



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Föredragande: C. Andersson

DOM
2012-03-12
Meddelad i
Luleå

Mål nr
1-12
D5

SÖKANDE

RICOH Sverige AB, 556228-8851

Ombud: Advokat Carl Norén
Eversheds Södermark Advokatbyrå AB
Box 14055
104 40 Stockholm

MOTPARTER

1. Kiruna kommun
981 85 Kiruna
2. Toshiba Tec Nordic AB, 556091-2106
Box 1488
171 28 Solna
3. Xerox Sverige AB, 556052-5171
Box 904
194 29 Upplands Väsby

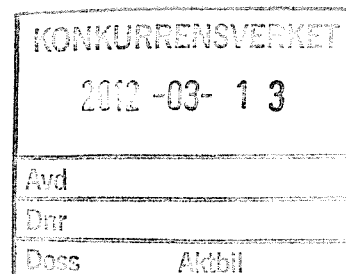
SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 2 januari 2012 gäller inte längre.



BAKGRUND

Kiruna kommun (kommunen) har avropat "Leveransavtal skrivare 2011-11" från Kammarkollegiets ramavtal avseende skrivare, kopiatorer och tjänster (SKT09). Enligt tilldelningsbeslutet som meddelades den 23 december 2012 tilldelades KTM Mercur i Kiruna AB/Toshiba upphandlingen. Tre anbudsgivare inkom med anbud, däribland Ricoh Sverige AB.

Förvaltningsrätten beslutade den 2 januari 2012 att Kiruna kommuns upphandling "Leveransavtal skrivare 2011-11" inte får avslutas/avtal inte får ingås innan förvaltningsrätten bestämt något annat.

YRKANDEN M.M.

Ricoh Sverige AB (Ricoh)

Ricoh Sverige AB (Ricoh) har ansökt om överprövning och i första hand yrkat att upphandlingen "Leveransavtal skrivare 2011-11" inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att anbuden från KTM Mercur i Kiruna AB/Toshiba (Toshiba) och Svenska Civildatalogerna AB/Xerox (Xerox) inte ska beaktas vid utvärderingen. I andra hand yrkar Ricoh att upphandlingen ska göras om. Ricoh har även yrkat att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Ricoh har anfört bl.a. att såväl Toshiba som Xerox avropssvar inte uppfyller ska-kraven i upphandlingen. Kommunen skulle därför rätteligen inte låtit avropssvaren från dem vara med i utvärderingen. Kommunen har genom sitt handlande brutit mot LOU. På grund av denna överträdelse har Ricoh lidit eller riskerat att lida skada.

Toshibas anbud

Den av Toshiba offererade produkten ”OKI ES3640a3” uppfyller inte de obligatoriska krav som ställs i upphandlingen. Det är tydligt att kraven i punkterna 3.2.1 och 3.2.2 i förfrågningsunderlaget avseende ”Utskriftsteknik” respektive ”Nominell hastighet” inte är uppfyllda av Toshiba och att Toshibas anbud därmed rätteligen skulle ha förkastats.

Denna produkt hanterar inte utskriftstekniken ”Laserskrivare färg”, vilket är ett ska-krav, utan skrivaren använder så kallad LED-teknik och är en helt annan utskriftsteknik än den som finns i en laserskrivare. Det är därmed uppenbart att produkten som offererats av Toshiba inte är en laserskrivare och att ska-kravet för produkten ”Utskriftsteknik (fördefinierad)” i punkten 3.2.1 inte är uppfyllt.

Vidare har prestandakrav avseende nominell hastighet angetts i punkten 3.2.2 för produkten ”Korridor Färg” till ”minst 40 A4/min” och kravet är definierat som ett ska-krav.

Den produkt Toshiba offererat klarar inte att skriva ut 40 A4-sidor per minut utan har en kapacitet om 36 A4-sidor per minut. Det är utskrivningshastigheten avseende färgsidor som är relevant, eftersom den efterfrågade produkten är en färgskrivare. Det är därmed uppenbart att produkten ”OKI ES3640a3” inte uppfyller ska-kraven i upphandlingen.

Xerox anbud

Den av Xerox offererade produkten ”Phaser 3250V_DN” uppfyller inte de obligatoriska ska-krav som ställs på avropsblankettens 3.2.9 eftersom produkten inte är utrustad med en kontrollpanel med visningsfönster som visar gjorda inställningar och där enhetens olika inställningsmöjligheter kan ställas.

Slutsats

Eftersom avropssvaren från Toshiba och Xerox inte har uppfyllt de obligatoriska krav som ställs i avropsförfrågan, har kommunen inte haft rätt att utvärdera avropssvaren. Genom att kommunen ändå har utvärderat avropssvaren, har kommunen brutit mot principen om objektivitet och likabehandling. Om förvaltningsrätten skulle anse att Toshiba och Xerox avropssvar har uppfyllt kraven i avropsförfrågan, måste dessa krav anses som så otydliga och meningslösa att dessa står i strid mot principen om transparens.

Kommunen

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande.

Toshibas anbud

Det framgår av förfrågningsunderlaget punkt 3.2.1 att efterfrågad teknik kan antingen vara bläckstråle/motsvarande eller laser/motsvarande, eller annan för ändamålet lämplig. Toshiba produkt "OKI ES3640a3" använder sig av LED-teknik – vilket kommunen anser ryms inom definitionen "laser/motsvarande". I en LED-skrivare belyses trumman av led-lampor medan en laserskrivare använder sig av en roterande spegel med laserstråle som belyser trumman. I övrigt är tekniken likvärdig. Produkten uppfyller således – enligt kommunens mening – upphandlingens ska-krav.

Vad gäller prestandakravet – nominell hastighet – har kommunen angett "minst 40 A4/minuten" som ett ska-krav för produkttypen "Korridor Färg". Kommunen har inte specificerat detta till att gälla vare sig färg- eller svartvita utskriften. Av förfrågningsunderlagets 3.2.2 framgår att kravet avser den högsta hastighet A4-sidor per minut som skrivaren kan prestera i uppvärmt läge. Inte heller här görs någon skillnad på färg- eller svartvita ut-

skrifter. Den av Toshiba offererade produkten har en högsta hastighet på 40 A4-sidor per minut och uppfyller därför nämnda ska-krav enligt kommunen.

Xerox anbud

Xerox har i sitt avropssvar uppgett att deras offererade produkt "Phaser 3250V_DN" uppfyller nämnda krav. Kommunen har inte haft anledning att ifrågasätta detta tidigare. Efter att ha tagit del av Ricohs skrivelse konstaterar kommunen att Xerox avropssvar rätteligen inte skulle ha beaktats vid utvärderingen. Kommunen anser därför att Xerox avropssvar skulle ha förkastats eftersom den offererade produkten inte uppfyller prestandakravet i punkten 3.2.9.

Slutsats

Kommunen anser att Toshiba's avropssvar uppfyller samtliga ställda ska-krav samt att alla uppställda krav är tillräckligt tydliga och meningsfulla för att uppfylla principerna om transparens och proportionalitet. Att förkasta Xerox avropssvar skulle inte ge något annat resultat vid utvärderingen av de kvalificerade avropssvaren – Toshiba's avropssvar skulle fortfarande tilldelas högst poäng vid utvärderingen.

Toshiba

Toshiba har i yttrande motsatt sig vad som anförs i ansökan om överprövning.

Xerox

Xerox som också fått tillfälle att yttra sig, har anfört att Xerox inte anser sig uppfylla de krav som framgår av punkten 3.2.9 i förfrågningsunderlaget.

Ricoh har i bemötande av kommunens och Toshiba's yttrande bl. a. anført följande.

Kommunen och Toshiba gör gällande att LED-tekniken motsvarar lasertekniken och att skrivaren därför skulle uppfylla ska-kravet. Ricoh bestri-der att LED-tekniken motsvarar lasertekniken. Som framgår av yttrandena från kommunen och Toshiba, används led-lampor i en skrivare med LED-teknik medan en laserstråle används i en skrivare med laserteknik. En skri-vare som inte har en laserstråle skiljer sig därför på ett avgörande sätt från en laserskrivare, vilket har betydelse för kvalitet och tillverkningskostnad m.m. Det föreligger även skillnad i utskriftskvalitet, t.ex. är en utskrift med laserteknik mer beständig direkt efter utskrift (texten "kladdar" inte lika lätt). Även om det skulle vara så att LED-tekniken skulle anses motsvara laserteknik, ger inte kommunens förfrågningsunderlag utrymme för någon annan teknik än laserteknik. Det utdrag ur ramavtalsbilaga 13 – SKT09 (förfrågningsunderlaget) som kommunen och Toshiba åberopar, anger endast vilka möjligheter den upphandlande myndigheten har att ställa krav på utskriftsteknik. Vilka krav som ställs i det enskilda fallet är upp till re-spektive upphandlande myndighet. I förfrågningsunderlagets punkt 3.1 anges att definierade tekniska krav "är möjliga, för en avropande organisat-ion, att ställa vid den förnyade konkurrensutsättningen". Det anges att den avropande organisationen kan, i samband med de avrop som sker under ramavtalsperioden, välja att ge kraven status av antingen ska-krav, eller bör-krav, eller att inte beakta dem över huvud taget. I den aktuella upp-handlingen har kommunen krävt att utskriftstekniken ska vara "Laserski-vare färg", och angett i punkten 3.2.1 i avropsblanketten att kravet är ett ska-krav. Om kommunen hade velat att någon "motsvarande" teknik skulle accepteras, hade kommunen kunnat ange detta i avropsblanketten.

Avseende nominell hastighet är det ostridigt att skrivaren presterar endast 36 sidor per minut i färg. Kommunen och Toshiba gör dock gällande att den offererade skrivaren uppfyller kravet eftersom skrivaren kan skriva ut 40 svartvita sidor per minut. Den efterfrågade produkten är ”Korridor Färg” – alltså en skrivare som ska användas för färgutskrifter. Den enda rimliga tolkningen är att Toshiba:s skrivare inte uppfyller kravet vid utskrift i färg. Anbudet från Toshiba ska därför förkastas.

För det fall att förvaltningsrätten anser att kravet inte innebär att hastigheten måste vara uppfylld vid utskrift i färg – är kravet i vart fall så otydligt att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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. 1 § första stycket LOU (i tillämplig lydelse) får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Enligt 16 kap. 5 § LOU (i tillämplig lydelse) ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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 lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ricoh har gjort gällande att Toshiba:s produkt ”OKI ES3640a3” inte uppfyller de obligatoriska kraven som ställs på avropssvaren enligt avropsblanketten vad gäller både utskriftsteknik och nominell hastighet.

Av upphandlingsföreskrifterna i förfrågningsunderlaget anges i punkten 1.3 bl. a att ”I upphandlingen kommer att ställas ett antal krav som är obligatoriska för alla produkter som säljs inom ramen för ramavtalet. Utöver dessa obligatoriska krav finns ett antal krav på produkter som kan användas i samband med avrop, i syfte att specificera de produkter som den avropande organisationen har behov av. Kraven på produkterna anges i avsnitt 2 och 3 nedan. Samtliga de krav som ställs på produkter och tjänster i samband med ramavtalsupphandlingen är möjliga att ställa även vid avrop, då kraven lämpligen preciseras med hänsyn till den specifika avropssituationen. Helt nya, i ramavtalsupphandlingen ej alls förekommande krav kan ej ställas vid avrop.”

Vidare anges i förfrågningsunderlagets punkt 3.1 bland annat att ”Nedanstående krav är de krav som är möjliga, för en avropande organisation, att ställa vid den förnyade konkurrensutsättningen.” Nedan under prestandakrav anges i punkten 3.2.1 vad gäller utskriftsteknik att ”Efterfrågad teknik kan antingen vara bläckstråle/motsvarande eller laser/motsvarande, eller annan för ändamålet lämplig.” Vad gäller nominell hastighet anges att ”Den högsta hastighet (A4/Letter-sidor per minut) som skrivaren kan prestera i uppvärmt läge.”

I avropsblanketten anges vad gäller prestandakravet utskriftsteknik under punkten 3.2.1 som krav ”laserskrivare färg” samt att typen av krav är ett ska-krav. Vidare som krav av ”nominell hastighet” anges under punkten 3.2.2 ”minst 40 A4/minuten” samt att typen är ett ska-krav. I instruktionen

för dessa krav anges bland annat att ”*Specifikation och förklaring av respektive krav återfinns i avsnitt 3 i förfrågningsunderlaget.*” Samt att siffran efter varje krav exempelvis 3.2.1 hänvisar till en punkt i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterar att i hänvisad punkt 3.2.1 i förfrågningsunderlaget gällande utskriftsteknik hänvisas till – såsom kommunen uppgett – till laser/motsvarande, eller annan för ändamålet lämplig teknik. Det framgår således inte att endast laserteknik kan godtas varför förvaltningsrätten anser att Toshiba's produkt ”OKI ES3640a3” uppfyller kravet vad gäller utskriftsteknik.

Vad gäller nominell hastighet är det ostridigt att produkten Toshiba's produkt ”OKI ES3640a3” presterar 36 sidor per minut i färg och 40 sidor per minut i svartvitt. Kommunen har yttrat att det i upphandlingen inte ställs krav på vare sig färg- eller svartvita utskrifter. Kommunen och Toshiba har anfört att produkten därför uppfyller kravet på nominell hastighet om 40 sidor per minut.

Ricoh har gjort gällande att eftersom den efterfrågade produkten är ”Korridor Färg” – alltså en skrivare som ska användas för färgutskrifter – är den enda rimliga tolkningen av kravet avser färgutskrifter. Förvaltningsrätten anser att det i och för sig inte specifikt anges att den nominella hastigheten under punkten 3.2.2 i avropsblanketten avser 40 sidor per minut i färg eller svartvitt. Toshiba's produkt uppfyller därför enligt förvaltningsrättens mening det ställda ska-kravet om nominell hastighet. Förvaltningsrätten anser däremot att såsom avropsblanketten är utformad kan kravet på nominell hastighet med fog tolkas på så sätt som Ricoh gjort gällande. I avropsblanketten görs skillnad på ”Korridor Färg” och ”Korridor Svartvitt” varför den rimliga tolkningen är att ”Korridor Färg” avser utskrifter i färg.

Förvaltningsrätten anser att det med de av Ricoh anförda skälen är visat att aktuellt förfrågningsunderlag inte är så transparent att det kunnat utläsas att även svartvita utskrifter kunnat godkännas vid nominell utskrift gällande ”Korridor Färg”. Ricoh har därmed visat att bolaget i vart fall kunnat komma att riskera lida skada på grund av kommunens agerande.

Förvaltningsrätten finner således att kommunen har brutit mot principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU och att Ricoh får anses i vart fall ha riskerat att lida skada på grund härav. Grund för ingripande enligt 16 kap. 5 § LOU föreligger därför. Ansökan om överprövning ska därför bifallas.

Eftersom felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

Med denna utgång i målet saknar frågan om huruvida Xerox anbud uppfyller de i upphandlingen ställda ska-kraven betydelse.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C)


Britt Dahlin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 nå 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.