



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-03-04
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 18577-10
 Enhet 12

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

MOTPART

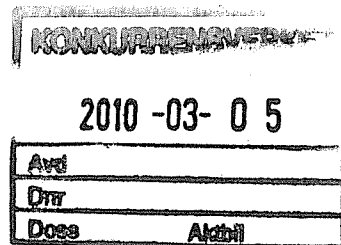
SKL Kommentus AB, 556026-1900
 117 99 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007/1091) om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Toshiba TEC Nordic AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.



Dok.Id 250

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

SKL Kommentus (Kommentus) har genomfört en upphandling av dokumentproduktion 2009, ref nr 09/5 (Upphandlingen). Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt 4 kap. 1 § LOU.

I tilldelningsbeslut avsänt den 3 december 2009 beslöt Kommentus att anta andra anbud än anbudet från Toshiba Tec Nordic AB (Toshiba).

YRKANDE M. M.

Toshiba ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att Upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar Toshiba att förvaltningsrätten förordnar att Upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att NRG Scandinavia AB:s (NRG) anbud tas bort och att Toshiba tilldelas ramavtal.

Grunden för Toshiba's förstahandsyrkande är att Kommentus har handlat i strid med LOU när man i en och samma upphandling använt två separata upphandlingsmetoder för upphandling av ramavtal, nämligen rangordning och en andra konkurrensutsättning. Grunden för Toshiba's andrahandsyrkande är att Kommentus i leverantörskvalificeringen har tagit med anbudsgivare som i vart fall tidigt under avtalstiden upphör, trots att man i vart fall innan tilldelningsbeslut fattats fått uppgift om att företaget gått samman med en annan anbudsgivare. Till stöd för sin talan anför Toshiba bl.a. följande.

Dubbla avropsmodeller

Kommentus har i förfrågningsunderlaget i Upphandlingen angivit att avropande myndigheter kan avropa antingen enligt metoden för rangordning av ramavtalsleverantörer eller använda metoden med en andra konkurrensutsättning. Regeringsrätten har meddelat prövningstillstånd i två mål (mål nr 3344-09 och 3345-09), där Kammarrätten i Göteborg har avgjort frågan om huruvida det är möjligt att kombinera avropsmetoderna på detta sätt, varvid kammarrätten kom fram till att detta inte är möjligt. I en ramavtalsupphandling måste den upphandlande myndigheten bestämma vilken av metoderna som ska användas. Även Länsrätten i Stockholms län har i dom den 5 oktober 2009 (mål nr 19772-09) funnit att det strider mot LOU att tillämpa dubbla avropsordningar i en och samma upphandling. Denna fråga behandlas även i förarbetena (prop. 2006/2007:128 s. 169). Kommentus har i upphandlingen inte endast använt de två alternativa avropsmetoderna. De har dessutom minskat förutsebarheten och ökat osäkerheten ytterligare för leverantörerna genom att inte tydligt ange i vilka fall en avropande myndighet ska använda den ena eller den andra metoden, utan helt diffust skrivit ”rangordning skall gälla då avropet understiger 200 000 SEK”. Hur denna beloppsgräns beräknas framgår inte. Hypotetiskt skulle avropande myndighet kunna göra avrop var eller varannan dag som vart och ett understiger 200 000 SEK. Dessutom ifrågasätts varför Kommentus anser att en beloppsgräns är en relevant faktor för att avgöra om ett avrop ska ske enligt den ena eller andra metoden. Mer relevant vore närmast komplexiteten i den avropande myndighetens behov och miljö. Upphandlingen har redan skett genom konkurrensutsättning och det är rimligt att förutsätta att även de rangordnade leverantörerna har konkurrenskraftiga ramavtalspriser. Kommentus använder en beloppsgräns för att avgöra vilken avropsmetod som är tillämplig. Detta gör det inte praktiskt möjligt för samtliga villkor att vara fastställda i ramavtalet för att möjliggöra direkta beställningar

(rangordningsmetoden) samtidigt som villkor är öppna på ett sätt som fordrar att avropande myndighet beskriver sina specifika behov i ett förfrågningsunderlag (andra konkurrensutsättningsmetoden) baserat på värdet av avropet under en i förfrågningsunderlaget ospecificerad tidsperiod. Det är logiskt att de två avropsmetoderna är alternativa eftersom den ena metoden, rangordning, kan tillämpas när samtliga kontraktsförhållanden utom beställningstidpunkt och beställningsmängd är fastställda i förväg. Vad gäller metoden för en andra konkurrensutsättning så skiljer sig den från den första metoden på det sättet att samtliga kontraktsvillkor som fordras för avrop inte är fastställda i ramavtalet. En kombination av urvalsmodellerna på det sätt som Kommentus har gjort, strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens och förutsebarhet.

Det resonemang Kommentus för angående vad man kallar ”fördelningsnyckel”, saknar relevans. Det faktum att LOU stadgar att avropsmetoderna är alternativa kan inte på något sätt rättas till eller kommas runt genom att ange någon form av fördelningsnyckel. Det är inte möjligt att ha ett ramavtal som fastställer samtliga villkor för avrop samtidigt som kontraktsvillkoren är så öppna att man kan göra en ny upphandling. Det förhåller sig även så att den fördelningsnyckel som Kommentus har angivit inte i någon del är klar och tydlig. Det finns inte någon ledning i förfrågningsunderlaget hur det angivna beloppet om 200 000 SEK ska beräknas eller för vilken tidsperiod beloppet ska beräknas. Avsaknaden av tydliga villkor för vilken avropsmetod som ska användas vid varje typ av tilldelningssituation gör att utrymme lämnas för avropande myndighets fria skön, vilket strider mot principerna om likabehandling och transparens. Konkurrensverket har i sitt yttrande till Regeringsrätten i mål nr 3344-09 och 3345-09 den 16 november 2009 (Dnr 563/2009), kommenterat frågan huruvida det skulle innebära någon skillnad ifall det i förfrågningsunderlaget till den i målen aktuella upphandlingen och ramavtalen fanns fastlagt objektiva och tydliga kriterier för när den ena eller den andra avropsmetoden ska användas. Konkurrens-

verket kom i yttrandet fram till slutsatsen att det skulle kunna innebära att invändningen att dubbla avropsmetoder strider mot principerna om likabehandling och transparens, inte skulle kunna göras med samma styrka. Man kan alltså konstatera att Konkurrensverket i yttrandet anser att det även i det fallet kan finnas fog för att anse att hanteringen strider mot de grundläggande principerna, men att den frågan inte var uppe för behandling i de aktuella målen. I förevarande fall förhåller det sig så att det inte finns några objektiva och tydliga kriterier för hur avropande myndigheter ska välja avropsmetod, utan endast en helt ospecificerad beloppsgräns som den avropande myndigheten själv kan välja hur den vill använda och som därmed lämnar ett tämligen stort fritt skön för den avropande myndigheten att välja avropsmetod som den vill.

Försvunnen anbudsgivare

Anbudet från NRG Scandinavia AB (NRG) bör tas bort, eftersom Carl Lamm AB har förvärvats och i samband med det har Carl Lamms och NRGs verksamheter slagits ihop under firma Ricoh Sverige AB. Bolagen kommer inte att fortsätta marknadsföra och leverera konkurrerande produkter och tjänster som två skilda enheter. Genom att NRG och (Carl Lamm) Ricohs ges en och samma tilldelning ska Toshiba också tilldelas ramavtal. I andra upphandlingar där både Carl Lamm och NRG lämnat anbud innan tiden för företagsförvärvet så har ett av bolagen i samband med att förvärvet offentliggjordes dragit tillbaka sitt anbud. Av det pressmeddelande som publicerades i samband med att förvärvet offentliggjordes framgår det att Carl Lamm och NRG slår ihop sina verksamheter och bildar Ricoh Sverige AB. Det är tydligt att det nybildade bolaget avser att lägga samman de båda bolagens verksamhet och skapa en stark spelare på den svenska marknaden. Det är därmed uppenbart att man inte har några planer på att konkurrera med sig själv. All marknadsföring sker numera genom Ricoh Sverige AB. Huruvida förvärvet fått fullt juridiskt genom-

slag genom att verksamheten fysiskt har gått över saknar betydelse för bedömningen. Det är uppenbart att Carl Lamm och NRG numera är en och samma aktör på den svenska marknaden och att ramavtal i Upphandlingen endast kan tilldelas Ricoh Sverige. Därmed kan NRG inte längre vara ramavtalsleverantörer, vilket medför att Toshiba's anbud blir nummer fem i utvärderingen och att de därmed ska tilldelas ramavtal. En av upphandlingsrättens grundläggande principer som ska genomsyra allt upphandlingsarbete är konkurrens. Genom att placera ramavtalsleverantörer som de facto är en och samma ekonomisk enhet som etta och tvåa i rangordningen av leverantörer strider mot denna princip och sätter konkurrensen ur spel.

Kommentus bestrider Toshiba's yrkande och anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande kraven om icke-diskriminering, likabehandling, förutsebarhet och transparens och de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ska gälla för all upphandling. I vart fall har inte något brott mot LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna medfört att Toshiba lidit eller kan komma att lida skada. Någon grund för beslut att Upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts föreligger därför inte.

Dubbla avropsmodeller

Kommentus vitsordar att man i ramavtalet använt sig av två olika avropsmodeller, avrop enligt fastställd rangordning eller förnyad konkurrensut-sättning. Tilldelning av kontrakt och val av leverantörer sker först genom avrop från ramavtalet och det är vid det tillfället som den upphandlande myndigheten måste välja eftersom valet av en leverantör endast kan ske på ett sätt. 5 kap. 6 och 7 §§ LOU reglerar metoden för att tilldela leverantörer kontrakt under ramavtalet, inte ramavtalets utformning. De av Toshiba åberopade rättsfallen från Kammarrätten mål nr 966-09 och

mål nr 1008-09 tar sikte på en dubbel avropsordning utan någon tydlig fördelningsnyckel som anger när den ena eller den andra modellen ska användas. Dessa domar är överklagade och ligger hos Regeringsrätten, som meddelat prövningstillstånd. Kommentus har i sitt förfrågningsunderlag i sin avropsmodell angivit att enskilda avrop understigande 200 000 SEK ska göras genom avrop från fastställd rangordning av antagna ramavtalsleverantörer. Samtliga avrop som överstiger 200 000 SEK ska göras som en förnyad konkurrensutsättning. Denna fördelningsmetod har valts eftersom det vid avrop upp till mindre värden inte anses motiverat att behöva precisera och komplettera villkoren för tilldelning av kontraktet. Ramavtalets fastställda villkor ger ändå den avropande myndigheten en leverans av produkt/er till ett bra pris och hög kvalitet. Vid en större avropsvolym torde dock volymfördelarna kunna ge ett bättre totalpris, än det av leverantörerna offererade så kallade takpriset i ramavtalet, om man använder sig av en förnyad konkurrensutsättning. Att i förfrågningsunderlaget som fördelningsnyckel ange "komplexitet i avroparens behov och miljö" som Toshiba föreslår, torde ge en betydande otydlighet när den ena eller andra avropsmodellen ska användas, då en sådan fördelningsnyckel torde vara näst intill omöjlig att definiera närmare. Varje ramavtal innehåller ett visst mått av flexibilitet vid avrop, även i ramavtal då samtliga villkor är fastställda. Vid avrop från ett ramavtal där samtliga villkor är fastställda behöver den avropande myndigheten ändå tydliggöra vissa villkor, vilket inte sällan kan vara leveransplats, leveranstid, faktureringsvillkor och så vidare, vilka faktiskt kan skilja sig inom en och samma organisation. Dessa villkor måste finnas i ramavtalet och vara formulerade så att denna möjlighet till flexibilitet ges den avropande myndigheten, annars skulle ramavtalet i sig inte vara möjligt att använda. Vid en förnyad konkurrensutsättning ges den upphandlande myndigheten ett visst mått av utrymme att ytterligare precisera villkoren i ramavtalet och vid behov komplettera med andra villkor, förutsatt att dessa angivits i förfrågningsunderlaget. Samtliga villkor som ska användas vid en förnyad konkurrensutsättning måste således finnas

angivna redan från början, antingen som villkor i ramavtalet eller som villkor i förfrågningsunderlaget. I propositionen 2006/07:128 sid 174, framgår som exempel på en precisering av villkor i ett ramavtal vid en förnyad konkurrensutsättning, priset och leveranstid. Det torde vara fullt möjligt att i ett och samma ramavtal kunna avropa enligt den ena eller den andra ovan nämnda modellen, förutsatt att det tydligt framgår när den ena eller den andra modellen för avrop ska användas, eftersom ett ramavtal inte kan preciseras eller kompletteras annat än i mindre utsträckning även vid en förnyad konkurrensutsättning och då enligt de villkor som redan finns angivna i ramavtalet eller förfrågningsunderlaget. Kommentus har i sitt förfrågningsunderlag tydliggjort när ett avrop enligt fastställd rangordning skall ske och när en förnyad konkurrensutsättning ska göras.

I Konkurrensverkets yttrande till Regeringsrätten i samband med prövningen av de två Kammarrättsdomarna säger Konkurrensverket i sin bedömning (yttrande Dnr 563/2009 s. 7) att förekomsten av två avropsmodeller i ett och samma ramavtal inte per automatik innebär att det ger den avropande myndigheten fritt att välja mellan den ena eller den andra metoden. Vidare skriver Konkurrensverket att 5 kap. 6 och 7 §§ LOU ska tolkas på så sätt att, finns inga i förväg givna kriterier för när de avropande myndigheterna ska välja mellan tillämpning av fastställda villkor och förnyad konkurrensutsättning, är det inte tillåtet. Av Kommentus förfrågningsunderlag framgår dessa villkor tydligt. Kommentus upphandling av ramavtal med dubbla avropsmodeller kan därför inte anses strida mot principerna om likabehandling och transparens.

Försvunnen anbudsgivare

Tilldelningen av beslut baseras på den utvärdering av anbuden som inkom i denna samordnade upphandling. Ett av de inkomna anbuden var från NRG Scandinavia AB (NRG). NRG var vid anbudstillfället, dagen för till-

delningsbeslutet och är idag en egen juridisk person och därmed kvalificerad för att delta, inlämna eget anbud och teckna ramavtal i denna upphandling. NRG har under många år varit en framgångsrik organisation inom Ricoh Group. NRG har kvar sitt organisationsnummer och arbetar utefter den linjen, dvs. det finns inget slutligt beslut gällande samgåendet mellan de två juridiska organisationerna. Det finns inte heller något nybildat bolag. Carl Lamm har fått ny ägare samt namnändrats till Ricoh Sverige AB och bibehållit sitt organisationsnummer. Avtal i ramavtalsupphandlingen har således tilldelats fem olika leverantörer. Toshiba's hänvisning till hur leverantören agerat i andra upphandlingar saknar relevans och ska lämnas utan hänseende.

DOMSKÄL

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, enligt samma paragraf, principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 5 kap. 6 § LOU får, om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 §, tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud.

I 5 kap. 7 § LOU anges bl.a. följande. Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

I 16 kap. 2 § LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Toshiba gör gällande att det förhållandet att Carl Lamm AB har förvärvats av Ricoh Sverige AB medför att NRG Scandinavia AB:S anbud bör tas bort från listan över de företag som kan komma ifråga för avrop. NRG Scandinavia AB var vid anbudstillfället, dagen för tilldelningsbeslutet och i dag en egen juridisk person. Utredningen i målet ger inte stöd för annat än att Ricoh Sverige AB och NRG Scandinavia AB är två separata organisationer. Skäl för att vidta rättelse föreligger således inte.

I förfrågningsunderlaget punkten 1.4 anges att ”beställaren kan välja något av följande avropsalternativ”. Om avropet understiger 200 000 SEK ska avropande myndighet välja rangordning och om det överstiger 200 000 SEK, förnyad konkurrensutsättning.

Avropande myndigheter har således att tillämpa två avropsmetoder. Detta innebär i sig att det finns en betydande osäkerhet i vad en leverantör eventuellt kan få leverera. Denna typ av ramavtal har av kammarrätten bedöms strida mot LOU avseende transparens och förutsägbarhet. Till skillnad från vad som var förhållandet i dessa domar har upphandlande myndighet här angett ett kriterium för när respektive metod ska användas. Kriteriet utgörs av en beloppsgräns. Enligt förvaltningsrättens bedömning innebär detta inte att förfarandet med dubbla avropsmodeller kan anses förenligt med LOU. Det är fortfarande i sådan hög grad upp till avropande myndigheters fria skön att avgöra vilken metod som ska användas att upphandlingen

brister både i transparens och i förutsägbarhet. Bristerna har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande fas. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1a)


Ann-Jeanette Eriksson
Rådman

Föredragande har varit Helena Maslov.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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, anledningen 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.