



SÖKANDE

Företagsväxter i Knivsta AB, 556255-4401

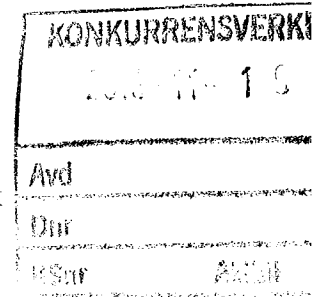
Ombud: Advokat Hugo Norlén och biträdande jurist Peter Wahlbäck
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

MOTPART

Livsmedelsverket
Box 622
751 26 Uppsala

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Livsmedelsverkets upphandling av fruktleveranser, dnr 2018/00758, ska rättas på så sätt att anbudet från Företagsväxter i Knivsta AB inte förkastas och att ny utvärdering görs.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Livsmedelsverket genomför upphandling av fruktleveranser, dnr 2018/00758. I tilldelningsbeslut den 19 april 2018 har anbud från annan leverantör än Företagsväxter i Knivsta AB (bolaget) antagits. Bolagets anbud har förkastats då det inte bedömts uppfylla samtliga krav på teknisk kapacitet genom att det saknas information om leveranskapacitet hos underleverantörer.

Bolaget yrkar att upphandlingen rättas på så sätt att bolagets anbud utvärderas. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Bolaget uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. Bolaget har avsett att utföra hela uppdraget i egen regi utan anlitan av några underleverantörer och har därför inte heller givit in någon anbudsbilaga avseende ansvar för underleverantör. Livsmedelsverket har utifrån en selektiv läsning av de standarddokument avseende distribution, kvalitet och miljö som bifogats bolagets anbud, gjort ett antagande om att bolaget avsett att anlita underleverantörer för distributionen av fruktkorgarna. Det är riktigt att bolaget i denna dokumentation bland annat nämner hur ansvarsfördelningen ser ut mellan bolaget och dess samarbetspartners. I förevarande fall är denna information emellertid inte relevant då detta tydligt har framgått av bolagets anbud i och med att någon bilaga avseende underleverantör inte har givits in. Av anbudet jämte den dokumentation som bolaget bilagt sitt anbud framgår också att bolaget har kapacitet att genomföra uppdraget i egen regi.

Livsmedelsverket har endast utgått från textavsnitt i bolagets standarddokument som avser bolagets förhållande till distributörer i de fall bolaget inte självt ombesörjer transporten. Att delar av de bifogade standarddokumenten tagna ur sitt sammanhang kan uppfattas på det sätt som Livsmedelsverket gör gällande ifrågasätts inte. Den dokumentation som Livsmedelsverket hänvisar till visar dock också att bolaget använder sig av olika transportlös-

ningar. Upphandlande myndighet har också bortsett från att det är anbudsgivaren som ensidigt väljer om annans kapacitet åberopas eller inte (jfr Kamrarrätten i Stockholm dom den 18 juni 2015, mål nr 1521-15). Av detta rättsfall följer vidare att omständigheten att vissa standarddokument hänvisar till samarbetspartners inte i sig är tillräckligt för att visa att bolaget skulle ha åberopat någon annans kapacitet. Bolagets ingivande av standarddokumenten kan inte förstås som ett uttryck för att annans leveranskapacitet faktiskt skulle ha åberopats. För att bolaget ska anses ha åberopat annans kapacitet krävs något ytterligare i den delen.

I förvaltningsrätten har Livsmedelsverket hänvisat till en ny omständighet som stöd för att det varit korrekt att inte utvärdera bolagets anbud. Livsmedelsverket har i denna del gjort gällande att bolaget inte uppfyller krav på leveranstider mellan klockan 08.00 och 10.00 med hänvisning till ett av de standarddokument – RUTINER DISTRIBUTION – som bifogats anbudet. Enligt bolagets uppfattning skulle det inte vara förenligt med principen om reformatio in pejus ifall Livsmedelsverket först nu vid överprövning skulle tillåtas att åberopa nya omständigheter som inte framkommit vare sig i tilldelningsbeslutet eller i upphandlingsrapporten. Det följer av praxis från kammarrätterna att den enskilde inte ska riskera att komma i ett sämre läge om ett myndighetsbeslut eller en dom överklagas (se t.ex. Kamrarrättens i Stockholm dom den 19 november 2010 i mål nr 5929-10 samt Kamrarrättens i Göteborg domar den 20 oktober 2010 i mål nr 3764-10 och den 18 december 2009 i mål nr 4904-09). Även för det fall förvaltningsrätten skulle välja att beakta Livsmedelsverkets nya åberopade omständighet, saknar denna omständighet betydelse för utgången i målet. Standarddokumentet RUTINER DISTRIBUTION saknar i denna del betydelse för hur uppdraget kommer att utföras då bolaget kommer att utföra uppdraget i egen regi och skrivningen endast avser relationen mellan bolaget och dess eventuella samarbetspartners. Skrivningen i dokumentet är inte heller oförenlig med kravet i förfrågningsunderlaget. Formuleringen “[l]everanser bör inte ske senare än kl. 15.00” kan inte förstås på något annat sätt än att bolagets krav på sina

samarbetspartners är att de inte bör leverera frukt efter klockan 15.00 men att det står bolaget fritt att bestämma om andra tider. Även om standarddokumentet skulle tillmätas betydelse så är skrivningen ändå förenlig med kravet i förfrågningsunderlaget då bolaget i anbudet mycket tydligt har accepterat kravet att frukten ska levereras mellan kl. 08.00 och 10.00 på morgonen/förmiddagen.

Bolaget har kommit in med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen. Om Livsmedelsverket följt upphandlingsdokumenten och LOU skulle bolaget ha tilldelats kontraktet. Skaderekvisitet är därmed uppfyllt.

Livsmedelsverket bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Bolaget har inte tillräckligt tydligt angett att avsikten inte var att anlita någon underleverantör i den aktuella upphandlingen. Det inlämnade anbudet och bifogat underlag ger en mycket oklar bild av huruvida bolaget avser att använda sig av företagsegna transporter eller av externa uppdragstagare.

I bolagets standarddokument framkommer följande oklarheter.

Kvalitetspolicy frukt Kvalitetssäkring Frukt

Våra samarbetspartners inom distribution har till uppgift att leverera frukten till rätt plats vid rätt tidpunkt, men förutom det gör de den sista kvalitetschecken av fruktens kvalitet. Om chauffören ser dålig frukt skall denna genast plockas bort och Företagsväxter informeras och skickar så snart som möjligt ut ersättningsfrukt.

Kvalitetspolicy frukt Leveranssäkerhet

Distribution

Chauffören som skall transportera fruktkorgarna till våra kunder får samma listor som vi plockat frukten efter. Chauffören skall kontrollräkna antalet korgar och kontrollera storlek. Det är chaufförens ansvar att han får med rätt antal korgar. Om chauffören under sin ”rutt” ändå ser att korgar saknas skall detta snarast anmälas till Företagsväxter som ser till att ny

korg distribueras ut snarast möjligt. Även distributionsföretagen är skyldiga att hålla rätt temperatur i fordonen för att säkerställa att Företagsväxter alltid levererar kvalitetsfrukt.

Miljömål Fossila bränslen

Vi har idag gått över på miljöklassade dieslbilar på hela vår bilpark, målet är att hela tiden effektivisera bilparken, det innebär att när vi byter en bil ska vi alltid välja en bil som är bättre för miljön, för varje ny bil vi investerar i går bränsleförbrukningen ner, motorer och förbränning blir effektivare hela tiden. Därmed minskar vi också koldioxidutsläppen.

Vi begär även att våra externa budbolag medverkar till detta, genom att kräva detta när vi skriver avtal med dem. De ska hela tiden verka för en effektivare fordonspark.

Vi installerar hela tiden fler bilar med gps optimering för att minska utsläppen och optimera våra rutter maximalt.

RUTINER DISTRIBUTION

- Ny distributör ska ha en ordentlig genomgång med Logistikansvarig för vad som gäller för uppdragen innan start
- Distributören ska ha kapacitet och rutiner för att upprätthålla en störningsfri distribution, bland annat gällande backupportpersonal och backupfordon
- Skulle distributör trots detta ha problem med reservbil/reservpersonal ska det i första hand ligga på distributören och i andra hand Företagsväxters Logistikansvarig att se till att annan lösning tas i anspråk
- Leveranser bör inte ske senare än kl 15.00

[...]

- Uppstår transportskador är det alltid distributören som är ansvarig och får stå för skadat gods och eventuell transport att hämta ny frukt, eller ta kostnad om Företagsväxter måste lösa transporten pga transportskadat gods.

Sammanfattning av bolagets arbete med kvalitetssäkring och livsmedelssäkerhet

Ö k/avtal med leverantörer och transportörer om rätt lastning och Transporttemperatur.

De aktuella bilagorna är en del av anbudet och vad som står i de bilagerade dokumenten är relevant vid bedömningen om de obligatoriska kraven är uppfyllda eller inte. Det framgår av bolagets underlag att man använder sig av "samarbetspartners inom distribution", "chaufförer" som använder listor som bolaget tagit fram, "externa budbolag" och "distributörer". Det är oklart

vad skillnaden är mellan dessa men det framgår att de är självständiga gentemot bolaget. De ska ha egen kapacitet och rutiner och man ställer krav på deras fordon i samband med avtalsskrivning. I vissa fall beskrivs de som uppdragstagare. Sammantaget framgår det att vissa eller alla av dessa aktörer är externa uppdragstagare som anlitas av bolaget. Det väsentliga är att anbudet inte kan betraktas som fullständigt när man inte lämnat uppgifter om uppdragstagare som fullgör leveranser men ändå uppenbarligen använder sig av sådana. Bolaget har levererat frukt till Livsmedelsverket tidigare och har då använt sig av underleverantörer för sina leveranser. Dessa omständigheter tillsammans med anbudets tvetydigheter ger fog för uppfattningen att anbudet var för otydligt utformat för att utvärderas. Vetskapen om att leveranser tidigare skett med underleverantörer bör ha föranlett bolaget att vara tydligare vid utformningen av anbudet. Eftersom uppgiften om underleverantör inte lämnats med tillräcklig tydlighet kan bolagets anbud inte vara att anse som fullständigt (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 oktober 2015 i mål nr 3162-3174-15). Den uppstådda otydligheten beror på dokument som bolaget har rådighet över och beror inte på förfrågningsunderlagets utformning. Genom att lämna ett oklart anbud har bolaget brutit i sin omsorgsplikt. Bolaget hade kunnat avhjälpa den uppstådda otydligheten genom att bifoga anbudsbilaga 3 och kryssa i nej på frågan ”Kommer underleverantör att anlitas”.

Inte heller den motsägelsefulla uppgiften i dokumentet RUTINER DISTRIBUTION om att frukt ska levereras senast klockan 15 motsvarar kravet i Livsmedelsverkets upphandlingsdokument. De motsägelsefulla uppgifterna om leveranstider i anbudet anförs som en omständighet som visar att anbudet är otydligt formulerat även i andra avseenden än om leverantörer. Den oklarheten har i sig inte bedömts vara tillräcklig för att avstå från att utvärdera anbudet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

Förvaltningsrätten kan enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Upphandlingsdokumenten

I upphandlingsdokumentets punkt 3.3 – Teknisk kapacitet – anges att för det fall anbudsgivare avser att använda underleverantör för utförande av hela eller delar av uppdraget ska till anbudet bifogas en ifylld anbudsbilaga 3, benämnd Ansvar för underleverantör.

I bilaga 3 – Ansvar för underleverantör – anges att bilagan endast fylls i om underleverantör är aktuell.

Förvaltningsrättens bedömning

En grundläggande princip vid upphandling enligt LOU, är att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven som ställts i upphandlingsunderlaget. Skälet är att ett sådant förfarande kan anses strida mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2016 ref. 37 I och II uttalat att

det i princip inte är möjligt att godta ett anbud som inte uppfyller obligatoriska krav i en upphandling.

Det är anbudsgivaren som står risken för att en angiven uppgift inte är förenlig med kraven i förfrågningsunderlaget (jfr EU-domstolens dom i mål SAG ELV m.fl., C-599/10, punkt 38). Om en anbudsgivare lämnar i och för sig ej efterfrågade uppgifter om det som ska upphandlas, måste således dessa uppgifter stå i överensstämmelse med de krav som anges i upphandlingsunderlaget (jfr Kammarrätten i Jönköping mål 193-16).

Förvaltningsrätten finner inledningsvis att standarddokumenten utgjort del av bolagets anbud och att bolaget inte någonstans i sitt anbud har angett att uppgifterna i handlingarna inte skulle gälla. Frågan är då om uppgifterna i bolagets dokumentation medför att bolaget inte kan anses uppfylla upphandlingens krav.

Enligt förvaltningsrättens mening måste det krävas en viss nivå av substans i en given uppgift för att den ska kunna ligga till grund för en upphandlande myndighet att förkasta ett anbud på den aktuella grunden. Det följer av detta också att uppgiften även objektivt sett kan framstå som oförenlig med kraven i upphandlingsunderlaget

De aktuella handlingarna utgörs av standarddokument för bolagets kvalitetspolicy och miljömål samt ett rutindokument för distribution. Det är tydligt att dessa handlingar inte är utformade specifikt för den nu aktuella upphandlingen. I dokumenten berörs svepande användandet av samarbetspartners, externa distributörer och budbolag.

Enligt förvaltningsrätten får den ingivna standarddokumentationen anses innehålla högst generella uppgifter bland annat om att det förekommer att bolaget arbetar med externa samarbetspartners/distributörer. Det går inte av uppgifterna att utläsa att bolaget *undantagslöst* skulle arbeta med hjälp av

underleverantörer. Eftersom bolaget i den aktuella upphandlingen inte har åberopat någon extern kapacitet kan uppgifterna, med hänsyn till sin vaghet och hur de är formulerade, i sig inte anses vara oförenliga med vad som krävts i upphandlingsunderlaget. Livsmedelsverket har menat att bolaget kunnat förtydliga sitt anbud genom att kryssa i bilaga 3 för att visa att man inte avsåg att anlita underleverantörer i den aktuella upphandlingen. Eftersom det dock framgår tydligt att någon anbudsbilaga 3 inte behövt fyllas i när underleverantörer inte används så har Livsmedelsverket inte på denna grund haft fog för att utesluta det aktuella anbudet (jfr avgörande från Kammarrätten i Stockholm den 18 juni 2015 i mål nr 1521-15).

Av skriftväxlingen har vidare framgått att Livsmedelsverket inte anser att bolaget offererat leveranstider i enlighet med upphandlingsdokumentets krav. Enligt förvaltningsrättens uppfattning föreligger det inte något hinder för upphandlande myndighet att i målet framställa invändningar mot att bolaget inte uppfyllt obligatoriska krav (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 30 maj 2012, mål nr 924-12, och Kammarrätten i Jönköpings dom den 15 mars 2017, mål nr 1507-16).

Vad gäller kravet om leveranstider konstaterar förvaltningsrätten att det inte framkommit annat än att bolaget accepterat kravet att frukten ska levereras mellan kl. 08.00 och 10.00 på morgonen/förmiddagen. Uppgiften i dokumentet "RUTINER DISTRIBUTION" om att leveranser inte *bör* ske senare än kl. 15.00 kan därvid inte ges en sådan tolkning som att bolaget i den aktuella upphandlingen avser att hålla andra tider än de krävda. Genom att lämna in anbud har bolaget godkänt kontraktsvillkoren och det har inte framkommit omständigheter som tyder på att bolaget motsätter sig att uppfylla dessa villkor vid fullgörande av uppdraget. För det fall en anbudsgivare inte uppfyller det som angetts i anbudet är det en civilrättslig fråga och ett eventuellt avtalsbrott och inte en fråga som kan prövas inom ramen för LOU.

Förvaltningsrätten finner utifrån vad som har framkommit i målet att anbudet från bolaget måste anses uppfylla upphandlingens krav och att Livsmedelsverket således inte haft fog för att diskvalificera anbudet från bolaget på de angivna grunderna. Livsmedelsverkets agerande har vidare medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Då skäl för ingripande enligt LOU föreligger ska ansökan om överprövning bifallas. Eftersom den konstaterade felaktigheten hänför sig till anbudsprövningen är det tillräckligt att förordna om rättelse i form av ny anbudsprövning där bolagets anbud ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Eva Frånlund Althin
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



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.