



SÖKANDE

Trofo Invest & Trading Company AB, 556775-5128
Skorstensvägen 90
393 63 Kalmar

Ombud: Jur.kand. Björn Johansson
Johanssons Skatte-och Bolagsjuridik
Ölandsgatan 16
392 31 Kalmar

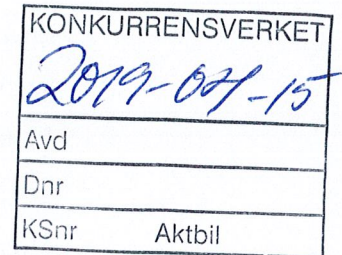
MOTPART

Enskede-Årsta-Vantörs stadsdelsnämnd i Stockholms stad
Box 81
121 22 Johanneshov

Ombud: Cristian Söderlund
c/o Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
Hantverkargatan 3A
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Enskede-Årsta-Vantörs stadsdelsnämnd i Stockholms stad (nämnden) genomför en upphandling av färdiglagad mat till förskolor i Enskede-Årsta-Vantör (dnr 2.2.2.-999/2018). Upphandlingen genomförs enligt bestämmelserna om förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

Trofo Invest & Trading Company AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om eller rättas och anför bl.a. följande. Nämnden har genom uppställda krav i punkterna 1.2.8 och 1.2.9 i upphandlingsdokumentet brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 och 2 §§ LOU samt bestämmelserna om kvalificeringskrav i 14 kap. 1 § LOU. Eftersom bolaget inte uppfyller de aktuella kraven, som bryter mot LOU, har det lidit skada eller kan komma att lida skada genom att inte kvalificera sig och ha möjlighet att erhålla tilldelning.

Vad gäller kravet i 1.2.8 borde det t.ex. finnas en definition av ”uppdrag av motsvarande verksamhet” samt anges en tydlig koppling mellan den erfarenhet som ska utvärderas och de mervärden denna erfarenhet medför vid kontraktutförandet. Vidare bör ”ledningen” definieras och ytterligare krav bör ställas på den person i ledningen vars CV åberopas. Som kravet nu är formulerat behöver personen i fråga t.ex. inte alls sitta i ledningen eller ens arbeta för leverantören när tilldelningen har skett. Möjligen hade det varit på sin plats i upphandlingen för definitioner av ”kompetens”, ”erfarenhet” och ”förskolemåltider”. Att följa nya riktlinjer och rekommendationer är naturligt och sker hela tiden för storkök.

Kravet i 1.2.9 innebär att anbudsgivare som inte har referensuppdrag från regelrätt förskola utesluts från upphandlingen, trots att dessa kan ha haft den

erfarenhet och lämplighet som efterfrågas. Det finns inte några särskilda skillnader mellan att leverera mat till förskola och till andra inrättningar. I Livsmedelsverkets råd finns inte heller något krav på att en leverantör måste ha levererat mat till förskola tidigare. Bolaget har under stora delar av de senaste åren levererat tusentals portioner mat om dagen, och långt fler än 300 portioner mat om dagen till barn i förskoleåldern. Uppdragen har dock inte avsett regelrätt förskola, utan andra typer av institutioner så som asylboenden och vårdinrättningar m.m. och lever därför inte upp till de aktuella kraven. Uppdragen och maten har dock i vissa delar haft högre krav på sig än i nuvarande upphandling och maten har alltid varit näringsriktig och anpassad till barnens behov. Kravet leder till att högkvalificerade leverantörer utestängs bara för att de inte kan uppge efterfrågade referenser, som i själva verket är betydelselösa för föremålet för upphandlingen. Endast sådana leverantörer som den senaste tiden har producerat ett minsta antal förskolemåltider, har möjlighet att erbjudas tilldelning. Det blir en orättvis och stark diskrepans mellan syftet med kravet och resultatet av att man ställer det. De leverantörer som inte når upp till referenskravet kommer aldrig att släppas in på marknaden, vilket är orättvist och starkt konkurrenshämmande. Att ett uppdrag ska ”omfatta” förskolemåltider bör också kräva en definition samt ”förskolemåltider”. Bolaget tolkar det som att samtliga 300 måltider inte behöver avse förskolemåltider.

Vad gäller kravet på omfattningen av referensuppdragen om 300 portioner per dag, är storkökens själva syfte att producera många måltider. Kan man producera en förskolemåltid är det i allt väsentligt inte svårare eller mer krävande att producera 360 stycken likadana. Kravet leder därmed till att kvalificerade leverantörer utestängs. Det ifrågasätts även att en omfattning om just 300 måltider valts när uppdraget avser 360 måltider. Kravet i punkt 1.2.9 innebär även att det endast finns svaga eller inga begränsningar eller krav avseende referensuppdragens tid, personal eller omfattning. Detta innebär att ett referensuppdrag som utfördes för lång tid sedan, av helt andra

personer än som återfinns i dag i anbudsgivarens organisation, kan utgöra en godkänd referens trots att en sådan referens är betydelselös för den aktuella upphandlingen. Nämnden kräver därmed en gedigen och omfattande erfarenhet och kompetens i anbudet när det kommer till leverantörens referenser, ledning och personal. Det ställs dock inte något krav på att en enda person av alla dessa behöver medverka i uppdragets utförande om leverantören tilldelas uppdraget. Samtidigt utesluts högkvalificerade leverantörer som saknar aktuell referens.

Nämnden anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Det bestrids att upphandlingen strider mot 4 kap. 1 eller 2 §§ LOU, 14 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. De ifrågasatta kraven är tydligt och transparent utformade och syftar till att säkerställa att anbudsgivare har erforderlig kompetens och erfarenhet för att kunna utföra och leverera de tjänster som upphandlas i nu aktuell upphandling. De krav som ställts är väl avvägda och adekvata för sitt ändamål.

Vad gäller kravet i 1.2.8 behöver varken ”uppdrag av motsvarande verksamhet” eller ”ledningen” definieras närmare då dessa inte kan föranleda några tolkningsproblem och då bolaget inte närmare utvecklar varför någon ytterligare definition av kravet skulle vara nödvändig. Kravet är transparent och rättssäkert och öppnar inte för en skönsmässig bedömning. Det gäller därtill ett kvalificeringskrav och inte ett utvärderingskriterium. Vad bolaget anför om kopplingen mellan den erfarenhet som ska utvärderas och de mervärden denna erfarenhet medför vid kontraktutförandet saknar således relevans. Att det är ett kvalificeringskrav medför även att det är nämnden som upphandlande myndighet som avgör vilka krav som ska ställas. Någon anledning att ställa ytterligare eller andra krav på den person vars CV åberopas har inte bedömts vara nödvändigt.

Vad gäller kravet i 1.2.9 om att minst ett av uppdragen ska omfatta förskolemåltider kräver det ingen ytterligare definition eller förklaring då det får anses uppenbart vad som avses sett till syftet med kravet. Det bestrids att kravet går att tolka som att det kan avse färre än 300 portioner förskolemåltider per dag. Vidare ställs det höga krav på måltider i förskolan i lag, riktlinjer och rekommendationer bl.a. vad gäller att maten ska vara säker och näringsriktig. Denna typ av uppdrag ställer ytterligare krav på leverantörens erfarenhet, för att exempelvis säkerställa att levererad mat är säker att äta och anpassad för just förskolebarnen vad gäller bitar och konsistens. Referensuppdrag avseende leverans av förskolemåltider skulle därför inte kunna ersättas av referensuppdrag avseende leverans av mat till annan typ av verksamhet. Kraven har därmed inte kunnat uppnås genom någon mindre ingripande åtgärd. Det bestrids att referenskravet är konkurrenshämmande eller utestänger leverantörer som har tillräcklig erfarenhet och kompetens. Att bolagets tidigare uppdrag haft högre krav på sig än nuvarande upphandling eller att den enda skillnaden mellan dessa uppdrag och nu efterfrågade referensuppdrag avseende förskolemåltider är att leverans inte avsett regelrätt förskola är inget som är visat i målet och kan inte heller vitsordas. Antalet måltider, 300 stycken, är satt utifrån den tjänst som upphandlas. Nämnden har med beaktande av att tjänsten omfattar leverans av 360 portioner per dag bedömt att respektive referensuppdrag ska omfatta minst 300 portioner för att uppdraget ska vara relevant för bedömningen av anbudsgivarens kapacitet. Detta är även direkt kopplat till föremålet för upphandlingen och har ett naturligt samband med det ändamål som ska uppnås. Det står även i rimlig proportion till syftet med åtgärden och kan inte anses vara för långtgående.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudregel att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har därmed att pröva om det på grund av vad bolaget anför är visat att nämnden har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och om detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada (se 20 kap. 6 § LOU).

De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Upphandlingen ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (se 4 kap. 1 § LOU). Inom ramen för dessa principer har den upphandlande myndigheten stor frihet att utforma sin upphandling (se HFD 2012 ref. 48).

En upphandling får vidare inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (se 4 kap. 2 § LOU).

En upphandlande myndighet får i upphandlingen ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får endast avse behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet (se 14 kap. 1 § LOU).

Av proportionalitetsprincipen följer att de krav som ställs vid en upphandling måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven ska vara relevanta och av inte oväsentlig betydelse. En upphandlande myndighet har, så länge det inte strider mot proportionalitetsprincipen, stor frihet att i upphandlingsdokumenten ställa ska-krav. De krav som ställs på tidigare erfarenheter bör dock inte vara mer långtgående än vad som är motiverat med hänsyn till utförandet av aktuellt uppdrag (Jfr Kammarrätten i Stockholm i mål nr 6065-04 och Kammarrätten i Göteborg i mål nr 5547-5549-14).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget gör gällande att uppställda krav i 1.2.8 och 1.2.9 i upphandlingsdokumenten inte är förenliga med LOU.

Av punkt 1.2.8 i upphandlingsdokumentet med rubriken *Kompetens och erfarenhet vid begränsad kontroll* framgår följande:

Anbudsgivaren ska ha god kännedom om samt följa och tillämpa de lagar, författningar, tillämpningsföreskrifter och övriga anvisningar som gäller för verksamheten.

Anbudsgivaren ska ha dokumenterad kompetens och erfarenhet av att organisera och driva verksamheten enligt de förutsättningar som anges i upphandlingsdokumentet.

För att detta ska uppnås ska följande krav uppfyllas:

- *Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av att driva uppdrag av motsvarande verksamhet som denna upphandling avser. Alternativt ska minst en person i organisationens ledning ha motsvarande erfarenhet. Uppdrag ska vara utfört under de senaste tre åren räknat från sista anbudsdag 2019-03-11.*

För att styrka att dessa krav uppfylls ska anbudet innehålla:

- *en kortfattad beskrivning av företaget, verksamhetens inriktning samt kompetensresurser*

- *en kortfattad beskrivning av tidigare uppdrag av motsvarande verksamhet som den anbudsgivande organisationen drivit alternativt som ledningspersonal varit ansvarig eller medansvarig för i tidigare verksamhet*

För företag/organisationer som inte har erfarenhet av tidigare uppdrag med motsvarande verksamhet, ska CV bifogas för minst en person i ledningen som styrker att ställda erfarenhetskrav uppfylls. CV ska innehålla namn och erfarenhet.

Av punkt 1.2.9 i upphandlingsdokumentet med rubriken *Referenser* framgår följande:

För att styrka sin kompetens och erfarenhet samt visa att anbudsgivaren kan utföra uppdraget på det sätt som anges i kravspecifikationen ska två referenser från tidigare uppdrag redovisas i anbudet. Respektive uppdrag ska omfatta tillagning/servering/leverans av minst 300 portioner per dag. Minst ett av uppdragen ska omfatta förskolemåltider.

För respektive referens gäller:

- *båda uppdragen ska avse tillagning och leverans av varma måltider som följer nordiska (NNR 2012) näringsrekommendationer*
- *referenserna ska gälla uppdrag som utförts under de tre senaste åren, räknat från sista anbudsdag, eller är pågående*
- *referenterna får inte tillhöra anbudsgivande företag/organisation*
- *referenterna får inte vara i beroendeförhållande eller uppdragsförhållande till det företag/den organisation referensen avser*
- *samtliga efterfrågade uppgifter (se nedan) ska redovisas i anbudet. Om någon fråga lämnas obesvarad kommer detta att tolkas som att tillfredsställande referenser inte kan lämnas. Detta kan leda till att anbudsgivaren utesluts (diskvalificeras).*

Om anbudsgivaren drivit eller driver uppdrag åt Stockholms stad, ska minst en av referenserna avse uppdrag åt staden. Om referens från staden, i förekommande fall inte inges med anbudet, kan den upphandlande myndigheten komma att byta ut en av referenserna mot en från Stockholms stad.

Vad gäller kravet på kompetens och erfarenhet i punkt 1.2.8 och det efterföljande referenskravet i punkt 1.2.9 har bolaget gjort gällande att

kravens utformning och dess koppling till det som upphandlas är otydliga. Vidare har bolaget gjort gällande att ytterligare krav bör ställas på den person i ledningen vars CV åberopas samt att kravet på att minst ett av referensuppdragen ska omfatta förskolemåltider är både otydligt och oproportionerligt och leder till att högkvalificerade leverantörer utestängs och att betydelselösa referenser godkänns. Bolaget ifrågasätter även kravet att tidigare referensuppdrag ska omfatta minst 300 måltider per dag.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har inte anfört något i målet som ger anledning att anta att något av de anförda begreppen i uppställda krav orsakar sådana tolkningsproblem att dessa bör ha definierats i upphandlingsdokumentet. En normalt informerad och omsorgsfull leverantör bedöms kunna förstå begreppens innebörd. Upphandlingsdokumentet kan därmed i detta hänseende inte anses vara oklart på ett sådant sätt att det strider mot någon av de grundläggande principerna eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund.

Vad gäller kravet i punkt 1.2.8 anges i underlaget att det syftar till att säkerställa att anbudsgivaren har god kännedom om och följer och tillämpar de lagar och övriga anvisningar som gäller för verksamheten samt att den har kompetens och erfarenhet av att organisera och driva sådan verksamhet som uppdraget avser. Nämnden har även i yttrande till domstolen särskilt framhållit att det ställs höga krav vid denna typ av uppdrag på grund av reglering och riktlinjer bl.a. avseende att maten till förskolebarnen ska vara säker och näringsriktig. Mot denna bakgrund bedömer domstolen att nu aktuellt krav på kompetens och erfarenhet inte är mer långtgående än vad som är motiverat med hänsyn till utförandet av aktuellt uppdrag. Då kravet avser kompetens och erfarenhet av att driva uppdrag av motsvarande verksamhet som den som upphandlas får det även anses finnas ett naturligt

samband mellan kravet och den tjänst som ska upphandlas. Kravet kan mot denna bakgrund inte anses oproportionerligt. Vad bolaget har anfört om att ytterligare krav inte ställts på den person i ledningen vars CV åberopas bedöms inte utgöra sådana omständigheter som visar att kravet strider mot någon av de grundläggande principerna eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Så länge kraven inte strider mot LOU har nämnden stor frihet att bestämma vilka krav som ska ställas i upphandlingsdokumenten. Bolaget har därmed inte fört fram sådana omständigheter som visar att kravet i 1.2.8 så som det är utformat skulle strida mot någon av de grundläggande principerna eller mot någon annan bestämmelse i LOU.

Vad gäller kravet i punkt 1.2.9 framgår av upphandlingsdokumentet att det uppställda referenskravet syftar till att säkerställa att kompetens och erfarenhet finns för att utföra uppdraget på det sätt som krävs. Även avseende kravet i denna punkt framhåller nämnden att höga krav ställs på måltiderna till förskolebarn och att det därför är nödvändigt med tidigare erfarenhet av minst ett uppdrag avseende förskolemåltider. Med hänsyn till uppdragets art och de krav som ställs på uppdraget avseende bl.a. att maten ska vara säker och näringsriktig för förskolebarnen anser förvaltningsrätten att referenskravet inte är mer långtgående än vad som är motiverat. Då referenskravet omfattar referensuppdrag av samma typ som det som nu upphandlas bedöms även kraven ha ett naturligt samband med det som upphandlas. Kravet avseende referensuppdrag med en omfattning om 300 måltider per dag står enligt förvaltningsrättens mening i rimlig proportion till det upphandlande uppdraget som avser 360 måltider per dag. Det kan inte heller anses oväsentligt att ställa ett sådant krav för att säkerställa anbudsgivarens kapacitet. Det uppställda kravet kan därmed inte anses oproportionerligt. De omständigheter som bolaget fört fram visar inte heller att referenskravet har utformats i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt eller att det strider mot någon av de övriga grundläggande principerna. De

omständigheter som bolaget fört fram visar inte heller att kravet strider mot någon annan bestämmelse i LOU. Det finns därför inte skäl för ingripande mot upphandlingen på grund av vad bolaget har anfört om kravet i 1.2.9 i upphandlingsdokumentet.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att bolaget inte anfört eller åberopat sådana omständigheter som visar att nämnden i nu aktuella delar av upphandlingsdokumentet brutit mot någon av de grundläggande principerna eller mot någon annan bestämmelse i LOU, varför det inte finns skäl för ingripande mot upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Anna Stålnacke
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Lovisa Bergman har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

