



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2019-10-28
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 1702-19

KONKURRENSVERKET	
2019-10-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Fika hos Emilia AB, 559105-5172

Ombud: advokaten Henrik Willquist
 Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB
 Box 1027
 251 10 Helsingborg

MOTPART

Region Skåne

Ombud: regionjuristen Ann Källsand
 Region Skåne
 291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,
 förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Fika hos Emilia AB:s ansökan om ingripande
 enligt LOU.

BAKGRUND

Region Skåne genomför en upphandling av catering, dnr 2018-O001047. Upphandlingen är uppdelad i fyra delområden; delområde 1a, Dockplatsen 26, Malmö (förmiddags- och eftermiddagsfika), delområde 1b, Dockplatsen 26, Malmö (lunch) och delområde 2, Konferensservice för Malmö sjukhusområde; delområde 3, Konferensservice för Lunds sjukhusområde.

Upphandlingen genomförs med förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LOU. Efter utvärdering har Region Skåne beslutat att för samtliga delområden teckna avtal med annan leverantör än Fika hos Emilia AB (FEAB).

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

FEAB ansöker om överprövning av upphandlingen avseende delområde 1a, 2 och 3 och yrkar att upphandlingen för de delområdena ska göras om. Som grund för sin ansökan anför FEAB bl.a. följande.

Region Skåne har under förhandlingen genomfört tre väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget, vilka varken var för sig eller tillsammans är tillåtna.

Den första förändringen av förfrågningsunderlaget gäller delområdena 2 och 3. Enligt förfrågningsunderlaget punkt 4.3.2 (avseende delområde 2) respektive punkt 5.3.2 (avseende delområde 3) ska anbudsgivarna prissätta "Kaffe/te inklusive påtår samt mjölk och socker". Något annat ska inte prissättas. Region Skåne kontaktade FEAB den 25 januari 2019 och adderade önskemålet att det till kaffet skulle serveras såväl soja- som havremjölk. Kravet på soja- och havremjölk fanns inte tidigare utan då gällde endast vanlig mjölk. Om Region Skånes syfte med kontakten endast skulle

vara att kontrollera hur anbudsgivarnas lösning för att tillhandahålla kaffe/te såg ut hade kontakten varit obehövlig. Eftersom Region Skåne valde att kontakta anbudsgivarna måste syftet ha varit att ändra tidigare uppgifter.

Den andra förändringen av förfrågningsunderlaget gäller delområdena 1a, 2 och 3. Region Skåne kontaktade FEAB den 28 januari 2019 och ändrade då antalet fikabröd avseende kondisbit och mjuk kaka från fem alternativ till tre alternativ, vilket påverkar prisbilden. Om det hade varit känt att endast tre olika alternativ av bitar/kakor var nödvändigt för att uppfylla kravet hade även andra anbudsgivare som endast kunnat offerera det samlare utbudet kunnat delta i upphandlingen. Eftersom förutsättningarna för upphandlingen har förändrats har det inte endast varit fråga om en prispförhandling.

Den tredje förändringen av förfrågningsunderlaget gäller delområde 3. Förutsättningarna för upphandlingen var enligt förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna skulle koka kaffe/te och därefter transportera det till Lund för servering. Region Skåne har genom skrivelse den 30 januari 2019 uppgett att vinnande leverantör för delområde 3 kan erbjudas att koka kaffe i eget kök på Kioskgatan 21 för vidare distribution till sjukhusområdet. Anbudsgivarna ombads i skrivelsen att besvara frågan om vilken påverkan det skulle ha för priset per kopp kaffe om Region Skåne tillhandahöll kök på sjukhusområdet med alternativt utan utrustning. Detta medförde en genomgripande förändring av upphandlingen eftersom transportmomentet försvann, vilket utgjorde ett viktigt moment i upphandlingen. Det framgick inte av förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna kunde nyttja på sjukhuset befintliga resurser för tillredning av kaffe/te. En anbudsgivare kan inte utgå ifrån att denna möjlighet för tillredning föreligger i avsaknad om uppgift därom. Detta förstod Region Skåne. Att Region Skåne laborerade med olika alternativ för anbudsgivaren, antingen att det fanns utrustning för kaffebryggning på plats eller ej, tyder på att någon lösning inte fanns på plats utan att det var något som Region Skåne skulle kunna tänka sig att ordna om

priserna justerades tillräckligt mycket. Det var alltså en investering som Region Skåne skulle kunna tänka sig att göra, vilket uppmärksammades först efter det att förfrågningsunderlaget annonserats. För FEAB:s del innebär denna förändringen av upphandlingen att annan leverantör tilldelades avtalet för delområde 3 istället för FEAB eftersom denna leverantör till följd av förändringen angående transportmomentet sänkte sitt anbudspris med 19 000 kr mer än FEAB.

De ändringar av förfrågningsunderlaget som Region Skåne har genomfört under förhandlingen är inte förenliga med LOU. Genom att ändra förfrågningsunderlaget så förändras förutsättningarna för upphandlingen och fel begås i det konkurrensuppsökande skedet. Potentiella anbudsgivare kan ha avhållit sig från att lämna anbud och förekomsten av flera anbud hade kunnat påverka utgången av upphandlingen. Dessutom har förändringarna av förfrågningsunderlaget påverkat FEAB genom att företaget har kunnat kontakta vissa underleverantörer med inte andra, vilket har påverkat prisbilden. Någon möjlighet att på kort varsel byta ut vald organisation har inte funnits.

Om förändringarna inte skett hade FEAB tilldelats kontraktet avseende delområde 3 och FEAB lider därmed en direkt skada genom att reglerna i LOU inte iakttagits. FEAB lider eller riskerar även att lida skada på grund av förändringarna eftersom de har påverkat FEAB:s möjligheter att lägga sitt bästa anbud. Brottet mot LOU har skett i det konkurrensuppsökande skedet varför upphandlingen ska göras om.

Region Skåne bestrider FEAB:s yrkande och anför bl.a. följande.

Av kravspecifikationen punkt 4.3.2 (avseende delområde 2) och punkt 5.3.2 (avseende delområde 3) framgår följande.

Anbudsgivaren ska erbjuda slät kopp kaffe eller te, inklusive påfyllning samt mjölk och socker. Vid behov ska även andra tillbehör än mjölkproteinbaserade drycker kunna erbjudas, exempelvis havredryck och sojadryck.

Region Skånes fråga från den 25 januari 2019 avsåg delområde 3 och hänvisade till kravet i punkten 5.3.2 men avsåg hur leverantörernas lösning för att tillhandahålla kaffe/ såg ut. Något nytt krav såvitt avsåg tillhandahållande av havredryck/sojadryck infördes således inte, utan ett sådant krav framgår redan av kravspecifikationen.

Avseende fikabröd framgår det av kravspecifikationen för delområdena 1a, 2 och 3 att kravet kan komma att omfattas av förhandling. I enlighet härmed har Region Skåne den 28 januari 2019 skickat ut en förfrågan till samtliga anbudsgivare för delområdena 1a, 2 och 3 där Region Skåne bad om prisuppgift för möjliga förändringar av respektive anbud med avseende på fikabröd. Det har varit fråga om en möjlighet för anbudsgivarna att förbättra prisbilden och det rör sig således endast om en prispförhandling. Samtliga anbudsgivare inom de relevanta delområdena har således haft möjlighet att inkomma med nya priser i förhandlingen.

Av punkt 5.1.3 i kravspecifikationen för delområde 3 framgår att anbudsgivaren förutsätts leverera frallor, frukt, kakor, bakelser, kall lunch samt kvällsmål till lokalerna. Därutöver anges att iordningställande ska ske på plats före förtäring. Av kravet som avser kaffe/te för delområde 3 i punkt 5.3.2 i kravspecifikationen framgår endast att anbudsgivaren ska kunna erbjuda kaffe/te. Kravet har således inrymt möjligheter för anbudsgivarna att lösa tillhandahållandet av kaffe/te på olika sätt, varvid t.ex. leverans av kaffe/te i termos har varit ett sätt och iordningställande på plats har varit ett annat. Den 25 januari 2019 tillfrågades samtliga leverantörer som hade lämnat anbud för delområde 3 om hur deras lösningar för att tillhandahålla en slät kopp kaffe eller te såg ut. Eftersom många leverantörer hade för avsikt att transportera färdigbryggt kaffe/te i termosar till lokalerna

förtydligade Region Skåne att möjlighet att brygga kaffe i eget kök på sjukhusområdet skulle finnas. Samtidigt bad Region Skåne om besked om tillgången till kök med respektive utan utrustning skulle ha någon påverkan på respektive anbudsgivares pris. Någon förändring av förfrågningsunderlaget har således inte skett i detta avseende.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de upphandlingsrättsliga principerna. Vad FEAB har anfört visar inte att bolaget har lidit eller kan komma att lida någon skada av den påstådda bristen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Om en upphandlade myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada ska, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering ska den upphandlande myndigheten enligt 6 kap. 8 § LOU förhandla med anbudsgivarna om förbättringar i deras anbud. Förhandlingarna får inte avse minimikravet eller tilldelningskriterierna.

I LOU saknas såväl detaljerade regler för hur upphandlingsdokumenten

ska vara utformade som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av upphandlingsdokumenten. En upphandlande myndighet är således inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för, att innan anbudena ges in, klargöra eventuella brister och otydligheter i upphandlingsdokumenten, under förutsättning att detta inte medför väsentliga förändringar i förhållande till de ursprungliga upphandlingsdokumenten.

Vid prövning av om en ändring är väsentlig får en samlad bedömning göras av orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, tidpunkten för ändringen samt om några åtgärder vidtagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser till följd av ändringen (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 22 juli 2013 mål nr 1379-13).

Förvaltningsrättens bedömning

Havre- och sojadryck

Lydelsen av punkten 4.3.2 kaffe/te i kravspecifikationen för delområde 2 överensstämmer med lydelsen av punkten 5.3.2. kaffe/te i kravspecifikationen för delområde 3. Av förevarande punkter i kravspecifikationerna framgår följande.

Anbudsgivaren ska erbjuda slät kopp kaffe eller te, inklusive påfyllning samt mjölk och socker. Vid behov ska även andra tillbehör än mjölkproteinbaserade drycker kunna erbjudas, exempelvis havredryck och sojadryck.

I fältet för anbudspris under aktuella punkter framgår av specifikationen att pris ska anges för ”Kaffe/te inklusive påfyllning samt mjölk och socker”.

FEAB har gjort gällande att Region Skåne den 25 januari 2019 har ändrat kravet på sådant sätt att önskemål om soja- och havredryck har adderats till tidigare uppställt krav som endast avsåg mjölk, vilket anges ha medfört en väsentlig förändring av upphandlingsdokumenten.

I skrivelsen som Region Skåne har tillsänt anbudsgivarna den 25 januari 2019 har regionen refererat till punkten 5.3.2 och återgivit ovan angiven lydelse. Region Skåne har således endast hänvisat till tidigare angivits krav i kravspecifikationen och någon ändring av kravet har därmed inte skett. Att det vid fältet för prissättning för de aktuella punkterna i kravspecifikationerna angivits ”Kaffe/te inklusive påtår samt mjölk och socker” förändrar inte denna bedömning. Kravet på att anbudsgivarna vid behov ska kunna erbjuda andra tillbehör än mjölkproteinbaserade drycker framgår tydligt av respektive punkt i kravspecifikationen och kravet kan inte anses inskränkas genom vad som angivits i fältet för anbudspris.

Fikabröd

Punkterna 2.3.4 (avseende delområde 1a), 4.3.9 (avseende delområde 2) och 5.3.7 (avseende delområde 3) i kravspecifikationerna är likalydande och av punkterna framgår följande.

Anbudsgivaren ska erbjuda ett utbud av fikabröd:

- Hårda småkakor, två (2) alternativ (t ex chokladsnitt, finska pinnar, syltkakor, flarn)
- Kondisbit, fem (5) alternativ (t ex brownie, chokladbiskvi, chokladboll)
- Mjuka kakor, fem (5) alternativ (t ex kanelbullar, morotskaka, muffins)

Delar av fikabrödet ska varieras utefter säsong, t ex semlor och lussebullar/pepparkakor.

Denna punkt kan eventuellt komma att omfattas av förhandling.

FEAB har gjort gällande att Region Skåne den 28 januari 2019 har ändrat kravet på sådant sätt att antalet alternativ av kondisbitar och mjuk kaka sänktes från fem alternativ till tre alternativ, vilket har medfört en väsentlig förändring av upphandlingsdokumenten.

FEAB har i målet inte närmare utvecklat sina uppgifter kring vilken

betydelse som en begräsning av urvalet av fikabröd skulle medföra för bolaget samt hur detta skulle påverka FEAB:s prisbild. Region Skåne, som är av uppfattningen att det endast har rört sig om en prisförhandling, har uppgett att samtliga anbudsgivare efter kontakten den 28 januari 2019 har haft möjlighet att inkomma med nya anbudspriser. FEAB har inte ifrågasatt att företaget erhållit denna möjlighet. Av upphandlingsrapporten kan även utläsas att prisavdraget vid förhandling av fikabröd för delområdena 1a, 2 och 3 inte har medfört någon förändring av anbudsgivarnas placering i upphandlingen.

Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att den förändring som FEAB har gjort gällande inte kan anses utgöra en sådan väsentlig förändring av kravspecifikationen som medför grund för ingripande enligt LOU. Oaktat detta har FEAB inte förmått visa på vilket sätt bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada med anledning av en eventuell justering av antalet alternativ av kondisbit respektive mjuk kaka.

Tillhandahållande av kaffe/te

FEAB har gjort gällande att Region Skåne den 30 januari 2019 har ändrat förutsättningarna för upphandlingen på så sätt att färdigbryggt kaffe inte längre skulle behöva transporteras till Lund utan att möjlighet kunde finnas att brygga kaffet på plats. Detta har enligt FEAB medfört en väsentlig förändring av upphandlingsdokumentet eftersom transportmomentet försvann.

Av punkt 5.1.3 i kravspecifikationen för delområde 3 framgår att upphandlingen omfattar leverans av för- och eftermiddagsfika (bredd fralla, frukt, kaka, bakelse) samt leverans av portionsförpackad kall lunch och kvällsmål. Någon uttrycklig reglering angående hur kaffe ska tillhandahållas återfinns emellertid inte i upphandlingsdokumenten för delområdet.

Region Skåne har efter att ha noterat att flera anbudsgivare haft för avsikt

att leverera färdigbryggt kaffe i termosar upplyst anbudsgivarna om möjligheten att brygga kaffe på plats och därvid givit samtliga anbudsgivare möjlighet att förändra sina anbud. Någon förändring av upphandlingsdokumenten kan emellertid inte anses ha skett på så sätt att Region Skåne genom kontakten med anbudsgivarna har tagit bort ett krav om transport av färdigbryggt kaffe, eftersom något sådant krav inte tidigare uppställts. Region Skånes förtydligande angående möjlighet att brygga kaffe på plats har inte heller inneburit att förutsättningarna för upphandlingen väsentligen har förändrats på det sätt som FEAB gjort gällande.

Slutsats

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det med hänsyn till vad FEAB anfört i målet inte föreligger skäl för att besluta om ingripande enligt LOU. FEAB:s ansökan om överprövning kan därmed inte bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Anders Mattsson

Madelene Rask har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.