



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UMEÅ**

**DOM**  
**2010 -05- 25**  
Meddelad i  
Umeå

Mål nr  
1220-10 E  
Kansli 2

2010 -05- 28	
Avd	
Dnr	
Doss	Albbi

**SÖKANDE**

Prenax AB, 556540-7474  
Box 1080  
164 25 Kista

**MOTPART**

Umeå kommun  
901 84 Umeå

**SAKEN**

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

---

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

---

**BAKGRUND OCH YRKANDEN**

Umeå kommun (kommunen) har infordrat anbud avseende prenumeration på tidningar och tidskrifter (dnr 09112). - Vid upphandlingen har använts öppet förfarande.

Prenax AB (bolaget) ansöker i förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan.

Genom interimistiskt beslut den 15 mars 2010 har förvaltningsrätten förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Dok.Id 2432

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se	090-13 75 88	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

### TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

En upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

(12 kap. 1 § första stycket LOU)

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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. (16 kap. 2 § första stycket LOU)

### UTREDNINGEN

#### *Kommunens förfrågningsunderlag*

I förfrågningsunderlagets Upphandlingsföreskrifter anges bl.a. följande.

#### *1.0 Upphandlingen*

Umeå kommun avser att upphandla en upp till fyra agenter som administrerar Umeå kommuns prenumerationer till biblioteken under perioden 2010-11-01—2012-10-31 med möjlighet till maximalt 1 års förlängning. Övriga som ingår i denna upphandling är Bjurholms kommun, Vännäs kommun, Nordmalings kommun, Vindelns kommun och Robertsfors kommun.

Denna upphandling är uppdelad i fyra (4) paket.

I paket 1 ingår endast svenska tidskrifter.

I paket 2 ingår endast utländska tidskrifter.

I paket 3 ingår endast dagstidningar svenska.

I paket 4 ingår endast dagstidningar utländska.

#### *2.4 Pris*

Pris skall anges enligt Svarsbilagan Prismall, se bilaga 1 till domen för utdrag ur prismallen. Priser ska anges i SEK och vara exklusive mervärdesskatt. Angivna priser skall gälla fasta t.o.m. 2010-11-01. Därefter sker prisjustering enligt punkt 4 i bilaga "Avtalsvillkor/avtal".

#### *3.2 Prövning av anbud*

Av de kvalificerade anbuden kommer anbudet med lägsta pris i tryckt upplaga att antas som vinnare i respektive paket.

I förfrågningsunderlagets Avtalsvillkor/Avtal anges bl.a. följande.

#### *21.0 Kreditering*

Vid ej mottagen svensk tidning/tidskrift har säljaren två veckor efter första reklamationen på sig att skicka ett nytt nummer. Kommer inte ett nytt nummer inom angiven tid skall kreditering av utebliven leverans ske omgående till köparen efter andra reklamationen. Kreditering per utebliven leverans beräknas på å-priset på prenumerationen delat i antalet angivna nummer per år.

Vid ej mottagen utländsk tidning/tidskrift har säljaren sex veckor efter första reklamationen på sig att skicka ett nytt nummer. Kommer inte ett nytt nummer inom angiven tid skall kreditering av utebliven leverans ske omgående till köparen efter andra reklamationen. Kreditering per utebliven leverans beräknas på å-priset på prenumerationen delat i antalet angivna nummer per år.

#### *Parternas anföranden*

Bolaget anför. Kommunen ber anbudslämnare att prissätta prenumerationer på 478 svenska tidskrifter, 91 utländska tidskrifter, 46 svenska dagstidningar och 16 utländska dagstidningar. Titlarna anges i anbudsunderlaget. Dessvärre räcker inte dessa titelnamn för att kunna bestämma vilken produkt som efterfrågas. Sedvanlig standard i prenumerationsservicebranschen är att namnge produkten med fullständigt titelnamn (inga förkortningar eller alliterationer), ISSN-nummer, utgivningsland och utgivningspråk. För dagstidningar gäller även att typ av upplaga som definierar edition uppges, t.ex. riksupplaga eller lokalupplaga. Tidningsförlagens priser varierar beroende på ovanstående kriterier och utan dessa uppgifter kommer anbudslämnarna inte att kunna lämna priser på rätt produkter. – Efter påstötningar går kommunen nu med på att förse titelunderlaget med ISSN-nummer, vilket ger anbudslämnaren en bättre möjlighet att identifiera vilken titel som avses. Fortfarande saknas dock information om vilka upplagor och/eller geografiska spridningsområden som avses. Avses utgivning mån-fre eller mån-sön? Olika versioner ger olika priser. – Sådan saknad information känner naturligtvis befintlig leverantör till eftersom denne enkelt kan se föregående års beställningar. Risktagandet vid prissättningen blir därmed annorlunda för befintlig leverantör. Utmanande anbudslämnare får famla i mörker. Bolaget anser att kommunen brister i informationen i upphandlingsunderlaget och därmed inte behandlar utmanande och befintliga leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt. – Kommunens priskonstruktion innebär ett orimligt risktagande för anbudslämnaren. Att upphandla en prenumerationstjänst skiljer sig i många avseenden väsentligt från att upphandla exempelvis styckegods. För det första köper man en förmedlingstjänst och inte en produkt. För det andra är priset på produkten som ska förmedlas bestämt av ett förlag vars priser anbudslämnaren inte styr över. För det tredje ändrar sig dessa priser varje år och ibland oftare än så. För det fjärde är förlagspriserna desamma både för kommunen och prenumerationsförmedlare. Prenumerationsförmedlarens tjänst består av samordning av beställnings- och faktureringsflöden, kund-

service, administration och hantering av alla prenumerationsrelaterade ärenden gentemot förlagen samt att tillhandahålla IT-stöd för administration, överblick och kontroll. Det är den tjänsten som bör prissättas, inte 631 skilda titlar i olika former. – Kommunen vill att anbudslämnarna i sina anbud fryser priserna från tidningsutgivarna i över sex månader fr.o.m. april t.o.m. november. I september 2009 höjde Dagens Industri sitt pris för en 12-månadersprenumeration med över 22 procent. Detta visar storleken på de prisförändringar som anbudslämnaren förväntas bygga in i sina kalkyler. Det är orimligt att kräva detta risktagande av en anbudslämnare. Kommunen riskerar betydligt högre kostnader än nödvändigt om anbudslämnarna tar höjd för mycket och anbudslämnaren riskerar förlust, kanske konkurs, om de tar höjd för lite. – Bolaget föreslår därför att kommunen i stället använder sig av en prismodell baserad på ett procentuellt påslag på utgivningsförlagens officiella prenumerationspriser. Fördelarna är flera. Kommunen behöver t.ex. inte komplettera sitt anbudsunderlag med detaljerad information om 631 titlar, kommunen kan jämföra ett svar istället för hundratals och kommunen kan se vad agentens påslag är. Det finns en utbredd branschpraxis vid offentliga upphandlingar av prenumerations-tjänster att upphandla priset för själva tjänsten genom en prismodell med procentpåslag. – Bolaget anser vidare att det är orimligt att begära att förmedlaren ska garantera ekonomisk ersättning till köparen för villkor som bryts av tredje part (avtalsvillkor 21.0 Kreditering). Det normala i branschen är att tidningsutgivaren krediterar för utebliven tidning, inte att förmedlaren ska göra det. Det är dessutom inte alla tidningsutgivare som erbjuder kreditering. De allra flesta tidningsutgivare erbjuder enbart omleverans eller förlängd prenumerationsperiod som compensation. Att prenumerationsförmedlaren ska ersätta kommunen när det är en tidningsutgivare som har brutit i leverans är orimligt och skulle kunna leda till oproportionerliga skadeståndskrav mot en leverantör som är utan förskyllan beträffande uppkomsten av skadan och som inte äger juridiska möjligheter att tvinga en tidningsutgivare att uppfylla de avtalsvillkor kommunen kräver. Även om

kommunen önskar att en anbudslämnare i sitt anbud tar höjd för eventuella krediteringar vid reklamationer blir det fullständigt orimligt att skydda sig mot alla möjliga reklimationsorsaker som kan uppstå. Det normala vid en upphandling av prenumerationservice är att man ber anbudslämnaren lova att göra det som står i dennes makt för att avhjälpa ett problem och att trycka på hos förlaget för att utkräva kompensation för uppkomsten av en skada. Man ber ofta anbudslämnare att redovisa hur det förebyggande arbete för att motverka reklamationer och det faktiska hanterandet av reklamationer ser ut. Att kräva ovillkorlig kreditering när helst kommunen anser det befogat kan vara väldigt bekymmersamt för en förmedlare och skapa stor rättsosäkerhet. Bolaget anser därför att kommunens krav att anbudslämnaren ovillkorligen ska betala pengar till kommunen när ett förlag, ett tryckeri, en distributör eller kommunen själv har orsakat en reklamation är orimligt och oproportionerligt. Bolaget föreslår istället att skall-kravet ändras till ett bör-krav så att en anbudslämnare inte blir diskvalificerad från upphandlingen för att man inte önskar anta ett krediteringsansvar som rätteligen åligger tidningsförlagen.

Kommunen anför. Bolaget menar att kommunen lämnat ofullständig information i förfrågningsunderlaget och därmed inte behandlat leverantörer på ett likvärdigt sätt. Som svar på detta kan nämnas att befintlig leverantör oftast har en fördel gentemot leverantörer som inte levererat till kommunen tidigare. Detta gäller alla upphandlingar. Även om kommunen gör allt den kan har nuvarande leverantör sannolikt ofta en viss fördel. -- Bolaget påtalar mycket riktigt att anbudsgivare behöver veta vilket ISSN-nummer som respektive titel har. Det kommunen nu gör är att ta reda på vilka ISSN-nummer som gäller för de efterfrågade titlarna och så snart som det är möjligt förtydliga förfrågningsunderlaget och förlänga anbudstiden så att skälig anbudstid fortfarande gäller. Beträffande vilka upplagor och/eller geografiska spridningsområden som avses anser kommunen att det i och för sig kan finnas vissa variationer men att det är upp till anbudsgivaren att offerera den version som de anser ger dem störst möjlighet att nå fram-

gång. Kommunens uppfattning är att det av samtliga efterfrågade titlar inte finns så många versioner av samma titel. Däremot är frågan om det är utgivning mån-fre eller mån-sön som avses relevant eftersom kommunen i förfrågningsunderlaget angett "komplett ettårig prenumerationskostnad" vilket kan tolkas olika. Denna typ av fråga kan dock kommuniceras via kommunens upphandlingssystem där frågor och svar normalt kommuniceras. Kommunen kommer att förtydliga detta via upphandlingsstödet så att informationen når samtliga intressenter. - Bolaget föreslår att kommunen ska använda en annan priskonstruktion och menar att kommunen upphandlat en tjänst utan att be om pris för tjänsten. Kommunen upphandlar leverans av tidningar/tidskrifter och detta är en blandning av tjänst- och varuleverans. Kommunen har också begärt pris för detta. Varje tidning/tidskrift ska prissättas och i det priset ska samtliga kostnader ingå. - Bolaget menar att låsning av priser innebär ett orimligt risktagande. Fastprisperiodens utgång är samma tidpunkt som avtalsstart, dvs. 2010-11-01, vilket innebär att anbudsgivaren är bunden av sitt pris från anbudstidens utgång till avtalsstart. Detta förfarande är helt normalt och nödvändigt, oavsett vad som upphandlas. Vidare anges i förfrågningsunderlaget att prisjustering kan ske en gång per år motsvarande den prisförändring som sker i aktuell tidning/tidskrift, dvs. den prisjustering som utgivaren/förlaget genomför. På så sätt tar förmedlaren inte någon risk då utgivaren/förlaget genomför prisjusteringar. I denna upphandling har kommunen dessutom valt att godkänna förskottsbetalning. Detta minimerar ytterligare risken för förmedlaren. Bolaget menar att kommunen ska följa branschpraxis. Den spelar mindre roll eftersom det som ska prövas är huruvida kommunens förfrågningsunderlag strider mot LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Kommunen vill dock påtala att det som bolaget anger "Denna branschpraxis följer kommunerna i sin upphandling genom Kommentus" inte stämmer. Kommentus har i sin upphandling ställt motsvarande eller högre krav än kommunen. Vad som skiljer är att kommunen efterfrågat pris på fler artiklar. Det kan även nämnas att Uppsala kommun och Malmö stad genomfört

motsvarande upphandlingar såsom kommunen genomför den. - I det aktuella uppdraget ingår förutom förmedling, administration m.m. även ett visst risktagande. Det risktagandet består bl.a. av att se till att det som enligt överenskommelse ska levereras faktiskt blir levererat. Bäst att bedöma och prissätta denna risk är leverantören. Det står således anbudsgivaren fritt att ta höjd för detta i sin prissättning. Det är inte heller onormalt att kommunen likväl som andra köpare ställer krav på att leverans ska ske som överenskommet. Sker inte leverans enligt överenskommelse regleras detta normalt i ett avtal. I punkten 21.0 i förfrågningsunderlagets Avtalsvillkor/Avtal framgår hur detta ska regleras. Detta krav är inte på något vis orimligt eller oproportionerligt. Där framgår bl.a. att säljaren har två veckor på sig från reklamation om utebliven leverans att leverera den uteblivna leveransen. Har leveransen inte skett efter dessa två veckor ska säljaren på uppmaning av kommunen genomföra krediteringen. Denna reklamationsperiod gäller för svenska tidningar/tidskrifter. För utländska tidningar/tidskrifter gäller sex veckor. Bolaget känner även viss oro över att kommunen på ett felaktigt och otillbörligt sätt kan komma att reklamera uteblivna leveranser trots att leveransen kan ha fullgjorts. I en normal affärsrelation har dock parterna förtroende för varandra i denna typ av frågor. Dessutom går det sannolikt att spåra felleveranser, uteblivna leveranser etc. Vad kommunen önskar, och är beredd att betala för i denna upphandling, är att antagen leverantör är den part som tar ansvar för att leverans sker inklusive reklamationshanteringen. – Sammanfattningsvis menar kommunen att upphandlingen är genomförd på ett sätt som inte bryter mot de gemenskapsrättsliga principerna och LOU. Villkoren för upphandlingen har tydligt framgått av förfrågningsunderlaget och är på intet sätt orimliga och oproportionerliga. Kommunen har valt att istället för att själv sköta prenumerationer av tidningar och tidskrifter lägga ut det ansvaret på en extern part och sedan är det upp till marknaden att värdera affärsmöjligheten.

**DOMSKÄL**



Bolaget ifrågasätter den av kommunen använda priskonstruktionen och anför att den innebär ett orimligt risktagande för anbudsgivarna. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att en upphandlande myndighet har en långtgående frihet att, inom ramarna för bestämmelserna i LOU och de gemenskapsrättsliga principerna, bestämma hur priser ska lämnas och utvärderas. Kommunen har valt en priskonstruktion som visar det totala priset för respektive prenumeration inklusive förmedlingstjänst. Vidare kan nämnas att anbudsgivaren är bunden till sitt pris från anbudstidens utgång till avtalsstart och prisjustering tillåts endast en gång per år. Förvaltningsrätten noterar att priskonstruktionen innebär en viss osäkerhet för anbudsgivarna som vid prissättningen är tvungna att ta höjd för eventuella prisökningar från förlagens sida. Att den prismodell som kommunen bedömt vara bäst för den egna verksamheten innebär en viss osäkerhet för anbudsgivarna medför enligt förvaltningsrättens mening dock inte att upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna.

Bolaget menar även att efterfrågade prenumerationer på tidningar och tidskrifter inte definierats på ett tillräckligt tydligt sätt för att anbudsgivare ska kunna avgöra vilken produkt som efterfrågas. Kommunen vidgår att anbudsgivare behöver veta ISSN-nummer för respektive titel samt om det är fråga om utgivning mån-fre eller mån-sön. Förvaltningsrätten noterar att för att anbudsgivare ska kunna utforma konkurrenskraftiga erbjudanden är det viktigt att förfrågningsunderlaget är klart och tydligt, bl.a. beträffande vad som faktiskt efterfrågas. Brister härvidlag kan medföra att en upphandling anses strida såväl mot den gemenskapsrättsliga principen om förutsebarhet som mot principen om likabehandling. I den aktuella upphandlingen ska varje enskild prenumeration prissättas. För att anbudsgivarna ska kunna lämna pris på rätt produkt är det därför av stor vikt att denna produkt, såväl avseende vilken tidning/tidskrift som avses som typ av prenumeration, är väl definierad. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten det nödvän-

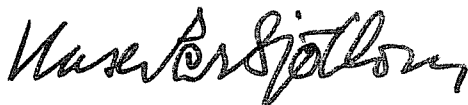
digt att ange ISSN-nummer i förfrågningsunderlaget. I de fall det finns olika prenumerationsmöjligheter, såsom mån-fre eller mån-sön eller olika upplagor, är även sådan information nödvändig att ange i förfrågningsunderlaget.

Vidare anför bolaget att det under punkten 21.0 i förfrågningsunderlagets Avtalsvillkor/Avtal angivna skall-kravet om kreditering är orimligt och oproportionerligt. Den gemenskapsrättsliga principen om proportionalitet, vilken kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU, innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Det i förevarande mål aktuella skall-kravet innebär en ovillkorlig betalningsskyldighet till kommunen vid ej mottagen tidning/tidskrift efter en reklamationsperiod om två respektive sex veckor beroende på om det är svensk eller utländsk tidning/tidskrift. Kommunens syfte med kravet är att ålägga antagen leverantör ansvar för att leverans sker inklusive reklamationshantering. För att vara proportionerligt måste kravet vara nödvändigt för att uppnå de eftersträlvade syftena, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Förvaltningsrätten noterar att kravet innebär att leverantören kan bli betalningsskyldig till följd av omständigheter som hänför sig till de utgivande förlagen och som leverantören inte har möjlighet att påverka eller ens förutse. Med hänsyn bl.a. till vad som anförts av bolaget om redovisning av förebyggande arbete för att motverka reklamationer torde det enligt förvaltningsrättens mening finnas mer lämpliga och mindre ingripande alternativ för att uppnå det önskade syftet. På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att kommunen agerat i strid mot proportionalitetsprincipen genom att ställa upp det aktuella kravet.

Ovan konstaterade brister i förfrågningsunderlaget avseende precisering av efterfrågade tidningar/tidskrifter och typ av prenumerationer samt opropor-tionerligt skall-krav måste anses ha påverkat bolagets chanser att tilldelas kontrakt i upphandlingen varför bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada till följd härav.

Grund för åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger således. Förvalt-ningsrätten kan enligt nämnda bestämmelse besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. De fel som begåtts i upphandlingen hänför sig till utformningen av förfrågningsunder-laget och har därmed påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Någon annan åtgärd än att i ett nytt förfrågningsunderlag korrigera konstaterade brister kan därför inte komma i fråga. Härmed följer att upphandlingen ska göras om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 2 (Dv 3109/1c)

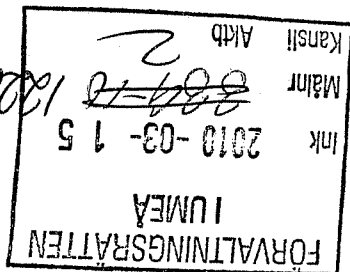


Hases Per Sjöblom  
Lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.

Bilaga 1

Bilagor



POS	DAGSTIDNINGAR Svenska	Antal/Pren	A-pris per prenumeration i tryckt upplaga	Totalt per titel i tryckt upplaga	Extra tillägg för elektronisk utgåva
1	Arbetarbladet - Gävle (Dagstidning)	1			
2	Barometern (Dagstidning)	1			
3	Blekinge Läns Tidning (Dagstidning)	1			
4	Borås Tidning (Dagstidning)	1			
5	Dagbladet (Dagstidning)	1			
6	Dagen (Dagstidning)	1			
7	Dagens Industri (Dagstidning)	1			
8	Dagens Nyheter (Dagstidning)	2			
9	Dala-Demokraten (Dagstidning)	1			
10	Flamman	1			
11	Folket (Dagstidning)	1			
12	Gefle Dagblad (Dagstidning)	1			
13	Gotlands Tidningar (Dagstidning)	1			



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

**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 var till 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.

