



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-03-07
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
8310-10 E
Enhet 1

SÖKANDE

Ricoh Sverige AB, 556228-8851

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

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-03-10 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

MOTPART

Landstinget i Uppsala län, Upphandlingsenheten
Box 602
751 25 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Landstingets i Uppsala län, Upphandlingsenheten, upphandling av multi-funktionsprinters, UPPH2010-0093

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens beslut av den 17 december 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Landstinget i Uppsala län, Upphandlingsenheten, (Landstinget) har genomfört en upphandling av multifunktionsprinters genom förnyad konkurrensutsättning från Verket för högskoleservice (VHS)/Kammarkollegiets ramavtal SKT09. Enligt rättat tilldelningsbeslut den 8 december 2010 har Canon Svenska AB (Canon) antagits som leverantörer.

YRKANDEN

Ricoh Sverige AB (bolaget) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att avropssvaret från Canon inte ska beaktas vid utvärderingen.

Landstinget bestrider bifall till bolagets yrkande.

GRUNDER

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Kravet på duplex

I avropsblanketten anges att funktionskrav duplex är ett skall-krav för A4. I förfrågningsunderlag anges vidare att innebörden av funktionskravet är att "enheten kan automatiskt klara dubbelsidig utskrift och kopiering (för MF) på angiven pappersstorlek". I kravet ligger att både kopiering och utskrift ska kunna ske dubbelsidigt automatiskt. Det är således ett obligatoriskt krav i upphandlingen att avropsgivaren ska erbjuda en produkt som automatiskt kan göra en dubbelsidig kopia av ett dubbelsidigt A4 original.

Kravet innebär att både kopiering och utskrift ska kunna ske dubbelsidigt automatiskt. Om kravet skulle ha den innebörden att enheten endast behöver klara automatisk dubbelsidig utskrift, skulle kravet inte ha formulerats som det gjorts utan endast genom att "enheten kan automatiskt klara dubbelsidig utskrift (för MF) på angiven pappersstorlek". Bolagets inställning är att kravet avseende både kopiering och utskrift innebär att skrivaren au-

tomatiskt ska kunna skriva ut en dubbelsidig kopia av ett dubbelsidigt original utan att originalet ska behöva vändas av användaren. För aktörerna i branschen är denna innebörd av kravet solklar. Det är uppenbart att det i begreppet ligger ett krav på att både kopiering och utskrift ska kunna ske dubbelsidigt automatiskt. Denna tolkning av kravet har bekräftats av personal som är avtalsansvarig för ramavtalet på VHS, som är den ramavtalsansvariga myndigheten.

Det bör nämnas att ett krav på dokumentmatare är ett prestandakrav, och inte ett funktionskrav som kravet på duplex. Av instruktionerna i den excel-fil som används vid ifyllande av avropsblanketten, anges beträffande kravet på dokumentmatare att den avropande myndigheten ska ange minsta antal dokument i dokumentmataren. Detta krav kan således inte användas för att ange om en dokumentmatare ska vara dubbelsidig eller inte. För det fall den avropande myndigheten vill avropa kopieringsmaskiner som automatiskt kan kopiera dubbelsidiga original till dubbelsidiga kopior och dubbelsidiga original till ensidiga kopior, ska den göra detta genom att ange att kravet på duplex är ett skall-krav, på det sätt som landstinget har gjort.

Canon har i sitt avropssvar för typkonfiguration 1 (TK 1) offererat produkten MF4690PL. Denna produkt klarar inte dubbelsidig kopiering automatiskt. Den som vill kopiera ett dubbelsidigt dokument måste kopiera den ena sidan av dokumentet och därefter manuellt vända på dokumentet för att kopiera den andra sidan av dokumentet innan en dubbelsidig utskrift kan ske. I och med att dokumentmataren inte har någon funktion som automatiskt vänder dokumentet mellan de båda kopieringarna är kravet på automatisk dubbelsidig kopiering inte uppfyllt. Detta framgår bl.a. av Canons egen produktbeskrivning i vilken anges efter rubriken "Dubbelsidig kopiering": "1-sidig till 2-sidig (manuell)", Vidare anges efter rubriken "Dubbelsidig faxning": "Ja (mottagning/sändning (manuell))". Att den dubbel-

sidiga kopieringen/faxningen har angetts som manuell visar att produkten inte klarar automatisk dubbelsidig kopiering. Av en produktbroschyr från Canon framgår att produkten kan klara ”automatic double-sided printing” medan det inte anges något om att produkten klarar automatisk dubbelsidig kopiering, vilket hade angetts om så var fallet. Det är ostridigt att produkten MF4690PL inte klarar att kopiera ett dubbelsidigt original till en dubbelsidig kopia automatiskt.

Istället för att förkasta Canons anbud har landstinget valt att ge kravet en ny innebörd. Detta är oförenligt med LOU och principerna lagen vilar på. Genom att inte förkasta Canons anbud, trots att det inte uppfyller de krav som ställs i förfrågningsunderlaget, har landstinget brutit mot principen om likabehandling. Om kravet skulle tolkas på det sätt landstinget gör gällande, i motsats till ett i branschen vedertaget och etablerat begrepp, strider kravet under alla förhållanden mot principen om transparens.

Finansiell leasing

I avropsförfrågan anges att avropsgivarna ska erbjuda finansiering av avtalet genom finansiell leasing. I punkten 6.3 förfrågningsunderlaget SKT09 anges att det endast är möjligt att erbjuda finansiell leasing med Avtal 03 som grund och att inga andra leasingavtal får användas. Av den av Canon besvarade leasingblanketten framgår att Siemens Financial Services AB är leasegivare och att räntemarginalen är negativ. En negativ ränta innebär i princip att leasegivaren betalar leasetagaren för att finansiera leasingen. Ingen aktör på finansmarknaden erbjuder en negativ ränta i de fall restvärden inte är involverade. Canon erbjuder ett leasingupplägg som är baserat på en räntemarginal som är -10,5 procent för TK 1, -16,49 procent för TK 2 och -14,54 procent för TK 3. Räntemarginalen är alltså negativ för samtliga offererade typkonfigurationer. Detta innebär att leasetagaren inte betalar något för finansieringen utan att det är leasegivaren som betalar leasetagaren för att finansiera leasingen. Den av Canon erbjudna negativa räntan

innebär att det kommer att finnas ett högre restvärde vid hyresavtalets slut än det som angivits på leasingblanketterna, 10 procent. Ett sådant upplägg kan aldrig innebära att den ekonomiska risken i avtalet ligger hos leasetagaren, oavsett vad som anges i RR6:99. Leasingavtalet är att betrakta som ett operationellt leasingavtal, vilket inte är möjligt att använda vid en upphandling enligt ramavtalet.

I bilaga 2 till RR6:99 sägs följande angående leasetagarens klassificering av leasingavtalet under rubriken *Leasetagarens helhetsbedömning av avtalets ekonomiska innebörd*: ”Leasetagaren har genom avtalet förbundit sig att betala ett belopp som i det närmaste överensstämmer med leasingobjektets verkliga värde och bär därigenom i allt väsentligt de ekonomiska risker som förknippas med ägandet av objektet. [...] Leasetagaren klassificerar därför avtalet som ett finansiellt leasingavtal.” Avgörande vid helhetsbedömningen är alltså om leasetagaren i allt väsentligt bär de ekonomiska risker som förknippas med ägandet av objektet. Detta avgörs i sin tur genom en bedömning av om leasetagaren genom avtalet har förbundit sig att betala ett belopp ”som i det närmaste överensstämmer med leasingobjektets verkliga värde”. Landstinget förbinder sig inte att betala ett belopp ”som i det närmaste överensstämmer med leasingobjektets verkliga värde” för det fall ett Canons leasingupplägg som är baserat på en negativ räntemarginal accepteras. Ett exempel på detta är Canons leasingupplägg för TK 3.

Avtal 03 förutsätter att räntemarginalen i leasingavtalet inte är negativ. Förfrågningsunderlaget, punkten 4.6.4.2, anger visserligen att angiven räntemarginal får underskridas i ett tecknat leasingavtal beroende på leasingavtalets storlek eller andra omständigheter. Detta innebär dock inte att en negativ räntemarginal kan erbjudas utan att leasingavtalet anses innebära ett operationellt leasingavtal. Det är avgörande för om leasetagaren i allt väsentligt bär de ekonomiska risker som förknippas med ägandet av objek-

tet, om leasetagaren har förbundit sig att betala "ett belopp som i det närmaste överensstämmer med leasingobjektets verkliga värde". Det spelar vid denna bedömning ingen roll hur överenskommelsen mellan Canon och finansbolaget ser ut. Enligt ramavtalet ansvarar Canon gentemot landstinget för sina underleverantörer och finanspartners. Det avgörande är huruvida landstinget i allt väsentligt bär de ekonomiska riskerna som förknippas med ägandet av objekten. Det finns en klar ekonomisk risk i att erbjuda en negativ räntemarginal. Den ekonomiska risken består i ett "dolt" restvärde. Detta dolda restvärde uppkommer genom att den negativa räntan används i leasingformeln enligt § 4 i Avtal 03, medför att nuvärdet av minimileaseavgifterna inklusive det i leasingavtalet synliga restvärdet om 10 procent understiger det bokförda värdet, baspriset för leasingavtalet, som angetts i respektive objektsspecifikation för TK 1-3, vilket motsvarar leasingobjektets verkliga värde.

I och med att nuvärdet av leasingavgifterna understiger leasingobjektets verkliga värde, uppkommer en situation då det är rimligt säkert att landstinget kommer att utnyttja rätten att köpa leasingobjektet. Detta är landstinget och bolaget överens om. Landstinget anger att "det aktuella restvärdet kommer att ligga långt under jämförbar utrustning vilket innebär att priset kan anses ligga mycket under förväntat värde". Detta visar att landstinget inte har förbundit sig att betala "ett belopp som i det närmaste överensstämmer med leasingobjektets verkliga värde". Det av Canon offererade leasingavtalet kan därmed inte betraktas som ett finansiellt leasingavtal. Bolaget har fått sin uppfattning bekräftad av en av landets största auktoriteter på leasingområdet. Denna auktoritet anlätades av VHS vid utformandet av Avtal 03 och kan sägas vara den som har formulerat avtalet. Denne auktoritet gör bedömningen att ett leasingavtal i enlighet med Canons är att betrakta som ett operationellt leasingavtal.

De exempel från RR 6:99 som landstinget anför till stöd för att det av Canon offererade leasingupplägget ska klassificeras som ett finansiellt leasingavtal utgår från avtal där det finns en positiv räntemarginal eller då räntemarginalen är noll.

Under alla omständigheter kommer, med Canons offererade leasingupplägg, den ekonomiska risken som är förknippad med ägandet av objekten i allt väsentligt att bäras av Canon och inte av landstinget. Det av Canon offererade leasingupplägget är därmed inte att betrakta som ett finansiellt leasingavtal. Canons anbud skulle därför rätteligen ha förkastats av landstinget. Landstinget har vidare inte gett korrekta svar på flera frågor i sin jämförande tabell. Ett exempel är svaret "ja" på frågan om leasingperioden omfattar huvuddelen av objektets ekonomiska livslängd.

På sätt som angetts ovan, har anbudet från Canon inte uppfyllt skall-kraven i upphandlingen och Canon har offererat otillåtna finansieringslösningar. Landstinget skulle därför rätteligen inte låtit Canons anbud vara med i utvärderingen. Landstinget har genom sitt agerande brutit mot LOU. På grund av denna överträdelse av LOU har bolaget lidit eller riskerar att lida skada. Bolaget hänvisar till ett e-postmeddelande från Lennart Strand vid Leaseright av den 28 januari 2011.

Landstinget anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Kravet på duplex

Canons TK 1 uppfyller kravet på duplex, vilket landstinget även har säkerställt i egna tester. Duplex är ett etablerat och vedertaget begrepp som betyder att multifunktionsprintern har en automatisk enhet för dubbelsidig kopiering som vänder pappret efter den första sidan skrivits ut. Kopiering i duplex kan för övrigt även göras med t.ex. böcker, fotografier eller andra udda format som original. I dessa fall kan man inte använda en dokumentmatare men det är ändå automatisk duplex. Att en automatisk duplexfunk-

tion kan kombineras med olika typer av dokumentmatare är inte relevant för kravet 3.3.4 i avropsblanketten och inte heller för definitionen av duplex. Begreppet duplex inkluderar och uppfyller således i sig den efterfrågade funktionen i punkten 3.3.4 i avropsblanketten, dvs. ”enheten kan automatiskt klara dubbelsidig utskrift och kopiering (för MF) på angiven pappersstorlek”. Det finns inget krav i avropsblanketten att TK 1 ska ha dubbelsidig dokumentmatare. Det är ostridigt att Canons produkt inte har en dubbelsidig dokumentmatare, men landstinget har heller inte ställt krav på en sådan funktion och inte heller efterfrågat detta i avropsförfrågan. Kravet enligt punkt 3.2.5. i avropsblanketten är en dokumentmatare som rymmer minst 25 ark och detta uppfyller Canons produkt MF4690PL.

Då den maskintyp som efterfrågas av landstinget ska vara av bordsmodell, vilket även skriftligen uttryckts i avropsblanketten, vore det onödigt och direkt olämpligt att ha en dubbelsidig dokumentmatare p.g.a. att maskinens omfång därmed ökar. I sammanhanget kan även nämnas att TK 1 endast utgör sju procent av den totala volymen som ska levereras under en treårs period. TK 1 är avsett att vara en mindre maskin där landstingets behov av extra funktioner är lägre jämfört med de större maskinerna i TK 2 och TK 3. Om landstinget hade haft för avsikt att efterfråga funktionen dubbelsidig dokumentmatare till TK 1 hade detta särskilt kunnat anges i avropsblanketten.

Landstinget har inte frångått VHS tolkning av kravet för duplex. Kravet innebär att både kopiering och utskrift ska kunna ske dubbelsidigt automatiskt, vilket duplexfunktionen medger. Då Canons produkt MF4690PL uppfyller kravet har ramavtalet inte trätts förnär. Kravet i p. 3.3.4 uppfylls således. Att i efterhand ändra eller ge ramavtalets krav en ny innebörd är oförenligt med LOU och principerna lagen vilar på.

Finansiell leasing

Den rådgivande instansen gällande redovisning av leasingavtal är BNF (tidigare Redovisningsrådet) och där konstaterar man att det finns en gråzon gällande definition som kan innebära att ett och samma avtal kan klassificeras olika hos leasegivare och leasetagare. ”Tillämpningen av dessa definitioner, dvs. operationell och finansiell, kan med utgångspunkt från parternas olika förhållanden ibland leda till att ett och samma leasingavtal klassificeras olika hos leasegivaren och leasetagaren”. För att vara extra tydlig så har VHS/Kammarkollegiet i förfrågningsunderlaget SKT09 valt att definiera villkoren som finansiell leasing med Avtal 03 som grund. Man har alltså refererat till ett allmänt begrepp, men ytterligare preciserat med att ange Avtal 03 som direkt styrande och på så sätt fastlagt hur finansiell leasing definieras vid avrop för upphandlande myndighet. Man har egentligen inget intresse av att veta hur avtalet bokförs hos uthyraren, i synnerhet som samma avtal skulle kunna bokföras olika beroende på uthyrarens olika bokföringsprinciper och olika tolkningar av avtalet. Vidare klargörs i förfrågningsunderlaget SKT09 gällande räntemarginal under punkt 4.6.4.2 att ”OBS! Angiven räntemarginal får underskridas i ett tecknat leasingavtal beroende på leasingavtalets storlek eller andra omständigheter ”.

Avtal 03 ger upphandlande myndighet ett avtalsförhållande som utan tvekan uppfyller BNF/Redovisningsrådets viktigaste definition om ett finansiellt leasingavtal som säger att ”de ekonomiska risker och fördelar som förknippas med ägandet av ett objekt i allt väsentligt överförs från Leasegivaren till Leasetagaren. Äganderätten kan men behöver inte slutligen övergå till Leasetagaren”. Enligt BNF/Redovisningsrådets rekommendation finns ett antal ytterligare exempel, som enskilt eller tillsammans, indikerar att ett finansiellt leasingavtal föreligger. Det kan alltså räcka med att ett enda exempel uppfylls så ska avtalet klassificeras som finansiell leasing, och kan därmed inte komma ifråga att bli klassificerat som operationellt. Avtal 03, som efterfrågats och som Canon lämnat i sitt avropssvar, uppfyller kri-

terier som ställer det utom allt tvivel att landstinget ska klassificera avtalet som finansiellt leasingavtal. Definitionen som anges i SKT09, och som återspeglas i Avtal 03 som avser finansiell leasing och som är det avtalsdokument kommer att nyttjas under anbudstiden, är sålunda utifrån leasetagarens perspektiv avtalsrättsligt.

Avtal 03 anger för avropande myndighet villkor som enligt RR 6:99 innebär att det ska klassas som finansiell leasing. Canon har även svarat i den leasingblankett som ska användas och som avser Avtal 03. Bolaget har spekulerat i varför en negativ räntemarginal lämnats i anbudssvaret från Canon, men det är således helt ovidkommande då landstinget endast är intresserad av, och behöver ta hänsyn till, hur avtalet ska klassificeras för egen del. Landstinget kommer att kunna klassificera samtliga avtal som finansiella avtal eftersom Avtal 03 uppfyller BNF/Redovisningsrådets rekommendationer avseende avtalsparametrar som tydligt indikerar denna klassificering. Även om avtalet hos uthyraren skulle klassificeras som en operationell leasing så diskvalificerar inte detta tilldelningsbeslutet. Bolaget har helt enkelt missförstått innebörden i uppdragsförfrågans formulering om att det inte är möjligt att avropa operationell leasing. Avsikten med formuleringen är att göra det otillåtet för upphandlande myndighet att avropa leasing, som hos denna myndighet skulle kunna betraktas som operationell leasing. Mer precist syftar formuleringen till att inte tillåta att avropa leasingavtal utan restvärde. Formuleringen är således ett uttryck för att säkra positiva avtalsvillkor för leasetagaren, nämligen anvisningsoptionen på mellan 1 till 10 procent, inte att begränsa densammes rätt att acceptera bästa anbud p.g.a. av låg eller till och med negativa ränta. Hur leasingavtalet klassificeras hos leasegivaren är således ställt mot uppdragsförfrågans skall-krav egentligen ointressant, däremot inte att det ges en anvisningsoption, vilket användandet av det allmänna begreppet operationell leasing syftar till att fånga. Leasegivaren får m.a.o. redovisa avtalet hur han vill så

länge som upphandlade myndighet får villkor som motsvarar uppdragsförfrågans definition av finansiell leasing.

Landstinget har, i samband med mottaget anbudssvar, frågat Canon om den negativa räntemarginalen och fått tillfredsställande svar som klargjorde att ”beslut fattats att subventionera leasingavgifterna gällande TK 1-3 på ett sådant sätt som innebär att konsekvensen i leasingkalkylen blir att räntemarginalen visas som negativ.” Avtalsparterna i själva leasingavtalet är leasetagaren (landstinget) och leasegivaren (Siemens Financial Services). Hur överenskommelsen mellan Siemens Financial Services och Canon, som är leverantören, ser ut, och vad som ligger bakom den prissättning som gör att räntemarginalen i själva leasingavtalet är negativ har inte landstinget med att göra. Den kostnad som det subventionerade hyrespriset eventuellt innebär är sannolikt något som Canon kommer att bära och reglera med Siemens Financial Services, och det är inget som berör landstingets leasingavtal med dem. Det finns ingen ekonomisk risk i en negativ räntemarginal hos Siemens Financial Services som borde gått över till landstinget. Det finns heller ingen möjlighet, eller avtalstext, som ger Canon eller Siemens Financial Services en eventuell möjlighet att rikta krav hänförligt till detta mot landstinget.

Bolaget tar inte till fullo hänsyn till rekommendationerna från BNF/Redovisningsrådet som tydligt klargör vilka exempel som samlat i en helhetsbedömning indikerar om ett avtal, för Leasetagaren, ska klassas som finansiellt eller operationellt. Nedanstående exempel visar hur leasetagaren ska göra en helhetsbedömning av leasingavtalet. Det räcker dock med att ett av nedanstående exempel är uppfyllt för att avtalet ska klassificeras som finansiellt.

| | Ja = finansiellt Nej= operationellt | Kommentar |
|--|--|--|
| Exempel på situationer som är karaktäristiska för ett finansiellt leasingavtal enligt RR 6:99, punkt 9 samt bilaga 2 angående leasetagarens klassificering av leasingavtalet. | | |
| Äger Leasetagaren rätt att köpa leasingobjektet till ett pris som understiger förväntat verkligt värde så mycket att det vid leasingavtalets början framstår som rimligt säkert att rätten kommer att utnyttjas? | JA | Det aktuella restvärdet kommer ligga långt under jämförbar utrustning vilket innebär att priset kan anses ligga mycket under förväntat verkligt värde. |
| Omfattar leasingperioden huvuddelen av objektets ekonomiska livslängd? | JA | Leasingperioden täcker minst 75 procent av leasingobjektets förväntade ekonomiska livslängd. |
| Är nuvärdet av mimimileaseavgifterna vid leasingavtalets början i det närmaste lika stort som leasingobjektets verkliga värde eller större? | NEJ | Bolaget har beräknat nuvärdet av hyrorna felaktigt då man inte följt RR 6:99 som säger att hänsyn även ska tas till restvärdet, som i samtliga TK är 10 procent. |

Exempel på andra situationer som, enskilt eller tillsammans, indikerar ett finansiellt leasingavtal enligt RR6:99, Punkt 10, samt bilaga 2 angående Leasetagarens klassificering av leasingavtalet.

| | | |
|---|-----|---|
| Är leasingobjektet av så speciell karaktär att endast leasetagaren kan använda objektet utan väsentliga modifieringar? | NEJ | |
| Får Leasetagaren bära de förluster som leasegivaren åsamkas om leasetagaren enligt avtalet kan säga upp avtalet i förtid? | JA | Se Avtal 03 2009:1 - Allmänna villkor § 11 och § 15. |
| Tillfaller vinster och förluster hänförliga till förändringar av det verkliga värdet av objektets restvärde leasetagaren? | JA | Se Avtal 03 2009:1 - Allmänna villkor § 11. |
| Har leasetagaren möjlighet att förlänga avtalet mot en avgift som är väsentligt lägre än en marknadsmissig avgift? | JA | En förlängning av avtalet kan förhandlas fram och då ha det angivna restvärdet som basbelopp. Då restvärdet är baserat på ett redan kraftigt rabatterat ursprungligt pris, så kommer detta att ge en hyra under eventuell förlängningsperiod som är väsentligt lägre än marknadspris för samma utrustning och avtalstid för andra kunder. |

Exempel på övriga avtalsvillkor enligt Avtal 03 2009:1 - Allmänna villkor som visar att den ekonomiska risken i objektet övergår från Leasegivaren till Leasetagaren

| | | |
|---|--|--|
| <p>§5 ”Skatter, avgifter etc som under avtalsperioden kan komma att beslutas av myndighet och som berör detta avtal skall erläggas av Leasetagaren vid anfordran.”</p> | | <p>Leasetagaren bär dessa kostnader samt står eventuell risk.</p> |
| <p>§8 ”Leasetagaren tecknar, på eget initiativ, de försäkringar beträffande leasingobjektet, som anses erforderliga eller som erfordras pga. lag eller förordning . Kostnaden härför skall betalas av Leasetagaren utöver leasingavgiften. För skada, inklusive självrisk, som inte täcks av försäkringen, är Leasetagaren betalningsskyldig och ansvarig. Leasetagaren ansvarar för leasingobjektet som för egen egendom.”</p> | | <p>Leasetagaren bär dessa kostnader samt står eventuell risk.</p> |
| <p>§10 ”Leasetagaren ansvarar, oberoende av vållande, för förlust av eller skada på leasingobjektet.”</p> | | <p>Leasetagaren står denna risk samt bär eventuella kostnader.</p> |
| <p>§12 ”Det åligger Leasetagaren att svara för all skada som genom leasingobjektets brukande, transport, eller på annat sätt kan orsakas sak eller person samt hålla Leasegivaren helt skadeslös med anledning av eventuella krav på grund av dylika skador, oavsett om förlusten/kostnaden täcks av utfallande försäkringsersättning eller ej.”</p> | | <p>Leasetagaren står denna risk samt bär eventuella kostnader.</p> |
| <p>§16 ”Samtliga kostnader i samband med ett eventuellt återtagande av leasingobjektet skall betalas av Leasetagaren.”</p> | | <p>Leasetagaren bär dessa kostnader</p> |
| <p>§17 ”Kostnaden för hämtning och vidaretransport till närmaste försäljningsställe skall utgöras av Leasegiva-</p> | | <p>Leasetagaren bär dessa kostnader</p> |

| | | |
|--|--|--|
| rens direkta kostnad. Denna kostnad ska vidimeras av Leasegivaren och debiteras Leasetagaren.” | | |
|--|--|--|

Dessa parametrar visar tydligt att de leasingavtal landstinget tecknar med leasegivaren absolut kan och ska klassas som finansiella leasingavtal hos landstinget. Avtal 03 har använts under lång tid i offentlig upphandling som den avtalsform som, helt korrekt, ger avropande myndighet ett hyresförhållande som innebär att det utan tvekan ska klassas som finansiellt leasingavtal. Avtalet är vedertaget hos branschens aktörer som delar VHS Upphandling/Kammarkollegiets syn på detta till fullo. Att Avtal 03 2009:1 skulle kunna klassas som operationellt hos landstinget ses som totalt omöjligt under gällande rekommendationer från rådgivande instanser.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU i tillämplig lydelse stadgas att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU i tillämplig lydelse anges 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.

Handlingarna i målet

I förfrågningsunderlaget SKT09 punkten 3.3.4 anges följande. Enheten kan automatiskt klara dubbelsidig utskrift och kopiering (för MF) på angiven pappersstorlek.

I avropsförfrågan anges bl.a. följande under punkten 1.6. Varje TK har ett antal skall-krav. Förutsättningen för att en leverantör skall kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Leverantören ska bekräfta ställda krav i bilaga 1: Avropsblankett TK 1-4.

På avropsblankett för TK 1 anges bl.a. följande under funktionskrav: Duplex, 334.

I e-postmeddelande från Annette Annerstig på VHS Upphandling ges följande svar på frågan "... kan du bekräfta följande. För att klara av uppsatt skall-krav skall mf maskinen klara av följande: 1. dubbelsidig kopiering till dubbelsidig kopiering 2. dubbelsidig kopiering till enkelsidig kopiering 3. enkelsidig kopiering till dubbelsidig kopiering" Punkt 3.3.4. Kravet i denna punkt ska innehålla dessa funktioner enligt nedan.

I punkten 6.3 i förfrågningsunderlaget SKT09 anges bl.a. följande. Avropande myndighet ska – innan avropsförfrågan har skickats – fatta beslut om de aktuella produkterna önskas köpas eller om finansiering önskas genom finansiell leasing. [...] Finansiella leasingavtal definieras i Redovisningsrådets rekommendation RR6:99 som "ett leasingavtal vari de ekonomiska risker och fördelar som förknippas med ägandet av ett objekt i allt väsentligt överförs från leasegivaren till leasetagaren. Äganderätten kan, men behöver inte, slutligen övergå till leasetagaren". Operationella leasingavtal definieras enligt följande: "ett leasingavtal som inte är ett finansiellt leasingavtal är ett operationellt leasingavtal." Det är enbart möjligt att från föreliggande ramavtal avropa finansiell leasing och då med Avtal 03 som grund. Inga andra leasingavtal får användas. Det är alltså INTE möjligt att från föreliggande ramavtal avropa operationell leasing. I punkten 4.6.2 anges att en angiven räntemarginal får underskridas i ett tecknat leasingavtal beroende på leasingavtalets storlek eller andra omständigheter.

I avropsförfrågan punkten 1.4 anges bl.a. följande. Finansieringsform för avtalet är leasing och detta ska regleras genom Avtal 03. Av avropsblanketten framgår att landstinget valt finansiell leasing som val av finansiering.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande enheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp densamma samt att det bolag som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande enhetens brott mot LOU.

Kravet på duplex

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om Canons i anbud offererade multifunktionsprinterprodukt (MF 4690PL) uppfyllt funktionskravet duplex i punkten 3.3.4 i förfrågningsunderlaget SKT09. I skall-kravet på duplex anges i underlaget att enheten automatiskt kan klara dubbelsidig utskrift och kopiering (för MF) på angiven pappersstorlek. I avropsblanketten anges ”duplex” som funktionskrav.

Bolaget och landstinget har olika uppfattningar om innebörden av ovanstående duplex-krav. Bolaget menar att det är ett obligatoriskt krav i upphandlingen att avropsgivaren ska erbjuda en produkt som automatiskt kan göra en dubbelsidig kopia av ett dubbelsidigt A-4 original och att Canons offererade produkt inte klarar dubbelsidig kopiering automatiskt. Om kravet skulle tolkas på det sätt landstinget gjort anser bolaget att kravet som sådant strider mot principen om transparens.

Landstinget är av uppfattningen att kravet på duplex inte innehåller ett sådant krav som bolaget gör gällande och att Canons produkt uppfyller skall-

kravet eftersom duplex betyder att multifunktionsprintern har en automatisk enhet för dubbelsidig kopiering som vänder pappret efter att första sidan skrivits ut.

Någon vedertagen förklaring till vad ”duplex” innebär i multifunktionsprintersammanhang har förvaltningsrätten inte kunnat finna. Ordet duplex har i sig betydelsen dubbel och kan enligt förvaltningsrättens mening inte avse mer än en produkts förmåga att utföra något på båda sidorna av ett pappersark. I förfrågningsunderlaget anges endast att kravet avser att offererade produkter kan klara dubbelsidig utskrift och kopiering automatiskt. Vad denna automatik innebär har inte specificerats, utan preciseringen av duplex-kravet är allmänt hållen.

Nu aktuellt duplex-krav är inte optimalt utformat mot bakgrund av att det inte finns någon vedertagen förklaring av detsamma. Inte heller är preciseringen av kravet – maskinen kan klara dubbelsidig utskrift och kopiering – enligt förvaltningsrättens mening fullt ut förklarande. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör emellertid att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Att det finns ett utrymme för att tolka aktuellt skall-krav på det sätt landstinget gjort kan inte anses innebära att kravet som sådant strider mot principen om transparens. Särskilt då det enligt förvaltningsrättens mening inte finns någon vedertagen tolkning av begreppet ”duplex”. Förvaltningsrätten finner vidare att duplex-kravet, såsom det kommer till uttryck i förfrågningsunderlaget, inte kan anses innehålla ett krav på automatisk kopiering av dubbelsidiga original på det sätt som bolaget angett. Bolaget har således inte förmått visa att skall-kravet vad gäller funktionen duplex skulle bryta mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskaps-

rättsliga principer som bär upp densamma. Inte heller har bolaget förmått visa att landstinget inte hade fog för att utvärdera Canons lämnade avropssvar. Vad bolaget anfört i denna del kan således inte vinna bifall.

Finansiell leasing

Förvaltningsrätten har därefter att ta ställning till om Canon uppfyllt landstingets krav avseende finansieringsform (finansiell leasing) eller om bolaget offererat en otillåten finansieringslösning.

Bolaget gör gällande att med Canons offererade leasingupplägg kommer den ekonomiska risken som är förknippad med ägandet av produkterna i allt väsentligt att bäras av Canon och inte av landstinget. Den av Canon erbjudna leasinglösningen ska enligt bolaget klassificeras som ett operationellt leasingavtal eftersom Canon erbjuder negativ ränta för TK 1-3 vilket ger ett "dolt" restvärde. I och med detta övergår den ekonomiska risken för ägandet av skrivarna inte till landstinget. Bolaget hänvisar i övrigt bl.a. till vad som anges i Redovisningsrådets rekommendation RR 6:99 och Avtal 03.

Landstinget har anfört att vad Canon angett i avropssvaret är att anse som finansiell leasing och att det inte är av intresse hur avtalet bokförs hos leasingivaren så länge som det anses som ett finansiellt leasingavtal hos landstinget. Landstinget har vidare anfört att den ekonomiska risken i all väsentlighet faller på landstinget. Även landstinget har hänfört sig till vad som anges i RR 6:99 och Avtal 03 och angett att Canons avropssvar uppfyller de kriterier som finns avseende finansiell leasing.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Landstinget har valt finansieringsformen finansiell leasing och detta ska enligt förfrågningsunderlaget SKT09 regleras med grund i Avtal 03. I det aktuella förfrågningsunderlaget anges att ett finansiellt leasingavtal definieras i RR6:99 som "ett lea-

singavtal vari de ekonomiska risker och fördelar som förknippas med ägandet av ett objekt i allt väsentligt överförs från leasegivaren till leasetagaren. Äganderätten kan, men behöver inte, slutligen övergå till leasetagaren.”. Finansiell leasing liknar i sin renodlade form ett avbetalningsköp. Avgörande för klassificeringen av ett finansiellt leasingavtal är således i vilken omfattning de ekonomiska risker och fördelar som är förknippade med ägandet av det aktuella leasingobjektet finns hos leasegivaren eller leasetagaren.

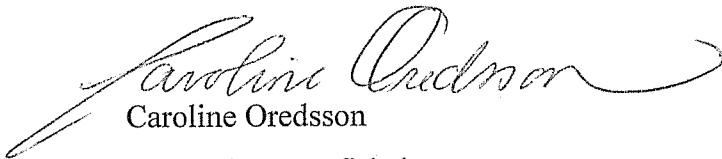
Frågan är om Canons erbjudna finansieringslösning kan klassificeras som finansiell leasing eftersom bolaget avseende räntevillkoren angett en negativ räntemarginal. Det finns inga uppgifter i förfrågningsunderlaget eller i avropsförfrågan och inga riktlinjer i RR 6:99 som anger att räntemarginalen i ett finansiellt leasingavtal inte får vara negativ. I ett avropssvar kan därmed, såsom förvaltningsrätten ser det, anges en negativ räntemarginal så länge de villkor som lämnas motsvarar förfrågningsunderlagets definition av finansiell leasing. Att Canon lämnat uppgift om en negativ räntemarginal kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses innebära att landstinget inte skulle bära den ekonomiska risken i all väsentlighet. Finansieringslösningen måste ses i sin helhet. Förvaltningsrätten finner vid en sådan helhetsbedömning av den erbjudna finansieringslösningen – med utgångspunkt i landstingets exemplifierande genomgång av leasetagarens klassificering av leasingavtalet – att avropssvaret uppfyller vad som anges i underlaget om klassificering av finansiella leasingavtal. Vad bolaget anfört om att den ekonomiska risken består av ett ”dolt” restvärde samt att landstinget inte skulle ha lämnat korrekt svar på vissa frågor i exemplen förändrar inte denna samlade bedömning av den erbjudna finansieringslösningen.

Inte heller på denna grund har bolaget således förmått visa att landstinget inte hade fog för att utvärdera Canons lämnade avropssvar.

Förvaltningsrätten gör således bedömningen att upphandlingen inte har genomförts i strid mot principerna i LOU eller gemenskapsrätten på ett sådant sätt att den ska rättas. Bolagets ansökan om överprövning ska följaktligen avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om att i och med att de interimistiska beslutet upphör att gälla, börjar en ny tiodagarsfrist att löpa. Fristen löper från dagen för domen, oavsett vad som anges om överklagandetid i besvärshänvisningen.

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



Caroline Oredsson
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Andreas Lund.