



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2012-10-23
Meddelad i
Linköping

Mål nr
5016-12

SÖKANDE

Ricoh Sverige AB, 556228-8851
Box 1536
171 29 Solna

Ombud: Advokat Carl Norén
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Östergötland
581 91 Linköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012 -10- 2 4	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 97509

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Östergötlands läns landsting (landstinget) har genomfört en upphandling avseende utskriftsutrustning, dnr UC-2011-198 upphandling av leverans av skrivare, multifunktionsprodukter samt tillhörande tjänster. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande. Anbudsgivare med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antogs som leverantör.

Av tilldelningsbeslut den 20 juli 2012 framgår att landstinget har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Ricoh Sverige AB (bolaget). I upphandlingsprotokollet anges bl.a. att bolagets anbud inte uppfyller krav i förfrågningsunderlagets punkt 3.1.3.1. om utrullning och punkt 3.1.2.1.1. generella krav.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits. Rättelse ska ske på så sätt att anbudet från bolaget tillåts delta vid utvärderingen och att anbud från Atea Sverige AB (Atea) inte beaktas vid utvärderingen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Bolaget har i sitt anbud offererat två stycken skrivare från olika fabrikat vilka uppfyller kravet eftersom offererad drivrutin har full täckning för samtliga funktioner på offererade utrustningar. Bolagets anbud motsvarar därmed ett anbud där samma fabrikat/märke offereras. Kravet på samma fabrikat/märke är uppenbart oproportionerligt och har tillkommit i syfte att

gynna befintlig leverantör till landstinget, Atea. Landstinget har som svar den 2 april 2012 under "frågor och svar", på fråga om olika fabrikat kan accepteras under förutsättning att dessa hanterar en och samma drivrutin som har täckning för samtliga funktioner, informerat att det inte går då det dels är mycket tveksamt att en sådan funktionalitet kan erhållas fullt ut, dels har anbudsgivaren inte kontroll över den framtida utvecklingen vilket kan komma att leda till att funktionalitet försvinner när/om utrustning och drivrutiner utvecklas åt olika håll.

Bolaget har i sitt anbud under punkten 3.1.1.2. bekräftat att man tillhandahåller en universaldrivrutin som har full funktionalitet för samtliga TK förutom TK7. Bolaget har dessutom åberopat en bekräftelse från Samsung som visar att bolaget har en position där man har kontroll över de olika fabrikaten/märkenas utveckling för att garantera den universella drivrutinens oavbrutna fulla funktionalitet. Vidare har bolaget åberopat en utskrift från en Samsung-skrivare som har installerats med "firmware" som har utvecklats tillsammans av bolaget och Samsung för att offererade skrivare av märket Samsung ska kunna fungera med bolagets universella drivrutin. Det är uppenbart att bolagets offererade lösning uppfyller full funktionalitet för samtliga TK och att lösningen därför motsvarar ett anbud där samtliga offererade produkter är av samma fabrikat/märke.

Landstinget har vid utvärderingen av anbudets pris beaktat det pris som anbudsgivarna offererat för återköp av landstingets befintliga utrustning. Enligt punkten 3.1.3.1. i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren rulla ut offererad skrivarlösning till landstingets samtliga verksamheter så att landstinget därefter har en homogen utskriftsmiljö. Landstinget har dock förbehållit sig rätten att göra undantag så att vissa utrustningar inte byts ut. Om en leverantör av HP-utrustning vinner upphandlingen, kommer skrivarna inte bytas ut på samma sätt som om en annan leverantör vinner upphandlingen. Villkoren för återköp kommer i praktiken att tillämpas olika,

beroende på om en leverantör av HP-utrustning vinner upphandlingen eller om en annan leverantör skulle vinna den. Det påverkar i sin tur vilka priser som anbudsgivarna kan erbjuda återköp till. En leverantör av HP-utrustning kommer att behandlas på ett mer fördelaktigt sätt än andra leverantörer. För det fall landstinget funnit det nödvändigt att i samband med upphandlingen reglera villkoren för återköp, hade detta kunnat ske genom att landstinget bestämt ett fast belopp, lika för alla anbudsgivare, för vilket den befintliga utrustningen måste köpas. Genom att koppla utvärderingen till ett återköp av den befintliga utrustningen, där förutsättningarna för återköp kraftigt skiljer sig beroende av om vinnande anbudsgivare är leverantör av HP-utrustning eller ej, har landstinget på ett otillåtet sätt snedvridit konkurrensen.

Utvärderingen av ett pris i ett anbud bör endast avse de varor och tjänster som anbudsgivaren offererar den upphandlande myndigheten, inte ersättningar från anbudsgivaren till den upphandlande myndigheten vid sidan av de upphandlande varorna eller tjänsterna. Om en upphandlande myndighet avser att avyttra varor, bör villkoren för en sådan försäljning inte kopplas till en utvärdering av anbud i en offentlig upphandling.

Ateas anbud har inte innefattat allting som erfordras för en komplett och funktionsriktig leverans enligt kravspecifikationen och uppfyller därmed inte skall-kravet. Atea har inte beskrivit någon tonerkassett avseende TK4 i specifikationen till sitt anbud. Att det på ett annat ställe i anbudet finns en prisuppgift för en obestämd tonerkassett, innebär inte att ett komplett och funktionsriktigt förbrukningsmaterial har offererats i Ateas anbud. Anbudet skulle rätteligen ha förkastats av landstinget.

Landstinget har, utan att dessförinnan kontakta bolaget, gett in delar av bolagets anbud, innehållandes detaljerade uppgifter om bolagets offererade skrivare och prissättning i ett tidigare mål hos förvaltningsrätten. Uppgif-

terna avseende bolagets anbud ingavs till förvaltningsrätten innan tilldelningsbeslut meddelats. Landstinget har därmed brutit mot den s.k. absoluta anbudssekretessen i 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Landstinget har således brutit mot LOU dels genom att förkasta bolagets anbud trots att anbudet uppfyller ställda skall-krav eftersom offererad drivrutin har full täckning för samtliga funktioner på offererade utrustningar, dels genom att tillämpa ett oproportionerligt krav som innebär att bolagets anbud förkastas, dels genom att utvärdera "återköpsfaktor" som ger leverantörer av HP-skrivare en otillbörlig fördel, dels genom att inte förkasta Ateas anbud trots att det inte uppfyller kravet på komplett och funktionsriktig leverans samt genom att bryta mot upphandlingssekretessen. På grund av dessa överträdelser har bolaget lidit eller riskerar att lida skada.

Landstinget

Den universella drivrutin som bolaget offererar i kombination med att bolaget offererat utrustningar från Samsung på anbudspositionerna TK1 – TK3 och från Ricoh på anbudspositionerna TK4 – TK6 innebär att full funktionalitet inte kommer att uppfyllas. Syftet med kravet om att samma offererade utrustningar på positionerna TK1 – TK6 ska vara av samma fabrikat/märke är ostridigt, nämligen att den universella drivrutinen, som ska offereras till utrustningen ska garantera full funktionalitet för nämnda utrustningar. En universell drivrutin som samtidigt garanterar full funktionalitet för flera utrustningar av olika fabrikat eller märken måste vara speciellt anpassad för aktuell kombination av utrustningar. Det innebär att den leverantör som i aktuell upphandling skulle vilja offerera en kombination av utrustningar av olika fabrikat eller märken måste ha en position där denne har kontroll över de olika fabrikatens utveckling för att garantera den universella drivrutinens oavbrutna fulla funktionalitet. Bolaget menar

att det kan garantera den universella drivrutinens fulla funktionalitet för utrustningar av olika fabrikat/märken. Landstinget menar att bolaget inte styrkt sådan garanti och att en sådan garanti överhuvudtaget inte heller kan styrkas av bolaget, då en sådan är beroende av omständigheter utanför bolagets kontroll. Landstinget anser således inte att bolaget har visat att kravet är oproportionerligt.

Landstinget noterar att yttrandet från Samsung den 10 maj som bilagts bolagets inlaga är av högst tvivelaktigt värde, eftersom utfästelsen om funktionalitet i yttrandet inte stämmer överrens med tiden för anbudslämnandet. Landstinget anser att yttrandet från Samsung innehåller reservationer och inte kan anses utgöra bevis för sådan kontroll som bolaget gör gällande. Bolaget råder exempelvis inte över alla protokoll. Således kan ändringar av dessa ske varvid Samsungs utfästelse gentemot bolaget, enligt dess ordalydelse, inte gäller.

Landstinget kan inte se hur det ensidiga förbehållet om att inte byta all utrustning vid ett och samma tillfälle gynnar en HP-leverantör om denne vinner upphandlingen. Tvärtom skulle det kunna innebära, om landstinget nyttjande sin rätt, att en HP-leverantör inte skulle få sälja lika många nya utrustningar som en leverantör av ett annat märke skulle få göra.

Villkoren för återköp är exakt desamma för samtliga anbudsgivare. Bolaget kan inte visa på något annat. Således har konkurrensen inte snedvridits eller likabehandlingsprincipen brutits. Det är av självklara skäl riktigt att för det fall en leverantör som offererar HP-utrustning vinner upphandlingen, så är det inte nödvändigt att byta ut all befintlig utrustning vid ett och samma tillfälle för att erhålla en homogen utskriftsmiljö. Det är dock landstinget som avgör i vilken mån utrustning ska bytas ut, varvid anbudsgivare alltid är bunden av erbjudna återköpspriser. Om landstinget, till följd av resultatet av aktuell upphandling, byter ut samtlig utrustning, vore

det orimligt att inte kostnadsfritt beakta den utrustning som ska bytas ut. Det är helt i linje med övriga kostnader, utöver köpt utrustning, som utvärderas i upphandlingen t.ex. förbrukningsmaterial och elförbrukning. Det är inte klart i vilken omfattning återköp skulle bli aktuellt för en upphandlingsvinnande leverantör, då det påverkas av vilka återköpspriser som leverantören erbjuder. Om vinnande leverantör offererat låga återköpspriser kommer landstinget med stor sannolikhet att välja annan avyttringskanal.

Bolaget menar att Ateas anbud inte uppfyller ett i förfrågningsunderlaget angivet skall-krav. Det framgår av anbudsinfördran, flik 1 sammanställning, att tonerkassett offererats för 1 249 kr. Således ingår toner i Ateas anbud avseende TK4 varvid Ateas anbud är komplett. Eftersom samma tonerkassett används till den skrivare som offererats på TK4 som på anbudsposition TK3 och den därtill offererats till samma pris och med samma prestanda, har landstinget haft fog att göra antagandet att det är samma tonerkassett som offereras till TK3 som offererats till TK4. Atea har även bekräftat att så är fallet.

När landstinget till förvaltningsrätten i mål nr 2420-12 ingav ett dokument som utgjorde del av bolagets anbud, hade bolaget redan i ett tidigare yttrande avslöjat att det lämnat anbud i upphandlingen samt delvis vilken utrustning det offererat. Bilagorna två och tre till aktbilaga 17 i mål nr 2420-12 utgör inte delar av bolagets anbud utan är produktinformation som landstinget själv fått fram.

Landstinget har inte genom utformandet av förfrågningsunderlaget för aktuell upphandling eller genom handläggningen av upphandlingen i övrigt brutit mot LOU, varvid bolaget inte heller lidit eller riskerar lida skada i den mening som avses i LOU. Förfrågningsunderlaget pekar inte i någon riktning avseende leverantör eller särskilt fabrikat/märke. Ställda krav är såväl proportionerliga som likabehandlande.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förfrågningsunderlaget

Av punkt 3.1.2.1.1. i förfrågningsunderlaget framgår att samtliga offererade TK ska vara av samma fabrikat/märke eller motsvarande så att offererad drivrutin har full täckning för samtliga funktioner på offererade utrustningar. Vidare framgår av förfrågningsunderlaget (punkt 3.1.3.1.) att landstinget och antagen anbudsgivare ska komma överens om en tidsperiod under vilken antagen anbudsgivare ska rulla ut offererad skrivarlösning över samtliga köparens verksamheter så att köparen därefter har en homogen utskriftsmiljö. Av punkt 3.1.3.2. i förfrågningsunderlaget framgår att säljaren kan erbjuda sig att återköpa hela eller delar av befintlig utrustningspark.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Offererade maskiner ska vara av samma fabrikat/märke eller motsvarande

En upphandlande myndighet är fri att välja vilka kriterier som ska ingå i anbudsutvärderingen under förutsättning att dessa inte strider mot LOU eller de EU-rättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen, som en av de grundläggande principerna, innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och 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. Av

EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om det 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 något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Landstingets uppställda krav att samtliga offererade TK ska vara av samma fabrikat/märke eller motsvarande, så att offererad drivrutin har full täckning för samtliga funktioner på offererade utrustningar, framstår som både lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet. Förvaltningsrätten finner även att aktuellt krav är rimligt och nödvändigt för att uppnå den eftersträvade funktionaliteten. Vidare finner rätten att eventuella negativa effekter av här aktuellt skall-krav inte är oproportionerliga eller överdrivna jämfört med det eftersträvade syftet. Det aktuella kravet är således förenligt med proportionalitetsprincipen.

Nästa fråga för förvaltningsrätten att ta ställning till är om bolaget uppfyller skall-kravet ifråga. Det är ostridigt att bolaget offererat två olika fabrikat. Utifrån vad som framgår av handlingarna i målet kan det inte anses visat att bolaget har en, under hela kontraktstiden, oinskränkt kontroll över drivrutinen, vilket eventuellt skulle kunna möjliggöra utrustning från olika fabrikat. Därmed kan inte bolagets anbud anses som motsvarande ett där samtliga offererade produkter är av samma fabrikat/märke. Bolaget uppfyller således inte skall-kravet att samtliga offererade TK ska vara av samma fabrikat/märke eller motsvarande så att offererad drivrutin har full täckning för samtliga funktioner på offererade utrustningar.

Återköpspriser

Bolaget har anfört att landstinget vid utvärderingen av anbudens pris beaktat det pris som anbudsgivarna offererat för återköp av landstingets befintliga utrustning. Villkoren, enligt bolaget, för återköp kommer i praktiken att tillämpas olika, beroende på om en leverantör av HP-utrustning vinner upphandlingen eller om en annan leverantör skulle vinna den. Det påverkar i sin tur vilka priser som anbudsgivarna kan erbjuda återköp till. Landstinget anför att villkoren för återköp är exakt de samma för samtliga anbudsgivare. Av utredningen i målet framgår att det för det fall en leverantör som offererar HP-utrustning vinner upphandlingen, så är det inte nödvändigt att byta ut all befintlig utrustning vid ett och samma tillfälle för att erhålla en homogen utskriftsmiljö. Det är dock landstinget som avgör i vilken mån utrustning ska bytas ut, varvid anbudsgivare alltid är bunden av erbjudna återköpspriser.

Villkoren för återköp regleras i punkt 3.1.3.2. i förfrågningsunderlaget där det anges att säljaren kan erbjuda sig att återköpa hela eller delar av befintlig utrustningspark. Landstinget har angett att befintliga utrustningar har ett sammanlagt bokfört värde om drygt fyra miljoner kronor.

Varken LOU eller direktiv 2004/18/EG som lagen baseras på innehåller några närmare föreskrifter om hur en utvärderingsmodell ska vara utformad utöver vad som framgår av 12 kap. 1 och 2 §§ LOU samt artikel 53 i direktivet. En upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att välja kriterier och därmed den utvärderingsmodell som den anser leder till antagandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr mål C-448/01 Wienstrom).

Om landstinget, till följd av resultatet av aktuell upphandling, byter ut samtlig utrustning, är det rimligt att kostnadsmässigt även beakta den utrustning som ska bytas ut. Utrustning med ett sådant värde utgör ett eko-

nomiskt intresse som enligt förvaltningsrättens mening kan medtas i utvärderingen för att fastställa vilken leverantör som erbjuder det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förvaltningsrätten finner inte att konkurrensen har snedvridits på ett otillbörligt sätt eller att likabehandlingsprincipen trätts för när till följd av uppställda villkor för återköp.

Ateas anbud

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga av förfrågningsunderlagets obligatoriska skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Kraven måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Bolaget gör gällande att Atea inte uppfyller skall-kraven genom att inte ange prisuppgift för tonerkassett TK4 i specifikationen, vilket bestrids av landstinget. Det framgår, enligt landstinget, av anbudsinfördran, flik 1 sammanställning, att tonerkassett offererats för 1 249 kr. Följaktligen ingår toner i Ateas anbud avseende TK4 varvid Ateas anbud är komplett.

Enligt förvaltningsrättens mening finns det inte skäl att uppfatta den av Atea angivna anbudssumman på annat sätt än att kostnad för TK4 har angetts. Atea har således angett prisuppgift för efterfrågad produkt och uppfyller därmed skall-kravet. Det finns därmed inte skäl att på av bolaget anförd grund utesluta Atea från utvärderingen.

Sekretess inom upphandling

Bolaget har även gjort gällande att landstinget genom att det i ett tidigare mål lämnat ut handlingar som ingick i bolagets anbud, brutit mot den absoluta anbudssekretessen. Det framgår emellertid inte av ansökan hur en sådan överträdelse ska ha medfört bolaget skada på så sätt som krävs för att förvaltningsrätten ska kunna förordna om åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att bolaget inte visat att landstinget brutit mot bestämmelserna i LOU eller mot de grundläggande principerna på sådant sätt att bolaget lidit eller riskerar att lida skada. Mot bakgrund av det anförda finns det inte skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan härom ska därför avslås.

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



Anders Mellstrand

Föredragandet 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 var till 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 uppgive 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