



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Enhet 1

DOM
2016-02-11
Meddelad i
Luleå

Mål nr
1765-15

SÖKANDE

Papera Sol. AB, 556708-6201
Gårdsvägen 4
973 45 Luleå

MOTPART

Bodens kommun
961 86 Boden

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016 -02- 1 5	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 69068

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Sköppelngratan 43

Telefon
0920-29 54 90

E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Bodens kommun (kommunen) har genomfört en upphandling genom öppet förfarande av "kopiator-2015 (2.0)". Upphandlingen omfattar leverans av två stycken kopiatorer med tilläggstjänster. Dokumentpartner Luleå AB (Dokumentpartner) var den enda anbudsgivaren och tilldelades uppdraget.

Papera Sol. AB (Papera Sol) har avböjt att lämna anbud i upphandlingen.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad Papera Sol framför

Papera Sol yrkar att upphandlingen ska göras om och framför sammanfattningsvis följande.

Den leverantör som har tilldelats kontraktet uppfyller inte de ställda skakraven. Förfrågningsunderlaget innehåller också konkurrensbegränsande krav och strider därför mot proportionalitetsprincipen.

Ska-krav

Fyrkantsrygg

Kommunen har ställt som krav att de efterfrågade maskinerna ska kunna göra fyrkantsrygg. Eftersom detta är ett generellt krav ska båda maskinerna uppfylla detta krav. Dokumentpartner har uppgett att fyrkantsryggen kan flyttas mellan systemen men detta är utan betydelse då endast den ena maskinen uppfyller det ställda kravet.

Produktionskapacitet

Kommunen har krävt en produktionskapacitet om minst 140 000 sidor per månad. Om man beaktar att A3-sidor enligt branschstandard räknas som två A4-sidor blir genomsnittsvolymen under avtalstiden 247 000 A4-färgsidor per månad. Det är då tydligt att just en minsta produktionskapacitet om 140 000 per månad är avsett. Dokumentpartner har angett att systemet kan hantera volymer upp till 460 000 sidor per månad. Den angivna volymen avser enstaka månader och offererad utrustning har en teknisk specifikation från tillverkaren Xerox som anger månatliga volymer upp till 80 000 sidor per månad vilket styrks av Xerox tekniska specifikationer som presenteras i överklagandet.

Tillgänglighet och service

Kommunen har angett som krav att tillgänglighet ska uppgå till minst 98 procent på årsbasis för offererade maskiner. Vid den önskade produktionsvolymen om 140 000 A4-färgsidor per månad på maskinen Versant 80 krävs ett servicebesök i intervaller om 8,5 arbetsdagar (vid 43 000 sidor).

Om uträkningen sker från volymen som kommunen angivit blir månadsvolymen 247 000 A4-sidor och innebär serviceåtgärd i intervaller om 4,3 dagar. Utöver dessa planerade serviceintervaller kräver alla utrustningar av denna typ service utöver detta från tid till annan. Kommunens krav om 98 procents tillgänglighet är därmed inte uppfyllt. Även dessa uppgifter styrks av Xerox egna specifikationer.

Konkurrensbegränsande krav

Kommunen har under stycke 1, punkten 9 angett specifikt hur fyrkantsryggen ska styras och under pågående upphandling ställde Papera Sol fråga till kommunen angående detta.

Frågan löd:

”Fråga 9 som är gemensam för båda maskinerna önskar vi att ni ändrar i formulering gällande hur 4-kants-ryggen ska kunna justeras i hårdhet. Behåll kravet att den ska gå att justera men stryk att det ska ske från RIP. Eftersom ni kan få den önskade funktionen/resultatet genom justering i 4-kantsenheten anser vi att kravet på hur inställningen ska göras är konkurrensbegränsande.

Kommunen svarade följande:

”Bodens kommun vidhåller kravet på justering via RIP, då vi anser att det är väsentligt för arbetsprocessen.”

Kommunens krav står inte i proportion till vad det innebär för tryckeriets verksamhet. Med bibehållet krav är det endast en leverantör som kan svara på anbudet. Endast ett anbud har också lämnats in till kommunen i denna upphandling. Resultatet som kommunen önska uppnå med fyrkantsryggen kan lösas på annat sätt och med mycket liten påverkan på deras arbetsprocesser. En ändring av detta krav gör det möjligt för fler leverantörer att lämna anbud.

Proportionalitetsprincipen är en central princip inom offentlig upphandling och kraven i upphandlingsförfarandet får inte vara mer ingripande än vad som krävs för att uppnå syftet med åtgärden. Det ska alltså finnas proportionalitet mellan åtgärd och syfte.

Vad kommunen framför

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska lämnas utan bifall och framför sammanfattningsvis följande.

Papera Sol lämnade inte in något anbud vid anbudstillfället utan kom in med en skrivelse där de uppgav att de inte avsåg att lämna anbud eftersom de inte kunde uppfylla de obligatoriskt ställda kraven. Efter genomförd prövning fattade kommunen beslut om att tilldela kontraktet till Dokumentpartner då deras anbud uppfyller de ställda obligatoriska kraven samt i egenskap av enda anbudsgivare – hade det lägsta priset.

Ska-krav

Dokumentpartner har i anbudsformuläret särskilt intygat att de uppfyller samtliga ska-krav men även redogjort närmare för kravuppfyllelsen.

Fyrkantsrygg

Kommunen har angett ett krav om att båda systemen ska kunna göra fyrkantsrygg och Dokumentpartner uppfyller detta krav. Detta framgår av de specifikationer som Dokumentpartner bilagt över de offererade systemen. Det framgår såväl av ritningarna som beskrivningarna att modul för tillverkning av fyrkantsrygg ingår för båda systemen. Funktionen går då att använda på båda systemen samtidigt.

Produktionskapacitet

Kommunen har ställt ett krav om 98 procents tillgänglighet men gör gällande att detta är ställt såsom ett avtalsvillkor. Ett avtalsvillkor ska per definition uppfyllas först under avtalstiden. Anbudsgivaren ska vid anbudstill-

fället endast ange att denne kommer att uppfylla kravet på tillgänglighet under avtalstiden. Den faktiska tillgängligheten kan enbart kontrolleras under avtalstiden, inte prövas vid anbudsutvärderingen. Eventuella avvikelser från avtalad tillgänglighet kommer att hanteras enligt avtalsvillkoren genom utdömandet av vite (bilaga 4 p. 45).

Kommunen har vidare angett en uppskattning av de volymer som systemet kommer att producera. Uppskattningen innehåller inga garantier om volym utan kan fritt såväl utökas som minskas. Detta ger att det verkliga underlaget för att kunna mäta den faktiska tillgängligheten inte finns vid anbudsinlämning utan fås först under avtalstiden.

Det är omöjligt att pröva huruvida kravet på tillgänglighet uppfylls innan avtalsstart. Det är anbudsgivarens ansvar och risk att offerera system som kommer att uppfylla avtalsvillkoren under avtalstiden. Dokumentpartner har specifikt uppgett att villkoren gällande tillgänglighet accepteras och kravet på tillgänglighet ska ses som ett avtalsvillkor som Dokumentpartner har åtagit sig att uppfylla under avtalstiden.

För det fall att förvaltningsrätten – mot kommunens bestridande – anser att det aktuella kravet är ett obligatoriskt krav som ska vara uppfyllt redan vid anbudstillfället anser kommunen att Dokumentpartner uppfyller ställt krav.

Den volym kommunen uppskattat i underlaget är angivet på en femårsperiod, vilket ger en månadskapacitet om 90 000 färgutskrifter i A4 och 29 167 färgutskrifter i A3 samt 20 834 svartvita utskrifter. Totalt en volym om 169 167 sidor (A4).

Papera Sol har baserat sina antaganden på felaktiga volymer när de räknat med en period om 36 månader.

Kommunen instämmer i att det finns ett ställt krav om 140 000 sidor per månad. Dokumentpartner har offererat system som har en maximal kapacitet på 460 000 sidor per månad. Den lämnade angivelsen om en månatlig snittkapacitet om 80 000 sidor är enbart avlämnad som ett genomsnittligt riktvärde, inte som en absolut nivå. Kapaciteten i den enskilda leveransen beror av de produktval som kunden gör samt de serviceintervaller som leverantören anger. Dock med begränsningen om en maximal kapacitet om 460 000 utskrifter, vilket vida överstiger kommunens krav om 140 000 sidor. Dokumentpartner uppfyller därmed kravet på kapacitet.

Tillgänglighet och service

Kravet på tillgänglighet mäts på årsbasis och utifrån en genomsnittlig årsarbetstid om 2080 timmar (40 timmar i veckan) vilket innebär att nedtiden på årsbasis får vara 41,6 timmar. Dessa timmar kan fördelas fritt över året och under kontorstid. De planerade serviceintervallerna som anges kan Dokumentpartner välja att genomföra antingen på kontorstid eller utanför. Det finns ingen uppgift kring vilket alternativ Dokumentpartner väljer eller offererar. Om den planerade servicen utförs utanför kontorstid, kommer den inte att räknas såsom nedtid och således inte minska antalet tillåtna timmars nedtid (av de 41,6 timmarna).

Om den planerade servicen görs under kontorstid kommer det att planeras in varvid någon inställetid inte är aktuell utan det är enbart de faktiska timmarna som räknas. Det finns ingen uppgift i Dokumentpartners anbud som visar att den planerade servicen överstiger de tillåtna 41,6 timmarna. Serviceintervallet om 43 000 utskrifter är bara en rekommendation utifrån en genomsnittlig kund. Om kommunen producerar 140 000 utskrifter per månad blir det 39 servicetillfällen per år och det finns ingen uppgift om hur länge servicen pågår. Då det är planerad service behövs ingen inställetid. Kommunen har att utgå från att servicen sker inom accepterad nedtid.

Kommunen kommer även att byta vissa slitagedelar själva i enlighet med kravspecifikationen, vilket innebär att mindre fel kommer att hanteras av kommunen själv och därmed inte påverka nedtiden. Den kravställda inställetiden vid oplanerad service om 4 timmar är en maximal tid och Dokumentpartner kan välja en kortare tid för att hålla sig inom den maximala nedtiden.

Sammanfattningsvis uppfyller Dokumentpartner de ställda kraven på en tillgänglighet om 98 procent.

Konkurrensbegränsande krav

Papera Sol påstår att kommunen ställt ett oproportionerligt krav gällande den så kallade RIP-funktionen. Detta påstående saknar helt grund.

Kravet på RIP-funktion innebär att en operatör i förväg kan programmera hur fyrkantsryggen ska justeras. Kommunen bedriver en verksamhet med ett internt tryckeri för kommunens behov av tryckmaterial. Verksamheten bedrivs med mycket begränsade personella resurser och under merparten av produktionen är en ensam operatör som under ett begränsat antal timmar – varje förmiddag – med kort framförhållning ska producera en stor mängd material. RIP-funktionen innebär att flera tryckerijobb kan förprogrammeras och läggas i produktionskö för produktion senare under eftermiddagen, när verksamheten är obemannad. Avsaknad av RIP-funktion skulle innebära att extra personella resurser måste tillsättas alternativt att tryckeriarbeten inte produceras i tid, exempelvis skolprov och dylikt.

Med hänsyn tagen till de specifika förutsättningarna som råder och de krävande behov som föreligger anser kommunen att kravet med en RIP-funktion är absolut nödvändig för att uppnå syftet med upphandlingen. Kravet är därmed proportionerligt i förhållande till kommunens behov oaktat att

det kan anses konkurrensbegränsande. Denna typ av funktionalitet finns även hos flera leverantörer i branschen varför kravet enbart på den grunden inte är konkurrensbegränsande.

Skaderekvisit

Papera Sol har inte på något sätt anfört att de lidit eller riskerat att lida skada. De har heller inte konkretiserat skadan på så sätt som krävs enligt HFD 2013 ref. 53. Dokumentpartner uppfyller alla ställda krav i upphandlingen och eftersom Dokumentpartner är den enda anbudsgivaren innehar de därmed det vinnande anbudet. Papera Sol riskerar därför inte att lida skada.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

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. Principerna gäller under hela förfarandet och tar även hänsyn till potentiella anbudsgivare som valt att inte lämna något anbud.

Som framgår i målet har Papera Sol inte lämnat något anbud i upphandlingen och har heller inte angett någon orsak till varför de inte lämnat något anbud. Papera Sol har dock yttrat att kommunens ställda krav på RIP-funktion resulterat i att endast en anbudsgivare haft möjlighet att lämna anbud.

Förvaltningsrätten gör därmed tolkningen att Papera Sol ansett sig inte kunna uppfylla det uppställda kravet på RIP-funktion och därmed avstått från att lämna anbud i upphandlingen.

För det fall Papera Sol kan anses ha gjort sannolikt att kommunen brutit mot LOU eller unionsrätten, när de uppställt detta krav, kan bolaget även ha lidit eller riskerat att lida skada på grund av agerandet då de i så fall tvingats avstå från att lämna ett anbud med anledning av kravet.

Krav på RIP-funktion

Frågan är då om kommunen brutit mot de allmänna principerna i 1 kap 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen eller mot unionsrätten när den ställt krav i upphandlingen på den så kallade RIP-funktionen.

Kommunen har framfört att den har ett omfattande produktionskrav för det interna tryckeriet och mycket begränsat med personalresurser för produktionen varför kravet på RIP-funktion är proportionerligt och nödvändig.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som avgör vilka krav den önskar att ställa på de produkter eller tjänster som den upphandlar. De ställda kraven ska dock på ett proportionerligt sätt ha en tydlig koppling till föremålet för upphandlingen.

I nu aktuell upphandling har kommunen, enligt förvaltningsrättens mening, på ett tydligt sätt beskrivit på vilket sätt kravet på RIP-funktion är nödvändigt för produktionen.

Har inte heller mot kommunens bestridande gjort sannolikt att endast Dokumentpartner kunnat lämna ett anbud utifrån uppställt ska-krav.

Förvaltningsrätten finner inte att kravet på RIP-funktion kan anses oproportionerligt ställt eller strida mot någon annan princip eller bestämmelse i LOU eller unionsrätten.

Kommunen har därmed inte agerat på ett felaktigt sätt när den uppställt kraven gällande denna funktion.

Övriga ska-krav

Papera Sol har inte lämnat något anbud och har yrkat att upphandlingen ska göras om. Dokumentpartner var enda anbudsgivare.

Förvaltningsrätten bedömer trots detta vad som i övrigt har anförts.

Fyrkantsrygg

Som kommunen har anført anger de ingivna specifikationerna från Xerox att modul för att tillverka fyrkantsrygg ingår i båda de av Dokumentpartner offererade systemen. Papera Sol har inte gjort sannolikt att kravet inte är uppfyllt i denna del trots vad som står angivet i Dokumentpartners anbud.

Produktionskapacitet

Det är ostridigt att det finns ett ska-krav avseende produktion på minst 140 000 sidor för färgsystemet. Papera Sol har inte bestritt kommunens påstående att de gjort sina beräkningar utgått från en felaktig volym med hänsyn till att de gjort beräkningar på tre år istället för fem år. Av förfrågningsunderlaget framgår att det är fråga om ett treårigt avtal men automatisk förlängning upp till fem år om uppsägning inte sker. Som kommunen har anfört har systemet en maximal produktionskapacitet om 460 000 sidor per månad.

Vad Papera Sol har anfört och den dokumentation som de åberopat innebär inte att de gjort sannolikt att kraven inte är uppfyllda avseende produktionskapacitet.

Tillgänglighet och service

Som kommunen har anfört är det Dokumentservice som ska tillse att den uppgivna tillgängligheten uppfylls och det är inget i förfrågningsunderlaget eller kravspecifikationen som förhindrar att planerad service sker utanför kontorstid eller att inte planerad service utförs med kort inställetid. Vidare går det inte att bedöma hur lång avbrottsid varje servicetillfälle tar i anspråk.

Vad Papera Sol har anfört och den dokumentation som de åberopat innebär inte att de gjort sannolikt att kraven inte är uppfyllda avseende tillgänglighet och service.

Sammantaget

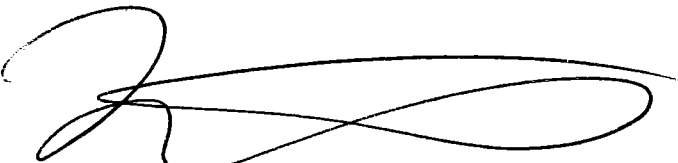
Förvaltningsrätten anser inte att vad Papera Sol har anfört innebär att bolaget gjort sannolikt att kommunen agerat i strid med LOU eller unionsrätten.

Förutsättningar för att vidta åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därför inte.

Ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Jonas Hägerlind