



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ
 Enhet B

DOM
 2011-11-11
 Meddelad i
 Luleå

Mål nr
 1119-11E
 D2

KLAGANDE

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

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

KONKURRENSVERKET	
2011-11-15	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Kiruna kommun
 981 85 Kiruna

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Kiruna kommuns upphandling genom avrop från Kammarkollegiets ramavtal för skrivare, kopiatorer och tjänster – SKT09, ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 3 juni 2011 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 22015

Postadress
 Box 849
 971 26 Luleå

Besöksadress
 Skeppsbrogatan 41

Telefon
 0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
 www.dom.se

Telefax
 0920-29 54 98

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-12:00
 13:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Kiruna kommun (kommunen) har avropat skrivare från Kammarkollegiets ramavtal för skrivare och kopiatorer, SKT-09, genom förnyad konkurrensutsättning. Två av de tre anbudsgivarna var Toshiba TEC Nordic AB (bolaget) och Ricoh Sverige AB. Enligt tilldelningsbeslut den 27 maj 2011 tilldelades Ricoh Sverige AB kontraktet. Bolagets anbud förkastades på grund av att det inte uppfyllde ställda ska-krav.

I beslut den 3 juni 2011 förordnade förvaltningsrätten den förnyade konkurrensutsättningen enligt ovan inte fick avslutas innan förvaltningsrätten beslutat något annat.

Bolaget

Bolaget har ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen ska göras om samt att förvaltningsrätten omedelbart ska förordna att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats. Bolaget har anfört bl.a. följande.

Ramavtalsleverantörerna har blivit kvalificerade och utvärderade på de krav och kriterier som uppställts i ramavtalsupphandlingen. I avropsförfrågan har kommunen ställt upp ska-krav vilka avviker från de krav som uppställdes i den bakomliggande ramavtalsupphandlingen. Kommunen har delat in kraven i tekniska minimikrav kontor sv/v, tekniska minimikrav korridor sv/v, tekniska minimikrav korridor färg, tekniska minimikrav multis v/v och tekniska minimikrav multifärg. Denna indelning återfinns inte i ramavtalsupphandlingen.

Vad gäller de krav som uppställs så återfinns dessa i dokumentet benämnt ”minimikrav skrivare”. De krav som är tillagda i dokumentet och där alltså

avropsförfrågan avviker från ramavtalsupphandlingen är följande. Utskrift per månad (max antal utskrifter/månad). Minne 128 respektive 256 mb och utskriftskvalitet 1200x1200 dpi.

Av kommunens tilldelningsbeslut och kvalificeringsprotokoll framgår att endast en anbudsgivare har uppfyllt de särskilda ska-krav som kommunen uppställt i avropsförfrågan. Redan det faktum att Kammarkollegiet inte har ansett kraven motiverade att ställa ger till intäkt att kraven inte är objektivt grundade utan favoriserar en viss leverantör. Kraven är riktade. Därmed strider kravställandet – förutom mot reglerna i 5 kap. LOU – också mot 1 kap. 9 § LOU.

I förarbetena till 5 kap. 7 § LOU anges att ”villkoren i ramavtalet kan inte omförhandlas och inte heller kan krav som ställts i avtalet ändras eller bytas ut”. Det är alltså viktigt att avtalsföremålet överensstämmer med upphandlingsföremålet i den förnyade konkurrensutsättningen och att avropsförfrågan endast innehåller en konkretisering av tillämpningen av ramavtalet på den enskilda situationen som föreligger för avropet. I den aktuella upphandlingen har kommunen i avropsförfrågan formulerat krav som väsentligen avviker från dem i ramavtalet och den bakomliggande ramavtalsupphandlingen. Kommunen har därför handlat i strid med reglerna i 5 kap. 2 och 7 §§ LOU. De avvikande kraven i avropsförfrågan medför också att kommunen har handlat i strid med de i 1 kap. 9 § LOU stadgade grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens och förutsebarhet, icke-diskriminering, likabehandling, objektivitet och proportionalitet. Bolaget riskerar att lida skada på grund härav.

Eftersom upphandlingen strider mot LOU på ett sätt som hänför sig till utformningen av de krav som uppställs i avropsförfrågan föreligger grund för förvaltningsrätten att förordna att upphandlingen ska göras om varvid avropsförfrågan måste utformas på ett sätt som gör att den överensstämmer

med reglerna för avrop från ramavtalet. De krav som får ställas i avropsförfrågan får därvid inte gå utanför de krav som ställdes i den bakomliggande ramavtalsupphandlingen.

Kommunen

Kommunen har motsatt sig bifall till ansökan och anfört följande. Kiruna kommun har inför avropet, i enlighet med avropsrutinen för SKT09, gjort en behovsanalys. I behovsanalysen identifierades behov av fem olika skrivartyper kontorsskrivare sv/v, korridorskrivare sv/v, korridorskrivare färg, multifunktionskrivare sv/v och multifunktionskrivare färg. Indelningen gjordes för att på ett tydligt sätt markera att olika verksamheter inom kommunen hade olika behov av skrivare. Utöver den inledande identifieringen av skrivartyper gjordes också en teknisk analys. Denna analys utmynnade dels i en allmän beskrivning av kommunens IT-miljö, dels en detaljerad specifikation av vilka funktioner och vilken prestanda som erfarenhetsmässigt visat sig krävas för en stabil och säker drift i kommunens IT-miljö.

Kommunen har inte ställt några nya krav på leverantörerna. De ”minimikrav skrivare” som bolaget menar avviker från ramavtalet är en teknisk specifikation av vad som erfarenhetsmässigt visat sig krävas för en stabil och säker drift i kommunens IT-miljö. Denna specifikation ger tillsammans med beskrivningen av IT-miljön leverantörerna en vägledning i valet av vilka produkter man vill offerera. Enligt 5 kap. 7 § LOU får villkor som angetts i ramavtalet preciseras och kompletteras ytterligare jämfört med de villkor som angetts i förfrågningsunderlaget vid upphandlingen av själva avtalet. Detta för att fånga upp särskilda omständigheter eller behov i verksamheten. Kommunen anser därför att den inte avviker i sak från villkoren i ramavtalet.

Det är riktigt att det endast är en anbudsgivare som har offererat produkter som uppfyllt minimikraven. Detta innebär dock inte att upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § LOU eftersom alla anbudsgivare torde förfoga över skrivarmodeller som uppfyller kraven för att fungera i kommunens IT-miljö samt erhållit samma avropsförfrågan och minimikrav. Varför två av anbudsgivarna valt att offerera andra produkter än dem som efterfrågats har kommunen ingen kännedom om.

Utöver de tre i bolagets ansökan nämnda kraven finns i förfrågan fler krav där uppfyllandet inte kunde styrkas hos bolagets offererade modeller. De kraven var, beroende på skrivartyp, operativstöd/digitalt signerade drivrutiner, min antal utskrifter per minut.

Bolaget

Bolaget har yttrat sig och anfört följande. Enligt 5 kap. 7 § LOU är det möjligt att precisera de behov som finns hos den avropande myndigheten. Någon möjlighet att komplettera villkor och krav som fastställs i ramavtal föreligger inte enligt LOU. Det är inte heller möjligt att ha en konstruktion som tillåter avsteg från ramavtalen eftersom den utvärdering som legat till grund för tecknandet av ramavtalet då hade varit missvisande och i många fall direkt oriktig.

Genom vad kommunen har anfört har man vidgått att den i avropsförfrågan uppställt nya ska-krav. Hade kraven härrört ur ramavtalet hade prövningen av bolagets kravuppfyllelse redan varit gjord av Kammarkollegiet och det hade självklart inte varit möjligt att tilldela ramavtal till en leverantör som inte uppfyllt ska-kraven i ramavtalsupphandlingen. Kommunen motsäger således sig själv. En genomläsning av dokumenten i ramavtalsupphandlingen, ramavtalet samt avropsförfrågan ger vid handen att nya ska-krav *de facto* har uppställts.

Vad gäller de ska-krav kommunen uppställt angående utskrift per månad, minne och utskriftskvalitet så återfinns kraven inte i ramavtalsupphandlingen. Det är därför inte fråga om någon precisering utan *de facto* om helt nya krav.

Bolaget uppfyller kravet på operativstöd/digitalt signerade drivrutiner.

Kommunen

Kommunen har yttrat sig och anfört följande. Kommunen vidhåller att den inte ställt några nya ska-krav på leverantörerna. Bolaget tycks i sitt yttrande blanda ihop leverantörskrav med funktions- och prestandakrav på produkterna.

Ingen leverantör har uteslutits av annat skäl än att offererade skrivare inte har tillräckliga prestanda/funktioner för en stabil och säker drift i kommunens IT-miljö. Kommunen har preciserat villkoren/kraven på produkterna utifrån de behov som finns i kommunens verksamheter och anser detta vara i enlighet med 5 kap. 7 § LOU och 1 kap. 9 § LOU. Riktade krav har inte förekommit.

Kravet på minimiantal utskrifter per minut finns med i Kammarkollegiets mall för avropsförfrågan. Av bolaget till anbudet bifogade produktbroschyr framgår dock att kraven inte är uppfyllt på positionen "Korridor färg".

Bolaget

Bolaget har yttrat sig och anfört följande. En precisering av ett ska-krav innebär att kravet i någon grundläggande form måste återfinnas i ramavtalet. Det är inte heller möjligt att i avropsförfrågan skärpa något krav från ramavtalsupphandlingen, ex. att ställa högre krav på prestanda. Kommunen

har anfört att det endast är fråga om preciseringar. Vilket krav i ramavtalsupphandlingen som de aktuella kraven skulle utgöra en precisering av har kommunen dock inte angett. Det finns inga sådana krav i ramavtalsupphandlingen.

Bolaget uppfyller även kravet på max antal per minut och har explicit angett det i anbudet.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER M.M.

I 5 kap. 2 § LOU anges följande. Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §. Ett sådant kontrakt får slutas endast mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet. – Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet.

I 5 kap. 7 § LOU anges 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 förarbetena (prop. 2006/07:128 s 338 ff) anges följande. Villkoren i ramavtalet kan inte omförhandlas och inte heller kan krav som ställts i avtalet ändras eller bytas ut. Materiella ändringar i villkoren är således inte tillåtna. Det är i stället fråga om att komplettera eller förfina villkoren i ramavtalet för att fånga upp särskilda omständigheter för att kunna fullgöra ett enskilt kontrakt. Exempel på precisering av villkor som anges i ramavtalet kan vara prisreduktion vid inköp över en viss volym, uppgift om vilka konsulter som är tillgängliga vid ett visst givet tillfälle eller leveranstid vid en

särskilt brådskande beställning. Exempel på komplettering av villkor som inte framgår av ramavtalet kan vara tidsåtgången för ett enskilt konsultuppdrag. Ett sådant villkor är meningsfullt endast i samband med ett konkret uppdrag.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 5 kap. 7 § LOU framgår att kompletteringar och preciseringar vid avrop inte får avse för leverantören nya villkor. Enligt förvaltningsrättens mening måste också nya ska-krav anses som väsentliga avvikelser enligt 5 kap. 2 § LOU. Vid sådan tilldelning varom nu är fråga är det således inte möjligt att ställa ska-krav som inte förekommit i förfrågningsunderlaget.

Frågan i målet är om kommunen genom att ställa upp ”minimikrav skrivare”, har brutit mot bl.a. 5 kap. 2 och 7 § LOU.

Av handlingarna i målet framgår att kommunen vid avropet från SKT09 avseende skrivare uppställt ska-krav, minimikrav, avseende dels utskrift per månad med 150 000 st, 40 000 st och 100 000 st, dels utskrift kvalitet (dpi) bl.a. 1200 x1200 samt dels minne 128 mb och 256 mb beroende på produkt.

Bolaget har gjort gällande att det handlar om nya ska-krav som inte kan anses utgöra kompletteringar eller preciseringar av ska-kraven i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Kommunen har hävdats motsatsen. Kommunen har dock inte angett vilka krav i förfrågningsunderlaget som kommunens minimikrav hänför sig till.

Förvaltningsrätten har tagit del av förfrågningsunderlaget till aktuellt ramavtal. Såvitt förvaltningsrätten kan bedöma förekommer inte de av kommunen uppställda minimikraven i förfrågningsunderlaget. Med hänsyn

här till, och då kommunen inte preciserat vilka krav i förfrågningsunderlaget som kommunens minimikrav hänför sig till, kan förvaltningsrätten inte göra annan bedömning än att det är fråga om helt nya krav. Nya ska-krav är som sagt inte tillåtna. Kommunens förnyade konkurrensutsättning står därmed i strid med 5 kap. 2 och 7 §§ LOU. Bolaget får anses ha lidit skada på grund härav. Redan av denna anledning finns skäl för ingripande enligt LOU.

Eftersom felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR se bilaga (DV 3109/1C)



Eva Beselin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska 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. 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 nå 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.