



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-10-05
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
10861-12
Enhet 17

SÖKANDE

JOBmeal Stockholm norr, 556298-4194
Bruttovägen 4
175 43 Järfälla

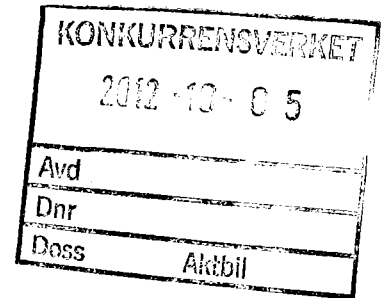
Ombud: Lars Samuelsson
Kyrkogatan 11
744 31 Heby

MOTPART

Solna stad
171 86 Solna

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens beslut den 24 maj 2012 om inhibition upphör således att gälla.

Dok.Id 256049

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

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Solna stad genomför en upphandling benämnd Kaffeautomater. Upphandlingen sker genom ett förhandlat förfarande. Den 15 maj 2012 har staden meddelat JOBmeal Stockholm norr (bolaget) att upphandlingen kommer övergå i ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering då inga anbud har kommit in.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om samt att stadens avtal med en annan leverantör ska ogiltigförklaras på grund av att det ingåtts under pågående process. Avtalet utgör en otillåten direktupphandling.

Solna stad bestrider bolagets yrkanden och yrkar att det interimistiska beslutet ska upphävas.

Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Stadens agerande, att övergå till ett förhandlat förfarande och endast bjuda in ett företag, är inte förenligt med de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Förfrågningsunderlaget har varit utformat på ett sådant sätt att det har varit omöjligt att komma in med anbud och har dessutom förändrats under förfarandet. Förfrågningsunderlagets utvärderingskriterier ger inte utrymme för en transparent bedömning. Kravspecifikationerna och villkoren innehåller oklarheter. Villkoren är oproportionerliga vad gäller vite och uppsägning.

Förändringen, i avsnitt 1.4.3 att ta bort kravet om espresso, är väsentligt då en helautomatisk espressomaskin kostar cirka 90 000 – 150 000 kr medan en kaffeautomat som erbjuder vanligt kaffe, från hela bönor, kostar cirka 20 000 kr – 30 000 kr. Dessutom finns det ingen kaffeautomat som kan brygga vanligt kaffe med hjälp av hela bönor och som också har ett system för att tillsätta färsk mjölk.

Genom att inte ange fullständiga förutsättningar för utvärderingskriterium smaktest, omöjliggörs en objektiv bedömning. Värdet av smaktestet är så pass stort att det kan avgöra anbudsvärderingen, vilket medför att subjektiva bedömningar kan avgöra upphandlingen. Detta kan medföra ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Förfrågningsunderlaget innehåller en klausul i avsnitt 3.23 om att uppsägning av ramavtal kan ske på sex månaders varsel utan angivande av skäl. Det innebär ett oproportionerligt krav och ingen leverantör kan vilja ingå ett avtal där det utan skäl kan sägas upp. Detsamma gäller vitesbeloppen som kan innebära att en två och en halv dag leveransförsening av en kaffeautomat kan medföra ett vitesbelopp motsvarande en årshyra för automaten inklusive service. Detta är oproportionerligt.

Mängden av publika frågor borde ha indikerat att den upphandlande enheten brustit vad gäller förfrågningsunderlaget och upphandlingen borde ha avbrutits eller förtydligats så att sund konkurrens och anbudstävlan kunnat uppnås. De grundläggande principerna för offentlig upphandling slås ut genom att man först formulerar oacceptabla förfrågningsunderlag och sedan skapar sig förmånen till fri prövningsrätt, till det man själv skulle vilja handla upp och av vem. Enligt EU-domstolen ska lagen vad gäller förhandlat förfarande tolkas restriktivt och det är oklart om den upphandlande enheten kan åberopa sådant förfarande. Bolaget, som är stadens befintliga leverantör, har inte bjudits in till det förhandlade förfarandet vilket är anmärkningsvärt och utgör diskriminering. Den leverantör som inbjudits till det förhandlade förfarandet har redan börjat installera automater vilket innebär att någon form av avtal redan har träffats även om ett formellt ramavtal ännu inte ingåtts. Genom att inte inleda upphandlingen i tid har staden åsidosatt sin upphandlingsskyldighet. De avtal som staden ingått med en annan leverantör utgör otillåtna direktupphandlingar.

Solna stad anför i huvudsak följande till stöd för sitt bestridande. Den rättelse som har gjorts i förfrågningsunderlaget, att ta bort kravet om funktion för espressokaffe, har skett på ett tidigt stadium och är inte väsentlig i förhållande till upphandlingsföremålet då de flesta leverantörer har både automater med och utan espressofunktion. Med espresso har viss smaksättning/kaffeblandning avsetts. Förändringen av kravet kan därför inte inneburi att något företag avstått att lämna anbud på grund av det. I syfte att minska den förvirring som tycktes uppstå med anledning av detta krav togs det dock bort. Den rättelse som gjorts har skett i ett mycket tidigt stadium av upphandlingen och samtliga bolag som hämtat ut förfrågningsunderlaget fick meddelande per e-post om förändringen.

Utvärderingskriterierna är tillräckligt objektivt utformade. Smaktestet uppfyller kraven i 12 kap. 1 § LOU. Staden vill poängtera att samtliga kvalificerade leverantörer skulle ha erbjudits samma förutsättningar att vid ett och samma tillfälle delta i smaktestet.

Avtalet omfattar installationer av och leveranser till sammanlagt 30-40 kaffeautomater. Leveranserna kommer att ske löpande. Av avtalet (under rubriken Avropsrutin) framgår att Solna stad kommer att acceptera att leverantören tackar nej till beställningar som går utöver leverantörens kapacitet. Det innebär att vite endast kommer att kunna aktualiseras i de fall där leverantören tackat ja till en beställning, uppger visst leveransdatum och försening uppstår. De vitesbelopp som är angivna i ramavtalet är inte proportionerliga med hänsyn till upphandlingens totala värde samt leverantörens möjlighet att själv ge besked angående leveranstider.

Av förfrågningsunderlaget (punkten 1.1.4 under rubriken Omfattning av upphandlingen) ska kaffeautomater installeras löpande och av det följer att en specifik överenskommelse om hyrestid måste göras för varje automat.

En uppsägning av ramavtal medför att nya beställningar med ramavtalet som grund inte kan göras. Överenskommelser om separata avrop/beställningar som gjorts under ramavtalets avtalsperiod gäller enligt de villkor som överenskommit vid varje separat avrop/beställning. Det framgår även av formuleringen:

”Vid uppsägning utgår ersättning till Leverantören för samtliga produkter som levererats till Staden fram till dagen före den dag då uppsägningen träder i kraft”.

Det är alltså ett missvisande påstående att Solna stad skulle kunna begära att samtliga maskiner ska bytas ut med hänvisning till detta villkor. Avtalsvillkoret om uppsägning är inte oproportionerligt eftersom det handlar om ramavtalet, inte avtal för enskilda avtal om kaffeautomater.

Det är korrekt att Solna stad inte bjudit in bolaget till förhandling. Det skedde till följd av att bolaget meddelat att man inte har möjlighet att uppfylla de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Andra företag som inte har möjlighet att uppfylla kraven kommer inte heller att bjudas in till förhandling. Eftersom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering innebär att de krav som ställts i förfrågningsunderlaget ska bibehållas framstår det inte som meningsfullt för Solna stad att inleda förhandlingar med företag som meddelar att de inte kan uppfylla de aktuella kraven. Det stämmer att ramavtalet mellan bolaget och Solna stad löpte ut i slutet av april 2012. Med det ramavtalet som grund har Solna stad och bolaget tidigare ingått avropskontrakt för ett antal kaffeautomater och samtliga avropskontrakt har haft olika löptider. Bolaget har under våren skickat ut ett antal avropskontrakt till olika företrädare för Solna stad men dessa kontrakt har inte undertecknats. Bolaget och Solna stad har inte kunnat komma överens om hyrestiden i enlighet med de villkor som anges i villkoren i ramavtalet och man har därför inte kunnat slutföra de förhandlingar som pågått. Kontrakten har därför löpt ut utan att någon ny överenskommelse gjorts. Den omständigheten att bolaget visade sig vara ovilligt att följa vill-

koren i det ramavtal som varit gällande mellan bolaget och Solna stad har försatt staden i en svår situation som inte varit förutsägbar. Med anledning av det har man gjort bedömningen att det förelegat synnerliga skäl att genomföra en direktupphandling av sex kaffeautomater. Staden ingick avtal med ett bolag den 2 maj 2012 att hyra kaffeautomater under tre månader med möjlighet till förlängning en månad i taget. Förhandlingar i syfte att ingå ramavtal för att hyra kaffeautomater har inte påbörjats, det har endast skett en muntlig inbjudan som ett bolag accepterat.

DOMSKÄL

I målet grundläggande bestämmelser

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.

Av 16 kap. 1 § LOU följer att en leverantör som anser sig lidit skada eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 6 § samma lag stadgas 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

Fråga i målet är om förfrågningsunderlaget är utformat i strid med de grundläggande principerna i LOU samt om Solna stad agerat i strid med LOU genom att ha övergått till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Därutöver fråga om staden genomfört otillåtna direktupphandlingar avseende sex kaffeautomater.

Vad gäller förfrågningsunderlagets utformning avseende espresso samt de särskilda villkor rörande vite och uppsägning av ramavtal gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Det följer av praxis att upphandlande myndigheter och enheter har stor frihet att själva bestämma hur kraven i en upphandling ska utformas, så länge de inte strider mot grundläggande upphandlingsrättsliga principer, t.ex. likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Solna stad har på ett tidigt stadium i upphandlingsprocessen ändrat i förfrågningsunderlaget avseende espresso och meddelat samtliga anbudsgivare detta. Enligt Solna stad har detta skett för att undvika de oklarheter som uppstått och staden har framhållit att ändringen endast utgjort ett förtydligande med anledning av att espresso i aktuell upphandling avsåg viss smaksättning av kaffe och inget annat. Denna åtgärd kan enligt förvaltningsrätten inte anses medföra att staden brutit mot LOU avseende transparens eller likabehandling. Bolaget har inte genom sin argumentation i övrigt förmått visa att Solna stad utformat förfrågningsunderlaget otydligt eller på ett sådant sätt att det annars står i strid med LOU:s grundläggande principer. Det har inte heller visats att utformningen av vitesbelopp och uppsägning av ramavtalet skulle ha utformats på ett sätt som strider mot LOU.

Det har uttalats i praxis att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte strider mot de principer som bär upp LOU och EU-rätten (RÅ 2002 ref. 50). Enligt förvaltningsrätten kan det inte utav vad bolaget anfört rörande utvärderingskriteriet smaktest anses medföra att kriteriet brister i objektivitet på så sätt att det strider mot LOU. Villkoren och utformningen av smaktestet är lika formulerat för samtliga leverantörer och är tillräckligt informativt. Det kan därmed inte anses brista i transparens. Viktningen av smaktestet framstår som proportionerlig med hänsyn till att upphandlingen avser kaffe.

Det är i målet ostridigt att bolaget på förhand meddelat Solna stad att man inte har möjlighet att uppfylla de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Staden har uppgett synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU för att direktupphandla sex kaffeautomater. Sådana skäl är främst då synnerlig brådska uppstått av skäl som inte kunnat förutses eller som beror på händelser som inte den upphandlande enheten kunnat råda över. De skäl Solna stad har anfört rörande direktupphandlingen får med hänsyn till omständigheterna kring kontraktsskrivningen samt att det rör sig om endast sex kaffeautomater anses som sådana synnerliga skäl. Förvaltningsrätten bedömer därmed att Solna stad genom att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering samt direktupphandla sex kaffeautomater inte handlat på ett sådant sätt att det kan anses stå i strid med LOU:s principer. Förutsättningar för ingripande från domstolens sida föreligger således inte och bolagets ansökan ska lämnas utan bifall.

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

Maria Ek Oldsjö
Rådman

Föredragande har varit Johanna Segerheim.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 ska 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 var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU