



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-09-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
32846-10
38842-10 – 38880-10
38882-10 – 38923-10
Enhet 15

SÖKANDE

Akademibokhandelsgruppen AB, 556046-8448

Ombud: Advokat Carl Bokwall och jur. kand. Lena Salomonsson
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPARTER

Ale kommun m.fl., se bilaga 1 (82 upphandlande enheter)

Ombud för samtliga: Anna Stormats
SKL Kommentus AB
117 99 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-03-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Akademibokhandelsgruppen AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen avseende anbudsområde E och F ska göras om.

De interimistiska besluten att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 45213

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

Allmänna avdelningen

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus AB (Kommentus) har, på uppdrag av de upphandlande myndigheterna, genomfört en upphandling av litteratur 2010, projektnummer 10047. Upphandlingen har genomförts genom öppet förfarande. I tilldelningsbeslut beslutade de upphandlande myndigheterna att avseende anbudsområdena E och F rangordna andra anbud högre än anbudet från Akademibokhandelsgruppen AB (Akademibokhandelsgruppen). Tilldelningsbesluten meddelades genom ett tilldelningsbesked från Kommentus.

Akademibokhandelsgruppen ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen avseende anbudsområdena E och F inte får avslutas innan rättelse vidtagits på så sätt att Adlibris Aktiebolags (Adlibris) och BTJ Sverige AB:s (BTJ) anbud bortses från vid en förnyad utvärdering. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Tills stöd för sin talan anför Akademibokhandelsgruppen bl.a. följande.

Adlibris och BTJ:s anbud följer inte förfrågningsunderlagets obligatoriska krav avseende förlags-/listpriser. Genom att avvika från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav har Adlibris och BTJ otillbörligen gynnats. De upphandlande myndigheterna har därigenom brutit mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen.

Av förfrågningsunderlaget framgår att priset i priskorgarna ska anges som pris efter rabatt/påslag på aktuellt förlagspris/listpris avseende respektive anbudsområde. Förlagspriser och listpriser är i branschen etablerade begrepp som samtliga aktörer använder sig av dagligen och som är konstanta genom samtliga värdeled, från förlag till bokhandel. Förlagspriser är de priser som de svenska förlagen sätter på en bok utgiven i Sverige. Förlagspriserna är fasta priser som sätts ensidigt av de svenska förlagen och som

Allmänna avdelningen

alltid är konstant. Stora distributörer av böcker som köper in stora volymer har vanligtvis möjlighet att förhandla rabatter på förlagspriset och därigenom få billigare inköpspris, dessa inköpspriser är dock inte förlagspriset. Det är full transparens på marknaden avseende förlagspris för varje given titel. När det gäller utländska böcker används istället listpriser vilket är de utländska förlagens rekommenderade försäljningspris. Även dessa priser fastställs av de utgivande förlagen och är således ett absolut fast pris. Det är full transparens på marknaden även avseende listpriser för varje given titel. Adlibris anger uttryckligen i avsnitt 9.3.1 i deras anbud att ”med listpris avser vi det utländska så kallade ”List price” som förekommer på utländska marknader”. Det kan förekomma mindre differenser mellan anbudsgivarnas listpriser vilket beror främst på två faktorer. En bok kan vara utgiven i olika länder eftersom det ursprungliga förlaget ibland säljer rättigheter att ge ut en specifik bok till ett förlag i ett annat land. En bok kan därför vara utgiven av ett förlag i Storbritannien och av ett annat i USA, dessa förlag kan tillämpa olika listpriser. Förfrågningsunderlaget anger inte vilket utgivningsland listpriserna ska hämtas från vilket kan orsaka en viss differens mellan anbudsgivarna. Inte heller fastställer förfrågningsunderlaget vilken valutakurs som ska användas när listpriset anges i SEK. Dessa faktorer kan förklara viss differens mellan anbudsgivarna men kan inte förklara de betydligt lägre ingångspriser som Adlibris och BTJ har använt sig av vid angivande av priser i priskorgarna.

Summan av priserna i priskorgen före justering av respektive anbudsgivares påslag/rabatt borde vara de samma eftersom anbudsgivarna är skyldiga att applicera de offererade listpriserna på de fasta förlags- och listpriserna. Vid en jämförelse mellan listpriserna på ett flertal boktitlar framgår dock att både BTJ och Adlibris har utgått från andra lägre priser än de efterfrågade listpriserna.

Allmänna avdelningen

Effekter av att andra lägre priser används i priskorgarna än något av de officiella förlags- respektive listpriserna är att Adlibris och BTJ kan pressa det totalpris som utvärderas utan att behöva pressa sina rabatter lika mycket som om något av de officiella förlags-/listpriserna använts. Totalpriset är en ren utvärderingsparameter och inte relevant vid själva avropen då det istället är ramavtalsleverantörernas egna priser minus offererad rabatt som gäller. Resultatet av upphandlingen är alltså att de anbudsgivare med sämst rabatt har placerats bäst i ramavtalet medan den leverantör med bäst rabatt hamnat sist. Viktigt i sammanhanget är att anbudsgivarnas egna faktiska priser inte är relevanta eftersom de inte varit föremål för utvärdering i upphandlingen. Kommentus borde ha kontrollerat prisuppgifterna i prisbilagan då det redan vid en översiktlig jämförelse mellan anbuderna framgår att det förekommer markanta skillnader i de angivna priserna på viss utländsk litteratur.

De upphandlande myndigheterna har, genom Kommentus, anfört bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att ”påslag/rabatt i procent på aktuellt förlagspris/listpris” ska ligga till grund för de priser som anges i prismatrisen. Aktuellt förlagspris/listpris är inte detsamma som ”officiellt” förlagspris/listpris. ”Officiella” förlagspriser kan variera beroende av beställaren och även över tid. Det aktuella förlagspriset är det pris som varje enskild leverantör erhåller från förlaget.

Listpriserna är enligt sökandens definition de utländska förlagens rekommenderade försäljningspris. Ett rekommenderat försäljningspris, vilket är synonymt med ett föreslaget pris, kan inte samtidigt utgöra ett absolut fast pris eftersom det endast utgör ett förslag och annan prissättning är möjlig.

Inom bokbranschen råder i viss mån olika uppfattningar om vad som är ”officiella” förlagspriser och listpriser. Det som avses i förfrågningsunderlaget är att anbudsgivaren ska tillämpa de priser som vid anbudstillfället

Allmänna avdelningen

gäller för denne och som vid beställning på anbudsdagen skulle komma upphandlande myndigheter tillgodo. Syftet är att ge de upphandlande myndigheterna bästa möjliga pris på den litteratur och de medier de beställer.

Ingenstans i förfrågningsunderlaget har uppgetts att priserna skulle komma att kontrolleras gentemot officiella förlagspriser/listpriser i samband med utvärderingen. En sådan kontroll är inte relevant eftersom det inte är möjligt att kontrollera vilka priser varje leverantör har från respektive förlag och priserna dessutom varierar över tid.

Av förfrågningsunderlaget framgår att pris ska anges i svenska kronor, SEK. Detta gör att samtliga anbudsgivares priser kan jämföras med varandra och att likabehandlingsprincipen beaktas. Vilken valutakurs som använts vid omräkning av priser på utländska böcker har inte efterfrågats och är inte heller relevant eftersom de priser som är intressanta är de som anbudsgivaren uppger att upphandlande myndighet skulle få vid beställning av aktuell titel.

Anbudsutvärderingen har skett helt i enlighet med de i förfrågningsunderlaget angivna förutsättningar och de på förhand angivna förutsättningarna har inte frångåtts, varmed transparens råder. Samtliga anbud har även utvärderats utifrån samma förutsättningar varmed fullständig likabehandling föreligger. Samtliga anbudsgivare har haft samma möjligheter att i sina anbud lämna sitt bästa pris.

Akademibokhandelsgruppen har haft samma förutsättningar som övriga anbudsgivare för att lämna anbud och anbudsutvärderingen har skett med beaktande av samma kriterier för samtliga anbud varmed likabehandlingsprincipen beaktas. Akademibokhandelsgruppen har haft kännedom om dessa förutsättningar vilka varit desamma under hela upphandlingen och för samtliga anbudsgivare varmed kravet på transparens uppfyllts. Akade-

Allmänna avdelningen

mibokhandelsgruppen kan därför inte anses ha lidit skada eller anses kunna komma att lida skada.

Akademibokhandelsgruppen har yttranden anfört bl.a. följande. Med ”aktuellt” kan rimligtvis inte förstås annat än vid var tid gällande förlagspris/listpris, dvs. det officiella priset från förlaget. Att ordet ”aktuellt” skulle innebära att det är det specifika framförhandlade pris som anbudsgivaren erhållit av ett förlag ryms inte ens med en generös språklig tolkning av begreppen. Ett enskilt framförhandlat pris är per definition inte längre ett förlagspris eller ett listpris. Om Kommentus från början avsett att förlagspris/listpris skulle ha den innebörd som nu görs gällande står det klart att upphandlingen ska göras om eftersom förfrågningsunderlaget brister i tydlighet och förutsebarhet i en för anbudsgivarna helt avgörande fråga, nämligen prissättningen i priskorgarna.

Det är just förhållandet att förlagens officiella förlags- och listpriser är fasta som gör det meningsfullt att lägga dessa till grund för priskonkurrensen i priskorgarna. Om anbudsgivarna i priskorgarna skulle ange sina egna köpspriser, försäljningspris eller annat pris skulle utvärderingsmodellen vara så manipulerbar att den vore i det närmaste meningslös. En anbudsgivare skulle kunna erbjuda mycket låga och t.o.m. fiktiva priser för de mycket få titlar som finns i priskorgarna och hålla igen på rabatten och på så sätt ändå prisdumpa priskorgen och vinna upphandlingen trots en låg rabatt. Vid avrop av någon av de övriga ca 5 000 miljoner titlarna gäller sen enligt mallavtalets bestämmelser istället ”leverantörens officiella produktkatalogpriser och de rabatter/påslag som framgår av bilaga 1- prislisan”. Dessa priser kan ligga på helt andra nivåer som skulle tillåta leverantören att ta igen förlusterna på de titlar som ligger i priskorgen. En sådan utvärderingsmodell är inte ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Om man avsett att i förfrågningsunderlaget uttrycka att priserna i priskorgen skulle baseras på de framförhandlade priserna som den enskilda anbudsgi-

Allmänna avdelningen

varen erhåller från förlaget borde detta skrivits i förfrågningsunderlaget. Om man med förlagspriser/listpriser avser några andra priser än de ”officiella” förlags- och listpriserna har en i branschen välkänd terminologi använts på ett vilseledande sätt. Genom att dessutom inte ange vilka priser som avses med ”aktuella förlagspriser/listpriser” föreligger betydande otydligheter i förfrågningsunderlaget.

UTREDNING I MÅLET

I förfrågningsunderlagets punkt 1.3.2 ”Pris” anges bl.a. följande.

Pris ska anges som rabatt/påslag i procent på vid varje tillfälle gällande förlagspris/listpris exklusive mervärdesskatt.

Pris för de olika typerna av utrustning ska anges som pris per enhet exklusive mervärdesskatt.

Pris ska även anges som pris efter rabatt/påslag på aktuellt förlagspris/listpris i priskorgarna avseende respektive anbudsområde.

I förfrågningsunderlagets punkt 1.4.2 ”Kvalificeringsfasen” anges följande. Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav. Förutsättningen för att ett anbud ska utvärderas och antas är att dessa obligatoriska krav är uppfyllda. Anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven kommer att förkastas. De obligatoriska kraven avser såväl krav på leverantören som krav på tjänsten. Anbudsgivaren ska själv eller genom underleverantör uppfylla samtliga ställda krav. Underlåtenhet att följa upphandlingens villkor och krav kan innebära att anbud måste förkastas. Anbudsgivaren ska besvara samtliga frågor och bifoga efterfrågade handlingar. De anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav går vidare till utvärderingsfasen.

I förfrågningsunderlagets punkt 1.4.3 ”Utvärderingsfasen” anges följande.

Allmänna avdelningen

Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav kommer tre (3) anbud per anbudsområde att antas med rangordning. Vid utvärderingen kommer lägsta pris att tillämpas som utvärderingskriterium. Det pris som utvärderas är anbudssumman. Anbudssumman är summan av den mediekorg som presenteras avseende respektive anbudsområde. Anbudsgivaren som lämnat det lägsta priset inom respektive anbudsområde blir nummer ett i rangordningen.

I förfrågningsunderlagets punkter 8.3.1 och 9.3.1, båda benämnda ”Prissättning”, anges följande.

Pris ska anges i SEK exklusive mervärdesskatt enligt följande:

Påslag/rabatt i procent på aktuellt förlagspris/listpris,

Pris för litteraturen/medierna i prismatrisen efter påslag/rabatt.

Angivna påslag/rabatter utvärderas inte, men läggs in i avtalet och ska gälla för samtliga böcker/medier som anbudsgivaren levererar enligt avtalet.

I punkt 13.1.8 ”Priser” i ramavtalsmallen för upphandlingen anges följande. För leverans enligt detta avtal gäller leverantörens officiella produktkatalogpriser, och de rabatter/påslag som framgår av Bilaga 1 – prislistan. Alla former av kampanjrabatter och/eller andra liknande rabatter från antingen leverantör ska alltid med automatik komma kunder tillgodo fullt ut, om detta skulle medföra lägre kostnader än vad som avtalats.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter 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.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU i tillämplig lydelse anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1

Allmänna avdelningen

kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Akademibokhandelsgruppen har anfört bl.a. att förlagspriser är fasta priser som sätts ensidigt av de svenska förlagen och som alltid är konstanta samt att listpriser är de utländska förlagens rekommenderade försäljningspris som fastställs av de utgivande förlagen och således är fasta priser.

De upphandlande myndigheterna har å sin sida anfört bl.a. att ”aktuell” förlagspris/listpris inte är detsamma som ”officiellt” förlagspris/listpris och vad som avses i förfrågningsunderlaget är att anbudsgivaren ska tillämpa de priser som vid anbudstillfället gäller för denne och som vid beställning på anbudsdagen skulle komma upphandlande myndigheter tillgodo. De upphandlande myndigheterna anför vidare att det inom bokbranschen råder i viss mån olika uppfattningar om vad som är ”officiella” förlagspriser och listpriser.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänna bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer dock att den upphandlande myndighetens krav och utvärderingsmodell ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör således ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag även om vissa brister och oklarheter får godtas.

Allmänna avdelningen

De upphandlande myndigheterna har i förfrågningsunderlaget använt orden ”förlagspris” och ”listpris” och även kombinerat dessa med ordet ”aktuellt” utan att ge någon närmare förklaring om vad som avses. Förfrågningsunderlaget har därigenom enligt förvaltningsrättens mening varit så otydligt att upphandlingen inte kan anses ha genomförts på ett godtagbart sätt.

Med hänsyn härtill och då Akademibokhandelsgruppen genom de upphandlande myndigheternas förfarande har kunnat lida skada finns skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom bristen föreligger i utformningen av förfrågningsunderlaget ska rättelse inte ske. Upphandlingen ska istället göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 3109/1a – LOU)

Kurt Björk

Rådman

Föredragande har varit Carolina Andersson.



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 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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