



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2011-11-25
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
17388-11
Enhet 13

1

SÖKANDE

BTJ Sverige AB, 556013-9726

Ombud: Advokaterna Martin Levinsohn och Magnus Myrbäck
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

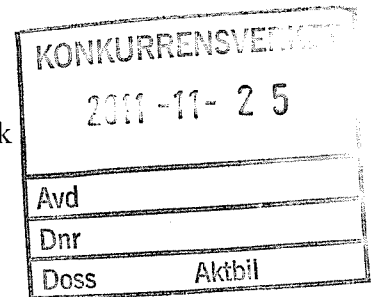
MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798

Ombud: Advokaterna Louise Widén och Malin Håkansson
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 4291
203 14 Malmö

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 178304

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) har genomfört Upphandling av Tidningar och tidskrifter 2011 (landsting) 11/18, där syftet är att täcka aktuella landstings behov av agent som förmedlar prenumererbara resurser i tryckt och elektronisk form för perioden 2011-09-01-2014-08-31, med möjlighet till ett års förlängning. Ramavtalsupphandlingen har genomförts genom öppet förfarande enligt 4 kap. LOU och är geografiskt indelad i nio regioner. Avsikten är att teckna avtal med en leverantör per region.

I förfrågningsunderlaget anges bl a följande. Kraven som ställs i upphandlingen är särskilt anpassade för att uppfylla landstingets behov. En samordnad upphandling som är särskilt anpassad för kommuners behov kommer att genomföras under 2012 men det hindrar inte att även kommuner kan börja avropa från de ramavtal som upphandlingen resulterar i. I en bilaga namnges samtliga upphandlande myndigheter/enheter som har rätt att avropa från tecknat ramavtal; landsting, kommuner, landstingsförbund samt bolag i Sverige.

I tilldelningsbeslut den 18 augusti 2011 har SKI beslutat att anta samma leverantör för samtliga regioner och det är inte BTJ Sverige AB (BTJ eller bolaget). Enligt upphandlingsprotokollet har BTJ inte uppfyllt ställda krav på det webbaserade administrationsverktyget under punkt 3.2.5 i kravspecifikationen, eftersom sökning på förslag inte kunde göras.

YRKANDEN M.M.

BTJ ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, innebärande att BTJs anbud ska utvärderas, och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Följande grunder anges för yrkandena. SKI har brutit mot de grundläggande principerna i LOU genom att felaktigt förkasta BTJs anbud och bolaget har inte fått möjlighet att,

som en annan anbudsgivare, lämna kompletterande information om hur ska-krav kunde kontrolleras. Varken i annonsen eller i förfrågningsunderlaget specificeras de upphandlande myndigheter som kommer att avropa varor under det upphandlade ramavtalet och det strider mot såväl 5 kap 2 § LOU som de grundläggande principer, särskilt transparensprincipen, som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. SKIs åtgärd att agera som gemensam inköpscentral åt i stort sett samtliga upphandlande myndigheter i landet strider mot proportionalitetsprincipen. SKIs felaktiga genomförande av upphandlingen har medfört att BTJ lidit, eller kan komma att, lida skada.

SKI bestrider bifall till BTJ:s yrkanden med följande motivering. SKI har inte brutit mot 1 kap 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. BsTJs anbud uppfyllde inte ställt ska-krav och har rätteligen förkastats. BTJ har inte lidit, och kan inte komma att lida, skada. Grund för rättelse eller att göra om upphandlingen finns inte.

BTJ utvecklar sin talan och uppger bl.a. följande.

Ska-krav, Webbaserat administrationsverktyg

BTJ har i anbudet med ett ”ja” bekräftat att kravet att beställaren ska kunna söka på bl a på förlag, är uppfyllt. Funktionen förlagssökning fanns i BTJs system och fungerade i praktiken vid anbudstidens utgång. Bolagets användarmanual beskriver inte i detalj hur en förlagssökning ska genomföras men det är i förfrågningsunderlaget inte uppställt några specificerade krav på hur användarinstruktionerna ska vara utformade. Av LOU och rättspraxis framgår att det är tillåtet att förtydliga anbud så länge inte nya sakuppgifter tillförs anbudet. Det bör i vart fall åligga den upphandlande myndigheten att inhämta ett klargörande då den inte förmått att verifiera en uppgift från en leverantör om att ett krav inte är uppfyllt. SKI har haft skyldighet att bereda BTJ möjlighet att bemöta SKIs felaktiga påstående om att funk-

tionaliteten förlagssökning saknades. Det strider mot de principer som ligger till grund för LOU att utesluta bolagets anbud utan föregående kontakt. BTJs anbud uppfyllde samtliga obligatoriska krav. Skärmdump bifogas och den har överst till vänster ett fält som kan användas för sökning på förlag.

Ska-krav, Anbudsprov

SKI har gett en annan anbudsgivare möjlighet att komplettera en brist i sitt anbud avseende ska-krav under punkt 3.2.6, Anbudsprov. Den komplettering som begärdes från den anbudsgivaren var mycket mer omfattande än det förtydligande som borde ha begärts från BTJ. Anbudsgivaren hade misslyckats med att ge in fungerande inloggningsuppgifter som omöjliggjorde kontroll av ska-krav under punkten 3.2.5. BTJ hade misslyckats med att ge in en heltäckande användarinstruktion, vilket försvårade kontroll av ska-krav i samma punkt. Det var ett självständigt ska-krav att bifoga fungerande inloggningsuppgifter. Trots detta fick anbudsgivaren möjlighet att komplettera anbudet. Även den brist som BTJs anbud påstås ha kan beskrivas som ”rent teknisk”.

Beställarkretsen

Totalt kan 1 176 myndigheter komma att börja tillämpa ramavtalet. EU-kommissionen har i tolkningsmeddelande klargjort att vid upphandling av ramavtal måste förfrågningsunderlaget explicit identifiera de avropande myndigheterna samt att ett ramavtal utgör ett slutet system till vilket inga ytterligare avropande myndigheter får ansluta vid en senare tidpunkt. Att SKI listat samtliga potentiella framtida beställare kan inte medföra en anorlunda bedömning. Beställarkretsen är obestämd. Det är inte möjligt för leverantören att identifiera vilka som kan komma att avropa varor och tjänster. Regeringen har i remissbehandlingen av lagförslaget rörande inköpscentraler uttalat att användningen av inköpscentraler inte bör få ske på så sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Åtgärden att

samordna all upphandling för alla upphandlande myndigheter inom ramen för SKI strider mot syftet med lagstiftningen rörande inköpscentraler. Åtgärden är oproportionerlig eftersom tillräcklig hänsyn inte tas till eventuella negativa effekter för konkurrensen med avseende på små och medelstora företags möjligheter att lämna anbud. Om beställarkretsen hade varit tydligt definierad är det sannolikt att anbuden - BTJs såväl som övriga anbudsgivares - hade utformats annorlunda. Med den utformning som förfrågningsunderlaget faktiskt hade har anbudsgivarnas spekulationer och riskbenägenhet varit styrande för prissättningen. Med bättre information hade BTJs anbud stått sig bättre i konkurrensen. BTJ åberopar ett antal domar till stöd för ansökan.

Till stöd för sin inställning anför SKI följande.

Ska-krav, Webbaserat administrationsverktyg och Anbudsprov

BTJs anbud har - till skillnad från Swets anbud - utvärderats i sin helhet och brister, vid anbudstillfället, i uppfyllandet av ett ska-krav. Swets anbud har inte kunnat utvärderas alls eftersom inloggningsuppgifterna inte fungerade och bristen är av en rent teknisk karaktär. Swets har beretts tillfälle att inkomma med en ny länk för att prövningen skulle kunna genomföras alls. Inga nya uppgifter tillfördes och kompletteringen står inte i strid med 9 kap 8 § andra stycket LOU. Kravet var tydligt utformat. Att BTJ i sitt anbud angett en bekräftelse i en "Ja-ruta" räcker inte som bevis för att samtliga ska-krav är uppfyllda. SKI har inte haft rätt att bortse från att kravet inte uppfyllts och vare sig rätt eller skyldighet att låta BTJ komplettera sitt anbud. Den av BTJ till ansökan om överprövning bifogade skärmdumpen har tillställts SKI via e-post den 22 augusti 2011, dvs. efter att upphandlingsprotokoll med tilldelningsbeslut meddelats anbudsgivarna. Den i anbudet bifogade användarinstruktionen beskrev inte den sökning som skärmdumpen visar. SKIs sökning på förslag gav ingen träff. En genomgång av in-

struktionen gjordes för att säkerställa att det inte beskrevs något särskilt tillvägagångssätt vad gäller sökning på förslag. Kopia på två skärmdumpar från BTJ vid tidpunkten för utvärdering av anbud och BTJs manual till administrationsverktyget bifogas. Det finns ingen skyldighet enligt LOU för SKI att begära en komplettering avseende BTJs anbud enligt 9 kap 8 § andra stycket LOU. Tvärtom hade en komplettering inneburit en risk för särbehandling av BTJ, i strid med LOU.

Beställarkretsen

Enligt EU-kommissionens tolkningsmeddelande gällande ramavtal är det för att uppfylla kraven när det gäller ramavtal inte nödvändigt att namnge med exakt namn alla upphandlande myndigheter som ska omfattas av ramavtalet. I punkt 1.1.1 i förfrågningsunderlaget anges att samtliga upphandlande myndigheter som räknas upp i Bilaga 1 Upphandlande myndigheter/enheter har *rätt att avropa* från tecknade ramavtal från avtalsstart så någon tvekan om vilka myndigheter det är fråga om finns inte. Typiskt för ramavtalet är att myndigheten(erna) inte är förpliktad(e) att köpa någon viss volym och leverantörer måste alltid vara beredda på att den faktiska volymen kan bli noll. Förfrågningsunderlaget uppfyller mer än väl kravet på transparens. Antalet avropsberättigade myndigheter är inte ett krav i upphandlingen. Om antalet avropsberättigade myndigheter är 50 eller 500 saknar relevans för frågan om proportionalitet har iakttagits. Åtgärden att som inköpscentral handla upp ett ramavtal som kan användas av samtliga förtecknade myndigheter kan inte heller angripas med stöd av LOUs proportionalitetsprincip. SKI bestrider att det sätt på vilket upphandlingen är utformad på något sätt strider mot lagstiftningen rörande inköpscentraler eller har negativa effekter för konkurrensen.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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 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

En överprövning enligt LOU innebär en kontroll av om upphandlande myndighet följt de principer för offentlig upphandling som framgår av 1 kap. 9 § LOU samt övriga bestämmelser i LOU. Som huvudregel har den sökande part som gör gällande att en upphandling inte har genomförts i enlighet med bestämmelserna i LOU bevisbördan för att så är fallet.

Ett funktionskrav som ställs på det webb-baserade administrationsverktyget är att beställaren i titeldatabasen ska kunna söka på förlag. Anbudsgivaren ska lämna bekräftelse på att kravet är uppfyllt genom att svara ja eller nej. Det anges klart och tydligt i förfrågningsunderlaget att SKI, utifrån anbudsgivarens bifogade inloggningsuppgifter och användarinstruktioner, kommer att kontrollera om erbjudet webb-baserat administrationsverktyg har de funktioner som det ställs krav på. Att mot den bakgrunden hävda att kravet är uppfyllt endast genom ett ja-svar är inte förenligt med förfrågningsunderlaget. Det är närmast en självklarhet att en användarinstruktion inte ska behöva kompletteras med ytterligare uppgifter för att upphandlande myndighet ska kunna genomföra en kontroll av det erbjudna systemet. SKI har noga redogjort för de ansträngningar som gjorts för att kunna kontrollera om det var möjligt att i BTJs erbjudna system söka på förlag. Det finns inte skäl att ifrågasätta SKIs uppgifter. Vad BTJ åberopat och gett in i

ansökan om överprövning visar inte att SKIs slutsats att bolagets erbjudna administrationsverktyg vid kontrollen inte medgav en sökning på förslag, är felaktig. Någon skyldighet för SKI att begära ett förtydligande från BTJ förelåg inte enligt 9 kap 8 § LOU eftersom bestämmelsen inte är tvingande. Förvaltningsrätten finner att SKI utifrån uppställt ska-krav rätteligen inte har låtit BTJs anbud gå vidare till anbudsutvärdering.

BTJ hävdar vidare att det strider mot de principer som ligger till grund för LOU att utesluta bolagets anbud utan föregående kontakt. Vad BTJ närmast skulle kunna avse i sammanhanget är att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att inte ge BTJ samma möjlighet som Swets att komplettera sitt anbud. Anbudsgivarna har, när det gäller Anbudsprov, d v s inloggningsuppgifter och användarinstruktioner till administrationsverktyget, fått besvara frågan om dessa bifogats anbudet med ja eller nej. Swets förutsätts, liksom BTJ, ha besvarat frågan jakande. Uppgifterna ska lämnas för att göra det möjligt att kontrollera om ska-kraven avseende administrationsverktygets funktioner är uppfyllda. Frågan om BTJ vid kontrollen visas uppfylla kraven är helt oberoende av om Swets lämnar ny inloggningsuppgift. BTJ måste självständigt uppfylla ett ska-krav. Den omständigheten att Swets fått möjlighet att i sin ansökan lämna inloggningsuppgifter på nytt kan således inte anses utgöra ett sådant förtydligande eller komplettering som innebär risk för särbehandling.

Eftersom BTJ inte uppfyller ett i förfrågningsunderlaget ställt ska-krav har SKL haft fog för att besluta att bolaget inte kvalificerat sig för utvärdering. BTJ har därmed inte lidit skada. Förutsättningar för åtgärd från domstolens sida saknas därmed.

BTJ har vidare invänt att beställarkretsen är obestämd och att det påverkar möjligheten att lämna konkurrenskraftiga anbud samt att en så stor potentiell beställarkrets innebär att konkurrensen begränsas och snedvrids i strid

med de grundläggande principerna för upphandling. I denna del gör rätten följande bedömning. BTJ har lämnat ett anbud som inte har utvärderats. Anbudets utformning och innehåll är inte skälet till att BTJ inte antagits som leverantör. Hur bolagets anbud skulle stå sig i konkurrensen har inte varit föremål för någon prövning. Eftersom BTJ, i enlighet med vad rätten nyss anfört, på grund av ett ouppfyllt ska-krav, inte kan anses ha lidit skada, saknas anledning att pröva BTJs invändningar i fråga om förfrågningsunderlagets utformning i förhållande till bolagets möjlighet att antas som leverantör.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att BTJ Sverige AB inte har visat att SKL Kommentus Inköpscentral ABs upphandling har skett i strid med LOU. Skäl för åtgärd enligt LOU finns därför inte. Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

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

Madeleine Benndorf
Rådman

Föredragande har varit Kerstin Sandin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

- 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,
- det beslut som överklagas med uppgift
- om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
- de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
- den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
- 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 3109/1A LOU