



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2

DOM
2012-12-21
Meddelad i
Linköping

Mål nr
4425-12

SÖKANDE

Kontorab AB, 556541-8935
Box 722
601 16 Norrköping

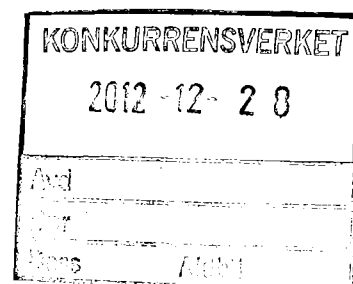
Ombud: Advokat Claes Egnell
Advokatfirman Glimstedt i Östergötland KB
Box 1234
600 42 Norrköping

MOTPART

Eskilstuna kommun
631 86 Eskilstuna

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 94595

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
förvaltningsrätten@linköping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Eskilstuna kommun (kommunen) upphandlar ramavtal för fortlöpande avrop av kontorsmaterial, ASK 12.001, för en tidsperiod om två år med en förlängningsoption på ett plus ett år. Upphandlingen sker genom ett öppet förfarande. Grund för tilldelning av kontraktet är det anbud som har lägst pris.

Kommunen har i tilldelningsbeslut den 3 maj 2012 funnit att Kontorab AB (Kontorab) lämnat det anbud som har lägst pris och därmed tilldelades företaget kontraktet. Av beslutet framgår vidare att Frans Svanström & Co AB (numera Office Depot Svenska AB, nedan kallad Svanströms) rankades som nummer två.

Svanströms ansökte om överprövning och yrkade att förvaltningsrätten skulle besluta om rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering skulle företas. Förvaltningsrätten biföll ansökan genom dom den 21 juni 2012 i mål nr 3100-12 och förordnade att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse skett i form av att en ny anbudsutvärdering företagits med beaktande av de priser som Svanströms erbjudit i den bruttoprislista som ursprungligen bifogats till anbudet.

I tilldelningsbeslut den 27 juni 2012 beslutade kommunen att anta Svanströms som leverantör av kontorsmaterial då det ansågs uppfylla samtliga skall-krav efter gjord komplettering och förtydligande.

Kontorab ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet från den 27 juni 2012 och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Svanströms anbud förkastas och en ny anbudsutvärdering företas utan beaktande av det anbud som lämnats av Svanströms. I andra hand yrkar Kontorab att upphandlingen ska göras om i sin helhet.

Kommunen yrkar för egen del att upphandlingen ska göras om. I andra hand godtar kommunen vad Kontorab slutligen yrkar i ansökan.

Svanströms, som har getts tillfälle att yttra sig i målet, motsätter sig bifall till Kontorabs yrkanden i sin helhet

VAD PARTERNA OCH ÖVRIGA ANFÖRT

Kontorab

Kommunen har, enligt vad som anförs nedan, brutit mot principerna om transparens, likabehandling och icke-diskriminering. Till följd av detta har Kontorab lidit eller kan komma att lida skada.

Förfrågningsunderlaget

Den utvärderingsmetod som kommunen använt sig av medför inte att den anbudsgivare som lämnat lägst pris tilldelas kontraktet. På rabattlistan finns elva produkter angivna, att jämföra med de ca 18 000 produkter som Svanströms offererat i sin bruttoprislista. Prissättningen av de elva produkterna i rabattlistan har således getts en oproportionerligt stor vikt vid utvärderingen av anbudet. Kommunen har genom att använda sig av en sådan utvärderingsmetod brutit mot principerna om transparens, likabehandling och icke-diskriminering.

Onormalt lågt anbud

Genom att sätta ett orimligt lågt pris för de elva produkter som utgjorde grunden för utvärderingen av offererat pris för rabattlistan, kunde Svanströms – trots att det hade avsevärt lägre rabattsatser än övriga anbudsgivare – få ett mycket lågt totalpris. Kommunen borde därför ha förkastat Svanströms anbud enligt 12 kap. 3 § LOU.

Uppfyllande av skallkrav

Kommunen har i sin utvärdering funnit att 21 av Svanströms produkter i prisbilagan inte uppfyller kvalitetsnivån alternativt att Svanströms inte har offererat produkten eller fel produkt. Detta innebär att Svanströms endast har offererat 94,84 procent av de 407 artiklarna i prisbilagan. Svanströms anbud uppfyller därmed inte uppställt skallkrav att minst 95 procent av de angivna produkterna offereras och uppfylla ställda krav. Kommunen har genom att utvärdera Svanströms anbud brutit mot de grundläggande principerna om transparens, likabehandling och icke-diskriminering som framgår av 1 kap. 9 § LOU.

Vid en ny prövning av de produkter Svanströms offererat kan de inte anses ha uppfyllt kvalitetsnivån i någon högre utsträckning så att de skulle nå upp till det aktuella skallkravet om 95 procent. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget vilken kvalitet de enskilda produkterna ska ha.

När det gäller position 34 (penna Kul Bic Cristal) och position 37 (penna Kul Bic Reaction) uppfyller de efterfrågade pennorna standarden ISO 12757-1 och 12757-2, till skillnad från de av Svanströms offererade pennor. Vidare har den produkt som Svanströms offererat på position 37 inte arkivbeständigt bläck, vilket den efterfrågade pennan har. Dessutom kan materialet i pennan Kul Bic Reaction återvinnas till 87 procent till skillnad från den av Svanströms offererade penna.

När det gäller positionerna 125 och 126 (pärm Gaffel Trärygg Jopa) efterfrågas pärmar av mycket hög kvalitet. Dessa pärmar är tillverkade av FSC-märkt trä, har lång hållbarhet, fem års funktionsgaranti samt även ergonomisk tryckknapp. De av Svanströms offererade träryggspärmar är kopior av Jopa-pärmarna, där ryggar samt sidor är av betydligt sämre kvalitet. De träryggspärmar som Svanströms offererat motsvarar inte de krav som efterfrågas avseende funktion, kvalitet och material.

Enligt förfrågningsunderlaget ska samtliga produkter ingå i leverantörens standardsortiment. Svanströms har under positionerna 7, 9, 10, 11, 12, 33, 38, 72 och 99 offererat produkter av märket "Nordic" för ett lågt pris. Dessa produkter ingår emellertid inte i Svanströms standardsortiment, utan under motsvarande artikelnummer finns produkter till ett högre pris av märket Niceday. De av Svanströms offererade produkter under positionerna 85, 86, 287, 288, 291 och 292 uppfyller inte kraven för miljömärkning med Svanen-märket. För position 106 efterfrågas produkt som innehåller fyra färger per kub. Den produkt som Svanströms har offererat innehåller endast en färg. För position 159 efterfrågas en produkt av PVC-material, den av Svanströms offererade produkt är av polypropulen. Den efterfrågade produkten i position 180 är en brevkorg i system Transit som kan byggas ihop, till skillnad från den av Svanströms offererade produkt som tillhör brevkorgssystemet Niceday. Sammanfattningsvis är det fler än 21 av Svanströms offererade produkter som inte uppfyller de krav som efterfrågas.

Det aktuella skallkravet om 95 procent är proportionerligt, relevant och fyller en viktig funktion i förfrågningsunderlaget. En anbudsgivare som inte lämnat uppgift om pris på en viss position, tilldelas nämligen det pris som kommunens dåvarande leverantör (vilket var Kontorab) hade enligt sin katalog för år 2012. Det innebär, att en anbudsgivare som hade ett högre ordinarie pris än Kontorab på en viss artikel, kunde underlåta att lämna pris på denna för att tillgodoräkna sig Kontorabs lägre pris i utvärderingen. Det är därför av mycket stor vikt att en anbudsgivare inte tillåts att underlåta att lämna pris på flera artiklar än vad kommunen föreskrivit i förfrågningsunderlaget, då det skulle innebära en tydlig konkurrensfördel för denna.

Av förfrågningsunderlaget, beträffande prisbilagan, framgår att samma nettopris för en produkt enligt denna ska gälla för produktens samtliga ut-

föranden. Under position 1 i rabattlistan har Svanströms prissatt en svart veckokalender till 14,9625 kr. Motsvarande kalender i rött utförande är prissatt till 79,20 kr i bruttoprislistan. Under position 2 i rabattlistan har Svanströms prissatt ett rutat spiralblock till ca 1.87 kr. Samma spiralblock, fast linjerat är prissatt till 27,20 kr i bruttoprislistan. Under position 3 i rabattlistan har Svanströms prissatt korrigeringsfärg till ca 8,93 kr. Samma produkt, fast vattenfärgad är prissatt till 40 kr i bruttoprislistan. Genom att lämna dumpat pris i rabattlistan på dessa tre positioner har Svanströms brutit mot ovan angivet skallkrav.

Kommunen

Förfrågningsunderlaget

Den helt dominerande frågan i detta mål är huruvida anbudsunderlaget är tillräckligt preciserat eller inte och därmed ger utrymme för godtycke och manipulation. Anbudsunderlaget uppvisar sådana brister i nämnt hänseende att kravet på transparens, likabehandling och förutsägbarhet i upphandlingen får anses åsidosatt.

Förfrågningsunderlaget utgör ramen för upphandlingen och anger förutsättningarna och vad som efterfrågas och till vilket pris. Denna ram kan som regel inte ändras i något väsentligt hänseende. Om kommunen, som avsikten nu är, avser att göra väsentliga förändringar i anbudsunderlaget så måste normalt sett upphandlingen avbrytas och därmed göras om. I syfte att förhindra att anbudsgivare manipulerar sitt anbud ska kommunen endast efterfråga generella rabatter baserad på allmänt tillgängliga marknadsprislister. Prislister har upprättats efter eget gottfinnande och i strid med vad som utgör grunden för all offentlig upphandling nämligen likabehandling och att säkerställa att offentliga medel inte används för att diskriminera eller gynna vissa leverantörer eller på annat sätt ta ovidkommande hänsyn.

Uppfyllande av skallkrav

Av Svanströms offererade produkter är det 21 stycken som inte uppfyller kvalitetsnivån alternativt att Svanströms inte har offererat produkten eller offererat fel produkt. Dessa 21 produkter har getts ett belastningspris som motsvarar kommunens nuvarande leverantörs katalogpris för år 2012.

Kommunen instämmer i vad Kontorab anfört om att detta innebär att Svanströms endast offererat 94,84 procent av de 407 produkter som angivits i prisbilagan. Svanströms uppfyller därmed inte skallkravet att minst 95 procent av angivna produkter ska offereras och uppfylla ställda krav. Anbudsgivarens uppfyllande av skallkrav kan inte graderas, utan antingen är kravet uppfyllt eller så är det inte det.

Svanströms

Förfrågningsunderlaget

Förvaltningsrätten i Linköping fann i mål nr 3100-12 att kommunen förvisso överträtt LOU genom att frånga förfrågningsunderlaget vid utvärderingen av Svanströms anbud men att upphandlingens konkurrensuppsökande skede inte påverkats på grund av prismodellen. Det förhållande att kommunen av någon anledning inte är nöjd med resultatet av den utvärderingsmodell som enligt förfrågningsunderlaget ska tillämpas i upphandlingen innebär självfallet inte att någon av anbudsgivarna bryter mot LOU då detta ansvar endast åvilar kommunen. Skälet för att göra om upphandlingen synes i praktiken endast vara att inte den anbudsgivare som lämnat lägst totalt pris tilldelas kontraktet. LOU:s syfte är inte att den upphandlande myndigheten ska göra en bra affär utan huvudsyftet är att säkerställa den fria rörligheten och öppna för konkurrens på lika villkor.

Onormalt lågt anbud

Svanströms offererade pris är inte onormalt lågt utan fullt ut marknadsmässigt. Det saknas utrymme för en upphandlande myndighet att förkasta

ett anbud endast på den grunden att myndigheten inte är nöjd med resultatet av en upphandling. Vidare måste den upphandlande myndigheten, enligt 12 kap. 3 § LOU begära en förklaring innan de förkastar ett orimligt lågt anbud, vilket kommunen inte har gjort.

Uppfyllande av skallkrav

Kommunen har enligt tilldelningsbeslutet godkänt en sådan andel av Svanströms offererade produkter att de uppgår åtminstone till 94,84 procent. Eftersom det i förfrågningsunderlaget endast är fråga om heltal utan decimaler och andelen godkända produkter i anbudet efter sedvanlig avrundning till heltal uppgår till 95 procent ska Svanströms anbud av den anledningen anses möta aktuellt skallkrav. Vidare skulle det inte vara proportionerligt att förkasta Svanströms anbud på denna grund. Den upphandlande myndigheten har ingen möjlighet att upprätthålla ett skallkrav om kravet inte är proportionerligt och ett upprätthållande av kravet skulle gå utöver vad som krävs för att det bakomliggande syftet med kravet ska kunna uppnås.

Såvitt avser de 21 produkter som inte godkänts av kommunen kan konstateras att någon mer utförlig beskrivning av vilken kravnivå som ställs i upphandlingen inte framgår av förfrågningsunderlaget. Detta faktum innebär att kommunens utrymme för att inte acceptera en produkt, med annat än Kontorabs artikelnummer men med motsvarande funktionalitet som sådan produkt, är mycket begränsad. Någon motivering till varför Svanströms produkter i förekommande fall inte skulle uppfylla uppställt kvalitetskrav ges inte av kommunen. Vid en korrekt bedömning erbjuder Svanströms ett produktsortiment vari mer än 95 procent av de offererade produkterna uppfyller ställda krav i upphandlingen.

Avseende position 34 (penna Kul Bic Cristal) i prisbilagan har Svanströms offererat kulpennan Niceday Visible. Någon skillnad i funktion, kvalitet

eller material avseende dessa två modeller föreligger inte och något stöd för att underkänna Svanströms produkt kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget. Svanströms penna innehåller arkivbeständigt bläck och är certifierad enligt ISO 12757-2. Något krav på sådan certifiering framgår dock inte av förfrågningsunderlaget och en sådan kravställning skulle heller inte vara förenlig med LOU.

Avseende position 37 (penna Kul Bic Reaction) i prisbilagan har Svanströms offererat kulpennan Beifa Go Green. Inte heller vad gäller dessa modeller föreligger någon skillnad i funktion, kvalitet eller material. Pennan är gjord av återvunnet material och någon skillnad i detta hänseende synes inte föreligga i förhållande till efterfrågad produkt. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att offererad produkt måste innehålla arkivbeständigt bläck. Det framgår inte heller av tillverkarens hemsida eller av Kontorabs hemsida att den efterfrågade pennen innehåller arkivbeständigt bläck.

Avseende position 125 och 126 (pärm Gaffel Trärygg A4 Jopa) har Svanströms offererat träryggspärmen Standard A4. Kommunen har underkänt Svanströms produkter trots att det inte föreligger någon skillnad i funktion, kvalitet eller material i förhållande till de produkter som efterfrågats. Svanströms har offererat samma produkt avseende positionerna 122 och 123 (pärm Gaffel Trärygg) varvid pärmarna ansetts uppfylla uppställt kvalitetskrav. Något mer långtgående krav av innebörden att pärmarna ska vara tillverkade av visst material eller ha viss funktionsgaranti etc. framgår inte av förfrågningsunderlaget.

Svanströms har numera förvärvats av Office Depot Inc och bolagets firma är numera Office Depot Svenska AB. Till följd härav har Svanströms märke Nordic Office bytt namn till Niceday (positionerna 7, 9, 10, 11, 12, 33, 38, 72 och 99). Någon förändring av Svanströms standardsortiment har

inte detta inneburit i aktuellt avseende. Att en produkt inte utan vidare kan underkännas på grund av senare inträffat namnbyte torde vara självklart.

Svanströms uppfyller de miljökrav som kommunen uppställt i förfrågningsunderlaget. Avseende positionerna 85, 86, 287, 288, 291 och 292 har det inte uppställts något krav på att aktuella produkter ska vara miljömärkta med Svanen-märket.

Avseende position 106 framgår av förfrågningsunderlaget att alla färger ska offereras till samma pris. I förenlighet med uppställd nettoprislista har Svanströms använt sig av ett av artikelnumren som exempelprodukt. Eftersom kommunen krävt att erbjudet pris ska gälla alla färger, gäller angivet pris för samtliga färger.

Avseende position 159 har Svanströms av miljöhänsyn valt att offerera en mapp av polypropylen istället för PVC-material. I förfrågningsunderlaget uppställs inget krav på att produkten måste vara av ett visst material. Av kravet framgår endast att offererad produkt ska uppfylla lägst den funktion, kvalitet och material som hänvisas till.

Avseende position 180 har Svanströms offererat en brevkrog som kan byggas ihop på samma sätt som Kontorabs. Något krav på att brevkorgen ska gå att bygga ihop med just Kontorabs egna produkter finns inte i förfrågningsunderlaget.

Kvalitetskraven kan vidare inte ges sådan räckvidd att det finns utrymme för att förkasta Svanströms anbud, då de uppställda kraven såsom de beskrivits i förfrågningsunderlaget varit så pass vagt utformade. Möjlighet för kommunen att förkasta Svanströms anbud på grund av att antalet godkända produkter understiger angiven nivå om 95 procent har därmed inte förelagat.

När det gäller prissättningen har Kontorab anført att det föreligger en skillnad i pris mellan nettoprislistan och Svanströms nuvarande katalogpriser. Något hinder mot att en anbudsgivare i nettoprislistan erbjuder ett annat pris än sitt katalogpris uppställs inte i förfrågningsunderlaget. Denna fråga har redan prövats av förvaltningsrätten i mål nr 3100-12. När det gäller Svanströms rabattlista är prissättningen förenlig med förfrågningsunderlaget. Något krav på att offererat pris i rabattlistan ska gälla produktens samtliga utföranden föreligger inte avseende positionerna 1, 2 och 3.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerade sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap. 3 § första stycket 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Kontorab har i målet ansökt om överprövning enligt 16 kap. LOU. En sådan ansökan kan bifallas genom att rätten beslutar att upphandlingen antingen ska göras om eller får avslutas först när rättelse har gjorts. Vid valet av dessa åtgärder är rätten inte bunden av det sökanden yrkat i frågan (se bl.a. RÅ 2005 ref. 47). Kommunen som är motpart i målet har anfört att de medger att Kontorabs ansökan om överprövning enligt 16 kap. LOU ska bifallas. Det föreligger därmed en partsvilja i målet. Frågan är därför inledningsvis vilken betydelse detta har för förvaltningsrättens prövning.

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet RÅ 2009 ref. 69 uttalat att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling och att mål om offentlig upphandling har större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna.

Kammarrätten i Jönköping har konstaterat att om motparten anser att en ansökan om överprövning enligt 16 kap. LOU ska bifallas, bör rätten i princip kunna utgå från att den ska bifalla ansökan och besluta om lämplig åtgärd (se Kammarrättens i Jönköping dom den 5 juni 2012 i mål nr 1693-12 och den 5 november 2012 i mål nr 2466-12).

Förvaltningsrätten uppfattar att Högsta förvaltningsdomstolens och kammarrättens avgöranden inte kan tolkas på så sätt att parterna i ett mål om offentlig upphandling själva till fullo kan disponera över processen i förvaltningsdomstol, särskilt då utgången i målet kan ha en direkt inverkan på en annan leverantör. För att så skulle vara fallet talar även det förhållandet att en kommunikering med det bolag, vars anbud eventuellt inte ska komma att beaktas vid en ny utvärdering (jfr Högsta förvaltningsdomsto-

lens avgörande HFD 2011 ref. 29), skulle sakna egentlig mening om domstolen ändå inte skulle kunna beakta vad bolaget anför vid sin bedömning.

Kontorab har i målet gjort gällande att det finns grund för att utesluta vinnande leverantören Svanströms från upphandlingsförfarandet. Svanströms är inte part i målet men har beretts tillfälle att yttra sig. Det har därefter varit en skriftväxling i målet där framförallt Kontorab och Svanströms yttrat sig. Vid en sammantagen bedömning av vad som framkommit i skriftväxlingen finner förvaltningsrätten att det föreligger sådana omständigheter i målet som ger anledning till att avvika från utgångspunkten att parternas gemensamma uppfattning ska gälla. Rätten är således inte bunden av att kommunen medgett bifall till Kontorabs ansökan.

Utformning av förfrågningsunderlag

Kontorab och kommunen har anfört att förfrågningsunderlaget uppvisar sådana brister att kravet på transparens, likabehandling och förutsägbarhet i upphandlingen får anses åsidosatt. Kontorab har gjort gällande att den utvärderingsmetod som använts medför att prissättningen av elva produkter i rabattlistan har getts en oproportionerlig stor vikt. Kommunen har gjort gällande att anbudsunderlaget inte är tillräckligt preciserat vilket ger utrymme för godtycke och manipulation.

Av förfrågningsunderlaget punkten 7.1 framgår att kommunen har angett sin nuvarande leverantörs, Kontorab, artikelnummer istället för att utförligt beskriva varje produkt. Anbudsgivare är välkomna att lämna anbud på produkter av annat fabrikat, dock ska produkterna uppfylla lägst den funktion, kvalitet och material kommunen hänvisar till. Representanter för kommunen kommer att bedöma om detta uppfylls. – I prisbilagan anges artikelnummer för 407 produkter och i bilagan Rabattlista anges artikelnummer för 11 produkter.

Av förfrågningsunderlaget punkten 13 framgår bl.a. följande. Kommunen ska anta det anbud som uppfyller ställda krav och som har lägst pris. Anbudspris räknas ut genom att de i prisbilagan angivna kvantiteterna (cirka årsvolym) multipliceras med offererat nettopris. Utvärdering av rabattsatser kommer att ske på de produkter som finns angivna i bilaga Rabattlista. Bruttopriset minus angiven rabattsats multipliceras med den fiktiva angivna kvantiteten. Summan av ovanstående blir leverantörens offererade anbudspris.

Av principerna om transparens och likabehandling (jfr 1 kap. 9 § LOU) följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr. RÅ 2002 ref. 50).

Förfrågningsunderlagets utformning vad avser anbudsunderlag och utvärderingsmetod får anses vara tillräckligt klart och tydligt formulerat för att det ska anses uppfylla kravet på förutsebarhet enligt principen om öppenhet. Utformningen av utvärderingsmetoden för att räkna fram lägst anbudspris innebär en möjlighet för anbudsgivare att lämna en strategisk prissättning på de produkter som anges i rabattlistan. Förutsättningarna får emellertid anses ha varit lika för anbudsgivarna varför principen om likabehandling inte kan anses ha överträtts. Inte heller i övrigt har omständigheter åberopats som visar att utformningen av förfrågningsunderlaget strider mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Onormalt lågt anbud

Kontorab har gjort gällande att Svanströms på ett otillåtet sätt har lämnat orimligt låga priser på offererade produkter i sitt anbud.

Det finns ingen reglering i upphandlingslagstiftningen som hindrar anbudsgivare från att lägga låga anbud. I stället finns ett förbud mot att automatiskt förkasta onormalt låga anbud. Ett anbud får förkastas först sedan den upphandlande myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar (se 12 kap. 3 § LOU).

Kommunen har i förevarande fall inte funnit anledning att ifrågasätta Svanströms anbud. Vid sådant förhållande har det inte förelegat någon förutsättning för kommunen att förkasta Svanströms anbud på denna grund.

Uppfyllande av skallkrav – 95 procent

Kontorab och kommunen har gjort gällande att Svanströms anbud inte uppfyller skallkravet att minst 95 procent av angivna produkter ska offereras och uppfylla ställda krav.

Av förfrågningsunderlaget punkten 9 framgår bl.a. att minst 95 procent av angivna produkter ska offereras och uppfylla ställda krav. De produkter, utöver de 95 procent, som inte offereras eller inte uppfyller ställda krav kommer vid prisutvärderingen att få ett belastningspris som motsvarar nuvarande leverantörs (Kontorab) katalogpris år 2012.

Av tilldelningsbeslutet den 27 juni 2012 framgår att kommunen har bedömt att 21 stycken av Svanströms offererade produkter inte uppfyller kvalitetsnivån alternativt inte har offererat produkten eller offererat fel produkt. Därmed har kommunen godkänt 386 produkter i Svanströms prisbilaga, vilket utgör 94,84 procent av de 407 angivna produkterna i förfrågningsunderlagets prisbilaga.

Svanströms har gjort gällande att 94,84 procent ska avrundas uppåt till 95 procent och att det skulle vara oproportionerligt att förkasta anbudet på denna grund. Vidare har Svanströms gjort gällande att kommunen har un-

derkänt Svanströms produkter trots att det inte föreligger någon skillnad i funktion, kvalitet eller material i förhållande till de produkter som efterfrågats. Det har därför inte förelegat någon möjlighet för kommunen att förkasta Svanströms anbud på grund av att antalet godkända produkter understiger angiven nivå om 95 procent.

Enligt förvaltningsrättens mening kan en procentsats på 94,84 inte avrundas uppåt så att det uppfyller skullkravet på minst 95 procent. Frågan är därmed om det i målet åberopats sådana omständigheter som visar att Svanströms offererade produkter inte når upp till godkännandenivån på 95 procent. Det är parterna i målet (Kontorab och kommunen) som har att åberopa omständigheter till stöd för att ansökan ska bifallas. Det innebär inte att rätten är förhindrad att beakta vad Svanströms anför i målet som hörd leverantör.

Av förfrågningsunderlaget punkten 7.1 framgår bl.a. att anbudsgivare får lämna anbud på produkter av annat fabrikat än de som anges i prisbilagan. Produkterna ska dock uppfylla lägst den funktion, kvalitet och material kommunen hänvisar till i prisbilagan och rabattlistan. Av punkten 7.2 framgår bl.a. att samtliga offererade produkter ska ingå i leverantörens standardsortiment. Av punkten 11.1 framgår bl.a. att anbudsgivaren ska ange i prisbilagan vilka offererade produkter som är miljömärkta och med vilken miljömärkning, t.ex. Svanen, Blå Ängeln, EU-blomman m.fl. Om egen miljömärkning anges har kommunen rätt att ta in underlag för bedömning av de kriterier märkningen har baserats på.

Av tilldelningsbeslutet framgår att de 21 produkter som kommunen inte har godkänt i Svanströms anbud har följande positionsnummer i prisbilagan: 7, 9, 11, 12, 34, 37, 63, 64, 68, 106, 125, 126, 159, 167, 180, 188, 213, 262, 347, 353, och 368. I målet finns inte någon närmare redogörelse för hur kommunen gjort sin bedömning.

Utifrån de omständigheter som åberopats kring de av Svanströms offererade produkter i prisbilagan kan följande särskilt anmärkas.

När det gäller prisbilagans positioner 34 (Penna Kul Bic Cristal), 159 (Aktmapp PVC A4) och 180 (Brevkorg Transit) får Svanströms offererade produkter anses uppfylla lägst den funktion, kvalitet och material som de efterfrågade produkterna. Pennan har arkivbeständigt bläck och Kontorab har inte framställt uppgifter som visar att den inte är ISO-certifierad. Produkten aktmapp i materialet polypropulen kan inte anses vara sämre i funktion, kvalitet eller material än PVC. Den offererade brevkorgen kan enligt Svanströms byggas ihop på samma sätt som den efterfrågade produkten. Omständigheter som skulle kunna visa att det förhåller sig på något annat sätt har inte lagts fram i målet.

Vidare kan enbart ett namnbyte på Svanströms märke Nordic Office till Niceday, föranlett av förändrade ägarförhållanden, inte medföra att dessa produkter ska underkännas. När det gäller miljömärkning framgår det av förfrågningsunderlaget punkten 11.1 att det inte ställs krav på att en produkt som är miljömärkt i prisbilagan måste vara märkt med just Svanenmärket. Huruvida Svanströms produkter har en annan miljömärkning framgår inte i målet.

Mot bakgrund av ovanstående finner förvaltningsrätten att de i målet åberopade omständigheterna inte visar att Svanströms anbud inte når upp till skullkravet att minst 95 procent av angivna produkter ska offereras och uppfylla ställda krav.

Uppfyllande av skullkrav – prissättning

Kontorab har gjort gällande att Svanströms anbud inte uppfyller kravet att samma nettopris för en produkt ska gälla samtliga utföranden. Detta då

Svanströms offererade produkter i rabattlistan har ett betydligt lägre pris än vad dessa produkter i annat utförande har i bruttoprislistan.

Av förfrågningsunderlaget punkten 9 i nu gällande fråga framgår att om det anges i prisbilagan "Alla färger" ska offererat nettopris gälla produktens samtliga utföranden (färger) vilka har samma bruttopris. Detta kan enligt förvaltningsrättens mening inte utgöra ett skallkrav utan innebär endast att produkter som har flera utföranden i bruttoprislistan omfattas av angivet nettopris om det i prisbilagan (inklusive rabattlistan) är angivet "Alla färger". Vidare kan förvaltningsrätten konstatera att det inte på någon position i rabattlistan är angivet "Alla färger".

Förvaltningsrätten finner att de av Kontorab åberopade omständigheter i målet inte visar att Svanströms anbud brister i uppfyllandet av förfrågningsunderlagets ställda skallkrav på prissättning.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att vad Kontorab och kommunen anfört i målet inte kan föranleda slutsatsen att kommunen har brutit mot bestämmelser i LOU eller de grundläggande EU-rättsliga principerna till skada för Kontorab. Någon åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU kan därför inte bli aktuell. Ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).



Maria Uddenfeldt

Föredragande har varit Marion Kronberg.



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