



KLAGANDE

Lyreco Sverige AB, 556303-6341

Ombud: Advokat Jerker Alm och biträdande jurist Michelle Green
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Malmö kommun
205 80 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 19 maj 2017 i mål nr 1215-17, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Lyreco Sverige AB yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om och anför följande. Malmö kommun har inte haft skäl att övergå till ett förhandlat förfarande. Bristerna i respektive anbud hänför sig till

själva upphandlingsföremålet, dvs. det är fråga om brister i obligatoriska materiella krav på produkterna. Detta förhållande täcks inte av någon av punkterna som anges i 4 kap. 2 § 1 a–h lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, vilket är en nödvändig förutsättning för att bestämmelsen ska kunna tillämpas. Anbudet från Staples Sweden AB uppfyller inte de obligatoriska kraven och borde därför rätteligen ha förkastats.

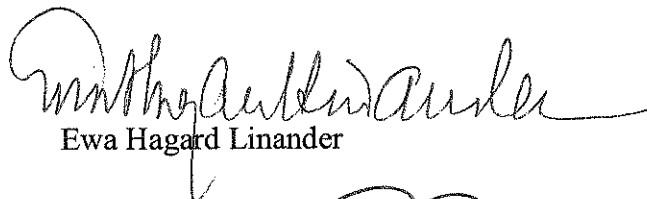
Bolaget har lidit skada av kommunens förfarande.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

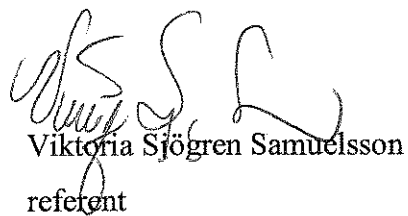
Enligt 4 kap. 2 § första stycket LOU får förhandlat förfarande under vissa förutsättningar användas om de anbud som lämnats in är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs under punkterna a–h i bestämmelsen. Av ordalydelsen framgår att grunderna är alternativa. I det här fallet har inget av de inlämnade anbuden ansetts uppfylla samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och har därmed varit ogiltiga. Kommunen har därför, som förvaltningsrätten också konstaterat, haft skäl att övergå till ett förhandlat förfarande.

Kammarrätten instämmer även i övrigt i förvaltningsrättens bedömning. Det betyder att den överklagade domen ska stå fast.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Ewa Hagard Linander



Viktoria Sjögren Samuelsson
referent



Eva Bertelsen



/Markus Zander



SÖKANDE

Lyreco Sverige AB, 556303-6341
Sjöåkravägen 27
564 31 Bankeryd

Ombud: advokaten Jerker Alm och biträdande juristen Michelle Green
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Lyreco Sverige AB s ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Malmö stad genomför upphandling avseende kontorsmateriel. Upphandlingen genomfördes inledningsvis enligt reglerna om öppet förfarande LOU. Sedan inget av de två inkomna anbuden har bedömts uppfylla samtliga obligatoriska krav i upphandlingen har Malmö stad valt att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Enligt tilldelningsbeslut den 27 januari 2017 ska kontrakt tilldelas Staples Sweden AB (Staples).

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Lyreco Sverige AB (Lyreco) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Till grund för ansökan anförs i huvudsak följande. Malmö stad har felaktigt övergått från ett öppet förfarande till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. LOU. Staden har vidare felaktigt antagit Staples anbud. Anbudet borde rätteligen ha förkastats då det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Lyreco har lidit skada då Malmö stad felaktigt antagit Staples anbud. Upphandlingen ska rätteligen göras om.

För att en upphandlande myndighet ska ha rätt att övergå från ett öppet till ett förhandlat förfarande krävs att någon av de situationer som är angivna i 4 kap. 2 § 1 LOU är för handen. I ursprungsläget när anbuden gavs in förelåg brist i såväl Lyrecos anbud som i Staples anbud beträffande positionerna 31 respektive 33. Det var fråga om brister i uppfyllelse av materiella krav. Denna situation täcks inte av uppräknningen i 4 kap. 2 § 1 LOU. Listan med punkter som uppräknas i paragrafen är uttömmande. Staden har därför inte haft möjlighet att övergå till förhandlat förfarande enligt denna bestämmelse. Om så vore fallet hade EU-domstolens utslag i mål C-561/12, vari konstateras att förhandling inte får föras med anbuds-

givare vars anbud inte uppfyller obligatoriska krav, närmast helt saknat värde. Redan i detta skede skulle anbuden ha förkastats och ny öppen upphandling ha annonserats.

Av Staples anbud framgår att Staples, precis som Lyreco, offererat hålslag i fel färg. Det av Staples offererade hålslaget är av färgen krom/svart medan den efterfrågade färgen är vit/svart. Färgen avviker väsentligt från den efterfrågade produkten. Ett hålslag med färgkombinationen svart/vit kan inte anses likvärdigt ett hålslag med färgkombinationen svart/krom. Färgkombinationen svart/krom är 100 % mörk i färgen medan färgkombinationen svart/vit är 50 % ljus. Position 33 är en obligatorisk position som ska offereras för att anbudet ska godtas. Malmö stad har i frågor och svar angivit att om färg anges ska produkten ha denna färg eller snarlik färg. Således är krav på färg ett obligatoriskt krav. Anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven får inte antas. I det öppna förfarandet offererade Lyreco för position 31 ett svart hålslag istället för ett vitt, vilket inte godkändes. Staples anbud hade en brist ifråga om position 33 såväl vid övergången till förhandlat förfarande som vid den slutliga utvärderingen. Bristen i Staples anbud motsvarar den brist som förelåg i Lyrecos anbud i det öppna förfarandet. Malmö stad skulle ha förkastat även Staples anbud.

I fall av konstaterad bristande kravuppfyllelse från båda anbudsgivarna har det ålegat Malmö stad att genomföra en ny upphandling. Lyreco hade haft möjlighet att erhålla kontrakt i en ny upphandling. Denna möjlighet har bolaget gått miste om och det föreligger därmed skäl för ingripande

Malmö stad bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU. I upphandlingen inkom anbud från Lyreco och Staples. Vid utvärderingen konstaterades att inget av anbuden uppfyllde ställda obligatoriska produktkrav, vilket innebar att inget anbud kunde godtas som giltigt. Att respektive anbud uppvisade brist som

medförde ogiltighet är ostridigt mellan staden och respektive anbudsgivare. Då båda anbudsgivarna uppfyllde kraven i 10 kap och 11 kap. LOU valde staden att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 6 § LOU. Att övergå till förhandlat upphandlingsförfarande när båda anbuden var ogiltiga på grund av brister beträffande efterfrågade obligatoriska produkter är helt i enlighet med relevanta bestämmelser i LOU. De förutsättningar som gällde för det nya förfarandet har kommunicerats tydligt till anbudsgivarna som godtog förfarandet. Övergången har gynnat anbudsgivarna som gavs samma möjlighet att korrigera sina respektive brister i anbuden. Anbudsgivarna har behandlats lika och staden har sakliga grunder för godkännandet respektive underkännandet av respektive artiklar.

Sökanden har på inte sätt visat på vilket sätt övergången till förhandlat förfarande har varit till skada för bolaget. Vid övergången till förhandlat förfarande fick anbudsgivarna information om vilka positioner som underkänts och vilka som godkänts och därför inte behövde justeras. När de korrigerade anbuden inkommit kunde staden konstatera att Staples korrigerat sitt anbud och nu uppfyllde ställda krav medan Lyrecos anbud fortfarande var ogiltigt då den påtalade bristen beträffande en av de obligatoriska artiklarna inte hade korrigerats. Vinnande anbudsgivare uppfyller ställda krav och har offererat lägst pris. Den produkt som Staples offererade på position 33 uppvisade en avvikelse från efterfrågad produkt genom att hälften av produkten var svart och resten kromfärgad. Den artikel som efterfrågades på position 33 var ett hålslag ämnat för gemensamt bruk med färgangivelse "vit/svart". Referensprodukten var hälften svart hälften vit. Staden gjorde bedömningen att den av Staples offererade färgkombinationen var snarlik och godkände produkten som likvärdig. I förfrågningsunderlaget anges tydligt att staden avgör likvärdigheten samt att mindre avvikelser tolereras. Anledningen till att tillåta mindre avvikelser var

att upprätthålla konkurrensen då specifikationerna till de 1 200 efterfrågade produkterna utgår från sortimentet hos befintlig leverantör, Lyreco. Det saknas skäl att underkänna en något avvikande färgkombination för position 33. Underkännande av färgavvikelsen för denna position - vilken ursprungligen godkännts varför Staples inte givits möjlighet att korrigera positionen - hade medfört ett förkastande av Staples anbud, vilket framstår som helt orimligt.

Vad gäller position 31 är detta inte en obligatorisk position och produkt som inte godkänns åsätts belastningspris. På position 31 efterfrågas hålslag i vit färg. På position 30 och 32 efterfrågas hålslag i svart färg. Baserat på inköpsstatistik konstaterades att behov föreligger av hålslag i vit, alternativt ljusare, färg. Ett svart hålslag är inte likvärdigt ett vitt. Lyreco har i det förhandlade förfarandet valt att inte offerera någon produkt på position 31 och har därför fått ett lägre belastningspris och ett mer konkurrenskraftigt pris än om en icke godkänd produkt offererats. Lyreco har inte lidit skada av denna bedömning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se punkten 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

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 proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten 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.

Enligt 4 kap. 2 § LOU första stycket får förhandlat förfarande med föregående annonsering användas om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i

- a. 1 kap. 10 § andra stycket om att juridiska personer i vissa fall ska uppge namn och yrkeskvalifikationer på personer som ska utföra en tjänst som omfattas av upphandlingen,
- b. 6 kap. 9 § andra och fjärde styckena om att otillåtna alternativa anbud inte får beaktas respektive att endast alternativa anbud som uppfyller ställda minimikrav får beaktas,
- c. 6 kap. 11 § om att en anbudsgivare ska ange hur stor del som kan komma att läggas ut på tredje man,
- d. 6 kap. 12 § andra stycket om att anbudsgivare och anbuds - sökande ska bekräfta att hänsyn tagits till bestämmelserna om arbetarskydd och arbetsvillkor vid utformning av anbudet,
- e. 9 kap. 8 § andra stycket om att en leverantör ska förtydliga och komplettera handlingar som getts in,
- f. 10 kap. om uteslutning av leverantörer,
- g. 11 kap. om kontroll av leverantörers lämplighet och val av leverantörer m.m., eller
- h. 12 kap. om tilldelning av kontrakt,

Av 4 kap. 6 § LOU framgår att i de fall som avses i 2 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandling, om den i ett förhandlat förfarande bjuder in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande eller i en föregående konkurrenspräglad dialog har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. I förfarandet får inte andra än sådana anbudsgivare delta.

Förfrågningsunderlaget i relevanta delar

I punkten 4.2 *Krav på offererade artiklar* anges bl.a. följande.

Efterfrågade produkter med specifikation finns redovisade i produktbilagan. Offererade nettoprissatta produkter skall minst uppfylla de specifikationer/beskrivningar som angivits för respektive produkt i produktbilagan. Produktbilagans hänvisning till nuvarande leverantörers fabrikat och artikelnummer är till för att anbudsgivare ska kunna bilda sig en uppfattning om vilken funktion/kvalitet som efterfrågas. I de fall visst fabrikat angivits 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. Det är beställaren som avgör om offererad produkt anses som likvärdig.

I punkten 4.3 *Andel offererade artiklar* anges bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska offerera minst 95 % av efterfrågade artiklar eller likvärdiga på respektive produktgrupp i produktbilagan. Kan anbudsgivaren inte offerera efterfrågad artikel eller likvärdig kommer den aktuella artikeln att prissättas enligt det belastningspris som uppges i produktbilagan. Observera att volymartiklar märkta med X i kolumn K i produktbilagan ska offereras. Om anbudsgivare inte offererar artiklar på dessa positioner

kommer den anbudsgivare diskvalificeras från anbudsutvärderingen.

Malmö stad har i Frågor och svar angett att ”om färg anges i kolumn E ska denna färg, eller snarlik, offereras”.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Lyreco gör gällande att Malmö stad brutit mot LOU genom att i upphandlingen övergå till att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering samt genom att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen.

Vad gäller frågan om tillämpat upphandlingsförfarande kan konstateras att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att förfarandet, som innebär ett undantag från annonseringsskyldigheten, är tillämpligt. Staden har motiverat övergången till det aktuella förfarandet med att inget av de två anbud som inkom under det inledande öppna förfarandet uppfyllde samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och därför var ogiltiga. Med hänvisning till att anbudsgivarna uppfyllde kraven i 10 kap. och 11 kap. LOU har staden valt att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 6 § LOU. Såvitt framgår av utredningen i målet har inga andra än de två ursprungliga anbudsgivarna fått delta i det förhandlade förfarandet. Förvaltningsrätten delar stadens uppfattning att det under de aktuella omständigheterna har varit förenligt med LOU att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Skäl för att ingripa mot upphandlingen på grund av åberopade brister avseende valt upphandlingsförfarande föreligger enligt rättens mening således inte.

Malmö stad har vid sin slutliga prövning av Staples anbud funnit att samtliga obligatoriska krav är uppfyllda och att anbudet ska utvärderas. Det har inte visats att staden i denna bedömning tagit ovidkommande hänsyn, avvikit från förfrågningsunderlaget, brutit mot likabehandlingsprincipen eller på annat sätt agerat i strid med LOU. Vad Lyreco anfört visar enligt förvaltningsrättens mening inte att aktuellt hålslag som offererats av Staples inte är likvärdigt det efterfrågade och rätteligen skulle ha förkastats. Rätten finner mot bakgrund härav att det inte är visat att Malmö stad genom att utvärdera och anta anbudet från Staples har brutit mot bestämmelserna i LOU.

Vid nu angivna förhållanden och då Lyreco inte heller i övrigt anfört något som visar att Malmö stad i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot LOU på ett sådant sätt att bolaget därigenom har lidit eller riskerat att lida skada saknas grund för ingripande mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

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



Anders Mattsson

Lena Palmér har föredragit målet.