



SÖKANDE

JOBmeal Jönköping AB, 556622-2559
Industrigatan 22
566 34 Habo

MOTPART

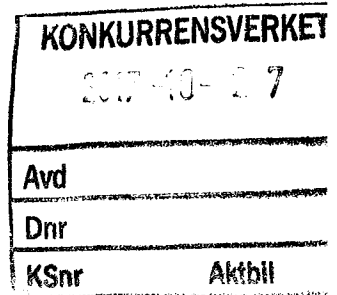
1. Jönköpings kommun
Rådhuset
551 89 Jönköping

2. Selecta AB, 556069-3318
Ostmästargränd 5
120 90 Årsta

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

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:109) om offentlig upphandling, ÄLOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om muntlig förhandling.

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid Selecta AB:s anbud förkastas med hänvisning till att anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget.

BAKGRUND

Jönköpings kommun (kommunen) genomför en upphandling genom ett öppet förfarande som avser ramavtal avseende hyra inklusive tillhörandeservice med fullständig funktionsgaranti för färskbryggt kaffe samt vattenautomater. Samtliga anbudsgivare uppfyllde kvalificeringskraven och gick

Dok.Id 237433

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

vidare till utvärdering. Utvärdering skedde genom ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Kommunen antog genom tilldelningsbeslut efter anbudsutvärdering Selecta AB (Selecta) som leverantör. JOBmeal Jönköping AB (JJAB) ansökte om överprövning av upphandlingen.

Genom dom den 6 juli 2017 i mål nr 1264-17 förordnade förvaltningsrätten att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse vidtagits genom ny anbudsprövning varvid Selectas ansökan skulle förkastas. Efter att Selecta överklagat förvaltningsrättens dom undanröjde Kammarrätten i Jönköping, genom beslut den 28 juli 2017 i mål nr 2034-17, förvaltningsrättens dom och visade målet åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning. Som skäl för återförvisningen angav kammarrätten att förvaltningsrätten brustit vid kommunikeringen genom att inte försäkra sig om att Selecta fått del av ansökan innan målet avgjordes.

YRKANDEN

JJAB yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från Selecta förkastas.

JJAB yrkar även att förvaltningsrätten ska hålla muntlig förhandling i målet.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

Selecta anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

JJAB

Selecta uppfyller inte de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget (3.2.2 Krav på kaffeautomater). Selecta har offererat kaffeautomater som helt saknar funktion för intelligent styrning. Selecta hävdar att automaterna är utrus-

tade med denna funktion, vilket är en felaktig uppgift som styrks av leverantören. Genom att offerera en enklare modell med mindre funktioner kan den vinnande leverantören offerera en automat med lägre kostnad och på så sätt vinna upphandlingen på felaktiga grunder. Det finns lite utrymme för tolkning avseende vad som är intelligent styrning; enligt Upphandlingsmyndigheten ska kaffeautomaten själv känna av användarnas beteende och ställa in energisparläge utifrån det. Selectas offererade automater kräver att en tekniker justerar för att ställa in lägen för detta och det borde per definition innebära att automaten ställer in sig själv, i enlighet med spjutspetskraven. Sedan JJAB uppmärksammat detta begärde kommunen in kompletterande information. Selecta vidhöll fortsatt att kravet är uppfyllt och sände in ett kompletterande produktblad som enligt JJAB är ändrat utifrån de krav som uppmärksammats.

Selecta har inte uppfyllt de obligatoriska kraven avseende vattenautomat och offererat té enligt 3.2.5 i förfrågningsunderlaget. På position 6B har efterfrågats vattenautomat med kapacitet om 20 l/tim.; enligt bifogat produktblad kan den av Selecta offererade modellen klara av 18 l/tim. Kommunen har efterfrågat svart te etiskt 100 påsar per förpackning på position 17, men Selecta har offererat smaksatt té samt fel förpackningsstorlek eftersom de har offererat ett 20-packat té. På position 20 har offererats en produkt som inte uppfyller kraven på fruktsmak eftersom Selecta har offererat skogsbär, vilket är en blandning av olika bär och per definition inte är en frukt.

Kommunen

Med intelligent styrning av kaffeautomater avses att automaten styr energisparfunktionen efter användarnas beteende. Selecta har i enlighet med förfrågningsunderlaget styrkt uppgifterna om att de offererade kaffeautomaterna uppfyller de ställda energikraven om intelligent styrning. Selecta har godkänt de ställda kraven samt lämnat förtydligande härom. Kommunen har

vidare i dialog med Selectas leverantör fått uppgifter om att kaffeautomaterna är utrustade med intelligent styrning. Kommunen har ställt krav på *intelligent styrning*, och inte *self-learning* som JJAB vill få det att framstå som i mailkorrespondens med Selectas leverantör. Kommunen har inte ställt något krav på den av JJAB angivna funktionen. Kommunen har inte funnit anledning att misstro de av Selecta inkomna uppgifterna.

Vad avser den offererade vattenautomaten har kommunen under upphandlingsskedet inhämtat förtydligande varpå Selecta förtydligade att vattenautomaten levereras med en kapacitet om 22 l/tim. Det framgår även av tillverkarens tekniska specifikation att vattenautomaten levereras med en kapacitet om 22 l/tim.

Kommunen har efterfrågat svart té etiskt 100 påsar per förpackning; att dessa påsar tillhandahålls á 20 påsar per ask hindrar inte att fem askar fördelade på 20 påsar tillhandahålls i en förpackning om totalt 100 påsar i enlighet med efterfrågan. Det väsentliga är huruvida anbudsgivare kan tillhandahålla en större mängd svart té, oavsett om dessa 100 påsar kommer i en ask eller i flera. Selecta har i enlighet med efterfrågan intygat att ett svart té etiskt om 100 påsar tillhandahålls. Att denna svarta tésort är av vinbärssmak är oväsentligt då kommunen inte ställt andra krav än att téet ska vara svart. Även det av JJAB offererade svarta téet är smaksatt med *earl grey* och bör i så fall inte heller godkännas. Vad gäller tésmaken skogsbär utgörs den av stenfrukter som är en undergrupp till äkta frukter och består således av fruktsmak i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Selecta

Kravet i förfrågningsunderlaget 3.2.2. är taget från upphandlingsmyndighetens (UHM:s) exempel på sådana hållbarhetskrav som kan ställas i upphandlingar. UHM:s krav är utformade i tre olika nivåer. Den återgivna texten i kommunens kravspecifikation avser det som av UHM kallas för ett "spjut-

spetskrav". På UHM:s hemsida framgår inte vad som egentligen avses med det aktuella kravet. Det framgår inte vad som kan krävas av en kaffeautomat för att kravet på "intelligent styrning" ska vara uppfyllt; utöver att automaten ska styra (anpassa) sin energisparfunktion efter användarnas beteende. Detta öppnar därmed för slutsatsen att det är den upphandlande myndigheten som själv avgör och utformar kravets omfattning.

Kommunen har efterfrågat kaffeautomater som kan sänka vattentemperaturen under vissa tider samt ha "intelligent styrning" – vilket innebär att energisparfunktionen kan anpassas efter användarnas beteende. Att Selecta har offererade kaffeautomater som har "intelligent styrning" har bekräftats av maskintillverkaren. Selecta har i upphandlingen offererat kaffeautomater som programmerats så att vattentemperaturen sänks under vissa tider på dygnet, samt programmeras det vid installation vilka temperaturer vattnet ska sänkas till – allt anpassat efter användarnas beteende. Dessa funktioner är aktiverade vid leverans, och kan vid behov justeras om användarmönstret förändras. Därmed är de energikrav som har ställts enligt förfrågningsunderlagets kravspecifikation uppfyllda. Att Selectas kaffeautomater uppfyller det ställda kravet enligt kravspecifikationen har bekräftats av kaffeautomattillverkaren, såväl i korrespondens med Selecta som med JJAB och kommunens upphandlare. Vidare bekräftar tillverkarens representant att den aktuella modellen är självaktiverande på så sätt att den känner av om det trots inställda värden uppkommer ett tillfälligt behov av temperaturhöjning etc (exempelvis vid en aktivitet på kontoret på kvällstid), varvid automaten tillfälligt går upp vattentemperatur när behovet uppkommer för att efter tio minuters inaktivitet återgå till energisparläget, genom den intelligenta styrningen. Detta är dessutom någonting som UHM särskilt trycker på i sin information om det aktuella "spjutspetskravet", dvs. att om användning sker då automaten är i energisparläge, startar upphettning för servering av önskad dryck. Används inte tangenterna på t ex 10 min återgår maskinen till den lägre temperaturen.

Kommunen har utformat det aktuella energikravet baserat på och utgående från sitt eget behov. Texten är plockad från UHM:s hemsida, men det betyder inte att myndighetens råd är bindande för kommunen. Dessutom saknas närmare vägledning i UHM:s råd om hur dessa ska tolkas och vad de innebär. Det kan svårligen innebära annat än att det är den upphandlande myndighetens uppfattning om ett specifikt krav är uppfyllt eller inte som är den tolkning som ska ges företräde. Det föreligger en presumtion för att den upphandlande myndighetens tolkning av uppfyllande av krav som har ställts är riktig. Det krävs mycket för att en annan aktör ska kunna omformulera den upphandlande myndighetens kravbild och övertrumfa dennes tolkningsföreträde avseende kravuppfyllnad.

Kommunen har enligt prisbilagan position nr 17 efterfrågat svart té etiskt 100 påsar per förpackning. Selecta har på denna position offererat ett té kallat "Green bird Sv" vinbär 100 påsar per förpackning. Vad gäller storleken på förpackningen kan konstateras att JJAB i sin ansökan om överprövning felaktigt hänvisar till ett annat artikelnummer än det som Selecta har offererat och redan härav följer att denna invändning saknar grund. Förvaltningsrätten har i domen i sitt tidigare mål konkluderat att frågan om téet tillhandahålls i en förpackning om 100 påsar i en ask eller fem askar av 20 påsar är ovidkommande så till vida att rätt antal påsar tillhandahålls.

Under position 17 i prisbilagan har kommunen efterfrågat ett svart té ("svart té etiskt 100 påsar per förpackning"). På denna position har Selecta offererat ett svartvinbärsté. Det måste vara ostridigt att svartvinbärsté är ett "svart té". Under position 20 i prisbilagan har Kommunen vidare efterfrågat ett té med fruktsmak ("svart té etiskt med fruktsmak, påse). På denna position har Selecta offererat ett té kallat "Green Bird Skogsbär", enligt förpackningen även kallat Forest Fruit. Det torde vara allmänt känt att såväl hallon som björnbär tillhör släkten stenfrukter. Selectas offererade téer uppfyller de krav som ställts av den upphandlande myndigheten.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. I övergångsbestämmelserna till LOU föreskrivs dock att ÄLOU fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom den upphandling som detta mål gäller har påbörjats före den 1 januari 2017 är ÄLOU tillämplig här.

I 1 kap. 9 § ÄLOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 4 § ÄLOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § ÄLOU följer att 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 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att JJAB erbjudit sig att förevisa skillnaden mellan de olika kaffemaskins-modellerna som offererats av parterna i målet vid en muntlig förhandling. Enligt förvaltningsrättens be-

dömning får målet anses vara tillräckligt utrett avseende den frågan varför en muntlig förhandling är obehövlig. JJAB:s yrkande om muntlig förhandling ska därför avslås.

Förvaltningsrätten övergår därefter till att pröva om Selectas anbud uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget

Uppfyllelse av ska-krav

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav. Ett sådant förfarande skulle strida mot lagstiftningens grundläggande krav på förutsägbarhet, transparens och likabehandling.

Vattenautomaten

Av förfrågningsunderlaget punkt 3.2.5 Krav på kaffe m.m. anges att offererade produkter ska uppfylla särskilda krav som uppställts i kombination med de krav som ställs i prisbilagan. Av prisbilagan position 6 B framgår att vattenautomat ska vara större än 20 l/tim.

Av Selectas anbud framgår att den offererade vattenautomaten är av modell Maggiore. Enligt bifogad teknisk specifikation från tillverkaren har vattenautomaten en kapacitet om 22 l/tim. Enligt förvaltningsrättens bedömning är därmed kravet i förfrågningsunderlaget uppfyllt.

Offererat té

Av förfrågningsunderlaget punkt 3.2.5 "Krav på kaffe m.m." anges att offererade produkter ska uppfylla särskilda krav som uppställts i kombination med de krav som ställs i prisbilagan. Av prisbilaga position 17 framgår krav

att det ska offereras ”svart té etiskt 100 påsar per förpackning.” Av prisbilagan position 20 framgår att det ska offereras ”svart te etiskt med fruktsmak, påse.” Av Selectas anbud framgår att bolaget avseende position 17 offererat ett te kallat Green bird Sv Vinbär”. Avseende position 20 har Selecta offererat ett té kallat ”Green Bird Skogsbär” med smak av hallon, blåbär och björnbär.

Ifråga om position 17 konstaterar förvaltningsrätten att det av Selecta offererade te-sorten är ett svart té. Vidare har Selecta obestritt uppgett att de offererat rätt antal påsar per förpackning och att JobMeal hänvisat till ett annat artikelnummer än det som Selecta offererat. Oavsett hur det förhåller sig med detta konstaterar förvaltningsrätten att frågan om téet tillhandahålls i en förpackning om 100 påsar i en ask, eller fem askar á 20 påsar är ovidkommande så till vida att rätt antal påsar tillhandahålls. Avseende position 20 har Selecta offererat ett te med skogsbär bestående av hallon, björnbär och blåbär. Förvaltningsrätten delar kommunens bedömning att hallon och björnbär tillhör släkten stenfrukter och att det offererade téet därmed till övervägande del har fruktsmak. Uppställda krav i förfrågningsunderlaget är således uppfyllda i denna del.

Energikrav för kaffeautomater

Av punkt 3.2.2. ”Krav på kaffeautomater” i förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska erbjuda kaffeautomater för färskbrygning. Under rubriken ”Energikrav för kaffeautomater” framgår bl.a. att mellanstora och stora modeller (mer än 160 koppar/fyllning) ska vara utrustade med funktion för att sänka vattentemperaturen under vissa tider, och ha s.k. intelligent styrning, dvs. att den styr energisparfunktionen efter användarnas beteende. Energisparfunktionen ska vara aktiverad vid leverans av automaten.

Parterna har fört en hel del argumentation i frågan om vad som avses med begreppet ”Intelligent styrning”. Förvaltningsrätten anser att en rimlig ut-

gångspunkt i förevarande fall är att utgå från kravets ordalydelse i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten konstaterar att begreppet ”intelligent styrning” definierats i förfrågningsunderlaget som att den, dvs. kaffeautomaten, styr energisparfunktionen efter användarnas beteende. Utifrån hur ordalydelsen av kravet är utformat ger det - enligt förvaltningsrättens bedömning - inte utrymme för någon annan tolkning än att kravet innebär att kaffemaskinen automatiskt själv ska styra och ställa in energisparfunktionen utifrån användarnas vanor.

Det är ostridigt i målet att Selecta har offererat kaffeautomater där en tekniker vid leverans måste programmera in under vilka tider på dygnet vattentemperaturen ska sänkas samt vid behov justera energifunktionen om användarmönstret förändras. Det obligatoriska kravet i förfrågningsunderlaget är således inte uppfyllt i förevarande fall. Kommunen har därför brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § ÄLOU.

JJAB har lidit skada av detta eftersom bolaget enligt bifogad resultatrapport erhöll näst högst poäng och skulle ha vunnit upphandlingen om kommunen rätteligen hade förkastat Selectas anbud. Upphandlingen ska rättas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid Selectas anbud förkastas med hänvisning till att anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget.

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



Veronica Lindström

Rådmannen Veronica Lindström har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.