



SÖKANDE

Centrala Partihallen AB, 556095-3837

Ombud: Advokat Henrik Jansson
Advokatfirman Berlin AB
Box 284
746 26 Bålsta

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Nacka kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd "Färska frukt och grönsaker 2016". Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande. I tilldelningsbeslut antog kommunen anbudsgivare RestaurangJouren i Sverige AB:s (RestaurangJouren). Centrala Partihallen AB:s bud (bolaget) diskvalificerades i anbudsutvärderingen.

Bolaget har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grunder för ansökan anges att bolagets anbud felaktigt har förkastats med motiveringen att bolaget inte uppfyller ska-krav referenstagningen samt att RestaurangJouren anbud borde förkastats.

Kommunen yrkar att förvaltningsrätten ska avslå bolagets ansökan. Kommunen anger bl.a. att referenstagningen av bolaget är förenlig med de grundläggande principerna, särskilt principen om likabehandling samt att RestaurangJourens anbud uppfyller obligatoriska krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) ska upphandlande myndigheter 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. Vidare anges i 16 kap. 6 § LOU att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, eller någon annan bestämmelse i lagen, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Har bolagets anbud har felaktigt förkastats

Krav 2. 7 gäller kompetens och erfarenhet. Där anges följande. Kommunen kommer att kontakta referenspersonerna via telefon för att kontrollera att anbudsgivarna utfört tjänsterna i sin helhet på ett professionellt sätt och med godkänt resultat. Med godkänt resultat menas utfört arbete enligt avtal och inte med för många avvikelser, reklamationer eller begärda viten eller hävt avtal, dvs. kundens verksamhet har kunnat löpa på utan några stora störningar.

Bolaget

De synpunkter som anförts av referenspersonen hos Södertälje kommun är inte sådana att det ska medföra att bolaget utesluts i aktuell upphandling. Det har vid vissa tillfällen förelegat en diskrepans mellan Årstalistas priser och bolagets priser. Detta har dock berott på att Årstalistan inte har uppdaterat sina priser i förhållande till de för tillfället gällande marknadspriserna, vilket ska vara den bärande tanken bakom indexet. Bolaget har dock beräknat fram priser med hjälp av den modell som Årstalistan använder. Södertälje kommun har inte vidtagit några avtalsrättsliga åtgärder med anledning av de påstådda bristerna som anförts. Det trots att de kunnat begära vite eller säga upp avtalet om de ansett att bolaget inte följt avtalet. Användandet av förstärkande adjektiv som ”stora” och ”för många” samt exemplifieringen av avtalsrättsliga åtgärder såsom viten och hävning, innebär att endast väsentliga avvikelser från avtalet ska beaktas. Om syftet med kravet var att varje avvikelse från avtalet ska beaktas skulle en annan formulering valts i ska-kraven. Kommunen har värderat referensen från Södertälje kommun felaktigt eftersom bolaget i sitt avtal med Södertälje kommun inte gjort sig skyldig till sådana väsentliga avvikelser som ska-kraven syftar på och därmed utfört uppdraget med godkänt resultat.

Kommunen

Det är anbudsgivaren som väljer referensuppdragen och även ansvarar för att vidtala de referenser som de uppger i sitt anbud. Referenstagning gjordes vid kvalificeringen av anbudsgivarna strax efter att anbuden öppnats under mars 2016. Vid samtalet framkom att prisjusterings- och kvalitetsfrågor inte fungerar samt att det varit fler avvikelser än vad som förväntats. Det framkom även att Södertälje m.fl. funderade på att ta ut viten eller häva avtalet. Att Södertälje m.fl. trots detta valt att förlänga avtalet med bolaget i början av augusti kunde inte kommunen känna till i mars månad och därför inte heller beakta vid referenstagningen.

Förvaltningsrättens bedömning

Det framgår att referenspersonen vid Södertälje kommun m.fl. på frågan "har leverantören utfört de avropade uppdragen enligt de avtalsvillkor som gäller/gällde" svarat "nej, prisjusteringar och kvalitetsfrågor som inte fungerar". Det framgår även att referenspersonen uppgett att det varit fler avvikelser och reklamationer än vad som förväntades samt att referenspersonen funderat på att begära viten eller häva avtalet.

Förvaltningsrätten anser att den lämnade referensen inte visar att bolaget utfört tjänsten med ett godkänt resultat i enlighet med förfrågningsunderlaget. De avropade uppdragen har inte utförts enligt avtalsvillkoren och referenspersonen har pekat på sådana avvikelser och reklamationer som enligt förfrågningsunderlaget inte ska anses vara ett godkänt resultat. Att referenspersonen efter kommunens referenstagning valt att förlänga avtalet kan inte beaktas vid bedömningen av referensen. Kommunen har alltså utfört referenstagningen och bedömningen av den lämnade referensen i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU. Förvaltningsrätten finner därför inte skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Borde RestaurangJouren anbud förkastats?

Bolaget gör gällande *dels* att RestaurangJourens anbud inte uppfyller det obligatoriska kraven att referenspersonen ska ha varit avtalsansvarig, *dels* att referensuppdragen inte uppfyller kraven på tidigare erfarenhet av liknande uppdrag.

I kravet 2.7 Kompetens och erfarenhet anges bl.a. följande. Referenspersonen ska aktivt ha varit avtalsansvarig under större delen av avtalsperioden. Med avtalsansvarig menas en person på en central ställning inom kommunen, likt upphandlare eller kvalitetsansvarig för hela avtalet och inte på en enskild verksamhet.

I kravet 2.7 anges vidare att anbudsgivaren ska ha tidigare erfarenhet av liknande uppdrag, dvs. uppdrag som till sitt innehåll och omfattning motsvarar det varuområde som upphandlingen avser.

Parterna har i dessa delar anfört följande.

Bolaget

Kommunen har, trots ska-kravet att referenspersonen ska ha varit avtalsansvarig, accepterat RestaurangJourens referenser som endast utgörs av personer med ansvar för en enskild verksamhet. Eftersom referenserna inte uppfyller kravet skulle deras anbud ha diskvalificerats.

RestaurangJouren har som referenser uppgivit Restaurang Karavan och Haga Trädgårdscafé. Båda referenserna avser uppdrag som varken till sitt innehåll eller till sin omfattning motsvarar det tjänst- och varuområde som upphandlingen avser. Det uppskattade värdet av upphandlingen har av kommunen angetts vara 8.5 miljoner kronor per år. RestaurangJourens referenser uppfyller därför inte kravet på tidigare erfarenhet av liknande uppdrag och deras anbud skulle ha diskvalificerats.

Kommunen

De referenspersoner som angetts i referensbilagan är ägare till respektive företag och en ägare i ett bolag har en central ställning i enlighet med kravet i upphandlingen. Ingenting i upphandlingen har framkommit som gett kommunen anledning att ifrågasätta att angivna referenspersoner har varit avtalsansvariga.

När det gäller erfarenhet av liknande uppdrag har kommunen inte i förfrågningsunderlaget preciserat eller på annat sätt angett hur stor del "omfattning" ska anses vara eller vad "innehåll" innebär. Det står inte någonstans i förfrågningsunderlaget att det finns krav på "minst" eller "visst antal" alternativt "viss mängd" leveranser. Inte heller har angetts att "omfattning" eller "innehåll" ska motsvara kommunens avrop under år 2014 eller avrop för något annat år. Avropsvolymerna kan skifta mellan åren.

Med "omfattning" avses inte nödvändigtvis minimivolymer som ska vara uppfyllda, utan måste läsas mot bakgrund av samtliga krav ställda i upphandlingen. Med begreppet kan avses även t.ex. kapacitet att leverera enligt vissa tidsintervall eller variation av efterfrågade produkter. Vidare kan det innebära variation av förpackningsstorlekar.

Vad som är ett relevant och proportionellt krav är att anbudsgivaren som antas i upphandlingen har kompetens och erfarenhet att organisera och driva verksamheten för att kunna ge kommunen hög service och god kvalitet på varorna och tjänsterna. RestaurangJouren har bifogat två referenser enligt krav i förfrågningsunderlaget. Av referensuppdragen framkommer att bl.a. att frukt och grönt levereras i obruten kedja med egen personal. Kylanläggningarna och färskskuretanläggningarna med spårbarhet är viktiga kvalitetskriterier för kommunen.

Kommunen har medvetet inte angett att anbudsgivarnas referenser ska uppfylla en viss omfattning eller innehåll eftersom kommunen inte vill begränsa de anbudsgivare som kan lämna anbud. Kommunen gör vid kvalificeringen en sammantagen bedömning av lämnade referensuppdrag bl.a. om anbudsgivarna har levererat frukt och grönt, om de har kompetens och resurser att uppfylla kraven i upphandlingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten prövar inledningsvis om RestaurangJourens anbud uppfyller det obligatoriska kravet i 2.7 att referenspersonerna ska ha varit avtalsansvariga under större delen av avtalsperioden.

Av RestaurangJourens anbud framgår att deras referenspersoner består Fredrik Wesslund, ägare av Haga Trädgårdscafé samt Rose-Marie Frånlund, ägare av Restaurang Karavan. Det framgår inte av handlingarna att referenspersonerna är personer på en central ställning inom kommunen. Förvaltningsrätten finner med hänsyn härtill att RestaurangJouren inte uppfyller det obligatoriska kravet som uppställs i förfrågningsunderlaget. Kommunens förfarande att anta RestaurangJourens anbud strider därför mot LOU och förvaltningsrätten finner därför att skäl för ingripande föreligger.

Förvaltningsrätten övergår härfter till att pröva om referenspersonerna uppfyller kravet på tidigare erfarenhet av liknande uppdrag.

Rätten noterar inledningsvis att det inte ställts några specifika krav som referensuppdraget har att uppfylla. Det görs i det aktuella obligatoriska kravet en hänvisning till att det ska motsvara det varuområde som upphandlingen avser. De krav som referensuppdraget ska uppfylla får därför hämtas från själva upphandlingsföremålet och från förfrågningsunderlaget i övrigt. Genom att kravet "omfattning" uppställs gällande uppdragen måste det enligt förvaltningsrättens bedömning tolkas som att det ställs ett krav gällande

uppdragets volym, storlek eller kontraktsvärde. Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att kommunen består av 100 beställande enheter (punkt 1.4) och att kommunen avropade år 2014 frukt, grönsaker och rotfrukter till ett värde av 8.5 miljoner kronor (punkt 1.6). Kravet är ett obligatoriskt krav och syftet har varit att bedöma leverantörens yrkesmässiga erfarenhet. Förvaltningsrätten finner att därför kravet måste uppfattas i förhållande till dessa uppgifter.

Det är i målet ostridigt att någon volym, storlek eller kontraktsvärde inte har uppgetts gällande RestaurangJourens referensuppdrag. Kommunen har accepterat RestaurangJourens anbud och anfört vid överprövningen att någon lägsta gräns gällande omfattning och innehåll har inte avsetts för att inte utesluta mindre leverantörer.

Det aktuella kravet har angetts i förfrågningsunderlaget och har därför gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för kommunen att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud.

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att kommunens åtgärd att godta RestaurangJourens anbud inte är förenligt med likabehandlingsprincipen och det har inneburit att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada. Vid sådant förhållande och då åtgärden kan anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om (jfr HFD 2016 ref. 37 II). Ansökan ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Agneta Eberhardt

Chefsrådman

Marie Englund 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 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.