



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2018-10-18

Meddelad i Stockholm

Mål nr

12057-18

SÖKANDE

Trofo Invest & Trading Company AB, 556775-5128

Ombud:

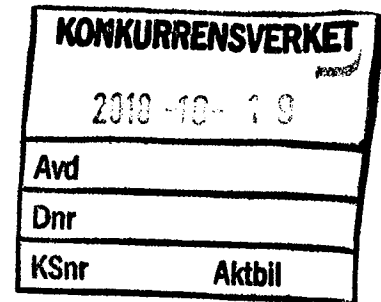
- 1) Jur.kand. Malin Kulander
 - 2) Advokat Andreas Öhlin
- Advokatfirman Glimstedt
Skeppsbrogatan 49
392 31 Kalmar

MOTPART

Stockholms Stad
Utbildningsförvaltningen
Box 220 49
104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1017414

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:30

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Stockholm stad (Staden) genomför en upphandling av skolmältider för sex skolor på Norrmalm (dnr 2.4.2- 16/2018). Upphandlingen är uppdelad i två avtalsområden och genomförs genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen omfattar tillagning och servering av cirka 2 395 skolluncher och 862 mellanmål till beställarna i avtalsområde 1 och cirka 1 934 skolluncher och 800 mellanmål till avtalsområde 2. Kontraktet ska löpa i två år med möjlighet till ett års förlängning. Tilldelningsgrunden i upphandlingen var det mest fördelaktiga anbudet vad gäller pris. I upphandlingen har sex anbud inkommit och efter prövning och utvärdering har Staden beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Trofo Invest & Trading Company AB (Trofo).

Av upphandlingsrapporten från den 8 maj 2018 framgår att Trofos anbud inte uppfyllde kvalificeringskraven i avsnittet ”krav på leverantören” och därmed inte gått vidare till steg 2 i upphandlingsförfarandet. Trofos anbud förkastades eftersom anbudet inte uppfyllde ska- kravet avseende referenser ”lunchmältider till förskola, grund- eller gymnasieskola”.

Trofo ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Trofo utses till vinnande leverantör och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Trofo bl.a. följande. Trofo har lämnat anbud i avtalsområde 2. Staden har felaktigt bedömt att den av Trofo åberopade referensen inte uppfyller kraven, att Trofos rutiner kring matsvinn inte uppfyller Stadens obligatoriska krav samt att Trofos anbud innehåller otillåtna reservationer.

Staden har i p. 2.9 i upphandlingsdokumentet ställt krav på att en anbudsgivare ska ange ett referensuppdrag per avtalsområde. För respektive referens gäller bl.a. att uppdraget ska avse lunchmältider till barn och/eller

ungdom inom förskola grund- eller gymnasieskola. Av p. 2.8 framgår att det krav referensen ska styrka är att anbudsgivaren har dokumenterad kompetens och erfarenhet av att organisera, administrera och driva *motsvarande* entreprenad enligt de förutsättningar som anges i upphandlingsdokumentet samt att anbudsgivaren ska ha god kännedom om samt följa och tillämpa bestämmelser och anvisningar som gäller för verksamheten. Det referensuppdrag Trofo åberopat avsåg ett uppdrag av Migrationsverket där Trofo levererade måltidstjänster till ett flyktingboende. Även där ställdes krav på att leverantören skulle följa Livsmedelsverkets riktlinjer och de nordiska näringsrekommendationerna (NNR 2012). Uppdraget omfattade cirka 900 luncher per dag, sju dagar i veckan med lika många middagar varje dag. På boendet serverades mat till såväl barn och ungdomar som vuxna.

Skillnaden mellan leverans av måltidstjänster till barn på en skola och barn på ett flyktingboende är att skolbarnen har tillgång till undervisning. Syftet med Stadens krav är att säkerställa att anbudsgivaren har tillräcklig kapacitet för att leverera det uppdrag som är föremål för kontraktet och saknar därmed koppling till undervisningsmomentet. Genom det åberopade referensuppdraget står det klart att Trofo har kompetens och erfarenhet av att organisera, administrera och driva motsvarande entreprenad samt att Trofo har kännedom om och följer de bestämmelser och anvisningar som gäller för verksamheten. Det åberopade referensuppdraget ska därför bedömas som motsvarande en leverans av måltidstjänster som serveras till barn/ungdom inom förskola, grund- eller gymnasieskola.

I det fall förvaltningsrätten anser att Trofos referensuppdrag inte är att bedöma som motsvarande vad som efterfrågas i upphandlingsdokumentet, gör Trofo gällande att det krav Staden har ställt på referensen saknar relevans i förhållande till föremålet för kontraktet. Detta utgör en brist i det konkurrenssökande skedet. Vem som har serverats den mat

referensuppdraget avser saknar betydelse och effektivitet för att säkerställa leverantörens kompetens och erfarenhet av att utföra tjänsten. Kravet medför att leverantörer som tidigare har erfarenhet av att leverera samma sak som efterfrågas diskvalificeras för att slutkonsumenten inte haft tillgång till skolundervisning. Syftet kan uppnås genom mindre ingripande åtgärder.

Trofo uppfyller vidare Stadens obligatoriska krav gällande rutiner kring matsvinn. Trofos anbud innehåller inte heller otillåtna reservationer rörande ris eller variation av måltider.

Trofos anbud uppfyller samtliga i upphandlingen ställda krav. Att diskvalificera Trofo från deltagande utgör därmed ett upphandlingsfel. Detta har medfört att Trofo lider eller riskerar att lida skada i den mening som avses i 20 kap. 4 § LOU. Trofo har lämnat det anbud med lägst pris och hade därför haft chans till att tilldelas kontraktet. Det finns därför förutsättningar för ett ingripande i enlighet med yrkandet.

Stockholms stad bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Staden har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Kraven i upphandlingsdokumentet uppfyller lagens krav på proportionalitet. Anbudet har utvärderats i enlighet med angivna förutsättningar och anbudsgivare har behandlats lika utan ovidkommande hänsyn. Att förkasta sökandens anbud har varit korrekt.

Staden bestrider att det av sökanden åberopade referensuppdraget är likvärdigt med det uppdrag som upphandlingen avser. Skolmåltiderna regleras av lagar och förordningar såsom skollagen samt livsmedels- och arbetsmiljölagstiftning. Detta innebär bl.a. krav på att skolmåltiderna är näringsriktiga enligt de svenska näringsrekommendationerna, att maten som serveras är säker och att arbetsmiljön för de som arbetar i köken är god.

Enligt 10 kap. 10 § i skollagen (2010:800) ska eleverna utan kostnad erbjudas näringsriktiga skolmåltider och enligt förarbetena är måltiderna att betrakta som en del av utbildningen. Detta innebär att skollagens bestämmelser om systematiskt kvalitetsarbete är tillämplig också när det gäller skolmåltider. Att huvudmännen tar ansvar och lever upp till skollagens krav vad gäller skolmåltiderna kontrolleras av Skolinspektionen som har tillsynsansvar. Därtill finns det råd och riktlinjer att följa, som exempelvis Livsmedelsverkets råd "Bra mat i skolan", som är till för att främja hälsosamma matvanor genom stöd till alla som arbetar med maten i förskolan och skolan. Det ställs höga krav på skolmåltiderna ur flera aspekter. För att säkerställa att anbudsgivare har erforderlig kompetens och erfarenhet att driva motsvarande entreprenad är kravet att uppdraget ska avse lunchmåltider till skola nödvändigt och kan inte anses oproportionerligt. Trofo uppfyller inte detta krav.

Trofo uppfyller inte heller krav rörande säkra måltider och varmhållning samt krav på variation av måltiderna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning endast på de omständigheter som sökanden åberopar.

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlade myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En upphandlande myndighet kan fritt utforma förfrågningsunderlaget utifrån sina behov under förutsättning att de krav som ställs är förenliga med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen.

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och ändamålsenliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska därmed ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas (se prop. 2006/07:128 s. 132).

Förvaltningsrättens bedömning

Av upphandlingsrapporten framgår att Trofos anbud inte uppfyller skravet avseende referenser ”lunchmåltider till förskola, grund- eller gymnasieskola” och därmed inte gått vidare till steg 2 i upphandlingsförfarandet. Staden har därefter angett även andra brister i Trofos anbud som bolaget skulle ha förkastats på. Eftersom Trofos anbud förkastats på grund av att anbudet inte uppfyller referenskravet har förvaltningsrätten att pröva om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder Trofo anfört avseende denna del i upphandlingen.

I p. 2.9 i upphandlingsdokumentet anges att ett anbud ska innehålla referens för bl.a. tidigare uppdrag som avser lunchmåltider till förskola, grund- eller gymnasieskola.

Trofo har som referens angett ett referensuppdrag avseende leverans av måltidstjänster till ett flyktingboende som omfattade cirka 900 luncher per dag, sju dagar i veckan med lika många middagar varje dag. Staden har angett att Trofos referensuppdrag inte är likvärdigt det uppdrag som upphandlingen avser eftersom skolmåltiderna regleras av lagar och förordningar som bl.a. ställer höga krav på skolmåltiderna ur flera aspekter.

Förvaltningsrätten anser att den referens Trofo har angett inte är likvärdig den referens som efterfrågas i upphandlingen. Kravet på referens avseende uppdrag för lunchmåltider till skola är utformat som ett obligatoriskt krav. Det är i målet ostridigt att Trofo lämnat en referens som inte avser uppdrag för lunchmåltider till förskola, grund- eller gymnasieskola. Förvaltningsrätten anser därmed att Trofo inte uppfyller de obligatoriska ska-kraven i p. 2.9.

Trofo gör vidare gällande att kravet på att uppdraget ska ha avsett leverans av lunchmåltider till skola saknar betydelse och effektivitet för att säkerställa leverantörens kompetens och erfarenhet att utföra tjänsten och att syftet med Stadens krav kan uppnås genom en mindre ingripande åtgärd.

Förvaltningsrätten konstaterar att syftet med kraven i p. 2.9 i upphandlingsdokumentet har uppgetts vara att säkerställa att anbudsgivare har erforderlig kompetens och erfarenhet av att driva motsvarande entreprenad. Staden har i sitt yttrande angett att skolmåltider regleras av lagar och förordningar som ställer höga krav på skolmåltider varför just detta krav är nödvändigt. Det har påtalats att skolmåltiderna är att betrakta som en del av utbildningen och att regler om systematiskt kvalitetsarbete är tillämpliga samt att det faller under Skolinspektionens tillsyn.

Förvaltningsrätten anser att kravet har en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet då upphandlingen gäller måltider för förskola, grund- eller gymnasieskola som omfattas av särskilda regleringar. Kravet

kan inte anses oproportionerligt. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av ovanstående att Trofo inte fört fram sådana omständigheter som visar att Staden brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU på ett sådant sätt att det finns skäl för ingripande. Trofos ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Marcus Edelgård
Rådman

Narin Demirel har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en 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.

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

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.