbuderna utvärderats.¹⁰ I detta avseende skiljer sig inte överprövningar av livsmedelsupphandlingar från det generella mönstret.¹¹

Som framgått ovan är det också vanligt att sökanden anför att vissa obligatoriska krav eller skall-krav som medtagits i förfrågningsunderlaget inte har uppfyllts av den vinnande anbudsgivaren. Detta utgör den tredje vanligaste grunden för ansökan om överprövning av livsmedelsupphandlingar. Även i detta avseende följer överprövningar av livsmedelsupphandlingar i stort det generella mönstret. Detsamma gäller beträffande vilka grunder som i störst utsträckning leder till bifall.

1.6.6 Krav på livsmedelsproduktionen

Inom ramen för granskningen har som nämnts identifierats 21 avgöranden som rör krav på produktion i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning, ekologiska livsmedel samt miljö och sociala hänsyn. Överprövningar av livsmedelsupphandlingar vilka gäller dessa frågor är förhållandevis inte så vanliga och kan inte heller

¹⁰ Länsrätternas domar om offentlig upphandling, Konkurrensverkets rapportserie 2007:2.

¹¹ Se föregående fotnot.

gärna sägas spegla den stora mediala uppmärksamhet som frågorna har fått. Tendensen förefaller dock vara att antalet överprövningar som gäller dessa frågor ökar. Utifrån granskade överprövningar är det dock inte möjligt att dra några slutsatser om denna ökning har något samband med en ökad användning av den aktuella typen av krav.

En reflektion vid granskningen av de 21 avgörandena är vidare att de upphandlande myndigheternas processföring i målen, såsom den framgår av avgörandena, ofta har brister. De upphandlande myndigheterna har bl.a. svårt att motivera varför de ställda kraven är proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen. Det saknas oftast en utvecklad rättslig argumentation från myndighetens sida. I många fall konstaterar domstolen att myndigheten inte förmått förklara varför ett krav varit exempelvis proportionerligt och nödvändigt för att uppnå önskad kvalitet. En annan slutsats blir att de upphandlande myndigheternas beslut att ställa kraven inte så ofta bygger på en analys av de rättsliga förutsättningarna att ställa kraven.

Det råder osäkerhet om de närmare förutsättningarna för att ställa vissa typer av krav vid livsmedelsupphandlingar. Vad avser krav på produktion av livsmedel i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning, som delvis är strängare än vad som följer av minimibestämmelser i EU-direktiv, så har rättsläget klarnat med hänsyn till de nämnda kammarrättsdomarna i slutet av 2010. Men generellt sett är det önskvärt med ytterligare och klargörande rättspraxis som gäller krav på olika politikområden som inte gäller föremålet för upphandlingen eller inte omfattas av det primära huvudsyftet med upphandlingsreglerna.



Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se