



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2012-04-13
Meddelad i
Göteborg

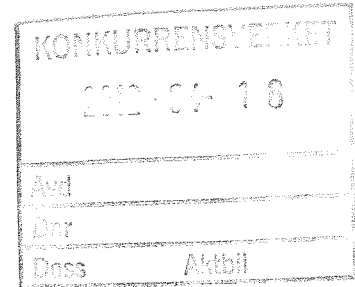
Mål nr
3327-12 E
Enhet 2:6

Sida 1 (8)

SÖKANDE

Adlibris Aktiebolag, 556261-3512
Sveavägen 56 C
103 59 Stockholm

Ombud: Advokat Peter Adamsson
Sandart & Partners Advokatbyrå KB
Norrländsgatan 20
103 87 Stockholm



MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, 556070-5054
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 139440

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00
		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		

BAKGRUND

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag (Upphandlingsbolaget) har lämnat en anbudsinvitan avseende pappers- och ljudböcker med och utan biblioteksutrustning. Upphandlingen sker genom öppet förfarande och avser ramavtal för Göteborgs stad, Ale kommun, Alingsås kommun, Göteborgs Kyrkogårdsförvaltning, Göteborgsregionens Kommunalförbund Gårda, Härryda kommun, Kungsbacka kommun, Lerums kommun, Lilla Edets kommun, Mölndals Stad, Partille kommun, Räddningstjänsten Storgöteborg samt Tjörns kommun.

YRKANDEN M.M.

Adlibris Aktiebolags talan

Adlibris Aktiebolag (Adlibris) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget har uppställts krav på att anbudsgivaren ska kunna leverera biblioteksband. Biblioteksband är en bok vars rygg och inbindning har förstärkts genom att den har försetts med ett extra lager lim och väv samt hårdband. Bandet ska även vara plastat eller vaxat. Det är dyrt och komplicerat att utrusta en bok på det angivna sättet och det är endast en leverantör som i egen regi kan producera och tillhandahålla biblioteksband. Marknadsandelen för biblioteksband är mycket liten och minskar kontinuerligt. Uppskattat årligt inköp av biblioteksband har under pågående upphandling justerats från 50 000 till 20 000, vilket framstår som svårmotiverat om kravet är av så väsentlig betydelse som görs gällande. Det framstår mot denna bakgrund inte som proportionerligt att utforma kravet på att kunna leverera biblioteksband så att det omfattar samtliga pappers- och ljudböcker (jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 mars 2011 i mål 5481– 5486-10). Upphandlingsbolaget har uppgett att administrativa och

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

miljömässiga fördelar kan uppnås genom att samtliga beställningar kan göras från en leverantör. För det fall administrativa och miljömässiga fördelar överhuvudtaget finns är de försumbara. Det saknas följaktligen bärande skäl till varför upphandlingen inte skulle kunna delas upp i segment, vilket annars är brukligt. Eftersom kostnaden för biblioteksband är hög kommer denna post att få ett direkt och kraftigt genomslag på det totala utvärderingspriset. En mycket liten del av vad upphandlingen avser kommer således att få mycket stor inverkan på vem som har möjlighet att på ett konkurrenskraftigt sätt delta i upphandlingen. Förfrågningsunderlaget är med hänsyn till ovanstående utformat på ett oproportionerligt, diskriminerande och icke affärsmässigt sätt.

I prislistan som förfrågningsunderlaget innefattar har vidare angetts att det för tryckta svenska böcker och svenska ljudböcker ska lämnas ett procentuellt påslag på ett s.k. F-pris. Det är dock möjligt för en bokhandel att köpa in och offerera tryckta böcker och ljudböcker till ett pris som understiger F-priset. Såsom kravet är utformat är emellertid en anbudsgivare förhindrad att lämna annat än ett påslag på F-priset. Det är visserligen möjligt att istället lämna lägre pris på andra positioner, men metoden blir tämligen riskabel för en anbudsgivare eftersom angivna inköpsvolymerna lämnas utan förpliktelse. Förfrågningsunderlaget är således utformat på ett sätt som kan tvinga en anbudsgivare att offerera ett högre pris än nödvändigt för att inte riskera att bli utesluten från upphandlingen. Detta strider mot det grundläggande kravet på affärsmässighet och det kan ifrågasättas om F-priset får utgöra prisgolv när avsikten är att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se prop. 2006/07:128 s. 155 ff.). En upphandling får därvid inte utformas eller genomföras på ett sätt som är konkurrensbegränsande (se RÅ 1997 ref. 40). Av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU följer även att upphandlingens art och värde ska beaktas vid en bedömning samt att det ska finnas proportionalitet mellan uppställda krav i förfrågningsunderlaget och de mål som eftersträvas i upphandlingen, dvs.

så låga inköspriser som möjligt och därigenom ett ökat och breddat utbud av böcker (a.a. prop. s. 155). Adlibris riskerar att lida skada på grund av de olika bristerna i förfrågningsunderlaget. Eftersom bristerna avser förfrågningsunderlaget som sådant ska upphandlingen göras om.

Upphandlingsbolagets talan

Upphandlingsbolaget yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Förfarandereglernas syfte är att säkra den fria rörligheten och öppen konkurrens, däremot inte att garantera en optimal affär rent prismässigt (jfr. Kammarrätten i Jönköpings dom den 23 september 2011 i mål 1084-11). Så länge förfarandereglerna följs behöver den upphandlande myndigheten inte utforma sitt förfrågningsunderlag eller utvärdering på annat sätt än för att säkerställa att dess eget syfte med upphandlingen uppnås.

En analys av inköpsvolymen från det nuvarande ramavtalet för litteratur har legat till grund för hur Upphandlingsbolaget har valt att utforma förfrågningsunderlaget och utvärderingen. Den volym som har angetts för biblioteksband speglar inköpsmönstret enligt analysen och kommer därmed att få det genomslag i utvärderingen som det volymmässigt förväntas motsvara. Biblioteksband utgör därvid inte en kategori av specialböcker utan förekommer inom samtliga områden där avroparna har behov av böcker. För det aktuella avtalsområdet och de beställare som kommer att vara avropare har andelen böcker med biblioteksband inte minskat och kravet är av stor betydelse. Syftet med upphandlingen är att beställarna av såväl miljömässiga som administrativa skäl ska kunna göra sina beställningar från en leverantör. Detta syfte uppnås endast genom att den högst rangordnade leverantören kan tillhandahålla biblioteksband. För att syftet ska uppnås kan inte någon mindre ingripande åtgärd användas. Åtgärden är vidare proportionerlig i förhållande till det eftersträvande syftet. Det ska därvid beaktas att Upphandlingsbolaget tidigare har upphandlat biblioteksband separat

och att samtliga leverantörer inklusive Adlibris då har valt att lämna anbud beträffande såväl böcker med biblioteksband som böcker utan biblioteksband. I vart fall de leverantörerna kan fortfarande erbjuda biblioteksband för hela sina sortiment och kan därför inte lida skada av att kravet ställs. Oaktat detta är det inte en upphandlande myndighets uppgift att upprätthålla en materiell rättvisa på marknaden och jämna ut eventuella konkurrensfördelar mellan marknads aktörer. Utgången i Kammarrätten i Göteborgs mål 5481-5486-10 måste därvid vägas mot att den upphandlande myndigheten inte har kunnat bemöta påståendet att endast en eller två leverantörer har haft möjlighet att uppfylla kravet och att andra potentiella leverantörer skulle kunna diskrimineras av kravet. Frågan om en leverantör skulle kunna ha konkurrensfördelar med anledning av en egen produktion av biblioteksband har inte varit föremål för prövning i målet.

Begreppet affärsmässighet saknas i LOU sedan den 1 januari 2008 och kan inte anföras som grund för ingripande enligt LOU i dess nuvarande lydelse. Angivelsen för prissättning är heller inte diskriminerande. Det finns ingen annan bas att relatera de offererade påslagen mot än F-pris. Modellen är helt vedertagen för litteraturupphandlingar. Det är därvid korrekt att det inte är möjligt att offerera lägre påslag än noll, men det är möjligt att istället sänka priset på en annan position i anbudet. Upphandlingsbolaget betvivlar dock Adlibris påstådda möjlighet att gå under F-priset eller i vart fall att möjligheten skulle vara av sådan avgörande betydelse att Adlibris orsakas skada. Adlibris har nämligen i den volymmässigt större upphandlingen som nyligen genomförts av SKL Kommentar Inköpscentral AB endast redovisat en möjlighet att gå under F-priset med 0,1 procent (se Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 9 september 2011 i mål 14 115-11).

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Adlibris har gjort gällande att kravet på att anbudsgivaren ska kunna leverera biblioteksband är oproportionerligt, diskriminerande och icke affärs-
mässigt.

Upphandlingsbolaget har uppgett att syftet med att anbudsgivaren ska kunna leverera biblioteksband är att beställarna av såväl miljömässiga som administrativa skäl ska kunna göra sina beställningar från en leverantör. Det saknas enligt förvaltningsrättens mening skäl att ifrågasätta att vissa miljömässiga och administrativa vinster kan uppnås genom att endast ha en leverantör. Åtgärden att endast välja en leverantör framstår därför som lämplig och effektiv för att uppnå syftet. Det har inte heller framkommit att det eftersträvande syftet kan uppnås genom ett mindre ingripande alternativ. Förvaltningsrätten har därför att ta ställning till om den negativa effekt

som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Kammarrätten i Göteborg har i ett liknande mål gjort bedömningen att ett krav på att en anbudsgivare ska kunna leverera biblioteksband har varit oproportionerligt. Av domen kan utläsas att kammarrätten har fäst vikt vid att biblioteksband har utgjort en mycket liten del av det aktuella segmentet samtidigt som kravet har uteslutit merparten av de potentiella anbudsgivarna och därigenom har medfört väsentligt sämre förutsättningar för att få ett ekonomiskt fördelaktigt bud (se kammarrättens dom den 14 mars 2011 i mål 5481–5486-10). I nu aktuellt mål är förhållandena delvis annorlunda eftersom det inte har framkommit annat än att ett flertal leverantörer har möjlighet att leverera biblioteksband även om de inte har en egen produktion. Förhållandet att en leverantör i vissa delar kan ha möjlighet att erbjuda mer förmånliga priser som en följd av hur den har valt att lägga upp sin produktion kan enligt förvaltningsrättens mening inte innebära att kravet ifråga ska anses vara oproportionerligt. Vad Adlibris har anfört kan inte heller i övrigt anses medföra att det uppställda kravet strider mot de grundläggande principerna i LOU.

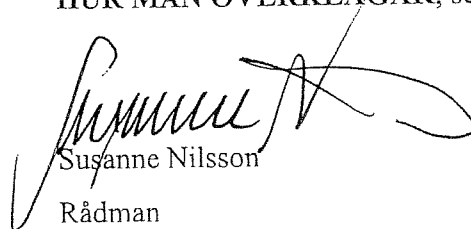
Adlibris har även gjort gällande att förfrågningsunderlagets krav på att det för vissa poster ska lämnas ett procentuellt påslag på F-priset är oproportionerligt och strider mot kravet på affärsmässighet.

I målet har inte framkommit annat än att Upphandlingsbolagets eftersträvade syfte med kravet är att på ett effektivt sätt kunna jämföra de olika anbudsgivarnas priser. Detta syfte skulle även ha kunnat uppnås genom att anbudsgivarna beretts möjlighet att välja mellan att offerera påslag på F-pris eller rabatt på F-pris. Förutsättningarna för att få ett ekonomiskt mer fördelaktigt bud skulle då rimligen ha ökat. Förvaltningsrätten gör mot

denna bakgrund bedömningen att kravet är oproportionerligt och strider mot LOU.

För att det ska finnas förutsättningar för ingripande enligt LOU krävs dock även att sökanden har lidit eller kan komma att lida skada av åtgärden. Vad Adlibris har anfört visar enligt förvaltningsrättens mening inte att bolaget har lidit eller riskerar att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1B)



Susanne Nilsson
Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Kristin Palm.



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 vartill 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.