



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN** **DOM**  
**I MALMÖ** **2010 -07- 2 3**  
 Avdelning 1 Meddelad i  
 Christian Härdgård Malmö

Mål nr  
 9491-10 E

**SÖKANDE**

Bring CityMail Sweden AB, 556591-6961  
 Västberga Gårdsväg 36  
 120 21 Stockholm

## Ombud:

Advokat Per-Owe Arfwedson  
 Advokat Carl Bokwall  
 Advokatfirman Cederquist KB  
 Box 1670  
 111 96 Stockholm

**MOTPART**

Kommunförbundet Skåne, 837600-9109  
 Box 13  
 264 21 Klippan

## Ombud:

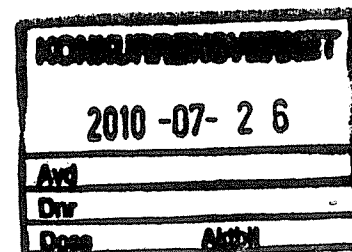
Advokat Jerker Alm  
 Advokat Lina Bergqvist  
 Advokatfirman Vinge KB  
 Box 1064  
 251 10 Helsingborg

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller Bring CityMail Sweden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Kommunförbundet Skånes upphandling "Posttjänster 2010:04", såvitt avser delområde 1 "Porto" och delområde 2 "Offentlig information", ska göras om.



## BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

### Bakgrund

Kommunförbundet Skåne (nedan Kommunförbundet) håller på att genomföra upphandlingen "Posttjänster 2010:04". Upphandlingen följer de avsnitt i LOU som gäller för öppet förfarande.

### Yrkanden

**Bring CityMail Sweden AB** (nedan Citymail) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att delområde 1 "Porto" och delområde 2 "Offentlig information" ska göras om. Som grund för sin talan anför Citymail i huvudsak följande. Upphandlingen omfattar tre olika upphandlingsområden; 1 "Porto" (som omfattar åtta tjänster), 2 "Offentlig information" och 3 "Brev hel- och halvelektroniska". I förfrågningsunderlaget anges det att det kan komma att antas olika leverantörer för de olika områdena men att det inte är möjligt att lämna anbud på de olika tjänsterna inom ett område, eftersom endast en leverantör kommer att antas per område. Ett anbud måste alltså omfatta samtliga tjänster inom ett upphandlingsområde för att anbudsgivaren ska kunna komma ifråga som leverantör.

Eftersom endast en leverantör kommer att antas per område ställs det även ett generellt krav, i vart fall för område 1 "Porto", att leverantören ska kunna leverera försändelser inom hela det geografiska område som de deltagande kommunerna utgör samt även till övriga delar av landet. Kravet innebär att en leverantör måste ha fullständig geografisk täckning för postleveranser i hela landet. Det är endast Posten som erbjuder utdelning av daglig post, adresserat med leverans dagen efter (A-post) i hela landet. För denna tjänst är alltså Posten den enda möjliga leverantören. Inom B-post är Posten enda leverantör med täckning över hela landet. Citymail konkurre-

rar däremot med Posten avseende B-post inom Citymails geografiska område. Även lokala aktörer kan konkurrera inom sina täckningsområden som ofta utgörs av en enskild kommun eller stad. Kravet på full geografisk täckning utestänger dock all konkurrens.

Inom massutskick är Posten enda leverantör med täckning över hela landet. Citymail konkurrerar med Posten både inom A-post och B-post. Även lokala aktörer skulle kunna konkurrera på sina begränsade täckningsområden. Dock utestänger kravet på full geografisk täckning all konkurrens. Avseende de övriga tjänsterna inom område 1 svarspost, försändelser utrikes, paketdistribution och frankostämpling är det endast Posten som tillhandahåller dessa tjänster alternativt så är de enda leverantör med full geografisk täckning. Kommunförbundet har buntat ihop posttjänster där det finns verklig eller i vart fall spirande konkurrens med tjänster där Posten möter svag eller ingen konkurrens och krävt att en och samma leverantör ska utföra alla tjänsterna. Detta medför att endast Posten kan komma ifråga för område 1 "Porto". Inte ens om alla landets övriga postoperatörer hade samverkat i upphandlingen hade man kunnat lämna ett genensamt anbud på område 1.

Tjänsterna inom upphandlingsområde 2 "Offentlig information" omfattar utskick till hushåll och företag av offentlig information. Utdelning av offentlig information ska enligt förfrågningsunderlaget kunna ske alla vardagar och enligt beställarens urval. Ett anbud måste omfatta hela tjänsten. Såvitt Citymail förstår krävs det inte att utskicken ska gå som A-post men väl att distributionskapaciteten ska vara dimensionerad så att utdelning ska kunna ske alla vardagar om så begärs. Om en kommun regelmässigt skulle ställa ett sådant krav är det bara Posten som kan uppfylla kravet på utdelning alla vardagar i hela landet. Utskicken det här är fråga om rör allmän samhällsinformation och det förefaller inte rimligt att sådana utskick skulle vara tidskritiska eller att de måste kunna nå kommuninvånarna alla dagar i

veckan. Citymail tolkar förfrågningsunderlaget på så sätt att offentlig information från de berörda kommunerna rimligtvis endast skickas till invånare/adressater inom den egna kommunen och att det därför inte ställs något krav på täckning i hela landet. Dock följer det ett implicit krav på täckning av ett område motsvarande alla de skånska kommunerna eftersom alla kommunerna ska ha en och samma leverantör. Det är då endast Posten som kan uppfylla detta krav.

Kommunförbundet underlåter alltså att tillvarata den konkurrens som finns på marknaden. Detta är inte tillåtet såvida det inte finns bärande skäl till kravställningen, dvs. är utformningen av upphandlingsföremålet och kravställningen proportionerliga. Kommunförbundets krav på att en och samma leverantör ska tillhandahålla samtliga tjänster i upphandlingsområde 1 till alla skånska kommuner är inte nödvändigt med hänsyn till ändamålet med kravet. Kravet är därmed inte heller proportionerligt. Om det finns mindre inskränkande alternativ måste dessa tillämpas. Kommunförbundets skäl för kravställningen är att kommunerna har behov av en "fullservice-tjänst" och att det uppstår "samordningsvinster" om samtliga kommuner och kommunala verksamheter som deltar i upphandlingen har en och samma postoperatör. Att kommunerna har ett fullservicebehov är emellertid inte ett bärande skäl för att alla kommunerna ska ha en och samma leverantör eller ens att en enskild kommun ska ha en och samma leverantör för alla tjänster inom upphandlingsområde 1. Fullservicebehovet kan täckas av flera leverantörer.

Den enda samordningsvinsten som Citymail kan se är inom frankostämpling, där det kan underlätta rent administrativt för den enskilda kommunen att endast ha en leverantör. Denna tjänst kan endast Posten tillhandahålla och är därtill endast hänförlig till den enskilda kommunen. Den samordningsvinst som kan nås med en leverantör är därför inte ett bärande skäl för kravställningen och kan i vart fall inte anses väga tyngre än skyldigheten

att utnyttja den konkurrens som finns på marknaden. Om kommunförbundet hade utformat upphandlingsområdena utifrån hur konkurrensen på marknaden ser ut, hade befintlig konkurrens kunnat tillvaratas samtidigt som de upphandlande myndigheternas behov hade tillgodosetts fullt ut. För att utnyttja befintlig konkurrens måste det vara möjligt att lämna separata anbud på de posttjänster där Posten möter konkurrens utan att behöva tillhandahålla tjänster som bara Posten kan tillhandahålla.

Till följd av bristernas art lider Citymail skada i och med att Citymail förhindras från att lämna anbud i upphandlingen.

**Kommunförbundet** motsätter sig Citymails yrkande och anför i huvudsak följande. I en kommun eller ett kommunalt bolag finns det normalt sett ingen central postenhet som sköter hanteringen av in- och utgående post, utan detta sker ute på förvaltningarna och av den egna förvaltningen personal. Antag att en uppdelning gjorts av A- och B-post och att olika leverantörer valts för dessa kategorier. Då ska personalen, förutom att sköta sitt arbete t.ex. inom vården, skolan eller barnomsorgen, vid hanteringen av posten göra en ytterligare sortering och lämna de olika kategorierna till olika aktörer inom postsektorn. Personalen ska inte bara ta hänsyn till A- och B-post utan ska också behöva ta hänsyn till vilken leverantör som kan dela ut försändelsen på en viss ort eller viss specifik del inom viss ort. Att ställa krav på geografisk täckning för hela landet är fullt rimligt och helt i linje med de grundläggande principerna.

Fördelningen mellan intern och extern post för en kommun är ca 70/30. Det är således en icke oväsentlig del som går utanför en kommuns gränser. Leverantörers täckningsgrad är således väsentlig. Kommunförbundet har beaktat marknadssituationen när valet av områdesindelning gjorts. Emellertid vare sig kan eller ska kommunförbundet lastas för att marknaden ser ut på ett givet sätt. Vidare utgör områdesindelningen i sig inte något hinder

för någon aktör att delta. Deltagande kan i och för sig kräva samarbete mellan aktörerna, men detta är inte något ovanligt. Genom att göra den områdesindelning som skett så utnyttjar kommunförbundet den konkurrens som verkligen existerar. För område 2 och 3 finns en verklig marknad och det kan konstateras att konkurrensen existerar.

I aktuellt fall är närmast samtliga delområden underutvecklade marknader. Kommunförbundet har konstaterat att en uppdelning helt och hållet på marknadens villkor, dvs. med utgångspunkt i vad tänkbara aktörer skulle kunna erbjuda, skulle innebära att man fick ta bort synnerligen grundläggande krav. Det skulle innebära att man begränsade utdelningskraven till att enbart omfatta kommunens egna invånare eller till och med enbart vissa områden i kommunen samt att man inte skulle kunna kräva utdelning dagen efter utskicket. Eftersom Postens prissättning är öppen innebär det att priserna i upphandlingen för de attraktiva tjänsterna endast kommer att pressas marginellt. Detta ska då ställas mot den ökade arbetsbörda och administrativa hantering som en så diversifierad tjänst skulle innebära. Vidare innebär inte metodiken några som helst garantier för att marknaden totalt sett förbättras.

Avseende delområde 2 har den uppdelning som gjorts i upphandlingen möjliggjort erhållande av volymrabatter. Det faktiska utfallet är således det direkt motsatta i förhållande till vad Citymail påstår. När det gäller kravet att utdelning ska ske valfri vardag är detta sakligt motiverat. Den allra största delen av aktuell typ av massinformation skickas ut vid helger och i anslutning till avlöningstillfällen eller andra utbetalningar. De upphandlande myndigheternas information är i flertalet fall väsentlig samhällsinformation. Det är därför viktigt att kunna styra när denna information ska nå mottagarna så att den inte "drunknar" och enbart är en i mängden av all form av massinformation som delas ut.

De upphandlande myndigheternas behov såsom de kommer till uttryck i denna upphandling är rimliga och proportionerliga. Det finns inga hinder för aktörerna på marknaden att samverka för att avge ett anbud som täcker samtliga avsnitt i delområde 1. Det kan i sig vara så att anbudsgivningen för delområde 1 kan vara svårt. Det kan t.ex. kräva investeringar eller samarbete med utländska aktörer och förmå dessa att etablera sig i Sverige. Detta är emellertid inte detsamma som att områdesindelningen skulle vara i strid med gällande rätt. Vidare gäller att om enskilda upphandlingar gjorts för olika delavsnitt i område 1 så hade likväl samarbete mellan olika aktörer krävts, den eventuella svårigheten att lämna anbud ligger inte i kravet som sådant utan att marknaden rent faktiskt inte existerar. Detta är ett givet faktum, men att förändra eller ta bort detta faktum är inte de upphandlande myndigheternas uppgift. Genom att sätta press på aktörerna att samarbeta för att erbjuda tjänster som kunderna efterfrågar så utvecklas marknaderna.

För att Citymail ska kunna vinna bifall till sin talan krävs att bolaget förutom att styrka brott mot LOU även styrker att man i vart fall lidit risk för skada. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att upplägget av upphandlingen skulle anses vara i strid med gällande rätt är detta i sig inte liktydigt med att Citymail ska ha anses lidit risk för skada. Först om de villkor under vilka Citymail skulle kunna delta och ha utsikt att erhålla kontrakt är rimliga och sakligt relevanta kan en risk för skada föreligga. Om förutsättningarna är rimliga ska bedömas inte enbart utifrån Citymails egna förutsättningar och behov utan även utifrån de upphandlande myndigheternas behov och vilka konsekvenser ett upplägg på Citymails villkor skulle innebära för dem. En anpassning av villkoren på ett sätt som skulle göra det möjligt för Citymail att offerera tjänster utifrån deras egna förutsättningar skulle medföra helt orimliga villkor i upphandlingen. Det vore inte proportionerligt att kräva att köparen anpassar sig på det sättet till en aktör med bortseende från sina egna sakliga behov och de arbetsmässiga konsekvenserna, med ökad arbetsbörda och ökade kostnader, som följd av en sådan

anpassning. Om utgångspunkten för bedömningen är Citymails egna uppgifter ifråga om vad man kan leverera skulle en sådan anpassning av villkoren vara i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Således föreligger ingen risk för skada för Citymail.

#### **Förvaltningsrättens tidigare beslut i målet**

Förvaltningsrätten har den 22 juni 2010 beslutat att upphandlingen, såvitt avser delområde 1 "Porto" och delområde 2 "Offentlig information", inte får avslutas innan något annat har beslutats.

#### **DOMSKÄL**

##### **Relevanta bestämmelser**

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.



**Relevanta uppgifter i förfrågningsunderlaget**

I förfrågningsunderlaget återfinns under punkten 1.3. "Helt eller delat anbud" bl.a. följande.

"Anbud kan lämnas på en eller flera delar/upphandlingsområde. Inom delarna/upphandlingsområdena är uppdragen inte delbara".

I punkten 3.1. "Upphandlingens efterfrågade tjänster" föreskrivs bl.a. följande.

"Upphandlingen består av följande upphandlingsområden/tjänster:

Område 1: Porto

- Daglig post, adresserat, med leverans dagen efter.
- Daglig post, adresserat, med leverans inom 3 dagar.
- Massutskick, adresserat, leverans dagen efter.
- Massutskick, adresserat, med leverans inom 3 dagar.
- Svarspost.
- Försändelser utrikes.
- Paketdistribution, in- och utrikes "dörr till dörr" inom och utom EU.
- Frankostämpling, upphandlande myndighet har egen frankeringsmaskin.

Område 2: Offentlig information

- Oadresserade utskick till hushåll och företag".

I punkten 3.5. "Område 2 Offentlig information" föreskrivs bl.a. följande.

"Utdelning av offentlig information skall kunna ske alla vardagar och enligt beställarens urval oaktat huruvida mottagaren har abonnemang och/eller val av "ej reklam" förekommer eller ej.

### Förvaltningsrättens bedömning

Av den grundläggande EG-rättsliga proportionalitetsprincipen följer att en upphandlande myndighet inte får ställa högre krav på leverantören än som erfordras för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. De krav som ställs på leverantörer i en upphandling måste därmed ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Vid uppställande av kravet måste det därför tydligt framgå varför kravet är nödvändigt för att uppnå syftet med den aktuella upphandlingen. Även kravet på utnyttjande av största möjliga konkurrens, så att kretsen av dem som kan delta i upphandlingen inte begränsas mer än vad som är nödvändigt, måste beaktas.

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser olika posttjänster samt att de anbud med lägst pris som lämnats för de olika områdena, bl.a. område 1 "Porto" och område 2 "Offentlig information", kommer att tilldelas kontrakten. Huvudsyftet med upphandlingen får enligt rättens mening därför anses vara att upphandla diverse posttjänster till lägsta möjliga pris.

Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att anbud kan lämnas på ett eller flera upphandlingsområden. Inom upphandlingsområdena är uppdragen dock inte delbara. För att uppfylla aktuellt skall-krav för område 1 "Porto" måste en anbudsgivare således lämna anbud på samtliga åtta delområden. Ett sådant ställt krav kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses proportionerligt i förhållande till syftet med upphandling. Det behöver inte vara en och samma leverantör till alla åtta delområdena för att syftet, att köpa posttjänster till lägsta möjliga pris, ska vara uppfyllt. Behovet kan fyllas av flera olika leverantörer för de olika delområdena. Vad kommunförbundet har anfört i målet om de upphandlande myndigheternas behov av en fullservicetjänst, samordningsvinster och arbetsbesparing för personalen

på de upphandlande myndigheterna visar inte heller att det uppställda skall-kravet är nödvändigt för att uppnå det med upphandlingen eftersträvade syftet.

Avseende område 2 "Offentlig information" framgår det av förfrågningsunderlaget att utdelning av offentlig information skall kunna ske alla vardagar och enligt beställarens urval. Enligt förvaltningsrättens mening får det förutsättas att i vart fall en del av den offentliga informationen som ska skickas ut utgörs av väsentlig samhällsinformation. Det kan därför vara av stor vikt för de upphandlande myndigheterna att kunna styra när de vill att informationen ska komma mottagarna tillhanda. Likaså om det rör sig om information som är akut och måste skickas ut utan dröjsmål. Kravet får med hänsyn till detta anses proportionerligt och nödvändigt för att uppnå syftet med den aktuella tjänsten.

Så som förfrågningsunderlaget är utformat måste en leverantör ha full geografisk täckning i alla kommuner i Skåne för att kunna lämna anbud på område 2 "Offentlig information". Ett sådant krav kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses proportionerligt i förhållande till syftet med det som upphandlas. Det behöver inte vara en och samma leverantör till alla kommuner för att syftet, att köpa utdelning av offentlig information till lägsta möjliga pris, ska vara uppfyllt. Behovet kan lika väl fyllas av flera olika leverantörer för de olika kommunerna. På så vis tillvaratas kravet på största möjliga konkurrens utan att kretsen av dem som kan delta i upphandlingen begränsas till mer än vad som är nödvändigt. Vad kommunförbundet har anfört om volymrabatter visar inte heller att det uppställda skall-kravet är nödvändigt för att uppnå det med upphandlingen eftersträvade syftet.


### Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att kravet att en anbudsgivare måste lämna anbud på samtliga åtta delområden inom upphandlingsområde 1 "Porto" strider mot LOU samt den grundläggande proportionalitetsprincipen. Rätten anser att kravet för upphandlingsområde 2 "Offentlig information" att utdelning av offentlig information skall kunna ske alla vardagar och enligt beställarens urval inte strider mot LOU eller de grundläggande principerna. Förvaltningsrätten finner dock att kravet för upphandlingsområde 2 "Offentlig information" att leverantören skall ha geografisk täckning för alla kommuner i Skåne strider mot LOU samt den grundläggande proportionalitetsprincipen. Det kan inte uteslutas att Citymail har lidit eller riskerar att lida skada på grund av kommunförbundets åsidosättande av proportionalitetsprincipen i förevarande fall. Eftersom bristen hänför sig till förfrågningsunderlaget och därmed kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet, är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om.

### Särskild upplysning

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 22 juni 2010 upphör i och med denna dom att gälla.

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



Hans Emanuelsson



# 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. 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.