



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-12-19
Meddelad i
Linköping

Mål nr
6438-11
Enhet 2

SÖKANDE

Toshiba Tec Nordic AB, 556091-2106
Box 1488
171 28 Solna

Ombud: Advokat Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-12-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Kommunalförbundet fjärde storstadsregionen, 222000-2527
c/o Linköpings kommun, Stadshuset
581 81 Linköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Toshiba Tec Nordic AB:s ansökan och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut i målet upphör därmed att gälla.

Dok.Id 66555

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 10 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	--

YRKANDEN M.M.

Kommunalförbundet fjärde storstadsregionen genomför en offentlig upphandling i form av inbjudan att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i Kammarkollegiets ramavtal SKT 09 avseende multifunktions skrivare (dnr UH-11-98). Anbudsgivare som lämnar anbud med lägst pris ska tilldelas kontrakt.

Enligt tilldelningsbesked den 3 oktober 2011 hade kommunalförbundet, med beaktande av samtliga affärsmässigt betingande omständigheter, funnit att det förmånligaste anbudet lämnats av Ricoh Sverige AB.

Toshiba Tec Nordic AB yrkar i ansökan om överprövning att förvaltningsrätten i första hand beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtas på så sätt att nya i avropsförfrågan uppställda skall-krav inte prövas och att anbudet från Ricoh inte beaktas vid utvärderingen, alternativt att Ricohs anbudspris justeras så att priset korresponderar med offereerad modell och uppställda krav. I andra hand yrkar Toshiba att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Kommunalförbundet anser att upphandlingen ska göras om.

Ricoh, som getts tillfälle att yttra sig i målet, anser att grund för ingripande enligt LOU saknas men att upphandlingen ska göras om för det fall förvaltningsrätten är av annan uppfattning.

Förvaltningsrätten beslutade den 13 oktober 2011 interimistiskt att upphandlingen inte fick avslutas.

ÅBEROPADE OMSTÄNDIGHETER

Toshiba

Grunden för förstahandsyrkandet är att kommunalförbundet har handlat i strid med LOU genom att tilldela Ricoh avtal trots att Ricoh i sitt anbud dels offererat en annan prismodell än den som föreskrivs som skall-krav i avropsförfrågan, dels för ett av de s.k. TK:na (TK8) har offererat ett artikelnummer för en maskin som inte överensstämmer med benämningen på den maskin som finns angiven och som inte utan extra tillbehör uppfyller de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget avseende aktuellt TK8. Andrahandsgrunden avseende detta yrkande, nämligen att anbudet ska påföras kostnaden för erforderliga extra tillbehör, är att detta erfordras för att Ricohs anbud i så fall skulle anses kunna uppfylla i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav.

Ytterligare en grund för förstahandsyrkandet är att upphandlingen inte uppfyller kraven i 5 kap. 7 § LOU på att inga nya skall-krav får tillföras avropsförfrågan jämfört med förfrågningsunderlaget för ramavtalsupphandlingen.

Att det i avropsförfrågan uppställts skall-krav som inte återfinns i den bakomliggande ramavtalsupphandlingen utgör även grund för andrahandsyrkandet. Upphandlingen uppfyller inte heller kraven på att avropsförfrågan ska innehålla en konkretisering av förutsättningarna för det enskilda avropet. Bristerna i avropsförfrågan medför att upphandlingen också strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU om transparens och förutsebarhet.

Ricoh har i sitt anbud lämnat priser enligt en annan prismodell än den som efterfrågas i avropsförfrågan. I avropsförfrågan föreskrivs att priser ska lämnas i form av rabatter från leverantörens referensprislista. Ricoh har i

sitt anbud dragit av rabatterna från den s.k. takprislistan i Kammarkollegiets ramavtal (vilket är en redan rabatterad lista i förhållande till referensprislistan). Eftersom den faktiska betalningen kommer att ske enligt avtalet innebär detta att de priser Ricoh angett i excel-filen för TK i anbudet är lägre än de priser som den avropande myndigheten faktiskt kommer att betala. Ricohs anbud har således utvärderats utifrån lägre priser än de priser företaget enligt avtalet de facto kommer att fakturera. Därmed har utvärderingen skett på oriktig grund och Ricoh inte uppfyllt skall-kravet att rabatterna ska avräknas från referensprislistan.

Ricoh har i sitt anbud avseende TK8 angett att modellen Ricoh MPC 4501 offereras. I kolumnen för artikelnummer anges 514521. Enligt prislistan i ramavtalet har dock modellen Ricoh MPC 4501 artikelnummer 514520. Detta hade möjligen kunnat ses som ett skrivfel om det inte varit för det faktum att artikelnummer 514521 finns med i prislistan och är en annan maskin, MPC 4501AD, med ett högre pris. Ett av skall-kraven i avropsförfrågan är att den maskin som offereras för TK8 ska ha ”dokumentmatare:50”. Om Ricohs anbud ska läsas som om man offererat maskinen med benämningen Ricoh MPC 4501 så uppfylls inte kravet på dokumentmatare med mindre än att sådan monteras som extra tillbehör. Enligt avropsförfrågan ska det i dokumentet anges dels huruvida extra tillbehör fordras för uppfyllelse av kraven, dels artikelnummer för sådant extra tillbehör. Någon sådan angivelse avseende dokumentmatare finns inte i Ricohs anbud. Anbudet kan därmed inte anses uppfylla i avropsförfrågan uppställt skall-krav på att maskinen ska ha dokumentmatare. Det ska därför förkastas. I andra hand måste kostnaden för dokumentmataren läggas till det offererade priset.

Avropsförfrågan brister i transparens och förutsebarhet på det sättet att behovet under avtalsperioden inte kan förutses. I Kammarkollegiets rutiner för avrop ges den explicita instruktionen att den avropande myndigheten i

avropsförfrågan ska specificera sina behov av efterfrågade produkter och tjänster. Det framgår också av prop. 2006/07:128 att syftet med förnyad konkurrensutsättning just är att den avropande myndigheten ska applicera ramavtalet på sitt konkreta behov. De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens och förutsebarhet ställer krav på att leverantörerna av avropsförfrågan ska kunna utläsa den avropande myndighetens behov och prissätta detta behov. I aktuell upphandling har man i avropsförfrågan tvärtemot vad LOU föreskriver i stället friskrivit sig och angett att ”volymen ska endast ses som en vägledning för avropsgivaren och gäller utan förbindelse från kommunen”. Att inte i avropsförfrågan specificera sitt behov strider mot 5 kap. 7 § LOU, de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § samma lag och de tydliga instruktioner som följer med Kammarkollegiets ramavtal.

I avropsförfrågan har uppställts skall-krav avseende managementsystemet Cirrato. Kraven strider mot LOU eftersom de inte återfinns i den bakomliggande ramavtalsupphandlingen. Kraven utgör även brott mot diskrimineringsförbudet då Cirrato är ett produktnamn och ”eller liknande” inte lagts till.

Genom att LOU och upphandlingsrätten i övrigt åsidosatts riskerar Toshiba riskerat att lida skada. Den försäljning Toshiba kan gå miste om genom det felaktiga tilldelningsbeslutet är betydande.

Den här upphandlingen är det andra försöket att avropa från Kammarkollegiets ramavtal SKT 09. Att göra om upphandlingen en tredje gång skulle inte vara samhällsekonomiskt försvarbart eller konkurrensneutralt. Redan av dessa skäl föreligger grund för att upphandlingen ska rättas och därefter avslutas.

Ett beslut om att upphandlingen ska göras om skulle vara oproportionerligt när det är möjligt att komma till rätta med bristerna genom den mindre ingripande åtgärden rättelse. Den grundläggande upphandlingsrättsliga proportionalitetsprincipen innebär att den lindrigaste åtgärden ska väljas.

Det faktum att det föreligger fel i avropsförfrågan kan inte bedömas som hänförligt till den konkurrensuppsökande fasen på samma sätt som vid en ”vanlig” upphandling. Avropsprocessen och en självständig, fristående upphandling kan inte jämföras. Upphandlingen bör lämpligen rättas genom att man i anbudsprövningen bortser från de krav som tillförts.

Kommunalförbundet har utvidgat talan i förvaltningsrätten genom att självt leta upp ytterligare fel som man anser sig ha gjort i upphandlingen.

Det är märkligt att kommunalförbundet argumenterar för att använda sina resurser och skattebetalarnas pengar till att göra om upphandlingen en tredje gång.

Kommunalförbundet

Det vitsordas att det i avropsförfrågan tillförts nya icke tillåtna skall-krav och avropsvillkor jämfört med de krav och villkor som ställdes upp i förfrågningsunderlaget till Kammarkollegiets ramavtal. Vidare vitsordas att felen strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU. Felen kan inte läkas genom rättelse i form av ny anbudsutvärdering. En rättelse av upphandlingen medför ytterligare överträdelser av 1 kap. 9 § LOU, särskilt gentemot de sex leverantörer som avböjde anbudsinbjudan.

Sådan rättelse står i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens, se bl.a. EU-domstolens mål C-243/89 och C-87/94. Av målen följer att det inte är förenligt med upphandlingsrät-

ten att tillföra eller ta bort väsentliga krav i ett förfrågningsunderlag med mindre än att upphandlingen avbryts och görs om.

Det har under handläggningen i förvaltningsrätten blivit känt att endast nio av de tio ramavtalsleverantörerna på ramavtalet bjudits in att lämna anbud i upphandlingen. Detta brott mot avropsreglerna i ramavtalet kan inte rättas inom ramen för upphandlingen vilket medför att den måste göras om.

Ricoh

Upphandlingen har – på anförda skäl – inte genomförts i strid mot LOU. Ricohs anbud har uppfyllt skall-kraven. Under alla omständigheter har Toshiba inte lidit eller riskerat att lida skada på grund av något brott mot LOU. Grund för ingripande enligt lagen saknas därmed. Om förvaltningsrätten skulle göra annan bedömning måste bristen anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen ska därför i så fall göras om.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt lagens 16 kap. 5 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Toshiba har påstått att kommunalförbundet brutit mot bestämmelser i LOU och upphandlingsrättsliga principer avseende dels de handlingar som hör till inbjudan att lämna anbud, dels prövningen av vilken anbudsgivare som lämnat det bästa anbudet. Detta har enligt Toshiba medfört risk för skada. Kommunalförbundet har inte invänt mot vad Toshiba anfört i dessa delar.

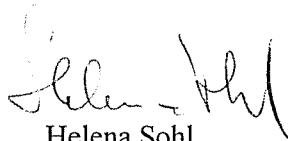
Vad Toshiba åberopat medför enligt förvaltningsrätten att kommunalförbundet får anses ha brutit mot bestämmelser i LOU och gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Felaktigheterna har medfört att Toshiba lidit eller kan komma att lida skada. Vad Ricoh anfört föranleder inte någon annan bedömning. Förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 5 § LOU föreligger därmed.

Beträffande valet av åtgärd har Toshiba starkt argumenterat emot att upphandlingen ska göras om. Enligt förvaltningsrätten kan dock Toshibas talan inte förstås på annat sätt än att Toshiba ändå ansett att det finns grund för sådan åtgärd.

Eftersom det finns skäl för ingripande enligt LOU har förvaltningsrätten, oavsett hur yrkandena utformats, att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Med denna befogenhet följer en skyldighet för förvaltningsrätten att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna. För att den mindre ingripande åtgärden – rättelse – ska kunna väljas får de felaktigheter som förekommit inte ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr Högsta förvaltningsrättens avgörande RÅ 2005 ref. 47).

Förvaltningsrätten finner att de konstaterade felaktigheterna, som även hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen, är sådana att åtgärden måste bestå i att upphandlingen görs om.

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



Helena Sohl

Rådman

Föredragande: Magnus Wickström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 vartill 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 uppge 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 3109/1D LOU