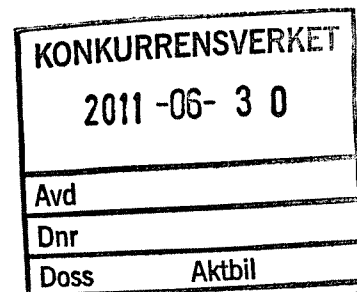




SÖKANDE

Adlibris AB, 556261-3512

Ombud: Advokat Peter Adamsson
Sandart & Partners Advokatbyrå KB
Box 7131
103 87 Stockholm



MOTPARTER

Norrtälje kommun
Danderyd kommun
Täby kommun
Vallentuna kommun
Vaxholm kommun
Österåker kommun
genom
Norrtälje kommun
Box 800
761 28 Norrtälje

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Norrtälje m.fl. kommuners upphandling av biblioteksmedia, dnr KS 10-1612

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 2 maj 2011 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDE M M

Kommunerna Norrtälje, Danderyd, Täby, Vallentuna, Vaxholm och Österåker har genom Norrtälje kommun (**kommunen**) begärt in anbud i offent-

lig upphandling av biblioteksmedia. Kommunen har beslutat att avbryta upphandlingen avseende anbudsområde B, litteratur med biblioteksutrustning, och i stället använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 20 april 2011 har anbudsgivare nr 3 antagits som leverantör avseende anbudsområde B.

Adlibris AB (bolaget) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om avseende anbudsområde B.

Till stöd härför anför bolaget bl.a. följande. En upphandling ska ske med iakttagande av bl.a. principerna om likvärdighet och transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. Den aktuella upphandlingen har genomförts genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på ett sätt som strider mot såväl ovanstående regler som reglerna i 4 kap. 5 § LOU, vilket uppenbarligen kan leda till att bolaget i egenskap av leverantör kan lida skada. De upphandlande enheterna inledde genom ett öppet förfarande en upphandling avseende biblioteksmedia under hösten 2010. Vad avser anbudsområde B framgår av utvärderingsrapporten att de upphandlande enheterna kom till slutsatsen att utvärderingsmodellen inte gav utrymme eller möjlighet att utvärdera något av de bud som lämnats in eftersom samtliga anbudsgivare lämnat prisuppgifter som avvek från vad som angivits i punkterna 5.7 och 5.12 i förfrågningsunderlaget. De upphandlande enheterna beslutade då att avbryta anbudsområde B och använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU. Enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU, får ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas om det vid öppet förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några bud eller inte lämnats några lämpliga bud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt. I upphandlingen har för det första bud lämnats. För det andra har frågan inte varit om några lämpliga bud lämnats eller inte. I stället har den upphandlande enheten vid utvärdering kommit till slutsatsen att inte något av

anbudet kan utvärderas eftersom de avviker från vissa ”skall-krav”. Det kan i en sådan situation inte vara förenligt med bestämmelserna i LOU att utan föregående annonsering genomföra ett förhandlat förfarande med endast en anbudsgivare. Detta i synnerhet som det av anbudsgivaren lämnade anbudet inte var det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vidare bör framhållas att bestämmelserna i 4 kap. 5 § LOU är undantagsbestämmelser som bör tillämpas restriktivt.

Kommunen bestrider bifall till bolagets begäran och anför bl.a. följande. Det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering står inte i strid med LOU och bolaget kan inte heller komma att lida skada såsom krävs för bifall till en ansökan om överprövning. Beträffande anbudsområde B angavs i förfrågningsunderlaget punkt 5.7 bl.a. att beställd litteratur ska levereras plastade och att plastade böcker ska levereras fullt utrustade med korrekt bibliografisk rygg, hyllsignum och sekvensetikett, samt att denna utrustning ska ingå i det pris som leverantören lämnar under punkt 5.12. I punkt 5.12 angavs att de prisuppgifter som skulle lämnas är rabatt/påslag för svensk litteratur på gällande förlagsprislister, rabatt/påslag för utländsk litteratur på gällande listpris/pricelister samt pris för s.k. biblioteksband. Ingen kostnad skulle anges för den utrustning som angavs i punkt 5.7 då detta är standardutrustning. Under punkt 5.12 har samtliga anbudsgivare i sina anbud angett rabatt respektive påslag på förlagspris respektive listpris/pricelister, samt angett pris för biblioteksband i enlighet med förutsättningarna. Därutöver har dock samtliga anbudsgivare offererat och angett kostnad för den utrustning som enligt punkt 5.7 utgör standardutrustning. Samtliga anbudsgivare har lämnat anbud med priser som avviker från vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget till upphandlingen. Eftersom inget anbud som inkom motsvarade samtliga krav som uppställdes i annonsen kvarstod inget lämpligt anbud att utvärdera.

Av utvärderingsrapporten framgår att bolaget och Akademibokhandeln AB inte uppfyllde samtliga ställda ”skall-krav”. Då BTJ Sverige AB var den enda anbudsgivaren i upphandlingen som uppfyllde ställda ”skall-krav” genomfördes det förhandlade förfarandet med den anbudsgivaren. För det fall de anbudsgivare som inte uppfyllde samtliga ”skall-krav” hade fått delta i det förhandlade förfarandet, skulle det ha krävt att kommunerna hade behövt ändra de ursprungliga villkoren för kontraktet på ett inte oväsentligt sätt. Kommunerna ville dock att de ”skall-krav” som bolaget och Akademibokhandeln AB inte uppfyllde skulle kvarstå i upphandlingen då de var av stor betydelse för kommunerna. Därför genomfördes förhandlingen med den anbudsgivare som uppfyllde ”skall-kraven”, nämligen BTJ Sverige AB. Detta förhållande visar att bolaget varken lidit eller kunnat lida någon skada på grund av att det inte fick delta i det förhandlade förfarandet.

Bolaget anför i yttrande till förvaltningsrätten bl.a. följande. Det sätt på vilket upphandlingen genomförts – särskilt övergången till förhandlat förfarande – ligger inte i linje med upphandlingsregleringens syfte, som är att främja konkurrensen till allmänhetens bästa. I utvärderingsrapporten angavs att anledningen till att ett förhandlat förfarande genomfördes med en av anbudsgivarna var att endast den anbudsgivaren uppfyllde samtliga ”skall-krav”. Kommunens resonemang är varken logiskt eller sammanhängande då den också anført att inte någon av anbudsgivarna – och därmed inte heller Bibliotekstjänst – har uppfyllt samtliga ”skall-krav”, vilket även kommer till uttryck i kommunens yttrande till förvaltningsrätten. Det krav som finns under punkten 5.12 i förfrågningsunderlaget är ett ”skall-krav” och uppenbarligen har den upphandlande myndigheten funnit att inte någon av anbudsgivarna uppfyllde detta ”skall-krav”. Trots detta anges i utvärderingsrapporten att det förhandlade förfarandet genomfördes med anbudsgivare 3 eftersom denna var den ende som uppfyllde samtliga ”skallkrav”. Skälet för att genomföra ett förhandlat förfarande med en viss

anbudsgivare synes således i realiteten vara något annat än att denna anbudsgivare uppfyllde samtliga ”skall-krav”.

När det gäller ”skall-kravet” under punkten 3.3 i förfrågningsunderlaget, och det av bolaget angivna svaret, kan följande framhållas. Ett led i det aktuella ”skall-kravet” är att anbudsgivaren måste erbjuda möjlighet till förhandsbeställning för ej utkommen litteratur/medier. Bolaget angav att ”Förhandsbeställning finns för medier som ej ännu utgivits”. I samband med en begäran om förtydligande från den upphandlande myndigheten förklarade sedan bolaget att företaget höll på att färdigställa en funktion där man kan förhandsbeställa en bok som ännu inte utgivits. Mot denna bakgrund kan ifrågasättas om bolaget inte uppfyllt det aktuella ”skall-kravet”. I vart fall kan det lämpliga i att genomföra ett förhandlat förfarande med endast en anbudsgivare utan föregående annonsering ifrågasättas även av denna anledning.

Kommunen anför i yttrande till förvaltningsrätten bl.a. följande. Beslutet att avbryta upphandlingen och genomföra en förhandlad sådan baserades främst på att anbudet inte hade besvarats i enlighet med förfrågningsunderlaget, vilket enligt punkten 2.13 i förfrågningsunderlaget var en förutsättning för att en utvärdering av anbudet skulle ske. Avbrytandet och genomförandet av den förhandlade upphandlingen var alltså främst motiverat av detta, snarare än att anbudet brast i ”skall-krav”. Kommunen vidhåller bedömningen avseende bolagets anbud, nämligen att det inte uppfyller ”skall-kravet” i punkten 3.3 i förfrågningsunderlaget. I nämnda punkt anges att anbudsgivaren skulle kunna erbjuda beställaren möjlighet till förhandsbeställningar av ännu ej utkommen litteratur. Vid kommunens kontrollfråga till bolaget framkom att denna funktion ännu inte hade etablerats. Bolaget uppfyllde därför inte ”skall-kravet” i punkten 3.3, varför dess anbud inte heller utvärderats. Mot bakgrund av det krav på funktionalitet som bolagets anbud inte uppfyllde utgör ett krav som kommunen vill upprätt-

hålla i upphandlingen – även om förvaltningsrätten skulle förordna om att upphandlingen ska göras om – riskerar bolaget inte att lida skada till följd av den påstådda överträdelsen. Bolaget riskerar därför inte heller att lida skada av att upphandlingen inte har genomförts i annan form, t.ex. som en öppen upphandling, eftersom kravet ifråga skulle ha uppställts även i en sådan upphandling. Ett alternativ för de deltagande kommunerna hade möjligen varit att tillåta att anbudsgivarna skulle ha justerat sina priser så att de svarade mot förfrågningsunderlaget. Kommunen vill därför påtala att endast BTJ:s anbud skulle ha kvarstått för utvärdering i upphandlingen om så hade skett. Således skulle BTJ även i det scenariot ha tilldelats kontraktet. Eftersom kommunen bedömde det osäkert huruvida en förändring av anbudspriserna rymdes inom ramen för vad som är en tillåten komplettering enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU, valde de deltagande kommunerna i stället att avbryta upphandlingen och genomföra en förhandlad upphandling med BTJ enligt samma krav som hade uppställts i den öppna upphandlingen.

Bolaget anför i yttrande till förvaltningsrätten bl.a. följande. Kommunen har valt bland anbuden och inlett förhandlingar med den anbudsgivare kommunen funnit minst olämplig, trots att samtliga anbud förkastats som olämpliga med stöd av 4 kap. 5 § LOU. Detta förfarande är inte förenligt med LOU:s föreskrifter om transparens, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Bolaget har lidit eller riskerar att lida skada till följd av att kommunen på ett felaktigt sätt gett uppdraget att leverera böcker till en konkurrent. Det är inte bolagets sak att ha någon bestämd uppfattning om vad kommunen borde ha gjort när inget av anbuden uppfyllde skalkraven eller befanns lämpliga. Det är dock felaktigt att, som kommunen gör, laborera med ett hypotetiskt resonemang om att kommunen hade kunnat agera på ett visst sätt (bett anbudsgivarna justera sina priser och därefter företagit en utvärdering etc.). Kommunen har nämligen inte agerat i enlighet med detta hypotetiskt beskrivna alternativ. Även andra alternativ,

som t.ex. att avbryta och göra om upphandlingen, stod för övrigt till buds för kommunen när det visade sig att inget av de ingivna anbuden uppfyllde ”skall-kraven” eller var lämpliga. Det går därför inte att dra slutsatsen att bolaget inte har lidit eller riskerar att lida skada på grundval av det av kommunen åberopade hypotetiska förfarandet.

DOMSKÄL

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.

Av 4 kap. 5 § 1 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU 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 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.

I förfrågningsunderlaget till den nu överprövade upphandlingen anges bl.a. följande.

2.13 Bedömning av anbud: utvärderingsfasen

En förutsättning för att utvärdering skall kunna ske är således

- att anbudet är lämnat och har besvarats i enlighet med förfrågningsunderlaget
- att anbudsgivaren bedöms vara kvalificerad samt
- att obligatoriska krav (skallkrav) uppfyllts.

I kommunens utvärderingsrapport den 12 april 2011 anges bl.a. följande.

2.2 Kvalificeringsresultat

Samtliga anbudsgivare klarade kvalificeringskraven och prövades vidare.

3. Utvärdering

3.2. Prövning av anbud

3.2.1 Kravspecifikation

Följande anbudsgivare klarade inte samtliga ställda skallkrav. Denna anbudsgivare har inte utvärderats vidare.

- Adlibris AB

I punkt 3.3 anges att anbudsgivaren skall erbjuda möjlighet till förhandsbeställning för ej utkommen litteratur/medier. I en begäran om förtydligande avseende punkt 3.3 uppgav Adlibris AB att Adlibris AB håller på att färdigställa en ny funktion där man kan förhandsbeställa en bok som ej ännu utgivits. Kravet på förhandsbeställning i punkt 3.3 kan inte anses vara uppfyllt då Adlibris inte har denna funktion. Övriga anbudsgivare klarade skallkraven och prövades vidare.

3.2.3 Anbudsområde B, Litteratur med biblioteksutrustning

Beträffande anbudsområde B, litteratur med biblioteksutrustning, angavs i punkt 5.7 följande: ”Beställd litteratur skall levereras plastade. Plastade böcker skall levereras fullt utrustade med korrekt bibliografisk rygg, hyllsignum, sekvensetikett, d.v.s. streckkodsetikett inklusive bibliografisk information, och RFID-etikett om kunden så önskar utan extra kostnad. Denna utrustning ingår i det pris som leverantören lämnar under punkt 5.12”. Under punkt 5.12 har samtliga anbudsgivare angett rabatt respektive påslag på förlagspris respektive listpris/pricelist, samt angett pris för biblioteksband i enlighet med förutsättningarna. Dock har samtliga anbudsgivare angett kostnad för den utrustning som enligt punkt 5.7 ska ingå.

[...] Utvärderingsmodellen ger inte utrymme eller möjlighet att utvärdera anbuden då samtliga anbudsgivare lämnat prisuppgifter som avviker från vad som angivits i punkterna 5.7 och 5.12. I den uppkomna situationen beslutade deltagande kommuner att avbryta anbudsområde B och använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU. Det förhandlade förfarandet genomfördes med BTJ Sverige AB, som var den enda anbudsgivaren som uppfyllde ställda skallkrav.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunen vid upphandlingen av biblioteksmedia, anbudsområde B, har brutit mot någon bestämmelse i LOU. En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder

enligt LOU är vidare att bolaget har lidit skada, eller i vart fall riskerat att lida skada, till följd av förfarandet.

Avseende anbudsområde B, litteratur med biblioteksutrustning, har kommunen avbrutit upphandlingen och beslutat att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU. Bolaget har gjort gällande att kommunen, genom att tillämpa nämnda förfarande, handlat i strid med reglerna i LOU. Kommunen å sin sida har anfört att eftersom inget anbud som inkom under det öppna förfarandet motsvarade samtliga krav som uppställdes i annonsen fanns inget lämpligt anbud att utvärdera och att den således haft rätt att tillämpa ett förhandlat förfarande utan annonsering.

En förutsättning för att bestämmelsen i 4 kap. 5 § 1 LOU ska bli tillämplig är att det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud. I förevarande fall har tre anbud lämnats, från bolaget, BTJ Sverige AB respektive Akademibokhandeln AB. Kommunen har anfört att inget av de tre anbuden var lämpligt att utvärdera då samtliga anbudsgivare lämnat anbud med priser som avviker från vad som efterfrågats i förfrågningsunderlagets punkt 5.12 jämfört med punkt 5.7.

Avgörande för målet är emellertid om bolaget till följd av detta förfarande har lidit skada eller kan komma att lida skada. Enligt förvaltningsrättens mening är annat inte visat än att bolaget inte uppfyllde ”skall-kravet” i punkten 3.3 i förfrågningsunderlaget. Därmed gick dess anbud inte vidare i utvärderingen. Således har, oavsett upphandlingsförfarande och oavsett om kommunen haft fog att avbryta upphandlingen i denna del och tillämpa ett förhandlat förfarande, bolagets anbud inte kunnat antas. Enligt förvaltningsrätten kan därför inte bolaget anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada till följd av kommunens åtgärd att avbryta upphandlingen och till-

lämpa ett förhandlat förfarande med den ende kvarvarande anbudsgivaren.
Därmed föreligger inte grund för ingripande enligt LOU med anledning av
bolagets begäran.

Förvaltningsrätten har till följd härav inte anledning att ta ställning till om
kommunens åtgärd i övrigt varit i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

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



Leif Gäverth
lagman

Målet har handlagts av Lisa Klasson.