

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**
Allmänna avdelningen

DOM
2009-10-15
Meddelad i Stockholm

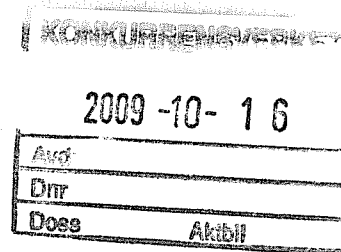
Mål nr
19304-09
Enhet 15

SÖKANDE

Café Bar Sverige AB, 556307-2171

Ombud:

Advokat Anna Ulfsson och jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

**MOTPART**

Stockholms läns landsting
Upphandlingsenheten
Box 6401
113 82 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen av dryckesautomater SLL 718, dnr 0901-0027, i den del den gäller kaffeautomater, insatsvaror och ytterligare artiklar (sortiment I), ska göras om.

Länsrättens interimistiska beslut av den 25 september 2009 om att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 462675

Postadress 115 76 Stockholm	Besöksadress Tegeluddsvägen 1	Telefon 08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	Telefax 08-561 680 01	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-15:00
---------------------------------------	---	--	---------------------------------	---

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av dryckesautomater SLL 718, dnr 0901-0027. Upphandlingen består av två delar där SLL kommer att välja en leverantör för kaffeautomater, insatsvaror och ytterligare artiklar (sortiment I) och en leverantör för vattenautomater och dess tillbehör (sortiment II). Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att anbud kan lämnas på hela sortiment I och II eller för enbart sortiment I eller sortiment II. Anbudsgivare ska lämna anbud för samtliga av de positioner som ingår inom respektive sortiment.

Sista dag att komma in med anbud var den 25 september 2009. Länsrätten har samma dag interimistiskt förordnat att SLL inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Café Bar Sverige AB (Café Bar) ansöker om överprövning och yrkar att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anger Café Bar i huvudsak följande. SLL har i förfrågningsunderlaget bjudit in leverantörer att lämna anbud i anledning av en upphandling av dryckesautomater. Av punkt 4.3 i förfrågningsunderlagets kravspecifikation framgår bl.a. att leverantör ska erbjuda malet ekologiskt kaffe från åtminstone tre av de i Sverige vanligast förekommande kaffemärkena, typ Classic, Gevalia, Löfbergs och Zoéga eller likvärdigt. Genom s.k. ”Frågor och svar” har Café Bar försökt förmå SLL att förtydliga och förbättra det bristfälliga förfrågningsunderlaget. SLL:s svar har dock inte bemött frågorna alternativt varit mycket knapphändiga. Av SLL:s svar kan dock klart och entydigt utläsas att SLL anser att skallkravet innebär att en anbudsgivare, för att uppfylla skallkravet, ska kunna erbjuda kaffe från minst tre av företagen Classic, Gevalia, Löfbergs och

Zoéga. SLL har således i sitt svar tagit bort möjligheten att erbjuda kaffe likvärdigt med dessa kaffesorter och därmed skärpt kravet. Skall-kravet är starkt diskriminerande och verkar utestängande på bolaget.

Skall-kravet i punkt 4.3 är att betrakta som en teknisk beskrivning av föremålet för upphandlingen. I förevarande fall framstår det som högst osannolikt att SLL inte på annat sätt än genom att hänvisa till de särskilda fyra namngivna kaffemärken, kan beskriva vilka typer av kaffe, dvs. vilken rostning, malning, kvalitet, smak och dylikt som SLL efterfrågar. Det framgår av formuleringen i punkt 4.3 att bakgrunden till kravet är att SLL vill ha variation. Det är uppenbart att denna variation inte endast kan åstadkommas genom att tre av fyra kända kaffemärken offereras. Kravet framstår således som onödigt strikt, och därmed oproportionerligt. Att dessutom skärpa kraven på sånt sätt som skett är i strid med 6 kap. 5 § LOU. I förevarande fall får SLL:s krav till följd att Café Bar, som inte har möjlighet att köpa in de uppräknade kaffemärkena till ett pris som ger rimliga marginaler och som dessutom hade kunnat erbjuda ett likvärdigt kaffe från eget rosteri till betydligt bättre priser, inte kan eller i vart fall kraftigt frångå sin möjlighet att lämna en konkurrenskraftig offert. Genom att i skall-kravet hänvisa till specifika varumärken utan att detta har varit nödvändigt, har SLL agerat i strid med såväl 6 kap. 4-5 §§ LOU, som principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU.

Zoéga tillverkas och ägs av Nestlé. En av leverantörerna på den aktuella marknaden, Jede AB, har ägarkoppling till Nestlé. Detta innebär att Jede AB kan offerera helt andra priser än övriga anbudsgivare. Vidare äger Jede AB ännu en av leverantörerna på marknaden, Kaffeknappen Sverige AB. Även detta företag erhåller en otillbörlig konkurrensfördel jämfört med övriga anbudsgivare som inte har ägarkoppling till någon av de angivna kaffemärkena. Skall-kravet i fråga innebär således att det blir omöjligt för Café Bar att offerera konkurrenskraftiga priser. Om det är så att priskravet

är konkurrensbegränsande och därmed diskriminerande, är det otillåtet enligt LOU. Vidare ska noteras att kaffet väger 44 procent i utvärderingen. För en anbudsgivare som inte har en förmånlig koppling, såsom ägarkoppling, till de kaffemärken som måste offereras, blir kostnaden för kaffet en oerhört tung kostnadspost vilket innebär att det i princip blir omöjligt att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen. Skallkravet i punkt 4.3 i kravspecifikationen är därmed i strid med 1 kap. 9 § LOU, dels på så sätt att det otillbörligen gynnar leverantörer med ägarkopplingar till de fyra uppräknade kaffemärkena, dels gynnar stora företag som har möjlighet att köpa in stora volymer kaffe och därmed erhålla bättre pris.

SLL:s uppställda skall-krav har inneburit att Café Bar har varit förhindrat, eller i vart fall kraftigt begränsat, att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Café Bar har därmed lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada.

SLL bestrider att upphandlingen ska göras om. För det fall länsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om yrkar SLL att beslutet endast gäller den i målet aktuella delen sortiment 1. Vidare yrkar SLL att länsrättens interimistiska beslut omedelbart upphävs. Upphandlingen har gjorts på ett korrekt sätt och SLL har inte på något sätt brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Café Bar lider inte eller riskerar inte lida någon skada. Det föreligger därför inte skäl att besluta om åtgärder enligt 16 kap LOU. Det föreligger inte heller grund för länsrättens interimistiska beslut.

Syftet med upphandlingen är att förse SLL med en caféservice för självbetjäning av drycker från automater. Till 40 000 anställda och besökare är det rimligt att ställa krav på ett varierat utbud av insatsvarorna, eftersom det inte går att gå till nästa café för den som inte tycker om drycken. Avtalet ska också kunna tecknas för upp till fyra år med den

utvalda leverantören. SLL har valt att ange ett minsta krav på sortimentet genom att ange kaffesorter i form av varumärken. Det är förmodligen en smakfråga, men det är på det sättet människor i gemen beskriver vilket kaffe de önskar. De fyra namngivna varumärkena i upphandlingen svarar i detaljhandelsledet för närmare 90 procent av den svenska marknaden. Människor hävdar bestämt att ett kaffe smakar bättre än ett annat, men olika människor har olika favoriter och därför finns det ett behov av en viss spridning av urvalet av kaffesorter så att avropande enheter kan välja från ett urval av kaffesorter. Detta är en del i servicepaketet som SLL upphandlar. Att som i fallet med Café Bar erbjuda enbart sitt märke ger ett för smalt utbud för SLL att välja ifrån. SLL har valt att lösa upp kopplingen mellan den som producerar och levererar kaffet och den som ska leverera tjänsten genom att ange minimikravet genom allmänt tillgängliga kaffesorter som alla anbudsgivare kan köpa in. Att frikoppla producenten av kaffe från serviceleverantören bör leda till ökad konkurrens genom att det ges fler kombinationsmöjligheter av leverantörer, i motsats till det sätt som Café Bar föreslår och har som affärsidé. SLL uppmanar dessutom anbudsgivarna att erbjuda ytterligare sorter. Café Bars inställning och affärsidé med att till 98 procent ha sitt eget kaffesortiment är en märklig inställning från en leverantör av kaffeservice. Den kanske fungerar bra när man kan gå vidare till nästa café, men sämre om man är hänvisad till enbart detta café. I kravspecifikationen anges att SLL vill ha valfriheten att kunna variera smaken genom att välja olika märken och olika rostningar av insatsvaran kaffe till automaterna. I kravspecifikationen punkten 4.3 anges att kaffet till maskinerna skall vara av högsta kvalitet och bestå av 100 procent arabica bönor varav minst 33 procent tvättat kaffe samt att kaffet skall vara ekologiskt. Kraven på kaffet är således utformade så att föremålet för upphandlingen klart framgår. Eftersom SLL är en stor organisation och avtalet ska gälla i två år med möjlighet till två års förlängning är det viktigt att SLL har valfriheten att kunna variera smaken genom att välja olika märken och olika rostningar av insatsvaran kaffe till automaterna. Det är en dryckesservice som upphandlas och det har i

upphandlingen varit en förutsättning att kaffet i automaterna ska kunna varieras mellan olika märken och rostningar. Med hänsyn till ovanstående skall därför leverantören erbjuda ekologiskt malet kaffe och kaffe av hela bönor från åtminstone tre av de i Sverige vanligast förekommande kaffemärkena Classic, Gevalia, Löfbergs och Zoéga. För att bredda valfriheten uppmanas leverantören att erbjuda fler kaffesorter än de ovan nämnda. Skall-kravet avseende de vanligast förekommande kaffemärkena är ett minimikrav och leverantörerna kan således erbjuda fler kaffemärken än dessa. Av kravspecifikationen framgår också enligt ovan att det är önskvärt med en mångfald vad gäller kaffemärken. Café Bar är således inte förhindrat att offerera sitt eget kaffemärke, utan tvärtom, uppmanas att göra detta. Skall-kravet leder inte till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Samtliga leverantörer av kaffeservice har möjlighet att erbjuda tre av de fyra vanligast förekommande kaffemärkena. Skälet till att kravet är begränsat till i stället för alla fyra kaffemärkena är att öka konkurrensen mellan kaffetillverkarna samt att i det fall någon leverantör skulle ha problem med någon av kaffetillverkarna så ska inte detta hindra att leverantören kan uppfylla skall-kravet.

Den omständigheten att en av leverantörerna, Jede AB, på den aktuella marknaden har ägarkopplingar till Nestlé, som äger och tillverkar Zoéga samt att Jede AB äger en annan av leverantörerna på marknaden innebär inte att Jede AB eller den sistnämnda leverantören otillbörligen gynnas. Jede AB ska utöver kaffemärket Zoéga erbjuda ytterligare två av de vanligast förekommande kaffemärkena. Jede AB kan inte i sitt anbud förutsätta att Zoéga är det kaffe som kommer att väljas vid avropen eller att en viss volym av Zoéga kommer att väljas. Jede AB måste således i sitt anbud ta hänsyn till ovanstående när anbudspriset, som skall vara ett och samma oavsett märke, beräknas.

Om SLL hade ställt ett minimikrav på tre kaffemärken utan hänvisning till namngivna kaffemärken hade detta inte gjort någon skillnad för Café Bar. Café Bar har anfört att bolaget inte har möjlighet att köpa in de uppräknade kaffemärkena till ett pris som ger rimliga marginaler. Café Bar har uppgett att Café Bars affärsidé bygger på att man till 98 procent har sitt eget kaffesortiment med. SLL kan inte tolka detta på annat sätt än att Café Bar inte har möjlighet att köpa in något annat kaffemärke överhuvudtaget som uppfyller kraven i kravspecifikationen till ett pris som ger rimliga marginaler, utan endast kan erbjuda sitt eget kaffe. Café Bar skulle således inte uppfylla ett minimikrav på kaffemärken även utan hänvisning till specifika kaffemärken. Hänvisningen till kaffemärkena har således inte medfört att Café Bar lidit eller riskerar att lida skada. Sammanfattningsvis kan sägas att SLL inte på något sätt har brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Inte heller lider eller riskerar Café Bar lida skada. Café Bars ansökan om överprövning ska därför avslås.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 6 kap. 1 § första stycket LOU framgår följande. Tekniska specifikationer ska ingå i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget eller de kompletterade handlingarna. Specifikationerna ska vara utformade på något av de sätt som anges i 2 och 3 §§.

I 6 kap. 3 § första stycket anges följande. En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I dessa krav kan miljöegenskaper ingå. Kraven skall vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår.

Av 6 kap. 4 § framgår följande. De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställnings-

sätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget, rubricerad "Kaffekrav", framgår bl.a. följande. Kaffet till maskinerna skall vara av högsta kvalitet och bestå av 100 % Arabicabönor varav minst 33 % tvättat kaffe. Kaffet skall vara ekologiskt. Förutom hög och jämn kvalitet på dryckerna, vill Beställaren också ha valfriheten att kunna variera smaken genom att välja olika märken och olika rostningar av insatsvaran kaffe till automaterna. Leverantör skall därför erbjuda malet ekologiskt kaffe från åtminstone tre av de i Sverige vanligast förekommande kaffemärkena, typ Classic, Gevalia, Löfbergs och Zoéga eller likvärdigt. Även för kaffe av hela bönor skall Leverantör erbjuda ekologiskt kaffe från åtminstone tre av de i Sverige vanligast förekommande kaffemärkena, typ Classic, Gevalia, Löfbergs och Zoéga eller likvärdigt.

Av SLL:s svar på fråga nummer 5 och 9 från anbudsgivare framgår bl.a. följande. Åtminstone tre av de fyra namngivna sorterna ska erbjudas. Ett annat sätt att uttrycka det är att av de fyra namngivna kan ett märke väljas bort. Inget utbyte kan ske av de tre som väljs bland de fyra namngivna. Kravet är att åtminstone tre av de fyra

uppräknade får och ska offereras. Detta är minimikravet och skallkravet på sortimentsbredden.

Länsrättens bedömning

Länsrätten, som tar upp målet till slutligt avgörande, gör följande bedömning.

Fråga i målet är om SLL brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU genom att utforma punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget på aktuellt sätt.

Av utredningen i målet framgår att SLL i punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget har uppställt ett skallkrav som innebär att tre av de fyra namngivna kaffemärkena Classic, Gevalia, Löfbergs och Zoéga måste offereras för att anbudsgivaren ska anses ha uppfyllt skallkravet. Skallkravet är som sådant att anse som en teknisk specifikation av det kaffe som SLL efterfrågar. Möjligheten att i en teknisk specifikation hänvisa till ett visst varumärke är undantaget de fall det annars skulle vara omöjligt för upphandlande myndighet att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt.

Enligt länsrättens mening är i och för sig kravet på att anbudsgivare i upphandlingen ska erbjuda variation i sitt sortiment förenligt med LOU. Länsrätten bedömer emellertid att det har varit högst möjligt för SLL att i det aktuella fallet beskriva föremålet för den ifrågavarande upphandlingen på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt utan att behöva använda sig av de namngivna varumärkena. SLL torde ha varit oförhindrad att uppnå en önskvärd variation genom att ange att leverantörer ska erbjuda ett visst minsta antal rostningar, blandningar och kvaliteter m.m. Den variation som SLL efterfrågat i punkten kan således åstadkommas på annat sätt än genom

krav på att tre av fyra kända kaffemärken ska offereras. Genom att kräva att tre av de fyra namngivna kaffemärkena ska offereras har SLL snedvridit konkurrensen bland faktiska och potentiella anbudsgivare och missgynnat de anbudsgivare som skulle kunna offerera kaffe av annat eller andra märken än de namngivna men som alltjämt uppfyller krav på kvalitet och variation. Länsrätten bedömer därför att genom att utforma skall-kravet i punkt 4.3 på aktuellt sätt genomför SLL upphandlingen i strid med 6 kap. 4 § LOU samt likabehandlings- och proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Länsrätten noterar för övrigt att även om angivandet i förfrågningsunderlaget av de aktuella varumärkena följts av orden ”eller likvärdiga”, detta i sammanhanget i praktiken saknar betydelse eftersom det även är tydligt angivet att leverantör skall erbjuda minst tre av de fyra vanligast förekommande sorterna. Mot bakgrund av de uppgifter som SLL har lämnat i målet om vilka kaffesorter som är vanligast i Sverige torde några andra likvärdiga, ”vanligast förekommande”, sorter än dessa fyra knappast finnas.

Vid sådant förhållande saknas anledning att ta ställning till om SLL:s skall-krav avseende pris otillbörligen gynnar vissa angivna anbudsgivare.

Vad sedan gäller frågan om Café Bar kan antas ha lidit skada till följd av den konstaterade felaktigheten i upphandlingen krävs enligt rättspraxis inte att den leverantör som ansöker om överprövning kan visa att man skulle ha erbjudits att teckna kontrakt i upphandlingen för att man i LOU:s mening ska anses lida skada av en felaktigt genomförd upphandling. Hur Café Bar och andra faktiska och potentiella anbudsgivare i upphandlingen hade utformat sina anbud om förutsättningarna varit annorlunda utformade går inte att förutsäga. Mot bakgrund härav finner länsrätten att Café Bar kan komma

att lida skada på sätt som krävs enligt 16 kap. 2 § LOU till följd av SLL:s felaktiga upphandling.

Med anledning av att den föreliggande bristen i upphandlingen hänför sig till den konkurrensuppsökande fasen av upphandlingen är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen, i den delen den gäller kaffeautomater, insatsvaror och ytterligare artiklar (sortiment I), ska därför göras om.

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



Åsa Nilsson

länsrättsfiskal

Handläggare har varit länsrättsnotarien Mattias Berger och föredraganden Henrik Grönberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppges sitt namn, adress och telefonnummer.

