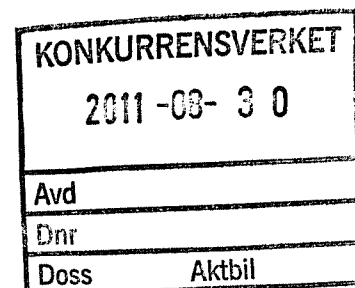




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-08-29
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3423-11
Enhet 2



SÖKANDE

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

MOTPART

Strängnäs kommun
645 80 Strängnäs

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 56406

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDE

Strängnäs kommun (nedan kommunen) genomför en upphandling avseende ramtal för leverans av skol- och kontorsmaterial samt förskolematerial. Upphandlingen sker genom öppet förfarande. Grunden för tilldelning av kontraktet är lägsta pris. Vid tiden för ansökan om överprövning hade kommunen ännu inte fattat något tilldelningsbeslut.

Frans Svanström & Co AB (nedan bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen yrkar att bolagets ansökan avslås.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget

Kommunen har vid utformandet av förfrågningsunderlaget brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och proportionalitet och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Som en följd av detta riskerar bolaget att lida skada genom att inte få chansen att konkurrera om kontrakt i upphandlingen, i den mening som avses i 16 kap. 4 § andra stycket LOU och 16 kap. 5 § LOU.

Likabehandlingsprincipen

Kommunen har för närvarande ett gällande ramavtal inom upphandlingsområdet med leverantören Staples Sverige AB (nedan Staples) samt Lekolar AB (nedan Lekolar) för förskola. Såvitt bolaget förstår har kommunen gjort ett underlag grundat på föregående års volymartiklar som har handlats under de senaste tolv månaderna från Staples samt Lekolar. I upphandlingen finns en prisbilaga benämnd sortimentsförteckning, vari anges vilka varor som omfattas av upphandlingen och vad årsvolymererna är för respektive vara. Bilagan innehåller dryga 571 artiklar som ska identifieras, över-

sättas till motsvarande artiklar och därefter prissätts. I den senaste versionen av förfrågningsunderlaget under rubriken "4.1 Priser" anges att offert på 99 procent av artiklarna i sortimentsförteckningen accepteras. Detta krav omöjliggör enligt bolagets mening för andra anbudsgivare än sittande leverantör att inkomma med ett rent anbud. Bolaget menar att en procent av artiklarna är lika med fem artiklar, vilket är en så försumbart liten del att det varken gör till eller från vad gäller bolagets möjlighet att kunna svara på nämnda upphandling. Alla kontorsfackhandlare har ett sortiment som täcker de vanliga behoven för ett kontor, men här frågar kommunen efter specifika produkter som till exempel en flikmapp som måste innehålla fem flikar (och bolagets mapp innehåller sex flikar), tejp med hållare i udda format, recycled miniräknare osv. Genom utformningen av förfrågningsunderlaget skapar kommunen inte någon konkurrenssituation, eftersom underlaget utformats på så sätt att endast Staples i praktiken kunde lämna anbud avseende kontors- och skolmateriel, vilket innebär att Staples otillbörligen har gynnats. Ett sådant förfrågningsunderlag strider mot LOU och EU-rätten.

Proportionalitetsprincipen

Kommunens krav på att anbudsgivares anbud ska innefatta 99 procent av samtliga angivna produkter inom samtliga områden är inte någon lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet som, mot bakgrund av att kommunen ovillkorligen kräver att anbud innefattar samtliga efterfrågade produkter, får antas vara att upphandla ett brett sortiment. Detta eftersom det i praktiken endast gör det möjligt för den befintliga leverantören Staples att delta i upphandlingen. Skall-kravet kan inte anses proportionerligt i förhållande till det syfte som kommunen vill uppnå.

Kommunen

Oaktat att bolaget inte har deltagit i upphandlingen måste det som potentiell leverantör givetvis behandlas på samma sätt som övriga deltagande eller icke-deltagande leverantörer. Kommunens bedömning är dock att den var-

ken har brutit mot likabehandlings- eller proportionalitetsprincipen. Enligt LOU ska förfrågningsunderlaget i ett upphandlingsförfarande bland annat utformas på så vis att det inte hänvisar till ett visst produktmärke. Detta eftersom det skulle kunna leda till att endast ett fåtal leverantörer kan lämna en offert och sedermera delta i upphandlingen. Om en upphandlande myndighet inte kan beskriva en produkt utan att hänvisa till ett visst märke ska hänvisningen i förfrågningsunderlaget åtföljas av "eller likvärdig", vilket är gjort i detta fall. Det öppnar upp för fler intressenter att lämna anbud och innebär således inget krav på att produkterna måste vara av ett visst märke. Underlaget är grundat på tidigare års förbrukning av kontorsmaterial i kommunen. Detta är utgångspunkten för bedömningen av vad kommunen har för behov. Artikelnummer från kommunens befintliga leverantör har endast angetts för att tydliggöra vilken typ av kvalitet kommunen efterfrågar. Exempelprodukterna är endast ett kvalitetsmått som visar produkternas form, storlek och funktion. Minst likvärdiga produkter accepteras och kan således offereras av andra leverantörer. Bolaget har anfört att det är omöjligt för andra anbudsgivare än nuvarande att inkomma med anbud på grund av kommunens specificerade krav på till exempel flikmappar. Eftersom kommunen endast har angett en lägsta kvalitetsnivå har den övre gränsen inte fastställts. Detta innebär att en leverantör i detta fall kan offerera en flikmapp trots att den har sex fikor i stället för fem, eftersom denna skillnad är försumbar och produkterna ändå anses likvärdiga. Att 99 procent av artiklarna både avseende kontorsmaterial och skolmaterial måste offereras, beror på att det speglar kommunens behov.

Bolaget

Bolaget genmäler följande. Kommunen har anfört att skillnaden mellan en femflik- och en sexflikmapp är försumbar. Praxis är emellertid att skillnaden får vara tio procent för att produkten ska kunna anses som likvärdig. Skillnaden i fråga skulle vara tjugo procent. Att kommunen skulle godkänna denna skillnad är inget som bolaget kan känna till, eftersom det är kommunen som fattar detta beslut. Detta är genomgående för samtliga

produkter i underlaget. I övrigt kvarstår bolagets uppfattning att det är omöjligt att kunna offerera 99 procent likvärdiga produkter av de totalt 683 efterfrågade produkterna.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndighet 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 6 kap. 4 § LOU anges som huvudregel att de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdig”.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande kommunen 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

Under rubriken ”4.1 Priser” har kommunen angett bland annat följande. Offert på 99 procent av artiklarna i sortimentsförteckningen accepteras. Vid utvärdering kommer, där produkt saknas eller då offererad produkt

inte anses likvärdig med efterfrågad produkt, högsta pris från inkomna anbud att nyttjas med ett pålägg om 10 procent.

Under rubriken ”4.2 Kvalitet” anges vidare följande. Den kvalitet som kommunen efterfrågar är angiven i sortimentsförteckningen med ett exempel på produkt ur nuvarande leverantörens sortiment med dess artikelnummer. Exempelprodukterna utgör endast ett kvalitetsmått och visar den design, form, storlek och funktion som avses för produkten. Likvärdiga produkter kan offereras. Beskrivningen och/eller exemplen anger lägsta acceptabla kvalitetsnivå. Minst likvärdig produkt ska offereras. Om anbudsgivande leverantör har den efterfrågade produkten i sitt sortiment, förutsätter kommunen att det är den produkten i första hand som offereras. Om likvärdig ersättningsprodukt offereras, är det kommunen som avgör vad som är likvärdig produkt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har som grund för sin talan åberopat att kommunen brutit mot principerna om likabehandling och proportionalitet. Bolaget uppger i båda hänseendena att kommunen kräver att 99 procent av artiklarna i sortimentsförteckningen ska offereras.

Principen om likabehandling

Kommunen har i det reviderade förfrågningsunderlaget angett att offert som omfattar 99 procent av artiklarna i sortimentsförteckningen accepteras. Bolaget har uppgett att detta skulle omöjliggöra för andra anbudsgivare än sittande leverantör att lämna anbud, men har inte närmare utvecklat skälen för sin ståndpunkt. Förvaltningsrätten delar visserligen bolagets uppfattning att det kommunen anger får anses utgöra ett skall-krav. Kommunen har dock angett att sortimentsförteckningen innehåller exempel på produkter, att exemplifieringen endast är ett kvalitetsmått och att likvärdiga produkter kan offereras. Förvaltningsrätten kan mot bakgrund av detta inte

finna att endast nuvarande kontraktssinnehavare i realiteten har möjlighet att lämna anbud. Det bolaget anfört kan således inte sägas visa att anbudsgivarna särbehandlats eller getts olika förutsättningar inför anbudslämnandet. Kommunens förfrågningsunderlag i nu berörda delar kan därmed inte anses strida mot likabehandlingsprincipen.

Proportionalitetsprincipen

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. De krav eller önskemål som väljs måste dock vara kopplade till det som ska upphandlas, d.v.s. att de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. De krav som ställs upp får inte strida mot bl.a. den s.k. proportionalitetsprincipen. Enligt EU-rättslig praxis innebär denna princip att bedömningen av vilken kravnivå som ställs i en enskild upphandling 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. Det *andra* steget i bedömningen tar sikte på huruvida åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet och innefattar frågan om det finns något mindre ingripande alternativ. Det *tredje* steget omfattar en bedömning av om de negativa effekter som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är så stora att åtgärden är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning framstår kommunens önskemål om att få levererat likvärdigt skol- och kontorsmaterial som det som kommunens skolor och förskolor förbrukat under tidigare år som både lämpligt, effektivt samt nödvändigt för att uppnå kommunens syfte. Syftet måste uppfattas vara att förse kommunens skolor och förskolor med skol-, kontors- och förskolematerial som dessa har behov av.

Vad sedan beträffar eventuella negativa effekter som kommunens krav på att 99 procent av artiklarna i sortimentsförteckningen ska offereras kan

medföra noterar rätten, som antecknats ovan, att sortimentsförteckningen är en exemplifiering och att likvärdiga produkter kan offereras. Genom att på detta sätt specificera produkternas kvalitet får kommunen anses ha förebyggt uppkomsten av negativa effekter och i minsta möjliga mån begränsat de potentiella anbudsgivarnas möjlighet att erbjuda likvärdiga lösningar som passar kommunens behov. Förvaltningsrätten finner därför att det bolaget uppgett inte visar att kommunens förfrågningsunderlag skulle strida mot proportionalitetsprincipen.

Sammantaget följer av det ovan anförda att bolaget inte visat att det finns skäl för ingripande enligt 16 kap. 5 § LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109 1D/LOU)



Mats Edsgården

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 3109/1D LOU