

SÖKANDE

Företagsväxter i Knivsta AB, 556255-4401
Box 115
741 23 Knivsta

Ombud: Advokaten Hugo Norlén och biträdande juristen Erik Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

MOTPART

Kommunalförbundet Fjärde Storstadsregionen, Upphandlingscenter
581 81 Linköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna.

BAKGRUND

Kommunalförbundet Fjärde Storstadsregionen, Upphandlingscenter (Upphandlingscenter) har inlett två förenklade upphandlingsförfaranden som i huvudsak gäller ramavtal för löpande leveranser. Den ena upphandlingen gäller leveranser till Linköpings kommun (refnr: UH-2016-1 [mål nr 3277-16]) och den andra gäller leveranser till Norrköpings kommun (refnr: UH-2016-7 [mål nr 3278-16]). I båda upphandlingarna har genom tilldelningsbeslut annan leverantör än Företagsväxter i Knivsta AB (bolaget) antagits och bolagets anbud har förkastats i båda upphandlingarna. Bolaget har ansökt om överprövning av båda upphandlingarna.

Omständigheterna i båda upphandlingarna är väsentligen överensstämmande. Vad som nedan sägs om upphandlingen gäller lika för båda upphandlingarna om inte annat särskilt anges.

Förfrågningsunderlaget

Upphandlingsföremålet och formerna för anbudsgivning

Upphandlingen avser ramavtal där alla villkor för avrop är fastställda avseende löpande leveranser av fruktkorgar. Avsedd avtalsperiod är två, med möjlighet till maximalt två års förlängning. Ramavtalsvärdet uppskattas till 400 000 kr per år, d.v.s. 1 600 000 kr totalt (4 x 400 000). En anbudsgivare kommer att antas. Alternativa anbud, sidoanbud och reservationer tillåts inte.

Anbudens form och innehåll

Anbud ska lämnas i elektronisk form och ska vara skrivet på det svenska språket. Intyg, certifikat, arbetsprover och tryckt informationsmateriel accepteras på det engelska språket. Anbudsgivaren ska dock tio arbetsdagar efter Upphandlingscenters begäran inkomma med en svensk översättning av intyg, certifikat, arbetsprover och tryckt informationsmateriel. Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal obligatoriska krav, däribland kvalificeringskrav. Samtliga krav måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna gå vidare till anbudsutvärdering

Anbudsprövningen

Upphandlingscenter kommer att anta det kvalificerade anbud som innehåller det lägsta anbudspriset. För det fall fler än ett anbud har samma anbudspris kommer särskiljning att ske genom lottning.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande:

I upphandlingen avseende leveranser till Linköpings kommun (UH-2016-1) har anbud inkommit från tre leverantörer. Bolagets anbud förkastades med hänvisning till 10 kap. 2 § 4 p. LOU, medan de övriga två anbuden bedömdes kvalificerade. Vid utvärderingen antogs anbudet från ISS Facility Services AB (ISS) som det kvalificerade anbud som innehöll det lägsta priset.

I upphandlingen avseende leveranser till Norrköpings kommun (UH-2016-7) har anbud inkommit från två leverantörer. Bolagets anbud förkastades med hänvisning till 10 kap. 2 § 4 p. LOU, medan det andra anbudet bedömdes kvalificerat. Vid utvärderingen antogs anbudet från ISS som det kvalificerade anbud som innehöll det lägsta priset.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid bolagets anbud ska gå vidare till anbudsutvärdering.

Upphandlingscenter anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Inställning

Bolagets ledning har själv konstaterat att man har begått fel i yrkesutövningen. Dessa fel bör dock inte anses vara allvarliga i LOU:s mening. En sammantagen bedömning av i) försummelseernas karaktär (att bristerna berott på slarv och okunskap, d.v.s. inte utgjort några medvetna avtalsbrott

eller regelöverträdelser) och ii) bolagets vidtagna åtgärder för att minska risken för framtida fel, leder rimligtvis till att de aktuella felen i bolagets yrkesutövning inte nu ska bedömas som allvarliga. Upphandlingscenters utslutning av bolaget strider därmed mot LOU.

Om förvaltningsrätten ändå skulle komma fram till att bolaget har gjort sig skyldigt till allvarliga fel i yrkesutövningen, skulle det under alla förhållanden vara oproportionerligt att nu utsluta bolaget. Detta då bolaget tagit fullt ansvar för felen och vidtagit alla tänkbara åtgärder för att minimera risken för framtida fel. Under dessa förhållanden skulle en utslutning vara en alltför ingripande och betungande påföljd i förhållande till vad som kan läggas bolaget till last. Även på denna grund finns skäl att besluta om rättelse.

Allvarligt fel i yrkesutövningen

Vid Livsmedelsverkets och Knivsta kommuns tillsynsbesök på bolagets anläggning den 1 december 2015 framkom följande:

1. Att det vid en kontrollvägning av 14 fruktkorgar uppmättes en negativ snittavvikelse på 4,5 procent, med avvikelser såväl uppåt som nedåt i förhållande till angiven vikt.
2. Att det påträffades icke-ekologisk frukt i eko-märkta fruktkorgar.
3. Att inte bolagets samtliga anläggningar var certifierade av kontrollorganet SMAK.
4. Att inte bolagets samtliga anläggningar varit registrerade hos den kommunala livsmedelskontrollen.

Vid bedömningen av dessa omständigheter bör särskilt beaktas följande:

1. Avvikelserna har berott på att varje enskild korg tidigare inte kontrollvägts. Denna brist är nu åtgärdad genom den nya strikta rutinen med kontrollvägning av varje fruktkorg. Risken för framtida viktavvikelser är således obefintlig.
2. Detta berodde i vissa fall på uttryckliga önskemål från beställare om att få närodlat (svenska äpplen och päron) istället för ekologisk frukt från Italien. I andra fall har avvikelserna berott på klagomål från beställaren avseende den ekologiska fruktens låga kvalitet (som haft sin orsak i en dålig odlingssäsong i Italien). Förekomst av icke-ekologisk frukt i korgarna har alltså kommu-

- nicerats med beställaren. Bristen har alltså bestått i att den överenskomna blandningen inte har angivits på korgarna, vilket strider mot regelverket. Numera sker det inte längre någon sådan blandning av ekologisk frukt och icke-ekologisk frukt utan att detta mycket tydligt anges på korgarna.
3. Detta har varit en brist i bolagets verksamhet. Bristen har dock berott på ett missförstånd mellan SMAK och bolaget beträffande omfattningen av det certifikat som SMAK hade ställt ut på bolaget, på vilket det inte angavs att certifikatet endast gällde bolagets anläggning i Knivsta. Bolaget utgick helt enkelt från att certifikatet gällde även övriga anläggningar. Efter att detta missförstånd uppdagats har bolaget nu fått samtliga sina anläggningar certifierade av SMAK. I certifikatet anges nu mycket tydligt vilken anläggning som certifikatet avser (med andra ord har SMAK alltså funnit skäl att ändra utformningen av sina certifikat för att undvika sådana missförstånd som uppstod med bolaget).
 4. Detta har varit en brist från bolagets sida och möjligen ett fel i yrkesutövningen (om än knappast ett allvarligt fel). Denna brist har dock berott på ren okunskap om regelverket. Huvudanläggningen i Knivsta har sedan länge varit registrerad hos hemkommunen, medan andra anläggningar varit oregistrerade. Det har inte på något sätt varit fråga om att undvika uppmärksamhet från kommuners sida. Tvärtom deltar bolaget återkommande i kommunala upphandlingar av fruktleveranser, vilket innebär betydande ansträngningar för att göra bolagets verksamhet känd hos kommunerna. Företagsväxter beklagar bristen, men den är också åtgärdad alltsedan december 2015.

Enligt bolagets mening avser tillsynsmyndigheternas anmärkningar vissa specifika brister i verksamheten, men det torde – med alla relevanta omständigheter i beaktande – rimligen inte vara fråga om några stora brister såsom Upphandlingscenter påstår.

Kontrollorganet SMAK har numera, efter kontrollbesök på varje enskild anläggning, utfärdat certifikat för samtliga bolagets anläggningar. På de nya certifikaten anges särskilt – till skillnad från det tidigare certifikatet – vilken enskild anläggning som omfattas. Vidare har bolaget anmält sina sex anläggningar för registrering. Sedan den 18 december 2015 är bolagets samtliga anläggningar registrerade som livsmedelsanläggningar. Vidare har Knivsta kommun den 26 januari 2016 gjort en oanmäld tillsynskontroll på

bolagets anläggning i Knivsta. Av upprättad kontrollrapport framgår bl.a. följande:

- Inga avvikelser mot gällande lagstiftning konstaterades.
- 13 olika färdigställda fruktkorgar för utleverans kontrollvägdes.
- Samtliga dessa fruktkorgar hade en vikt som med god marginal översteg den minsta tillåtna.
- Kommunens inspektör bedömde att verksamheten uppfyllde kraven för saluhållande av ekologisk frukt.

Vidare kan konstateras att bolaget ännu inte blivit kontaktat av någon myndighet med anledning av den åtalsanmälan som Livsmedelsverket upprättade i december 2015.

Upphandlingscenter

Inställning

Begreppet allvarligt fel i yrkesövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på leverantörens professionella trovärdighet. Eftersom upphandlingarna avser leveranser av fruktkorgar är det denna typ av yrkesutövning som är mest relevant vid bedömningen av om allvarligt fel föreligger eller inte. Livsmedelsverkets kontroll av hanteringen av ekologisk frukt i förening med den bristande certifieringen av anläggningarna som hanterar ekologisk frukt och bolagets underlåtenhet att registrera sig som livsmedelsföretag utgör tillräckliga uteslutningsskäl. En uteslutning av bolagets anbud strider inte heller mot proportionalitetsprincipen.

Allvarligt fel i yrkesutövningen

De aktuella felen (se den av bolaget angivna förteckningen) är att betrakta som allvarliga fel som påverkar bolagets professionella trovärdighet och pålitlighet. Dessa fel har begåtts inom leverantörens yrkesutövning och är i största mån relevanta för de upphandlingar målen gäller. En sammantagen bedömning av samtliga fel och brister leder enligt Upphandlingscenters mening till att bolaget har begått allvarligt fel i yrkesutövningen. Bolaget har

vidtagit vissa åtgärder som hittills inte har gett utslag vid en kontroll, men eftersom det finns risk för upprepning av de allvarliga felen ser Upphandlingscenter en risk i att tilldela bolaget kontrakt. I vart fall talar tidsaspekten (tillsynsbesöket ägde rum den 1 december 2015 och rättelse skedde därefter) för att det finns grund för att det har gått för kort tid mellan de vidtagna åtgärderna och uteslutningen för att Upphandlingscenter ska kunna sätta tilltro till bolaget. Upphandlingscenter anser således att det finns grund för att utesluta bolaget, trots att åtgärder har vidtagits, eftersom problemet med bolagets tillförlitlighet inte har undanröjts.

Proportionalitet

Det eftersträvade syftet med upphandlingarna är att tilldela en seriös leverantör kontrakt, så att det offentligas medel används på bästa sätt och konkurrensen på marknaden utnyttjas. Att utesluta bolaget från upphandlingarna utgör en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, eftersom det bidrar till att endast seriösa leverantörer kan tilldelas kontrakt. Vidare bidrar uteslutningen till likabehandling av leverantörer och konkurrens på lika villkor. Det finns inte någon mindre ingripande åtgärd för att uppnå syftet med upphandlingarna och uteslutningen är inte oproportionell eller överdrivet ingripande.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges 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.

Enligt 10 kap. 2 § fjärde punkten LOU får en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG har ännu inte införlivats i svensk rätt. Tidsfristen för att införliva direktivet har enligt artikel 90 gått ut den 18 april 2016. Eftersom upphandlingsförfarandet i de förevarande målen inletts före detta datum är direktiv 2014/24 inte tidsmässigt tillämpligt (*ratione temporis*) målen (jfr EU-domstolens dom i mål C-324/14, *Partner*). Bestämmelserna om uteslutning i 10 kap. 2 § LOU ska därför tolkas mot bakgrund av motsvarande bestämmelser i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Enligt artikel 45.2 första stycket i det direktivet får en ekonomisk aktör uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt bl.a. om han enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiken (punkt c) eller om han har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten (punkt d).

I 16 kap. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § LOU följer 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.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 61 uttalat bl.a. följande. Av EU-domstolens dom i mål C-465/11, *Forposta*, framgår att begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende och inte endast överträdelse av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör. Det är tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Bedömningen av om den upphandlande myndigheten har fullgjort sin bevisbörda och alltså förmått göra sannolikt att anbudsgivaren gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen tar sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felak-


tig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

De omständigheter som läggs bolaget till last består av fyra olika avvikelser, av såväl formell som materiell karaktär. Det är inte oklart om bolagets verksamhet varit behäftad med brister eller avvikelser. De aktuella avvikelserna har inte varit begränsade till en försumbar del av bolagets verksamhet och det är inte heller fråga om mindre brister som förekommit vid enstaka tillfälle. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att det är fråga om allvarliga brister i den mening som avses i 10 kap. 2 § fjärde punkten LOU.

De aktuella bristerna konstaterades i december 2015. Beslutet att utesluta bolaget fattades i april 2016. Under den mellanliggande perioden har bolaget vidtagit åtgärder med syftet att undanröja bristerna. Förvaltningsrätten finner dock, även med beaktande av vad bolaget anför och åberopar, att bolagets felaktiga ageranden alltjämt vid beslutet om uteslutning i april 2016 inverkar negativt på bolagets trovärdighet i professionellt avseende på sådant sätt att Upphandlingscenter haft grund för att utesluta bolaget från upphandlingarna. Under sådana förhållanden kan det inte heller anses oproportionerligt att bolaget har uteslutits.

Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten att bolaget inte förmått göra sannolikt att Upphandlingscenter brutit mot LOU på sätt som medför att bolaget lider eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Ansökningarna ska därför avslås.

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



Annette Spjuth

Rådmannen Annette Spjuth har avgjort målet. Föredragande juristen Ulf Nordberg har varit föredragande.

