



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2015-01-12
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 14779-14

SÖKANDE

Fazer Food Services AB, 556045-1907

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell
 Advokat Sara-Li Olovsson
 Jur.kand. Martin Bogg
 Advokatfirman Delphi
 Box 1432
 111 84 Stockholm

| | |
|-------------------------|---------------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2015 -01- 1 2 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

MOTPART

Karolinska Universitetssjukhuset, 232100-0016

Ombud: Advokat Mikael Holtzberg
 Advokat Johan Stern
 Ramberg Advokater AB
 Box 7531
 103 93 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska förordnande i beslut den 27 juni 2014
 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 517825

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Karolinska Universitetssjukhuset (Karolinska) genomför en upphandling av kostförsörjning (dnr K0993-2014) enligt ett öppet förfarande enligt 4 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Karolinska hade vid tidpunkten för Fazer Food Services AB:s (bolaget) ansökan om överprövning ännu inte meddelat något tilldelningsbeslut. Karolinska har därefter meddelat tilldelningsbeslut den 18 september 2014, varvid annan anbudsgivare tilldelats kontrakt.

Fazer Food Services AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund anger bolaget att Karolinska har brutit mot den grundläggande principen om proportionalitet och därmed mot 1 kap. 9 § LOU genom att uppställa ett oproportionerligt krav i upphandlingen. Karolinska har i punkten 4.18 i förfrågningsunderlaget uppställt ett obligatoriskt krav på matlagningsteknik, närmare bestämt ett krav på ångkokningsteknik såsom "SoFresh", "Steamplicity" eller annan likvärdig tillagningsmetod, för fem av sju patientmaträtter inom kategorin A-kost, enportion. Två av sju patientmaträtter inom kategorin A-kost, enportion, ska minst tillagas enligt det s.k. Cook Chill-konceptet. Bolaget tillhandahåller mat enligt det s.k. Cook Chill-konceptet, men producerar inte mat enligt ångkokningsteknik. Kravet framstår som godtyckligt och uppenbart osakligt och strider mot proportionalitetsprincipen. Av 6 kap. 4 § LOU framgår att det är otillåtet för upphandlande myndigheter att hänvisa till ett särskilt framställningssätt eller tillverkning om det leder till att vissa leverantörer missgynnas. De leverantörer som inte använder ångkokningsteknik missgynnas. Kravet är därför diskriminerande och otillåtet. Bolaget har lidit, eller riskerar i vart fall att lida skada, eftersom bolaget varit förhindrat att lämna anbud i upphandlingen och därför gått miste om möjligheten att tilldelas avtalet i upphandlingen. Bristerna i upphandlingen hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet varför upphandlingen ska göras om.

Karolinska anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Samtliga krav som ställs i upphandlingen är förenliga med proportionalitetsprincipen och övriga principer i 1 kap. 9 § LOU. Deras nya verksamhetsplan om kvalitets- och förbättringsarbete för patientkostnader och livsmedel med patienten i centrum har varit grundläggande och genomsyrat kravställandet för patientkostnader och övriga livsmedel. Utöver så näringsrik mat som möjligt har också smak och utseende och möjligheter för avdelningarna att beställa och få alla kostnader levererade under dagen varit av stor vikt. Karolinska har bedömt att patientmaträtter som inte är lagade från grunden, inte är producerade med kallmatsteknik och inte heller med något koncept för ångkokning, inte är lämpliga för samtliga leveranser av lagad mat (lunch och middag) i upphandlingen. Karolinska har gjort en välgrundad avvägning mellan motstående intressen för att säkerställa upphandlingens syften och målsättningar beträffande de komplexa leveranserna av det stora antalet olika kosttyper och det mycket stora antalet olika maträtter och portionsstorlekar med olika förutsättningar från en och samma leverantör. Kravet är varken godtyckligt eller uppenbart osakligt. Det strider inte mot proportionalitetsprincipen och är inte diskriminerande.

Förvaltningsrätten har den 27 juni 2014 förordnat att Karolinska inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

En utgångspunkt vid offentliga upphandlingar är att det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för offentliga upphandlingars grundläggande principer. Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling och därigenom är den som får anses bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten iakttas. (Se bl.a. RÅ 2002 ref. 50 samt Kammarrättens i Stockholm avgörande den 10 oktober 2012 i mål nr. 5351-12.)

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att det visas att sökanden lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

Det som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om Karolinskas uppställda ska-krav i punkten 4.18 i förfrågningsunderlaget, att använda en viss tillagningsteknik, dvs. ångkokningsteknik, till fem av sju patienträtter A-kost, enportion, strider mot proportionalitetsprincipen och principen om icke-diskriminering i LOU.

I punkten 4.18 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Patientmaträtterna ska vara tillagade från grunden i anbudsgivarnas tillagningsskök. Patientmaträtterna, med undantag för de som produceras i jourköket, ska produceras med kallmatsteknik. Fem av sju patientmaträtter

A-kost, enportion, ska produceras enligt koncept med ångkokningsteknik, så som "SoFresh", "Steamplicity" eller annan likvärdig tillagningsmetod. Hållbarhetstiden för dessa patientmaträtter ska vara minst tre dygn vid leverans till avdelning. Två av sju patientmaträtter A-kost, enportion, samt övriga patientmaträtter kan ha samma tillagningsmetod som A-kost enportion, men ska minst tillagas enligt Cook Chill-koncept eller annan likvärdig tillagningsmetod. Hållbarhetstiden för dessa patientmaträtter ska vara minst ett dygn vid leverans till avdelning.

Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs inte får gå utöver vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för upphandlingen i fråga (jfr prop. 2006/07:128 s. 132)

EU-domstolen har i mål C-234/03 uttalat att de krav som ställs av upphandlande part ska vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas och kravet får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av Karolinska uppställda kravet på en särskild tillagningsteknik som ångkokningsteknik för en del av patientmaträtterna har en viss konkurrensinskränkande effekt, och begränsar möjligheten att lämna anbud till endast de anbudsgivare som lagar mat från grunden, använder kallmatsteknik och använder ångkokningsteknik. För att kravet ska vara förenligt med proportionalitetsprincipen krävs därför att det ska vara lämpligt och effektivt i förhållande till syftet, att det inte funnits ett mindre ingripande alternativ och att den negativa effekt som kravet får, för det intresse eller den rättighet som kravet inskränker, inte är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvide syftet.

Lämplig och effektiv

För det första ska förvaltningsrätten pröva om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet.

Karolinska har uppgett att deras nya verksamhetsplan om kvalitets- och förbättringsarbete för patientkoster och livsmedel med patienten i centrum har varit grundläggande och genomsyrat kravställandet för patientkoster och övriga livsmedel. Utöver så näringsrik mat som möjligt har också smak och utseende och möjligheter för avdelningarna att beställa och få alla koster levererade under dagen varit av stor vikt. Upphandlingen gäller patientmaträtter (lunch och middag) i form av samtliga olika inom vården aktuella kosttyper (grundkoster, specialkoster, övriga specialkoster och individuellt anpassade koster) till minst 1 300 patienter per dygn och till närstående och medföljande. Karolinskas syften och målsättningarna enligt punkterna 1.3 och 1.4 i förfrågningsunderlaget följer Stockholms Läns landstings övergripande vision enligt den s.k. Måltidsutredningen som innebär att samtliga patienter ska serveras god, smaklig och näringsriktig mat baserat på patientens behov, önskemål och preferenser för en så positiv upplevelse som möjligt. Karolinska har valt att säkerställa upphandlingens syften och målsättningar för vissa patientmaträtter med hjälp av olika krav, bl.a. kravet avseende ångkokningsteknik.

I punkten 1.3 "Upphandlande myndighet" anges bl.a. följande. På Karolinska arbetar vi för att mat och näring ska vara en del av behandlingen. Sjukdomsrelaterad undernäring är vanlig, speciellt vid kronisk sjukdom. Många patienter har behov av extra näring och energi under sin vistelse på Karolinska. Det är därför av stor vikt att maten tillfredsställer såväl smak som energi- och näringsbehov under vårdtiden utifrån en långsiktig och ekologisk hållbar miljö. Det är också av stor vikt

att den serveras vällagad, tilltalande upplagd, och enligt beställd specifikation med rätt energi- och näringsinnehåll och i rätt portionsstorlek.

I punkten 1.4 "Vision och målsättning" anges bl.a. följande. Omvärlden är under snabb förändring, avseende befolkningsstruktur, ny teknologi, nya behandlingsmetoder, förändrade rekommendationer, krav på nya smaker och rätter. Även ekonomiska och politiska preferenser kommer med stor sannolikhet att ändras under avtalsperioden. Karolinska vill därför ge avtalet en stabil grund för utveckling och förändring tillsammans med leverantören. Karolinska följer SLL:s vision som framgår av Måltidsutredningen och som innebär att alla Karolinskas patienter ska serveras god, smaklig och näringsriktig mat utifrån patientens individuella behov önskemål och preferenser för en positiv måltidsupplevelse. Maten ska serveras i en stimulerande måltidsmiljö och det ska finnas tillgång till mat dygnet runt. Närstående och medföljande ska kunna köpa varm mat dygnet runt.

Bolaget hävdar att kravet på ångkokningsteknik inte är lämpligt eller nödvändigt i förhållande till det syfte som kravet har. Bolaget hänvisar till en dom från Förvaltningsrätten i Göteborg (mål 1896-14) där rätten utifrån RÅ 2010 ref. 78 uttalade att det inte är tillräckligt att det finns ett "sannolikt" samband mellan ett kriterium och en viss effekt, och ansåg att kriteriet därför var godtyckligt. Det krävs att Karolinska via objektivt godtagbara bevis kan styrka att en viss tillagningsmetod, dvs. ångkokningstekniken, tveklöst leder till högre smak, konsistens och utseende och i viss mån näringsinnehåll. Detta har Karolinska inte gjort. Kravet framstår därför som godtyckligt och uppenbart osakligt samt diskriminerande. Om Karolinska vill ha bästa möjliga smak, konsistens, utseende och näringsinnehåll är det kontraproduktivt att hindra anbudsgivare att offerera samtliga måltider tillagade enligt Cook Chill-metoden, eftersom den enligt bolagets mening ger minst lika goda resultat

som ångkokningsteknik. Karolinska har inte provsmakat bolagets mat tillagad enligt Cook Chill-metoden. Ångkokningstekniken är inte en väletablerad och utbredd matlagningsteknik inom storkök, skolor och sjukhus, utan används endast på ett fåtal sjukhus, däribland Karolinska.

Karolinska anser att kravet på ångkokningsteknik är lämpligt och effektivt i förhållande till syftet eftersom det är en väletablerad teknik inom storkök som är väsentligt skonsammare än traditionella tillagningstekniker och bevarar smak, färg och konsistens samtidigt som värdefulla vitaminer och mineraler inte förstörs. Ångkokningstekniken bevarar antioxidanter och känsliga fetter betydligt bättre än traditionella tillagningstekniker, vilket är speciellt värdefullt för diabetiker och personer med hjärt- och kärlsjukdomar. Ångkokning gör det också möjligt att tillaga maten praktiskt taget utan tillsatta fetter (dvs. smör, oljor för stekning, mm.). Genom att matens egna smakämnen bevaras, går det också att minska mängden salt, men även mängden kryddor och andra smaktillsatser, vilket kan innebära fördelar i vården. Med ångkokningsteknik tillagas huvuddelen av den portionsförpackade maten i speciella ugnar på respektive avdelning i omedelbart samband med serveringen. Det förhöjer även erfarenhetsmässigt matupplevelsen och ger en bra livsmedelhygienisk säkerhet. Att Ångkokningsteknik i många avseenden ger ett bättre resultat än traditionella matlagningstekniker är vedertaget och har även bekräftats av Karolinskas erfarenheter och uppföljningar av för- och nackdelarna med respektive metod. Genom Karolinskas provsmakningar ca tio gånger per år under fem års tid har bl.a. konstaterats att maten behåller smak bättre vid ångkokning än då maten har blivit färdiglagad tidigare, nedkyld och sedan uppvärmd igen. Kravet är därför varken godtyckligt eller uppenbart osakligt, utan lämpligt och effektivt för att säkerställa god, smaklig och näringsriktig mat.

Förvaltningsrätten konstaterar att domen från Förvaltningsrätten i Göteborg som bolaget hänvisar till handlar om en proportionalitetsbedömning av ett utvärderingskriterium, till skillnad från Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2010 ref. 78 som handlar om ett obligatoriskt ska-krav, vilket särskilt poängteras i förvaltningsrättens dom. Förvaltningsrätten anser därför att den angivna förvaltningsrättsdomen inte är relevant för prövningen i förevarande mål.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2010 ref. 78 uttalat att myndigheten t.ex. kan ta miljöhänsyn genom att i förfrågningsunderlaget ställa krav beträffande produktens miljöegenskaper (6 kap. 3 § LOU). De kraven måste vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. Ett krav av innebörden att produkten av miljöskäl inte får innehålla ett visst ämne har en sådan koppling. De krav som myndigheten ställer upp får dock inte strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten. Domstolen fann att det obligatoriska krav som landstinget hade ställt upp i upphandlingen – att suturerna ska vara fria från triclosan – hade en objektiv utformning och diskriminerade ingen leverantör. Kravet framstod inte heller som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Vid sådana förhållanden har det saknats anledning för domstolarna att pröva om det medför någon egentlig vinst för miljön att undvika suturer behandlade med triclosan.

Enligt förvaltningsrättens mening ger Högsta förvaltningsdomstolens avgörande inte något stöd för bolagets påstående att det krävs att Karolinska via objektivt godtagbara bevis kan styrka att en viss tillagningsmetod, dvs. ångkokningstekniken, tveklöst leder till högre smak, konsistens och utseende och i viss mån näringsinnehåll.

Förvaltningsrätten konstaterar att det uppställda kravet i punkten 4.18 - att använda ångkokningsteknik eller annan likvärdig tillagningsmetod - är objektivt utformat och har ett samband med föremålet för upphandlingen, dvs. patientmaträtterna. Kravet på ångkokningsteknik avser att påverka de efterfrågade patientmaträtternas näringsinnehåll genom att bevara vattenlösliga vitaminer, mineraler, antioxidanter och känsliga fetter, samt att påverka matens smak och utseende genom att bevara naturliga smakämnen och naturliga fetter i stället för att använda tillsatta smakämnen och fetter. Det som bolaget har anfört ger inte förvaltningsrätten skäl att ifrågasätta att de av Karolinska angivna effekter uppnås vid användandet av ångkokningstekniken. Förvaltningsrätten bedömer därför att kravet är lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet att patienter ska serveras god, smaklig och näringsriktig mat.

Mindre ingripande alternativ

För det andra ska förvaltningsrätten pröva om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ.

Bolaget anser att Cook Chill-metoden i allt väsentligt är likvärdig med ångkokstekniken. Det finns tre vedertagna stordriftsmetoder för distribution av kallmat, Cook Chill-metoden, ångkokningsteknik och metoden kylmat. Cook Chill-metoden innebär att mat tillagas och sedan snabbt kyls ned till 0-3 grader, och förvaras i samma temperatur, inklusive under eventuell transport, i högst fem dagar innan den serveras. Även metoden Cook Chill inkluderar ångkokning för t.ex. grönsaker, ris, pasta, potatis och fisk. Skillnaden vid ångkokningstekniken är att vissa livsmedel som grönsaker, korv, fisk och i vissa fall kyckling förvaras råa i förpackning och tillagas i anslutning till att de serveras. För patienten är

det inte viktigt hur maten tillagats utan resultatet, om maten är näringsrik, smakar gott och har ett tilltalande utseende. Det eftersträvade syftet tillgodoses redan genom att Karolinska i punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget har angett att de med hjälp av en smakpanel ska utvärdera dessa parametrar och i punkten 4.17 har ställt upp ett separat krav på vilket näringsinnehåll offererade måltider minst ska ha. Bolaget uppfyller i sin helhet detta krav via Cook Chill-metoden. Bolagets mat uppfyller också de Nordiska näringsrekommendationerna och Socialstyrelsens rekommendationer. Stockholms läns landsting har i andra upphandlingar avseende måltider till sjukhus kommit fram till att bolagets erbjudna teknik är den som erbjuder mycket bra respektive bra kvalitet när det gäller smak/doft, utseende och konsistens. Om Karolinska hade velat ställa ett högre krav på näringsinnehåll så hade de kunnat göra det, men det måste framgå av förfrågningsunderlaget.

Karolinska invänder att kravet på ångkokningsteknik är nödvändigt mot bakgrund av upphandlingens syften och målsättningar. Cook Chill-konceptet kan inte anses utgöra ett mindre ingripande alternativ eftersom ångkokningstekniken överträffar Cook Chill-konceptet vad gäller upphandlingens syften och målsättningar. I dagsläget finns två vedertagna stordriftsmetoder för distribution av kallmat, Cook Chill (leverans av färdiglagad portionsförpackad mat för uppvärmning i samband med servering) och ångkokningstekniken (leverans av portionsförpackade råvaror för tillagning genom ångkokning i särskilda mikrovågsugnar i samband med servering). Fördelarna med Cook Chill är att det är kall mat som snabbuppvärms i mikrovågsugn strax innan servering. Bra för t.ex. köttfärs som har kortare hållbarhet i rätt tillstånd samt för blandade komponenter, soppor, såser, mm. Nackdelarna är att maten redan är tillagad en gång innan den värms upp och förlorar en del näringsämnen som vattenlösliga vitaminer, mineraler och spårämnen vid den traditionella tillagningen och vid hanteringen. Vissa maträtter tappar smak under

processen. Fördelarna med ångkokning är kylförvaring, snabb tillagning, varm mat serveras nytillagad och skonsam tillagningsteknik då maten behåller vattenlösliga vitaminer, mineraler och spårämnen. Fisk, kyckling och grönsaker passar särskilt bra för metoden då de får en perfekt konsistens och grönsakerna behåller sin färg. Nackdelarna är att det kräver speciella mikrovågsugnar och inte ger någon stekyta. Båda matlagningsteknikerna har för- och nackdelar. Karolinska har tagit hänsyn till detta i syfte att utnyttja båda konceptens fördelar för att ge patienterna den bästa tänkbara produkten och måltidsupplevelsen. Kravet på ångkokningsteknik gäller endast fem av sju patientmaträtter enportion A-kost (allmänskost för sjuka). Övriga två patientmaträtter enportion A-kost samt förekommande flerportionsrätter och övriga kosttyper omfattas inte av kravet utan kan vara tillagade enligt ångkokningsteknik, Cook Chill-metoden eller annan likvärdig tillagningsmetod. Karolinska har därigenom redan gjort en begränsning av kravets omfattning som innebär en rimlig avvägning mellan motstående intressen. Kraven i punkterna 4.17 och 4.18 är fristående från varandra. Kravet i punkten 4.17 ska säkerställa en viss lägsta nivå för redovisning av bl.a. näringsinnehåll i vissa avseenden, medan kravet i punkten 4.18 avser vissa matlagningstekniker i syfte att ge fördelar i just näringshänseende. Detta förändrar inte det faktum att bl.a. näringsinnehållet påverkas på olika sätt beroende på vilken matlagningsteknik som tillämpas. Det saknar relevans om bolaget kan uppfylla kravet i punkten 4.17 eller hur bolagets mat smakat och bedömts i andra upphandlingar.

Förvaltningsrätten finner att det som bolaget har anfört inte visar att Cook Chill-metoden uppfyller det eftersträvade syftet med kravet på ångkokningsteknik vad gäller den skonsamma tillagningen där vattenlösliga vitaminer, mineraler och spårämnen bibehålls vid tillagningen och att tillagningen i princip kan ske utan tillsatta fetter och med färre

smakämnen. Bolaget har därför inte visat att tillagningsmetoden Cook Chill är likvärdig med ångkokningsteknik.

Beträffande kravet i punkten 4.17 så gäller det redovisning av näringsvärdet av en måltid baserat på ett medelvärde av dagens varma maträtter, desserter, råkoster mm. Rekommenderad nivå av protein, fett och kolhydrater, vitaminer och mineraler ska följas per vecka. Kravet i punkten 4.18 avser däremot att säkerställa vissa patientmaträtters näringsinnehåll, smak och utseende genom att rätterna tillagas med en viss tillagningsteknik i samband med serveringen på så sätt att vitaminer, mineraler och spårämnen bibehålls. Eftersom kraven i punkterna 4.17 och 4.18 såvitt framkommit är fristående från varandra och avser två skilda bedömningar, anser förvaltningsrätten att den omständigheten att bolaget skulle kunna uppfylla det obligatoriska kravet för näringsvärde i punkten 4.17 i förfrågningsunderlaget inte medför att kravet i punkten 4.18 skulle vara onödigt för att säkerställa näringsinnehållet i vissa patienträtter A-kost, enportion. Att ställa ett högre krav på näringsinnehållet i förfrågningsunderlaget för dessa patienträtter skulle enligt förvaltningsrättens mening inte heller uppfylla det eftersträvade syftet att maträtterna bibehåller de naturliga vitaminerna, mineralerna och spårämnena vid tillagningen och att tillagningen sker i princip utan tillsatta fetter och färre tillsatta smakämnen. Bolaget har således inte visat att det finns ett mindre ingripande alternativ till kravet om tillagning genom ångkokningsteknik genom att uppställa högre krav på näringsinnehåll i förfrågningsunderlaget. Kravet på ångkokningsteknik framstår därför som nödvändigt för att säkerställa kvalitén i patientmaträtterna beträffande bl.a. näringsinnehåll.

Negativa effekter

För det tredje ska förvaltningsrätten pröva om den negativa effekt som kravet får, för det intresse eller den rättighet som kravet inskränker, är så stor att åtgärden är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Bolaget menar att en övergång till ångkokningsteknik fordrar omfattande investeringar för de leverantörer som idag inte nyttjar ångkokningsteknik. Eftersom bolaget anser att den tekniken inte på något sätt garanterar ett bättre resultat än mat tillagad enligt Cook Chill-metoden är sådana omfattande investeringar inte motiverade. På grund av konkurrensrättsliga regler är bolaget förhindrat att samarbeta med direkta konkurrenter för att erbjuda ångkokningsteknik. Den omständigheten att Karolinska inte har begränsat ångkokningstekniken till vissa utpekade varumärken eller att en mindre del av rätterna kan lagas enligt Cook Chill-metoden förändrar inte bedömningen.

Karolinska invänder att de i kravet angivna exemplen på befintliga koncept för ångkokningsteknik visar att det åtminstone finns två likvärdiga koncept. Karolinska har i svaren på frågorna 1, 4 och 5 i upphandlingen angett att det inte uppställs något krav som begränsar leveranserna till de exemplifierade koncepten, att förpackningarna, teknikerna eller ugnarna inte måste uppfylla några tekniska specifikationer och att vilken som helst på världsmarknaden befintlig eller ny/vidareutvecklad metod för ångkokning i enportionsförpackningar för engångsbruk avsedda för mikrovågsugn uppfyller ska-kravet. Bolagets slutsats att endast två leverantörer tillåts lämna anbud i upphandlingen stämmer inte. Följden av kravet är endast att vissa leverantörer som valt att arbeta med halvfabrikat, varmmatsteknik eller Cook Chill etc., och valt att inte komplettera sitt utbud med efterfrågad ångkokningsteknik, inte kan lämna anbud.

Tillgången till ångkokningsteknik är i princip obegränsad och finns tillgänglig i form av enskilda komponenter som hela system på den svenska och europeiska marknaden såväl som på världsmarknaden. Det konkurrensrättsliga regelverket utgör inget hinder för bolaget att samarbeta med andra leverantörer. Den omständigheten att bolaget har valt att inte ta fram eller köpa ett koncept för ångkokningsteknik, eller att samarbeta med underleverantörer för att erbjuda sådana leveranser, kan inte ligga Karolinska till last. Den eventuella negativa effekten av kravet – om det anses finnas en negativ effekt alls – är inte oproportionerlig eller överdriven.

Förvaltningsrätten anser att den omständigheten, att en leverantör som inte själv använder ångkokningsteknik måste samarbeta med en annan leverantör för att kunna lämna ett anbud, visserligen medför en viss konkurrensinskränkning. Förfrågningsunderlaget begränsar dock inte på något sätt ett samarbete mellan anbudsgivare och underleverantörer. Bolaget har inte heller visat att det pga. konkurrensrättsliga regler är förhindrat att samarbeta med andra leverantörer som tillhandahåller ångkokningsteknik. Såvitt framkommit har Karolinska inte heller uppställt något krav på att de exemplifierade ångkokningsteknikerna måste användas eller att förpackningarna, teknikerna eller ugnarna måste uppfylla några tekniska specifikationer. Någon bevisning för att det inte skulle finnas fler ångkokningstekniker än de båda angivna exemplen har inte heller framkommit. Förvaltningsrätten finner därför att det uppställda kravet på ångkokningsteknik endast får begränsade negativa effekter på leverantörers möjlighet att lämna anbud. Kravet kan därför inte heller anses oproportionerligt eller överdrivet jämfört med det eftersträfvade syftet.

Icke-diskriminering

Bolaget har även gjort gällande att kravet på ångkokningsteknik är diskriminerande mot leverantörer som inte använder ångkokningsteknik. Bolaget menar att det enligt 6 kap. 4 § LOU är otillåtet för upphandlande myndigheter att i de tekniska specifikationerna hänvisa till ett särskilt framställningssätt eller tillverkning om det leder till att vissa leverantörer missgynnas. I förevarande fall är det tydligt att de leverantörer som inte använder ångkokningsteknik som framställningssätt missgynnas i förhållande till de som använder sådan teknik. Kravet är därför otillåtet enligt 6 kap. 4 § LOU. Kravet på framställningssätt är lagstridigt och måste bortses ifrån.

Karolinska har invänt att kravet på ångkokningsteknik inte är diskriminerande. Karolinska hänvisar till svaren på frågorna 1,4 och 5 i upphandlingen att det inte uppställs något krav som begränsar leveranserna till de exemplifierade koncepten utan vilken som helst på världsmarknaden befintlig eller ny/vidareutvecklad metod för ångkokning i enportionsförpackningar för engångsbruk avsedda för mikrovågsugn uppfyller ska-kravet. Inte heller förpackningarna, teknikerna eller ugnarna inte måste uppfylla några tekniska specifikationer.

Förvaltningsrätten konstaterar att förbudet i 6 kap. 4 § LOU – att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om bl.a. tillverkning och framställningssätt eller hänvisningar till t.ex. varumärke inte är absolut, utan att sådana uppgifter och hänvisningar får finnas om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall dock följas av orden ”eller likvärdigt”.

Förvaltningsrätten konstaterar att Karolinska i punkten 4.18 i förfrågningsunderlaget har angett en viss matlagningsteknik som ett obligatoriskt krav. Detta anser förvaltningsrätten utgöra en sådan uppgift som gäller tillverkning eller ett särskilt framställningssätt i 6 kap. 4 § LOU. Även hänvisningen till varumärkena "SoFresh" och Steamplicity" i punkten 4.18 är en sådan hänvisning till varumärke som anges i 6 kap. 4 § LOU. Eftersom hänvisningen till de båda varumärkena följs av orden "eller annan likvärdig tillagningsmetod", innebär hänvisningen inte att någon av de båda metoderna måste användas. Detta innebär således att kravet på ångkokningsteknik inte medför ett krav på ett visst varumärke eller en viss leverantör. Kravet innehåller såvitt framkommit inte heller några andra tekniska specifikationer för ångkokning enligt 6 kap. 4 § LOU, utan såsom Karolinska har anfört står det varje leverantör fritt att välja vilken ångkokningsteknik som helst på marknaden, eller att vidareutveckla en egen ångkokningsteknik. Såsom förvaltningsrätten har konstaterat ovan har det inte heller framkommit något som visar att kravet på ångkokningsteknik skulle kunna ersättas av något mindre ingripande alternativ. Förvaltningsrätten finner därför att uppgiften om tillagningsätt och hänvisningen till de båda ångkokningsmetoder i punkten 4.18 framstår som behövliga för att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att det, utifrån det som bolaget har anfört, inte är visat att kravet på ångkokningsteknik i punkten 4.18 medför att vissa leverantörer missgynnas på så sätt att kravet kan anses strida mot bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU eller är diskriminerande.

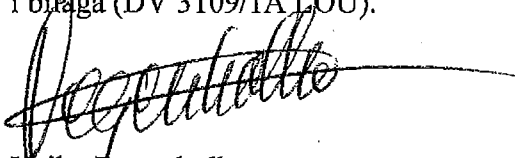
Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det obligatoriska skravet i punkten 4.18 i förfrågningsunderlaget – att använda en viss matlagningsteknik, s.k. ångkokningsteknik, - för vissa patientmaträtter har

en objektiv utformning och inte diskriminerar någon leverantör. Kravet framstår inte heller som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Av det som bolaget har anfört i målet går inte att dra slutsatsen att kravet skulle strida mot kraven på proportionalitet och icke-diskriminering enligt 1 kap. 9 § LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU finns därmed inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Haïke Degenkolbe
Rådman

Cornelia Englén 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. 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 nå 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.