



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-03-22
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
892-12
Enhet 13

SÖKANDE

Staples Sweden AB, 556091-3591
Box 1777
501 17 Borås

Ombud:

Advokat Thomas Berner
Advokatfirman Lindgren & von Hofsten AB
Box 3
542 21 Mariestad

MOTPART

Järfälla kommun
177 80 Järfälla

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-03-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Staples Sweden AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras vid vilken Frans Svanström & Co AB:s anbud inte ska beaktas.

Dok.Id 218659

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Järfälla kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende försörjning av kontorsmaterial och kontorspapper till alla enheter inom kommunen (dnr Kst 2020/0410). Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling.

Av tilldelningsbeslut daterat den 4 januari 2012 framgår att kommunen har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Staples Sweden AB (bolaget). I tilldelningsbeslutet anges bl.a. att anbudet har utvärderats utifrån priset på efterfrågad varukorg med avdrag för uppvisad service och kvalitet, vilket resulterat i utvärderingsbelopp. Anbudet med det lägsta utvärderingsbeloppet antogs.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska avbrytas och avslutas först efter att rättelse har gjorts. Bolaget yrkar även att förlängd avtalsspärr ska gälla. Bolaget anför till stöd för sin ansökan i huvudsak följande.

Skall-krav

Det vinnande anbudet, Frans Svanström & Co AB:s (Svanströms), uppfyller inte skall-kravet i punkt 6.2 i förfrågningsunderlaget; ”samma produkt får ej offereras på flera positioner”. Ordalydelsen är tydlig och klar och lämnar inget utrymme för tolkning. I Svanströms varukorg har samma produkt (ett USB-minne) offererats på två positioner. Svanströms anbud ska därför uteslutas från utvärderingen.

Miljöcertifikat

I förfrågningsunderlaget punkt 2.12 2.10.2 anges följande;

”Leverantörer som kan uppvisa miljöcertifiering (Svanen, Blå ängeln, EU-blomman eller liknande) kommer att tilldelas kostnadsavdrag i utvärderingen.”

Ordet ”uppvisa” innebär att certifieringen ska förevisas och därmed styrka att respektive artikel har en certifiering/miljömärkning vilket bygger på att vissa specificerade kriterier är uppfyllda. Kriterierna för märket EU-blomman bygger t.ex. på en EU-förordning och syftar till att främja ur miljösynpunkt bättre produkter, något som kravet i förfrågningsunderlaget därmed gynnar. Syftet med en certifiering är att genom oberoende kontroll säkerställa att vissa kriterier uppfylls och därmed undvika en leverantörs subjektiva påståenden. Frågan är därför inte om andra bevis än miljömärkning ska godtas och inte om en artikel är miljömässig även om den inte är märkt med ett oberoende miljömärke. Punkt 6.2 kan endast avse att uppställa villkoret att produkten är miljömärkt.

Enligt kommunens utvärdering har Svanströms uppvisat miljöcertifiering på 36,05 % av produkterna och därför tilldelats ett kostnadsavdrag om 280 000 kr. För skilda produkter har Svanströms angett ”returpapper” samt ”returplast” vilket kommunen, mot ordalydelsen i förfrågningsunderlaget, har bedömt motsvarande t.ex. EU-blomman. Kostnadsavdrag har alltså felaktigt och i strid med förfrågningsunderlaget samt 1 kap. 9 § LOU tilldelats icke miljöcertifierade produkter. Svanströms ska rätteligen tilldelas ett kostnadsavdrag om 0 kr vilket innebär att det vid en korrekt utvärdering är bolagets anbud som ska antas såsom det mest fördelaktiga. Bolaget har, eller kan komma att, lida skada till följd av det felaktiga beslutet.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande.

Skall-krav

Syftet med skall-kravet i punkt 6.2 förfrågningsunderlaget är inte att utesluta en anbudsgivare utan att poängtera att om samma produkt offereras på flera positioner så kommer belastningspris att användas vilket försvårar för anbudsgivaren att vinna upphandlingen. I punkt 6.6 beskrivs tydligt på vilket sätt pris tilldelas på de positioner där pris inte lämnats eller lämnats felaktigt, nämligen genom belastningspris. I samma punkt anges att kommunen har tolkningsföreträde vid tilldelning av belastningspris, något som godkänts av samtliga anbudsgivare. Syftet med belastningspris är att kunna jämföra samtliga anbud på ett rättvist sätt även när vissa positioner i varukorgarna är felaktigt ifyllda. Belastningspris tilldelas på de positioner där leverantörer inte kan leverera produkten eller där ifylld produkt inte överensstämmer med vad som efterfrågats, detta istället för att förkasta hela anbud som i övrigt uppfyller ställda krav. I instruktionen till hur varukorgen ska fyllas i anges att ett anbud kan förkastas om varukorgen fylls i på fel sätt.

På en position offererade Svanströms en produkt (USB-minne om 4 GB) som inte överensstämde med vad som efterfrågades (USB-minne om 2 GB). Kommunen valde att se detta som att ingen produkt var angiven på positionen och istället för att förkasta anbudet tilldelades belastningspris. Det gick trots felet att genomföra en korrekt och likvärdig utvärdering. Utvärderingen har således skett enligt förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Eventuella oklarheter i förfrågningsunderlaget är inte av en sådan art eller omfattning att kravet på affärsmässighet eller övriga krav och principer för offentlig upphandling har åsidosatts.

Miljöcertifikat

Bolagets varukorg hade det lägsta priset men efter kostnadsavdrag hade Svanströms anbud det lägsta utvärderingsbeloppet varför det var deras anbud som antogs. I förfrågningsunderlaget står ingenting om en oberoende part, de exempel på miljöcertifiering som anges i punkt 6.2 visar bara att dessa är att föredra ur en miljösynpunkt. Genom skrivelsen ”och liknande” har det förtydligats att även andra miljömärkningar godkänns. Kommunen har godkänt samtliga erkända miljöcertifieringar samt produkter med motsvarande teknisk dokumentation i enlighet med 6 kap. 7 § LOU. Enligt paragrafen ska andra bevis än redan erkända miljömärken godtas. Förarbeten, doktrin samt den tidigare tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling, NOU, har slagit fast att en produkt kan vara miljömässig även om den inte är märkt med ett oberoende miljömärke.

Svanströms erbjöd i sitt anbud en stor mängd miljömässiga produkter av vilka en del var märkta med deras egen miljöcertifiering Lövet. Till anbudet bifogades teknisk dokumentation vilken bygger på uppgifter från tillverkaren och som visar att produkterna är tillverkade av returmaterial. Efter granskning av dokumentationen ansåg kommunen det tydliggjort att ”returpapper” och returplast” motsvarar de i förfrågningsunderlaget uppräknade miljömärkena samt andra etablerade miljömärken på marknaden. Bolaget hade samma motivering angående deras produkter märkta med certifieringar från oberoende part; att produkterna var tillverkade av återvunnet material. Kommunen har således utfört utvärderingen i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Svanströms, som fått tillfälle att yttra sig i målet, yrkar att ansökan avslås eftersom upphandlingen har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU. Till stöd för sin inställning anför Svanströms i huvudsak följande.

Skall-krav

Svanströms har tolkat skall-kravet "samma produkt får ej offereras på flera positioner" som att kommunen önskar en variation bland de offererade produkterna så att deras användare ska få ett större urval. Svanströms resonerade att ett USB-minne som kan lagra 2 GB eller 4 GB inte har något variationsvärde och offererade därför det större istället för det mindre. Eftersom den offererade är en bättre och dyrare produkt tillför detta inte några fördelar för Svanströms. Svanströms påpekade även att de erbjudit samma produkt två gånger i anbudet. Svanströms tolkade vidare förfrågningsunderlaget på samma sätt som kommunen; att eventuella fel skulle åtgärdas genom belastningspriser. Om de hade tolkat förfrågningsunderlaget på samma sätt som bolaget hade de lämnat positionen tom och även då vunnit upphandlingen. Det skulle strida mot proportionalitetsprincipen och vara orimligt att förkasta ett anbud på grund av att det bland över 320 artiklar på en position har erbjudits en bättre produkt än vad som efterfrågats.

Miljöcertifikat

Svanströms har hållit sig till dels de officiella märkningarna som till exempel Svanen och dels artiklar med officiella miljösymboler som till exempel återvunnen plast, en symbol som är välkänd för var och en. Svanströms har även använt sig av en annan välkänd symbol; propylen plast.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 16 kap. 6 § LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 gjorts.

Enligt 16 kap. 8 och 10 §§ gäller, om en ansökan om överprövning har gjorts, en förlängd avtalsspärr under handläggningen i förvaltningsrätten. Den upphandlande myndigheten får inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Bolaget gör gällande att vinnande anbudsgivare, Svanströms, inte har uppfyllt skall-kravet i punkt 6.2. förfrågningsunderlaget med lydelsen; ”samma produkt får ej offereras på flera positioner”. Det är ostridigt att Svanströms på två olika positioner har offererat samma produkt. Kommunen gör gällande att syftet med kravet var att poängtera att belastningspris skulle tilldelas om samma produkt offererades på flera positioner. Svanströms uppger att de tolkat förfrågningsunderlaget på så sätt att eventuella fel skulle åtgärdas genom tilldelning av belastningspris. I punkt 6.6 förfrågningsunderlaget beskrivs på vilket sätt priset på produkterna ska anges. Vidare anges följande;

”För de positioner där pris inte lämnats tillämpas ett belastningsvärde genom påslag enligt kommunens gällande avtalspris. Förutom gällande priser görs ett påslag med 50 procent per samtliga varugrupper. Belastningsvärdet ska i förekommande fall endast fyllas i av kom-

munen. Belastningspriset multipliceras med angiven volym och summeras med anbudets övriga prissättning av varugruppen. (Beräkningsexempel: Vara som anbudsgivaren inte lämnar pris på, och som i nuvarande avtal kostar t.ex. 10 kr per enhet genererar ett belastningsvärde på 15 kr per enhet.) /.../ Kommunen har i annat fall tolkningsföreträde då belastningsvärde ska delges i tom position”

I beskrivningen av när och hur belastningsvärde tilldelas anges att detta tilldelas då det inte lämnats något pris på en position. Det anges inte att så kan bli fallet då en produkt offererats på flera positioner eller då anbuds-specifikationen är felaktigt ifylld på andra sätt. Kommunens tolkningsföreträde gällande belastningsvärde gäller enligt förfrågningsunderlaget dessa situationer, dvs. då inget pris har lämnats på en position. Punkt 6.6 i förfrågningsunderlaget kan därmed inte tolkas på annat sätt än att belastningsvärde endast tilldelas då en position har lämnats tom utan prisangivelse och inte vid några andra omständigheter.

Svanströms gör gällande att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen om deras anbud blev uteslutet från prövningen på grund av att de offererat en bättre och dyrare produkt än den som efterfrågats. Svanströms har dock inte gjort gällande att skall-kravet i sig skulle vara oproportionerligt i förhållande till sitt syfte. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. En upphandlande myndighet får inte pröva ett anbud som inte uppfyller ställda krav; ett sådant anbud ska uteslutas från prövningen (jfr Sundstrand, Offentlig upphandling – LOU och LUF, första upplagan, 2010, s. 175). I enlighet härmed anges det i förfrågningsunderlaget punkt 2.10 att endast de anbud som uppfyllt samtliga skall-krav kvalificeras och går vidare till utvärderingen.

Allmänna avdelningen

Det är ostridigt att Svanströms har offererat samma produkt på två positioner. Svanströms anbud kan därmed inte anses uppfylla det aktuella skalkravet. Kommunen har trots detta inte uteslutit anbudet från prövningen. Med hänsyn till det anförda finner förvaltningsrätten det visat att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom Svanströms delaktighet i utvärderingen har haft avgörande betydelse för utgången får det anses visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed.

Den brist som konstaterats kan inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan istället det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud ska göras. Det är därför tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att en ny utvärdering sker utan beaktande av anbudet från Svanströms (jfr RÅ 2005 ref. 47). Bolagets ansökan ska därför bifallas i enlighet härmed.

Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva de övriga invändningar som bolaget framställt i sin begäran om överprövning.

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

Magnus Schultzberg

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Sara Westberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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