



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2020-03-06

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (12)

Mål nr

14829-19

SÖKANDE

TROSS Sverige AB, 556871-8190

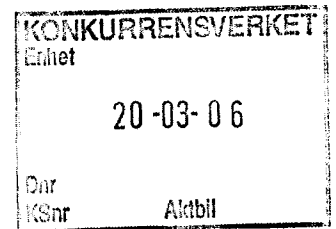
Ombud: Advokaterna Pernilla Larsson och Björn Lind
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå HB
Box 684
551 19 Jönköping

MOTPART

Kammarkollegiet
Kammarkollegiet, Statens inköpscentral
Box 2218
103 15 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1203115

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd33.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	-	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet (Kammarkollegiet) genomför en upphandling avseende ramavtal för tillhandahållande av mediebyråtjänster i form av annonsförmedling (upphandlingen). Vid upphandlingen tillämpas ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, och anbuderna utvärderas efter pris. Det har kommit in tre stycken anbud, varav det från TROSS Sverige AB (TROSS) har förkastats med anledning av att det bedömdes som onormalt lågt. Av tilldelningsbeslutet, daterat den 17 juni 2019, framgår att ramavtal ska erbjudas till de två kvarvarande anbudsgivarna, enligt följande rangordning, Nowa Kommunikation AB (Nowa) och Promedia Sverige Aktiebolag (Promedia).

TROSS ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från TROSS tillåts delta i utvärderingen och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sitt förstahandsyrkande om rättelse anför TROSS bl.a. följande. TROSS räknar med både kostnadstäckning och god marginal på ramavtalet som helhet, trots att samtliga prispositioner har angivits med 0 kr. Skälen till TROSS prissättning är bl.a. att det erhålls volymbaserad förmedlingsersättning från mediet och att det i samband med utförandet av tjänsterna under ramavtalet finns möjlighet att rikta separata tjänster till mediet, exempelvis kassarabatt och kreditrisk. Kammarkollegiet har uppskattat omsättningen på ramavtalsområdet till ca 55 miljoner per år. En sådan stor volym av annonser innebär att den vinnande anbudsgivaren kommer kunna erhålla lägre priser och därmed bättre marginaler i övriga kundaffärer. Vidare har den tekniska utvecklingen medfört att stora delar av det som efterfrågas inom ramen för upphandlingen numera kan skötas genom helt eller delvis automatiserade processer, vilket innebär att TROSS har begränsade kostnader kopplade till utförandet av tjänsterna.

Det finns ingen principiell skillnad mellan TROSS och Nowas anbud och det finns därmed ingen godtagbar anledning att hantera deras anbud på olika sätt. TROSS missgynnas av att inte tidigare ha varit ramavtalsleverantör till Kammarkollegiet, medan Nowa gynnas av att vara nuvarande leverantör. Vidare är TROSS en väletablerad aktör som sedan lång tid tillbaka erbjuder motsvarande tjänster till offentlig sektor. TROSS har bl.a. varit rangordnat på första plats i SKL Kommentus motsvarande ramavtal. Om TROSS anbud inte hade förkastats hade det rangordnats som nummer ett i upphandlingen. Det är därför uppenbart att TROSS har lidit skada av de ovan anförda bristerna i upphandlingen.

Till stöd för sitt andrahandsyrkande om att upphandlingen ska göras om anför TROSS bl.a. följande. Av upphandlingsdokumentet framgår inte att ersättning för separata tjänster ska omfattas av begreppet medieersättning. Vidare tycks Kammarkollegiet ha utgått från att det inte, trots att motsatsen uttryckligen framgår av punkt 4.16 i upphandlingsdokumentet, kommer vara möjligt för en leverantör att förhandla fram en lösning med den avropande myndigheten som innebär att viss medieersättning ska tillfalla leverantören. Under dessa omständigheter har den möjlighet som framgår av punkt 4.16 varit grovt missvisande och upphandlingen måste i så fall göras om redan på denna grund. Ovanstående omständigheter har varit del av TROSS prissättning och även anledningen till att Kammarkollegiet inte godtagit TROSS förklaring av anbudspriset. Det är således uppenbart att TROSS lider skada av de anförda oklarheterna. Om Kammarkollegiets tolkning av upphandlingsunderlaget ska anses stå fast måste således upphandlingen göras om.

Kammarkollegiet bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. TROSS prissättning innebär att anbudet måste anses vara onormalt lågt. Även övriga anbud i upphandling har identifierats som onormalt låga men innehåller, till skillnad från TROSS anbud, pris på någon

position. Övriga anbudsgivare har också inkommit med tillfredsställande förklaringar för sin prissättning. En prisposition av särskild betydelse är ”Medieplanerare/digital rådgivare”. För denna position kan förklaringen om exempelvis automatisering inte appliceras, eftersom tjänsterna kräver att en mediestrateg utför manuella uppgifter.

Såvitt Kammarkollegiet förstår har TROSS och Nowa helt olika strategier för att säkra intäkter, vilket återspeglas i hur respektive bolags förklaringar skiljer sig åt. Nowa har bl.a. uppgett att de ser en ökad trend av medie-rådgivning och har därför valt att prissätta denna tjänst. TROSS har i huvudsak anfört att intäkterna ska genereras genom olika typer av medieersättning. Det är därmed svårförståeligt att TROSS påstår att det inte finns någon principiell skillnad mellan anbudet. Vidare räknar TROSS med att erhålla ersättning på ett vis som avviker från huvudregeln i ramavtalet om att all medieersättning ska gå oavkortat till den avropande myndigheten.

För det fall förvaltningsrätten anser att TROSS anbud inte skulle ha förkastats kan det inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det är därmed tillräckligt med en rättelse varvid TROSS anbud beaktas vid en förnyad utvärdering.

Det är klart och tydligt beskrivet att all medieersättning ska gå till avropande myndighet om inte annat är överenskommet. Det förefaller osannolikt att någon eller några avropande myndigheter frivilligt skulle avstå medieersättning utan någon motprestation från TROSS. Att det är möjligt att komma överens om att medieersättning ska tillfalla ramleverantören ska inte blandas ihop med vad som är sannolikt. Underlaget är tydligt och Kammarkollegiet har inte agerat i strid med öppenhets- och transparensprincipen. TROSS uppfyller vidare samtliga kvalificerings- och obligatoriska krav och lider därmed inte skada på så vis att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Principen om öppenhet eller transparens innebär bl.a. att samtliga villkor och bestämmelser i förfrågningsunderlaget ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dem och tolka dessa på samma sätt (se t.ex. EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15, Pizzo, punkt 36).

Enligt 16 kap. 7 § LOU ska den upphandlande myndigheten, om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Någon definition av begreppet onormalt lågt anbud finns varken i LOU eller i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU. Det ankommer därför på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma den frågan. Reglernas utformning ger myndigheten en förhållandevis stor frihet att avgöra vad som utgör ett onormalt lågt anbud (jfr HFD 2016 ref. 3 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 mars 2018 i mål nr 2895-2896-17).

Det är anbudsgivaren som ska ge in bevisning som förklarar det låga priset och den upphandlande myndigheten har härvid en stor frihet att avgöra om

anbudsgivarens förklaringar ska anses tillräckliga för att anbudet ska utvärderas eller förkastas. Detta medför att kravet på anbudsgivaren får vara högt ställt (jfr EU-domstolens dom i mål C-599/10, SAG ELV Slovensko, punkterna 28 och 29 och Kamrätten i Göteborgs dom den 18 oktober 2013 i mål nr 2598-2601-13).

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågorna i målet

Det saknas skäl att ifrågasätta Kammarkollegiets åtgärd att närmare granska TROSS anbud om 0 kr. Det har vidare inte framkommit annat än att Kammarkollegiet har uppfyllt de formella kraven på det kontradiktoriska förfarandet som gäller enligt 16 kap. 7 § LOU.

Förvaltningsrätten har därmed att pröva om TROSS lämnat tillfredsställande förklaringar till prissättningen i anbudet och om upphandlingen genomförts i enlighet med likabehandlingsprincipen samt öppenhet- och transparensprincipen.

Onormalt lågt anbud

TROSS har anfört att anbudet om 0 kr är allvarligt menat och att det inte finns någon tvekan om att TROSS kommer uppfylla samtliga skyldigheter och leverera i enlighet med det tänkta ramavtalet. Prissättningen har bl.a.

förklarats med att förmedlingen kommer medföra intäktströmmar från medierna. TROSS kan erbjuda medierna separata tjänster, såsom kassarabatt och kreditrisk, och erhåller dessutom en volymbaserad ersättning för sin annonsförmedling. Av punkt 4.16 i upphandlingsdokumentet framgår dock att "[a]ll ersättning från medierna oavsett vad den kallas ska oavkortat gå till avropsberättigad myndighet i de fall där inget annat är överenskommet mellan avropsberättigad myndighet och mediebyrån. Oavsett om ersättningen är kundspecifik eller mediebyråspecifik ska den redovisas med full transparens".

Enligt TROSS uppgår förmedlingsersättningen i snitt till 4–6 %. Det framgår även att ersättningen är direkt sammankopplad till den tjänst som avropas av myndighet. Därmed finns inget tvivel om att denna ersättning omfattas av punkt 4.16 i upphandlingsdokumentet och därför ska tillfalla den avropande myndigheten om inget annat är överenskommet. TROSS räknar dock med att, efter överenskommelse med avropande myndighet, erhålla ca 3 % i snitt och har till stöd för detta hänvisat till tidigare erfarenhet, bl.a. som huvudleverantör i SKL Kommentus motsvarande ramavtal.

Enligt SKL Kommentus ramavtal ska emellertid ersättningar från media tillfalla ramavtalsleverantörer, vilket innebär att avtalet skiljer sig på en avgörande punkt från det nu aktuella ramavtalet. Med hänsyn till detta kan det sättas i fråga om TROSS tidigare erfarenhet innefattar situationer likt det nu aktuella. Det saknas exempelvis underlag som visar att TROSS har nått sådana överenskommelser som det här är fråga om och det har inte heller förklarats varför en avropande myndighet skulle efterskänka hela eller delar av förmedlingsersättningen till TROSS. Vad TROSS har anfört om förmedlingsersättning kan därmed inte anses som en tillfredsställande förklaring till prissättningen i det lämnade anbudet.

Tjänsten kassarabatt innebär att TROSS får kortare betaltid än den avropande myndigheten och på så sätt håller mediet med god likviditet. För den tjänsten blir TROSS ersatt med 1,5 % av den totala summan som TROSS betalar i förskott. Tjänsten kreditrisk innebär att TROSS står för kreditrisken som löper på kund. Det innebär att TROSS måste inkomma med en bankgaranti till varje medie om i snitt 100 000 kr samt garantera att TROSS står risken för varje beställning. För denna tjänst erhåller TROSS en volymbaserad ersättning om 0,5 % på den volym som garanteras.

Det konstateras att vare sig ersättning för kassarabatt eller kreditrisk utgår som en direkt följd av att en annons förmedlas. I stället rör det sig om tilläggstjänster som är fristående från den faktiska förmedlingen. Det samband med förmedlingen som finns är att en sådan måste ha skett för att TROSS ska kunna erbjuda tjänsterna till mediet. Med hänsyn till detta kan punkt 4.16 i upphandlingsdokumentet, trots dess utformning, inte förstås som att den avropande myndigheten även har ett anspråk på ersättning som TROSS erhåller från mediet för utförandet av de från förmedlingen fristående tjänsterna kassarabatt och kreditrisk.

TROSS har emellertid inte närmare redogjort för de separata tjänsternas intjäningsförmåga. Det saknas såväl historiska uppgifter som prognos om hur ofta medierna sannolikt kommer köpa in dessa tjänster. TROSS har enbart lämnat uträkningar för scenarion där TROSS lyckas sälja in dessa tjänster vid varje förmedling, vilket utifrån tillgängliga uppgifter framstår som osannolikt. I synnerhet kan det sättas i fråga om medier överhuvudtaget är intresserade av tjänsten kreditrisk, med tanke på att varje motpart under ramavtalet är en statlig myndighet och fordringen därför får antas vara relativt säker. De uträkningar som har förts fram är således inte underbyggda och, såsom det framstår, inte heller anpassade till kunderna i det aktuella ramavtalet. Vad TROSS har anfört om ersättningar från separata

tjänster kan därmed inte anses som en tillfredsställande förklaring till prissättningen i det lämnade anbudet.

Det saknas skäl att ifrågasätta att TROSS kan sköta stora delar av det som efterfrågas inom upphandlingen genom helt eller delvis automatiserade processer. Därmed kan det antas att TROSS har förhållandevis låga kostnader för att utföra merparten av tjänsterna. Dessutom finns det skäl att anta att den vinnande anbudsgivaren, i och med högre volymer, får bättre marginaler i övriga kundaffärer. TROSS har dock i dessa delar enbart lämnat allmänt hållna uppgifter utan att närmare redogöra för hur dessa omständigheter påverkar prissättningen. Det är därmed inte klarlagt att kostnaderna och marginalerna skulle minska respektive öka i sådan omfattning att automatiseringen och de högre volymerna ensamma, eller i kombination med övriga förklaringar, kan förklara prissättningen i det lämnade anbudet på ett tillfredsställande sätt.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Kammarkollegiet haft fog för att förkasta TROSS anbud som onormalt lågt.

Öppenhet- och transparensprincipen

TROSS har gjort gällande att upphandlingsdokumentets bestämmelser om ersättning från medier är otydliga och att upphandlingen därför ska göras om. Det har även framhållits att Kammarkollegiet verkar utgå från att TROSS inte kommer kunna förhandla fram en lösning med avropande myndigheter som innebär att viss medieersättning tillfaller TROSS, trots att punkt 4.16 i upphandlingsdokumentet ger en uttrycklig möjlighet till en sådan överenskommelse. Under dessa omständigheter menar TROSS att punkt 4.16 har varit grovt missvisande.

Enligt förvaltningsrättens mening kan en informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare inte förstå upphandlingsdokumentet på annat sätt än att ersättningar som är direkt kopplade till förmedlingen, såsom förmedlingsersättningen, ska tillfalla den avropande myndigheten om inte annat är överenskommet. Att det finns en reglerad möjlighet att förhandla fram en annan ersättningsfördelning innebär inte att anbudsgivare har haft skäl att anta att sådana överenskommelser sannolikt kan uppnås. Det framgår tydligt att en sådan överenskommelse är ett avsteg huvudregeln om att ersättningen ska tillfalla den avropande myndigheten. Punkt 4.16 i upphandlingsdokumentet är därmed inte missvisande.

Vad gäller de separata tjänsterna, dvs. kassarabatt och kreditrisk, framgår det av ovan att förvaltningsrätten delar den tolkning som TROSS har gjort, dvs. att en avropande myndighet inte är berättigad till den ersättning som TROSS erhåller för separata tjänster som är frikopplade från förmedlingen. Att Kammarkollegiet har gjort en annan tolkning skulle i sig kunna innebära att upphandlingen är otydlig sett till hur ersättningen från separata tjänster ska hanteras. Det saknas dock skäl att närmare avgöra om upphandlingen är i strid med öppenhet- och transparensprincipen i denna del, eftersom förvaltningsrätten beaktat vad TROSS har anfört om kassarabatt och kreditrisk och alltjämt bedömt att det var riktigt att förkasta TROSS anbud. Denna eventuella oklarhet har därmed inte inneburit att TROSS har lidit, eller kan komma att lida, skada. Det finns därför inte skäl att ingripa i upphandlingen på denna grund.

Likabehandlingsprincipen

TROSS har gjort gällande att Kammarkollegiet brutit i likabehandlingsprincipen och har till stöd för detta bl.a. hänvisat till att den vinnande anbudsgivaren, Nowa, har lämnat ett principiellt likadant anbud som TROSS, men trots det inte fått sitt anbud förkastat som onormalt lågt.

Det har även anförts att Nowa gynnats av att vara den nuvarande ram-avtalsleverantören.

En väsentlig skillnad från TROSS anbud är att Nowa inte har lämnat ett nollanbud. Nowa har visserligen angivit 0 kr för nio av tio prispositioner, men har angivit ett pris för positionen ”Medieplanerare/digital rådgivare”. Nowa har dessutom mer ingående redogjort för de kostnader som belöper på de nollade prispositionerna och förklarat att dessa kostnader kompenseras av att det tas ut ersättning för rådgivningen. Utifrån faktiska erfarenheter och prognostiserad marknadsutveckling har Nowa uppskattat hur stor andel av beställningarna som kommer inbegripa rådgivning och har därigenom ställt upp en kalkyl som visar att det finns såväl kostnadstäckning som utrymme för visst vinst. Det finns därmed sådana skillnader i TROSS och Nowas affärsstrategier och förklaringar att det förelegat godtagbara skäl att hantera anbuden olika. Inte heller finns det omständigheter som talar för att Nowa har gynnats av att vara den nuvarande leverantören på ett sätt som strider mot principen om likabehandling. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det inte har framkommit annat än att upphandlingen har genomförts i enlighet med likabehandlingsprincipen.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att TROSS inte har klargjort att det finns skäl att ingripa i upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Eva Blom
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Jim Jerkenhag har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.