



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2010-12-30
Meddelad i
Göteborg

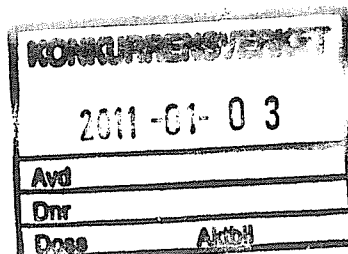
Mål nr
19775-10 E
Enhet 2:1

SÖKANDE

Prenax AB, 556540-7474
Box 1080
164 25 Kista

MOTPART

Kungälv kommun
Nämndhuset
442 81 Kungälv



Ombud: Advokaten Henrik Seeberger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kungälv's kommun genomför en upphandling (förenklat förfarande) av "Förmedlingstjänst inom publikationsområdet", dnr KS2010/2327.

Prenax AB (bolaget) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Därutöver yrkas även interimistiskt beslut. Bolaget anför bland annat följande. Utformningen av förfrågningsunderlaget är felaktig då kommunens krav att samtliga titlar ska prissättas är orimligt eftersom kommunen tillhandahåller ett ofullständigt titelunderlag. Därtill diskrimineras anbudslämnare eftersom sittande leverantör har en konkurrensfördel genom att känna till vad som efterfrågas. Kommunens krav om ekonomisk kompensation för skada som förmedlaren inte är ansvarig för strider mot proportionalitetsprincipen.

Kravet att samtliga titlar ska prissättas är orimligt. Detta arbete är enbart tidsödande och riskerar också att vara förgäves av flera skäl. Eftersom flera titlar saknar ISSN-nr och då det finns många olika utgivningsalternativ och därmed olika priser så är informationen i förfrågningsunderlaget otillräckligt för att kunna uppge ett korrekt pris. Kommunen har vägrat att komplettera förfrågningsunderlaget med ISSN-nr och anser inte heller att anbudsgivarna ska få information om vilken upplaga m.m. som avses. Det är orimligt att en anbudsgivare ska tvingas till att behöva gissa vilken produkt som avses för att få vara med i upphandlingen. Den enda anbudslämnare som har nödvändig information är den leverantör som sedan tidigare levererat till kommunen. Den sittande leverantören får därför en konkurrensfördel som strider mot likabehandlingsprincipen och därmed mot LOU.

Kravet i de kommersiella villkoren att kommunen ska kunna kräva och erhålla ekonomisk kompensation vid reklamationer är orimligt och strider

mot proportionalitetsprincipen eftersom kommunen kräver kompensation för skada som anbudslämnaren inte är ansvarig för.

Eftersom de nu påtalade bristerna i upphandlingen har påverkat det konkurrensuppsökande skedet måste upphandlingen göras om.

Kungälv kommun (kommunen) bestrider bolagets yrkande om åtgärd enligt 16 kap. LOU och anför bland annat följande. Kommunen har inte ställt orimliga krav i upphandlingen och det titelunderlag som tillhandahållits är tillräckligt. Inte heller står de kommersiella villkor som ställts upp i strid med LOU. Även i övrigt är förfrågningsunderlaget utformat i enlighet med LOU.

De prisuppgifter som kommunen har begärt in utöver det procentuella påslag som anbudsgivarna offererar på anbudsgivarens nettopris är inte oproportionellt. Samtliga prisuppgifter är avgörande för vilken total kostnad som kommunen kommer att få för respektive prenumeration. Totalkostnaden är också nödvändig för att kunna beräkna eventuella prisjusteringar enligt de kommersiella villkoren. Kommunens krav på prissättning är därför inte oproportionellt eller orimligt utan efterfrågade uppgifter är nödvändiga för upphandlingen.

Kommunen kan svårtigen förstå bolagets påstående om att titelunderlaget är ofullständigt på den grunden att ISSN-nr inte har angetts för respektive publikation. Kommunen har dock inte tillgång till dessa ISSN-nr. Den information som lämnats i förfrågningsunderlaget är tillräcklig för att kunna identifiera vilka tidskrifter/tidningar som kommunen efterfrågar prenumerationer på. Det finns varken en stor mängd utgivningsalternativ eller olika priser för nu aktuella prenumerationer. Kommunen förstår inte bolagets invändning att anbudsgivarna måste gissa sig till vilken prenumeration som avses eftersom prisformuläret innefattar såväl vilken publikation som

avses som vilken utgivare, vilket språk och titel. Även om någon prenumeration inte hade gått att identifiera fullt ut på grundval av det i förfrågningsunderlaget presenterade titelunderlaget skulle detta inte vara en sådan brist som medför att åtgärd enligt 16 kap. LOU är motiverad. Upphandlingen genomförs därtill som ett enkelt förfarande och i det fall en anbudsgivare skulle ha lämnat ett pris på annan publikation än den som kommunen angett skulle det kunna gå att lösas genom förhandling med den aktuella leverantören.

Det är upp till varje upphandlande myndighet att bestämma vad som ska upphandlas så länge de grundläggande principerna om offentlig upphandling inte träds för när. Kommunen har valt att utforma de kommersiella villkoren på det aktuella sättet eftersom kommunen enbart vill ha en leverantör/avtalsmotpart) att vända sig emot om det uppstår fel i tjänsten. Att kommunen endast vill ha en avtalsmotpart (förmedlaren av publikationstjänster) är en av de huvudsakliga anledningarna till varför förmedlingstjänsten överhuvudtaget upphandlas. I annat fall hade kommunen lika gärna kunnat teckna prenumerationer direkt med respektive utgivare. Såsom det aktuella villkoret är utformat är det upp till anbudsgivaren att i sin tur förhandla med och skriva avtal med de respektive förlagen om villkoren dem emellan för det fall förlaget skulle brista i sina åtaganden gentemot anbudsgivaren.

DOMSKÄL

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta 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.

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 beaktas.

Förvaltningsrättens bedömning

Den prismodell som kommunen bedömt vara bäst för den egna verksamheten får anses medföra att upphandlingen inte strider mot någon bestämmelse i LOU.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten faktiskt efterfrågar och tillmäter betydelse vid upphandlingen. Detta följer också av unionsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (jfr RÅ 2002 ref. 50).

För att anbudsgivarna i upphandlingen ska kunna lämna rätt pris på rätt produkt är det av stor vikt att denna produkt är väl definierad. Skäl saknas för att ifrågasätta bolagets uppgift att det finns ett otal faktorer som är av betydelse för att kunna lämna rätt pris på rätt produkt. Kommunen synes också under skriftväxlingen ha vidgått detta förhållande. Det får emellertid anses inte nödvändigt att i förfrågningsunderlaget ange ISSN-nr om de ytterligare uppgifter som krävs för att identifiera efterfrågad produkt ändå kan utläsas av förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget är något bristfälligt såtillvida att det inte klart framgår vad som efterfrågas när det finns olika utgivningsalternativ för titlarna. Om olika utgivningsalternativ finns bör förfrågningsunderlaget emellertid förstås på så sätt att det är standardupplagen som efterfrågas. Någon annan tolkning ligger inte närmare till hands. Förfrågningsunderlaget är vad gäller titlarna inte så utformat att en leverantör på grundval av detta inte kan avgöra vad den upp-

handlande myndigheten faktiskt efterfrågar. Annat har inte visats än att förfrågningsunderlaget i denna del är tillräckligt preciserat för att anbudsgivarna ska kunna lämna ett korrekt pris. Kravet på prissättning av varje titel får, med hänsyn till den prismodell som kommunen valt, anses nödvändigt och proportionerligt samt inte stridande mot proportionalitetsprincipen.

Bolaget gör gällande att nuvarande leverantör av tidskrifter/tidningar har sådan nödvändig information som krävs för att veta vad som efterfrågas och därigenom har getts en konkurrensfördel gentemot övriga anbudsgivare. Något mer konkret stöd för detta antagande har bolaget inte fört fram. Bolaget har därför inte visat att upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen och LOU i denna del.

Den unionsrättsliga principen om proportionalitet innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Kommunens skullkrav om reklamationer innebär i princip en ovillkorlig rätt till ekonomisk kompensation för kommunen vid upprepade reklamationer avseende en och samma tidskrift/tidning. Kommunens syfte med kravet är att ålägga antagen leverantör ansvar för att leverans sker inklusive reklamationshantering. Kravet får anses ha ett naturligt samband med det som upphandlas. För att vara proportionerligt måste kravet vara nödvändigt för att uppnå de eftersträlvade syftena, såtillvida det inte finns något mindre ingripande alternativ. Kravet innebär att leverantören kan bli skadeståndsskyldig till följd av omständigheter som hänför sig till de utgivande förlagen och som leverantören inte har möjlighet att påverka eller ens förutse. Kommunens skäl till skullkravet är att kommunen vill ha enbart en avtalspart att vända sig mot om det uppstår fel i tjänsten. Av prisformuläret framgår att det finns ett mycket stort antal

utgivare. Kommunen uppger att en av de huvudsakliga anledningarna till varför förmedlingstjänsten överhuvudtaget upphandlas är att kommunen vill ha endast en avtalspart. Kravet får anses långtgående men begränsas genom att ekonomisk kompensation ska utgå endast vid upprepade reklamationer avseende en och samma tidskrift/tidning och per nummer samt därigenom att tvist i anledning av avtalet ska avgöras av allmän domstol. Som kommunen anför kan anbudsgivaren vidare i sin tur förhandla och skriva avtal med utgivarna om villkoren dem emellan för det fall att utgivarna skulle brista i sina åtaganden gentemot anbudsgivaren. Det har inte framkommit att det finns mer lämpliga och mindre ingripande åtgärder för att uppnå det önskade syftet. Den av bolaget angivna mindre ingripande åtgärden att beskriva anbudsgivarens reklamationshantering får således anses inte mer lämplig. Kommunens skalkrav får anses stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Bolaget har sammanfattningsvis inte visat att kommunen har agerat i strid med proportionalitetsprincipen genom att ställa upp kravet. Grund för ingripande på grund av detta villkor finns därför inte.

Det som bolaget anför och visat innebär inte att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Grund för ingripande enligt 16 kap. 5 § LOU finns därför inte. Ansökan ska alltså avslås.

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



Urban Karlsson

Föredragande har varit Michaël Koch.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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