



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ

DOM
2010-09-28
Meddelad i
Umeå

Mål nr
2377-10 E
Kansli 1

1

SÖKANDE

Selecta AB, 556069-3318
Ostmästargränd 5
120 90 Årsta

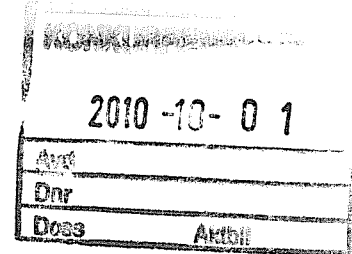
Ombud: Niklas Rydberg
Box 171
186 23 Vallentuna

MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 6142

Postadress
Box 193
901 05 Umeå

Besöksadress
Nygatan 45
(Tingshuset)

Telefon
090-17 74 00
E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se

Telefax
090-13 75 88

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå kommun (Kommunen) har infortrat anbud avseende ramavtal för kaffeautomater (dnr 10004) och har, efter förnyad anbudsprövning till följd av förvaltningsrättens dom den 2 juli 2010 i mål nr 1722-10, beslutat att anta det anbud som lämnats av JRR Automater AB. – Vid upphandlingen har använts öppet förfarande.

Selecta AB (Selecta) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits alternativt att upphandlingen ska göras om.

Kommunens inställning är att upphandlingen bör göras om.

Genom interimistiskt beslut den 16 augusti 2010 har förvaltningsrätten förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Även JOBmeal Umeå AB har ansökt om överprövning av upphandlingen (förvaltningsrättens mål nr 2389-10).

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER I DETTA MÅL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten, 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

lida eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

UTREDNINGEN

Kommunens förfrågningsunderlag och utvärdering av anbuden

I förfrågningsunderlagets Svarsbilaga Kvalificering anges bl.a. följande.

3.0 Svarsbilaga Kvalificering

Notera att samtliga avsnitt måste besvaras med ja. Endast ett svar per rad. Den anbudsgivare som inte uppfyller samtliga krav eller som underlåter att besvara samtliga krav kommer att diskvalificeras.

Sk 9.4

Maskiner skall stängas av automatiskt när sumpbehållaren är full. Uppfylls detta krav?

I förfrågningsunderlagets Avtalsvillkor/Avtal anges bl.a. följande.

6.1 Leveranstid

Levererad maskin skall vara fabriksny vilket här motsvarar maximalt 8 månader från produktionsdatum.

11.0 Priser

Offererade maskiner enligt Svarsbilaga Prismall skall vara tillgängliga för beställning minst 12 månader från anbudsdagen.

Av Kommunens utvärderingsprotokoll framgår bl.a. följande. Tre anbud har deltagit i anbudsprövningen. Dessa anbud har ingetts av JRR Automater AB, Selecta respektive JOBmeal Umeå AB. Anbuden från Selecta och

JOBmeal Umeå AB har inte kvalificerat sig för utvärdering. Motiveringen avseende Selecta är att Sk 9.4 enligt förvaltningsrättens dom den 2 juli 2010 inte uppfyllts och prövningstillstånd i kammarrätten har inte beviljats. Motiveringen avseende JOBmeal Umeå AB är att flera skall-krav ej uppfyllts, nämligen Sk 3.1, Sk 3.5, Sk 9.2, Sk 9.5, Sk 14.6 och Sk 14.10. Varje enskilt icke uppfyllt skall-krav innebär i sig diskvalificering.

Parternas anföranden

Selecta anför bl.a. följande. Kommunen har antagit ett anbud som inte uppfyller ställda skall-krav. Om en korrekt utvärdering hade gjorts skulle anbudet från JRR Automater AB rätteligen ha förkastats. Vidare har Selecta uteslutits från upphandlingen på felaktiga grunder. Selectas anbud uppfyller samtliga ställda skall-krav och borde följaktligen inte ha diskvalificerats. – Den av JRR Automater AB offererade automaten Wittenborg FB 5100 saknar den efterfrågade funktionen automatisk avstängning vid full sumpbehållare. Automaten har ingen automatisk avstängningsmekanism utan har i stället en funktion som innebär att den stängs av om kaffesumpen i behållaren blir fuktig. Denna fuktkontrollerande funktion upprätthålls genom att en givare manuellt stoppas ned i sumpbehållaren för att där känna av om sumpen skulle bli alltför fuktig. Funktionen och lösningen syftar till att stänga av tillflödet av vatten till automaten vid ett eventuellt invändigt vattenläckage i automaten, men givaren har inte i sig någon direkt funktion för att mäta mängden sump i behållaren. Givaren fungerar således inte som någon form av avstängningsmekanism vid full sumpbehållare. Om sumpen är torr i en full sumpbehållare ger den exempelvis inte något utslag överhuvudtaget – eftersom den mäter sumpens fuktighet – och automaten stängs därmed inte av även om sumpbehållaren skulle bli överfull. Det finns dessutom ytterligare en felkälla som påverkar den efterfrågade funktionen. Automaten fungerar nämligen även om givaren inte sitter på plats i sumpbehållaren. Som konstaterats ovan måste givaren manuellt pla-

ceras i behållaren för att lösa den avsedda uppgiften och mäta sumpens fuktighet. Om givaren av någon anledning inte placeras som avsett i sumpbehållaren fungerar automaten ändå, men den kommer aldrig att stängas av, vare sig vid överfull sumpbehållare eller alltför fuktig sump. Slutsatsen kan inte bli annan än att automaten inte uppfyller skall-kravet i punkten 9.4 i Svarsbilaga kvalificering. – Vidare uppfyller inte anbudet från JRR Automater AB skall-kravet att offererade maskiner enligt Svarsbilaga prismall ska vara tillgängliga för beställning minst 12 månader från anbudsdagen (punkten 11.0 i avtalsvillkoren). En av de offererade automaterna, Wittenborg FB 5100, finns knappast ens nu tillgänglig i nytillverkning och tillverkningen av automaten kommer helt att upphöra efter utgången av augusti 2010. Därmed kan automaten omöjligen finnas tillgänglig för beställning under hela den 12-månadersperiod som Kommunen ställt som skallkrav. Av dokument från tillverkaren framgår att beställningar efterfrågas senast den 8 juli 2010 för att leverans överhuvudtaget ska kunna ske. I avtalsvillkoren anges även att levererade maskiner skall vara fabriksnya samt att det innebär en ålder om ”maximalt 8 månader från produktionsdatum” (punkten 6.1). Med hänsyn till att automaten inte längre tillverkas måste det vara ostridigt att JRR Automater AB inte under några förutsättningar har möjlighet att efterleva detta krav. – Den av Selecta offererade automaten Wittenborg FB 7100 uppfyller skall-kravet avseende automatisk avstängning vid full sumpbehållare. Det tidigare målet i förvaltningsrätten har avgjorts på felaktiga grunder. Följande fakta och relevanta omständigheter bör framhållas; Kaffeautomaten har en kaffebehållare som rymmer två kilo kaffe, motsvarande cirka 180 koppar, Automaten har en sumpbehållare som rymmer sump från drygt 180 koppar, motsvarande två kilo kaffe, För att sumpbehållaren under några som helst förutsättningar ska kunna bli överfull krävs således att användarna fyller på nytt kaffe i kaffebehållaren utan att tömma sumpbehållaren, För att kunna fylla på kaffe krävs att man öppnar dörren på automaten, Varje gång dörren på automaten öppnas stängs automaten av automatiskt, Innan det återigen går att star-

ta maskinen måste användaren med en knapptryckning bekräfta att sumpbehållaren är tömd, Vid utebliven bekräftelse/knapptryckning kommer automaten inte att starta. Följden av ovanstående kan aldrig bli annan än att Kommunens fråga om automaten stängs av automatiskt vid full sumpbehållare måste besvaras jakande. Att detta är en riktig beskrivning av funktionen i den aktuella automaten har även bekräftats av automattillverkaren Wittenborg ApS i brev till Selecta den 20 maj 2010.

Kommunen anför bl.a. följande. Det krav som ställts angående automatisk avstängning av maskinen när sumpbehållaren är full har uppenbarligen varit oprecist. Som en följd av de inlagor och beslut som tillhör ärendet samt med hänsyn till förvaltningsrättens mål i ärendet har Kommunen kommit fram till att rätten inte bör godkänna den tekniska lösning som JRR Automater AB offererar. Kommunen ges då möjlighet att göra om upphandlingen och bl.a. omformulera det kravet. – Det skiljer i teknisk lösning mellan de inkomna förslagen. Sett utifrån ett praktiskt perspektiv är Kommunens uppfattning att samtliga anbudsgivares lösningar godkänns. Sett ur ett strikt tolkningsperspektiv innebär det oklara kravet en osäkerhet hos anbudslämnare vilket kan konstateras i anbudena och efterföljande överprövningar. – Angående punkten 11.0 i avtalsvillkoren är detta ett kontraktsvillkor och ska således uppfyllas av antagen leverantör i samband med leverans. I det fall leverantören inte uppfyller detta krav är det att betrakta som avtalsbrott och kan ytterst leda till skadestånd och hävning av avtalet. Kommunen har inte haft anledning att tvivla på anbudsgivarens ”löfte” om att kaffemaskinen kommer att finnas tillgänglig under denna period. Tilläggas kan också att en av anledningarna till att det är ett kontraktsvillkor är att det är ett mycket svårt och tidsödande arbete att kontrollera detta i samband med anbudsprövning. En annan anledning till att Kommunen bestrider det som anförs av Selecta är att anbudsdagen är 2010-03-09 vilket innebär att den aktuella maskinen ska vara tillgänglig till och med 2011-03-09. Kommunen vet inte hur anbudsgivarna rent logistiskt

bedriver sina verksamheter. De kan ha eget lager av produkter. Detta är inte något som Kommunen har synpunkter på så länge som leveranser sker enligt de villkor som gäller. – Kommunen har som påtalats i tidigare inlagor i detta ärende, utan att ange en specifik teknisk lösning, efterfrågat en funktion där maskinen stängs av automatiskt när sumpbehållaren är full. Kommunen har accepterat JRR Automater AB:s lösning vilken Kommunen har idag och finner tillräcklig. Selecta menar att deras anbud uppfyller samtliga skall-krav. Kommunen är av samma uppfattning och har redogjort för detta i tidigare yttrande till förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten fattade dock ett annat beslut varför Kommunen genomfört en ny anbudsprövning utifrån detta.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vad som därvid föreskrivs är ett uttryck bl.a. för de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förutsebarhet. En av de frågor som omfattas av dessa principer är att den upphandlande myndigheten vid prövning av anbuden inte får frångå förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget angivna skall-krav ska upprätthållas vid anbudsprövningen vilket innebär att anbud som inte uppfyller sådana krav normalt inte ska gå vidare till utvärderingsfasen.

I kommunens svarsbilaga Skall-krav anges under punkten Sk 9.4 att maskiner skall stängas av automatiskt när sumpbehållaren är full.

Förvaltningsrätten beslutade i dom den 2 juli 2010 i mål nr 1722-10 att den aktuella upphandlingen skulle rättas genom ny prövning av anbuden. Som skäl för beslutet angavs sammanfattningsvis att det vinnande anbudet från Selecta inte uppfyllde det i Sk 9.4 angivna skall-kravet.

Efter ny anbudsprövning har Kommunen beslutat att anta det anbud som lämnats av JRR Automater AB. De två övriga anbuden, från JOBmeal Umeå AB och Selecta, har inte bedömts uppfylla samtliga skall-krav och har därför inte utvärderats.

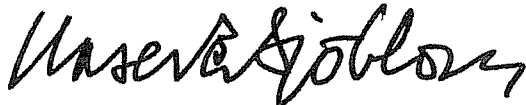
Selecta anför i förevarande mål att anbudet från JRR Automater AB inte uppfyller samtliga skall-krav, bl.a. Sk 9.4, samt att Selectas eget anbud diskvalificerats på felaktiga grunder. Vad gäller anbudet från JRR Automater AB anför Selecta bl.a. att en av de offererade automaterna har en sensor i sumpbehållaren som har funktionen att slå av automaten om kaffesumpen i behållaren blir fuktig men inte om lådan bara innehåller torr kaffesump, dvs. givaren fungerar inte som någon form av avstängningsmekanism vid full sumpbehållare. Dessa omständigheter har inte bestritts av Kommunen och det kan även noteras att JOBmeal Umeå AB framför liknande argument i förvaltningsrättens mål nr 2389-10. Något som talar mot att Selectas uppgifter är korrekta har inte framkommit. På grund av det anförda anser förvaltningsrätten att det måste anses ha framkommit att anbudet från JRR Automater AB inte uppfyller kravet ifråga. Redan av den anledningen borde anbudet från JRR Automater AB rätteligen inte ha utvärderats.

Selecta menar vidare att det egna anbudet rätteligen borde ha utvärderats. Förvaltningsrätten finner i denna del inte skäl att göra annan bedömning än vad som gjordes i mål nr 1722-10, dvs. att den aktuella kaffeautomaten saknar sådan automatisk avstängningsfunktion som anges som skall-krav i Sk 9.4.

På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att anbudet från JRR Automater AB inte kan anses uppfylla samtliga skall-krav. Genom att ändå utvärdera anbudet har Kommunen agerat i strid mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förutsebarhet och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU.

Härmed uppkommer frågan om Kommunens agerande medfört att Selecta lidit eller kan komma att lida skada. Kommunen har antagit en anbudsgivare som inte uppfyllt samtliga skall-krav. Inte heller Selecta eller någon annan anbudsgivare har uppfyllt samtliga skall-krav. Vid sådant förhållande borde upphandlingen rätteligen ha gjorts om. Med hänsyn till den osäkerhet som råder angående resultatet av en sådan ny upphandling blir skadebedömningen av hypotetisk art. Förvaltningsrätten finner vid en sådan bedömning att Selecta lidit eller kan komma att lida skada. Härav följer att det finns grund för att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU. Vid val av åtgärd finner förvaltningsrätten inte skäl att besluta annat än att upphandlingen ska göras om.

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



Hases Per Sjöblom
Lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.

