

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN DOM****I MALMÖ**

Avdelning 1

Christian Härdgård

2011-03-13

Meddelad i

Malmö

Sida 1 (6)

Mål nr

13843-13849-10 E

13851-13852-10 E

SÖKANDE

Lyreco Sverige AB, 556303-6341

Box 501

564 28 Bankeryd

Ombud:

Advokat Jerker Alm

Advokatfirman Vinge KB

Box 1064

251 10 Helsingborg

KONKURRENSVERKET	
2011-03-04	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

- | | |
|---|--------------------|
| 1. Lunds kommun | Mål nr. 13843-10 E |
| 2. Eslövs kommun | Mål nr. 13844-10 E |
| 3. Kävlinge kommun | Mål nr. 13845-10 E |
| 4. Hörby kommun | Mål nr. 13846-10 E |
| 5. Höörs kommun | Mål nr. 13847-10 E |
| 6. Svalövs kommun | Mål nr. 13848-10 E |
| 7. Räddningstjänsten Syd | Mål nr. 13849-10 E |
| 8. Lunds Energikoncernen AB, 556100-9852 | Mål nr. 13851-10 E |
| 9. Lunds Kommuns Fastighets AB, 556050-4341 | Mål nr. 13852-10 E |

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Lyreco Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 41243

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Lunds kommun, Eslövs kommun, Kävlinge kommun, Hörby kommun, Höörs kommun, Svalövs kommun, Räddningstjänsten Syd, Lunds Energi-koncernen AB och Lunds Kommuns Fastighets AB (nedan kommunerna) genomför upphandlingen "Kontorsmaterial", dnr KS2010/0255. Upphandlingen följer de avsnitt i LOU som gäller för öppet förfarande. Av tilldelningsbeslutet framgår att kontraktet har tilldelats Staples Sweden AB (nedan Staples).

I målet aktuellt förfrågningsunderlag samt frågor och svar

I förfrågningsunderlaget återfinns under punkten 3.2.1. "Artikelbilaga" bl.a. följande.

"Offererade produkter skall finnas med i leverantörens ordinarie produkt-katalog, varan skall ej vara unik för detta anbud utan skall kunna köpas av leverantörens övriga kunder. Ordinarie prislista skall finnas tillgänglig via anbudsgivarens hemsida eller annan allmän källa (t.ex. accepteras inloggning via hemsida)".

Av punkten 3.2.12. "Pris" framgår bl.a. följande.

"Pris skall lämnas i form av nettopriser, bruttopriser minus rabatt på bifogad artikelbilaga. På övriga sortimentet skall rabattsats på aktuella offentligt publicerade prislistor anges. Aktuella prislistor skall på anmodan till-sändas upphandlande myndighet. Med övrigt sortiment avses det för upp-handlingen aktuella sortimentet och inte anbudsgivarens eventuella sorti-ment inom andra produktområden".

I Frågor och svar återfinns på sidan tre under rubriken "3.2.1. Artikelbilaga & 3.2.12. Pris" bl.a. följande.

"Fråga 1: Ordinarie/offentlig prislista, skall den vara officiell och tillämpas på liknande kunder, t.ex. kommun, stat och landsting = Public sektor?"

Svar: Ja

Fråga 2: Kan man skraddarsy en ordinarie prislista för enbart denna upp-handling?"

Svar: Nej

Fråga 3: Hur kommer upphandlingsenheten att kontrollera att anbudsgivare inte har specialtillverkat sin ordinarie/offentliga prislista?"

Svar: Anbudsgivare skall kunna verifiera att den officiella prislistan är pu-blik".

Lyreco Sverige AB (nedan Lyreco) ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att Staples anbud ska uteslutas. Som stöd för sin talan anför Staples i huvudsak följande. I upphandlingen gäller obligatoriskt krav på att en anbudsgivare inte får designa eller ta fram en bruttoprislista specifikt för upphandlingen. Kommunerna har i "Frågor och svar" entydigt uppgivit att de priser på vilka rabattsatserna grundas ska vara gällande mot andra offentliga kunder.

Staples har tagit fram en prislista särskilt för denna upphandling. Prislistan togs fram för att publiceras på Staples hemsida den 30 augusti 2010, dagen innan anbudstiden löpte ut. Kommunerna har uppgivit att prislistan funnits tillgänglig på Staples hemsida sedan mars 2010. Någon information som verifierar detta påstående har inte ingivits. Kontrollerar man den fil som utgör den aktuella prislistan så framgår det att denna är skapad den 30 augusti 2010. Prislistan kan därmed inte vara från mars 2010. Prislistan finns inte på Staples hemsida under den avdelning som vänder sig till offentliga kunder, utan under avdelningen "Är du nyfiken på Staples?". Klickar man vidare på denna avdelning kommer man till en ny sida på vilken man måste klicka på "Nyheter" för att därefter komma till en ny sida på vilken det finns en punkt "Prislista 2010". Staples har mer eller mindre gömt under denna prislista och om man går in på den avdelning som faktiskt vänder sig till offentliga kunder så återfinns prislistor med andra klart högre priser än de som gäller enligt den särskilt framtagna prislistan.

Vad kommunerna har underlåtit att göra är att verkligen undersöka om Staples priser är allmänt gällande på det sätt som villkoren i förfrågningsunderlaget föreskriver. När omständigheterna, tidpunkten för prislistans skapande och dess placering på hemsidan, tydligt visar att prislistan inte är allmän så går det inte att som kommunerna gjort förbehållslöst acceptera svar som är givna på förhand. När ett anbudssvar i ett visst avseende uppvisar tvivel ifråga om sin korrekthet så åligger det den upphandlande myndigheten att få en objektivt godtagbar verifikation av de svar som lämnats.

Att den prislista Staples använder är designad visas även av följande. I en upphandling som Jönköpings läns landsting nyligen genomfört har Staples använt sin ordinarie prislista för offentliga kunder. Staples har i denna upphandling varit förhindrad att designa sin prislista och man har då använt den ordinarie prislistan med högre priser. Om den prislista som Staples använt i kommunernas upphandling varit den ordinarie allmänna prislistan så skulle denna även använts i Jönköpings läns landstings upphandling, men så har inte skett. Anbudet i Jönköpings läns landstings upphandling skulle vara inne den 6 september 2010, dvs. sex dagar efter det att anbudstiden i kommunernas upphandling löpte ut. Att den prislista som Staples använt i Jönköpings läns landstings upphandling är bolagets allmänna prislista styrks av att den använts i upphandlingar som genomförts i tiden före kommunernas upphandling, t.ex. Göteborgs stads upphandling där sista anbudsdagen var den 29 juni 2010. För andra gällande kontrakt med offentliga aktörer, t.ex. Alingsås och Helsingborg gäller att Staples tillämpar prislistan med högre priser.

Det är genom att kontrollera om en prislista används i upphandlingar som man får kännedom om prislistan är gällande mot offentliga kunder. Det är inte en prislistas förekomst på en webbplats som visar att den är gällande. Detta visar endast att den finns på webbplatsen, men inte att den har en ordinarie tillämpning gentemot offentliga kunder. För att den ska anses vara ordinarie måste den ges in i ett flertal upphandlingar. För att kravet på en ordinarie prislista som gäller mot andra kunder ska ha en faktisk innebörd måste prislistan gentemot vilken rabatten räknas vara en prislista som gäller gentemot existerande kunder när upphandlingen inleds. I annat fall öppnas möjligheten för manipulation, eftersom man tillämpar en modell där 30 % av priset utvärderas på priser som inte är bindande för anbudsgivaren, endast rabatten är bindande. Om inte kravet på giltig prislista gentemot andra kunder har denna innebörd så kan en anbudsgivare offerera mycket låga bruttopriser gentemot vilken rabatten räknas och erhålla ett ännu lägre bruttopris minus rabatt. En ordinarie prislista som vid upphandlingens inledning rent faktiskt gäller gentemot andra offentliga kunder ut-

gör själva kopplingen mellan utvärderingsmodellen och den faktiska tillämpningen av de bruttopriser som ska gälla under avtalstiden och utgör en spärr mot manipulation av utvärderingspriset.

Kommunerna motsätter sig Lyrecos ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Kommunerna besvarade en fråga under anbudstiden om offentlig prislista skall vara officiell och tillämpas på alla liknande kunder, t.ex. kommun, stat och landsting, med ett ja. Svaret på frågan om man kan specialanpassa en prislista för denna upphandling besvarades med ett nej. Vid kontroll av det aktuella kravet bekräftade Staples att denna prislista gäller för alla liknande kunder inom offentlig sektor och att denna finns allmänt tillgänglig på deras hemsida. Enligt Staples har prislistan funnits publicerad på deras hemsida sedan mars månad 2010. Kommunerna har fullgjort sina skyldigheter att kontrollera de ställda kraven i upphandlingen i enlighet med förfrågningsunderlaget. Prislistan är officiell, allmänt tillgänglig och finns publicerad på Staples hemsida varför kravet, som det är formulerat i förfrågningsunderlaget, måste anses vara uppfyllt.

Förvaltningsrätten har den 25 oktober 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

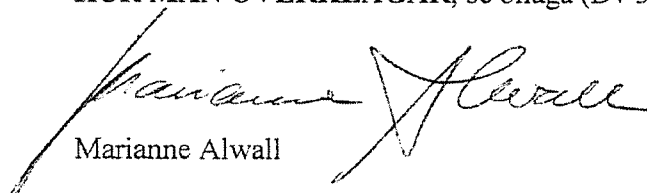
I aktuell upphandling har det, som ovan framgår, ställts krav på att ordinarie prislista skall finnas tillgänglig via anbudsgivarens hemsida eller annan allmän källa och att aktuella prislistor skall på anmodan tillsändas upphandlande myndighet. Av frågor och svar framgår vidare att prislistan skall vara officiell och tillämpas på liknande kunder, t.ex. kommun, stat och landsting, att anbudsgivare inte får skräddarsy en ordinarie prislista för enbart denna upphandling samt att anbudsgivare skall kunna verifiera att den officiella prislistan är publik.

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att det är ostridigt att Staples prislista finns tillgänglig på bolagets hemsida. Prislistan får enligt förvaltningsrättens mening således anses vara såväl publik som officiell. När prislistan skapats är i målet irrelevant, huvudsaken är att den vid tidpunkten för anbudets avlämnande är publik, officiell och att den tillämpas på liknande kunder. Enligt rättens mening utgör förfrågningsunderlaget inte hinder för en anbudsgivare att ha mer än en prislista som uppfyller ställda krav. Med hänsyn härtill - och då Lyreco inte förmått visa att den vid aktuell upphandling offererade prislistan inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget - finner rätten att det med anledning av vad Lyreco anfört inte föreligger skäl för ingripande enligt LOU. Vid sådana förhållanden ska företagets ansökan om överprövning avslås

Särskilda upplysningar

Rättens interimistiska beslut av den 25 oktober 2010 upphör därmed att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan angivna besvärstiden tre veckor.

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


Marianne Alwall