



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2015-09-16
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
3333-15

KONKURRENSVERKET	
2015-09-16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

JOBmeal Jönköping AB, 556622-2559
Industrigatan 22
566 34 Habo

MOTPART

Region Jönköpings län
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Thomas Svedberg
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

Överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling enligt lagen
(2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Region Jönköpings län (regionen) genomför en upphandling, öppet förfarande, som benämns Kaffeautomater med serviceavtal samt serviceavtal till befintliga kaffeautomater (RJL 2015/505). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än JOBmeal Jönköping AB (bolaget) antagits och bolaget har ansökt om överprövning (se förvaltningsrättens mål nr 2924-15).

Regionen har den 3 juli 2015 meddelat att den samma dag fattat beslut om att avbryta upphandlingen. Beslutet motiverades huvudsakligen enligt följande. Vissa obligatoriska krav (ska-krav) har uppenbarligen varit oklart

Dok.Id 172612

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

formulerade. Detta framgår inte minst av det faktum att de olika anbudsgivarna har uppfattat kraven på olika sätt. Dessa oklarheter har gått ut över anbudsgivarna på så sätt att förutsättningarna inte varit lika för alla. Eftersom oklarheterna är hänförliga till den konkurrensuppsökande fasen av upphandlingen måste denna göras om. De krav i förfrågningsunderlaget som måste betraktas som oklara är:

- Kravet enligt punkt 1.3.1 om att broschyrer på automater och dess tillbehör ska inges även omfattar förbrukningstillbehör, eftersom begreppet "tillbehör" använts för såväl tekniska tillbehör till automaterna som för förbrukningsvaror
- Kravet enligt punkt 4.2 om att det ska vara fråga om en bänkmaskin, kopplat till kravet om att sumpbehållaren ska ha en kapacitet om minst 150 koppar.
- Kravet i punkt 5.10 avseende leveranstid och om de uppsatta kraven även avser leveranser av endast förbrukningstillbehör (kaffe, choklad etc.).

Bolaget har ansökt om överprövning av regionens beslut att avbryta upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Punkt 1.1.3.

Upphandlingen omfattar:

- Installation, intrimning och provning av automat till fullt driftfärdigt skick.
- Dokumentation för användare.
- Utbildning av användare.
- Leverans av tillbehör efter successiva avrop från regionen.
- Serviceavtal.

Punkt 1.1.4, 1.1.5 och 1.5.2.

Avsedd avtalsperiod är tre år, med möjlighet till tolv månaders förlängning. Det totala värdet för ingående produkter under aktuell avtalsperiod inklusive option beräknas uppgå till 4 000 000 kr. Som tilldelningsgrund tillämpas lägsta pris.

Punkt 1.3.1.

Förfrågningsunderlaget med eventuella bilagor innehåller ett antal krav som är obligatoriska. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna utvärderas och antas är att dess krav är uppfyllda. Kraven avser såväl krav på leverantören och anbudet som på efterfrågade automater och tillbehör. Broschyrer på offererade automater och dess tillbehör ska bifogas anbudet.

Punkt 4.2.

För samtliga automater gäller:

- Automaten ska vara fabriksny och avser bänkmodell där tillval av underskåp ska vara möjligt.
- Automatens kapacitet ska vara minst 150 koppar innan påfyllning och inställningen "normal" för att ge 13 cl kaffe. Sumpbehållare ska vara avsedd för minst samma antal koppar.

Punkt 5.10.

Leverans ska ske löpande efter avrop. Gäller för kaffeautomater som tillbehör. Vid avrop av tillbehör och 1–2 kaffeautomater sker leverans inom 5–10 arbetsdagar och vid avrop av flera kaffeautomater sker leverans inom 2–4 veckor efter beställningsdatum.

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Fem leverantörer har lämnat anbud och samtliga ansågs kvalificerade. Vid utvärderingen antogs In Cup Växjö AB (Incup) som den leverantör som lämnat det kvalificerade anbud som innehåller det lägsta priset.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att regionens beslut om att avbryta upphandlingen ska upphävas.

Regionen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

De brister som finns kan härledas till felaktigheter i anbudsgivarnas anbud och inte till otydligheter i förfrågningsunderlaget. Tvärtom har förfrågningsunderlaget varit mycket tydligt avseende ställda krav på kapacitet, leveransvillkor och broschyrer. Genom att upphandlingen avbryts diskrimineras bolaget som lämnat ett komplett anbud. Därmed åsidosätts de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Vad gäller de oklarheter som angivits i beslutet att avbryta upphandlingen bör följande beaktas.

- Avseende punkt 4.2 i förfrågningsunderlaget så har regionen i e-postkonversation fått bekräftat att den av bolaget offererade automaten uppfyller ställda krav på sumpkapacitet, vilket bolaget verifierat genom sina till anbudet bifogade produktblad. Det är i dag ett tämligen vanligt, och relevant, krav som ställs i offentliga upphandlingar att ”sumpbehållaren ska vara avsedd för minst samma antal koppar”, vilket gör att de anbudsgivare som lämnat anbud rimligen inte ska kunna misstolka kravet. Flera anbudsgivare har offererat automater som uppfyller ställt krav på sumpkapacitet för 150 koppar. Detta visar att kravet inte är otydligt formulerat, utan att det är berörd anbudsgivare som inte offererat rätt automat och därmed bör diskvalificeras.
- Vad gäller punkt 5.10 i förfrågningsunderlaget har endast en anbudsgivare angivit en avvikande leveranstid. Bolagets konkurrenter är samtliga företag med lång erfarenhet av vendingmarknaden och de krav som ställts i upphandlingen är i enlighet med kutym i branschen för detta upphandlingsområde. Dock inte när det gäller leverans av tillbehör i form av ingredienser. Då är det vanligast att leverans sker i samband med ordinarie service en gång per månad (dock oftast inte i juli). Detta visar

att kravet inte varit otydligt/oklart utan att det är den aktuella anbudsgivaren som lämnat ett orent anbud som bör förkastas.

- I fråga om punkt 1.3.1 i förfrågningsunderlaget har flera av anbudsgivarna bifogat broschyrer på produkter och ingredienser till sina anbud. Det är således inte otydligt vilket krav som ställts.

Upphandlingsobjektet omfattar enligt punkt 1.1.3 i förfrågningsunderlaget att ”leverans av tillbehör efter succesiva avrop från köparen” ska ske. Att det med detta avses automatingredienser såsom kaffe, choklad, mjölprodukter m.m. är ställt utom tvivel då det bl.a. är ett vedertaget leveranssätt i branschen att löpande leverera ingredienserna. Detta är något som även regionen borde ha kunskap om eftersom upphandlingen gäller att regionen hyr/köper en dryckesautomat där en komplett utrustning levereras med t.ex. tillhörande underskåp, vattenfilter, extra utrustning redan vid installationstillfället. Det behov för avrop som finns efter installation, utbildning och igångsättande är kontinuerlig leverans av ingredienser; det övriga ingår i det serviceåtagande som ingår i upphandlingsobjektet. Vidare kan konstateras att det i punkt 5.5 i förfrågningsunderlaget anges ”Beställning av tillbehör: kaffe, mjölkprodukt och choklad sker direkt av respektive verksamhet där automat finns”.

Regionen

Vad gäller avbrytandebeslutet bör, utöver vad som angivits i beslutet, följande beaktas:

- Vad gäller punkt 4.2 har kravet på sumpkapacitet bevisligen tolkats olika av olika anbudsgivare, eftersom alla inte har s.a.s. läst ihop kravet på antal koppar och sumpbehållare med kravet på att det ska vara en bänkmödel. Regionens uppställda skrav krav brister därmed på ett sätt som missgynnar de anbudsgivare

som misstolkat kravet och – inte minst – i förhållande till öppenhetsprincipen eftersom det inte stått klart för alla anbudsgivare vilket krav som faktiskt uppställts.

- Avseende punkt 5.10 är kravet på viss leveranstid otydligt i det att det kan läsas som att kravet endast gäller i samband med att regionen beställer automater. Vad som ska gälla vid leverans av endast förbrukningstillbehör (se om begreppet vidare nedan) framgår inte och har uppenbarligen misstolkats av anbudsgivare. Regionens uppställda ska-krav brister därmed på ett sätt som missgynnar de anbudsgivare som misstolkat kravet och – inte minst – i förhållande till öppenhetsprincipen eftersom det inte stått klart för alla anbudsgivare vilket krav som faktiskt uppställts. Det bör tilläggas att den tolkning som bolaget och ytterligare någon anbudsgivare har gjort, och den möjliga tolkningen enligt kravets ordalydelse, också avviker från vad som får anses vara standard i branschen.
- I fråga om punkt 1.3.1 när det gäller kravet på broschyrer har det inte alls varit regionens avsikt att ställa krav på broschyrer även avseende förbrukningsvaror som kaffe, choklad etc. Olyckligtvis har på några ställen i förfrågningsunderlaget begreppet ”tillbehör” använts för såväl tekniska tillbehör som för förbrukningsvaror. I punkt 1.3.1 har det angetts ”broschyrer på offererade automater och dess tillbehör”. Som jämförelse kan anges punkt 5.1 där det anges ”Priser på kaffeautomater och tillbehör till dessa i form av underskåp etc. [...]”, medan det i nästkommande stycke anges ”Tillbehör: kaffe, mjölkprodukter och choklad [...]”. Här kan även lyftas fram punkt 5.9 där det också görs en tydlig åtskillnad mellan tekniska tillbehör och tillbehör i form av förbrukningsartiklar. Avsikten med kravet i punkt 1.3.1 har aldrig varit att kräva broschyrer avseende förbrukningsartiklar. Redan det förhållandet att bolaget uppenbar-

ligen tolkar kravet på annat sätt styrker att kravet är otydligt på ett sätt som påverkat anbudsgivarna. Regionens uppställda skakrav brister därmed på ett sätt som missgynnar de anbudsgivare som misstolkat kravet och – inte minst – i förhållande till öppenhetsprincipen eftersom det inte stått klart för alla anbudsgivare vilket krav som faktiskt uppställts.

De aktuella oklarheterna består dels i att kraven inte korrekt avspeglar det syfte regionen hade när kravet uppställdes, dels att anbudsgivare faktiskt uppfattat kraven olika. Anbudsgivarna har – som grupp – inte uppfattat kraven lika och därmed inte kunnat se vilka krav deras anbud skulle uppfylla. Om regionen trots detta skulle gå vidare med upphandlingen så skulle det vara ett brott mot likabehandlingsprincipen. När det särskilt gäller utformningen av kravet avseende leveranstid finns det brister även i förhållande till proportionalitetsprincipen eftersom kravet sträcker sig längre än vad som är nödvändigt för att tillgodose kravet på säkra och löpande leveranser.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Av EU-domstolens praxis framgår att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållna undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl, samt att en förutsättning för ett beslut att avbryta en upphandling är att den upphandlande enheten följer de grundläggande reglerna i fördraget i

allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (C-92/00, HI, REG 2002 s. I-5553 punkt 40 och 47).

Av praxis följer vidare att det inte finns någon skyldighet för en upphandlande enhet att fullfölja en påbörjad upphandling (jfr C-92/00, HI, punkt 41 samt RÅ 2008 ref. 35 och där angivna rättsfall). Även när orsaken till avbrytandet är att den upphandlande enheten inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsfordran, på grund av fel som enheten begått vid sin förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har enheten ansetts ha haft rätt att avbryta upphandlingen (C-244/02, Kauppatalo Hansel, REG 2003 s. I-12139).

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2009 ref. 43 uttalat bl.a. följande. Enheten har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad. Av tidigare nämnd praxis (se ovan, förvaltningsrättens anm.) framgår att ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (jfr särskilt tidigare nämnda beslut i målet C-244/02, Kauppatalo Hansel). Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen i rättsfallet RÅ 2008 ref. 35 uttalat bl.a. följande. Någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande har ännu inte utbildats.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande (se Kamrarrätten i Stockholms dom den 23 januari 2013 i mål nr 4691-12).

Enligt regionen har förfrågningsunderlagets utformning, såvitt gäller de föreskrifter om obligatoriska krav som föreskrivits i tre angivna punkter i förfrågningsunderlaget, lett till att anbudsgivarna lämnat anbud utifrån skilda förutsättningar och delvis i strid med de intentioner regionen haft vid utformningen av relevanta krav. Bolaget har i huvudsak invänt att eventuella avvikelser från förfrågningsunderlagets i och för sig klara innebörd beror på försummelse hos dess konkurrenter.

Bolaget har inte bestritt regionens påstående om att inkomna anbud i betydande utsträckning har utformats på olika sätt i förhållande till de föreskrifter som är aktuella i målet. Med hänsyn till omfattningen av dessa skillnader finner förvaltningsrätten, även med beaktande av vad bolaget anfört, att skillnaderna sannolikt och till väsentlig del beror på förfrågningsunderlagets utformning. Regionen har således förmått göra sannolikt att den haft sådana godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen som godtagits i praxis. Regionen har insett att den med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget, på grund av fel som regionen begått vid sin förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Mot denna bakgrund har Regionen haft rätt att avbryta upphandlingen och ansökan ska därför avslås.

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

Kjell Hammarborg

Olle Molin

Föredragande har varit Ulf Nordberg.



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. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller 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.

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.