



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
 Avdelning 1

**DOM**  
 2019-11-08  
 Meddelad i Malmö

Mål nr  
 10691-19

**SÖKANDE**

Fraktkillarna i Malmö AB, 556649-6708

Ombud: Jur. mag. Maria Thorstensson  
 Nordbro AB  
 Södra Järnvägsgatan 5  
 352 34 Växjö

**MOTPART**

Malmö kommun  
 205 80 Malmö

**SAKEN**

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

KONKURRENSVERKET	
2019 11 08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Fraktkillarna i Malmö AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 532975

**Postadress**  
 Box 4522  
 203 20 Malmö

**Besöksadress**  
 Kalendegatan 6

**Telefon**  
 040-35 35 00  
**E-post:** kansli1.fma@dom.se  
 www.förvaltningsrattenimalmo.domstol.se

**Telefax**

**Expeditionstid**  
 måndag–fredag  
 08:00–16:00

## **BAKGRUND**

Malmö stad genomför med ett öppet förfarande en upphandling av ”Mattransporter till HVOF verksamheter, HVO -2019-1096”. Av tilldelningsbeslut den 6 september 2019 framgår att Malmö stad beslutat att tilldela Måltidsfabriken AB kontrakt för delområde ett (1) och två (2).

## **YRKANDEN OCH INSTÄLLNING**

### *Fraktkillarna i Malmö AB (Fraktkillarna)*

Fraktkillarna ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Som grund för sin talan anför bolaget följande.

Fraktkillarna har diskvalificerats i upphandlingen på grund av att bolaget inte uppfyller det obligatoriska kravet gällande anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet i den del som avser angivande av referensuppdrag. Det obligatoriska kravet som anges i punkt 1.3.4 avseende anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet – vad gäller att anbudsgivaren ska ange minst två referenser avseende leverans av mattransporter till ett värde av minst 1 500 000 kr – får anses stå i strid med proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen innebär att en upphandlande myndighet inte får ställa högre krav än vad som behövs för att vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kravet ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Kraven ska vara relevanta och vara av icke oväsentlig betydelse. De krav som ställs på tidigare erfarenhet ska inte vara mer långtgående än vad som är motiverat av uppdraget.

Syftet med avtalet är att säkerställa leverans av färdiglagad mat till Malmö stads äldreboenden och dagverksamheter. Det eftersträvade syftet med kravet avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet är att säkerställa beställarens behov av mattransporter och att leverantören behärskar och tillhandahåller resursoptimering av transporterna samtidigt som kostnaderna begränsas, samt att anbudsgivaren har tidigare erfarenhet av att utföra liknande uppdrag. Kravet får visserligen betraktas som ändamålsenligt utifrån syftet, men går samtidigt längre än vad som är lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet och är inte nödvändigt.

Kravet att referensuppdraget ska avse specifikt mattransporter är för långtgående eftersom mattransporter inte nämnvärt skiljer sig i jämförelse med andra transportuppdrag som ska utföras med liknande frekvens och omfattning, dvs. dagliga transporter från punkt a till b. Fraktkillarna, som har 30 års erfarenhet av transportbranschen, anser att transportuppdrag avseende mat hör till de enklaste transporterna med anledning av att det enda som krävs är ett eluttag samt att fordonet är rent och att man i övrigt följer beställarens anvisningar. Transport av möbler, styckegods och farligt gods är mycket vanligt förekommande i branschen och är till sin natur mer komplicerade transportuppdrag och kräver mer kunskap av transportören i jämförelse med mattransporter. Malmö stad verkar ha uppfattningen att temperaturhållning av mat under transport, städning av fordon, många leveranser och tidschema för leverans försvårar transportuppdraget i jämförelse med andra vanligt förekommande transportuppdrag. När det gäller temperaturhållning av maten så ska detta ske genom att chauffören kopplar matvagnarna i eluttag som monteras i lastbilen. Att utrusta fordonen med eluttag är en enkel uppgift som medför låga kostnader. Att underhålla och städa fordon är en självklarhet inom branschen. Matvagnarna hålls även stängda under transport och rengörs sällan på utsidan. I upphandlingen förekommer totalt 51 leveransadresser fördelade på förmiddags- och eftermiddagsturer. Antalet olika adresser är dock enbart 36. Eftersom leveranser bara sker till ett fåtal

adresser per bil (eftersom flera bilar används) och upprepas varje dag enligt samma leveransschema är uppdraget mycket mindre komplicerat i jämförelse med liknande vanligt förekommande i branschen.

Vid utförande av uppdrag som avser dagliga transporter mellan två punkter är det väsentliga att bolaget har tidigare erfarenhet av transportuppdrag med motsvarande frekvens och krav på punktlighet samt att bolaget har en organisation som säkerställer en ändamålsenlig kvalitetsstandard vid utförande av avtalet.

Det går att säkerställa en ändamålsenlig kvalitetsstandard med tillämpning av mindre ingripande krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. En mer lämplig åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet är att ställa upp krav som innebär att anbudsgivaren ska lämna referensuppdrag som avser transportuppdrag av liknande slag oaktat om det gäller varor eller mattransporter. En annan lämpligare åtgärd hade varit att ställa krav på att anbudsgivaren lämnar uppgifter om leverantörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i företaget, uppgift om antalet anställda samt uppgift om vilka verktyg, maskiner och teknisk utrustning som entreprenören förfogar över för att fullgöra kontraktet.

Uppställt krav på att referensuppdragen ska avse mattransporter till ett värde av 1 500 000 kr per år hindrar även nystartade bolag eller företag som vill utvidga sitt verksamhetsområde från att lämna anbud i upphandlingen. Referenskravet på två uppdrag á 1 500 000 kr måste vara baserat på ett relevant riktvärde. Fraktkillarna ifrågasätter upphandlingens riktvärde då detta ökat från 7 000 000 kr för tidigare upphandling till 14 000 000 kr för nuvarande upphandling med en ökning från 40 till 51 stopp. Eftersom det finns möjlighet till ett delat anbud i denna upphandling på delområde 1 och delområde 2 är det orimligt att kräva referensuppdrag i den omfattning Malmö stad gjort. Kravet på omsättning är väldigt konkurrensbegränsande.

Den negativa effekt som kravet har för det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen får anses vara oproportionerligt och överdrivet jämfört med det eftersträvade syftet att anbudsgivaren ska ha tidigare erfarenhet av mattransporter för att säkerställa en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

Det faktum att fyra av fem anbudsgivare blev diskvalificerade i samband med anbudsutvärdering styrker även att det obligatoriska kravet är allt för långtgående. LOU syftar bl.a. till att upphandlingar ska ske med tillvaratagande av de konkurrensmöjligheter som finns på bästa sätt. Även om en upphandlande myndighet har relativt stor frihet när den uppställer krav i upphandlingsdokumentationen ska de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU iakttas, däribland proportionalitetsprincipen.

Malmö stad har brutit mot proportionalitetsprincipen genom att uppställa nämnda krav avseende referenser och Fraktkillarna har lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av detta.

*Malmö stad*

Malmö stad anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Fraktkillarna gör gällande att det av Malmö stad uppställda kravet i upphandlingsdokumentets punkt 1.3.4 *Teknisk och yrkesmässig kapacitet* på att anbudsgivarens ska ha erfarenhet och kompetens av minst två referensuppdrag avseende mattransporter till ett värde av minst 1 500 000 kr per år strider mot proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär att en upphandlande myndighet inte får ställa större krav än vad som behövs och som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas och det behov som ska täckas.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
Avdelning 1

**DOM**

Den aktuella upphandlingen avser leverans av färdiglagad mat till Malmö stads äldreboende och dagverksamheter som finns runt om i Malmö. Uppdraget omfattar både förmiddagsturer och eftermiddagsturer för vilka det är olika antal leveransadresser samt olika tidpunkter för när leveransen senast får ske.

Syftet med avtalet är följaktligen att säkerställa leverans av färdiglagad mat mellan tillagnings- och mottagningskök samt retur av matvagnar på ett säkert sätt. Mattransporterna kan inte jämföras med vilka andra transportuppdrag som helst. För att kunna utföra uppdraget krävs det att fordonen är utrustade med eluttag för att kunna säkerställa att den färdiglagade maten hålls varm. Vidare får inte samlastning ske för att minimera riskerna för kontaminering och fordonen ska vid varje enskilt tillfälle vara välstädade för att undvika att maten kontamineras. Det krävs även att chaufförerna har erforderlig kunskap avseende hantering av matvagnar för att kunna hantera och transportera maten i rätt temperatur. Därtill ska maten levereras i rätt tid till de olika leveransadresserna. Om avsteg görs från att transportera maten i rätt temperatur blir maten otjänlig och som följd blir en mängd personer på äldreboendena och på de dagliga verksamheterna utan mat vilket självfallet är förödande. Det är samma sak om maten inte kommer fram i tid eller om maten blir kontaminerad. När en chaufför transporterar möbler från punkt a till punkt b är det följaktligen bara att lasta möblerna och därefter köra transporten. Vid sådana transporter finns det inga krav på att någonting ska hållas varmt, vara välstädat och det spelar inte heller någon roll om chauffören kommer för sent eller samlastar varor. Ansvar för att hantera och transportera mat är således ett stort ansvar och det krävs att anbudsgivaren besitter tillräcklig kunskap. Det är alltså självklart att aktuellt uppdrag att transportera mat skiljer sig från andra typer av transportuppdrag. Mot bakgrund härav har Malmö stad uppställt krav på att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av just mattransporter och inte endast erfarenhet av transportuppdrag som sådana.

Syftet med det aktuella kravet avseende referensuppdrag är att kontrollera att anbudsgivaren har erforderlig erfarenhet och kapacitet för att kunna genomföra kontraktet. Detta med beaktande av den omfattande logistik och planering som är nödvändig för att klara av leveranserna, den kunskap som krävs avseende hantering av matvagnar både inför och under transport samt att leveranserna ska ske till olika adresser i enlighet med upprättat schema och under speciella förhållanden vad gäller temperaturhållning av mat. I upphandlingen har det därmed uppställts krav på att anbudsgivaren ska ha erfarenhet och kompetens av minst två referensuppdrag avseende mattransporter till ett värde av minst 1 500 000 kr per år. Kravet tar alltså sikte på om anbudsgivaren utifrån tidigare erfarenhet har kapacitet att genomföra aktuellt uppdrag av mattransporter. Eftersom värdet av aktuell upphandling uppgår till 14 000 000 kr har Malmö stad svårt att se hur krav avseende två referensuppdrag á 1 500 000 kr per år skulle stå i strid med proportionalitetsprincipen. I aktuell upphandling har Malmö stad kalkylerat med ett något högre pris än det av Fraktkillarna under 2016 angivna priset på 135 kr och utifrån detta gjort en uppskattning på värdet av upphandlingen. För det fall en anbudsgivare inte har erfarenhet av att genomföra mattransporter till ett värde om minst 3 000 000 kr per år har anbudsgivaren helt enkelt inte en sådan erfarenhet och förmåga som krävs för att klara av aktuellt kontrakt. Det uppställda kravet är således effektivt, lämpligt och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Eftersom det inte finns någon specialutbildning avseende mattransporter eller certifiering att genomgå finns det således inte något mindre ingripande alternativ. Ett mindre ingripande alternativ skulle följaktligen innebära att en anbudsgivare inte har den erfarenhet och kompetens som krävs för att kunna fullgöra kontraktet. Vidare står kravet i rimlig proportion till upphandlingsföremålet. Det uppställda kravet strider således inte mot proportionalitetsprincipen.

Att en anbudsgivare inte har den erfarenhet och kompetens som krävs för just en specifik upphandling innebär inte att en anbudsgivare missgynnas av kravet eller att kravet är konkurrensbegränsande.

Att Fraktkillarna inte har den erfarenhet av mattransporter som krävs framgår klart och tydligt av de inlämnade referensuppdragen. Att en anbudsgivare inte har den erfarenhet som krävs i en upphandling kan inte läkas genom att ställa andra krav såsom att anbudsgivaren ska lämna uppgifter om utbildnings- och yrkeskvalifikationer, organisation, antalet anställda eller vilken utrustning anbudsgivaren förfogar över. Dessa krav visar inte vilken tidigare erfarenhet anbudsgivaren har.

#### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

##### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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.

##### *Upphandlingsdokumentet*

I upphandlingsdokumentet, punkt 1.3.4 Teknisk och yrkesmässig kapacitet, uppställs bl.a. följande krav.



”Anbudsgivaren ska ha erfarenhet och kompetens av minst två (2) uppdrag av liknande art och omfattning med det som efterfrågas i denna upphandling. Med liknande avses här åtagande om leverans till företagskund eller offentlig sektor, avseende mattransporter, till ett värde om minst SEK 1 500 000 per år.”

*Förvaltningsrättens bedömning*

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. Fraktkillarna gör gällande att kravet på referenser i upphandlingsdokumentets punkt 1.3.4 strider mot proportionalitetsprincipen, dels med hänvisning till att referenserna ska avse specifikt mattransporter, dels med hänvisning till krävt värde på referensuppdragen.

Upphandlande myndighet har stor frihet när den väljer vilka krav som ska ställas i en upphandling. Kraven måste dock vara förenliga med de allmänna upphandlingsrättsliga principerna, däribland proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kravet ifråga. Kraven måste vidare ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Malmö stad har i nu aktuell upphandling avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet uppställt krav på att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av minst två uppdrag avseende mattransporter till ett värde om vardera minst SEK 1 500 000 kr per år. Syftet med kravet är att kontrollera att anbudsgivaren har erforderlig erfarenhet och kapacitet för att kunna genomföra kontraktet, dvs. har förmåga att säkerställa leverans av färdiglagad mat mellan tillagnings- och mottagningskök samt returerna av matvagnar på ett säkert sätt.

Kravet på att anbudsgivarna har erfarenhet av mattransporter av en viss omfattning har ett direkt samband med upphandlingsföremålet och måste anses

vara ett ändamålsenligt sätt att säkerställa att syftet med kravet uppnås. Enligt förvaltningsrättens mening är det rimligt att kräva att anbudsgivarna har erfarenhet av transport av just matvaror mot bakgrund av att mattransporter i flera avseenden skiljer sig från transport, och därmed sammanhängande handhavande, av annat gods. Det är enligt förvaltningsrättens mening inte visat att anbudsgivaren på annat sätt än genom erfarenhet av mattransporter kan visa att denne besitter tillräcklig förmåga för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Det finns således inte något mindre ingripande alternativ. Kravet är därmed enligt rättens bedömning inte oproportionerligt i detta avseende. Inte heller anser förvaltningsrätten, mot bakgrund av det uppskattade värdet i den nu aktuella upphandlingen, där anbud kan omfatta båda delområdena, att kravet är oproportionerligt såvitt avser referensobjektets värde. Vad Fraktkillarna anför utgör således inte något skäl för ett ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05)

Mattias Steen

Anna Aktermo har föredragit målet.



## Hur man överklagar

FR-05

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

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

### 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.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma 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 infaller på en lördag, söndag eller 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.

### 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 rättstillämpningen.
- 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](http://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.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.