



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2018-04-30
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
7668-17

SÖKANDE

Selecta AB, 556069-3318
120 90 Stockholm

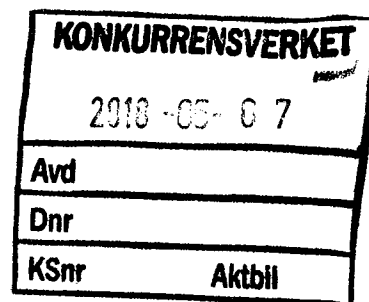
Ombud: Jur.kand. Magnus Vidänge
Götgatan 4 B
172 30 Sundbyberg

MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, 556070-5054
Kungsgatan 19
411 19 Göteborg

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 509516

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Göteborgs Stads Upphandlingsbolag AB (Upphandlingsbolaget) genomför en upphandling av ramavtal avseende *Kaffe- och vattenautomater*, *dnr 277/15*.

Av tilldelningsbeslut den 21 juni 2017 framgår att JOBmeal Göteborg AB (JOBmeal) har tilldelats kontrakt avseende delområde 1, Kaffeautomater.

YRKANDEN M.M.

Selecta AB (Selecta) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen avseende kaffeautomater av stor modell ska göras om. Till stöd för talan anförs bl.a. följande.

I upphandlingen ställs krav på viss kaffe- och sumpkapacitet. De stora kaffeautomaterna ska ha en kaffekapacitet om minst 3,6 kg och ”en sump i balans”, dvs. en sumpkapacitet som är minst lika stor som kaffekapaciteten. Därutöver ska även portionsförpackat socker offereras.

Den ena av JOBmeals två stora kaffeautomater (PSL FB 50 Maxi) uppges ha en kaffekapacitet om färdigmalet kaffe på 3,7 kg. Denna kapacitet uppnås endast genom en sammanläggning av kapaciteterna för kaffe och frystorkat kaffe. Detta är inte vad som efterfrågas som ett krav i upphandlingen. Upphandlingsbolagets invändning att ”In kaffe” i produktbladet inte står för frystorkat kaffe utan för ”Individuellt val av ingrediens” saknar trovärdighet. Det är i branschen allmänt känt att In står för Instant, dvs. frystorkat kaffe. Att In står för instantbehållare bekräftas också av tillverkaren av kaffeautomaten. Upphandlingsbolagets sätt att säkerställa kravuppfyllandet är inte förenligt med likabehandlingsprincipen. JOBmeals anbud hade vid en korrekt utförd kvalificering rätteligen förkastats.

Vad gäller sumpkapaciteten är visat att uppgiven kapacitet om 4 kg sump – vilket är ett måste för att uppnå kravet på sump i balans – endast kan uppnås genom användande av ett s.k. ”maxi-kit” som JOBmeal numera har offererat och som innebär att kaffeautomaten byggs på med en sockel med inbyggd sumpkapacitet. Kravet är inte uppfyllt i det ursprungliga anbudet utan först sedan Selecta påvisat det icke uppfyllda kravet på sump i balans. Inte heller detta krav är därmed uppfyllt. Påståendet om att det endast är fråga om en konkretisering är en uppenbar efterhandskonstruktion. Fråga är om en otillåten komplettering av anbudet som står i strid med likabehandlingsprincipen. Vid en korrekt utförd kvalificering hade JOBmeals anbud förkastats.

Inte heller uppfyller JOBmeals anbud kravet på portionsförpackat socker med hänvisning till detta bolags egen förklaring i ett tidigare mål i samma upphandling att kravet på portionsförpackat socker endast kan innebära ”att varje sockerbit har en egen förpackning”. JOBmeal har dock offererat sockerbitar som är förpackade två och två. JOBmeals egen definition medför därför att kravet inte är uppfyllt. Att acceptera en lösning som inte uppfyller det aktuella kravet samtidigt som en annan lösning som inte heller uppfyller kraven förkastats är inte förenligt med likabehandlingsprincipen.

Vid en korrekt genomförd utvärdering hade det saknats godtagbara anbud i upphandlingen. I en sådan situation återstår det endast för den upphandlande myndigheten att avbryta upphandlingen alternativt att domstolen beslutar att upphandlingen ska göras om. I det senare fallet hade Selecta fått en ny möjlighet att lämna anbud och en ny möjlighet att tilldelas kontrakt. Genom Upphandlingsbolagets förfarande har emellertid Selecta berövats denna möjlighet och därigenom lidit eller kunnat komma att lida skada.

Upphandlingsbolaget anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Kaffe- och sumpbehållarnas storlek i de kaffeautomater som offererats av JOBmeal uppfyller kraven i upphandlingen. Produktbladet som Selecta hänvisar till har otvivelaktigt en behållare för instantkaffe, men det är som Selecta själva anger en annan maskin och i produktbladet finns inte förkortningen ”In” med. JOBmeal har bekräftat att de benämner ”IN” som individuellt val av ingredienser. För upphandlingen i fråga var ingrediensvalet kaffe och inte frystorkat kaffe som Selecta påstår.

Selecta har endast påstått att JOBmeal inte har lämnat korrekta svar gällande kaffe- och sumpbehållare. Maskinerna i de två processerna är olika utrustade och anpassade för respektive upphandling. JOBmeal har lämnat anbud och deras tillverkare har på begäran från Upphandlingsbolaget bekräftat att de offererade maskinerna uppfyller kraven i upphandlingen. Därmed har JOBmeal visat att kaffe- och sumpkapaciteten uppfyller kraven.

JOBmeal har inte tillåtit komplettera sitt anbud utan Upphandlingsbolaget har enbart kontrollerat att anbudet uppfyller kraven i upphandlingen efter felpåståenden avseende JOBmeals anbud från Selecta. Det har endast gjorts en konkretisering av anbudet genom att en bekräftelse inhämtats efter att Selecta påstått brister i anbudet. Vid felpåståenden har den upphandlande myndigheten möjlighet att kontrollera riktigheten i dessa genom att inhämta uppgifter från den anbudsgivare som berörs.

Vidare har Selecta felaktigt angett att JOBmeal offererat ett s.k. maxi-kit för kaffeautomaterna först under år 2017 då det faktiskt är fråga om just sådana ”maximaskiner” som offererats i anbudet från JOBmeal.

Upphandlingsbolaget godtog från början Selectas offererade ask med socker eftersom man där kunde plocka sockerbitar en och en. Förvaltningsrätten har i dom (i mål nr 6423-16) underkänt denna tolkning. Eftersom rätten i domen utgått ifrån bland annat Nordic Sugars hemsida gällande vad som utgör portionsförpackat socker så har även Upphandlingsbolaget gällande vad som utgör portionsförpackat socker vänt sig dit i den nya utvärderingen. Upphandlingsbolaget måste utgå ifrån vad domstolen anser utgöra portionsförpackat socker och inte vad en motpart tidigare ansett i frågan.

Selecta har sammanfattningsvis inte förmått visa att upphandlingen står i strid med de grundläggande principerna i LOU och har då inte heller lidit eller riskerat att lida skada i LOU:s mening.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes i samband med att lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2017. Den upphävda lagen gäller dock fortfarande för upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2017 och ska därför tillämpas i detta mål.

Frågan i målet är om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU.

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).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

En upphandlande myndighet får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap. (9 kap. 8 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingsbolaget genomför en upphandling av kaffeautomater vari leverantören bl.a. ska offerera två stora modeller. Dels en för malda bönor, dels en för hela bönor (filterbrygging). I förfrågningsunderlaget ställs krav på att kaffeautomaterna ska ha viss kapacitet avseende kaffe- och sumpbehållarnas storlek. Kaffebhållaren ska rymma minst 3,6 kg och ha en sump i balans, dvs. en sump som är minst lika stor som kaffebhållaren. Vidare ska anbudsgivaren offerera portionsförpackat socker.

JOBmeal har offererat två kaffeautomater med modellbeteckningarna PSL 50 FB MAXI och PSL 50 BTC MAXI. Sedan Selecta ifrågasatt om den förra maskinen uppfyller kravet på kaffekapacitet och om de båda uppfyller kravet på sumpkapacitet har Upphandlingsbolaget gett JOBmeal tillfälle att

komplettera anbudet som visar att kraven är uppfyllda. JOBmeal har därvid redovisat att maskinen PSL 50 FB MAXI har en kaffekapacitet om 3,7 kg. JOBmeal har angett att denna mängd innefattar IN kaffe, som enligt JOBmeal betyder ”individuellt val av ingrediens”, i detta fall kaffe, om 700 gram. Det har inte kommit fram tillräckliga skäl för att ifrågasätta denna uppgift. Av förfrågningsunderlaget (p. 1.3.3.8) framgår att med kaffe avses såväl malda och hela bönor som frystorkat kaffe. Vad JOBmeal redovisat om påbyggnadssockeln är endast ett utflöde av modellbeteckningen MAXI. Selecta har sålunda inte visat att kaffeautomaterna inte uppfyller kraven på efterfrågad kaffe- och sumpkapacitet. De kompletterande uppgifter som JOBmeal lämnat är enbart att anse som konkretiseringar av tidigare lämnade uppgifter. Fråga är alltså inte om en sådan otillåten komplettering som inte kunnat beaktas. Upphandlingsbolagets förfarande i dessa delar står därmed inte i strid med LOU.

Vad avser frågan om JOBmeals anbud uppfyller kravet på portionsförpackat socker har Upphandlingsbolaget liksom Förvaltningsrätten i en tidigare överprövning av upphandlingen vänt sig till Nordic Sugars hemsida och kunnat konstatera att anbudet i denna del överensstämmer med vad som kan anses vara portionsförpackat socker. Det som Selecta har anfört i denna del utgör inte skäl för annan bedömning än att aktuellt krav är uppfyllt. Inte heller i denna del står Upphandlingsbolagets förfarande i strid med LOU.

Sammanfattningsvis har det som Selecta anfört inte visat att Upphandlingsbolaget har genomfört upphandlingen i strid med 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Selecta har därmed inte lidit eller kunnat komma att lida skada. Ansökan ska därför avslås.

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

Ann-Carin Glimstedt
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.