



KLAGANDE

Fruktbudet i Norden AB, 556325-1486

Ombud: Advokat Anders Boquist
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

| | |
|-------------------------|---------------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2015 -06- 0 8 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

MOTPARTER

1. Landskrona kommun

Ombud: Advokaterna Martin Levinsohn och Magnus Myrbäck
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

2. ISS Facility Services AB, 556410-3280

Ombud: Advokat Maria Pedersen
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 13 mars 2015
i mål nr 12656-14, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och bestämmer att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse har gjorts på så sätt att ny anbudsutvärdering görs, varvid anbudet från ISS Facility Services AB inte ska beaktas.

YRKANDEN M.M.

Fruktbudet i Norden AB (Fruktbudet) yrkar att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens dom förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs utan beaktande av anbudet från ISS Facility Services AB (ISS). Till stöd för sin talan anför de bl.a. följande. Dokumentation som bevisar ISS tillhandahåller frukt av klass I har inte bifogats deras anbud. ISS anbud skulle följaktligen uteslutas, eftersom anbudet inte uppfyller det i förfrågningsunderlaget obligatoriska kravet på dokumentation. Det är ett brott mot likabehandlingsprincipen att utvärdera ett anbud trots att det inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav.

Landskrona kommun anser att överklagandet ska avslås. Kommunen kommenterar inte frågan om dokumentation avseende frukt klass I.

ISS anser att överklagandet ska avslås. ISS kommenterar inte frågan om dokumentation avseende frukt klass I.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I punkt 3.1.2 i förfrågningsunderlaget anges att dokumentation som bevisar att leverantören tillhandahåller frukt av klass I ska bifogas anbudet.

Fruktbudet anser att ISS inte har bifogat sådan dokumentation till anbudet och därför borde ha uteslutits.

Av utredningen framgår att ISS först i förvaltningsrätten har gett in ett e-postmeddelande i vilket bolagets leverantör bekräftar att all frukt som levereras är av klass I. ISS har således inte uppfyllt kravet i punkt 3.1.2 på att till anbudet bifoga dokumentation som bevisar att de tillhandahåller frukt av klass I.

Genom att trots detta utvärdera ISS anbud har Landskrona kommun agerat i strid med likabehandlingsprincipen och därmed brutit mot 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Frukttudet, som enligt tilldelningsbeslutet placerats på andra plats, har lidit skada till följd av det aktuella felet. Upphandlingen ska således rättas genom ny anbudsutvärdering med uteslutning av ISS anbud.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



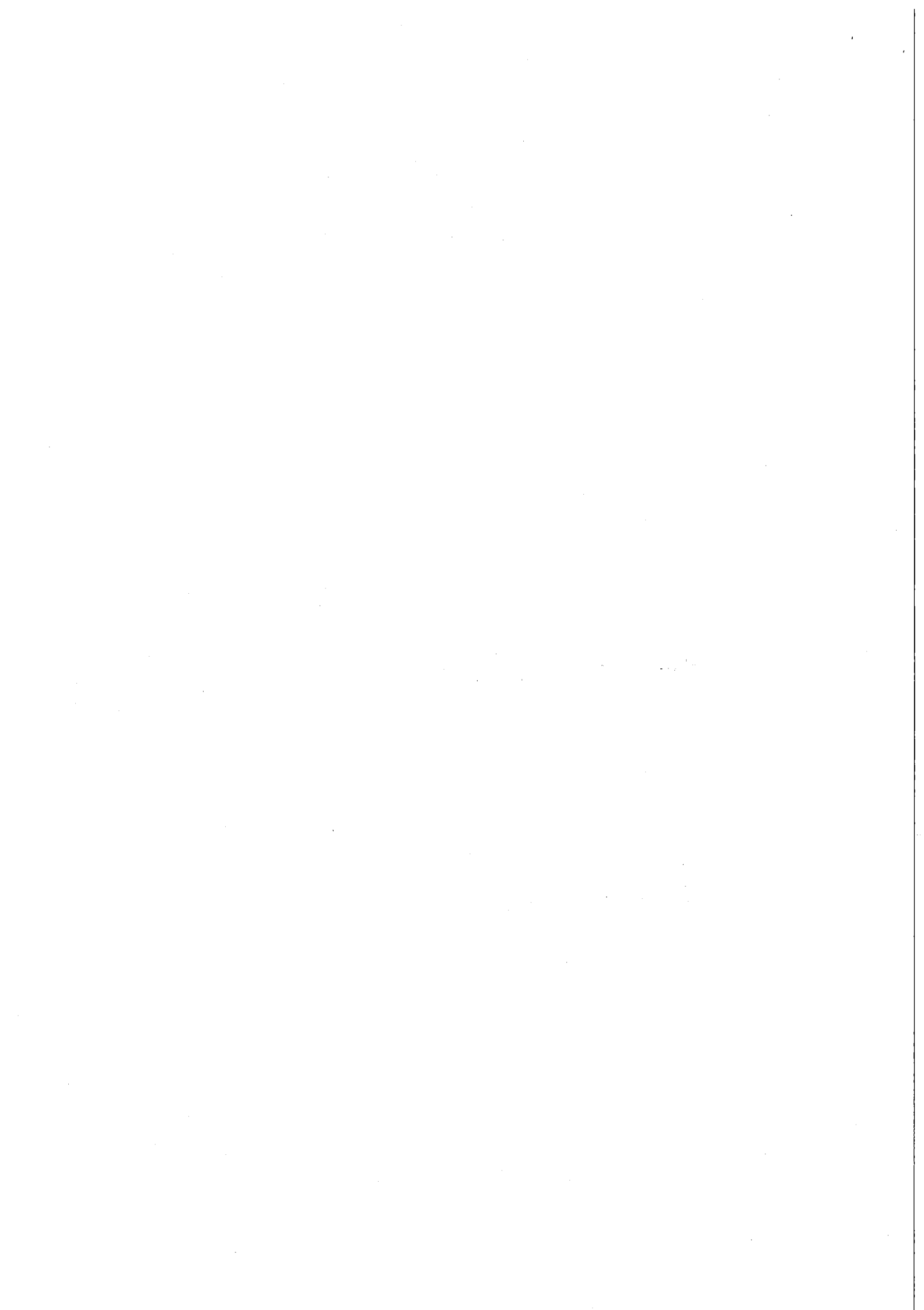
Anders Bengtsson



Åsa Ståhl
referent



Emma Lundgren





FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Marita Ekdahl

DOM
2015 -03- 13
Meddelad i
Malmö

Mål nr
12656-14

Sida 1 (8)

SÖKANDE

Fruktbudet i Norden AB, 556325-1486
Lommavägen 39
232 35 Arlöv

Ombud: Advokat Anders Boquist
MAQS Advokatbyrå Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Landskrona stad
Stadshuset
261 80 Landskrona

Ombud: Advokat Martin Levinsohn och advokat Magnus Myrbäck
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 4501
203 20 Malmö

PART

ISS Facility Services AB, 556410-3280
Box 47635
117 94 Stockholm

Ombud: Advokat Maria Pedersen
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Fruktbudet i Norden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 240096

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Landskrona stad genomför en upphandling av fruktkorvar. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande. Genom tilldelningsbeslut den 29 november 2014 har ISS Facility Services AB (ISS) tilldelats kontraktet.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Fruktbudet i Norden AB (Fruktbudet) har ansökt om överprövning av upphandlingen och anför bl.a. följande.

ISS har tilldelats uppdraget trots att man inte kunnat styrka kraven på dokumentation i enlighet med punkten 3.1.2 i förfrågningsunderlaget. I punkten efterfrågas dokumentation som visar att leverantören kan bevisa att frukten som kommer att levereras är ekologisk. ISS har på denna punkt endast hänvisat till en av sina leverantörers certifikat. Fruktbudet menar därför att ISS inte uppfyller ett av de mest centrala krav som kan ställas vid en upphandling av ekologisk frukt.

ISS borde ha ett eget certifikat för den egna produktionen. Ett certifikat från SMAK är en garant för att den ekologiska kedjan är intakt. Att ompaketera ekologisk frukt utan att själv ha ett certifikat för denna typ av produktion, är inte förenligt med den standard/sedvänja som finns för denna typ av produktion. Om ISS ska kunna åberopa en leverantörs certifikat så måste bolaget också kunna visa att all frukt för uppdraget kommer att köpas från just denna leverantör. Fruktbudet menar att detta är omöjligt att bevisa. I vilket fall kommer bolaget inte kunna bevisa att den egna produktionen/ompaketeringen följer de krav som ställs på hanteringen av ekologiska livsmedel. Mot denna bakgrund bör ISS:s anbud diskvalificeras och Fruktbudets anbud i stället antas.

Landskrona stad bestrider bifall till Fruktbudets ansökan och anför bl.a. följande. ISS har i svarsformuläret med ett kryss markerat att det aktuella kravet är uppfyllt. Vidare har ISS i en bilaga till anbudet bifogat sin leverantörs certifikat avseende införsel och ompaketering av frukt och grönsaker. Av certifikatet följer att erbjuden frukt uppfyller rådets förordning 834/2007 samt kommissionens förordning 889/2008 om ekologisk produktion och märkning av ekologiska produkter.

Förfrågningsunderlagets punkt 3.1.1 innebär ett krav på att frukt ska vara producerad i enlighet med bestämmelser om ekologisk produktion. Något särskilt krav på efterföljande hantering ställs inte upp. Vidare förtjänar att nämnas att kravet är begränsat till att anbudsgivaren ska kunna erbjuda ekologisk frukt i sitt sortiment och således inte avser all frukt. Det framgår således av ordalydelsen att det inte uppställs krav på att anbudsgivarens egen verksamhet behöver vara certifierad av SMAK, eftersom det i praktiken skulle innebära ett krav på att all frukt från anbudsgivaren är ekologisk.

Beträffande bedömningen av ISS:s kravuppfyllelse är vidare av särskild betydelse att ISS inte bedriver någon egen produktion, utan endast agerar som återförsäljare. Ett krav på certifiering av ISS:s verksamhet skulle därför inte ha någon praktisk betydelse, eftersom den inte skulle påverka den praktiska hanteringen av frukten. Vidare är det förmodligen inte möjligt för ISS att erhålla en certifiering av aktuellt slag. Ett eventuellt krav på certifiering av återförsäljare skulle därmed vara oproportionerligt eftersom det skulle innebära att återförsäljare av samma slag som ISS utesluts från möjlighet att delta i upphandlingen.

Fruktbudet har i gemälen tillagt bl.a. följande. Enligt punkten 3.1.1 i förfrågningsunderlaget ska leverantören i sitt sortiment erbjuda ekologisk frukt som är producerad enligt förordningarna (EG) 834/2007 och (EG)

889/2008. Av samma punkt framgår vidare att frukt producerad utanför EU ska uppfylla kravet Fairtrade eller likvärdigt. I punkten 3.1.2 anges att dokumentation som bevisar att leverantören tillhandahåller frukt av klass 1 och att Ekologisk och Fairtrade- (rättvisemärkt) producerad frukt uppfyller ställda krav ska bifogas anbudet.

Som bevis har ISS till anbudet fogat ett certifikat utfärdat för Ewerman AB, enligt vilket Ewerman AB:s verksamhet uppfyller de aktuella förordningarna, samt ett "Licence Contract" mellan Fairtrade Sverige AB och STC Greenfood AB enligt vilket STC Greenfood AB har rätt att använda det registrerade varumärket Fairtrade.

Den till anbudet bifogade dokumentationen bevisar inte att ISS tillhandahåller frukt av klass 1 och Ekologisk och Fairtrade- (rättvisemärkt) producerad frukt. ISS uppfyller således inte det i förfrågningsunderlaget angivna obligatoriska kravet på dokumentation.

En leverantör får enligt LOU vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska i sådant fall, genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen ifråga eller på annat sätt, visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Något sådant bevis har ISS inte bifogat till anbudet.

Landskrona stad har anfört ytterligare följande. Staden har inte haft någon anledning att ifrågasätta att det förelegat ett avtal mellan ISS och dess underleverantör som innebär att ISS:s underleverantör har en skyldighet att leverera frukt vid avrop från ISS:s sida. För att undanröja varje eventuellt tvivel i det avseendet har staden nu efterfrågat och erhållit utdrag från aktuellt avtal som bekräftar detta förhållande. I upphandlingen förekommer

inga krav på teknisk eller yrkesmässig kapacitet som skulle ha föranlett ISS att åberopa annat företags kapacitet.

ISS har anfört bl.a. följande. ISS har till sitt anbud bifogat dels ett intyg avseende Ewerman AB som visar att verksamheten uppfyller kraven i förordningarna 834/2007 och 889/2008 och dels ett licensierat kontrakt från Fairtrade Sverige AB avseende STC Greenfood AB. Båda dessa handlingar uppfyller var och en för sig kraven i punkten 3.1.1 i förfrågningsunderlaget.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Precis som Fruktbudet anför så ska leverantören visa att denne kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Den avgörande tidpunkten för när resurserna ska förfogas över är inte tidpunkten för upphandlingen, utan när kontraktet ska fullgöras. Någon skyldighet för ISS att bifoga avtalet till anbudet har inte förelegat.

ISS har nu ingett ett avtal mellan ISS och Ewerman AB som visar att ISS:s underleverantör har en skyldighet att leverera frukt till ISS. STC Greenfood AB ingår i samma koncern som Ewerman AB och omfattas därigenom av Ewerman AB:s åtagande.

Fruktbudet har avslutningsvis tillagt bl.a. följande. Det bestrides att ett avtal som innebär att ISS:s underleverantör har skyldighet att leverera frukt vid avrop från ISS:s sida uppfyller de i förfrågningsunderlagets punkt 3.1.1 angivna kraven. Dessa krav avser nämligen att leverantören i sitt sortiment ska erbjuda ekologisk frukt som är producerad enligt förordningarna (EG) 834/2007 och (EG) 889/2008 och att frukt producerad utanför EU ska uppfylla kravet Fairtrade eller likvärdigt, vilket knappast kan framgå av det

förhållandet att ISS:s underleverantör har skyldighet att leverera frukt vid avrop från ISS:s sida.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Förvaltningsrättens bedömning

När kriterier och regler för kvalificering, som innefattar krav som rör leverantörernas ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet, ställs för en leverantör enligt LOU vid behov åberopa andra företags kapacitet, förmåga eller kunnande. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att det i målet aktuella kravet inte hänför sig till leverantörernas ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet. Något krav på att visa att man förfogar över annat företags kapacitet har därför inte förelegat.

Landskrona stad har i sitt förfrågningsunderlag, under punkten 3.1.1, ställt krav på att leverantören i sitt sortiment ska erbjuda ekologisk frukt som är producerad enligt förordningarna (EG) 834/2007 och (EG) 889/2008. Vi-

dare ska frukt som är producerad utanför EU uppfylla kravet Fairtrade eller likvärdigt. I punkten 3.1.2 ställs krav på att dokumentation som bevisar att leverantören tillhandahåller frukt av klass 1 samt att ekologisk och Fairtrade- (rättvisemärkt) producerad frukt uppfyller ställda krav ska bifogas anbudet.

Fruktbudet har gjort gällande att eftersom ISS inte har ett certifikat för den egna produktionen kan bolaget inte anses uppfylla kravet på leverans av ekologisk frukt. Att ompaketera ekologisk frukt utan att själv ha certifikat är enligt Fruktbudet inte förenligt med den standard som finns för denna typ av produktion. Den dokumentation som bifogats ISS:s anbud visar enligt Fruktbudet endast på att Ewerman AB uppfyller de aktuella förordningarna samt att STC Greenfood AB har rätt att använda det registrerade varumärket Fairtrade, medan dokumentationen således inte visar att ISS uppfyller kravet.

ISS har i sitt anbud med ett kryss markerat att det aktuella kravet är uppfyllt. Vidare har ISS i en bilaga till anbudet bifogat ett certifikat som visar att Ewerman AB uppfyller förordningarna (EG) 834/2007 och (EG) 889/2008 samt ett "Licence Contract" som visar att STC Greenfood AB har rätt att använda det registrerade varumärket Fairtrade.

Enligt förvaltningsrättens bedömning innebär kravet att anbudsgivaren ska erbjuda ekologisk frukt, producerad enligt de ovan nämnda förordningarna, samt Fairtrade- (rättvisemärkt) producerad frukt. Något krav på att anbudsgivarens egen verksamhet ska vara certifierad kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget. Inte heller har det uppställts något särskilt krav på den efterföljande hanteringen. ISS har till anbudet bifogat dokumentation som visar att Ewerman AB och STC Greenfood AB uppfyller det ställda kravet. Då det inte framkommit annat i målet än att Ewerman AB och STC Greenfood AB är leverantörer till ISS, får ISS anses uppfylla det ställda skalkra-

vet. Fruktbudet har inte heller i övrigt anfört något som tyder på att upphandlingen har utförts i strid med LOU eller någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte och Fruktbudets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Ola Brändström



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

