



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-02-15
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 20896-10
 Enhet 14

SÖKANDE

Adlibris AB, 556261-3512
 Box 3667
 103 59 Stockholm

Ombud: Jur. dr Dan Eklöf
 Sandart & Partners Advokatbyrå HB
 Engelbrektskatan 7
 114 32 Stockholm

Ombud: Advokat Magnus Jonson
 Sandart & Partners Advokatbyrå HB
 Engelbrektskatan 7
 114 32 Stockholm

MOTPART

Nacka kommun
 Ekonomi och upphandling
 131 81 Nacka

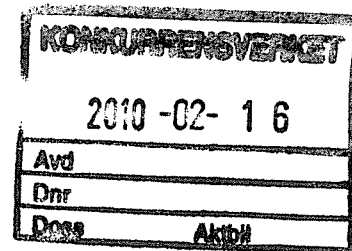
SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Adlibris AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen såvitt avser produktkategori 1a, Böcker - svenska, inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att ny utvärdering genomförs utifrån de i förfrågningsunderlaget fastställda utvärderingskriterierna, varvid Akademi bokhandelsgruppen AB:s anbud inte ska beaktas.

Länsrättens interimistiska förordnande i beslut den 22 januari 2010 upphör härmed att gälla.



Dok.Id 528

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

Nacka kommun (kommunen) genomför en upphandling av media-produkter, diarienummer KFKS 2009/359. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU.

Enligt tilldelningsbeslut den 15 januari 2010 har kommunen beslutat att anta ett annat anbud än det från Adlibris AB (Adlibris) i kategori 1a, Böcker - svenska.

YRKANDEN M.M.

Adlibris ansöker hos länsrätten – numera förvaltningsrätten – om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att rätten ska besluta att kommunens utvärdering av upphandlingen av media, kategori 1a, Böcker - svenska, i ärende KFKS 2009/359, ska göras om varvid anbudet från Akademibokhandeln inte ska beaktas. I andra hand yrkar Adlibris att utvärderingen i kategori 1a, Böcker - svenska, ska göras om i sin helhet. I sista hand yrkar Adlibris att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför Adlibris bl.a. följande. Det vinnande anbudet i kategori 1a, Böcker - svenska, uppfyller inte ett specifikt ska-krav (nr 17). Anbudet borde därför ha förkastats. Genom att ändå anta anbudet har kommunen brutit mot LOU och inte agerat i enlighet med det egna förfrågningsunderlaget. Adlibris har härigenom lidit skada eller kan i vart fall komma att lida skada. Därutöver har kommunen inte iakttagit lika-behandlingsprincipen och den affärsmässighet som föreskrivs i LOU och som följer av kommunens eget förfrågningsunderlag. Trots att Adlibris anbud i kategori 1a, Böcker - svenska, är det kostnadsmässigt mest fördelaktiga har ett annat företag tilldelats bokinköpen. Adlibris har därigenom lidit skada eller kan i vart fall komma att lida skada.

Av kommunens upplysning om tilldelningsbeslutet framgår att Akademi-bokhandelsgruppen AB (Akademibokhandeln) antagits som leverantör för svenska böcker. I ska-krav 17 i svarsbilagan till förfrågningsunderlaget anges i fjärde punkten att "*Pris ska även anges för en varukorg per produktkategori*". Svenska respektive utländska böcker utgör varsin produktkategori, 1a respektive 1b. Till skillnad från andra anbudsgivare, som skickade in varukorgarna för både svenska och utländska böcker, ingav Akademibokhandeln endast varukorgen för utländska boktitlar. Att så är fallet bekräftas av kommunen i ett e-mail till Adlibris den 19 januari 2010.

Enligt utvärderingskriterierna i svarsbilagan till förfrågningsunderlaget ska det anbud som bedöms som totalekonomiskt mest fördelaktigt antas. Som framgår av kommunens utvärdering av anbuden i kategorin svenska böcker har samtliga anbudslämnare tilldelats maximal poäng avseende kriterierna service och sortimentsbredd. Bedömningen av priset har därför varit helt avgörande, och det är kommunens utvärdering av priset som Adlibris menar är felaktig. I svarsbilagan till förfrågningsunderlaget föreskriver kommunen att följande fyra faktorer ska ingå i prisbedömningen:

1. *Påslag på förlagsprislista – anges i procent.* Adlibris gör ett påslag på 13 % och Akademibokhandeln 11 %.
2. *Rabatt vid leverans till 1 adress 1 gång i veckan (tredjeparts-logistik).* Eftersom Adlibris och Akademibokhandeln ger samma rabatt (1 %) föreligger beträffande detta kriterium ingen skillnad mellan Adlibris och Akademibokhandeln.
3. *Utrustade förlagsband – Anges i kr/bok.* Skillnaden mellan anbudsgivarna i inplastningspris är avsevärda i detta avseende, med Adlibris som det klart billigaste alternativet. Adlibris tar 19 kr/bok för inplastning medan Akademibokhandelns pris är 27 kr/bok.
4. *Biblioteksband – Anges i kr/bok.* Eftersom ingen skillnad föreligger mellan Adlibris och Akademibokhandeln kan detta kriterium helt bortses från.

Frågan i målet är således huruvida kommunen förhållit sig på ett riktigt sätt till kriterierna 1 och 3 om påslag på F-priset respektive pris på inplastning. Av utvärderingen framgår att Akademibokhandeln befunnits vara bästa anbud beträffande pris. De övriga anbudsgivarna, Boktjänst och BTJ, har lämnat anbud som under alla omständigheter blir dyrare än Adlibris och Akademibokhandeln, varför de kan bortses från.

Tilldelningen av det högsta poängtalet måste ha tagit sin utgångspunkt i en felaktig metod, där enbart den första faktorn – det procentuella påslaget på F-priset – beaktats. Beträffande kriterium 1 kan det konstateras att Akademibokhandeln ostridigt är en smula billigare än Adlibris om man enbart skulle hålla sig till detta kriterium. Emellertid bjuder kravet på affärsmässighet och likabehandling att det måste ske en helhetsbedömning i en upphandlingssituation. Bortser man från det viktiga kriteriet 3, inplastningskostnaden, framträder en missvisande bild. En korrekt beräkning, där priset för inplastning tillåtits få genomslag, hade visat att Adlibris anbud totalt sett är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Möjligen skulle kommunen kunna ha blivit vilseledd av den felskrivning som Adlibris gjort i sitt anbud, där inplastningskostnaden i löptexten angetts till 29 kr. I e-målet från kommunen av den 19 januari 2010 antyds också att kommunen skulle ha blivit vilseledd av detta. Emellertid framstår inte denna påstådda missuppfattning som välgrundad, eftersom det ställe där Adlibris angett 29 kr inte är det ställe där priset för inplastning ska anges. På det rätta stället, ”FORMULÄR FÖR PRIS OCH LEVERANS” anger Adlibris det korrekta beloppet. Likaså anger Adlibris det rätta beloppet i den av kommunen begärda kompletteringen med varukorg, som också är tänkt att fungera som underlag för direkta jämförelser mellan anbudsgivare. Om kommunen trots allt ansett att det förelegat en oklarhet i detta avseende har det ålegat kommunen att avhjälpa den otydligheten.

Adlibris kan inte dra någon annan slutsats än att kommunen måste ha underlåtit att väga in inplastningskostnaden och istället enbart ha koncentrerat sig på påslaget på F-priset. Det är enligt Adlibris olyckligt och snedvridande för konkurrensen att upphandlingar av böcker företas utan adekvata helhetsbedömningar. Att bortse från inplastningskostnaden har i detta fall således resulterat i ett tilldelningsbeslut som inte är förenligt med det stärkande av en sund konkurrens på flera olika marknadsnivåer som LOU syftar till. Under alla omständigheter har kommunen agerat i strid med det egna förfrågningsunderlaget genom att inte anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kommunen medger bifall till ansökan på så sätt att utvärderingen i kategori 1a, Böcker - svenska, ska göras om i sin helhet.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas bl.a. följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 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 ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I kommunens Svartsbilaga Mediaupphandling anges under ”Sk 5. Omfattning” bl.a. följande. Anbud **skall** lämnas för minst en produktkategori.

Upphandlingen avser bibliotekets behov inom följande produktkategorier:

- Böcker
 - svenska
 - utländska
- Digitala böcker (CD, MP3, Daisy, Streaming)
- Film (DVD, Blue-ray)

- Musik-CD

Anbud kan lämnas på en eller flera kategorier.

I kommunens Svarsbilaga Mediaupphandling anges under ”Sk 17. Pris” bl.a. att pris skall anges för en varukorg per produktkategori.

I kommunens Svarsbilaga Mediaupphandling, Formulär för pris och leverans, anges bl.a. följande. 1a) Böcker - svenska, 1b) Böcker - utländska, 2. Digitala böcker (CD, MP3, Daisy, Streaming), 3. DVD (DVD, Blue-ray) biblioteks rättigheter, 4. Musik CD.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Enligt skall-krav 17 i förfrågningsunderlaget ska pris anges för en varukorg per produktkategori. Det är i målet klarlagt att Akademibokhandelsgruppen AB inte lämnat någon varukorg för produktkategori 1a) Böcker - svenska. Deras anbud har sålunda inte uppfyllt nämnda ska-krav. Vid sådant förhållande har kommunen brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna såsom de anges i 1 kap. 9 § LOU, då kommunen ansett Akademibokhandelsgruppen AB:s anbud vara kvalificerat.

Adlibris har även åberopat att kommunen vid poängsättning avseende pris vid utvärderingen inte iakttagit likabehandlingsprincipen och den affärs-mässighet som föreskrivs i LOU. Kommunen har, utan att invända mot det bolaget anfört, medgett att utvärderingen görs om i sin helhet.

Förvaltningsrätten finner att kommunen även i nu nämnt avseende handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten finner att Adlibris får anses ha visat att bristerna i upphandlingen är sådana att de medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att

lida skada. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger således.

Förvaltningsrätten konstaterar att det vid ett ingripande enligt LOU endast är möjligt att förordna att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas på visst sätt. Det åvilar rätten att besluta vilken form av ingripande som är lämpligt för det fall det kan konstateras att en upphandling genomförts i strid mot LOU. Förvaltningsrätten är här inte bunden av sökandens yrkanden eller den ordning de uppställts i (jfr RÅ 2005 ref. 47). De brister som åberopats är inte sådana att de kan anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan i stället det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud ska göras. Det är därför tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättas. Mot bakgrund av ovanstående finner förvaltningsrätten att Nacka kommuns upphandling av mediaprodukter, diarienummer KFKS 2009/359, får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att en ny utvärdering genomförs utifrån de i förfrågningsunderlaget fastställda utvärderingskriterierna, varvid Akademibokhandelsgruppen AB:s anbud inte ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv3109/1A)



Annika Falkenborn

Rådman

Föredragande har varit Vilma Herlin.



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 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.

