



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2015-04-07
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
30309-14

Sida 1 (9)

SÖKANDE
Selecta AB, 556069-3318

Ombud: Jur. kand. Magnus Kylhed
Kylhed Juridik AB
Klasrovägen 46 B
191 49 Sollentuna

MOTPARTER
Haninge kommun
Nynäshamns kommun

Ombud: Viktor Morawski
Södertörns upphandlingsnämnd
136 81 Haninge

SAKEN
Ansökan om överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Selecta AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2015 -04- 0 8	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 572364

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Södertörns upphandlingsnämnd samordnar Haninge och Nynäshamns kommuners upphandlingar och genomför en upphandling av kaffeautomater (UH-2014-51) enligt ett öppet förfarande enligt 4 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut den 2 december 2014 framgår att Andella Vending AB (Andella) har tilldelats kontrakt.

Selecta AB (Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny kvalificering och utvärdering görs, varvid Andellas anbud förkastas. Bolaget anför bl.a. följande. Kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att anta Andellas anbud som inte uppfyller samtliga ställda ska-krav. Andella har dels offererat alternativa utföranden, vilket inte är förenligt med LOU, dels offererat kaffeautomater vars produktspecifikationer inte stämmer överens med ställda ska-krav och dels offererat en kaffeautomat som inte uppfyller ställda krav på maximal energiförbrukning. Kommunen har efter anbudstidens utgång vänt sig till Andella och begärt in nya uppgifter, vilket utgör en otillåten komplettering av anbudet. Selecta har rangordnats som tvåa i upphandlingen. Vid en korrekt genomförd kvalificering av inkomna anbud hade det vinnande anbudet från Andella förkastats och Selecta hade tilldelats kontraktet. Selecta har därmed lidit eller kunnat komma att lida skada.

Kommunerna anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts på ett korrekt och lagenligt sätt och den vinnande anbudsgivaren har uppfyllt de i upphandlingen angivna ska-kraven.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

En utgångspunkt vid offentliga upphandlingar är att det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för offentliga upphandlingars grundläggande principer. Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling och därigenom är den som får anses bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten iaktas. (Se bl.a. RÅ 2002 ref. 50 samt Kammarrättens i Stockholm avgörande den 10 oktober 2012 i mål nr. 5351-12.)

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt övriga bestämmelser i lagen. Frågan i målet är om det på grundval av vad Selecta AB har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs att bolaget kan visa att det har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

Alternativa utföranden

Bolaget har gjort gällande att kommunerna har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att anta Andellas anbud som innehöll alternativa utföranden för kaffeautomat 1, dels kaffemaskinen CQube MF04 och dels kaffemaskinen CQube MF13. Bolaget menar att det inte framgår att Andella bara har offererat en av maskinerna.

Kommunerna har anfört att Andella endast har bifogat tilläggsutrustning till kaffeautomaten CQube MF04 i form av CQube MF13 i anbudet. Enligt punkten 1.0 i förfrågningsunderlaget, krav på bilaga 1.2, ska anbudsgivarna bifoga en fil på tilläggsutrustning med tillhörande prisbilaga. Andella har lämnat pris för kaffeautomat 1 i form av automaten CQube MF04.

Förvaltningsrätten finner att det som bolaget har anfört i denna del inte visar att Andellas anbud innehöll otillåtna alternativa utföranden för kaffemaskin 1 eller att kommunerna skulle ha brutit mot likabehandlingsprincipen.

Kaffeautomat 1

Bolaget har även hävdad att produktspecifikationen för den kaffeautomat som Andella har offererat CQube MF04/MF13 inte överensstämmer med samtliga ställda ska-krav för kaffeautomat 1. Det saknas uppgifter om att automaten har följande funktioner:

- kunna brygga både kopp och kanna,
- ha justerbar dryckstyrka,
- maximal bryggtid för n kopp ska vara ca 35 sekunder,
- förberedd för olika betalsystem som kan ställas in på friköp, eller
- automaterna ska vara utrustade med filter av stål eller annat jämförbart material för flergångsbruk.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudet ska förkastas om inte produktspecifikationen visar att samtliga ska-krav är uppfyllda. Bolaget menar att det inte finns någon annan möjlighet att säkerställa att maskintyperna motsvarar kommunernas behov än genom att jämföra med produktspecifikationerna. Produktspecifikationerna är därför det enda beviset på uppfyllande av teknisk kapacitet enligt 11 kap. 11 § LOU som har efterfrågats.

Kommunerna anför att det var uppenbart när de utvärderade anbuden att den offererade kaffeautomaten från Andella uppfyller de krav som anges i punkten 3.1. I prisförfrågan anges att om produktspecifikationen inte stämmer överens med krav på Kaffautomat 1 så förkastas anbudet. Bolaget har tolkat kravet som att samtlig information i punkten 3.1 måste vara angiven i produktspecifikationen. Det har aldrig varit syftet med kravet. Om kravet skulle ha tolkats så restriktivt som bolaget önskar så skulle inte heller bolagets anbud kunna antas. Syftet med kravet är att kaffeautomaten ska motsvara kommunernas behov och om produktspecifikationen inte motbevisar detta så kommer kaffemaskinen att godkännas.

I förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell, under punkten 1.0 Kaffautomat 1, krav på bilaga 1.1 anges följande. Bifoga en produktspecifikation på kaffautomat 1. Om produktspecifikationen inte stämmer överens med krav på Kaffautomat 1 utan underskåp (3.1) förkastas anbudet.

I förfrågningsunderlagets skallkrav, under punkten 3.0 Kaffautomater, krav 3.1, anges följande. Kaffautomat 1 utan underskåp. Kapacitet ca 200 koppar färskbryggkaffe (malet) eller ca 100 koppar färskbryggkaffe (malet) och ca 12 koppar bönkaffe (per påfyllningstillfälle). Automaten ska producera malet färskbryggkaffe alt. malet färskbryggkaffe och bönkaffe samt instantkaffe, gräddersättning, choklad och hett vatten.

- Kunna brygga både kopp och kanna.
- Ha justerbar dryckstyrka (huvudinställningen ska kunna justeras samt att styrkan på varje enskild kaffekopp ska kunna justeras).
- Maximal bryggtid för en kopp kaffe ska vara ca 35 sekunder.
- Förberedd för olika betalsystem som kan ställas in på fri köp.

- Kunna placeras på befintliga bänkar i kök och pentry.
- Enkla att rengöra och fylla på för de användare som inte beställer fullservice.
- Automaterna ska vara fabriksnya.
- Automaterna ska vara utrustade med filter av stål eller annat jämförbart material för flergångsbruk.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget klart framgår att kraven i punkten 3.1 utgör så kallade ska-krav som måste uppfyllas. Något stöd för bolagets påstående att det finns ett krav att produktspecifikationen ska visa att ska-kraven i punkten 3.1 är uppfyllda finns dock inte. I förfrågningsunderlaget anges inget ska-krav att anbudsgivarna genom handlingar måste styrka att offererade kaffeautomater uppfyller funktionerna i punkten 3.1. Inte heller LOU ställer upp något krav att den upphandlande myndigheten ska begära in bevis för en leverantörs tekniska kapacitet. Förvaltningsrätten konstaterar att utformningen av krav på bilaga 1.1 under punkten 1.0 i utvärderingsmodellen är något otydlig. Utvärderingskravet skulle nämligen kunna tolkas på så sätt som bolaget har gjort, dvs. att produktspecifikationen måste innehålla samtliga funktioner som ska vara uppfyllda enligt ska-kravet i punkten 3.1. Förvaltningsrätten anser dock att utvärderingskravet även kan tolkas på så sätt som kommunerna har gjort, dvs. att uppgifterna i produktspecifikationen inte får strida emot ska-kraven i punkten 3.1. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten iaktas (se bl.a. RÅ 2002 ref. 50 samt Kammarrättens i Stockholm avgörande den 10 oktober 2012 i mål nr. 5351-12.). Såsom förvaltningsrätten har funnit ovan så uppställs inget ska-krav i förfrågningsunderlaget att produktspecifikationen ska visa att samtliga ska-krav i punkten 3.1 är uppfyllda. Trots att formuleringen i krav på bilaga 1.1 under punkten 1.0 i utvärderingsmodellen är något otydligt utformad, finns det inget utrymme för förvaltningsrätten att utesluta en anbudsgivare pga. att dess produktspecifikation inte visar att samtliga ska-krav i punkten 3.1 är uppfyllda. Bolaget har inte heller på annat sätt visat

att Andellas anbud på offererad kaffeautomat 1 inte uppfyller ska-kraven i punkten 3.1 i förfrågningsunderlaget. Skäl för ingripande föreligger därför inte på denna grund.

Kaffeautomat 2

Bolaget har också hävdad att Andellas produktspecifikation för offererad kaffeautomat Bianchi LEI 600 PP ES som kaffeautomat 2 inte visar att ska-kravet under punkten 3.0 Kaffeautomater, krav 3.2. att automaten ska producera soppa är uppfyllt. Bolaget menar att det endast i produktspecifikationen för instant-varianten av maskinen Bianchi LEI 600 PP INSTANT anges att maskinen klarar av att leverera soppa. Bolaget hävdar också att kommunerna har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att efter anbudstidens utgång vända sig till Andella och inhämta nya uppgifter som visar att automaten kan leverera soppa, vilket är en otillåten komplettering.

Kommunerna anför att produktbladet som Andella har gett in är generellt och gäller för både instantmodellen och för den offererade espressomodellen. Av det generella produktbladet framgår det klart att espressomodellen kan innehålla soppa. Det är en gemensam egenskap för kaffeautomaten, oavsett version. Uppgiften om soppan fanns redan i anbudet från första början, vilket innebär att det inte är en otillåten komplettering.

I förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell, under punkten 2.0 Kaffeautomat 2, prisfråga 2.1 anges följande. Bifoga en produktspecifikation på kaffeautomat 2. Om produktspecifikationen inte stämmer överens med krav på Kaffeautomat 2 med automatisk muggframtagning (3.2) förkastas anbudet.

I förfrågningsunderlagets skallkrav, under punkten 3.0 Kaffeautomater, krav 3.2, anges bl.a. följande. Kaffeautomat 2 med automatisk muggframtagning.
Kapacitet ca 300 koppar färskbryggkaffe, malet (per påfyllningstillfälle).
Automaten ska producera malet färskbryggkaffe, instantkaffe,

gräddersättning, socker, choklad, soppa, hett vatten. Automaten ska innehålla ca 600 st pappersmuggar.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av Andellas ingivna produktspecifikation under rubriken produktkapacitet anges "soppa 3,8 kg". Det har inte framkommit annat än att denna information gäller för både espressovarianten och instantvarianten av kaffemaskinen. Produktspecifikationen visar därmed att den av Andella offererade kaffeautomaten klarar av att producera soppa. Bolagets invändning att det på bilden i produktspecifikationen inte finns soppa i någon av automatens kanistrar visar enligt förvaltningsrättens mening inte att automaten saknar möjlighet att producera soppa i någon av kanistrarna. Vad gäller kommunernas begäran om förtydligande av anbudet att få bekräftat att den offererade automaten kan leverera soppa, bedömer förvaltningsrätten att detta inte kan anses utgöra en otillåten komplettering. Bolaget har inte heller närmare preciserat vilka nya uppgifter som Andella skulle ha gett in efter anbudstidens utgång. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att Andella har tillfört anbudet nya sakuppgifter för att uppfylla ska-kraven eller på annat sätt ha kompletterat anbudet på så sätt att det inneburit en särbehandling eller konkurrensbegränsning. Såvitt framkommit har kommunen således inte agerat strid med 9 kap. 8 § LOU.

Energiförbrukning

Bolaget har även gjort gällande att Andellas kaffeautomat Bianchi LEI 600 ES inte uppfyller det ställda ska-kravet på maximal energiförbrukning om <240 Wh/liter, motsvarande energiklass B, eftersom det av testrapporten EVA-EMP version 2.1 framgår att kaffeautomaten vid produktion av espresso-kaffe har en energianvändning som uppgår till 336 Wh/liter.

Kommunerna har invänt att verifikatet för Andellas kaffeautomat Bianchi LEI 600 ES visar att automaten har en energianvändning på <140 Wh/liter,

mosvarande energiklass A+. Kommunerna tillägger att bolaget har räknat energianvändningen utifrån den minsta espressokoppen.

I förfrågningsunderlagets skullkrav, under punkten 3.0 Kaffeautomater, krav 3.3 anges bl.a. att varmdryckesautomater av stor och mellanstor modell ska ha en energianvändning <240 Wh/liter (motsvarande energiklass B). Anbudsgivare bör bifoga ett verifierkat på detta. Om inget verifierkat bifogas kan kommunen komma att begära in det innan tilldelning och kommunen kommer att begära in det innan avtalstecknande.

Förvaltningsrätten anser att kommunerna har visat att den av Andella offererade maskinen uppfyller kravet på högsta tillåtna energianvändning. Den omständigheten att energianvändningen för produktion av en enskild espressokopp är högre än den totala tillåtna högsta energianvändningen påverkar inte denna bedömning. Skäl för ingripande föreligger därför inte heller på denna grund.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det på grundval av det som bolaget har anfört inte går att dra slutsatsen att kommunerna har brutit mot likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU finns därmed inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Håke Degenkolbe

Rådman

Charlotte Wallberg har föredragit målet.



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 nå 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.