



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2015-07-06
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8419-15

SÖKANDE

Fazer Food Services AB, 556045-1907
Box 30170
104 25 Sverige

MOTPART

Hässelby-Vällingby stadsdelsnämnd i Stockholms stad
Box 3424
165 23 Hässelby

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015 -07- 0 7	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan

Dok.Id 609061

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Hässelby-Vällingby stadsdelsnämnd i Stockholms stad (Staden) har genomfört en upphandling avseende leverans av matlådor till brukare inom den öppna hemtjänsten inom Hässelby-Vällingby stadsdelsnämnd, dnr 14/46. Upphandlingen genomförs som en förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Fazer Food Services AB (Fazer) lämnade in anbudsansökan till Staden men fick därefter den 13 april 2015 meddelande från Staden att bolaget rangordnats som nummer två. Av tilldelningsbeslutet framgår att anbudet från Sodexo AB rangordnats som nummer ett och därför tilldelats kontrakt.

Fazer yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras i vilken anbudet från Sodexo inte ska beaktas. Till stöd för sin talan anför Fazer bl.a. följande.

Staden har utvärderat anbudet från Sodexo trots att detta anbud inte uppfyllde samtliga för upphandlingen ställda ska-krav. Staden har därför brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Fazer som rätteligen skulle ha tilldelats kontraktet i upphandlingen har genom detta lidit skada eller riskerar att lida skada.

Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt (se prop. 2006/07:128, s. 132). Principen har i unionsrättslig praxis bl.a. tolkats så att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika – se bl.a. EU-domstolens dom av den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, REG 2005, s. 1-1559, p. 27. Att godkänna en leverantör vars anbud inte uppfyller de krav som ställts i en upphandling är därmed inte tillåtet, se EU-domstolens dom i mål C-243/89, Stora Bält, p. 37. Således måste i enlighet med likabehandlingsprincipen de krav som ställs upp i

en upphandling tillämpas på ett likformigt sätt gentemot samtliga deltagande leverantörer.

Upphandlingen ska avgöras på grundval av det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. För att överhuvudtaget komma ifråga för anbudsutvärdering ska respektive anbud uppfylla för upphandlingen ställda ska-krav. Av det till upphandlingen kopplade utvärderingsprotokollet framgår att Staden bedömt att Sodexo uppfyllt samtliga i upphandlingen ställda kvalifikationskrav.

Av punkten 3.11 Miljö, andra stycket i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ”ska kunna ange ursprungsland för kött och rutiner ska säkerställas för detta och framgå i anbudet”. Anbudsgivaren ska dels genom att svara ja acceptera de angivna kraven och att dessa kommer att uppfyllas samt dels i anbudet beskriva detta så att det framgår hur rutinen kommer att säkerställas.

Sodexo har förvisso svarat jakande på ska-kraven i förfrågningsunderlaget men någon redogörelse för hur märkningen kommer att säkerställas framgår ej av Sodexos anbud. Eftersom Staden bokstavligen angett att en beskrivning ska framgå i anbudet kan det rimligen inte heller anses vara tillräckligt att besvara frågan jakande och hänvisa till gällande lag. Hade detta varit tillräckligt skulle inte heller kravet formulerats såsom Staden gjort i förfrågningsunderlaget. Staden har genom extensiv tolkning av Sodexos anbud antagit att märkning av ursprungsland för kött sker genom viss rutin. Tolkningen har inneburit att Fazer riskerar att lida skada då Sodexos anbud rimligen ska förkastas och Fazers anbud istället skall antas. Fazer har å sin sida tydligt redogjort för hur märkningen av ursprungsland fungerar i anbudet under punkten 3.11 i förfrågningsunderlaget.

Genom att uppta Sodexos anbud till utvärdering har Staden agerat i strid med vad Staden själv angett i anbudsförutsättningarna. Staden har därmed brutit mot principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU.

Staden bestrider bifall till Fazers yrkande och anför bl.a. följande.

Den aktuella upphandlingen genomförs av nämnden i syfte att träffa avtal avseende tillagning och distribution av portionsförpackad, färdigkyld mat till brukare inom stadsdelens öppna hemtjänst. I förfrågningsunderlaget ställs olika krav på måltiderna. Därtill anges under rubriken *Miljö*, punkten 3.11. i förfrågningsunderlaget fyra olika punkter som anbudsgivaren ska uppfylla, bl.a. att leverantören ska i sitt miljöarbete sträva efter att minimera negativa miljöpåverkande faktorer i verksamheten samt att ursprungslandet för kött ska kunna anges samt rutiner ska säkerställas för detta och framgå av anbudet. Uppfyllande av dessa krav i förfrågningsunderlaget bekräftas genom att anbudsgivaren svarar ja.

Det som bolaget anför är att även om Sodexo har bekräftat uppfyllelse av kravet om rutin för att ursprungsland för kött ska kunna anges saknas det i Sodexos anbud redogörelse för rutinen. Nämnden får beträffande detta understryka att det i förfrågningsunderlaget i punkten 3.11 beträffande samtliga de ovan angivna fyra kraven anges att fråga om "Angivna krav accepteras och kommer att uppfyllas?", besvaras med "Ja/Nej svar", medan det i den löpande texten anges att rutin ska framgå i anbudet.

Sodexo har bekräftat uppfyllelse av samtliga de fyra kraven genom att ha lämnat ett JA-svar. Därutöver finns i bilaga 3 till Sodexos anbud rutinbeskrivningar där det bland annat anges att maten levereras märkt enligt gällande livsmedelslagstiftning. Vidare har Sodexo i sitt anbud under punkten 2.6.1 "Kvalitetsledningssystem" bekräftat att Sodexo har kvalitetslednings-

system som säkerställer att livsmedelslagens regelverk uppfylls vad avser egenkontroll, uppföljning och kvalitetssäkring samt spårbarhet och ansvar.

Sodexos uppgift i bilaga 3 till anbudet om att märkning sker enligt gällande livsmedelslagstiftning, innebär att ursprungsmärkning sker av kött enligt EU:s tillämpliga informationsförordning. I de tillämpliga EU-förordningarna ställs även krav på spårbarhet.

Fazer har i sitt anbud under punkten 3.11 hänvisat till att bolaget följer gällande lagstiftning men har också tillagt att det kött som levereras till dem har information om ursprung och är spårbart genom att deras leverantörer använder batchnummer på förpackningen.

Kraven i punkten 3.11 utgör inte ett kvalifikationskrav utan är ett krav på tjänsten. Kraven är även ska-krav och enligt förfrågningsunderlaget ska uppfyllelse av dessa krav besvaras med Ja/Nej-svar. Sodexo har i sitt anbud lämnat Ja-svar och det finns inte något i Sodexos anbud som motsäger detta svar.

Den skillnaden som finns mellan Fazers och Sodexos anbud beträffande att rutin ska framgå i anbudet är att Fazer hänvisat till att de följer lagstiftningen samt att kött som levereras till Fazer är spårbart, medan Sodexo anger att de beträffande märkningen följer den tillämpliga livsmedelslagstiftningen. Sodexos svar innebär därmed samma sak som Fazers svar då tillämpningen av gällande livsmedelslagstiftning innebär att köttet är ursprungsmärkt och därmed följer säkerställande genom spårbarhet av de tillämpliga EG-förordningarna. När det gäller rutin framgår det också i anbuden att Fazer och Sodexo har kvalitetsledningssystem som bland annat säkerställer spårbarheten och att livsmedelslagstiftningen uppfylls. Den inte särskilt påtagliga skillnad som finns mellan anbuden beträffande den aktuella rutinen kan inte leda till att Sodexos anbud inte skulle anses upp-

fylla kravet i punkten 3.11 mot Sodexos tydliga bekräftelse av att detta krav accepteras och uppfylls. Sodexos svar är också uppföljningsbart.

Sodexos anbud har därmed inte skett i strid med likabehandlingsprincipen och det saknas grund för att upphandlingen ska rättas med uteslutande av Sodexos anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts

Förvaltningsrättens bedömning

Punkten 3.11 i förfrågningsunderlaget har i relevanta delar följande lydelse.

Ursprungsland för kött ska kunna anges och rutiner ska säkerställas för detta och framgå av anbudet.

Angivna krav accepteras och kommer att uppfyllas (Ja/Nej svar).

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte är närmare specificerat i förfrågningsunderlaget hur rutiner ska säkerställas eller på vilket sätt detta ska

framgå av anbudet. Sodexo har svarat Ja, att kraven accepteras och kommer att uppfyllas. Sodexo har även i bilaga 3 till sitt anbud angett att maten levereras märkt i enlighet med gällande livsmedelslagstiftning. Sodexo har under punkten 2.6.1. "Kvalitetsledningssystem" bekräftat att bolaget har kvalitetsledningssystem som säkerställer att livsmedelslagens regelverk uppfylls vad avser egenkontroll, uppföljning, kvalitetssäkring samt spårbarhet och ansvar.

Fazer har anfört att en beskrivning av hur rutinen ska säkerställas måste framgå av anbudet och menar att det inte kan vara tillräckligt att endast en hänvisning görs till gällande lagstiftning på området.

Förvaltningsrätten anser med beaktande av att det inte finns någon närmare beskrivning av hur denna redovisning ska ske att det som framgår av Sodexos anbud får anses vara fullt tillräckligt för att anse att Sodexo uppfyller ställt ska-krav. Såsom Staden har påpekat är den enda skillnaden egentligen mellan Fazer och Sodexos anbud i detta avseende att Fazer har beskrivit att köttursprung går att spåra bakåt i leden via deras livsmedelsleverantörer genom batchnummer på förpackningarna.

Förvaltningsrätten anser således att Sodexo har uppfyllt kravet i punkten 3.11 i förfrågningsunderlaget och att Staden således haft grund för att låta Sodexo gå vidare från kvalificeringsfasen till utvärderingen i upphandlingen. Fazer har alltså inte visat att Staden brutit mot likabehandlingsprincipen i upphandlingsförfarandet och bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Eva Farley
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Susanna Ewerlöf.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 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.