



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2018-03-14

Meddelad i Stockholm

Mål nr

25722-17

25725-17

SÖKANDE

Perfect Print Sverige AB, 556617-9486

Box 7375

187 15 Täby

MOTPART

1. Södertälje kommun, 212000-0159

2. Salems kommun, 212000-2874

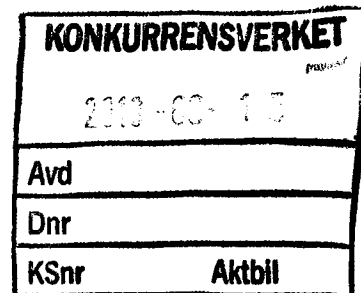
Ombud: Telge Inköp AB

Box 633

151 27 Södertälje

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Perfect Print Sverige AB:s ansökan om överprövning och beslutar att Telge Inköp AB:s upphandling avseende Toners till skrivare och printrar för Södertälje och Salems kommuner, dnr TI 2017-1075 ska göras om.

Dok.Id 926707

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:30

BAKGRUND

Telge Inköp AB (Telge Inköp) är ett kommunägt upphandlingsbolag som ansvarar för alla upphandlingar inom Södertälje kommun och som även utför upphandlingar åt bl.a. Salems kommun. Telge Inköp har genomfört en upphandling i syfte att teckna ramavtal avseende Toners till skrivare och printrar för Södertälje och Salems kommuner, dnr TI 2017-1075. Upphandlingen har genomförts genom öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU och kriteriet för tilldelning av kontrakt var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden pris. Enligt tilldelningsbeslutet var det sju anbud som kvalificerade sig och i enlighet med utvärderingresultatet kommer Södertälje och Salems kommun att teckna avtal med Kontorab AB (Kontorab). Perfect Print Sverige AB (Perfect Print) placerade sig på andra plats.

YRKANDEN M.M.

Perfect Print yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Perfect Print i huvudsak följande. Ett av ska-kraven var att anbudsgivaren skulle intyga sin tekniska förmåga, kapacitet och erfarenhet genom att inkomma med två referensuppdrag med liknande storlek som aktuell upphandling. Det vinnande anbudet har inte uppfyllt detta krav. Det framgår även av förfrågningsunderlaget att upphandlingen kan komma att avslutas med en omvänd e-auktion. Förutsättningarna för att detta skulle genomföras var att minst tre anbudsgivare var kvalificerade, dvs. uppfylla ställda ska-krav. En e-auktion genomfördes aldrig trots att det var sju anbud som kvalificerade sig. Telge Inköp har i sitt agerande dels brutit mot principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens samt dels agerat mot allmänhetens intresse genom att inte låta anbudsgivarna konkurrera om sina priser mot varandra. Telge Inköp har ingen vetskap om vilket utrymme leverantörerna har för

produkterna ifråga. Telge Inköp har valt att genomföra upphandlingen med utvärdering enbart på pris, det vore då högst orimligt om Telge Inköp ensidigt ska bedöma huruvida priserna kan sänkas ytterligare utan att ha tillfrågat anbudsgivarna som de facto besitter kunskapen om priserna och produkterna. Perfect Print lider skada av nuvarande tilldelningsbeslut då bolaget rätteligen skulle ha tilldelats det aktuella avtalet alternativt givits möjlighet att konkurrera om sina priser enligt de villkor som fastställts i förfrågningsunderlaget.

Telge Inköp bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget gällande referenser står det inte liknande uppdrag utan liknande storlek på uppdrag. Även om referensuppdragen innefattar fler produktområden så är storleken vida överstigande aktuell upphandling. Att begära att uppdraget endast ska röra toners hade inte varit varken proportionellt eller likabehandlande.

Kravet i förfrågningsunderlaget är formulerat på så sätt att upphandlingen kan komma att avslutas med en omvänd e-auktion inte att det *ska* göras. Av de inkomna anbuden hade två leverantörer, Kontorab och Perfect Print mycket lägre pris än de övriga fem anbuden. Telge Inköp gjorde bedömningen att en e-auktion inte skulle leda till lägre priser då fem av de sju anbuden låg betydligt högre än de två lägsta anbuden och att det var osannolikt att något av de fem anbuden med högre jämförelsepris skulle sänka sina priser till den lägre nivån för att kunna komma i fråga. Idag har Södertälje och Salems kommuner avtal med Perfect Print på samma produkter av originaltoners. Perfect Print har vid anbudslämnande i aktuell upphandling sänkt sina priser avsevärt vid jämförelse med idag avtalade priser. Att Perfect Print inte skulle ha lämnat sitt bästa pris i anbudet på grund av skrivningen i förfrågningsunderlaget om att ”upphandlingen kan komma att avslutas med en e-auktion” verkar inte troligt eftersom de redan hade sänkt sina priser. Eftersom Telge inköp ville värna om leveranssäkerheten gjordes

en affärsmässig bedömning att en e-auktion inte skulle leda till en bättre affär i det aktuella fallet utan hamna i ett prisläge där beställarna inte får efterfrågade originaltoners. Därför genomfördes ingen e-auktion och förfrågningsunderlaget lämnade utrymme för detta.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

En upphandlande myndighet får använda en elektronisk auktion för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbudet. (8 kap 15 § LOU).

En upphandlande myndighet får, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet, som en avslutande del av ett upphandlingsförfarande genomföra en elektronisk auktion vid bl.a. öppet förfarande (8 kap 16 § LOU).

Om en elektronisk auktion kommer att användas, ska den upphandlande myndigheten ange det i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse (8 kap 18 § LOU).

Enligt 8 kap 19 § LOU ska i upphandlingsdokumenten lämnas nödvändiga uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 4 kap. 1 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att pröva om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot Telge Inköps upphandling med anledning av de grunder som Perfect Print anfört.

E-auktion

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Perfect Print i sin ansökan om överprövning har åberopat såväl brister i vinnande leverantörs anbud som brister i förfrågningsunderlaget (det s.k. konkurrensuppsökande skedet). Förvaltningsrätten konstaterar att om förfrågningsunderlaget brister i tydlighet och detta har påverkat Perfect Prints möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud har domstolen ingen möjlighet att besluta om att upphandlingen ska rättas. Bristen hänför sig då till det konkurrensuppsökande skedet och upphandlingen ska då göras om.

Förvaltningsrätten har därmed initialt att pröva om förfrågningsunderlaget brister i transparens på så sätt att detta påverkat Perfect Prints möjligheter att lämna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Perfect Print har i denna del anfört att det av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen kommer att avslutas med en omvänd e-auktion när minst tre anbudsgivare är kvalificerade. En e-auktion genomfördes aldrig trots att det var sju anbud som kvalificerade sig. Telge Inköp har i sitt agerande dels brutit mot principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens samt dels agerat mot allmänhetens intresse genom att inte låta anbudsgivarna konkurrera om sina priser mot varandra.

Telge Inköp har å sin sida anfört att en e-auktion aldrig genomfördes mot bakgrund av den stora spridningen mellan anbudens ”två läger”. En affärs- mässig bedömning gjordes där Telge Inköp bedömde att en e-auktion inte skulle leda till en bättre affär utan snarare ett prisläge där beställarna inte får efterfrågade originaltoners. Kravet är formulerat på så sätt att upphandlingen kan komma att avslutas med en omvänd e-auktion, inte att det ska göras. Telge har till stöd för detta hänvisat till att det i punkten 1.9.4. framgår att produkt och prisspecifikationen kommer att användas vid en *ev. auktion* (förvaltningsrättens kursivering).

Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer hur förfrågningsunderlaget ska utformas så länge detta inte strider mot LOU. Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag. De rättsprinciper som anges i LOU omfattar således ett krav på för-

utsebarhet. Det innebär att prövning och utvärdering ska ske samt kontrakt tilldelas på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget.

I punkten 1.9.3 Utvärdering anges följande

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas utifrån följande grunder:

1. Pris

Ett jämförelsepris kommer att beräknas där pris för originaltoners multipliceras med angiven kvantitet per artikelrad enligt bilaga 1 Produkt och prisspecifikation och sedan summeras till ett jämförelsepris.

I punkten 1.9.4 E-auktion anges följande

Upphandlingen kan komma att avslutas med en omvänd e-auktion.

De anbud som uppfyller samtliga krav enligt förfrågningsunderlaget med bilagor och utvärderingen kommer att gå vidare till omvänd auktion på Internet där respektive leverantör har lika möjligheter att konkurrera och förbättra anbud. De företag som kvalificerar sig för att delta i den omvända auktionen kommer att informeras separat där det framgår, var, när och hur det ska genomföras. För att en e-auktion ska äga rum så skall minst tre (3) anbudsgivare vara kvalificerade. Den anbudsgivare som har lägst jämförelsepris per anbudsområde enligt 1.9.3 Utvärdering kommer att antas som vinnande leverantör.

Den offererade prisbilagan ”Bilaga 1 – Produkt och prisspecifikation” kommer att användas som verktyg vid en ev. E-auktion. Jämförelsepriset (summan av volymspriserna per artikelnummer) är anbudsgivarens bud i E-auktionen. Efter avslutad E-auktion ska vinnande anbudsgivare, den som lämnat lägst bud, skicka in denna uppdaterade prislista ifylld till upphandlande myndighet. Den ska vara ifylld på så sätt att jämförelsepriset överensstämmer med det vinnande anbudet från e-auktionen. För den anbudsgivare som vinner E-auktionen kommer dennes nettopriser i denna bilaga att bli bindande.

Förvaltningsrätten konstaterar att Telge Inköp i punkten 1.9.4 i förfrågningsunderlaget har förbehållit sig rätten att använda en elektronisk auktion. Elektronisk auktion utgör inget fullständigt upphandlingsförfarande utan kan användas som en avslutande fas i upphandlingar enligt de flesta förfaranden. Förfrågningsunderlaget ska även innehålla uppgifter om vad aukt-

ionen ska avse och hur den ska genomföras. Den upphandlande myndigheten måste därmed på ett tidigt stadium av förberedelserna före upphandlingen inte enbart ta ställning till om en elektronisk auktion ska ingå i upphandlingen utan också till hur den ska genomföras.

Av den bevisning som getts in i målet framgår inte om Telge Inköp i annonsen angett att en elektronisk auktion skulle komma att användas i upphandlingen. Av bestämmelsen i 8 kap 18 § följer att en elektronisk auktion inte får hållas om det inte har angetts i annonsen om upphandling. Om myndigheten dock förbehåller sig rätten att använda en elektronisk auktion men inte angett en auktion som ett obligatoriskt moment i upphandlingen kan det utgöra skäl till att upphandlingen bör kunna genomföras utan en elektronisk auktion, om myndigheten finner det vara lämpligast. Principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet får dock inte åsidosättas.

Förvaltningsrätten instämmer i att det av förfrågningsunderlaget framgår av första stycket i 1.9.4. att upphandlingen kan komma att avslutas med en omvänd e-auktion och att det i tredje stycket samma punkt står att produkt och prisspecifikation kommer att användas vid en ev. auktion. Förvaltningsrätten kan dock konstatera att när man läser vidare i andra stycket så specificeras *när* en omvänd e-auktion kommer att bli aktuell. Enligt förvaltningsrättens mening ger kravets ordalydelse vid handen att en omvänd e-auktion kommer att hållas om minst tre anbudsgivare uppfyller samtliga krav enligt förfrågningsunderlaget. Enligt tilldelningsbeslutet kvalificerade sig sju stycken anbud. Utifrån instruktionerna i förfrågningsunderlaget borde en omvänd e-auktion därför ha ägt rum. Den tolkning som Telge Inköp har gjort av punkten 1.9.4. går enligt förvaltningsrättens mening utöver såväl punktens ordalydelse som dess kontext.

Kriteriet för tilldelning av kontrakt i denna upphandling var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden pris. I sammanhanget bör man vara medveten om att priserna i de initiala anbuden kan ha satts högre jämfört med priserna i en motsvarande upphandling utan auktion. Detta för att leverantörerna ska ha utrymme kvar för prissänkningar under auktionen. Syftet med elektroniska auktioner är att bidra till effektivitetsförbättringar och därmed till kostnadsminskningar och lägre priser på det som upphandlas. Rätten anser att de av Telge Inköp åberopade omständigheterna inte kan anses vara skäl att frångå det som framgår av ordalydelsen i punkten 1.9.4. Vad Telge Inköp anfört om sin affärsmässiga bedömning föranleder ingen annan bedömning då det inte är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra vilka priser som leverantören kan leverera till.

En förutsättning för att upphandlingsdokumenten ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att bland annat utvärdering ska ske samt kontrakt tilldelas på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget. Telge Inköp har genom att inte avsluta upphandlingen med omvänd e-auktion överträtt principerna om likabehandling och transparens. Detta har påverkat Perfect Prints möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och bolaget har därigenom lidit eller kunnat komma att lida skada. Med beaktande av att bristema hänför sig till förfrågningsunderlagets utformning och det konkurrensuppsökande skedet finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om. Ansökan om överprövning ska därmed bifallas.

Eftersom Perfect Prints talan ska bifallas redan på grund av ovan anförda omständigheter saknas, enligt förvaltningsrättens mening, skäl för att pröva bolagets övriga invändningar i målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Eva Norling
Rådman

Charlotta Aggevall har handlagt målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Fortf. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.