



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2010 -07- 0 2
Meddelad i
Umeå

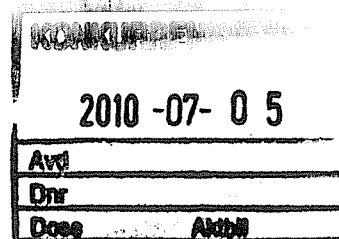
Mål nr
1722-10 E
Kansli 1

SÖKANDE

JRR automater AB, 556649-4125
Att: Rickard Andréén
Norra obbolavägen 124
904 22 Umeå

MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå



SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom ny prövning av anbud.

Dok.Id 4023

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) upphandlar ramavtal för kaffeautomater (diariendr 10004). Enligt tilldelningsbeslut har Selecta AB tilldelats kontraktet. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande.

Genom interimistiskt beslut den 21 maj 2010 förordnade förvaltningsrätten att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

JRR Automater AB (JRR) yrkar i ansökan om överprövning upphandlingen ska rättas på så sätt att Selecta AB:s anbud diskvalificeras.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

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

UTREDNINGEN

Förfrågningsunderlaget

Av kommunens **Upphandlingsföreskrifter** framgår av **punkten 1.2** att sista anbudsdag är den 9 mars 2010 samt att anbud som inkommer efter detta datum kommer inte att beaktas. Av **punkten 2.5** framgår att alternativa utföranden inte accepteras.

I förfrågningsunderlaget har kommunen ställt upp ett antal obligatoriska krav, s.k. skullkrav, och i **Svarsbilaga Kvalificering** anges bl.a. följande avseende dessa krav.

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

Tilldelningsbeslut, m.m.

Av kommunens tilldelningsbeslut med bilagt utvärderingsprotokoll framgår bl.a. följande. För ovan angiven avtalsperiod ges helt avtal till följande anbudsgivare: Selecta AB.

Övrig utredning

Av ett **e-postmeddelande den 18 maj 2010** från kommunen till JRR framgår bl.a. följande. Nu har kommunen fått den tidigare muntliga

informationen lämnad i samband med smaktest av kaffe skriftligen kompletterad. Selecta AB har även kontrollerat mot Wittenborg att funktionen nu är som följer på maskinserie FB 7100 och ES 7100: *Det kommer aldrig gå att öppna dörren till automaten för att fylla på kaffe utan att du aktivt måste svara på frågan som visas i displayen "Har du tömt sumpen?". Detta godkänner du sedan genom ett enkelt knapptryck. Eftersom sumpbehållaren är anpassad efter kaffebehållaren så blir sumpen ALDRIG överfull utan att du måste öppna dörren och svara på frågan i displayen.* Kommunens skullkrav Sk 9.4 innebär att en motsvarande efterfrågad säkerhetsnivå uppnås. Detta eftersom personal som fyller på kaffe/öppnar dörren till maskinen måste svara på den ställda frågan innan maskinen kan starta. Trycker man på kvittens av ett sådant meddelande utan att ha tömt behållaren har man aktivt upphävt det skydd som finns. Sådana risker finns även med andra tekniska lösningar, som t.ex. finns i FB 5100. Den offererade lösningen som erbjuds är enligt kommunens bedömning godkänd.

I **tekniska specifikationer** till Selecta AB:s offererade modeller Amalfi FB, Amalfi Bean to Cup och Tazzina anges bl.a. följande under rubriken Sensorer. Automaten är utrustad med sensorer som stänger av vattentillförseln om något läckage uppstår. Därutöver ansluts maskinen till en mekanisk vattensäkring.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Parterna har i förvaltningsrätten anfört bl.a. följande.

JRR (ansökan om överprövning den 21 maj 2010)

Tilldelningsbeslutet är fel då Selecta inte uppfyller ett av skullkraven. Enligt Skallkrav 9.4 i Svarsbilaga kvalificering ska maskiner stängas av

automatiskt när sumpbehållaren är full. Selecta har svarat att kravet uppfylls, men det finns ingen funktion i offererad maskin, Wittenborg FB 7100, som uppfyller detta krav. Selecta ska diskvalificeras då det står klart och tydligt i Svarsbilaga kvalificering, punkten 3.0, att den anbudsgivare som inte uppfyller samtliga krav eller underlåter att besvara samtliga krav kommer att diskvalificeras.

Kommunen (svar den 3 juni 2010)

Förfrågningsunderlaget och Svarsbilaga kvalificering har följande formulering i skallkrav Sk9.4: "Maskiner ska stängas av automatiskt när sumpbehållaren är full. Uppfylls detta krav?" Denna fråga sammanfattar två begärda funktionella säkerhetskrav, vilket inte uttrycks så explicit, och kunde ha varit mer utvecklad som fråga. Men, samtidigt får vägas in att det inte är en så särskilt komplicerad produkt att det skulle vara nödvändigt med en alltför detaljerad teknisk kravlista. De två kraven är:

- ett hygiensäkerhetskrav som ska förhindra att sumpbehållaren överfylls och rinner ut i maskinen,
 - ett läckagesäkerhetskrav som ska skydda att vatten från trasig ovanliggande vattenbehållare ska samlas upp och stoppa maskinen.
- Selecta AB har i sitt anbud besvarat denna fråga med "Ja".

Anbudsgivarens svar att de uppfyller kravet är normalt tillräckligt, såvida det inte finns skäl att misstänka att anbudsgivaren inte uppfyller kravet. Om så skulle vara fallet finns det anledning att begära förtydliganden eller på annat sätt kontrollera att kravet uppfylls.

I samband med smaktest av kaffe installerar Selecta AB en kaffeautomat av modell FB 7100. I samband med övriga kontroller som tillhör smaktestet kontrolleras också den efterfrågade funktionen. Visuellt

kontrolleras att brytande kontakter finns och det verifieras muntligen att skydd för överfylld behållare finns.

Efter att tilldelningsmeddelande utsänts uppmärksammas kommunen av JRR att funktionen inte finns på aktuella maskiner. Kommunen genomför därför ett kompletterande kontrollbesök på plats hos Selecta AB den 20 maj. Då kontrollerar kommunen båda de offererade maskinerna (FB 7100/ES 7100) som har lite olika lösning för den efterfrågade funktionen. Därmed kan kommunen igen verifiera att läckagesäkerhetskravet är uppfyllt. Däremot kan hygiensäkerhetskravet inte testas då aktuella maskiner inte har rätt version av programvaran installerad. Kommunen begär därför att Selecta AB förtydligar sitt anbud med att kommunen samma dag (den 20 maj) erhåller en sanningsförsäkran utställd av tillverkaren (Wittenborg A/S Danmark) som säkerställer att informationen kommunen fått från Selecta AB är korrekt.

Det ställda kravet är uppfyllt för båda de aktuella maskinerna och kommunen har i tillräcklig omfattning verifierat den beskrivna lösningen. Ett krav måste kunna tillåtas att uppfyllas med olika lösningar, bara syftet med kravet är uppnått. Den lösning som presenteras uppnår syftet med skallkravet.

JRR (yttrande den 10 juni 2010)

Kommunen skriver att den gör sin egen tolkning av skallkravet och menar att Selecta AB uppfyller kravet. Selecta AB hade inte denna lösning vid anbudstidens slut och kunde aldrig visa den innan anbudstidens slut. Detta är egentligen ointressant då det är en efterhandskonstruktion och ett försök att få igenom upphandlingen även fast man visste att man ljög när man svarade ja på skallkravet Sk 9.4. Om detta är kutym inom kommunens upphandlingar kan man ju alltid svara ja på skallkrav och sen efter dialog

med kommunen komma överens om vad de menade med skallkravet. Kommunen skriver att det är två krav som avses med Sk 9.4. Hur ska leverantörerna veta det och varför skrevs inte de skallkraven på en gång. Kommunen skriver även att en kaffemaskin inte är en så komplicerad produkt att det skulle vara nödvändigt med en alltför detaljerad teknisk kravlista. Detta är mycket märkligt då dagens kaffemaskiner besitter otroligt mycket teknik.

Kommunen visste redan innan tilldelningsbeslutet om att FB 7100 inte hade en sensor i sumpbehållaren som stänger av maskinen om behållaren är full, eftersom Jrr påtalade detta vid provställning av sin maskin. När kommunen gör sitt kontrollbesök kan Selecta AB fortfarande inte visa att man har rätt lösning, utan säger att man har fel programvara. Om så vore fallet skulle kommunen bli ännu mer skeptisk eftersom en programvara går att mejla och skicka in i kaffemaskinen via datorn. Om den funnits hade självklart Selecta AB visat upp den vid besöket.

Kommunen (yttrande den 23 juni 2010)

Kommunen gör ingen "egen tolkning" av skallkravet, däremot beskriver kommunen syftet med kravet. Kommunen har efterfrågat en funktion där maskinen stängs av automatiskt när sumpbehållaren är full utan att ange en specifik teknisk lösning. Den erbjudna lösningen från Selecta AB är ett förslag på en acceptabel lösning för efterfrågad funktion där kommunen enligt tidigare inlaga beskrivit hur kontroll genomförts samt att verifiering erhållits via intyg från tillverkaren.

Tillverkarens utfästelse att tillämpliga EU-direktiv för t.ex. CE-klassning är baserad på förutsättningen att hårdvara och förekommande programvara är en enhet och grunden för det totala ansvaret. Då kommunen i förfrågningsunderlaget enligt punkten Sk 12 angett att smaktest kommer

att genomföras som en del i utvärderingen har maskinerna vid detta tillfälle installerats enbart för smaktest av kaffet. På förekommen anledning har även kontroll gjorts av att brytande kontakt finns. Kommunen har därefter gjort ett kompletterande besök hos Selecta AB för att få verifierat att även hygiensäkerhetskravet uppfylls. Detta kunde dock inte testas då eftersom de tillgängliga maskinerna inte hade rätt version av programvara installerad. En i efterhand installerad programvara på en maskin som inte är avsedd för denna/testad för denna innebär ytterligare osäkerhet vid bedömningen. Maskiner som levereras inom ramen för denna upphandling och enligt avtalsvillkoren ska vara fabriksnya och förutsätts därför ha den funktionalitet som efterfrågats och där tillverkaren även verifierat att den ska finnas.

Kommunen har genomfört en upphandling av kaffemaskiner och beträffande kravet i Sk 9.4 så efterfrågas en funktion. Hur detta löses är upp till anbudsgivaren och kommunen har gjort allt som står i dess makt för att säkerställa att den efterfrågade funktionen kommer att finnas. Kommunen finner ingen anledning att misstänka att anbudsgivaren inte kommer att uppfylla detta krav. Mot denna bakgrund är skallkravet uppfyllt och om så inte skulle bli fallet är detta ett kontraktsbrott och kan leda till både skadestånd och hävning av avtal.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller bl.a. att upphandlande enheter 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 enheten vid prövning av anbuderna normalt inte får frångå förfrågningsunderlaget.


I kommunens svarsbilaga Skallkrav anges under punkten Sk 9.4 att ”Maskiner skall stängas av automatiskt när sumpbehållaren är full. Uppfylls detta?”. Kommunen har valt att formulera skallkravet på detta vis och enligt förvaltningsrättens mening är skallkravet relevant för upphandlingen och har det utformats på ett tillräckligt tydligt sätt.

Kommunen anför att syftet med det aktuella skallkravet är att maskinerna ska en funktion där maskinen stängs av automatiskt när sumpbehållaren är full, utan att man därmed i förfrågningsunderlaget behövt ange en specifik teknisk lösning för säkerställandet av säkerhetskraven avseende hygien och läckage. Kommunen hävdar vidare att den lösning som offererats i det vinnande anbudet uppfyller detta syfte. I e-postmeddelande den 18 maj 2010 anges bl.a. att efterfrågad säkerhetsnivå uppnås genom att man, efter att ha öppnat dörren till kaffeautomaten, inte kan starta den igen utan att aktivt, med ett enkelt knapptryck, ha svarat på frågan om sumpen har tömts. Enligt förvaltningsrättens mening framgår inte annat än att de av Selecta AB offererade maskinerna saknar en sådan automatisk funktion som kommunen tydligt har angett i det aktuella skallkravet. Vad kommunen anfört avseende syftet med skallkravet, eller att Selecta AB i sitt anbud besvarat skallkravet med ”Ja”, föranleder inte någon annan bedömning från förvaltningsrättens sida.

På grund av det anförda anser förvaltningsrätten att Selecta AB:s anbud inte uppfyller samtliga skallkrav. Kommunen har trots detta tilldelat Selecta AB kontraktet. Kommunen har därför gjort en felaktig upphandling, vilket medför att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Det finns därför grund för att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU. Förvaltningsrätten kan härvid besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Med hänsyn till att den i målet aktuella bristen hänför sig till anbudsprövningen anser

förvaltningsrätten det tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att
anbudsprövningen görs om med beaktande av de brister som nu uppdagats.

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


Björn Johansson
rådman

Målet har föredragits av Kristin Persson.