



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2014-04-01
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1038-14

SÖKANDE

Fruktbudet i Örebro AB, 556653-6040

Ombud: Advokat Johanna Näslund och Jur.kand. Carl Ryrberg
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

MOTPART

Transportstyrelsen
601 73 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 157868

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Transportstyrelsen genomför en upphandling avseende fruktleveranser till Transportstyrelsens lokaler belägna i tolv geografiska delområden, däribland, och av intresse för detta mål, Örebro. Avtal tecknas med en leverantör per geografiskt delområde. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU där anbudet med lägsta pris ska antas. Av tilldelningsbeslut den 4 februari 2014 framgår att Företagsväxter i Knivsta AB (Företagsväxter) har tilldelats kontrakt i upphandlingen avseende bl.a. delområde Örebro.

Fruktbudet i Örebro AB (Fruktbudet) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Företagsväxters anbud diskvalificeras från upphandlingen och nytt tilldelningsbeslut, innebärandes att uppdraget tilldelas Fruktbudet, fattas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om avseende delområde Örebro.

Transportstyrelsen motsätter sig bifall till Fruktbudets ansökan.

Företagsväxter har beretts tillfälle att yttra sig över handlingarna i målet, men har inte hörts av.

VAD PARTERNA ANFÖRT**Fruktbudet**

Vad avser delområde Örebro var Fruktbudet och Företagsväxter de enda två anbudsgivarna. Båda företagen uppfyllde enligt Transportstyrelsen samtliga skall-krav. Företagsväxter har dock inte uppfyllt samtliga skallkrav då de inte angivit att de ska använda underleverantör för att uppfylla uppdraget och då de inte lämnat in fullständiga uppgifter vad avser refe-

renser. I och med att Fruktbudet rätteligen borde ha tilldelats uppdraget har de lidit skada då uppdraget tilldelats Företagsväxter.

Angående frågan om underleverantör

Upphandlingen avser enligt förfrågningsunderlaget köp av frukt samt leverans av denna till Transportstyrelsens lokaler. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare har rätt att åberopa annat företags kapacitet. Underleverantörer definieras som ”leverantör som levererar hela eller delar av uppdraget”. Av punkt 3.4.2 i förfrågningsunderlaget framgår vidare att om en anbudsgivare ska utnyttja underleverantör för uppdragets genomförande ska till ansökan underleverantörs namn, adress och organisationsnummer, samt beskrivning i vilken del underleverantören ska nyttjas, bifogas anbudet.

Av Företagsväxters anbud framgår att de avser utnyttja två olika underleverantörer, i Visby samt i Skövde. Ingen underleverantör anges dock för delområde Örebro. Med anledning av att Företagsväxter i ett uppdrag som motsvarar nu aktuell upphandling använder underleverantör för leverans av frukt ifrågasatte Fruktbudet till Transportstyrelsen det faktum att någon underleverantör inte angivits i Företagsväxters anbud. Transportstyrelsen svarade enligt följande. ”Enligt uppgift från vinnande leverantör används inte underleverantör och det är inte en uppgift vi har anledning att misstro. Leverantören anlitar vid behov ren frakt av extern part, vilket enligt vår bedömning inte innebär att underleverantör används i den mening som efterfrågas i underlaget.” Transportstyrelsen vitsordar följaktligen att underleverantör avseende leverans nyttjas av Företagsväxter, men menar att detta inte skulle vara en underleverantör enligt upphandlingens definition. I och med att upphandlingen dock omfattar köp av frukt och leverans av denna, är ren frakt i allra högsta grad en del av den upphandlande tjänsten.

Av Företagsväxters eget svar framgår följande. ”Vi utför tjänsten i egen regi, hela frukttjänsten utförs av Företagsväxter och i de fall vi behöver hjälp vid vissa tillfällen av fraktbolag, ingen tjänst utföres av dessa bolag förutom frakt.” Företagsväxter delar följaktligen in tjänsten i en fruktdel och en fraktdel och verkar tro att den upphandlande tjänsten endast är fruktdelen. Såsom ovan påpekats är denna uppdelning felaktig. Det föreligger inget krav på att en underleverantör ska utföra hela tjänsten eller alla leveranser för att anses som en underleverantör. Att Företagsväxter i sitt svar anger att de kommer att behöva hjälp med frakt vid vissa tillfällen (*i de fall*) har därmed ingen betydelse i sammanhanget. Företagsväxter uppfyller därmed inte skall-kravet i punkt 4.3.2 avseende uppgivande av underleverantör och ska därmed förkastas beträffande delområde Örebro.

Angående frågan om referenser

Av förfrågningsunderlaget punkt 3.4.3 framgår att anbudsgivare ska vara verksamma inom det aktuella området och ha erfarenhet av minst ett liknande uppdrag. Uppfyllandet av detta krav ska styrkas genom beskrivandet av ett referensuppdrag. Av beskrivningen ska referentföretaget, inklusive organisationsnummer, framgå. Företagsväxter har i sitt anbud angivit referentföretaget Skatteverket/kronofogden i Sverige, utan angivande av organisationsnummer. Detta formella krav har följaktligen inte Företagsväxter uppfyllt. Det är inte en obetydlig brist och innebär att principen om likabehandling har trätts för när eftersom Fruktbudet och övriga anbudsgivare tvingats ange sina referenser med organisationsnummer. Dessutom är Företagsväxters anbud mycket otydligt då de angivit två av varandra beroende myndigheter som att de vore en.

I svar från Transportstyrelsen hävdar de att det är skillnad på obligatoriska krav och beviskrav, samt att organisationsnummer tillhör det senare. Att det är skillnad på obligatoriska krav och beviskrav kan i viss mån vitsor-

das, men ett skall-krav är ett skall-krav oavsett om det är ett krav avseende en kompetens, eller ett krav avseende uppgifter för att bevisa denna kompetens. Enligt principerna om likabehandling och transparens måste en anbudsgivare kunna lita på att det krav som ställs i förfrågningsunderlaget gäller för alla anbudsgivare. Detta gäller såväl beviskrav som andra krav. Företagsväxters anbud ska även med hänsyn till denna brist därmed diskvalificeras från upphandlingen beträffande delområdet Örebro.

För det fall att den av Transportstyrelsen uppgivna tolkningen av förfrågningsunderlaget tillämpats, är förfrågningsunderlaget så bristfälligt att anbudsgivare inte kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud. Detta eftersom det saknas möjlighet att veta vilka skall-krav som kan bortses ifrån. Fruktbolaget har i så fall lidit skada på så sätt att de inte kunnat inkomma med ett anbud som varit anpassat till Transportstyrelsens önskemål.

Transportstyrelsen

Angående frågan om underleverantör

Transportstyrelsen vitsordar inte att Företagsväxter avser att använda underleverantör i Örebro. Tvärtom har Företagsväxter, efter direkt fråga från Transportstyrelsen med anledning av påpekande från Fruktbolaget, svarat att man i Örebro kommer att utföra tjänsten i egen regi. Transportstyrelsen har inte anledning att ifrågasätta det lämnade svaret, särskilt med tanke på att Företagsväxter i sitt anbud uppvisat efterfrågad leveranskapacitet och därmed inte har behov av att hänvisa till annan leverantörs kapacitet för att uppfylla upphandlingens krav. Att Företagsväxter inte lämnat uppgifter om underleverantör innebär därmed inte att de inte uppfyller aktuellt skallkrav.

Angående frågan om referenser

Transportstyrelsen hävdar i första hand att Företagsväxters anbud inte brister vad avser något skall-krav, eftersom de obligatoriska kraven på erfarenhet och styrkandet av desamma är uppfyllda. Beskrivningen av hur erfarenheten bevisas ska inte tolkas som ett obligatoriskt formellt krav eftersom brister i bevisningen inte har inneburit att kravet på erfarenhet inte kunnat kontrolleras på avsett sätt.

Det aktuella kravet, punkt 3.4.3, innehåller krav på erfarenhet inom det upphandlade området. Av de uppgifter som Företagsväxter har lämnat i sitt anbud framgår att de levererar frukt till Skatteverket och Kronofogdemyndigheten. Det angivna referensuppdraget har baserats på ett avtal upphandlat av Skatteverket gemensamt för Skatteverket, Kronofogdemyndighet och Skatterättsnämnden. Den referensperson på Skatteverket som angivits i Företagsväxters anbud har bekräftat uppdraget och att kravet på kvalitet är uppfyllt. Om rätten finner att angivande av organisationsnummer ska anses utgöra ett obligatoriskt krav hävdar Transportstyrelsen att avsaknaden av detsamma i Företagsväxters anbud inte innebär brott mot vare sig likabehandlingsprincipen eller principen om transparens. I det aktuella fallet är det ostridigt att Företagsväxter uppfyller det krav som ställs på erfarenhet och att detta utifrån lämnade uppgifter kunnat kontrolleras av Transportstyrelsen. Det vore en orimlig tolkning av principerna, som har till syfte att tillförsäkra affärsmässighet, att varje minimalt misstag i anbudslämnandet, som på intet sätt påverkar den slutliga bedömningen, skulle innebära att ett anbud måste förkastas.

När det gäller eventuella brister i transparens i förfrågningsunderlaget, såsom otydlighet avseende om beskrivning av bevismedel ska tolkas som obligatoriska krav eller inte, hänvisas till RÅ 2002 ref. 50, som fastslår att vissa brister kan accepteras så länge de grundläggande principerna inte

träds förnär. Eventuell otydlighet i underlaget avseende vilken information som är obligatorisk vad gäller referenser har inte inneburit att Fruktbolaget eller annan leverantör inte tydligt har kunnat förutse hur de ska lämna ett konkurrenskraftigt anbud eller hur tilldelningen av kontrakt kommer att göras.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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

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

Förvaltningsrättens bedömning

Angående frågan om underleverantör

Av förfrågningsunderlaget punkt 1.1.4 framgår att upphandlingen är uppdelad i ett flertal geografiska områden och att anbud kan inges på ett eller flera delområden samt att kontrakt kommer att tecknas med en leverantör per område. Enligt samma punkt är användande av underleverantörer tillåtet.

I förfrågningsunderlaget, punkt 3.1.1, *Underleverantör*, anges bl.a. följande.

Med underleverantör avses i denna upphandling leverantör som levererar hela eller delar av uppdraget. Med underleverantör förstås samtliga juridiska personer som anbudsgivaren åberopar, vilket innebär att även företag inom samma koncern inkluderas.

Antagen leverantör svarar för underleverantörens arbete såsom för eget arbete.

Krav som ställs på anbudsgivaren ska uppfyllas i motsvarande grad av eventuell underleverantör om inte annat anges. Bevis gällande underleverantör ska bifogas där det uttryckligen efterfrågas.

I punkt 3.4.2, *Underleverantör*, anges bl.a. följande.

Om anbudsgivaren kommer att utnyttja underleverantör för uppdragets genomförande ska till ansökan bifogas:

- underleverantörs namn, adress och organisationsnummer
- beskrivning av vilken eller vilka delar av uppdraget underleverantör ska utföra.

I punkterna 3.4.1 och 3.4.3 i förfrågningsunderlaget uppställs bl.a. nedanstående krav på kapacitet och erfarenhet. Något undantag avseende dessa krav för åberopad underleverantör anges ej.

Anbudsgivaren ska ha tillräcklig leveranskapacitet för att kunna genomföra uppdraget åt Transportstyrelsen enligt de förutsättningar som framgår av detta underlag med bilagor.

Anbudsgivare ska vara verksam inom det aktuella området och ha erfarenhet av minst ett (1) liknande uppdrag. Med liknande uppdrag avses leverans av frukt.

För att Företagsväxters anbud ska anses innehålla den brist avseende redovisning av underleverantör som sökanden påstår krävs för det första att förfrågningsunderlaget ger stöd för att begreppet underleverantör också innefattar företag som anbudsgivare avser att nyttja för transporttjänst inom, beroende på anbudets utformning, ett eller flera delområden. Avseende denna fråga kan följande sägas.

I förfrågningsunderlaget har Transportstyrelsen gjort tydligt att de krav som myndigheten uppställer i upphandlingen, om inte annat anges, också är gällande för underleverantör i de fall sådan avses anlitas. Som framhållits ovan omfattar ett sådant krav bl.a. närvaro inom det geografiska område som aktuellt kontrakt omfattar samt styrkande av erfarenhet av liknande uppdrag och kapacitet att genomföra tjänsteleveransen.

Även om inte begreppet ”uppdrag” är definierat i förfrågningsunderlaget ger ovan nämnd reglering stöd för tolkningen att den upphandlande myndigheten vid sin kravställning av bl.a. relevant erfarenhet i upphandlingen har avsett den situationen att det är underleverantören som, på uppdrag av Transportstyrelsens tilldelade kontraktspart, självt kommer att utföra det helhetsåtagande som anbudsgivaren genom sitt anbud åtagit sig för ett eller flera delområden.

Frågan uppkommer därmed om förfrågningsunderlaget i punkt 3.4.2 rörande redovisning av tillänkta underleverantörer, trots det ovan angivna, kan anses ha en vidare omfattning och inkludera också rena transportörer av inköpt gods. Även i detta fall gör dock förvaltningsrätten bedömningen att det förhållandet att samma krav som huvudregel ställs i underlaget på anbudsgivare som un-

derleverantör leder till slutsatsen att de i detta sammanhang relevanta begreppen ”uppdragets genomförande” samt ”vilken eller vilka delar av uppdraget” bör anses innefatta krav på redovisning av den/de underleverantör/-er som självt ska utföra helhetsåtagandet för en eller flera av de kontrakt som anbudsgivaren offererar i upphandlingen. Detta innebär i sin tur att det inte kan anses föreligga något krav på redovisning i anbudet av underleverantörer som utför enstaka deltjänster inom ett enskilt kontrakt för visst delområde.

Vid sådan bedömning och då kravet ifråga inte heller kan anses så otydligt utformat att någon åtgärd enligt LOU är befogad i övrigt finns inte grund att bifalla ansökan till följd framförd invändning rörande redovisning av underleverantör.

Angående frågan om referenser

Av förfrågningsunderlagets punkt 3.4.3, *Erfarenhet*, framgår bl.a. följande.

Anbudssökande ska beskriva minst ett referensuppdrag. Av beskrivningen ska framgå följande: referensföretag inklusive organisationsnummer, uppdragets omfattning och karaktär, tidsperiod för genomförandet, referentperson, telefon och e-post.

Med begreppet skall-krav avses krav som är obligatoriska, dvs. måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna utvärderas. I och med att det av förfrågningsunderlaget framgår att det i beskrivningen av referensuppdrag ska framgå bl.a. referensföretag inklusive organisationsnummer, finner förvaltningsrätten att detta utgör ett obligatoriskt krav. Att Transportstyrelsen anger att så inte skulle vara fallet föranleder ingen annan bedömning.

Det är i målet ostridigt att Företagsväxter inte angett något organisationsnummer för åberopad referens. Frågan i målet är därmed om denna brist ska föranleda att vinnande anbud ska förkastas eller om bristen kan anses vara så pass marginell att den inte hotat de underliggande principerna i LOU.

Det nu aktuella obligatoriska kravet har ställts mot bakgrund av att leverantören ska kunna visa att denna har erfarenhet från minst ett liknande uppdrag. I sitt anbud har Företagsväxter förutom en kort beskrivning av tidigare uppdrag angett referensperson, telefonnummer, e-postadress samt aktuell myndighet, men försummat att ta med organisationsnummer. De uppgifter som lämnats har varit fullt tillräckliga för att kunna bekräfta att Företagsväxter har den i upphandlingen efterfrågade erfarenheten. Avsaknaden av organisationsnummer får mot den bakgrunden anses vara av endast marginell betydelse. Att Transportstyrelsen därmed godtagit anbudet trots konstaterad avvikelse från förfrågningsunderlaget utgör därmed inte ett sådant brott mot upphandlingsreglerna att det i sig motiverar ett ingripande enligt LOU. Vid en sådan bedömning saknas vidare anledning till mötesgå kravet på omgörande till följd av bristande transparens i förfrågningsunderlaget i aktuellt hänseende.

Sammanfattningsvis finner således förvaltningsrätten att skäl för ingripande enligt LOU ej föreligger varför ansökan ska avslås.

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

Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Eric Elander Duque.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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.