



SÖKANDE

Nutricia Nordica AB, 556242-0348
Box 3142
169 03 Solna

Ombud: advokaten Ulf Hökeberg
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPARTER

1-34. Se bilaga 1

Ombud för Region Skåne: advokaten Mikael Karlsson
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö

Ombud för kommunerna: Region Skåne

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling,
LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Nutricia Nordica AB:s ansökan om att avtalet
avseende enteral nutrition den 18 juli 2013 ska förklaras ogiltigt.



BAKGRUND OCH YRKANDE

Region Skåne och Skånes kommuner (nedan regionen) har genomfört en upphandling av enteral nutrition, dnr 1202492. Upphandlingen har genomförts med öppet förfarande enligt LOU. Region Skåne har för egen del och genom fullmakt för Skånes samtliga kommuner tecknat avtal med Nestlé Sverige AB (Nestlé) den 18 juli 2013.

Nutricia Nordica AB (Nutricia) yrkar att förvaltningsrätten ska förklara avtalen den 4 juli 2013 respektive den 18 juli 2013 mellan regionen och Nestlé ogiltiga såvitt avser positionerna 110 -120. Som grund för talan anförs bl.a. följande. Nestlé var den enda leverantör som lämnade anbud på positionerna 110 -120 och tilldelades inledningsvis kontraktet i aktuell del. Efter invändning meddelades nytt tilldelningsbeslut vari det angavs att positionerna 110-120 utgår ur upphandlingen då ingen anbudsgivare uppfyller ställda krav. Meddelandet från regionen kan inte uppfattas på annat sätt än att upphandlingen avbrutits avseende aktuella positioner. Av ett till Nestlés anbud bifogat produktfaktablad framgår att offererad sondnärlig för vuxna inte uppfyller det ställda skall-kravet att produkten ska innehålla minst 25 % naturliga råvaror. Eftergift av eller ändringar i skall-krav torde vid tillämpning av 4 kap. 5 § LOU anses som en väsentlig förändring vilket medför att förhandlat förfarande utan föregående annonsering inte får tillämpas. Eftersom upphandlingen avbrutits saknas möjlighet att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Inte heller i övrigt föreligger förutsättningar att övergå till eller tillämpa sådant förfarande. Då villkoren för att genomföra ett förhandlat förfarande inte förelegat har regionen genomfört en otillåten direktupphandling. Avtalen har ingåtts utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU och då någon undantagsbestämmelse inte är tillämplig ska avtalen förklaras ogiltiga.

Regionen bestrider att avtalet den 18 juli 2013 ska ogiltigförklaras och anför bl.a. följande. Regionen har annonserat den aktuella upphandlingen

och avtalet avseende produktgrupperna 110 - 120 har ingåtts efter det att upphandlingen vad gäller aktuella positioner övergått i ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Offerten av den 4 juli 2013 utgör således inte ett avtal utan är en del i den förhandling som regionen genomfört med Nestlé vilket sedermera resulterade i avtalet av den 18 juli 2013. Förutsättningarna för kontraktet har inte ändrats. De villkor som gäller för avtalet är samma villkor som angavs i såväl förfrågningsunderlaget med tillhörande kravspecifikation som i avtalsmallen. Regionen har inte frånfallit något skall-krav. Alla leverantörer har behandlats lika och har getts samma förutsättningar att lämna anbud i upphandlingen. Endast Nestlé har lämnat anbud avseende nämnda positioner. Det har således inte förekommit någon särbehandling av Nestlé.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

I 16 kap. 13 § LOU anges bl.a. att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 §.

I 7 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5-8 §§.

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

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

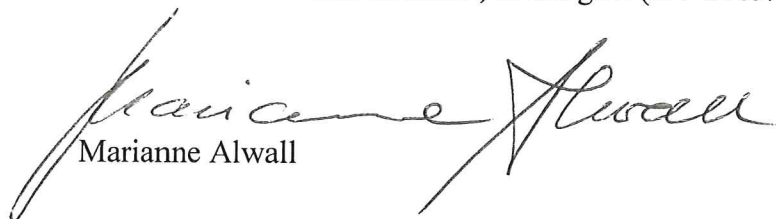
Upphandlingen påbörjades genom att regionen den 12 februari 2013 överände digital annons till Allego/EUT, Europeiska unionens officiella tidning. Enligt förvaltningsrätten står det således klart att upphandlingen har annonserats i enlighet med 7 kap. 1 § LOU.

Regionen meddelade tilldelningsbeslut den 5 juni 2013. Den 20 juni 2013 meddelade regionen nytt tilldelningsbeslut i vilket det angavs att positionerna 110-120 utgår ur upphandlingen då ingen anbudsgivare uppfyller ställda krav. För det fall en upphandling avbryts har upphandlande myndighet haft att fatta ett skriftligt beslut i frågan och tillsända beslutet samtliga anbudsgivare. Att besluta att vissa positioner ska utgå är således inte samma sak som att avbryta en upphandling. Regionen har följaktligen inte avbrutit aktuell upphandling vad gäller positionerna 110 - 120. Därefter har regionen möjlighet att ompröva sitt tilldelningsbeslut fram tills avtalstecknande vilket man således också har gjort.

Regionen har därvid övergått till förhandlat förfarande utan föregående annonsering då det stod klart för regionen att Nestlés anbud faktiskt uppfyllde det uppställda skall-kravet vad gäller sondnäring för vuxna. Enligt förvaltningsrätten har Nutricia inte förmått visa att de ursprungliga villkoren för kontraktet har ändrats väsentligt. Det framgår således inte annat än att regionen haft rätt att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering i enlighet med bestämmelserna i 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU. Förhandlingen resulterade i att avtalet den 18 juli 2013 ingicks mellan parterna. Offerten den 4 juli 2013 utgör inte ett avtal.

Med hänsyn till det anförda saknas grund för att ogiltigförklara det ingångna avtalet mellan regionen och Nestlé. Nutricias yrkande härom ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 3109/1B LOU)



Marianne Alwall

Maria Persson har föredragit målet.

Bilaga 1

MOTPARTER

1. Region Skåne	mål nr 9764-13
2. Bjuvs kommun	mål nr 10290-13
3. Bromölla kommun	mål nr 10291-13
4. Burlövs kommun	mål nr 10293-13
5. Båstads kommun	mål nr 10294-13
6. Eslövs kommun	mål nr 10295-13
7. Helsingborgs stad	mål nr 10296-13
8. Hässleholms kommun	mål nr 10297-13
9. Höganäs kommun	mål nr 10298-13
10. Hörby kommun	mål nr 10300-13
11. Höörs kommun	mål nr 10301-13
12. Klippans kommun	mål nr 10302-13
13. Kristianstads kommun	mål nr 10303-13
14. Kävlinge kommun	mål nr 10304-13
15. Landskrona stad	mål nr 10305-13
16. Lomma kommun	mål nr 10306-13
17. Lunds kommun	mål nr 10307-13
18. Malmö stad	mål nr 10308-13
19. Osby kommun	mål nr 10309-13
20. Perstorps kommun	mål nr 10310-13
21. Simrishamns kommun	mål nr 10311-13
22. Sjöbo kommun	mål nr 10312-13
23. Skurups kommun	mål nr 10313-13
24. Staffanstorps kommun	mål nr 10314-13
25. Svalövs kommun	mål nr 10315-13
26. Svedala kommun	mål nr 10317-13
27. Trelleborgs kommun	mål nr 10318-13
28. Tomelilla kommun	mål nr 10319-13
29. Vellinge kommun	mål nr 10320-13
30. Ystads kommun	mål nr 10321-13
31. Åstorps kommun	mål nr 10322-13
32. Ängelholms kommun	mål nr 10324-13
33. Örkeälljunga kommun	mål nr 10325-13
34. Östra Göinge kommun	mål nr 10327-13



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.

