



SÖKANDE

Fruktbudet i Norden AB, 556325-1486

Ombud: advokaterna Anders Boquist och Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPARTER

1. Landskrona stad

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

2. Levande Interiör
Hammargatan 8
262 71 Ängelholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Landskrona stads upphandling av fruktkorgar (dnr 2014/677/080.200) ska göras om.



BAKGRUND

Landskrona stad (Staden) genomför en upphandling av fruktkorgar (dnr 2014/677/080.200). Av tilldelningsbeslut den 8 juni 2015 framgår att anbudet från Levande Interiör Sverige AB (Levande Interiör) har antagits. Övriga anbud har förkastats med motiveringen att de inte uppfyller kravet (enligt punkten 3.1.2 i förfrågningsunderlaget) på att bifoga dokumentation som bevisar att leverantören tillhandahåller frukt av klass I. Förkastandet av Fruktbudet i Norden AB:s anbud har även motiverats med att certifikaten för Fairtrade gått ut.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Fruktbudet i Norden AB (Fruktbudet) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs i enlighet med Kammarrätten i Göteborgs dom den 5 juni 2015 i mål nr 1294-15. I andra hand yrkar Fruktbudet att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att en ny anbudsutvärdering skett med beaktande av från Fruktbudet. I sista hand yrkar fruktbudet att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Som grund för sin talan anför Fruktbudet bl.a. följande. Kammarrätten i Göteborg förordnade i dom i mål nr 1294-15, vid en tidigare överprövning av aktuell upphandling, att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs, varvid anbudet från ISS Facility Services AB (ISS) inte ska beaktas. Staden har inte efterkommit Kammarrättens dom. Kammarrättens förordnande innebär i praktiken att sedan tidigare beslutad rangordning ska tillämpas, med bortseende från anbudet från ISS. Staden har inte genomfört en ny utvärdering

i enlighet med domen. Staden har istället genomfört en förnyad granskning av huruvida inkomna anbud uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda dvs. en förnyad kvalificering av anbudet. Stadens agerande saknar stöd i kammarrättens avgörande och innebär en överträdelse av LOU. Vidare innebär Stadens agerande ett brott mot instansordningsprincipen. Frågan om huruvida anbudet från Fruktbudet uppfyller obligatoriska krav är redan avgjord genom det ursprungliga tilldelningsbeslutet den 29 november 2014. Detta beslut har inte överprövats i fråga om kvalificering av anbudet från Fruktbudet. Det saknas möjlighet för Staden att i strid med kammarrättens domslut genomföra en förnyad prövning av inkomna anbuds uppfyllnad av obligatoriska krav. Rättelse bör ske på så sätt att förvaltningsrätten förordnar att kammarrättens dom ska efterlevas, dvs. en ny utvärdering (i betydelsen tillämpning av tilldelningskriterierna) genomförs med bortseende från anbudet från ISS. Övriga anbud ska därmed beaktas i enlighet med den tidigare genomförda kvalificeringen av anbudsgivare och anbud.

Staden har i strid med LOU, EU-domstolens praxis och inhemsk praxis sammanblandat kvalifikationsfasen och utvärderingsfasen i upphandlingsförfarandet. Kammarrättens dom ska rätteligen tillämpas så att de i upphandlingen angivna kriterierna för tilldelning tillämpas på samtliga anbud, utom anbudet från ISS. Detta har Staden inte gjort. Grund för ingripande enligt LOU föreligger följaktligen och rättelse bör ske i enlighet med Fruktbudets yrkande i första hand. Fruktbudet har lidit eller kan komma att lida skada till följd av Stadens agerande då ett korrekt förfarande hade lett till att Fruktbudet hade antagits som leverantör. Skadan består i uteblivna intäkter.

För det fall förvaltningsrätten finner att Staden haft rätt att genomföra en förnyad kvalificering av inkomna anbud ska anbudet från Fruktbudet rätteligen anses vara kvalificerat för utvärdering. Utvärdering ska ske med be-

aktande av Fruktbudets anbud eftersom anbudet uppfyller samtliga obligatoriska krav. Fruktbudet bestrider Stadens påstående om att bevis för kravuppfyllnad saknas. Rättelse bör på denna grund ske i enlighet med Fruktbudets yrkande i andra hand. Fruktbudet har lidit eller kan komma att lida skada till följd av Stadens överträdelse av LOU då ett korrekt förfarande hade lett till att Fruktbudet hade antagits som leverantör. Skadan består i uteblivna intäkter.

För det fall förvaltningsrätten finner att anbudet från Fruktbudet inte ska beaktas i upphandlingen bör upphandlingen göras om då inget av inkomna anbud uppfyller de obligatoriska krav som ställts. Anbudet från Levande Interiör uppfyller inte kravet i punkt 3.1.2 på att till anbudet bifoga dokumentation som bevisar att de tillhandahåller frukt av klass I. Det dokument som bifogats av Levande Interiör är en försäkran av Levande Interiör. Dokumentet är en partsinlaga i vilken Levande Interiör upprepar vad som redan framgår av att man i anbudsformuläret angivit att samtliga krav uppfylls. En egen försäkran om kravuppfyllelse utgör inte bevis på kravuppfyllelse. Levande Interiör har alltså inte uppfyllt kravet på efterfrågad dokumentation. Genom att trots detta utvärdera anbudet från Levande Interiör har Staden agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Anbudet från Levande Interiör ska rätteligen förkastas varvid det inte återstår några kvalificerade anbud i upphandlingen. Upphandlingen ska på denna grund göras om. Fruktbudet har lidit eller kan komma att lida skada till följd av Stadens överträdelse av LOU. Staden har utvärderat ett anbud trots att krav på dokumentation inte uppfylls, men uteslutit anbudet från Fruktbudet med hänvisning till ett påstående om att krav på dokumentation inte uppfyllts. Fruktbudets anbud hade antagits om anbudet behandlats på samma sätt som anbudet från Levande Interiör. Skadan består i uteblivna intäkter.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det var inte Stadens avsikt att anbud som inte innehöll dokumentation som visade att

bolaget tillhandahåller frukt av klass I skulle förkastas, och Staden hade därför inte heller vid den första anbudsprövningen tillämpat kravet på det sättet. Då Kammarrätten i Göteborg genom domen i mål nr 1294-15 anvisat att ISS anbud skulle förkastas för att det inte innehöll bevisning av ifrågavarande slag, skulle det stå i strid med likabehandlingsprincipen att godta andra anbud med motsvarande brist. Då Levande Interiörs anbud var det enda anbud som visade att bolaget tillhandahåller frukt av klass I beslutade Staden att endast godta det anbudet. Staden har inte gjort någon ny kvalificering av anbudsgivarna, utan endast gjort en ny prövning av anbuderna utifrån de förutsättningar som kammarrätten anvisat genom sin

Enligt Stadens uppfattning är av Fruktbudet förordad tolkning av domen ologisk och nästan absurd. Det kan inte ha varit kammarrättens avsikt att domen skulle tvinga Staden att förkasta ISS anbud eftersom det inte uppfyllde aktuellt beviskrav och samtidigt förhindra Staden från att förkasta övriga anbud med exakt samma brist. Under alla förhållanden skulle en sådan tillämpning av domen stå i strid med likabehandlingsprincipen.

Fruktbudet har inte till anbudet bifogat någon dokumentation som visar att bolaget tillhandahåller frukt av klass I. Fruktbudets påstående om att aktuellt krav varit uppfyllt saknar belägg och bestrids av Staden.

Levande Interiör har med anbudet ingett dokumentation som visar att bolaget tillhandahåller frukt av klass I, vilket innebär att aktuellt beviskrav är uppfyllt. Fruktbudets påstående om att Levande Interiör inte uppfyllt aktuellt krav är grundlöst.

Levande Interiör har getts tillfälle att yttra sig över ansökan men har inte hörts av.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § 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.

Av 16 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.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Fruktbudet gör gällande att Staden handlat i strid med LOU och instansordningsprincipen och att Staden inte efterkommit Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1294-15, då Staden efter kammarrättens dom har gjort en ny prövning av samtliga anbud. Förvaltningsrätten kan konstatera att tilldelningsbeslut i sig inte har någon bindande verkan. En upphandlande myndighet som upptäcker att den gjort fel vid sin prövning eller utvärdering av anbud i en upphandling kan därmed fatta ett nytt tilldelningsbeslut, förutsatt att något kontrakt inte tecknats i upphandlingen. Enligt förvaltningsrätten gäller detta oavsett om detta upptäckts av upphandlande myndighet sedan en överprövning av aktuell upphandling gjorts i domstol.

Vid en ny anbudsprövning eller utvärdering är upphandlande myndighet dock skyldig att följa domstolens bedömning i den del som prövats i en lagakraftvunnen dom. Staden har därmed enligt förvaltningsrättens mening haft rätt att göra en ny prövning av huruvida anbuden i upphandlingen uppfyller bl.a. kravet i förfrågningsunderlaget punkt 3.1.2 på att bifoga doku-

mentation som bevisar att leverantören tillhandahåller frukt av klass I och vid denna prövning utgå från den bedömning som kammarrätten gjort i mål 1294-15.

Vid den nya prövningen som Staden gjort har Fruktbudet inte bedömts uppfylla kravet i punkt 3.1.2 i förfrågningsunderlaget på att bifoga dokumentation som bevisar att leverantören tillhandahåller frukt av klass I. Fruktbudet gör gällande att bolagets anbud uppfyller kravet. Förvaltningsrätten anser dock inte att Fruktbudet förmått visa att så är fallet. Staden har därmed haft fog för att förkasta Fruktbudets anbud.

Fruktbudet gör slutligen gällande att för det fall förvaltningsrätten anser att Staden har haft fog för att göra en ny anbudsprövning och därvid utesluta anbudet från Fruktbudet så skulle Staden även utesluta anbudet från Levande Interiör då inte heller detta anbud uppfyller kravet på dokumentation i punkt 3.1.2, vilket innebär att inget anbud uppfyller kravet i upphandlingen. Fruktbudet har oemotsagt uppgett att den dokumentation som Levande Interiör lämnat in i samband med sitt anbud är en egen försäkran om att bolaget uppfyller kravet. Detta kan enligt förvaltningsrättens mening inte utgöra ett sådant bevis som begärts enligt punkt 3.1.2. Levande Interiörs anbud uppfyller därmed inte heller det nu aktuella kravet. Detta anbud borde därför också ha förkastats vid Stadens förnyade prövning.

Staden har handlat i strid med det upphandlingsrättsliga regelverket, främst likabehandlingsprincipen, genom att anta ett av flera anbud som inte uppfyller samtliga krav. Fruktbudet, som fått sitt anbud förkastat, måste anses lida eller kunnat komma att lida skada till följd av Stadens agerande. Det förligger därmed skäl för förvaltningsrätten att besluta om ett ingripande enligt LOU. Eftersom det under föreliggande omständigheter inte är möjligt att besluta om någon rättelse ska upphandlingen göras om. Fruktbudets ansökan om överprövning ska därmed bifallas i enlighet med detta.

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



Anders Mattsson

Anna Aktermo har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill stycka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

