



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-12-12
Meddelad i Uppsala

Mål nr
2802-11 E
Enhet 1

SÖKANDE

Frans Svanström & Co Aktiebolag AB, 556024-9558
Box 90132
120 21 Stockholm

MOTPART

1. Västerås kommun, 212000-2080 och bolag
2. Surahammars kommun, 212000-2031

Genom: Västerås kommun, 212000-2080
Konsult och Service, Rum D341
721 87 Västerås

KONKURRENSVERKET	
2011-12-13	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Upphandling av kontorsförnödenheter, förbrukningsmaterial till skolor och övrig barnomsorg, datatillbehör och finpapper (option) för Västerås kommun och bolag samt Surahammars kommun, dnr 2011-96-KSS-061

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Frans Svanström & Co Aktiebolag AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 27 maj 2011 upphör att gälla.

BAKGRUND

Västerås kommun och bolag samt Surahammars kommun (härefter kommunerna) genomför en upphandling (ramavtal, öppet förfarande) av kontorsförnödenheter, förbrukningsmaterial till skolor och övrig barnomsorg, datatillbehör och finpapper (option) för kommunen och bolag samt Surahammars kommun, dnr 2011-96-KSS-061 (härefter upphandlingen). Sista anbudsdag var den 27 maj 2011.

Förvaltningsrätten beslutade den 27 maj 2011, på talan av Frans Svanström & Co Aktiebolag AB (härefter Svanströms), att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDEN MM

Svanströms

Svanströms ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför Svanströms bl.a. följande. Kommunerna har vid utformandet av förfrågningsunderlaget i upphandlingen brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Som en följd av att kommunerna brutit i sina förpliktelser enligt LOU och EU-rätten riskerar Svanströms att lida skada genom att inte få chansen att konkurrera om kontrakt i upphandlingen.

Kommunerna har för närvarande ett gällande ramavtal inom upphandlingsområdet med leverantören Staples Sverige AB (härefter Staples). Såvitt Svanströms förstår har kommunerna gjort ett underlag grundat på samtliga artiklar som har handlats under de senaste 12 månaderna från Staples. Staples är idag den leverantör som har det bredaste katalogsortimentet både avseende kontorsmateriel och skolmateriel. I upphandlingen finns två pris-

bilagor benämnda nettoprisartiklar 2011 och bruttopriser 2011 vari anges vilka varor som omfattas av upphandlingen och vad årsvolymerna är för respektive vara. Dessa bilagor innehåller dryga 4200 artiklar som ska identifieras, översättas till motsvarande artiklar och därefter prissättas. I anbudsbegäran för upphandlingen anges under rubriken ”Anbudspris” att samtliga angivna produkter ska prissättas. I anbudsbegäran, under rubriken ”Allmänt” anges att avtal kommer att slutas med en leverantör avseende hela upphandlingen. Svanströms menar att detta omöjliggör för andra anbudsgivare än sittande leverantör att inkomma med ett rent anbud. Svanströms har kontaktat kommunerna för att uppmärksamma dem på problemet. De hänvisar då till att föregående upphandling utfördes på samma sätt varför de inte kommer att ändra något. Vid en efterkontroll har Svanströms funnit att föregående upphandling inom kontorsmateriel bestod av 219 artiklar. Skolupphandlingen som då var separerad från kontorsmateriet bestod av 108 artiklar. Rabatt skulle lämnas på övrigt sortiment. Kommunerna har, genom utformningen av förfrågningsunderlaget, inte skapat någon konkurrenssituation, eftersom underlaget utformats på så sätt att endast Staples i praktiken kan lämna anbud, vilket innebär att Staples otillbörligen har gynnats (jfr RÅ 1999 not 1). Ett sådant förfrågningsunderlag strider mot LOU och EU-rätten.

Skall-krav i en offentlig upphandling får uppställas under förutsättning att kravet är relevant för den aktuella upphandlingen, och dess tillämpning i det enskilda fallet inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna eller LOU. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Proportionalitetsbedömningen ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade

syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns ett mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Som angivits ovan har kommunen i upphandlingen uppställt ett absolut krav på att anbudsgivares anbud ska innefatta 100 procent av samtliga angivna produkter inom samtliga områden. Skall-kravet är inte någon lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet (som, mot bakgrund av att kommunerna ovillkorligen kräver att anbud innefattar samtliga efterfrågade produkter, drygt 4200 st, får antas vara att upphandla ett brett sortiment), eftersom det i praktiken endast gör det möjligt för den befintliga leverantören Staples att delta i upphandlingen. Det aktuella skall-kravet kan inte anses proportionerligt i förhållande till det syfte som kommunen vill uppnå.

Kommunerna

Kommunerna anför bl.a. följande. Kommunerna avropade år 2010 cirka 4200 olika produkter från sin nuvarande ramavtalsleverantör, Staples. Vissa av produkterna avropades bara i något enstaka exemplar och/eller någon enstaka gång ("sällan-varor"), medan andra varor avropades i stora kvantiteter och/eller mycket frekvent ("ofta-varor"). Sammantaget speglar avropsstocken från 2010 kommunernas nuvarande behov av kontorsmaterial. I det ramavtal som nu upphandlas ska ofta-varorna kunna avropas av kommunens samtliga anställda med inköpsbehörighet. För dem efterfrågas nettopriser. Sällan-varorna, dvs. övriga varor från avropsstocken år 2010, ska bara kunna avropas av särskilt utsedda inköpare. För de varorna efterfrågas bruttopriser. Tanken bakom denna uppdelning är att försöka minska vidden på kommunernas behov av kontorsmaterial inför nästa kontorsvarupphandling.

Syftet med den nu aktuella upphandlingen är att täcka kommunernas behov av kontorsvaror, sådant detta manifesterat sig i avropsstocken från år 2010. För att kunna jämföra inkommande anbud med varandra och för att på ett korrekt sätt enligt LOU kunna avropa från det ramavtal som upphandlingen syftar till, har kommunerna i upphandlingen begärt att anbudsgivarnas anbud ska innefatta samtliga varor i avropsstocken år 2010. Kommunerna kan inte anse att det är oproportionerligt. De leverantörer med ett mera begränsat utbud som önskar delta i upphandlingen har möjlighet att göra det i samarbete med andra leverantörer (11 kap. 12 § LOU).

Sammanställningen av varorna i avropsstocken utgår, som bolaget påpekat, från Staples sortiment. Anledningen till det är att kommunerna gjort Staples systematik till sin egen. Det medges att det underlättar för Staples att ta fram ett anbud jämfört med andra tänkbara anbudsgivare, vilka kan ha ett delvis annorlunda sortiment och en annan systematik i sina produktförteckningar. Kommunerna kan dock inte anse att man otillbörligt gynnar Staples bara genom att följa den systematik som kommunerna idag avropar från. Kommunerna har också svårt att se hur detta kan verka hindrande för andra tänkbara anbudsgivare att lämna rena anbud. Anbudsvoror som motsvarar de listade kommer att antas utan undantag.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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. 1 § LOU, i dess lydelse före den 1 november 2011, anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU, i dess lydelse före den 1 november 2011, anges 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.

Förfrågningsunderlaget

I anbudsbegäran anges bl.a. följande under punkten "Allmänt".

Upphandlingen omfattar två delar (samt finpapper option)
A Kontors- och skolförbrukning till ett beräknat värde av 5,7 MSEK/år
B Datatillbehör till ett beräknat värde av 1,5 miljoner SEK / år
C Finpapper 1,5 MSEK/år

Avtal kommer att slutas med en leverantör avseende hela upphandlingen.

I anbudsbegäran anges bl.a. följande under punkten "Kommersiella villkoren, Anbudspris".

En CD-skiva med bilagor i Excelformat för bruttopriser och nettopriser kan rekvireras från ansvarig upphandlare. Där framgår den volym av frekventa artiklar som köpts under år 2010 uppdelat på skola/kontor respektive data. Artikelbenämning, artikelnummer och enhet är tagna från STAPLES, vår nuvarande leverantör. – För specificerade artiklar gäller att pris skall anges som pris per angiven enhet med angivande av artikelnummer, artikelbeskrivning samt avropsenhet. Dessa uppgifter skall föras in på det bifogade kalkylbladet. Respektive artikel skall kvalitetsmässigt vara minst jämförbar med den artikel som anges och som är relaterad till vår nuvarande leverantör STAPLES. Produkter av lägre kvalitet som anbudsgivaren önskar offerera skall skrivas in sist i anbudet med angivande av samma information och med angivande om vilken produkt den skall komplettera. – Samtliga angivna produkter skall prissättas.

Förvaltningsrättens bedömning

Tillämpliga bestämmelser

Kommunen har inte kunnat svara på när upphandlingsförfarande beslutades. Bolaget har i sin ansökan om överprövning utgått från att det är LOU i dess lydelse från och med den 15 juli 2010 som är tillämplig på upphandlingen. Eftersom något annat inte framkommer av handlingarna gör för-

valtningsrätten bedömningen att det är LOU i denna lydelse som är tillämplig.

Överprövning av upphandlingen

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. De krav som myndigheten ställer upp får dock inte strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten (se bl.a. RÅ 2010 ref. 78). Vidare så gäller i mål om offentlig upphandling som huvudprincip att den som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundar sig (jfr RÅ 2009 ref. 69).

I nu aktuellt fall har Svanströms i allmänna ordalag anfört att förfrågningsunderlaget, genom kraven på att samtliga produkter ska prissättas och avtal slutas med en leverantör avseende hela upphandlingen, utformats så att endast befintlig leverantör kan lämna anbud varför denne otillbörligen har gynnats. Svanströms har vidare gjort gällande att kravet på att anbud ska innefatta samtliga angivna produkter, inte är proportionerligt i förhållande till kommunernas syfte, vilket har antagits vara att upphandla ett brett sortiment. Kommunerna har anfört att syftet med upphandlingen är att täcka kommunernas behov av kontorsvaror, sådant detta manifesterat sig i avropsstocken från år 2010 och att en anbudsgivare som har ett mer begränsat sortiment än det efterfrågade kan samarbeta med andra leverantörer.

Att som underlag för en upphandling använda sig av de varor som avropats under tidigare år måste enligt förvaltningsrättens mening som huvudregel accepteras, eftersom ett sådant underlag får anses motsvara det behov en upphandlande myndighet har, även om det rör sig om ett stort antal varor och det underlättar för befintlig leverantör att upprätta ett anbud. Svanströms har inte närmare redogjort för varför endast befintlig leverantör


skulle ha möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening har Svanströms därmed inte visat att befintlig leverantör otillbörligen gynnats och att likabehandlingsprincipen trätts för när.

Ett krav på att ett samlat anbud ska avges för ett omfattande område kan enligt förvaltningsrättens mening i vissa fall bedömas vara oproportionerligt. Förvaltningsrätten kan dock inte finna att det aktuella kravet inte är lämpligt för att uppnå det uppgivna syftet att täcka kommunernas behov av kontorsvaror eller syftet att upphandla ett brett sortiment. Vidare har Svanströms inte, som ovan konstaterats, närmare redogjort för varför endast befintlig leverantör skulle ha möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening har Svanström därmed inte lyckats visa att det aktuella kravet är oproportionerligt. Det har inte heller framkommit att förfrågningsunderlagets utformning strider mot transparensprincipen.

Sammanfattningsvis kan vad Svanströms har anfört i målet, enligt förvaltningsrättens mening, inte leda till ett ingripande i upphandlingen. Svanströms ansökan om överprövning ska därför avslås.

Upplysningsvis har förvaltningsrätten denna dag, på talan av en annan leverantör, i mål nr 2754-11 förordnat att upphandlingen ska göras om.

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


Elisabet Andersson

rådman

Målet har handlagts av Christina Kans



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 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
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 uppge 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

