



KLAGANDE

1. Region Västernorrland
2. Kahls Kaffe Aktiebolag, 556117-4920

MOTPART

JOBmeal AB, 556576-5954

Ombud: Adam Rosén

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 2 augusti 2023 i mål nr 1586-23, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandena.

YRKANDEN M.M.

Region Västernorrland yrkar i första hand att ansökan om överprövning ska avslås och i andra hand att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten för vidare handläggning. Regionen anför i huvudsak följande.

I anbudssunderlaget, avsnitt 1.3.7 Inläsning av anbudssunderlag i prisbilagorna, finns formuleringen ”samtliga offererade produkter ska innehålla tillgänglig produktinformation i Dabas eller på producentens/anbudsgivarens hemsida”. Detta utgör inte ett obligatoriskt krav i den meningen att anbudet ska förkastas vid bristande kravuppfyllelse. Kravet är istället kopplat till utvärderingen av anbudet. Om ett anbud inte uppfyller kraven på en position i prisbilagorna ska positionen beläggas med ett belastningsvärde. Det innebär att även om det skulle finnas brister i förhållande till kraven på alla positioner i ett anbud är rättsföljden inte att anbudet ska förkastas. Att detta är den förutsatta ordningen framgår av dokumentet Hantera Livs Anbudsutvärdering ver 20220100 som utgör en del av anbudssunderlaget.

Även om regionen godtar att Kahls Kaffe Aktiebolags anbud beläggs med belastningsvärden på positionerna 15, 20 och 42 har Kahls Kaffe Aktiebolag ändå det mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris. Regionen anser att upphandlingen påbörjades i och med annonseringen av upphandlingen den 20 december 2022.

Kahls Kaffe Aktiebolag yrkar att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Kahls Kaffe Aktiebolag har över 1 000 artiklar i sitt sortiment som alla framgår av bolagets hemsida. Där kan företagskunder och offentliga kunder logga in och lägga sina beställningar. Som konsument kan man ta del av sortiment och artiklar på hemsidan utan att logga in. Varje upphandling kräver specifika lösningar. Av begärda artiklar finns 90 procent i det vanliga sortimentet. De artiklar som inte finns skapas eller produceras specifikt för kunden. Först efter tilldelningsbeslut aktiveras de

specifika artiklarna för den upphandlande myndigheten och endast den kan ha tillgång till artiklarna genom sin specifika inloggning i e-handeln. I samband med anbudsinlämningen har bolaget alltid bifogat produktblad för alla produkter som offereras. Bolaget fick kännedom om den aktuella upphandlingen i och med annonseringen den 20 december 2022.

JOBmeal AB anser att överklagandena ska avslås och anför i huvudsak följande. Sakfrågan är om Kahls Kaffe Aktiebolag uppfyllt det obligatoriska kravet att det för offererade produkter ska finnas produktinformation i Dabas eller på hemsida. Det aktuella kravet på tillgängliggörande av produktinformation i avsnitt 1.3.7 är ett obligatoriskt krav. Det är ostridigt att uppgifter om vissa av de offererade produkterna inte återfunnits på Kahls Kaffe Aktiebolags hemsida. Kahls Kaffe Aktiebolags produkter har inte heller funnits i Dabas. Kravet att produktinformation ska finnas tillgänglig i Dabas eller på hemsida är nödvändigt för att upphandlande myndighet ska kunna göra en kontroll av produkterna. Eftersom Kahls Kaffe Aktiebolags produktinformation inte funnits tillgänglig på föreskrivet sätt är det korrekt att förkasta anbudet. Bolaget anser att upphandlingen inleddes genom publicering i december 2022.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Allmänna utgångspunkter

Regionen genomför en upphandling avseende bl.a. kaffe där tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris. Efter anbudsutvärdering beslutade regionen att tilldela Kahls Kaffe Aktiebolag kontrakt. Förvaltningsrätten har dock bedömt att Kahls Kaffe Aktiebolags anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet i upphandlingsdokumenten avsnitt 1.3.7 gällande att samtliga offererade produkter ska innehålla tillgänglig produktinformation i Dabas eller på bolagets hemsida vid tidpunkten för anbudsinlämnandet och därför beslutat

att upphandlingen i aktuell del ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om varvid anbudet från Kahls Kaffe Aktiebolag inte ska beaktas.

Preklusion

Parterna är överens om att upphandlingen ska anses ha påbörjats när den annonserades, dvs. den 20 december 2022. Det har inte framkommit omständigheter som föranleder kammarrätten att göra någon annan bedömning. Bestämmelsen om s.k. preklusion som införts i 20 kap. 5 c § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, trädde i kraft den 1 juli 2022 och är således tillämplig i målet. Bestämmelsen innebär att en omständighet som en part åberopar till grund för sin talan först i kammarrätten får beaktas av rätten endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.

I ansökan om överprövning har JOBmeal AB bl.a. anfört att Kahls Kaffe Aktiebolags anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven och att regionen utvärderat Kahls Kaffe Aktiebolags anbud trots att kravet att produkterna ska finnas i Dabas eller på bolagets hemsida inte uppfyllts. Kahls Kaffe Aktiebolag och regionen har i förvaltningsrätten anfört att Kahls Kaffe Aktiebolags anbud uppfyller kravet på tillgänglig produktinformation på sin hemsida. I kammarrätten har regionen gjort gällande att det aktuella kravet inte ska ses som ett obligatoriskt krav utan ett utvärderingskriterium. Fråga uppkommer därför om regionens argumentation i kammarrätten innebär att regionen nu åberopar en ny omständighet till grund för sin talan på ett sätt som inte är tillåtet enligt ovan angiven bestämmelse om preklusion.

Kammarrätten konstaterar att regionens syn på kravet att samtliga offererade produkter ska innehålla tillgänglig produktinformation i Dabas eller på anbudsgivarens hemsida nu är en helt annan än tidigare. Regionen menar nämligen numera att Kahls Kaffe Aktiebolags anbud har brister vad

gäller tillgänglig produktinformation, men att bristerna inte innebär att ett obligatoriskt krav inte uppfylls utan endast påverkar utvärderingen av anbudet. Kammarrätten anser att regionens justering innebär att regionen har åberopat en ny omständighet till grund för sin talan. Det har inte kommit fram att det funnits något hinder för regionen att redan i förvaltningsrätten åberopa att det aktuella kravet inte är ett obligatoriskt krav eller att regionen annars har haft giltig ursäkt att inte göra det. Den av regionen åberopade omständigheten får därmed anses vara föremål för preklusion enligt 20 kap. 5 c § LOU. Det regionen anfört om att kravet i anbudsupplägget avsnitt 1.3.7 inte utgör ett obligatoriskt krav kan därför inte beaktas i målet.

Finns det skäl att ingripa mot upphandlingen?

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att anbudet från Kahls Kaffe Aktiebolag inte uppfyller kravet på att samtliga offererade produkter ska innehålla tillgänglig produktinformation i Dabas eller på bolagets hemsida vid tidpunkten för anbudsinlämnandet. Som förvaltningsrätten funnit har regionen brutit mot likabehandlingsprincipen genom att ändå utvärdera Kahls Kaffe Aktiebolags anbud och därigenom har JOBmeal AB lidit eller kunnat komma att lida skada. Det finns därmed skäl att ingripa mot upphandlingen på det sätt som förvaltningsrätten har gjort. Överklagandena ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Jessica Lovén
kammarrättsråd
ordförande

Annika Åhlin
kammarrättsråd

Karolina Placht
tf. kammarrättsassessor
referent

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND****DOM**
2023-08-02
Meddelad i
HärnösandMål nr
1586-23 E**SÖKANDE**

JOBmeal AB, 556576-5954

Ombud: Adam Rosén

MOTPARTER

1. Region Västernorrland

2. Kahls Kaffe Aktiebolag, 556117-4920

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förklarar att upphandlingen "Livsmedel 2023" med diarienummer "22-IU-44" i den del som avser Kaffe (delområde C) ska rättas på så vis att anbudsutvärderingen ska göras om varvid anbudet från Kahls Kaffe Aktiebolag inte ska beaktas.

BAKGRUND

Region Västernorrland (Regionen) genomför en upphandling benämnd ”Livsmedel 2023” med diarienummer ”22-IU-44”. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris. Upphandlingen är uppdelad i olika områden varav ett avser Kaffe (delområde C).

Under anbudstiden inkom anbud från fyra leverantörer på varuområdet Kaffe; JOBmeal AB (JOBmeal), Kahls Kaffe Aktiebolag (Kahls), Martin & Servera AB och Svensk Cater AB. Kahls bedömdes ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris och tilldelades kontraktet.

YRKANDEN M.M.

JOBmeal yrkar att upphandlingen ska rättas på så vis att förnyad utvärdering avseende varuområdet Kaffe vidtas varvid JOBmeals utvärderingspris minskas, Kahls utvärderingspris ökas eller Kahls anbud inte beaktas.

Regionen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

Kahls anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR TILL STÖD FÖR SIN TALAN**JOBmeal**

Regionen har felaktigt uteslutit JOBmeals offererade produkter på positionerna 15, 22 och 35 och belagt positionerna med belastningsvärden
Rostningsgrad är en bedömning som respektive rosteri gör och det finns ingen standard för hur bedömningen ska göras. JOBmeal har offererat en produkt som uppfyller kraven på rostningsgrad, trots att den står angiven som mörkrostad i Dabas. Produkten har tidigare gått under beteckningen ”Mellanmörk”, vilket styrks av produktblad från Löfbergs, där det framgår att produkten bedöms som mellanrost.

Regionen har inte begärt något förtydligande eller förklaring, trots att den ställde andra frågor, vilket hade kunnat förklara hur rostningsgrad kan bedömas utifrån ett tillverkarperspektiv. En mörk smak innebär inte att kaffet är mörkrostat.

Likabehandlingsprincipen innebär att leverantörer ska behandlas lika i lika situationer. Regionen borde ha gjort lika för alla genom en manuell kontroll och ifrågasatt när något var oklart eller inte verkade stämma. JOBmeal borde fått ”försvara” sin produkt kring hur den ska tolkas trots vad som står i Dabas. I det här fallet var Dabas till nackdel för JOBmeal.

Utifrån detta har produkterna uteslutits på felaktiga grunder och JOBmeals anbudspris ska ändras. Totalt föreligger en felbelastning på JOBmeals anbudspris med 102 519 kr.

Kahls har inte alla sina produkter vare sig i Dabas eller på sin hemsida och har i stället styrkt uppgifter om vissa av sina produkter med produktblad

Regionen har krävt att produkterna ska finnas i Dabas eller på leverantörens alternativt producentens hemsida. Regionen kan inte verifiera om Kahls har offererat godkända produkter, då deras produkter inte finns på Dabas eller i ett komplett sortiment på deras hemsida.

Eftersom Kahls inte har sina produkter via Dabas har de fått möjlighet att ge in produktblad. Regionen har däremot inte begärt in produktblad som bevis med anbudet och borde därför inte heller godkänna produktbladen som ersättning för Kahls som alternativ till ställt krav. JOBmeal har vid genomgång av Kahls hemsida och en internetsökning inte lyckats återfinna t.ex. position 15. Då en del offererade produkter är dolda till dess att avtal tecknas, kan varken Regionen eller JOBmeal kontrollera produktkravens uppfyllelse. Anbudet ska därför förkastas.

Regionen har antagit felaktiga produkter i Kahls anbud, alternativt gett produkterna ett felaktigt belastningspris för position 25 och 26

Enligt ”frågor och svar” har Regionen angivit att två olika produkter ska offereras för position 25 och 26. Eftersom ”frågor och svar” är en del av upphandlingsunderlaget ändrar det de förutsättningar som givits tidigare. Att ändra förutsättningarna för utvärderingen under pågående upphandlingsprocess kan rimligen inte vara tillåtet, för då kan inte de upphandlingsrättsliga principerna upprätthållas.

Regionen har dessutom valt att lägga belastningspris på den positionen med lägst utvärderingspris. Genom att besluta om att det lägsta belastningspriset ska användas i stället för att godkänna den första positionen med anbudets pris och belasta den efterföljande position när samma artikel anges igen har Regionen gynnat Kahls. Varje position bör utvärderas i turordning för sin egen position, och inte godtyckligt i förhållande till annan efterföljande position. Att Regionen inte förutsett att denna situation skulle kunna uppkomma vid utvärderingen medför inte att den i efterhand kan konstruera en inte kommunicerad lösning på situationen till fördel för en anbudslämnare.

Villkoret i 1.3.8 reglerar vad som gäller när flera produkter offereras på samma position. Det ger inte stöd för att låta Kahls komma undan med den produkt som gav det lägsta priset. Regionen borde sett över om några fler positioner behövde slås ihop. Någon ytterligare hopslagning gjordes inte, varför leverantörerna förleds tro att de ska ange olika produkter för varje position.

Kahls anbud ska förkastas då de offererat samma produkt på båda positionerna. Regionen har brustit i sitt uppdrag genom att belasta en av artiklarna med belastningsvärde i stället för att förkasta anbudet. Om Kahls anbud inte ska förkastas, så har Regionen favoriserat Kahls som genom att påföra det lägre belastningspriset. Bedömningen bör göras i turordning och den senaste positionen ska alltså uteslutas. Regionen har inte agerat på ett öppet och

transparent sätt. Kahls anbudspris ska för detta fall ökas med 159 941 kr, innebärande att JOBmeals anbud har det lägsta priset.

Inget belastningsvärde när samma produkter offereras på positionerna 34 och 39 respektive 35 och 40

Regionen har efterfrågat ett brett sortiment. Trots det har Kahls offererat samma produkt på dessa positioner och det torde då föranlett ett belastningspris, eftersom det belades ett belastningspris för position 25.

Anbuden ska utvärderas på ett lika, rättvist och förutsägbart sätt, som inte kan misstolkas. Regionen har inte belagt Kahls anbud med ett belastningspris för dessa positioner, vilket medför att Kahls får ett förmånligare pris, för en situation som belastar JOBmeals anbud negativt.

I denna omfattande livsmedelsupphandling med separat del för kaffe, och med ett stort behov av många frågor ställda innan anbud, kan det tänkas att ungefär samma svar som för positionerna 25 och 26 skulle ha lämnats för positionerna 34 och 39 samt 35 och 40, nämligen att Regionen önskade olika produkter på varje position. Differensen mellan belastningspris och lämnat anbudspris torde vara 737 470 kr för position 39. Enbart den senaste positionen ska beläggas med belastningspris, då den första positionen är korrekt utvärderad och i enlighet med lämnat anbudspris. För positionerna 35 och 40 borde det samma gälla. Belastningspris för position 40 blir då 855 637 kr, vilket i jämförelse mot lämnat anbudspris blir 467 637 kr i skillnad.

Felaktigt utvärderingspris på position 20

Det föreligger ett felaktigt utvärderingspris på position 20, som enligt prisbilagan medsänd från Kahls ska föranleda ett kilopris på 2x48,50, dvs. 97 kr per kilo. Priset har därefter dubblats till 194 kr per kilo i utvärderingen trots den redan i anbudet är dubblad för att uppge rätt pris per kg. Detta påverkar dock inte utvärderingens resultat då det är en liten utvärderingsvolym.

Proportionalitet

I enlighet med Regionens önskan om variation på önskade produkter finns i det senaste avtalets Pris och produktbilaga, Produktgrupp Kaffe, i nuläget 13 olika relevanta kaffeprodukter. Med principen om proportionalitet menas att kraven, kriterierna och villkoren i upphandlingen ska vara rimliga i förhållande till det som upphandlas. Kraven ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen. Det kan inte vara så att ena anbudslämnaren anstränger sig för att fylla alla krav med önskade olika produkter, vilket också påverkar prisbilden negativt med högre anbudspris.

De sex positioner som redovisas ovan skulle ha resulterat i sex olika produkter, som nu endast blir tre produkter. Den uttalat begärda variationen för utvärdering har därför inte längre någon relevans.

Skada

Utifrån JOBmeals uträkning av det korrekta utvärderingspriset framstår JOBmeal som klar anbudsvinnare. JOBmeal har lidit skada eftersom Kahls anbud borde ha förkastats och JOBmeals anbud antagits.

Regionen

Ansökan om överprövning gäller endast delen Kaffe. I denna del har Regionen tagit fram en prisbilaga i upphandlingsverktyget Hantera. Prisbilagan består av 14 positioner med krav på förpackningsstorlekar och de egenskaper som den produkt som offereras på respektive position ska uppfylla. Anbudsgivarna ska fylla i prisbilagan, kolumnerna M-AD, med uppgifter om offererad produkt, förpackning och pris. För samtliga offererade produkter gäller vidare att det ska finnas information om produkterna i produkt- och artikeldatabasen Dabas eller på anbudsgivarens eller producentens hemsida.

Har Regionen felaktigt belagt JOBmeals produkter på positionerna 16, 22 och 35 med belastningsvärden?

Enligt kraven kopplade till positionerna 16, 22 och 35 ska leverantörerna offerera ett kaffe som är mellanrostat. Vid Regionens kontroll i Dabas framgick att de produkter JOBmeal offererat var mörkrostade (i ett fall t.o.m. extra mörkrostat). De produkter som JOBmeal offererat på positionerna 16, 22 och 35 uteslöts därför och ett belastningsvärde lades på de tre positionerna vid utvärderingen. JOBmeal gör gällande att det inte finns någon standard för hur man ska bedöma rostningsgraden hos ett kaffe och att det är en bedömning som respektive rosteri gör. Hur det än förhåller sig med den saken, så har producenten Löfbergs angett i Dabas att det kaffe som JOBmeal offererat är mörkrostat. Regionen fann ingen anledning att ifrågasätta den uppgiften vid sin utvärdering och kontroll i övrigt av Löfbergs produkter.

De handlingar som JOBmeal har bifogat sin ansökan om överprövning förelåg inte vid utvärdering av JOBmeals anbud och kan därför inte åberopas i efterhand. Om produktbladet kan därtill påpekas att det på själva bladet anges att det beskriver smak – inte rostningsgrad och således inte tillför något i den delen.

JOBmeal gör gällande att Regionen borde ha berett JOBmeal tillfälle att ”försvara” sina produkter i de fall de inte överensstämde med de ställda kraven. Som redan nämnts fann Regionen ingen anledning att ifrågasätta uppgifterna i Dabas vid sin utvärdering och kontroll i övrigt av de produkter från Löfbergs som JOBmeal hade lämnat på de olika positionerna. Även om så vore fallet är det tveksamt om det vore förenligt med 4 kap. 9 § LOU att tillåta JOBmeal att i efterhand komplettera sitt anbud med uppgifter som behövdes för att anbudet skulle uppfylla ett obligatoriskt krav.

Uppfyller Kahls kravet på att ha sina produkter i Dabas eller på hemsida?

Kahls produkter finns inte i Dabas. Deras produkter finns dock på dess hemsida, men är dolda för Regionen till dess att avtal tecknas. Kravet på att produkterna ska finnas på Kahls hemsida är således uppfyllt. För alla produkter

som Kahls offererat har de bifogat produktblad till sitt anbud och utifrån dem har Regionen kunnat bedöma de offererade produkternas kravuppfyllelse. Kahls behov av att styrka uppgifter i sitt anbud med produktblad tycks delvis hänga samman med att dess hemsida är dold för beställaren till dess att avtal tecknats. Det har inte funnits några hinder för JOBmeal att göra samma sak. Regionen kan dock inte beakta produktblad som JOBmeal skickar in efter utvärdering och tilldelning. All kontroll av produktuppgifterna i de båda anbuden har skett ”manuellt”. Den kontroll som skett av uppgifter på en hemsida har alltså inte skilt sig från den kontroll som skett av produktblad. Kahls har således inte haft någon fördel jämfört med JOBmeal vid kontrollen av uppgifterna.

Har Regionen antagit felaktiga produkter i Kahls anbud eller gett produkterna felaktiga belastningspriser för position 25 och 26?

På positionerna 25 och 26 har Regionen ställt identiska krav. Under anbudstiden kom det in en fråga om positionerna kunde sammanföras. Regionen besvarade den frågan nekande; Regionen ville ha olika produkter på de båda positionerna. Trots detta offererade Kahls samma produkt på positionerna 25 och 26. Den produkt som Kahls offererade på positionerna 25 och 26 var en ”godkänd produkt”, dvs. den motsvarade de ställda kraven.

Detta var en situation som inte hade förutsetts när upphandlingsunderlaget togs fram. Det framstod som orimligt att förkasta Kahls på grund av åtgärden. I stället valde Regionen att följa anbudsförutsättningarna som gäller när en anbudsgivare offererat en felaktig produkt, nämligen att utesluta positionen och belägga den med ett belastningsvärde. Regionen valde att utesluta produkten på den position som hade minst volym och belade den med ett belastningsvärde. Regionen bedömde att detta var mest i linje med villkor 1.3.8 i anbudsförutsättningarna, som föreskriver att man ska välja den produkt som är mest fördelaktig för anbudsgivaren. Regionen följde därför anbudsförutsättningarna som gäller när en anbudsgivare offererat en felaktig

produkt, genom att utesluta den ena positionen och belägga den med ett belastningsvärde. JOBmeal tycks mena att den offererade produkten borde uteslutas på båda positionerna. Det vore dock inte rätt eftersom produkten var korrekt på en av positionerna (men inte på båda samtidigt).

Har Regionen felaktigt inte gett produkter i Kahls anbud belastningspriser för position 34 och 39 respektive 35 och 40?

JOBmeal menar att Kahls offererat samma produkter på positionerna 34 och 39 respektive på positionerna 35 och 40 och att de därmed borde fått belastningspris för detta i enlighet med vad som skett på positionerna 25 och 26. Skillnaden mellan dessa positioner och positionerna 25 och 26 är att det inte inkom någon fråga eller utgick något meddelande från Regionen om att olika produkter önskades. Det innebär att det var fritt fram att offerera samma produkt på flera positioner så länge de uppfyllde ställda krav. Annorlunda uttryckt gjordes en ändring i anbudsunderlaget för positionerna 25 och 26 i detta avseende men inte för positionerna 34 och 39 respektive 35 och 40.

När en upphandlande myndighet tar ställning till något i ”frågor och svar” innebär det många gånger en konkretisering av anbudsunderlaget i ett visst avseende. Så var fallet när fråga 891 besvarades. Det skulle kunna ge oöverskådliga konsekvenser om man tillåts utsträcka svaret på en viss fråga till att gälla områden som inte omfattas av svaret. JOBmeal har alltså inte haft fog att, utifrån svaret på fråga 891, anta att ”ungefär samma svar som för positionerna 25-26 skulle ha lämnats för positionerna 34-39 och 35-40.

Kahls

Kahls svarade på alla artiklar och krav enligt upphandlingsdokument. Kahls aktiverar de skraddarsydda artiklarna för just den aktuella upphandlingen både på hemsidan och i webshoppen för Regionen först efter att Kahls tilldelats kontraktet. Därefter är det fritt fram för Regionen och dess enheter att beställa anbudsartiklarna. Ett produktdatablad skickas alltid för varje artikel i samband

med upphandlingsdokument. Det var inget krav att produktdatabladen skulle vara tillgängliga i Dabas.

Vad gäller positionerna 25 och 26 har Kahls offererat en och samma artikel för båda positionerna efter att just Kahls har ställt den frågan om att både positionerna var identiska och borde sammanföras. Regionen ville ha två olika leverantörs artiklar att välja mellan.

Vad gäller positionerna 34 och 39 respektive 35 och 40 har Kahls offererat till Regionen enligt upphandlingsdokumenten. Kahls stryka är att göra möjligt att anpassa förpackningsstorlekar samt rostningsgraden enligt kundens önskemål, Därmed kan en och samma sorts kaffe offereras på flera positioner så länge det uppfyller de ställda kraven.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § LOU).

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Allmänna utgångspunkter

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i

denna lag eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall kunnat komma att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. I upphandlingsmål gäller som huvudprincip att domstolen är bunden av vad parterna anför. Den part som gör gällande att en upphandling är felaktig ska därför på ett klart sätt ange vilka omständigheter talan grundas på (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Av likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från upphandlingsdokumentens obligatoriska krav. Krav som anges i upphandlingsdokumenten måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet. Ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav ska förkastas (jfr HFD 2016 ref. 37 I och II).

Uppfyller Kahls kravet på att ha sina produkter i Dabas eller på hemsida?
JOBmeal har anförts att Kahls inte uppfyllt det obligatoriska kravet på att ha produktinformation tillgänglig på Dabas eller producentens/anbudsgivarens hemsida.

Av ”Upphandlingsdokument” punkten 1.3.7 ”Inläsning av anbudssvar i prisbilagorna” framgår att ”Samtliga offererade produkter ska innehålla tillgänglig produktinformation på Dabas eller producentens/anbudsgivarens hemsida.” Det framgår inte annat än att det aktuella kravet utgör ett obligatoriskt krav.

Av samma dokument punkten 1.2.7 ”Obligatoriska krav” framgår vidare att ”Huvudregeln är att skakraven måste vara uppfyllda redan när anbudet ges in. Där så uttryckligen anges eller uppenbart följer av omständigheterna, räcker det dock att Leverantören uppfyller skakraven först vid den tidpunkt då Leverantörens åtagande träder i kraft, det vill säga vid avtalsstarten”.

Det får anses vara klarlagt att de av Kahls offererade produkterna inte funnits i Dabas. Regionen har emellertid framfört att produkterna funnits/finns på Kahls hemsida men att dessa förblir dolda för regionen till dess att avtal tecknas. Dessa uppgifter har inte bestridits av Kahls.

Av kravet i 1.3.7 framgår dock att produktinformationen ska finnas *tillgänglig* på producentens eller anbudsgivarens hemsida, vilket svårligen kan anses vara fallet när den informationen är dold för Regionen fram tills avtalstecknandet. Det framgår inte heller på annat sätt att kravet inte behöver vara uppfyllt förrän tidpunkten för avtalstecknandet. Behovet av att kunna kontrollera produkternas kravuppfyllelse innan tilldelningsbeslut fattas talar vidare starkt emot att det föreligger anledning att frångå huvudregeln om att kravet ska vara uppfyllt vid anbudslämnandet. Förvaltningsrätten bedömer därför att Regionen, genom att utvärdera Kahls anbud, brutit mot likabehandlingsprincipen. Redan på denna grund borde Kahls anbud ha diskvalificerats. Huruvida Kahls gett in produktinformationen på annat sätt förändrar inte denna bedömning då det inte framgår av upphandlingsdokumenten att aktuellt krav kunnat uppfyllas på något annat vis än det angivna. Mot denna bakgrund och med hänsyn till vad parterna anfört i denna del finner förvaltningsrätten därför att det föreligger skäl till ingripande mot upphandlingen.

Har Regionen felaktigt belagt JOBmeals produkter på positionerna 15, 22 och 35 med belastningsvärden?

Initialt konstaterar förvaltningsrätten att parterna i vissa yttranden angett position 16 istället för position 15. Av vad som framgår av upphandlingsdokumenten synes parternas argumentation sammanfalla med position 15, för vilken JOBmeals offererade kaffesort har strukits och belagts med ett belastningsvärde, samt då JOBmeals offererade kaffe för position 16 har godtagits och inte belagts med ett belastningsvärde.

Det framgår enligt kraven kopplade till positionerna 15, 22 och 35 att leverantörerna ska offerera ett kaffe som är mellanrostat. Det har inte

framkommit annat än att av för Regionen tillgänglig information i Dabas var de av JOBmeal offererade kaffesorterna på respektive position i vart fall mörkrostade. Regionen har således haft fog för att belägga JOBmeals offererade produkter med ett belastningsvärde på de aktuella positionerna. Vad JOBmeal i övrigt anfört om att det borde ha fått försvara sina produkter föranleder inte någon annan bedömning.

Har Regionen antagit felaktiga produkter i Kahls anbud eller gett produkterna felaktiga belastningspriser?

Kahls har för position 25 och 26 offererat samma produkt. Av publik fråga 891, framgår att Regionen vill ha olika artiklar på positionerna 25 och 26. Av ”Upphandlingsdokument” punkten 1.3.8 ”Kontroll av produkterna” framgår att ”Produkter som inte uppfyller ställda krav tas bort. Anbudsgivaren rekommenderas därför att om möjligt svara med flera produkter på varje position för att försäkra sig om att ha ett godkänt svar. Systemet väljer automatiskt den produkt som är mest fördelaktig för anbudsgivaren, det vill säga den produkt som har det lägsta priset. Om det inte finns någon godkänd produkt på en position i en leverantörs anbud kommer leverantören på den positionen att belastas med ett referenspris.”. Av samma dokument punkten 1.3.9 ”Belastningspris/referenspris” framgår vidare att ”Belastningspriset är avsett att användas för positioner som en anbudsgivare avstår ifrån att offerera eller offererar felaktigt.”.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är möjligt att genom frågor och svar under en pågående upphandling ändra förutsättningarna för samma upphandling i enlighet med de förutsättningar som anges i LOU. JOBmeal har inte visat att Regionen inte kunnat förtydliga upphandlingsdokumenten på det vis som nu har skett, eller att Regionen ändrat upphandlingsdokumenten på ett sätt som föranleder skäl för ingripande.

Förvaltningsrätten instämmer i Regionens uppfattning om att den offererade produkten inte borde utesluts på båda positionerna eftersom produkten var korrekt på en av positionerna, men inte på båda samtidigt. Regionen har således rätteligen uteslutit en av produkterna. Att Regionen inte belagt båda positionerna med ett belastningsvärde är således riktigt och utgör inte skäl för ingripande.

Av upphandlingsdokumenten framgår inte närmare vilken av produkterna som skulle ha utesluts i en situation som den förevarande. Det framgår dock att om en anbudsgivare erbjudit flera produkter på samma position, ska den produkt som är mest fördelaktig för leverantören väljas. Att Regionen i ljuset av detta valt att lägga belastningsvärde på den position som minst belastar Kahls anbudspris framstår därför som förenligt med upphandlingsdokumenten. Det som JOBmeal har anfört utgör därför inte en upphandlingsrättslig brist. Det saknas således skäl för ingripande i denna del.

Har Regionen felaktigt inte gett produkter i Kahls anbud belastningspriser för position 34 och 39 respektive 35 och 40?

Det har inte framkommit att Regionen krävt att olika produkter ska offereras på positionerna 34-35 och 39-40. Det kan inte anses framgå av publik fråga 891 eller av upphandlingsdokumenten i övrigt att anbudsgivarna skulle offerera olika produkter för dessa positioner. Att Kahls offererat samma produkt på dessa positioner, och vad JOBmeal i övrigt anfört i denna del, utgör därför inte en upphandlingsrättslig brist. Det saknas således skäl för ingripande även i denna del.

Övriga anföranden från JOBmeal

Angående om Kahls har ålagts ett felaktigt utvärderingspris på position 20, har JOBmeal själva anfört att det inte påverkar utvärderingens resultat. Mot denna bakgrund samt att inte funnits några övriga upphandlingsrättsliga brister

gällande Kahls anbudspris, har JOBmeal inte lidit eller riskerat att lida skada till följd av detta.

Vad JOBmeal har anfört i övrigt gällande proportionalitet och transparens visar inte att det finns käl för ingripande mot upphandlingen.

Sammanfattning och skada m.m.

Kahls har inte uppfyllt det obligatoriska kravet på att ha tillgänglig produktinformation på Dabas eller hemsida vid tidpunkten för anbudsinlämnandet. JOBmeal har dock inte visat att det föreligger några andra upphandlingsrättsliga brister som motiverar ett ingripande mot upphandlingen.

JOBmeals anbud har av Regionen funnits vara det näst bästa anbudet. I och med att det vinnande anbudet från Kahls inte uppfyller samtliga obligatoriska krav och därmed inte kvalificerat sig vidare till tilldelning av kontrakt, har JOBmeal lidit eller kunnat komma att lida skada.

Förvaltningsrätten bedömer mot bakgrund av vad som framkommit i målet att det är tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att ny utvärdering ska göras varvid Kahls anbud inte ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Yohann Gilbert
rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Erik Westerlind.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter:

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.