



SÖKANDE

JOBmeal Umeå AB, 556150-3706
Skiljevägen 38
904 22 Umeå

Ombud: Advokat Christian Shumkov
Advokatbyrån Kaiding Handelsbolag
Box 124
901 04 Umeå

MOTPART

Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

KONKURRENSVERKET	
2011-02-25	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Västerbottens läns landsting (Landstinget) har infordrat anbud avseende ramavtal gällande köp av automater för varma drycker (dnr VLL 344-2010). Vid upphandlingen används förenklat förfarande. – Av tilldelningsbeslutet framgår att ramavtal kommer att tecknas med Selecta AB och JOBmeal Umeå AB enligt nu nämnd rangordning

JOBmeal Umeå AB (JOBmeal) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Landstinget bestrider bifall till JOBmeals ansökan.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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. (1 kap. 9 § LOU)

En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris. (15 kap. 16 § första stycket LOU)

Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas enligt 5 kap. 4, 6 eller 7 § LOU. Ett sådant kontrakt får slutas endast mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet.

Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet. (5 kap. 2 § LOU)

Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud.

Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet. (5 kap. 6 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 gjorts. (16 kap. 5 § LOU)

UTREDNINGEN

Landstingets förfrågningsunderlag och utvärdering av anbuden

I förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter anges bl.a. följande.

1.13 Obligatoriska krav

Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal obligatoriska krav som benämns ”skall”. ”Skall-krav” som är markerade med fet stil måste vara uppfyllda redan när anbudet inges. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna utvärderas är att dessa krav är uppfyllda. Kraven avser såväl krav på Leverantör och anbudet som på efterfrågad tjänst.

2.4 Utvärdering av anbud – utvärderingskriterier

Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kvalificeringskrav och obligatoriska krav kommer det/de anbud att antas som är det/de för Landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn taget till följande viktade utvärderingskriterier:

- | | |
|-----------------|------|
| 1. Pris – köp | 50 % |
| 2. Serviceavtal | 25 % |

3. Betalningsalternativ 25 %

Utvärderingsmetod

En sammanvägd bedömning av ovan redovisade utvärderingskriterier kommer att göras. Det anbud som efter summering erhåller den högsta poängsumman kommer att betraktas som det ekonomiskt mest fördelaktiga och därmed rangordnas som nummer ett i rangordningen i enlighet med reglerna i LOU.

Kriterium 1 Pris – köp

Med pris avses det anbud antas som innehar lägsta pris efter summering av offererade priser på köp av dryckesautomat för

- färskbryggt kaffe 100 koppar inkl. 36 månaders serviceavtal
- färskbryggt kaffe 200 koppar inkl. 36 månaders serviceavtal
- färskbryggt kaffe 300 koppar inkl. 36 månaders serviceavtal

Kriterium 2 Serviceavtal

Kriterium 3 Betalningsalternativ

I förfrågningsunderlagets Kravspecifikation (T3) anges bl.a. följande.

3.13 Pris vid köp av dryckesautomat inklusive kaffe

Leverantören bör kunna erbjuda ett alternativ av dryckesautomat där ekologiskt kaffe ingår. Priset **skall** då anges per kopp beroende på vilken kaffesort som väljs av köparen. Landstinget har fastslagit att allt kaffe som köps in ska vara ekologiskt. Leverantören bör även kunna erbjuda socialt/etiskt märkt kaffe.

3.14 Pris vid hyra av dryckesautomat inklusive kaffe

Leverantören bör kunna erbjuda ett alternativ av dryckesautomat där ekologiskt kaffe ingår. Priset **skall** då anges per kopp beroende på vilken kaffesort som väljs av köparen. Landstinget har fastslagit att allt kaffe som köps in ska vara ekologiskt. Leverantören bör även kunna erbjuda socialt/etiskt märkt kaffe.

I förfrågningsunderlagets Mall för upphandlingskontrakt (T4) anges bl.a. följande.

4 Avtalstid

Från avtalets tecknande till 2012-12-31, med möjlighet till förlängning upp till 24 månader. Maximal avtalstid är fyra (4) år. Vid avtalsperiodens utgång upphör avtalet att gälla utan uppsägning.

Avisering om förlängning sker senast 6 månader före avtalsperiodens utgång.

9 Prisjustering

Pris skall vara fast under minst 12 månader från avtalsperiodens början. Leverantören äger därefter rätt att begära prissförhandling om så erfordras. Begäran skall vara skriftlig och ske senast fyra (4) veckor innan prisändring är tänkt att träda i kraft. Handlingar som styrker kostnadsförändringar skall bifogas. Ett justerat pris skall vara fast i minst 12 månader. Prissänkningar får genomföras omedelbart. Om prissförändring inte godkänns gäller de avtalade priserna.

Av Landstingets tilldelningsbeslut inklusive bilagor framgår bl.a. följande.

Tre företag har inkommit med anbud och två av anbuden har utvärderats, anbuden från JOBmeal och Selecta. Anbudet från Selecta har erhållit högst poäng vid utvärderingen varför Selecta rangordnats som nummer 1 och JOBmeal som nummer 2 vid kommande avrop från ramavtalet.

Parternas anföranden

JOBmeal anför bl.a. följande.

Av punkten 3.13 i T3 Kravspecifikation framgår att leverantören bör kunna erbjuda ett alternativ av dryckesautomat där ekologiskt kaffe ingår. Vidare anges att priset då skall anges per kopp beroende på vilken kaffesort som väljs av köparen. Landstinget har fastslagit att allt kaffe som köps in skall vara ekologiskt. Detsamma stadgas i punkten 3.14 avseende pris vid hyra av dryckesautomat inklusive kaffe. JOBmeal har lämnat anbud i denna del där pris angetts utifrån förutsättningarna. Selecta har inte lämnat något pris i denna del. JOBmeal gör gällande att kravet i 3.13 och 3.14 är att betrakta som skall-krav och att Selecta därför inte uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen. I vart fall är kraven så pass otydliga att Landstinget måste vidta rättelse av upphandlingen i denna del.

Av tilldelningsbeslutet framgår att avtalsperioden utgörs av 24 månader med möjlighet till förlängning ytterligare 24 månader. Av de administrativa föreskrifterna framgår att pris ska anges för färskbryggt kaffe 100, 200 och 300 koppar inklusive 36 månaders serviceavtal. Förutsättningarna är således olika vad gäller anbudets tid och tiden för vilket avtalet ska gälla. Detta kan inte anses vara förenligt med LOU. Det anbud som har framräknats grundar sig på ett 36-månadersavtal. Ingen leverantör kan garantera samma pris för en period om totalt 48 månader, som det är fråga om i detta fall, detta särskilt med beaktande av att serviceavtal utgör en stor del av utvärderingskriteriet. Förutsättningarna avseende aktuellt ramavtal är oklara och missgynnar dem som nummer två i utvärderingen.

Det ramavtal som nu arbetats fram har använts på ett otillbörligt sätt och det har i detta fall varit olämpligt att använda sig av den form av avtal som nu använts. Vidare uppfyller ramavtalet inte kraven på likabehandling och transparens.

Under punkten 3.1 i ramavtalet har angetts följande:

”Landstinget kommer vid tilldelning av enskilda kontrakt som grundar sig på detta ramavtal först att erbjuda uppdragen till:

Selecta AB då denne leverantör är rangordnad som nummer ett (1).

I händelse av att denne inte förmår eller av andra orsaker inte önskar utföra uppdraget går förfrågan vidare till:

JOBmeal som är rangordnad som nummer två (2).”

Av 5 kap. 2 § LOU framgår att kontrakt som grundar sig på ett ramavtal med flera leverantörer ska tilldelas enligt 5 kap. 6 eller 7 §. Av förarbetena till LOU och till aktuella bestämmelser framgår bl.a. följande. Från ett leverantörsperspektiv är det viktigt med ett visst mått av förutsägbarhet så att leverantörer som är parter i ramavtal kan uppskatta och planera hur stora resurser som måste avsättas till ett visst ramavtal. Ett krav på ramavtalets innehåll bör därför införas i den meningen att ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektiva sätt.

I förfrågningsunderlaget har angetts att leverantörer kan komma att rangordnas. Vad som inte angetts är hur och under vilka villkor denna inbördes rangordning kan komma att ske och vilka förutsättningar och villkor som gäller för tilldelning av kontrakt. Genom ramavtalet har förutsättningarna ändrats. Landstinget har i ramavtalet med mer exakthet angett att det är fråga om avrop enligt rangordning, vilka förutsättningar inte funnits i förfrågningsunderlaget. Detta har inte kunnat förutses av JOBmeal som därför inte haft möjlighet att uppskatta hur stora resurser som var tvunget att avsättas för aktuell upphandling. Som ramavtalet nu kommit att utformas äger Selecta förtur till samtliga uppdrag. Om Selecta, utan att skäl måste anges, avstår möjlighet att leverera enligt avtalet finns möjlighet för JOBmeal att träda in i dess ställe och leverera sina produkter och tjänster. Hade

dessa förutsättningar varit klara för JOBmeal vid tiden för lämnande av anbud hade anbudet beräknats på ett helt annat sätt.

Landstinget har först gett ut Mall för upphandlingskontrakt, vilket JOBmeal inte uppfattat som villkor för ramavtal. Landstinget har sedan ersatt denna mall med ramavtal där man till viss del anger förutsättningarna för avrop. Det har inte angetts villkor för hur kontrakt skulle komma att tilldelas och JOBmeal har på inget sätt kunnat förutse hur detta skulle komma att ske.

Utvärderingen har skett på felaktiga och oklara grunder. I 1 kap. 9 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Landstinget har inte behandlat JOBmeals anbud utifrån dessa kriterier. JOBmeal har lidit skada genom Landstingets agerande. Vidare har kravet på transparens frångåtts genom att JOBmeal, när man tagit del av förfrågningsunderlaget, inte haft klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtal kommer att ske.

Landstinget anför bl.a. följande.

Landstinget bestrider att kraven under punkterna 3.13 och 3.14 i Kravspecifikationen utgör skall-krav. Av ordalydelsen framgår tydligt att kraven i såväl 3.13 som 3.14 är formulerade som bör-krav. Hänvisningen till Landstingets beslut om att kaffe som köps ska vara ekologiskt är en ren information om en intern ordningsregel inom Landstinget. Den har inte någon bindande verkan på bedömningen om de aktuella kraven är bör- eller skall-krav.

JOBmeal synes inte skilja mellan å ena sidan ramavtal och å andra sidan upphandlingskontrakt som grundar sig på ramavtal. Av tilldelningsbeslutet

framgår att Landstinget avser att teckna ramavtal med både Selecta och JOBmeal. Selecta har därvid rangordnats som nummer ett och JOBmeal som nummer två. Under ramavtalets giltighetstid kommer kontrakt att tilldelas de båda leverantörerna enligt 5 kap. 6 § LOU och villkoren i ramavtalet. Enligt förfrågningsunderlaget kan två typer av kontrakt tilldelas, (i) köp av automat och (ii) hyra av automat. Vid hyra av automat ingår serviceavtal. Vid köp kan serviceavtal väljas som tillägg. Landstinget har i denna upphandling valt att hyres- och serviceavtal ska ha en löptid om 36 månader. Enligt Landstingets mening finns det inte något utrymme för tvivel om löptiden för ramavtalet och de kontrakt som tilldelas med ramavtalet som grund. Vad gäller JOBmeals påstående om leverantörernas bristande förmåga att garantera samma pris hänvisas till Mall för upphandlingskontrakt punkten 9, i vilken möjlighet till prisförändringar under avtalstiden regleras. Någon oklarhet kan således inte påstås gälla heller i detta fall. JOBmeals påstående om att förutsättningarna i denna del skulle missgynna den anbudsgivare som är nummer två i utvärderingen framstår som ytterst grumligt.

Landstinget bestrider påståendet att det inte har varit möjligt att förutse hur kontrakt baserade på ramavtalet ska ske under avtalstiden. Påståendet framstår som märkligt och förvånande då JOBmeal i yttrande till förvaltningsrätten citerar punkten 2.4 i förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter. Under denna punkt framgår tydligt att det anbud som erhåller den högsta poängsumman i utvärderingen kommer att betraktas som det ekonomiskt mest fördelaktiga och därmed rangordnas som nummer ett.

Av själva ordalydelsen i begreppet rangordning följer att den ramavtalsleverantör som rangordnats som nummer ett ska tillfrågas först. Om denne av någon anledning inte kan leverera tillfrågas nästa ramavtalsleverantör i rangordningen. Angående tilldelning av kontrakt vid ramavtal med rangordning skriver Konkurrensverket på sin hemsida följande:

Används rangordning framkommer det i tilldelningsbeslutet vilken leverantör som ska tillfrågas. Det är då den som måste tillfrågas först. Om den leverantören inte kan leverera kan nästa leverantör på listan tillfrågas. Upphandlingskontrakt kan slutas utan att avtalsspärr inträder samt utan skyldighet att informera samtliga i avtalet antagna leverantörer om att avrop sker och att upphandlingskontrakt tecknats.

Landstinget gör således gällande att förutsättningarna för tilldelning av kontrakt baserade på ramavtalet framgått av förfrågningsunderlaget. Hela förfarandet, d.v.s. tilldelning av ramavtalet och mekanismerna för senare tilldelning av kontrakt, är i enlighet med LOU och de unionsrättsliga principerna för offentlig upphandling.

JOBmeal grundar sin talan på att förfrågningsunderlaget är oklart och otydligt. Under upphandlingsförfarandet har JOBmeal dock inte ställt någon fråga till Landstinget rörande de oklarheter som man nu påstår finns i förfrågningsunderlaget. Landstinget har i förfrågningsunderlaget uppmanat anbudsgivarna att kontakta Landstinget för det fall förfrågningsunderlaget eller kraven är otydliga. JOBmeal har således inte vidtagit någon som helst åtgärd för att minska sin skada eller risk för skada. Genom att ställa frågor till Landstinget om de påstådda oklarheterna i förfrågningsunderlaget hade detta på ett enkelt sätt kunnat göras. JOBmeal kan därför inte anses ha lidit eller riskerat att lida någon skada.

DOMSKÄL

Sammanfattningsvis menar JOBmeal följande:

- Kraven under punkterna 3.13 och 3.14 i förfrågningsunderlagets Kravspecifikation är att betrakta som skall-krav och anbudet från Selecta uppfyller därför inte samtliga skall-krav i upphandlingen.
- Det föreligger oklarheter avseende förutsättningarna för ramavtalet, bl.a. vad gäller avtalsperiodens längd och hur avrop från ramavtalet avses att göras.

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att det under punkterna 3.13 och 3.14 i de två första meningarna klart och tydligt anges att leverantören *bör* kunna erbjuda ett alternativ av dryckesautomat där ekologiskt kaffe ingår samt att *om* så görs *ska* pris anges per kopp. Eftersom det därav så tydligt framgår att det är ett bör-krav att erbjuda ett alternativ av dryckesautomat där ekologiskt kaffe ingår kan den omständigheten att det därefter anges att Landstinget har fastslagit att allt kaffe som köps in ska vara ekologiskt inte medföra att kravet blir oklart.

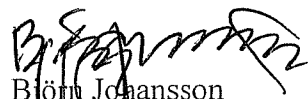
Vad gäller det som anförts om oklarheter beträffande ramavtalsperiodens längd noterar förvaltningsrätten att avtalstid tydligt anges under punkten 4 i Mall för upphandlingskontrakt. Av nämnda punkt framgår att maximal avtalstid är 48 månader. Att pris utvärderas utifrån pris för köp av dryckesautomat inklusive 36 månaders serviceavtal medför enligt förvaltningsrättens mening inte någon oklarhet beträffande löptiden för ramavtalet. JOBmeal anför även att ingen leverantör kan garantera samma pris för en period om 48 månader. Förvaltningsrätten noterar härvid att det i förfrågningsunderlaget anges att priset ska vara fast under minst 12 månader från avtalsperiodens början och att leverantören därefter äger rätt att begära prispförhandling om så erfordras (punkten 9 i Mall för upphandlingskontrakt).

Beträffande avrop från ramavtal noterar förvaltningsrätten att det under punkten 2.4 i förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter anges att det anbud som erhåller den högsta poängsumman kommer att betraktas som det ekonomiskt mest fördelaktiga och därmed rangordnas som nummer ett. Av förarbetena till bestämmelserna om ramavtal (prop. 2006/07:128 s. 175) framgår att ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivt sätt. Som Landstinget anför ligger i begreppet rangordning

att den ramavtalsleverantör som rangordnats som nummer ett ska tillfrågas först och om denne av någon anledning inte kan leverera tillfrågas nästa leverantör i rangordningen. Förutsättningarna för avrop från ramavtalet har således framgått av förfrågningsunderlaget.

På grund av det anförda och då inte heller vad som i övrigt anförts av JOBmeal medför att upphandlingen kan anses strida mot bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU kan ansökan inte bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1C LOU)



Björn Johansson
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.