



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Sune Wennerberg

DOM
 2011 -07- 0 1
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 3851-11E

SÖKANDE

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

MOTPART

Malmö stad
 205 80 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2011 -07- 0 7	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Frans Svanström & Co Aktiebolag AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Malmö stad genomför upphandling av kontorsmateriel, dnr 10/255, med öppet förfarande enligt bestämmelserna i LOU.

Frans Svanström & Co Aktiebolag AB (nedan bolaget) ansöker om överprövning av Malmö kommuns upphandling och yrkar att den ska göras om.

Malmö stad motsätter sig bolagets yrkande.

DOMSKÄL

Relevanta rättsliga bestämmelser m.m.

Bestämmelserna i LOU i dess lydelse efter den 15 juli 2010 är tillämpliga i målet.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att länsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att länsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Relevanta delar av förfrågningsunderlaget

Av Malmö stads förfrågningsunderlag framgår, under punkterna 4.5 och 4.6, att kommande leverantör ska tillhandahålla en specifik katalog endast innehållande upphandlat sortiment. Vidare anges att offererade nettopris-satta produkter minst ska uppfylla de specifikationer/beskrivningar som angetts för respektive produkt i nettoprisbilagan. Nettoprisbilagens hänvisning till nuvarande leverantörens fabrikat och artikelnummer är enligt förfrågningsunderlaget till för att anbudsgivare ska kunna bilda sig en uppfattning om vilken funktion/kvalitet som efterfrågas. I de fall visst fabrikat angetts godtas likvärdig produkt. Mindre avvikelser tolereras så länge det inte blir fråga om att en helt annan produkt offererats eller en produkt med sämre kvalitet och funktion.

Till förfrågningsunderlaget har som bilaga bifogats en artikelspecifikation som ska fyllas i av anbudsgivaren och bifogas till anbudet. I information för artikelspecifikationen anges som skall-krav att minst 95 procent av efterfrågade produkter måste offereras inom respektive avsnitt. Efter korrigering av förfrågningsunderlaget har kravet ändrats till 95 procent totalt uppfyllande av samtliga efterfrågade produkter.

Parternas argumentation

Frans Svanström & Co Aktiebolag AB:

Malmö stad 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 ett kontrakt i upphandlingen.

I upphandlingen finns en bilaga benämnd ”Artikelspecifikation”, i vilken anges vilka varor som omfattas av upphandlingen och vad årsvolymerna är för respektive vara. Specifikationen innehåller 20 flikar med sammanlagt 1 566 olika produkter som ska identifieras och prissättas. Detta är ett enormt krävande och tidsödande arbete. I underlaget har kommunen i princip tagit med allt man handlat under en tolv månadersperiod vilket gör det extremt svårt för andra anbudsgivare än nuvarande leverantör att svara. Om Malmö stad hade valt att komprimera sin varukorg med de mest frekventa artiklarna hade man förmodligen fått fram en varukorg med ca 250–400 produkter. Sedan upphandlar man resterande sortiment med rabatter. Detta hade gjort att både små och stora aktörer i branschen hade haft möjlighet att svara på upphandlingen.

I komplettering till förfrågningsunderlaget anges att minst 95 procent av det totala antalet positionsnummer ska offereras, dvs. 1 488 produkter. Förfrågningsunderlaget innehåller alltså ett absolut krav med innebörden att bolagets sortiment i princip ska vara identiskt med nuvarande leverantörs sortiment för att bolaget ska ha möjlighet att konkurrera om kontraktet. Eftersom förfrågningsunderlaget utformats på så sätt att endast nuvarande leverantör i praktiken kan lämna anbud innebär detta att denne otillbörligen gynnats och att Malmö stad genom utformningen av underlaget inte har skapat någon konkurrenssituation. Ett sådant förfrågningsunderlag strider mot LOU.

Vidare är kravet på att anbud ska innefatta 95 procent av samtliga efterfrågade produkter oproportionerligt i förhållande till det syfte som Malmö stad vill uppnå. För det första är kravet inte någon lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet eftersom det endast gör det möjligt för den befintliga leverantören att delta i upphandlingen. För det andra är kravet inte nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet, så till vida att det finns mindre ingripande alternativ. För det tredje är den negati-

va effekten som kravet får oproportionerligt och överdrivet i förhållande till det eftersträvade syftet. Den onormalt stora mängden artiklar som efterfrågas innebär i princip att alla utom nuvarande leverantör saknar möjlighet att lämna godkända anbud. Enlig bolagets mening är det inte förenligt med LOU att på sätt som Malmö stad gjort kräva att potentiella anbudsgivare anpassar sina sortiment så att dessa blir i princip identiska med nuvarande leverantörs sortiment.

Malmö stad:

Upphandlingen omfattar varor som t.ex. allmänt kontorsmateriel, konferensprodukter, presentationsprodukter och specifika kontorsmöbler åt beställare i Malmö stad, vars mål för den aktuella upphandlingen är att endast upphandla produkter som motsvarar stadens behov av kontorsmaterial. Det eftersträvade syftet är att minska valmöjligheten för stadens beställare att välja alternativa dyrare produkter vilket leder till minskade kostnader. Strategin för den pågående upphandlingen har därför varit att minska bredden avseende utvalt produktsortiment. Produkter ska endast vara möjliga att beställa från en avtalad produktlista omfattande produkter som samtliga har varit konkurrensutsatta i samband med upphandlingen.

Varje produkt som finns specificerad i den avtalade listan ska i samband med anbudsutvärderingen ha granskats, godkänts och beslutats av kommunen. Malmö stad har valt denna strategi bland annat för att kunna styra, kontrollera samt följa upp behovet av inköp av kontorsmateriel och för att förhindra att presumtiva anbudsgivare underprissätter delar av offererat produktsortiment.

Omfattningen av kontorsmateriel definieras på olika sätt av presumtiva leverantörer på marknaden. De allra flesta leverantörer av kontorsmateriel, liksom leverantörer av andra förbrukningsmateriel, har idag mycket breda produktsortiment för att kunna tillgodose alla typer av kunder. Presumtiva

anbudsgivare har möjlighet att erbjuda ett produktsortiment avseende kontorsmateriel som omfattar 5 000–10 000 produkter. Eftersom Malmö stad valt att om möjligt och utan att allt för mycket frångå vald strategi tillgodose presumtiva anbudsgivares önskemål avseende sortimentets innehåll, storlek och avgränsningar, har upphandlingens artikelspecifikation korrigerats vid tre tillfällen. Med tanke på att ett flertal leverantörer på den specifika marknaden har möjlighet att offerera ca 5 000 produkter kan Malmö stads krav på att en anbudsgivare ska kunna offerera minst 1 488 produkter inte medföra någon begränsning. Malmö stads uppfattning är att ett flertal leverantörer som finns etablerade på den aktuella marknaden kan lämna anbud som motsvarar efterfrågat produktsortiment.

Samtliga produkter är beskrivna på ett enkelt, begripligt och lättillgängligt sätt. Artikelspecifikationens hänvisning till nuvarande leverantörs fabrikat ska tolkas som en vägledning. Anbudsgivare ska därigenom kunna bilda sig en uppfattning om vilken funktion/kvalitet som efterfrågas för det fall det skulle uppstå osäkerhet avseende produkten. Anbudsgivare har dessutom haft möjlighet att offerera likvärdig produkt.

Malmö stad har utformat förfrågningsunderlaget helt i enlighet med bestämmelserna i LOU och bolaget kan således inte anses riskera att lida skada. Grund för att bifalla bolagets yrkande finns därför inte.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har anfört att den nuvarande leverantören gynnas av att förfrågningsunderlaget hänvisar till dennes produktkatalog och att det i praktiken endast är denne som kan lämna anbud.

Förvaltningsrätten kan först konstatera att den upphandlande myndigheten har en betydande frihet att definiera föremålet för upphandlingen. Föremå-

let, liksom de krav som ställs, måste dock vara klart definierade i förfrågningsunderlaget.

Att Malmö stad bedömt att deras behov motsvarar ca 1 566 produkter och i förfrågningsunderlaget efterfrågat dessa, med ett tillåtet avdrag på fem procent av produktantalet, strider enligt förvaltningsrätten inte i sig mot bestämmelserna i LOU. Den omständigheten att det medför ett krävande och tidsödande arbete för anbudsgivare att utforma sitt anbud ändrar inte detta förhållande.

När det gäller hänvisningen till den nuvarande leverantörens produkter och artikelnummer och om detta gett denne leverantör en otillbörlig fördel, kan förvaltningsrätten vidare konstatera att det i förfrågningsunderlaget tydligt anges att det är möjligt att erbjuda likvärdiga produkter. Det är i målet inte visat annat än att det på den aktuella marknaden finns ett antal leverantörer som har förmåga och möjlighet att lämna anbud på samtliga de efterfrågade produkterna. Skäl för ingripande på denna grund föreligger således inte.

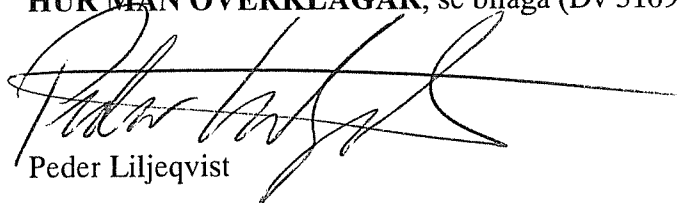
Bolaget har också gjort gällande att kravet på att anbudet ska innefatta 95 procent av samtliga efterfrågade produkter strider mot proportionalitetsprincipen. Så som ovan anförts har den upphandlande myndigheten en betydande frihet att definiera föremålet för upphandlingen. Malmö stad har anförts att man valt den aktuella produktlistan för att kunna styra, kontrollera samt följa upp stadens behov av inköp av kontorsmateriel och för att förhindra att presumtiva anbudsgivare underprissätter delar av offererat produktsortiment. Av utredningen i målet framgår inte heller annat än att det finns ett antal leverantörer som kan uppfylla det aktuella kravet.

Enligt förvaltningsrätten är det inte visat att det aktuella kravet inte skulle vara lämpligt, effektivt och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Den eventuella negativa effekt som kravet kan medföra kan inte heller

anses vara oproportionerlig i förhållande till detta syfte. Det aktuella kravet kan därför inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte finns skäl för att på de av bolaget anförda grunderna bifalla yrkandet om ingripande enligt LOU.

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



Peder Liljeqvist