



SÖKANDE

BTJ Sverige AB, 556013-9726
Scheelevägen 18
221 82 Lund

Ombud: Advokat Martin Levinsohn
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPARTER

1. Karlstads kommun
2. Arvika kommun
3. Eda kommun
4. Filipstads kommun
5. Forshaga kommun
6. Grums kommun
7. Hagfors kommun
8. Hammarö kommun
9. Kils kommun
10. Kristinehamns kommun
11. Munkfors kommun
12. Region Värmland
13. Storfors kommun
14. Sunne kommun
15. Säffle kommun
16. Torsby kommun
17. Årjängs kommun

Upphandlingen handläggs gemensamt för alla kommunerna av
Karlstads kommun
Upphandlingsenheten
651 84 Karlstad

SAKEN

Offentlig upphandling

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller delvis BTJ Sverige AB:s ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2015-01-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 119464

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se
www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Karlstads kommun har för Region Värmlands och ovan angivna kommuners (kommunerna) räkning genomfört en ramavtalsupphandling för inköp av medier till folk- och skolbiblioteken i Värmland, dnr 9863-14. Anbudet skulle vara bindande till och med den 4 november 2014. Det mest fördelaktiga anbudet skulle antas.

Avtalet omfattar böcker, ljudböcker, film, spel och musik samt tidningar och tidskrifter till folk- och skolbibliotek i Värmland. Det är uppdelat i fem kategorier. Enligt tilldelningsbeslutet har BTJ Sverige AB (bolaget) inte antagits som leverantör avseende kategori 5 (Tryckta tidningar och tidskrifter) och av utvärderingsprotokollet framgår att bolaget rangordnats på andra plats. Bolaget har ansökt om överprövning. Ansökan omfattar endast kategori 5 (Tryckta tidningar och tidskrifter).

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand rättelse genom att ny utvärdering görs efter förkastande av anbudet från vinnande anbudsgivare och i andra hand genom att ny utvärdering görs varvid vinnande anbudsgivares anbud ges ett prispåslag om fem procent i stället för ett prisavdrag om fem procent. I tredje hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Sammanfattningsvis anför bolaget följande.

Av utvärderingsmodellen framgår att kategori 5 är indelad i tidningar och tidskrifter på svenska språket (kategori 5.1) och tidningar och tidskrifter på övriga språk (kategori 5.2). För respektive underkategori ska anbudsgivaren utgå från ett fiktivt pris som anges av kommunerna, 2 000 000 kr för kategori 5.1 respektive 200 000 kr för kategori 5.2. Anbudsgivaren har möjlighet att offerera ett procentuellt påslag på priset för respektive under-

kategori. Produkten av det fiktiva priset och det procentuella påslaget ger ett jämförelsetal. Jämförelsetalen för kategorierna 5.1 och 5.2 läggs samman. Den som offererat det lägsta sammanlagda jämförelsetalet tilldelas kontraktet för kategori 5. Möjligheten att offerera påslag på de fiktiva priserna framgår av punkterna 5.1.1 och 5.2.1. Formuleringarna "Ange påslag för tidningar och tidskrifter (...) genom att ange en negativ (-) procentsats" är i nu relevanta avseenden identiska. Redan denna formulering gör det tydligt att endast påslag får offereras och att avdrag eller rabatter inte får offereras. Vid en genomgång av utvärderingsmodellen gällande övriga kategorier kan särskilt framhållas att kommunerna explicit efterfrågar rabatter (dvs. avdrag) i punkterna 1.2.1, 1.4.1; 2.2.1 och 4.1.1. I andra punkter efterfrågas i stället påslag (punkterna 1.1.1, 1.3.1, 2.1.1 och 3.1.1 samt nu aktuella punkterna 5.1.1 och 5.2.1). Det kan således konstateras att kommunerna har gjort en tydlig och konsekvent genomförd åtskillnad mellan påslag och rabatter (avdrag) i förfrågningsunderlaget.

Den 9 juni 2014 kl. 09:58:53 ställde en anbudsgivare följande fråga gällande tolkningen av bl.a. punkt 5.1.1 och fick följande svar.

Fråga: Har vi uppfattat rätt att varje procentenhet ger ett påslag och inte ett avdrag som anges i texten, t.ex. för 1.1.1 där -10 procent ger + 500 000 kr? Svar: Ja. När det gäller de prisfrågor där det ska anges ett påslag ska ett minus sättas framför den offererade procentsatsen för att utvärderingsmodellen ska fungera.

Beställarens svar visar tydligt att det är påslag som efterfrågas. Uppdelningen mellan påslag och rabatter har en stark förankring i hur media-marknaden fungerar. Det rådde således inte någon tvekan om att kommunernas olika anvisningar om påslag respektive rabatter för olika kategorier var avsiktliga.

Vinnande anbudsgivare har offererat påslaget 5 procent utan att ange något minustecken framför. Detta har genererat jämförelsetalen -100 000 kr respektive -10 000 kr samt det sammanlagda jämförelsetalet 2 090 000 kr. I

och med att effekterna av det utelämnade minustecknet genererades direkt i formuläret (dvs. jämförelsetalen räknades fram automatiskt pga. förprogrammerade formler) så kan vinnande anbudsgivare knappast ha varit omedvetet om att det var en rabatt man offererade. Kommunerna har lagt det framräknade jämförelsetalet efter rabatt, dvs. 2 090 000 kr, till grund för utvärderingen och rangordningen av anbudet.

Begreppet påslag kan inte avse en minuspost. Det är osannolikt att vinnande anbudsgivares rabatterbjudande berott på en oavsiktlig felskrivning. Om vinnande anbudsgivares anbud rätteligen hade förkastats eller kommunerna hade omvandlat prisavdraget till ett prispåslag, såsom varandes ett uppenbart skrivfel, så hade bolaget tilldelats kontraktet. Bolaget har således lidit skada i den mening som avses i 16 kap. LOU. I annat fall strider förfrågningsunderlaget mot transparensprincipen i det att anbudsgivare vilseletts att utgå från att endast prispåslag fick offereras. Om det hade stått klart att prisavdrag fick offereras, så är det sannolikt att bolaget hade utformat sitt anbud annorlunda, vilket i sin tur sannolikt hade påverkat utfallet av utvärderingen. Bolaget har således lidit skada i den mening som avses i 16 kap. LOU.

Bolaget hänvisar till Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 9 september 2011 i mål nr 14115-11.

Kommunerna bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning utifrån följande grunder. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de grundläggande principerna. Det finns ingen grund för att förkasta den vinnande anbudsgivaren. Förfrågningsunderlaget strider inte mot transparensprincipen varför det inte heller finns någon grund för förvaltningsrätten att förordna att upphandlingen ska göras om. Kommunerna anför sammanfattningsvis följande.

Av förfrågningsunderlaget framgår att offererade rabatter/påslag ska lämnas i förfrågningsunderlagets tillhörande prisbilaga. Vinnande anbudsgivares anbud uppfyller samtliga kvalificeringskrav och det finns inga reservationer eller oklarheter gällande lämnade prisuppgifter. Det är riktigt att vinnande anbudsgivare offererat påslaget 5 procent utan att ange något minustecken framför och således i praktiken offererat ett prisavdrag. Ett påslag kan vara både positivt och negativt ifall som dessa. Med ledning av vanligt språkbruk går det inte komma till bolagets slutsats att endast påslag får offereras. Det finns heller ingen anledning att försöka tolka övriga delar av förfrågningsunderlaget på så sätt som bolaget gör i ansökan om överprövning. För att bolagets slutsats skulle ha varit riktigt hade krävs ett uttryckligt förbud i förfrågningsunderlaget mot att lämna ett negativt påslag. Något sådant uttryckligt förbud har inte funnits. Det har inte funnits någon anledning att ställa upp ett sådant förbud eftersom den aktuella skrivningen medför att det är tillåtet att lämna negativa påslag vilket i sin tur leder till bättre priser för kommunerna och övriga kommande parter i ramavtalet.

Den fråga och det svar som bolaget hänvisar till avser inte tillåtligheten i att lämna negativa påslag utan beskriver endast hur utvärderingsmodellen fungerat i den aktuella upphandlingen.

Det måste vara upp till varje enskild anbudsgivare att själva bedöma på vilken nivå de kan lägga sig prismässigt. Härvid kan exempelvis noteras den omfattande praxis som finns gällande så kallade noll-anbud och deras tillåtlighet. Samtliga celler i prisbilagan är låsta förutom de celler där påslag/rabatter/ priser ska lämnas. I dessa celler är det möjligt att laborera med både negativa och positiva tal. Detta har alla anbudsgivare kunnat göra. Vinnande anbudsgivare har således inte haft någon otillbörlig konkurrensfördel. Den av bolaget åberopade domen från förvaltningsrätten i Stockholm är felaktig eftersom det inte heller av det då aktuella förfrågningsunderlaget framgick något förbud mot negativa påslag.

Förfrågningsunderlagets anvisningar avseende pris, prissättning och utvärdering av priser har varit klara och tydliga. Det kan inte anses strida mot transparensprincipen. Samtliga anbudsgivare har haft möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Anbudsgivare har inte vilseletts att tro någonting. På samma sätt som vinnande anbudsgivare i enlighet med vad bolaget anfört torde ha förstått att ett negativt påslag (genom att utelämna minustecknet) leder till ett prisavdrag så hade bolaget samma möjlighet att nå den insikten. Enbart den omständigheten att en annan anbudsgivare lämnat ett bättre anbud utifrån en vald utvärderingsmodell leder inte till att förfrågningsunderlaget kan anses stå i strid med transparensprincipen. Bolaget har inte åberopat någon bevisning till stöd för påståendet om att ett bättre anbud lämnats om förfrågningsunderlaget varit tydligare. Det är därför tveksamt om bolaget lidit skada av den påstådda bristen i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har därefter tillagt sammanfattningsvis följande. Det är ostridigt att kommunerna såvitt gäller kategori 5 endast efterfrågat påslag. Från en språklig utgångspunkt är det uppenbart att ett påslag innebär att något adderas till det som fanns från början. Ur en språklig utgångspunkt kan ett påslag vara negativt endast om det finns en uttrycklig anvisning om att begreppet – trots sin språkliga innebörd – även kan motsatt betydelse. För andra kategorier har kommunerna uttryckligen efterfrågat rabatter. Bolaget har de facto offererat det lägsta pris som var tillåtet med beaktande av hur förfrågningsunderlaget var utformat. Om förfrågningsunderlaget hade tillåtit att rabatter offererades, så måste det anses sannolikt att bolaget skulle ha offererat rabatter.

Den 31 oktober 2014 har kommunerna skickat ut en ny ”prisförfrågan” avseende utländska tidningar och tidskrifter. Att kommunerna i den nya utvärderingsmodellen uttryckligen har begärt att anbudsgivarna ska ange

påslag eller rabatt visar att kommunens argumentation i detta mål inte är allvarligt menad.

Kommunerna har slutligen vidhållit sin inställning och tillagt sammanfattningsvis följande. Den enda åtgärd som kan komma i fråga om ett ingripande mot upphandlingen ska ske är att upphandlingen görs om då anbuds tiden gått ut och bolaget inte tillåtit förnya sitt anbud.

För att säkerställa de upphandlande myndigheternas behov av utländska tidskrifter och tidningar under 2015 inleddes en direktupphandling avseende utländska tidningar och tidskrifter enligt den prisförfrågan som bolaget gett in till rätten. Till undvikande av en eventuell tvist i frågan har direktupphandlingen avbrutits. Att en upphandlande myndighet formulerar sig annorlunda efter en ansökan om överprövning är inte alls ovanligt även om myndigheten anser att anbudsgivarens inställning är felaktig.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

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 att 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 har gjorts.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref 50). EU-domstolen har understrukt vikten av att alla anbudsgivare ska kunna tolka uppställda kriterier på samma sätt och angett att förfrågningsunderlaget ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (se bl.a. mål C-19/00 punkt 42).

Bedömning och slutsats

Det är ostridigt i målet att kommunerna genomgående i förfrågningsunderlaget avseende de olika kategorierna efterfrågat påslag respektive rabatter i fråga om priser och jämförelsetal. Det är vidare ostridigt att kommunerna såvitt gäller kategori 5 endast efterfrågat ett påslag på priset.

Avseende kommunernas svar på frågat den 9 juni 2014 kl. 09:58:53 anges förvisso inte att det går att lämna antingen en rabatt eller ett påslag där ett minus ska sättas framför den offererade procentsatsen. Förvaltningsrätten konstaterar dock att svaret, såsom kommunen angett, endast beskriver hur utvärderingsmodellen fungerat i den aktuella upphandlingen.

Kommunerna har anfört att ett påslag kan vara både positivt och negativt i fall som dessa och att ett eventuellt hinder mot att lämna negativt påslag hade krävt ett uttryckligt förbud i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening har begreppen positivt och negativt, och även påslag och rabatter, motsatta betydelser såväl i vanligt språkbruk som i fall som dessa. Förvaltningsrätten finner, med utgångspunkt utifrån vad som angetts

i förfrågningsunderlag och prislista, att med begreppet påslag i aktuell ramavtalsupphandling kan inte avses en rabatt.

Förfrågningsunderlaget har av olika anbudsgivare tolkats på olika sätt i vad kommunerna menar med ett procentuellt påslag på priset. Enligt förvaltningsrätten kan det inte förväntas att alla rimligt informerade och omsorgsfulla anbudsgivare ska tolka detta kriterium så som kommunerna i målet anfört att det ska, dvs. att begreppet påslag även kan avse en rabatt. Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget i detta avseende brister i förutsebarhet och tydlighet och att bristen inte är av det slag att den ändå bör godtas.

Vid utvärderingen i kategori 5 kom bolaget på andra plats. Bolaget har anfört att det, om det hade stått klart att prisavdrag fick offereras, sannolikt hade utformat sitt anbud annorlunda och att detta i sin tur sannolikt hade påverkat utfallet av utvärderingen. Det är sannolikt att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Med hänvisning till vad som anförts ovan finner förvaltningsrätten att det föreligger skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Då bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1 B LOU).



Bo Forsberg



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.