



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2017-05-10
Meddelad i Luleå

Mål nr
584-17

KONKURRENSVERKET	
2017-05-11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

OCA Y Sverige AB, 556048-5962
Hummergatan 7
973 34 Luleå

MOTPART

Region Norrbotten
971 89 Luleå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Region Norrbotten har genomfört upphandling av kontorsmaterial 2016 (dnr 605-15). Fyra anbud kom in varvid ett från OCA Y Sverige AB (Ocay). Enligt tilldelningsbeslut den 21 februari 2017 antog Region Norrbotten anbudsgivaren Staples Sweden AB som leverantör. Staples Sweden AB:s anbudssumma inklusive påslag var lägre än övriga anbudsgivares anbudssumma. Ocay hade näst lägst anbudssumma.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad Ocay anför

Ocay ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att Staples Sweden AB:s anbud ska förkastas och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Ocay anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Staples Sweden AB:s anbud uppfyller inte kraven på tredjepartslogistik och avrop enligt avtalsmallen punkten 2.6.1. Upphandlingen bör även göras om med anledning av att tredjepartslogistik kan tolkas olika av anbudsgivarna.

Bolaget menar att tredjepartslogistik innebär att bolaget (säljaren) övertar lagerhållning, plock och pack enligt Region Norrbottens önskemål och på så sätt kan Region Norrbotten spara pengar och fokusera på sin kärnverksamhet. Region Norrbotten består av en stor mängd enheter och avdelningar av varierande storlek som är beroende av att kunna beställa kontorsmaterial i delade förpackningar (ST) i så stor utsträckning som möjligt.

Det är vedertaget att tredjepartslogistik innebär att en tredje part, utöver säljare och kund, övertar vissa eller alla logistiska funktioner, t.ex. att ett före-

tag låter ett annat företag sköta leveransen av varorna, s.k. outsourcing av verksamheten. Vanliga tjänster som kan utföras inom tredjepartslogistik förutom transporter är exempelvis lagerhantering. Att lägga ut sin lagerhållning eller leveransfunktion och liknande logistiktjänster på entreprenad till en extern part kan vara ett sätt för ett företag att spara pengar och fokusera på kärnverksamheten. Man talar då om tredjepartslogistik, en tredje part som sköter flödet mellan företaget som säljer produkten och kunden som köper den.

I anbudsmallen under kolumnen W anges att minsta beställbara kvantitet ska anges (MBK). För att tredjepartslogistik ska fungera ut mot Region Norrbottens enheter bygger detta på att man i de flesta fall kan leverera i styck annars faller tredjepartslogistik. Av Staples Sweden AB:s anbud framgår att stora delar av artiklarna inte går att beställa styckvis utan en hel förpackning måste beställas. Med anledning av detta kan Staples Sweden AB inte uppfylla kraven på tredjepartslogistik utan borde uteslutas och tilldelningen borde gå till nummer två i utvärderingen. Det är kostsamt för Region Norrbotten att göra inköp utifrån Staples Sweden AB:s MBK eftersom deras MBK omfattar stora förpackningar.

I den aktuella upphandlingen har fyra anbud lämnats. Staples Sweden AB och Ocaj har uppfattat MBK och Region Norrbottens krav på tredjepartslogistik på olika sätt. Det hade underlättat för Ocaj att få leverera i hela förpackningar. Om tredjepartslogistik hade varit tydligt beskriven med de förväntningar som Region Norrbotten har hade bolaget kunnat utgå från en helt annan kalkyl. Av bilaga anbudsmall NKV kan man också se att bolaget uppfattat att MBK ska anges i styck i så stor utsträckning som möjligt. Genom att Staples Sweden AB:s anbud har antagits har Ocaj lidit skada eller kan komma att lida skada.

Staples Sweden AB uppfyller inte kraven i avtalsmallen avseende avrop och tredjepartslogistik eftersom bolaget inte levererar efterfrågade produkter i styck utan i hela förpackningar och i många fall hela transportförpackningar. Det innebär att Staples Sweden AB styr behoven för verksamheterna i Region Norrbotten. Staples Sweden AB har t.ex. angett att minsta kvantitet för att beställa kassakvittorullar enligt positioner 564,566 och 567 är 60 styck-en. Det innebär att om verksamheten har behov av 5 stycken kassakvittorullar får verksamheten 60 stycken eftersom det är minsta kvantitet som levereras per order. Här faller kravet på tredjepartslogistik och avrop enligt avtalsmallen.

Kraven på tredjepartslogistik kan tolkas olika. Under kolumnen L i anbuds-mallen som heter förrådsenhet står det styck. Av bilagan *Instruktion till leverantör för att fylla i Anbudsspecifikation* framgår att förrådsenhet är den enhet som Region Norrbotten levererar ut till beställande verksamhet. Eftersom Region Norrbotten har valt att använda sig av tredjepartslogistik och har en förrådsenhet i styck samt avrop utifrån Region Norrbottens behov uppfyller inte Staples Sweden AB de ställda kraven eftersom bolaget levererar i hela förpackningar och hela transportförpackningar. En utvärdering utifrån pris per styck går emot kravet på tredjepartslogistik. Upphandlingsdokumenten har varit otydliga.

Vad Region Norrbotten anför

Region Norrbotten motsätter sig bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Region Norrbotten har inte åsidosatt bestämmelserna i LOU eller agerat i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna. Inte heller har Region Norrbotten frångått publicerat upphandlingsdokument. Grund för överprövning saknas. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att det föreligger upphandlingsrättsliga felaktigheter har Ocaj inte lidit skada eftersom även Ocajs anbud skulle ha förkastats utifrån de grunder

Ocay anför som skäl för uteslutning. Ocay hade därmed inte kunnat vinna upphandlingen oavsett om det vinnande anbudet har uteslutits eller inte.

Staples Sweden AB har angett i sitt anbud att de uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen och fyllt i samtliga obligatoriska fält i anbudsmallan. Region Norrbotten saknar anledning att anta att Staples Sweden AB inte skulle uppfylla nämnda krav. En upphandlande myndighet ska i normalfallet förlita sig på att det som en leverantör anger i sitt anbud är korrekt. Samtliga tre anbudsgivare som gått vidare till utvärderingsfasen har bedömts uppfylla de i upphandlingen ställda obligatoriska kraven.

Region Norrbotten ser ingen anledning att ifrågasätta att kravet på tredjepartslogistik är öppet och transparent. Inte heller ger nämnda krav någon möjlighet att tolka kraven på olika sätt för olika leverantörer. Det är dessutom vanligt förekommande med tredjepartslogistik i upphandlingar av detta slag. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer utformningen av upphandlingsdokumenten inom ramen för LOU:s grundläggande principer. Det är även den upphandlande myndighetens tolkning av kraven som gäller så länge upphandlingsdokumentet är tydligt och otvetydigt. Vad Ocay anser att Region Norrbottens krav bör vara för att tredjepartslogistiken ska fungera är således irrelevant för upphandlingen.

Gällande kravet på MBK (minsta beställbara kvantitet) framgår det av bilagan *Instruktion för ifyllnad av bilaga Anbudsspecifikation* att ska-kravet är att fylla i kolumnerna som är markerade med fetstil i anbudsmallan. Där beskrivs MBK som antalet upphandlingsenheter som ryms i en (1) avdelningsförpackning. Det framgår inte någonstans att MBK är att jämföra med styck. Kravet avser alltså hur många exempelvis pennor som ryms i en förpackning. Om bedömningen av MBK hade skett såsom Ocay menar, att i de flesta fall ska leverans ske i styck, hade bedömningen blivit slumpmässig och stridit mot transparens- och likabehandlingsprincipen. Även Ocay har i

anbudsmallen angett ett större antal MBK för vissa positioner. Därför hade inte heller Ocaj kunnat vinna utvärderingen och har således inte lidit skada. Syftet har inte varit att få ner beställningarna i styck utan att få vetskap om vilken som är den minsta beställbara kvantiteten av de olika positionerna.

Vid utvärderingen av anbuderna har Region Norrbotten utvärderat de anbudsmallar som leverantörerna bifogat sitt anbud enligt grunden lägsta pris. Priset per styck som framgår under kolumn Q Pris/upphandlingsenhet har multiplicerats med den prognostiserande förbrukningen under kolumn K och sedan har alla positioner adderats, vilket har gett ett totalt anbudspris. Det lägsta priset har vunnit utvärderingen. Således har inte MBK varit en del av själva utvärderingen utan endast ett krav att ifyllas för att ge vetskap om hur stor den minsta förpackningen som går att beställa är. Pris per styck är alltså det som har påverkat det totala anbudspriset, medan MBK enbart har utgjort information för Region Norrbotten.

Inget i upphandlingen tyder på att leverantörerna uppfattat tredjepartslogistik och MBK på olika sätt. Samtliga leverantörer har svarat jakande på att de uppfyller kravet för tredjepartslogistik samt angett det antal som utgör MBK för leverantörerna i den rutan där detta skulle anges. Inte heller har det kommit in några frågor om tredjepartslogistik eller MBK under upphandlingen. Upphandlingsunderlaget har således inte varit otydligt utan öppet och transparent. Eftersom Staples Sweden AB uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och har det lägsta priset med en marginal på cirka 500 000 kr skulle det strida mot principerna om likabehandling och öppenhet att utesluta Staples Sweden AB:s anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Sedan den 1 januari 2017 gäller lagen (2016: 1145) om offentlig upphandling. Lagen (2007: 1091) om offentlig upphandling har därmed upphävts, men är fortsatt tillämplig i nu aktuellt mål.

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 6 § LOU stadgas att 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 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Ocay gör gällande att Staples Sweden AB:s anbud inte uppfyller kraven i upphandlingen avseende tredjepartslogistik, varför anbudet rätteligen borde ha förkastats. Ocay menar att kravet på tredjepartslogistik måste tolkas på så sätt att leverantören i de flesta fall måste kunna leverera efterfrågade produkter i styck och att Staples AB inte uppfyller kravet eftersom man levererar produkter i hela förpackningar.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. En

upphandlande myndighet har långtgående frihet att bestämma hur förfrågningsunderlaget ska utformas under förutsättning att detta inte strider mot LOU:s bestämmelser eller de gemenskapsrättsliga principer som bär upp lagen.

I Avtalssmallen under punkten 2.6.1 Avrop anges bl.a. följande.

Avrop sker successivt under avtalsperioden utifrån NLL:s behov och utförs av ansvarig inköpare.

Leverantören ska ta emot beställningar fram till avtalsperiodens utgång för leverans inom den angivna leveranstiden.

I Avtalssmallen under punkten 2.6.1 Tredjepartslogistik anges följande.

Samtliga ordrar ska plockas och förpackas per kundorder av leverantören.

Förpackningar ska vara märkta med kundens namn och ordernummer.

Med leveransen ska det medfölja en icke prissatt följesedel som underlag för länsservice godsmottagning. Följesedel med beställarens ordernummer, ska vara fäst, väl synlig, utanpå transportförpackning.

Av **Instruktion för ifyllnad av bilaga Anbudsspecifikation** framgår bl.a. följande.

Upphandlingsenhet Anbudslämnaren ska offerera sina priser i den av NLL valda upphandlingsenheten. Anbud kommer att utvärderas i denna enhet.

Förrådsenhet Förrådsenhet är den enhet som NLL levererar ut till beställande verksamhet.

Prognostiserad förbrukning Prognostiserad förbrukning av Förrådsenhet. Förbrukningen är beräknad på en 12 månaders period.

Pris/upphandlingsenhet Pris ska lämnas enligt den enhet som är angiven under kolumnen Upphandlingsenhet. Pris anges med decimalkomma och maximalt fyra decimaler. Max tillåtna tecken = 12 (siffror & komma).

MBK Antalet Upphandlingsenheter som ryms i en (1) avdelningsförpackning. Max tillåtna tecken = 6 (siffror).

Av **Anbudsmallen** under **kolumnen M** framgår att Upphandlingsenhet är styck.

Ocay har anfört att den tolkning av tredjepartslogistik som Region Norrbotten tillämpar medför att tredjepartslogistiken inte uppfylls. Förvaltningsrätten konstaterar i denna del att tredjepartslogistiken i avtalsmallen reglerar att avrop sker utifrån Region Norrbottens behov och att beställningar plockas och förpackas av leverantören. Enligt förvaltningsrättens mening är förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt avseende vad som menas med tredjepartslogistik i upphandlingen. Förvaltningsrätten bedömer vidare att det med tillräcklig tydlighet kan utläsas vad som menas med minsta beställbara kvantitet (MBK). För anbudsgivare inom branschen måste det, enligt förvaltningsrättens uppfattning, framstå som klart att det som avses med MBK är det minsta antal som en leverantör kan tillhandahålla inom en och samma förpackning. Tredjepartslogistik kan, utifrån hur förfrågningsunderlaget har utformats, inte medföra något krav på att Region Norrbotten inte får beställa en förpackning som innehåller mer enheter per styck än det aktuella behovet. Ocays tolkning av att tredjepartslogistik innebär att leverantören i de flesta fall ska leverera efterfrågade produkter i styck överensstämmer inte med förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten konstaterar även, i likhet med Region Norrbotten, att Ocays tolkning i denna del skulle kunna leda till godtyckliga bedömningar. Det bör vidare noteras att även Ocay i sin anbudsmall avseende MBK för vissa positioner angett större antal MBK, vilket tyder på att bolaget förstått vad som menas med detta. Förvaltningsrätten bedömer också att det klart och tydligt framgår av förfrågningsunderlaget hur utvärderingen av anbuderna ska ske och att det är priset per styck som ska beaktas. Förvaltningsrätten anser således att förfrågningsunderlaget i de nu aktuella delarna varit tillräckligt klart och tydligt utformat och att anbudsgivare därigenom haft möjlighet att utforma konkurrenskraftiga anbud. Det har inte heller framkommit annat än att de nu aktuella kraven varit relevanta och proportionerliga. Det har således inte visats att Region Norrbotten brutit

mot principen om transparens eller någon annan gemenskapsrättslig princip eller bestämmelse i LOU genom utformningen av förfrågningsunderlaget i dessa delar. Vad Ocaj anfört visar således inte att det finns någon brist i upphandlingens konkurrensuppsökande skede och det saknas därför skäl för att besluta att upphandlingen ska göras om.

Frågan är därefter om Staples Sweden AB:s anbud uppfyller kraven i upphandlingen. Region Norrbotten har anfört att de leverantörer som gått vidare till utvärderingsfasen svarat jakande på att de uppfyller kravet för tredjepartslogistik samt angett det antal som utgör MBK för leverantörerna i anbudsmodellen. Förvaltningsrätten har ovan bedömt att tredjepartslogistik och MBK inte kan tolkas på så sätt som Ocaj gjort gällande. Region Norrbotten har följaktligen vid prövningen av anbudet bedömt och tolkat tredjepartslogistik och MBK i enlighet med vad som framgått av förfrågningsunderlaget. Staples Sweden AB har således, enligt förvaltningsrättens bedömning, uppfyllt kraven och det saknas skäl för att förkasta det vinnande anbudet på denna grund. Det har inte heller i övrigt visats annat än att Staples Sweden AB uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen. Region Norrbotten har därmed agerat i enlighet med LOU när den utvärderat anbudet. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte. Ocajs ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Marika Pernu

tf. rådman

Mathias Gruvris har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.