



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**  
2012-10-10  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
1857-12  
Enhet 12

1

**SÖKANDE**

Toshiba TEC Nordic AB, 556091-2106

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

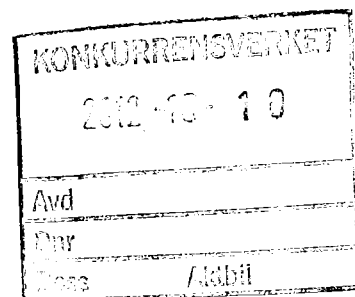
**MOTPART**

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798  
117 99 Stockholm

Ombud: Advokat Joakim Lavér och jur. kand. Therese Eriksson  
Hannes Snellman Advokatbyrå AB  
Box 7801  
103 96 Stockholm

**SAKEN**

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU



**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning enligt LOU och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen.

Dok.Id 283643

**Postadress**  
115 76 Stockholm

**Besöksadress**  
Tegeluddsvägen 1

**Telefon**  
08-561 680 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

**Telefax**  
08-561 680 01

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
09:00-15:00

### BAKGRUND OCH YRKANDEN

**SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI)** genomför en upphandling av skrivare och kopiatorer 2011, dnr. 10118. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt 4 kap. LOU. I tilldelningsbeslut som meddelats anbudsgivarna den 18 januari 2012 tillkännagavs det att SKI beslutat att anta annat anbud än anbudet Toshiba TEC Nordic AB.

**Toshiba TEC Nordic AB (Toshiba)** ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän den har rättats på så vis att anbuderna från Prodoc Svenska KB (Prodoc) och Ricoh Sverige AB (Ricoh) utesluts, varvid Toshiba tilldelas avtal. I andra hand yrkar Toshiba att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Toshiba bl.a. följande.

#### *Transparens och förutsebarhet*

SKI har tidigare genomfört en ramavtalsupphandling avseende skrivare och kopiatorer (Skrivare och kopiatorer 2010) där avtal tecknades i december 2011. Trots detta har SKI inlett en ny upphandling med samma upphandlingsföremål under hösten 2011 (den nu aktuella upphandlingen, Skrivare och kopiatorer 2011). Det går inte att utläsa ur upphandlingsprotokollet eller tilldelningsbeslutet hur upphandlingarna förhåller sig till varandra. Det går därför inte att utläsa vilka avropande myndigheter som upphandlingen omfattar. De 89 kommuner som omfattas av Skrivare och kopiatorer 2010 finns med i förteckningen i den nu aktuella upphandlingen, och det anges där att dessa är anmälda i den tidigare upphandlingen. Det står också att dessa myndigheters "eventuella deltagande i denna upphandling är beroende av bland annat utfallet av den för närvarande pågående överprövningsprocessen av Skrivare och kopiatorer 2010".

Det blir än mer förvirrande att SKI har delat upp de myndigheter som anges i förfrågningsunderlagets bilaga i tre olika grupper: dels "anmälda", dels myndigheter "som inte har anmält intresse från start men som har möjlighet att under avtalets gång börja avropa från ramavtalet" och dels de myndigheter som är med i Skrivare och kopiatorer 2010. Detta strider mot transparensprincipen. Det är mycket viktigt för leverantörerna att kunna bedöma potentialen i upphandlingen för att bl.a. kunna beräkna anbudspriser. De parter som ska avropa från ett ramavtal måste också vara ursprungliga parter i avtalet och framgå av förfrågningsunderlaget. Det är därför inte förenligt med LOU att ange att myndigheter kan komma att ansluta sig senare på det vis SKI har gjort. Med hänsyn till kostnaden för anbudslämning strider det dessutom mot proportionalitetsprincipen att inleda en ny upphandling fast det redan finns gällande ramavtal på området. Det kan också ifrågasättas om SKI har befogenhet att göra flera upphandlingar avseende samma period och samma upphandlingsföremål. SKI och de kommuner som är part i de befintliga ramavtalen är avtalsrättsligt bundna av dessa och kan inte bli part i de nya avtalen.

Bristen på transparens förstärks av att den angivna beräknade omsättningen på 10 miljoner kr per år inte är trovärdig. I ramavtalsupphandlingar är det viktigt att uppgiften om upphandlingens omfattning grundar sig på dels de avropsberättigade myndigheternas statistik bakåt i tiden och dels dessa myndigheters uppskattningar av sina respektive behov under avtalstiden. En realistisk och kvalificerad uppskattning av ramavtalets kommande volymer är inte detsamma som att SKI skulle lämna någon form av volymgaranti. SKI har anfört att värdet i Skrivare och kopiatorer 2010 uppskattades till 55 miljoner kronor per år. SKI påstår därmed att den upphandlingen skulle omsätta mer än 5,5 gånger så mycket som den nu aktuella upphandlingen trots att den aktuella upphandlingen omfattar flera hundra avropsberättigade myndigheter, varibland de 89 kommunerna från Skrivare och kopiatorer 2010 ingår. Det är den upphandlande myndighetens ansvar att

förfrågningsunderlaget är transparent, förutsebart och korrekt. Anbudsgivarna förfogar inte över de uppgifter som kan läggas till grund för att beräkna en uppskattad omsättning.

Toshiba ansluter sig till vad Konkurrensverket anför i sitt yttrande avseende att det strider mot LOU att lägga till avropande myndigheter till en upphandling på det sätt SKI gör i sin andra bilaga till förfrågningsunderlaget.

*Upphandlingen begränsar konkurrensen*

Genom att tilldela avtal till endast en leverantör trots att upphandlingen omfattar ett mycket stort antal kommuner, landsting, regioner och bolag spridda över hela landet har SKI stängt konkurrensen på marknaden för skrivare och kopiatorer för offentlig sektor under lång tid (upp till fyra år). Detta strider mot principerna om tillvaratagande av konkurrensen, transparens, förutsebarhet och proportionalitet. Vid så stora ramavtalsupphandlingar som den aktuella måste konkurrensen ske i två led. Det finns inte någon realistisk och objektivt godtagbar metod för att tillvarata konkurrensen på ett så effektivt sätt att en enda leverantör är ekonomiskt mest fördelaktig för var och en av de avropsberättigade myndigheternas behov vid varje enskilt avropstillfälle. Som Konkurrensverket har anfört riskerar upphandlingen att vara otillbörlig eller förhindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på ett sätt som strider mot artikel 32.2 femte stycket i direktiv 2004/18/EG.

*Upphandlingen leder inte till det ekonomiskt mest fördelaktiga resultatet*

Eftersom SKI har angett en väsentligt lägre beräknad omsättning för ramavtalet än vad som är rimligt med hänsyn till statistik om tidigare försäljning kommer andra villkor rätteligen att behöva tillämpas under avtalsti-

den. Högre volymer leder vad gäller skrivare och kopiatorer till högre priser, och även leveransförmåga och leveranstider kan påverkas. Förändringar av villkoren hade kunnat förändras t.ex. genom antagande av flera rangordnade leverantörer med volymtak. Att bara anta en leverantör under sådana förhållanden strider mot objektivitets-, likabehandlings-, icke-diskriminerings- och proportionalitetsprinciperna. Det finns inte någon förutsebarhet i den vinnande leverantörens möjlighet att sälja i den omfattning och vid de tidpunkter som avropande myndigheters behov uppkommer. Detta innebär ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen eftersom andra leverantörer istället rätteligen skulle kunna komma ifråga. Den myndighet som har ett behov som inte kan tillgodoses av leverantören måste också vända sig utanför ramavtalet, vilket strider mot den rätt LOU ger en avropsberättigad myndighet att nyttja ramavtalet.

#### *Onormalt låga anbud*

Prodocs anbud och Ricohs anbud innehåller onormalt låga anbudspriser och borde inte ha utvärderats. Enligt 12 kap 3 § LOU får en upphandlande myndighet förkasta anbud som är onormalt låga. Trots att stadgandet till sin ordalydelse är fakultativt så följer det av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet, objektivitet, likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet att konkurrensen inte får sättas ur spel genom att sådana anbud godtas. Prodocs och Ricohs osunda strategiska prissättning leder också till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte vinner. Utvecklingen på marknaden gör att bolagen inte kommer att leverera till de låga priser som de har angett. Uteslutning måste därmed ske. SKI anger att de båda leverantörerna har angett att de har "särskilt kostnadseffektiva metoder att fullgöra kontraktet". Det är inte sannolikt att två från varandra skilda leverantörer precis samtidigt skulle ha tagit fram metoder för att vara så kostnadseffektiva att man inte behöver ta

betalt för service. Varken Prodoc eller Ricoh försöker heller slå sig in på marknaden eftersom båda bolagen har avsevärda marknadsandelar.

*För komplicerad utvärderingsmodell*

Utvärderingsmodellen är ogenomtränglig och svårhanterlig eftersom den är så komplicerad att enbart utvärderingsmatrisen omfattar 294 sidor. Detta trots att upphandlingsföremålet inte är så komplext. Detta strider mot principerna om transparens, förutsebarhet, likabehandling och proportionalitet. Det gör också att upphandlingen omöjlig kan resultera i en god affär. Det finns enklare modeller som SKI hade kunnat använda.

SKI bestrider bifall till ansökan och yrkar att om förvaltningsrätten överväger att bifalla Toshiba's ansökan ska förvaltningsrätten begära förhandsavgörande från EU-domstolen rörande tolkningen av artikel 32.2 andra stycket direktiv 2004/18/EG.

*Transparens och förutsebarhet*

SKI ägs av moderbolaget SKL Kommentus AB som till 98 % ägs av SKL Företag AB och av 256 av Sveriges kommuner och landsting. SKL Företag AB ägs i sin tur av intresse- och arbetsgivarorganisationen Sveriges Kommuner och Landsting (SKL). SKI:s syfte är att i egenskap av inköpscentral upphandla för, och därvid ge hjälp och stöd åt, SKL:s medlemmar. SKI:s upphandlingsförfarande bygger på en upphandlingsplan. Inför upprättandet av upphandlingsplanen gör SKI en opinionsundersökning bland de upphandlande myndigheterna och enheterna för att få vägledning om vilka ramavtalsområden som är av intresse och inom vilka SKI bör genomföra upphandlingar under de kommande två åren. SKI:s ledningsgrupp fastställer sedan en förteckning över vilka ramavtalsområden som ska ingå i en

intresseförfrågan som skickas ut till de olika upphandlingsansvariga på myndigheterna och enheterna. Dessa ombeds att ange aktuella volymer i kronor och när avrop beräknas kunna påbörjas. Svaren på intresseförfrågan är inte på något sätt bindande och innebär inte en skyldighet att tillämpa ramavtalet i framtiden. Därefter fastställs upphandlingsplanen och upphandlingsprocessen inleds. I detta skede tillhandahålls en lista över den totala kretsen potentiella avropare. Denna förteckning uppdateras löpande. I samband med varje enskild upphandling läses listan för den upphandlingen och anges i en bilaga till förfrågningsunderlaget. Denna bilagda lista utgör den slutna kretsen av upphandlande myndigheter och enheter i ramavtalet. Inställningen i intresseförfrågan som gjordes inför fastställande av upphandlingsplanen har ingen betydelse för huruvida en myndighet eller enhet tas med på den bilagda listan i en enskild upphandling.

Det krävs inget aktivt förpliktande för att en upphandlande myndighet eller enhet ska vara part i ett ramavtal. Det är tillräckligt att en lista tillhandahålls där aktuella myndigheter och enheter anges uttryckligen och att dessa är möjliga att omedelbart identifiera. De myndigheter och enheter som har angetts i bilagorna till förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen är parter i ramavtalet och har möjlighet att nyttja detta vid behov.

Upphandlingen Skrivare och kopiatorer 2010 gjordes för de ingående myndigheternas räkning med SKI som ombud. Inga andra än de 89 myndigheter som ingick i upphandlingen kan använda dessa ramavtal. Avtal tecknades först i december 2011 på grund av överprövningar.

Upphandlingen Skrivare och kopiatorer 2011 genomför SKI i eget namn och upphandlingen riktar sig till de upphandlande myndigheter och enheter som inte anslutit sig till upphandlingen från 2010. De två upphandlingarna har genomförts av olika juridiska personer. De myndigheter som har tecknat ramavtal i upphandlingen Skrivare och kopiatorer 2010 är förhindrade att använda ramavtalen från upphandlingen Skrivare och kopiatorer 2011

så länge de har egna ramavtal. Genomförandet av upphandlingarna strider inte mot någon princip i LOU. Det kan inte vara till nackdel för leverantörerna att få lämna anbud i båda upphandlingarna.

Om en inköpscentral ingår ramavtal i eget namn får andra upphandlande myndigheter och enheter tillämpa ramavtalet i enlighet med 4 kap. 22 § LOU. Det framgår tydligt av bilagorna till förfrågningsunderlaget vilka upphandlande myndigheter och enheter som har rätt att använda ramavtalet.

Uppgiften om uppskattad volym, 10 miljoner kronor per år, i upphandlingen har baserats på volymuppgifter lämnade av de myndigheter och enheter som har anmält intresse för upphandlingen och en uppskattning av övriga myndigheters behov. Ett ramavtal är oftast ett avtal där pris och andra leveransvillkor, med undantag för inköpsvolym, har slagits fast. Upphandlande myndigheter har i princip rätt att avropa önskad volym till det fastslagna priset. Det är inte ett brott mot transparensprincipen att redovisa uppskattade inköpsvolym i förfrågningsunderlaget i en ramavtalsupphandling. Toshiba presenterar inga fakta till stöd för sitt antagande att SKI:s beräkning av omsättningen är fel. SKI har ingen anledning att tro att volymerna skulle bli väsentligt större än vad som framgår av förfrågningsunderlaget.

#### *Konkurrensbegränsning*

Det är mycket oklart hur det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att tilldela ramavtal till endast en leverantör. Det är brukligt att dela upp ramavtalsupphandlingar i t.ex. anbudsområden, produktområden m.m. så att fler leverantörer ska kunna lämna anbud. SKI har delat upp den aktuella upphandlingen i 21 områden (län) för att öppna upp för största möjliga konkurrens på området och möjliggöra för både stora och små leverantörer



att lämna anbud. Varje län har utvärderats för sig och det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet per län har antagits. SKI kan inte hindra en leverantör att lämna anbud på samtliga län. SKI har bedömt att en enda leverantör kan tillgodose varje läns behov, och har därför valt att teckna avtal med en leverantör per län. Anbudsgivarna svarar själva för att bedöma sin egen kapacitet i förhållande till hur många län man lämnar anbud på.

Nettoomsättningen på marknaden för partihandel med kontorsmaskiner och kontorsutrustning uppgick enligt uppgift från Statistiska centralbyrån till 7 107 miljoner kronor under 2010. Upphandlingens uppskattade värde, ca 10 miljoner kronor per år, motsvarar således ca 1,4 promille av denna marknad.

Enligt Konkurrensverket ska artikel 32.2 femte stycket i direktiv 2004/18/EG tolkas så att det utöver vad som redan följer av de grundläggande principerna också ställs andra och mer långtgående krav på den upphandlande myndighetens agerande vid upphandlingar av ramavtal. Detta står emellertid i strid med gällande rätt. Denna bestämmelse utgör en del av den konkurrensprincip som får anses ingå i de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

#### *Onormalt låga anbudspriser*

Det finns ingen skyldighet enligt LOU för en upphandlande myndighet att förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Det finns vidare inga upphandlingsrättsliga hinder för att en anbudsgivare lämnar s.k. noll-bud för att kunna slå sig in på en marknad eller för att få en prestigefull affär som i framtiden antas generera vinst. SKI har godtagit de förklaringar Prodoc och Ricoh har lämnat till sina anbudspriser.

*Komplicerad utvärderingsmodell*

Utvärderingsmatrisen uppgår till tre sidor, inte 294. Varje anbudsgivare har fyllt i en sida för köp, en för hyra och en för leasing av produkter. Fem av sex anbudsgivare har lämnat anbud på samtliga 21 län. Den tillämpade utvärderingsmodellen är transparent och medför likabehandling av anbudsgivarna. Den upphandlande myndigheten får fritt välja utvärderingsmodell förutsatt att kraven på likabehandling, förutsebarhet och transparens är uppfyllda. Utvärderingsmodellen har tillämpats i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget.

**YTTRANDE FRÅN KONKURRENSVERKET**

Förvaltningsrätten har anmodat Konkurrensverket att yttra sig i målet.

Konkurrensverket anför bl.a. följande. Bestämmelser om ramavtal finns i 5 kap. LOU och i artikel 32 direktiv 2004/18/EG. Av 5 kap. 2 § första stycket LOU och artikel 32.2 andra stycket direktiv 2004/18/EG följer att avrop i ett ramavtal endast får ske mellan de upphandlande myndigheter och leverantörer som från början är parter i ramavtalet. Europeiska kommissionen har år 2005 publicerat en s.k. explanatory note angående tolkningen av bestämmelserna om ramavtal i artikel 32 i direktiv 2004/18/EG. Enligt kommissionen måste de upphandlande myndigheterna namnges uttryckligen redan i annonsen eller genom hänvisning i annonsen till andra dokument. En beskrivning av deltagande myndigheter ska, för att anses uppfylla direktivets krav, enligt kommissionen innebära att det är möjligt att omedelbart identifiera vilka som är parter i ett ramavtal. Ett ramavtal är enligt kommissionen att betrakta som ett slutet system där det inte är möjligt att komma in, vare sig för leverantörer eller för upphandlande myndigheter. Enligt Konkurrensverkets bedömning framgår det inte av ordalydelsen i artikel 32.2 andra stycket i direktiv 2004/18/EG huruvida det sätt

genom vilket SKI har bestämt kretsen avropsberättigade myndigheter och enheter är förenligt med unionsrätten och LOU. Det finns inga avgöranden från EU-domstolen angående tolkningen av bestämmelserna om ramavtal i artikel 32 i direktiv 2004/18/EG. Så vitt Konkurrensverket har kunnat utröna finns för närvarande inte heller något mål anhängiggjort hos EU-domstolen där denna tolkningsfråga kommer att besvaras.

När SKI upphandlar ramavtal avsedda för kommuner, landsting, kommunalförbund och kommunala företag – som alla är självständiga i förhållande till SKI – finns ingen författningsstyrd möjlighet att ålägga dessa myndigheter och enheter någon skyldighet att använda ramavtalen. SKI:s ramavtal kan endast bygga på att upphandlande myndigheter och enheter frivilligt deltar i ramavtalen. SKI kan med andra ord inte binda andra upphandlande myndigheter och enheter till ett ramavtal än de som själva uttryckligen har förpliktat sig att använda ramavtalet.

Konkurrensverket bedömer att frågan huruvida det sätt genom vilket SKI har angett kretsen avropsberättigade myndigheter och enheter är förenligt med LOU ska avgöras genom en tillämpning av förbudet mot anslutning till ett ramavtal i efterhand i 5 kap 2 § första stycket LOU och artikel 32.2 andra stycket direktiv 2004/18/EG. Vid bestämmandet av förbudets närmare innebörd utgör transparensprincipen en faktor av betydelse.

I den aktuella ramavtalsupphandlingen finns i den andra bilagan till förfrågningsunderlaget myndigheter och enheter uppräknade som inte anmält intresse för att delta i ramavtalet. Dessa myndigheter och enheter har enligt förfrågningsunderlaget möjlighet att själva avgöra om de i något senare skede under avtalsperiodens löptid önskar avropa från ramavtalet. Att samtliga avropsberättigade myndigheter och enheter i ramavtalet på detta sätt inte har angetts tydligt skapar en osäkerhet för leverantörer om vilka som kommer att använda ramavtalet, och därmed de ekonomiska förutsätt-

ningarna för ramavtalet. Denna osäkerhet är inte en följd av inneboende egenskaper hos ramavtal generellt utan av SKI:s utformning av upphandlingen. De myndigheter som inte anmält intresse i förväg att delta i ramavtalet kan enligt Konkurrensverket inte anses utgöra parter i ramavtalet eftersom SKI inte kan binda dessa till avtalet.

Konkurrensverket anser att bestämmelsen i 5 kap 2 § första stycket LOU och artikel 32.2 andra stycket direktiv 2004/18/EG ska tolkas så att det inte är tillåtet att ange en lista över myndigheter och enheter som kan komma att avropa från ramavtalet som inte aktivt i förväg har förpliktat sig att använda ramavtalet eller på andra förutsebara grunder kan förutsättas komma att använda ramavtalet. Anskaffningar som görs genom avrop i ramavtalet av de upphandlande myndigheter och enheter som finns upptagna endast i den andra bilagan i SKI:s förfrågningsunderlag blir därför att betrakta som otillåtna direktupphandlingar.

### **DOMSKÄL**

Förvaltningsrätten har i beslut den 27 februari 2012 och den 1 juni 2012 avslagit Toshiba's begäran om editionsföreläggande.

#### *Aktuella bestämmelser*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 5 kap. 2 § LOU ska kontrakt som grundar sig på ett ramavtal tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §. Ett sådant kontrakt får slutas endast mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet.

Enligt 12 kap. 3 § LOU får en upphandlande myndighet förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar.

En begäran om förklaring kan gälla

1. om anbudsgivaren kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder att fullgöra kontraktet,
2. om anbudsgivaren kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av anbudsgivaren,
4. om anbudsgivaren iakttar de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som gäller på den ort där kontraktet skall fullgöras, och
5. om anbudsgivaren fått möjlighet att erhålla statligt stöd.

Den upphandlande myndigheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.

Enligt 16 kap. 5 § LOU, i tillämplig lydelse, gäller 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.

#### *Onormalt låga anbud*

Det upphandlingsrättsliga regelverket syftar bl.a. till att konkurrensen på marknaden ska tillvaratas. Det finns därför regler om bl.a. hur en upphandling ska annonseras, vilka krav som får ställas på leverantörer och att alla anbudslämnande leverantörer ska behandlas lika under upphandlingens gång. Regeln i 12 kap. 3 § LOU om förkastande av onormalt låga anbud är en regel som bl.a. skyddar den anbudslämnande leverantören genom att begränsa den upphandlande myndighetens möjlighet att förkasta ett ovanligt lågt anbud utan att först låta anbudsgivaren lämna en förklaring till sina anbudspriser. I svenska domstolar har regeln tolkats så att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det har varit legitimt att förkasta ett anbud, d.v.s. att visa att anbudet har varit onormalt lågt och

att någon tillfredsställande förklaring inte har lämnats. Det finns ingen regel i LOU som i sig förhindrar en anbudsgivare att lämna ett lågt anbud. Ett av syftena med att eftersträva en fungerande konkurrens på en marknad får tvärtom anses vara att åstadkomma lägre priser.

I det nu aktuella fallet har två leverantörer lämnat anbud som innehåller priser som av SKI har bedömts som onormalt låga. SKI har därför i enlighet med 12 kap. 3 § LOU begärt en förklaring av dessa anbudsgivare. Eftersom SKI har gjort bedömningen att de lämnade förklaringarna är tillfredsställande så är SKI enligt 12 kap. 3 § LOU därefter förhindrade att förkasta de aktuella anbuden. Det finns inte någon annan regel eller princip i LOU som medger att anbuden i ett sådant fall förkastas på grund av det låga priset.

Förvaltningsrättens bedömning är därför att det faktum att SKI inte har förkastat Prodocs och Ricohs anbud på grund av att dessa varit onormalt låga inte kan ligga till grund för ingripande enligt 16 kap. LOU.

*Får SKI upphandla trots att det redan finns en tidigare upphandling om skrivare & kopiatorer som fortfarande gäller?*

Toshiba har anfört att det kan ifrågasättas om SKI hade befogenhet att göra en ny upphandling om skrivare och kopiatorer medan en tidigare upphandling om samma sak (Skrivare och kopiatorer 2010) fortfarande pågick.

SKI har å sin sida anfört att de två upphandlingarna Skrivare och kopiatorer 2010 och skrivare och kopiatorer 2011 genomförs av olika juridiska personer eftersom 2010-upphandlingen genomfördes med SKI som ombud för ett antal angivna kommuner, medan 2011-upphandlingen genomförs av SKI i eget namn.

Förvaltningsrätten finner att det inte strider mot proportionalitetsprincipen eller någon annan bestämmelse i LOU att SKI på det sätt som skett genomför en upphandling i eget namn samtidigt som SKI agerar som ombud i en annan upphandling rörande samma sorts produkter och tjänster. Eftersom SKI endast kommer att vara part i avtalet i den egna upphandlingen är frågan om huruvida en upphandlande myndighet får genomföra parallella upphandlingar om samma upphandlingsföremål inte aktuell i detta mål.

*För komplicerad utvärderingsmodell*

Toshiba har anfört att utvärderingsmodellen är ogenomtränglig och svårhanterlig eftersom den är så komplicerad att enbart utvärderingsmatrisen omfattar 294 sidor.

Så vitt framgår av handlingarna i målet utgörs den utvärderingsmatris Toshiba refererar till av SKI:s sammanställning av de lämnade anbuden. SKI har för varje anbudsgivare gjort en beräkning av anbudet per län, typkonfiguration och avtalsform (köp, hyra eller leasing). Det har resulterat i ett stort antal pappersark, men så vitt förvaltningsrätten kan bedöma är informationen på varje ark enkel och koncis. Förvaltningsrätten finner att Toshiba inte har visat att SKI har agerat i strid med LOU genom utformningen av utvärderingsmodellen.

*Upphandlingen leder inte till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas*

Toshiba har anfört att eftersom SKI har angett en väsentligt lägre beräknad omsättning för ramavtalet än vad som är rimligt med hänsyn till statistik om tidigare försäljning kommer andra villkor rätteligen att behöva tilläm-

pas under avtalstiden. Toshiba menar att detta innebär att upphandlingen inte leder till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta de uppgifter om upphandlingens beräknade värde som angetts av SKI i förfrågningsunderlaget. Oavsett detta är såväl leverantörer som upphandlande myndigheter i ett ramavtal bundna av ramavtalets villkor under anbudstiden. Det ankommer på parterna att bedöma den risk som ramavtals inneboende osäkerhet i fråga om bl.a. volym innebär och givet förutsättningarna i enlighet med LOU utforma förfrågningsunderlag respektive anbud på bästa möjliga sätt.

Om ett förfrågningsunderlag är utformat på ett sådant sätt att utvärderingen blir missvisande, t.ex. i fråga om vilken anbudsgivare som har offererat lägst pris eller högst mervärde, kan detta anföras som skäl för ingripande på den grunden att upphandlingen inte leder till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Toshiba har emellertid inte visat att utvärderingen i detta fall är missvisande i något sådant avseende. Att andra, och potentiellt bättre, anbud hade kunnat lämnas om de reella förutsättningarna för upphandlingen var annorlunda är inte i sig grund för ingripande enligt LOU.

#### *Otillbörlig begränsning av konkurrensen*

Toshiba har anført att genom att tilldela avtal till endast en leverantör trots att upphandlingen omfattar ett mycket stort antal kommuner, landsting, regioner och bolag spridda över hela landet har SKI stängt konkurrensen på marknaden för skrivare och kopiatorer för offentlig sektor under lång tid och att detta riskerar att otillbörligt begränsa konkurrensen på marknaden.

Den aktuella upphandlingen anges omfatta ett stort antal avropsberättigade myndigheter och enheter. Upphandlingen har dock delats upp i 21 mindre



delar och det har varit möjligt för anbudsgivare att lämna anbud på varje del separat. Upphandlingens värde beräknas också vara relativt begränsat. Förvaltningsrätten finner inte att Toshiba har visat att upphandlingen är genomförd på ett sådant sätt eller riskerar att ha sådana konsekvenser att den begränsar konkurrensen på ett sätt som strider mot bestämmelserna i LOU.

*Frågan om vilka upphandlande myndigheter och enheter som ska anses vara avropsberättigade i ramavtalet*

Enligt 5 kap. 2 § LOU får ett kontrakt baserat på ett ramavtal (ett avrop) endast slutas mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet. Det står klart, och förefaller också vara ostridigt mellan parterna, att detta vad gäller ramavtal upphandlade av en inköpscentral i eget namn innebär att samtliga avropsberättigade myndigheter och enheter måste anges och gå att identifiera antingen i själva förfrågningsunderlaget eller i t.ex. en bilaga till detta.

Konkurrensverket har anfört att för att en upphandlande myndighet eller enhet ska anses vara *part* i det nu aktuella ramavtalet krävs att myndigheten eller enheten aktivt har förpliktat sig att använda ramavtalet. Detta eftersom SKI inte har möjlighet att binda dessa andra myndigheter till ramavtalet utan att dessa har förpliktat sig. Toshiba har anslutit sig till Konkurrensverkets yttrande i denna del medan SKI har anfört att det räcker att myndigheterna och enheterna går att identifiera för att dessa ska anses vara parter.

För att ett avtal ska vara civilrättsligt bindande krävs någon form av partsvilja mellan de personer (fysiska eller juridiska) som ingår avtalet. Konkurrensverket har således i princip rätt i att SKI inte utan någon form av partsvilja kan binda en tredje part till ett avtal mellan SKI och en

anbudsgivande leverantör. Det kan i och för sig ifrågasättas om de avropsberättigade myndigheterna och enheterna över huvud taget kan anses vara parter i ramavtalet i civilrättslig bemärkelse eller om dessa endast är (civilrättsliga) parter i de avtal som sluts mellan en avropande myndighet eller enhet och en leverantör när ett avrop faktiskt görs. Både denna fråga och frågan om rättsförhållandet mellan SKI och SKI:s eller SKL:s medlemmar faller dock utanför den prövning förvaltningsrätten har att göra i det förevarande fallet. Frågan om eventuella överträdelser av förbudet mot anslutning i efterhand får även den prövas i ett annat sammanhang.

För att ett förfrågningsunderlag ska uppfylla kraven i 5 kap. 2 § LOU krävs som ovan konstaterats att samtliga avropsberättigade myndigheter måste anges och gå att identifiera. Förvaltningsrätten anser att detta också innebär ett krav att de angivna myndigheterna måste gå att identifiera så som avropsberättigade. Det får alltså inte föreligga något tvivel om huruvida dessa är avropsberättigade eller inte.

Bestämmelsen i 5 kap. 2 § LOU måste innebära ett upphandlingsrättsligt krav att de myndigheter som avser att avropa från det kommande ramavtalet, för att kunna betraktas som avropsberättigade, vid annonseringen har bekräftat sitt intresse att avropa från det kommande ramavtalet. Denna tolkning av 5 kap. 2 § LOU följer enligt förvaltningsrättens mening med nödvändighet av transparensprincipen. I denna upphandling kan det konstateras att de myndigheter och enheter som anges i förfrågningsunderlagets bilaga 1A inte har bekräftat sitt intresse att avropa från ramavtalet. Detta strider mot 5 kap. 2 § LOU.

Det kan förtydligas att förvaltningsrättens bedömning sker utifrån förhållandena i denna upphandling och inte innebär något ställningstagande beträffande t.ex. centrala ramavtalsupphandlingar inom den statliga sektorn. Tilläggas kan också att det inte inom ramen för detta mål finns anledning

eller ens förutsättningar att gå närmare in på frågan hur en bekräftelse måste vara utformad.

Oavsett hur man ser på frågan om behovet av en bekräftelse finns det anledning att även i övrigt behandla hur utformningen av upphandlingen står sig mot transparensprincipen.

I förfrågningsunderlaget anges i avsnitt 1.1.1. *SKL Kommentus inköps-central AB* bl.a. följande:

Upphandlingen av Skrivare & kopiatorer 2011 som nu är aktuell har vissa upphandlande myndigheter/enheter föranmält intresse för att börja avropa från ramavtalet redan vid avtalsstart. Upphandlande myndigheter/enheter som föranmält intresse framgår av *bilaga 1 – Upphandlande myndigheter – enheter*. Föranmälan är inte juridiskt bindande för de upphandlande myndigheterna/enheterna, utan ska ses som en intresseanmälan. Ytterligare upphandlande myndigheter/enheter kan under avtalsperioden börja tillämpa ramavtalen, se *bilaga 1A – Upphandlande myndigheter – enheter*. Information om nya tillkommande avropande myndigheter/enheter kommer att löpande lämnas av SKI.

För att börja avropa från SKI:s ramavtal krävs att behörig företrädare för den upphandlande myndigheten/enheten först godkänner SKI:s allmänna villkor. Därefter kan beställare hos den upphandlande myndigheten/enheten börja avropa från ramavtalet. Upphandlande myndighet/enhet kan också besluta sig för att upphöra med att avropa från ramavtalet under avtalstiden genom att behörig företrädare för den upphandlande myndigheten/enheten avanmäler sig till SKI. Information om aktuella upphandlande myndigheter/enheter kommer löpande att lämnas på SKI:s hemsida.

I avsnitt 1.1.4. *Upphandlingens omfattning* anges bl.a. följande.

Ett antal myndigheter/enheter kommer att tillämpa ramavtalen från avtalsstart och vissa upphandlande myndigheter/enheter från ett senare datum (se *bilaga 1 – Upphandlande myndigheter – enheter* för detaljerad information). Samtliga kommuner, landsting och regioner kan tillämpa detta ramavtal. Detta innebär att även andra, se *bilaga 1A – Upphandlande myndigheter – enheter*, än de upphandlande myndigheter/enheter som initialt meddelat intresse kan komma att tillämpa ramavtalet under avtalsperioden. Information om aktuella avropande myndigheter/enheter kommer löpande att lämnas på SKI:s hemsida (för detaljerad information om förfarandet vid avropsaktivering, se *bilaga 3 – Ramavtal – kommersiella villkor*).

I *bilaga 1* till förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Upphandlande myndigheter har visat intresse av att gå med i upphandlingen Skrivare & Kopiatorer 2011. Upphandlande myndigheter/enheter, regioner, bolag och landsting som inte har anmält intresse från start men som har möjlighet att under avtalets gång att börja avropa från ramavtalet finns i bilaga 1b. (Rätteligen bilaga 1A, *förvaltningsrätten anmärkning*).

De upphandlande myndigheter/enheter som är markerade med grön text är anmälda på Skrivare & kopiatorer 2010.

Beträffande upphandlande myndigheter/enheter märkta med grön text och deras eventuella deltagande i denna upphandling är beroende av bland annat utfallet av den för närvarande pågående överprövningsprocessen av Skrivare & kopiatorer 2010, i förvaltningsrätten.

Därefter följer en alfabetisk lista med 69 kommuner och ett landsting. Av dessa är 44 kommuner grönmarkerade.

I *bilaga 1A* finns en lista på knappt 1 200 kommuner, landsting, kommunal- och landstingsförbund, kommunala bolag och landstingsbolag. Bland dessa ingår bl.a. majoriteten av de kommuner och det landsting som är uppräknade i *bilaga 1*. Ingen på listan i *bilaga 1A* är grönmarkerad eller på annat sätt särskilt utskild.

Enligt förvaltningsrättens bedömning leder de skrivningar SKI har använt sig av i det aktuella förfrågningsunderlaget till betydande osäkerhet avseende de angivna myndigheternas och enheternas status som avropsberättigade. Skrivningarna ger dels intryck av att de myndigheter och enheter som tagits upp på olika listor har olika status, och dels av att helt andra, hittills oangivna, myndigheter eller enheter senare kan komma att tillkomma genom information på SKI:s hemsida.

Vidare har SKI i förfrågningsunderlaget, i avsnitt 1.1.1. *SKL Kommentus Inköpscentral AB*, angett följande.

Upphandlande myndigheter/enheter som redan har egna upphandlade ramavtal inom aktuellt område eller tillämpar ramavtal som på annat sätt upphandlats i samverkan med andra upphandlande myndigheter/enheter kommer inte att avropa från detta ramavtal.

En anbudsgivande leverantör kan inte förväntas veta huruvida varje enskild av knappt 1 200 angivna myndigheter och enheter sedan tidigare är bunden av något annat ramavtal och därför ska undantas från kretsen avropsberättigade i den nu aktuella upphandlingen.

Den information som har lämnats av SKI i det aktuella förfrågningsunderlaget, med bilagor, om vilka som ska anses vara avropsberättigade i ramavtalet är så otydlig att detta i sig strider mot transparensprincipen till vilken hänvisas i 1 kap. 9 § LOU. Osäkerheten i fråga om mängden och identiteten på de avropsberättigade myndigheterna och enheterna måste anses leda till betydande svårigheter för en potentiell anbudsgivare att beräkna värdet av att delta i hela eller delar av upphandlingen och att därefter utforma sitt anbud.

*Sammanfattande bedömning, skadeprövning och val av åtgärd*

Bestämmelsen om förbud mot anslutning till ramavtal i efterhand i 5 kap. 2 § LOU innebär att samtliga upphandlande myndigheter måste anges och gå att identifiera såsom avropsberättigade i upphandlingsunderlaget. I ljuset av transparensprincipen måste bestämmelsen innebära ett upphandlingsrättsligt krav att de myndigheter som avser att avropa från ramavtalet, för att vara avropsberättigade, ska ha bekräftat detta intresse när upphandlingen annonseras. Att så inte har skett beträffande de myndigheter och enheter som upptas i bilaga 1A till förfrågningsunderlaget strider mot nämnda bestämmelse.

Oavsett frågan om behovet av en bekräftelse anser förvaltningsrätten att den information som har lämnats av SKI i det aktuella förfrågningsunderlaget, med bilagor, om vilka som ska anses vara avropsberättigade i ramavtalet är så otydlig att detta i sig strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Toshiba får anses ha lidit skada eller kunna komma att lida skada på grund av de konstaterade bristerna.

Eftersom de brister förvaltningsrätten har funnit i upphandlingen har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det inte tillräckligt att upphandlingen rättas. Toshiba's ansökan om överprövning enligt LOU ska därför bifallas på så vis att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

*Förhandsavgörande från EU-domstolen*

SKI har yrkat att om förvaltningsrätten överväger att bifalla Toshiba's ansökan om överprövning ska förvaltningsrätten begära förhandsavgörande från EU-domstolen rörande tolkningen av artikel 32.2 andra stycket direktiv 2004/18/EG. Förvaltningsrätten bedömer att det inte är nödvändigt att göra det för att kunna ta ställning till de unionsrättsliga frågor som aktualiseras i målet. Yrkandet ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1a LOU)

Jonatan Wahlberg  
Rådman

Målet har handlagts av föredraganden Elin Rosén.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## 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, anledning förekommer till ändring i det slut var till 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 uppgive 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 3109/1A LOU