



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande: Anna Göransson

DOM

2013-06-14

Meddelad i

Växjö

Mål nr
1261-13

SÖKANDE

Selecta AB, 556069-3318
Ostmästargränd 5
120 90 Årsta

Ombud: Jur.kand. Magnus Kylhed
Kylhed Juridik AB
Örnstigen 23
183 50 Täby

KONKURRENSVERKET	
2013 -06- 1 6	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Kommunala bolaget
c/o Växjö kommun, Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

2. Växjö Energi AB, 556187-5203
c/o Växjö kommun, Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

3. Växjö kommuns upphandlingsenhet
Box 1222
351 12 Växjö

4. Växjö kyrkliga samfällighet, 252003-0251
c/o Växjö kommun, Upphandlingsenheten
Box 1222
351 12 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår begäran om överprövning.

Dok.Id 72508

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Kommunala bolaget, Växjö Energi AB, Växjö kommuns upphandlingsenhet och Växjö kyrkliga samfällighet (kommunen) genomför en upphandling avseende hyresavtal för dryckesautomater. Upphandlingen genomförs i enlighet med förenklat förfarande. Enligt tilldelningsbeslut den 19 mars 2013 har kommunen beslutat att anta anbudet från JOBmeal Kalmar & Växjö AB.

Selecta AB (bolaget) ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, innebärande att även bolaget anbud ska ingå i utvärderingen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Som skäl för ansökan anförs i huvudsak följande. Bolagets anbud har förkastats på felaktiga grunder genom att kommunen i sin utvärdering har brutit mot de upphandlingsrättsliga principerna om proportionalitet och likabehandling. Bolaget har med sitt anbud offererat kaffe som är certifierat enligt Rainforest Alliance. Enligt Miljöstyrningsrådet så finns det tre olika certifieringar som tar hänsyn till sociala faktorer som exempelvis arbetsmiljö och frågor kopplade till hållbar utveckling. Dessa tre olika certifieringar är Rainforest Alliance, Fairtrade och UTZ Certified. Trots att kommunen i sin upphandling har angivit ”Fairtrade eller likvärdigt” så har kommunen dock vid sin kvalificering av anbuden kommit fram till att endast Fairtrade ansetts uppfylla kraven. Det kan antas att kommunen i sin utvärdering har fäst särskild vikt vid uppfyllandet av det specifika kravet att ”odlaren garanteras en kostnadstäckande minimiersättning, en prispremie samt förfinansiering”. Detta är ett krav som bara erbjuds inom ramen för Fairtrade. De övriga två certifieringarna garanterar istället motsvarande hänsyn till plantagearbetarnas väl på annat sätt. Bolaget har visat att den av bolaget valda certifieringen uppfyller de specifika krav som ställts på kaffe i upphandlingen och att bolaget därmed felaktigt har uteslutits genom att principen om likabehand-

ling inte har beaktats. I vart fall har bolaget visat att de krav som ställts av kommunen har begränsat marknaden på ett sätt som inte är proportionerligt med hänsyn till föremålet för upphandlingen. Det går enkelt att uppnå motsvarande sociala och miljörelaterade krav på leverantörerna på flera sätt, varav Fairtrade är ett av flera olika, men likvärdiga certifieringsorgan. Genom att inte acceptera andra certifieringssystem än Fairtrade har kommunen brutit mot principen om likabehandling och proportionalitet. Det anbud som vann upphandlingen hade en totalsumma om 339 928 kr. Totalsumman enligt bolagets anbud uppgår till 245 920 kr. Det skiljer alltså nästan 100 000 kr mellan å ena sidan det anbud kommunen har valt och bolagets anbud. Med hänvisning till att ett av de mest grundläggande syftena med LOU är att uppnå konkurrens och att erhålla mesta möjliga för det offentliga medel till skattebetalarnas nytta finns det all anledning att ifrågasätta det lämpliga i att ställa krav som den upphandlande myndigheten själv måste inse kommer att begränsa marknaden och minska konkurrensen.

Kommunen hemställer om att bolagets talan lämnas utan bifall och anför bl.a. följande. Kommunen har varit tydlig med vilka krav som ställs på kaffeprodukter vad avser produktionsregler för hållbar etisk produktion. Kommunen har utöver detta varit tydlig med angivelse av vilka bevismedel eller certifikat som kan styrka ställda krav eller att kontrollsystem enligt Fairtrade eller likvärdigt uppfylls. Begränsning av konkurrens har inte skett då minst tre anbudsgivare i förevarande upphandling uppfyllt ställda krav på etisk märkning och bolaget har självt haft möjligheten att offerera Fairtrade-kaffe. Etiska och sociala krav har ställts inom ramen för EU-direktiv och de unionsrättsliga principerna i LOU.

Bolaget tillägger bl.a. följande. Som bolaget tidigare anfört är det även Miljöstyrningsrådets uppfattning att de tre olika vanligaste förekommande miljömärkningar som finns, Rainforest Alliance, Fairtrade och UTZ Certified, alla är att anse som likvärdiga. Alla dessa miljömärkningar garanterar

uppfyllande av de etiska/sociala krav som allmänt anses vara de mest fundamentala. Dessa är ILO:s åtta s.k. kärnkonventioner, FN:s barnkonvention art. 32, att de offererade produkterna uppfyller produktionsregler för hållbar ekologisk produktion enligt ett certifierat program, samt att programmet är kontrollerat av ett kontrollorgan inom EU. Att de olika miljömärkningarna därutöver inte är helt och hållet identiska är i sig inte någonting konstigt. De har dock alla till syfte att säkerställa acceptabla arbetsförhållanden och en dräglig livssituation för plantagearbetarna som odlar det kaffe som senare säljs, men har i vissa mindre avseende olika vägar för att säkerställa dessa mål. Det kommunen gjort i upphandlingen är att dock att kräva uppfyllande av exakt de kriterier som ingår i Fairtrades program, inklusive kravet "att odlaren garanteras en kostnadstäckande minimiersättning, en prispremie". Detta krav ingår vare sig i Rainforest Alliance eller UTZ Certified, utan dessa två miljömärkningar har för sin del andra, motsvarande kriterier i sina respektive program som är likvärdiga med Fairtrades, och som på samma sätt syftar till att säkerställa acceptabla arbetsförhållanden och en dräglig livssituation för plantagearbetarna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 enlighet med 1 kap. 9 a § LOU bör upphandlande myndigheter beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Det åligger den leverantör som hävdar att en upphandlande myndighet har agerat i strid mot LOU att göra sannolikt att så är fallet.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Offererade produkter (kaffe) skall uppfylla följande: produktionsregler för hållbar etisk produktion enligt ILO:s åtta kärnkonventioner, FN:s barnkonvention artikel 32, den arbetsmiljölagstiftning och den arbetsrätt som gäller i tillverkningslandet samt odlaren ska garanteras en kostnadstäckande minimiersättning, en prispremie samt förfinansiering. Som förslag på verifikat kan certifiering lämnas som visar att reglerna enligt produktions- eller kontrollsystem enligt Fairtrade uppfylls eller likvärdigt. Att samtliga obligatoriska krav på tjänsten är uppfyllda är en förutsättning för att en anbud ska kunna utvärderas.

I upphandlingsprotokollet anges bl.a. följande. I inkommande anbud har de etiska märkningarna UTZ, Rainforest Alliance och Fairtrade offererats. Kommunen har haft dialog med kontaktpersoner från UTZ, Rainforest Alliance och Fairtrade för att säkerställa och verifiera att de etiska märkningarna uppfyller de ställda skall-kraven enligt förfrågningsunderlaget. Vid denna verifiering framkommer att det endast är den etiska märkningen i

enlighet med Fairtrade som uppfyller samtliga ställda skall-krav på kaffet. Därmed går bl.a. inte bolagets anbud vidare till utvärdering.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Den första frågan som förvaltningsrätten har att pröva i målet är om skallkravet på kaffet angående hållbar etisk produktion – vad gäller att odlaren garanteras en kostnadstäckande minimiersättning, en prispremie samt förfinansiering – strider mot principerna om proportionalitet och likabehandling.

Förvaltningsrätten konstaterar att, så länge de grundläggande principerna för upphandling inte träds för när, har den upphandlande myndigheten en stor frihet att uppställa de krav som denna finner nödvändiga och rimliga. Med anledning av vad bolaget anfört i målet kan förvaltningsrätten inte finna att skallkravet inte skulle vara lämpligt, effektivt och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Skallkravet synes inte heller vara godtyckligt eller onödigt långtgående och det har samband med de aktuella produkterna. Bolaget kan därmed inte anses ha visat att kravet strider mot proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten finner vidare att kommunen genom att uppställa krav på att odlaren garanteras en kostnadstäckande minimiersättning, en prispremie samt förfinansiering har använt en formulering som anger de specifika detaljer som ska vara uppfyllda, istället för att kräva att produkterna är certifierade enligt Fairtrade. Fairtrade-märkning anges endast som ett exempel på hur anbudsgivarna kan verifiera att ställt skallkrav är uppnått. Kravet kan inte anses innebära att endast anbud certifierade genom Fairtrade kan kvalificeras till utvärdering. Av utredningen framgår att tre anbud uppfyllt kravet och att alla anbudsgivare haft lika möjlighet att få sina produkter certifierade enligt Fairtrade eller haft möjlighet att på annat sätt

visa att kravet är uppfyllt. Kravet kan därmed inte heller anses strida mot likabehandlingsprincipen.

Skäl för ingripande enligt LOU med anledning av att skall-kravet strider mot principerna om proportionalitet och likabehandling kan således inte anses föreligga. Inte heller vad bolaget anfört om begränsning av marknaden eller minskad konkurrens utgör skäl för ingripande enligt LOU.

Nästa fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om bolaget kan anses ha uppfyllt aktuellt skall-krav och således borde ha fått delta i utvärderingen. Bolaget har anfört att den märkningen som bolaget använder sig av garanterar motsvarande hänsyn till plantagearbetarna på annat sätt. Bolaget har dock inte visat vad dessa hänsyn innebär och på vilket sätt de garanterar att plantagearbetarna får en kostnadstäckande minimiersättning, en prispremie samt förfinansiering eller motsvarande. Förvaltningsrätten finner därmed att bolaget inte har gjort sannolikt att bolagets anbud uppfyller skall-kravet. Kommunen kan därmed inte anses brutit likabehandlingsprincipen genom att utesluta bolaget från utvärderingen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad bolaget anfört inte innebär att aktuellt skall-krav strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller att den omständigheten att bolaget uteslutits från utvärderingen innebär att kommunen brutit mot dessa principer. Vidare har bolaget inte ens påstått att det har lidit eller kan kunna komma att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Bertil Idarsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU