



SÖKANDE

Norrbottens Media AB, 556730-4794

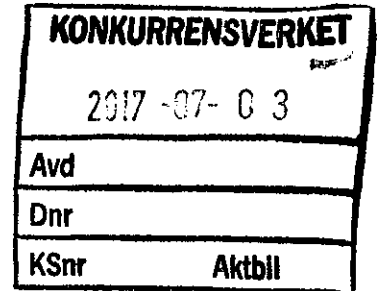
Ombud: Maria Krantz
TED Law AB
Box 5216
102 45 Stockholm

MOTPART

Luleå kommun
971 85 Luleå

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH PARTERNAS INSTÄLLNING

Norrbottens Media AB har genom öppet förfarande upphandlat annonstjänster (KLF 2017/48) och enligt tilldelningsbeslutet daterat den 11 april 2017 tilldelat kontraktet till Svenska Civildatologerna AB. Norrbottens Media AB var en av anbudslämnarna.

Norrbottens Media AB yrkar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska lämnas utan bifall.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Norrbottens Media AB

Kommunen har inte angivit vilket upphandlingsförfarande som man valt att tillämpa och har tillämpat fel lag, den äldre LOU. Kommunen har inte heller angett volym för köp av tjänsten.

Lägsta kostnad

Kommunen har angett att tilldelningsgrunden är lägsta kostnad och pris ska lämnas för lokal respektive regional annonsering och summan av priserna ska därefter summeras för de olika områdena. Historiskt sett har dock ca 85 procent av all annonsering inom kommunen skett lokalt. Utvärderingmodellen avspeglar därmed inte verkligheten och det pris som lämnats av antagen leverantör för lokal annonsering är högre än det pris bolaget lämnat. Upphandlingen leder inte till att anbud med lägsta pris antas. Kommunen skulle i stället bryta ut de olika områdena så att anbud kunde lämnas på respektive område alternativt valt att direktupphandla regional annonsering då

summan av det totala inköpet per år inte uppgår till gällande direktbeloppsgräns.

Annonseringstid och väsentlig förändring efter annonseringstid

Kommunen har även tillämpat en för kort annonseringstid. Då det får anses vara fråga om ett öppet förfarande ska anbudsgivarna erhålla en tid om minst 30 dagar för att inkomma med anbud om det är fråga om digital annonsering. Annonsering skedde den 3 april 2017 och anbud skulle lämnas in den 31 mars 2017.

Utöver det förhållande att upphandlingen inte annonserats i rätt tid i TED så har Kommunen inte förlängt anbudstiden med anledning av den förändring som genomfördes den 23 mars 2017.

Den 23 mars 2017, dvs åtta dagar före sista anbudsdag, meddelade Kommunen följande genom funktionen frågor och svar:

”Luleå kommun har fått in synpunkt på att kravet på utgivning varje vecka året runt är starkt konkurrensbegränsande. Vi har tittat på synpunkter och väljer att lätta på kravet för att möjligen öka konkurrensen. Kravet ändras från att tidigare avse utgivning varje vecka året runt till att nu avse utgivning varje vecka minst 47 av 52 veckor per år. Kravspecifikationen är uppdaterad med krav 4.4 som ersätter krav 4.1.”

Kommunen frångår således tidigare obligatoriskt krav om att utgivning ska ske minst en gång i veckan året runt. Enligt rättspraxis anses en förändring av obligatoriska krav normalt utgöra en väsentlig förändring (Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1132-10). Endast förändringar av obligatoriska krav som är närmast oväsentliga i förhållande till upphandlingsföremålet har ansett inte utgöra väsentlig förändring (Kammarrätten i Jönköping i mål nr 1941-10).

Förlängning av anbudsfristen vid väsentliga förändringar

Om en kompletterande information, som i nu aktuell upphandling, innebär en väsentlig förändring av upphandlingsdokumenten ska, enligt ny lagstiftning (se prop. 2015/16:195 s. 1064) tidsfristen för anbud förlängas enligt 11 kap. 8 § 2 p LOU. Kommunen har därför agerat felaktigt när den inte förlängt anbudstiden.

Skada för bolaget

Då minimitiden för ingivande av anbud underskridits har bolaget inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Eftersom förfrågningsunderlaget väsentligt förändrades i ett sent skede, då endast åtta dagar före sista anbudsdag, så försvårades bolagets möjligheter att lämna ett nytt konkurrenskraftigt anbud utifrån de nya förutsättningarna varför bolaget lidit eller riskerat att lida skada av agerandet. Kammarrätten i Stockholm ansåg i mål nr 9833-14 att en förändring 14 dagar före sista anbudsdag ansågs ha skett i ett sent skede. Domstolen ska därför besluta om att upphandlingen ska göras om.

Kommunen

Upphandlingsdokumenten

Kommunen har missat att i förfrågningsunderlaget uppge vilket förfarande som tillämpas och felaktigt angett den gamla lagstiftningen. Däremot framgår av Kommunens annonsering i TED och Kommers att upphandlingen skulle ske genom öppet förfarande i enlighet med de nya bestämmelserna i LOU. Avtalets volym för köp av tjänsten framgår inte heller av förfrågningsunderlaget. Däremot framgår det av annonsen i TED och Kommers att det uppskattade avtalsvärdet uppgår till åtta miljoner kronor.

Ändring av obligatoriska krav

Det obligatoriska kravet gällande utgivning har ändrats från att avse utgivning varje vecka året runt till att avse utgivning varje vecka minst 47 av 52 veckor. Ändringen genomfördes efter att det inkommit synpunkter på att kravet var starkt konkurrensbegränsande. Ändringen gjordes samma dag som synpunkterna kom in och publicerades inom ramen för ”frågor och svar” som del av förfrågningsunderlaget. Åtta dagar före sista anbudsdag fick samtliga anbudsgivare samma information om att kravet ändrats. Tidpunkten för ändringen, orsaken till ändringen samt det faktum att ändringen innebar en sänkning av kravnivån medför att den inte är att betrakta som väsentlig. Dessutom kan inte en minskning av kravet på utgivningstid anses vara av sådan omfattning att den är att betrakta som väsentlig i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget.

Eftersom kommunen bedömde att ändringen inte var väsentlig, förelåg ingen skyldighet att förlänga tidsfristen i enlighet 11 kap. 8 § LOU. Upphandlingen är sig väldigt enkel och det förefaller mycket osannolikt att tidsaspekten medfört problem vid leverantörernas anbudsgivning.

Annonseringstid

Kommunen har, i enlighet med 11 kap. 6 § LOU, tillåtit elektroniska anbud vilket medfört att anbudstiden uppgått till minst 30 dagar. Däremot har det blivit en förskjutning av annonseringen i TED trots att Kommunen anmält annonser i tid. Detta har medfört att annonseringen i TED uppgått till 28 dagar i stället för 30 dagar. I detta sammanhang ska dock tilläggas att Kommunen förutom annonseringen även har skickat ett riktat mail, den 1 mars 2017, till både Norrbottens Media AB och Svenska Civildatologerna om att upphandlingen är annonserad. Det är givetvis olyckligt att annonseringen i TED inte uppfyller minimtiden enligt lagstiftningen. Detta förbise-

ende har dock medfört skada för samtliga anbudsgivare och inte enbart specifikt för Norrbottens Media AB.

Lägsta pris

I förfrågningsunderlagets punkt 6.2.1 har Kommunen tydligt angett att tilldelning av kontrakt kommer att ske till den anbudsgivare som uppfyller kraven och har det lägsta priset. Vidare framgår att beräkning av anbudspriset kommer att ske genom summering av angivna priser för lokal annonsering respektive regional annonsering.

Kommunen har i egenskap av upphandlande myndighet en stor frihet att välja vilken form av upphandling som ska användas, vad man vill upphandla och vilka krav som ska ställas på det som upphandlas. I den aktuella upphandlingen var syftet att upphandla en leverantör för både lokal och regional annonsering, därför valdes en utvärdringsmodell som skulle medföra att endast en leverantör kunde vinna upphandlingen.

Kommunen anser inte att upphandlingen uppförts i strid med upphandlingslagstiftningen och Norrbottens Media AB inte heller har lidit eller riskerat att lida skada på grund av hur upphandlingen genomförts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten konstaterar initialt att det är den aktuella lagen om offentlig upphandling (2016:1145) som är tillämplig i förevarande mål. Kommunen har också i yttrande till domstolen uppgett att den felaktigt i förfrågningsunderlaget angett att den numera upphävda lagen (2007:1091) är tillämplig.

Norrbottens Media AB har bl.a. framfört att tidsfristen för inlämnande av anbud varit för kort samt att Kommunen trots väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget inte förlängt tidsfristen. Bolaget anser sig på grund därav inte haft möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Har tidsfristen för att lämna in anbud varit för kort?

Kommunen har genomfört en upphandling med öppet förfarande och av 11 kap. 2 § LOU framgår att vid ett sådan förfarande *ska* tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 35 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades in för publicering.

När ett elektroniskt förfarande används finns möjlighet att enligt 11 kap. 6 § LOU förkorta tiden från 35 dagar till 30 dagar. Parterna är eniga om att annonseringen i TED inte har uppfyllt minimikraven enligt bestämmelserna i LOU då annonseringen i TED uppgått till 28 dagar och inte 30 dagar.

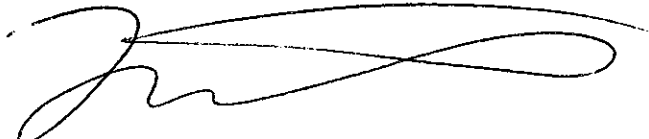
Med hänsyn härtill och då det enligt bestämmelserna inte finns utrymme att ytterligare förkorta tidsfristen för inlämnande av anbud anser förvaltningsrätten att upphandlingen redan på denna grund strider mot de grundläggande principerna för upphandling. Detta oaktat orsak till den kortare annonseringstiden. Norrbottens Media AB får anses ha lidit eller kan komma att lida skada av Kommunens agerande. Detta gäller oavsett att skadan är likvärdig för alla anbudsgivare.

Det finns redan p.g.a. detta skäl att ingripa mot upphandlingen enligt 20 kap 6 § LOU.

Felet är sådant att upphandlingen måste göras om och vad parterna i övrigt har anfört föranleder inte till annan bedömning eller åtgärd.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1 C LOU (se bilaga).



Jonas Hägerlind
rådman

Carola Andersson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.