



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM
2016-04-13
Meddelad i
Malmö

Mål nr
704-16



Ankomstdatum
2016-04-13

SÖKANDE

Fruktbudet i Norden AB, 556325-1486
Voltavägen 13 A
168 69 Bromma

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

MOTPART

Lunds Universitet
Box 117
221 00 Lund

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Dok.Id 306650

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

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

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Lunds Universitet genomför en upphandling benämnd Fruktkorgar via bud. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 15 januari 2016 ska uppdraget tilldelas ISS Facility Services (ISS).

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Fruktbudet i Norden AB (Fruktbudet) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Till grund för ansökan anförts i huvudsak följande. Universitetet har behandlat leverantörer i lika situation olika, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Några sakliga skäl härför föreligger inte. Fruktbudets anbud har förkastats på den grunden att intyg från kreditupplysningsföretag beträffande bolagets ekonomiska ställning var äldre än tre månader samt att ett dokument avseende kvalitetssäkring som bolaget hänvisat till i sitt anbud saknades. Vinnande anbudsgivare ISS har i sitt anbud hänvisat till ”SMAK Certifikat Malmö” för att uppfylla det i förfrågningsunderlaget punkten 2.7 angivna kravet att ”Anbudsgivaren ska vara certifierad enligt RIP (riktlinjer för hygien-, miljö- och kvalitetsarbete i potatispackerier) eller motsvarande. Certifieringsintyg utförd av SMAK eller motsvarande organ ska bifogas anbudet.” Universitetet har i strid med LOU och likabehandlingsprincipen tillåtit ISS att som enda anbudsgivare, efter anbudstidens utgång, komplettera sitt anbud med ny dokumentation. Övriga anbudsgivare har diskvalificerats. ISS tilläts komplettera sitt anbud med nya bevis för att uppfylla det i förfrågningsunderlaget i punkt 2.7 angivna kravet. Efter kompletteringen har universitetet godtagit den av ISS ingivna dokumentationen. De ingivna handlingarna innehåller dock inga bevis alls om att ISS uppfyller kraven i RIP, inklusive HACCP som ett av avsnitten i RIP handlar om. ISS:s anbud borde följaktligen diskvalificerats. Genom att godkänna ISS trots att det inte uppfyller samtliga obligatoriska

krav har universitetet brutit mot LOU. Universitetets handläggning innebär, oavsett om kompletteringen kan anses tillåten eller ej och oavsett om Fruktbudets anbud uppfyller ställda krav eller ej, att ISS anbud godtagits i strid med LOU och likabehandlingsprincipen medan Fruktbudets anbud inte utvärderats, vilket medför att Fruktbudet gått miste om möjligheten att vinna upphandlingen. Detta innebär att Fruktbudet lidit eller i vart fall kan komma att lida skada i form av uteblivna intäkter. Handläggningen har inneburit både otillåten särbehandling och konkurrensbegränsning. Hade universitetet följt likabehandlingsprincipen hade även Fruktbudet tillåtits komplettera sitt anbud och därmed gått vidare till utvärdering. Bristerna i handläggningen är sådana att upphandlingen måste göras om.

Lunds Universitet bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. ISS har uppfyllt alla s.k. skall-krav. ISS var den enda anbudsgivaren som kvalificerade sig i upphandlingen och ska därför rätteligen kvarstå som vinnare. Universitetet har inte brutit mot LOU eller någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Universitetet har låtit två leverantörer komplettera sina respektive anbud och har haft sakliga skäl för detta. Det har varit fråga om befintliga uppgifter som har konkretiserats. De uppgifter som framgår av ISS anbud har varit fullt tillräckliga för att kunna bekräfta att anbudsgivaren har efterfrågad erfarenhet. Det saknas rättslig grund för att upphandlingen ska göras om. Det bestrids att Fruktbudet har lidit den skada som påstås. Fruktbudets anbud har förkastats på flera grunder och bolaget har inte kunnat vinna upphandlingen pga. brister i dess lämnade anbud. Fruktbudet har till anbudet, i strid mot krav i förfrågningsunderlaget i punkten 2.5, bifogat intyg från kreditupplysningsföretag som var äldre än tre månader räknat från sista dag för lämnade av anbud. Likabehandlingsprincipen har förhindrat universitetet att godkänna ett intyg som är utanför det tillåtna datumspannet. Texten avseende de tre månaderna kan inte missförstås. Universitetet har därför haft

rätt att underkänna Fruktbudets anbud på denna grund. Fruktbudet har inte heller uppfyllt kravet i punkten 2.6 Teknisk och yrkesmässig kapacitet eftersom bolaget inte uppgivit hur man i dagsläget säkrar inköpsavtal med underleverantör, beställningar från kund, reklamationer och returer. Universitetet har därför även på denna grund haft rätt att underkänna Fruktbudets anbud i kvalificeringsfasen.

Vad gäller kravet i punkten 2.7 Certifiering enligt RIP eller motsvarande ska detta förstås mot vad som sägs i Frågor och svar (fråga 5). I det här fallet har det viktiga för universitetet varit att anbudsgivarna kan svara ja på att den har ett hygien-, miljö- och kvalitetsarbete och att detta kvalitetsarbete uppnår en sådan godtagbar nivå att den kan verifieras med intyg från tredje part. En RIP-certifiering är ett sätt att visa att nämnda arbete håller godtagbar nivå, men i förfrågningsunderlaget återfinns ordet ”motsvarande”. Ett exempel på annan slags certifiering som är motsvarande är ISO 9001 samt ISO 14001. ISO 9001 är vad ISS i sitt anbud nämnt att det är certifierat enligt. Under punkten 2.6 har ISS dessutom utförligt beskrivit sitt hygien-, miljö- och kvalitetsarbete. ISS har alltså besvarat förfrågningsunderlagets fråga under punkten 2.7 jakande, nämnt eller beskrivit detta arbete på mer än ett ställe i sitt anbud samt tillagt ”Se bilaga 2 SMAK Certifikat Malmö”. Universitetet har i förfrågningsunderlaget angett att certifieringsintyg utfärdat av SMAK, eller motsvarande organ ska bifogas anbudet. Med denna skrivning avsåg universitetet att få in intyg som kunde verifiera riktlinjer för samtliga nämnda arbetsätt. Ett par anbudsgivare skickade in SMAK-intyg, precis som det begärts i förfrågningsunderlaget, men omfattande endast ett av de tre arbetsätten eller policies skrivna av det egna bolaget. Såväl ISS som ett annat företag har ingivit SMAK-intyg som endast avser arbetet med ekologisk frukt. Eftersom ISS på ett annat ställe i anbudet förklarat att det är certifierat enligt ISO 9001, blev det fråga om en godtagbar komplettering, en konkretisering i form av ISO-intyg av en tidigare, i korrekt tid, lämnad

uppgift. ISS lämnade in intyg för både ISO 9001 och ISO 14001. Kravet i punkt 2.7 uppfylls följaktligen av ISS. Av ISS anbud framgår även att bolaget bl.a. arbetar utifrån BRC-standarden, global standard för livsmedels säkerhet. I BRC-standarden utgör HACCP en del av arbetet men det finns även långtgående krav på kvalitetsledningssystem, lokaler, personal mm. Universitetet har inte velat uppställa ett obligatoriskt krav på HACCP. Detta bl.a. för att inte begränsa konkurrensen och för att inte förbigå andra fullt godtagbara relevanta sätt att arbeta med hygien, miljö och kvalitet. EU-kommissionens vägledning för tillämpning av HACCP är endast ett utkast och inte har antagits eller på annat sätt godkänts av Europeiska kommissionen. Uppgifterna bör enligt vad som anges i dokumentet användas med försiktighet.

Det hade varit konkurrensbegränsande att endast tillåta RIP-certifiering, även om universitetet medger att det finns skillnader avseende vissa principer eller arbetssätt i en jämförelse mellan RIP och olika ISO-certifieringar. Det faktum att RIP innehåller ett visst uttryck såsom HACCP och just sju principer beskrivna på visst sätt hindrar inte att annat slags likvärdigt hygienarbete, som t.ex. nämnda ISO, från att vara godtagbart. Det ska påpekas att inte heller Fruktbudet nämnt HACCP i sitt anbud, men genom att bifoga ISO 9001, ISO 14001 och SMAK-intyg avseende ekologisk frukt är kravet i punkt 2.7 ändå uppfyllt för Fruktbudet.

Universitetet har inte behandlat anbudsgivare i lika situation olika. Det har varit fråga om två helt olika situationer. Vad gäller kravet i 2.5 har endast en anbudsgivare trots den tydliga formuleringen lämnat in ett för gammalt UC-intyg. Det står ingenstans i anbudet att ett intyg avseende rätt datumintervall existerar. I den andra situationen som gäller kravet i punkten 2.7 är det fråga om en text i förfrågningsunderlaget som rent semantiskt kan tolkas som att det räcker för att uppfylla kravet att svara ja och skicka in ett intyg från

tredjepartsrevision. Mer än en anbudsgivare har gjort en annan tolkning av förfrågningsunderlaget än den av universitetet avsedda. Inom ramen för likabehandlingsprincipen har båda dessa anbudsgivare fått förtydliga sina anbud. Endast ISS inkom med en komplettering som universitetet kunde tillåta. ISS har utifrån skrivningen i förfrågningsunderlaget haft fog för att tro att *ett* intyg av tredjepart, nämligen SMAK, var tillräckligt för att uppfylla det obligatoriska kravet. Om universitetet hade diskvalificerat en anbudsgivare trots att denne skickat in ett SMAK-intyg skulle detta sannolikt uppfattas som ett brott mot transparensprincipen.

Fruktbudet genmäler i huvudsak följande. Kravet i punkten 2.7 är klart och tydligt angivet och kan inte tolkas så som universitetet gör gällande. Anbudsgivaren skall således vara certifierad enligt RIP och certifieringsintyg utförd av SMAK eller motsvarande organ skall bifogas anbudet. Vad ISS har haft fog för att tro att kravet innebar saknar betydelse i målet. Även vad universitetet har velat att kravet skulle innebära saknar betydelse. Det är inte tillåtet att i efterhand ändra kravet. ISS anbud uppfyllde inte kravet i punkten 2.7. Om så hade varit fallet hade någon komplettering inte behövt begäras. Det har inte heller varit fråga om konkretisering av redan befintliga uppgifter. Någon uppgift om att ISS är certifierat enligt RIP eller motsvarande finns inte i anbudet. Det SMAK-intyg som bifogats visar inte heller att ISS uppfyller kravet. ISS har inte heller bifogat något ISO-intyg till anbudet. ISS har följaktligen inte bifogat certifieringsintyg ”utfört av SMAK eller likande organ” till sitt anbud. Inte heller efter komplettering med ”SMAK-certifikat Malmö och ISO certifikat uppfyller ISS kravet. Varken ISO 9001 eller ISO 14001 innehåller de krav som avses med HACCP. Det hänvisas härvid till EU-kommissionens vägledning för tillämpning av HACCP. Där anges bl.a. att företaget skall utforma fullständig beskrivning av produkter, med relevant säkerhetsinformation, att företaget ska förteckna alla eventuella faror som rimligen kan förutses i varje steg av processen samt att företaget bör specificera de metoder som ska användas för att be-

döma om HACCP fungerar korrekt. Att dessa förhållanden inte framgår av varken ISO 9001 eller ISO 14001 framgår av standarderna i fråga och innehållet i RIP. Fruktbudet uppfyller inte kravet i punkten 2.7 varken före eller efter kompletteringen. Att Fruktbudet under andra punkter i anbudet nämnt att bolaget är certifierat enligt ISO 9001 samt även nämnt BRC gör inte att kravet i punkten 2.7 är uppfyllt. Fruktbudet har för övrigt inte heller angett att man arbetar enligt BRC utan endast att bolaget kräver att leverantörerna efterlever BRC. Orden ”hygienarbete” och ”hygien” förekommer överhuvudtaget inte i Fruktbudets anbud. Att låta Fruktbudet komplettera sitt anbud var rättsligt sett det samma som att låta ISS göra det. Det är inte tillåtet att låta en anbudsgivare att komplettera sitt anbud avseende ett kvalificeringskrav medan en annan anbudsgivare vägras denna möjlighet. Universitet borde därför uppmanat Fruktbudet att komplettera sitt anbud. Fruktbudet fick inte konkurrera med ISS på lika villkor.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

Förvaltningsrättens bedömning

Fruktbudet gör gällande att Lunds Universitet brutit mot LOU genom att låta ISS, men inte Fruktbudet, komplettera sitt anbud efter anbudstidens utgång samt genom att anta anbudet från ISS trots att detta inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Fruktbudet uppger sig ha lidit eller riskerat att lida skada till följd av att ISS anbud godtagits medan Fruktbudets anbud inte utvärderats, vilket medför att Fruktbudet gått miste om möjligheten att vinna upphandlingen.

Inledningsvis kan konstateras att det i målet är ostridigt att Fruktbudet, i strid med ett obligatoriskt krav i upphandlingen, till sitt anbud bifogat intyg från kreditupplysningsföretag som var äldre än tre månader räknat från sista dag för lämnade av anbud. Fruktbudet anser att bolaget borde ha fått tillfälle att komplettera sitt anbud eftersom en annan leverantör har fått denna möjlighet avseende ett annat krav i upphandlingen. Av LOU följer emellertid ingen skyldighet för upphandlande myndigheter att bereda en anbudsgivare tillfälle att komplettera sitt anbud. Rätten delar dessutom universitetets bedömning att det utifrån den aktuella bristen i Fruktbudets anbud inte hade varit förenligt med LOU att medge bolaget att komplettera anbudet. Då Fruktbudet inte har uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen har Lunds Universitet haft fog för att förkasta bolagets anbud. Den omständigheten att universitetet har tillåtit en annan leverantör att komplettera sitt anbud i annat hänseende medför ingen annan bedömning.

Fruktbudet gör även gällande att vinnande anbudsgivare ISS inte har uppfyllt det obligatoriska kravet i förfrågningsunderlagets punkt 2.7. Kravet lyder som följer.

2.7 Certifiering enligt RIP eller motsvarande

Anbudsgivaren skall vara certifierad enligt RIP (riktlinjer för hygien-, miljö- och kvalitetsarbete i potatispackerier) eller motsvarande. Certifieringsintyg utförd av SMAK eller motsvarande organ skall bifogas anbudet.

Är certifieringsintyg enligt ovan bifogat anbudet? (Ja/Nej svar)

Kravgräns Ja

I Frågor och svar anges angående det aktuella kravet följande.

Publik fråga: Kravet på RIP, punkt 2.7, är ett krav som aldrig ställts tidigare vid någon upphandling. Detta är ett certifikat som eventuellt endast det företag som påtalat det för er kommer kunna uppvisa. Det skulle innebära att punkt 1.18, avbrytande av anbud, kommer bli aktuell. Då ni endast kommer kunna godkänna max ett anbud eftersom de andra anbudsgivarna inte kommer kunna uppfylla det kravet och antingen inte lämnar anbud eller så måste ni diskvalificera dem för att de inte uppfyller skall-kravet. Det borde räcka att visa egen dokumentation på hur man efterlever de krav som RIP innefattar.

Publikt svar 2015-11-27 10:09 Lunds universitet: Vi vill att anbudsgivaren genom ett certifikat, dvs. genom en tredjepartsrevision, skall kunna visa att man uppfyller de krav som finns och att riktlinjerna följs.

Således har det i upphandlingen ställts ett obligatoriskt krav att anbudsgivaren skall vara certifierad enligt RIP eller motsvarande. Universitetet anser att t.ex. ISO 9001 samt ISO 14001 är certifiering som är motsvarande RIP och har prövat anbuderna utifrån detta ställningstagande. ISS är certifierat enligt ISO 9001 samt ISO 14001. Vidare har det utgjort ett obligatoriskt krav att certifieringsintyg utförd av SMAK eller motsvarande organ skall bifogas anbudet. ISS har till anbudet bifogat ett SMAK-intyg. Utifrån hur kravet har formulerats har enligt förvaltningsrättens mening inte den omständigheten att det av ISS ingivna SMAK-intyget endast avsett arbetet med ekologisk frukt utgjort grund för att förkasta anbudet.

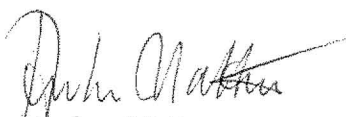
Redan av denna anledning - men även utifrån det sätt på vilket kravet har formulerats och det faktum att ISS i sitt anbud angett att bolaget är certifie-

rat enligt ISO 9001 - kan universitetets begäran att om komplettering inte anses oförenlig med LOU.

Universitetet har vid sin prövning av ISS anbud funnit att samtliga obligatoriska krav är uppfyllda och att anbudet ska utvärderas. Det har inte visats att universitetet i denna bedömning tagit ovidkommande hänsyn, avvikit från förfrågningsunderlaget, brutit mot likabehandlingsprincipen eller på annat sätt agerat i strid med LOU. Såvitt framgår har även Fruktbudet ansetts uppfylla det aktuella kravet genom att bifoga ISO 9001, ISO 14001 och SMAK-intyg avseende ekologisk frukt.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad Fruktbudet anfört och åberopat i målet inte visar att i Lunds Universitet i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot likabehandlingsprincipen eller på annat sätt agerat i strid med LOU på ett sådant sätt att bolaget därigenom har lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande mot upphandlingen föreligger därmed inte. Ansökan ska därför avslås.

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


Anders Mattsson

Lena Palmér 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 annats 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 styrka 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.