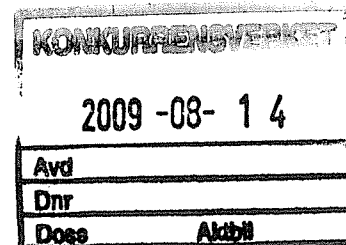


LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-08-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
14484-09
Rotel 554



SÖKANDE

Infopaq Media AB, 556042-1017

Ombud:

Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur. kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Sveriges riksbank

Ombud:

Johan Stern
VHS Upphandling
Box 24070
104 50 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Infopaq Media AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Sveriges riksbank (Riksbanken) genomför en upphandling av nyhetsbevakningstjänster, dnr 2009-201-STA. Upphandlingen genomförs enligt ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Av tilldelningsbeslut den 25 juni 2009 framgår att Riksbanken antagit ett annat anbud än det från Infopaq Media AB (Infopaq).

Länsrätten har genom beslut den 9 juli 2009 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Infopaq ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att länsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rättelse ska ske genom att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från Retriever Sverige AB (Retriever) förkastas på grund av bristande skall-kravsuppfyllelse och Infopaq därmed som vinnande anbudsgivare ska tilldelas kontrakt i upphandlingen. I andra hand yrkar Infopaq att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Infopaq i huvudsak följande.

Riksbanken har brutit mot transparens- och likabehandlingsprinciperna i 1 kap. 9 § LOU genom att Riksbanken har utvärderat och antagit ett anbud trots att detta inte har uppfyllt samtliga i upphandlingen ställda skall-krav. Till följd av överträdelsen har bolaget lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen. Skäl föreligger för länsrätten att förordna om rättelse i enlighet med bolagets förstahandsyrkande. För det fall länsrätten inte förordnar om rättelse ska upphandlingen i stället göras om. Riksbanken har genom att använda ett oklart och bristfälligt förfrågningsunderlag brutit mot transparens- och likabehandlingsprinciperna i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom dessa överträdelser rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

Retriever uppfyller inte skall-krav avseende de internationella källor som ska ingå i tjänsten

Av förfrågningsunderlaget sidan 14 framgår under 3.2.2 att bevakning av de internationella tidningarna The Economist och Financial Times, såväl i tryckt version som innehållet på tidningarnas webbplats, ska ingå i tjänsten. Av Retrievers anbud framgår emellertid på sidan 6 under punkten 5.2 att Riksbanken själv måste ingå separat avtal med Financial Times för att bevakning av denna tidning ska ingå i Retrievers anbud. Separat avtal med Financial Times krävs endast vid prenumeration på fulltexttjänst. Den tjänst som framgår av skall-kravet, dvs. bevakning av tidningarna, kräver dock inte en fulltexttjänst, vilket innebär att separat avtal med Financial Times inte behövs för att uppfylla aktuellt skall-krav i upphandlingen. Det är således tydligt att Retriever inte har uppfyllt i förfrågningsunderlaget ställt skall-krav om bevakning av tidningen Financial Times utan villkorat detta skall-krav med att Riksbanken på egen hand ska sluta avtal med denna tidning. Detta avtal är dessutom, enligt vad Retriever själv medger, förordat med kostnad för Riksbanken, vilket i sig får till följd att Riksbanken i sin utvärdering inte jämfört äpplen med äpplen utan i stället äpplen med päron. Infopaq, som har uppfyllt samtliga i upphandlingen uppställda skall-krav har lidit skada till följd därav. Retriever har således misslyckats med att uppfylla även detta i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav och dess anbud ska därför förkastas.

Retriever uppfyller inte skall-krav avseende upphovsrätt

Av förfrågningsunderlaget sidan 27 under punkten 4.1 framgår att anbudsgivaren ska tillse att Riksbanken har rätt att presentera newsfeed, i den form det levereras till Riksbanken, enligt kraven i förfrågningsunderlaget. Vidare anges detta krav innebära att anbudsgivaren ska stå för de kostnader som är förknippade med att tillförsäkra Riksbanken denna rätt samt att Riksbanken inte ska behöva sluta separata avtal rörande någon av de källor som täcks av nyhetsbevakningstjänst 1. Av Retrievers anbud framgår, vil-

ket redan påpekats ovan, emellertid återigen att Riksbanken måste sluta separata avtal avseende Financial Times för att detta skall-krav ska vara uppfyllt. Retriever har således även på denna punkt misslyckats med att uppfylla samtliga i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav och dess anbud ska därför förkastats och inte delta i utvärderingen.

Retriever uppfyller inte skall-krav avseende att anbud ska vara skrivet på svenska

Det framgår av förfrågningsunderlaget att anbud ska vara skriftligt på svenska, se skall-krav i förfrågningsunderlaget sidan 5 under 1.5.1. Trots detta har Retriever ingett stora delar av sitt anbud på främmande språk såsom holländska och engelska. Retriever har således även på denna punkt misslyckats med att uppfylla förfrågningsunderlagets tvingande skall-krav och dess anbud borde därför ha förkastats från deltagande i anbudsutvärderingen.

Retriever uppfyller inte skall-krav med avseende på angivande av underleverantörer och bifogande av SKV 4820 för underleverantörer

Av förfrågningsunderlagets avsnitt 2.4.4 framgår att anbudsgivare som avser anlita underleverantör för att genomföra vissa delar av uppdraget ska ange dessa tillsammans med en specificering av omfattning och karaktär. Vidare ska SKV 4820 bifogas för angivna underleverantörer. Av Retrievers beskrivning av sin serviceorganisation, tekniska förmåga och kvalitet framgår att Retrievers servrar är placerade i en driftscentral hos företaget Basefarm i Norge. Vidare framgår av Retrievers beskrivning av sitt kvalitetssystem att detta bolag har en central roll i Retrievers vidareutveckling och utveckling av nya lösningar i det att de ansvarar för driften av den av Retriever använda utvecklingsprocessen "Rational Unified Process". Det är således tydligt att Basefarm kommer att spela en central roll i utförandet av det upphandlade uppdraget eftersom det säkerställer att Retriever har en säker och god kapacitet ut mot Internet samt driver centrala delar av ut-

vecklingen av den tjänst som Retriever erbjuder. Basefarm ska därför rätteligen anses vara Retrievers underleverantör. Basefarm skulle i denna egenskap rätteligen ha angetts som underleverantör och SKV 4820 skulle således också ha bifogats avseende denna underleverantör. Detta har Retriever inte gjort. Retriever har således brutit i uppfyllande av detta för genomförande av uppdraget viktiga och för Riksbanken mycket kritiska skallkrav och dess anbud borde ha uteslutits från anbudsutvärderingen.

För det fall Basefarm inte skulle vara att betrakta som underleverantör till Retriever gör Infopaq följande gällande. Av 11 kap. 12 § LOU framgår att ett företag får åberopa ett annat företags kapacitet. För att kunna åberopa kapacitet hos annan måste man dock kunna visa att man förfogar över denna kapacitet (tillhörande ett annat företag) som åberopas. Detta kan göras genom att man till sitt anbud fogar ett åtagande eller liknande där företaget vars kapacitet man åberopar förklarar att det ställer sin kapacitet till förfogande. Något sådant åtagande har inte uppvisats avseende Basefarm. Även på detta sätt har således Retriever misslyckats med att uppfylla i förfrågningsunderlaget ställda krav.

Retriever har inkommit med onormalt lågt anbud – alternativt är detta en effekt av att Riksbanken har jämfört äpplen med päron

Infopaq noterar att Retrievers anbud i pris är hälften så högt som övriga anbud i upphandlingen. Infopaq betvivlar starkt att Retriever har den kapacitet som Retriever påstår samt att det kan leverera de tjänster som framgår av dess anbud till det pris som angetts i Retrievers anbud. Infopaq vill i detta sammanhang erinra om att Riksbanken enligt 15 kap. 17 § LOU hade möjlighet att förkasta Retrievers anbud om Riksbanken fann det onormalt lågt och inte efter att ha begärt förklaring har fått ett godtagbart svar. För att säkerställa likabehandling av anbudsgivare borde Riksbanken åtminstone ha bett Retriever motivera sitt låga anbud och undersöka var den stora skillnaden består. Infopaq har ovan belyst ett flertal bristande uppfyllda

skall-krav och bland dessa två rörande Riksbankens skyldighet att ingå egna avtal med Financial Times. Infopaq har påpekat att denna avvikelser i Retrievers anbud kan ha fått till effekt att de priser som jämförs inte är jämförbara. Infopaqs priser innehåller kostnaden för alla avtal med tidningar – det gör inte Retrievers anbud. Detta innebär att Riksbanken har jämfört äpplen med päron och inte äpplen med äpplen. Infopaq, som har placerats på en andra plats i utvärderingen har lidit skada med anledning av denna överträdelse av såväl likabehandlings- som transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Bolagets skada

Som visats ovan är det uppenbart att Retrievers anbud inte uppfyller samtliga i upphandlingen ställda skall-krav. Riksbanken har, genom att felaktigt anta anbud som rätteligen skulle ha förkastats på grund av bristande skallkravsuppfyllelse, brutit mot LOU. Infopaq, som i upphandlingen kom på andra plats, har lidit skada till följd av Riksbankens lagstridiga agerande. Riksbanken har genom att utvärdera anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav brutit mot såväl transparens- som likabehandlingsprincipen vilka båda återfinns i 1 kap. 9 § LOU. Infopaq, som i annat fall hade blivit antagen som leverantör i upphandlingen, har lidit skada.

Riksbanken bestrider bifall till Infopaqs ansökan. För det fall länsrätten finner att fog för ingripande med stöd av LOU föreligger yrkar Riksbanken att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Riksbanken i huvudsak följande. Riksbanken har i upphandlingen agerat i enlighet med de övergripande principerna för LOU. Riksbanken vill även understryka att skaderekvisitet i 16 kap. 2 § LOU inte på något sätt är uppfyllt då Infopaq varken lidit eller kan komma att lida skada till följd av någon omständighet som åberopats.

Samtliga av Infopaq återopade omständigheter grundar sig i förfrågningsunderlagets utformning och ställda ovillkorliga krav. Eventuella brister på grund av detta är inte möjliga att läka med rättelse, då risk för att potentiella anbudsgivare som inte lämnat anbud i upphandlingen har lidit skada på grund av detta.

Krav avseende anbud skrivet på svenska (FFU 1.5.1)

Formella krav på anbudet enligt FFU 1.5 syftar till att säkerställa att ett anbud föreligger samt själva anbudshandlingen. Detta krav ska ses både ur upphandlande myndighets perspektiv men likväl ur anbudsgivarens perspektiv. Anbudet från Retriever är skrivet på svenska, men till anbudet bifogade bevis är av naturliga skäl inte på svenska då dessa dokument ska styrka en utländsk underleverantörs juridiska ställning. I FFU punkt 2.2 anges:

Observera att för utländska anbudsgivare ställs motsvarande krav. Dessa ska till sitt anbud bifoga intyg från behöriga myndigheter i det egna landet som visar att:

- *LOU 10 kap. 2 § enligt ovan ej föreligger*
- *Registrering i yrkes- eller handelsregister föreligger*
- *Föreskrivna skatter och sociala avgifter är erlagda*

Kravet enligt FFU 2.2 gäller enligt punkt 2.4.4 även för eventuella underleverantörer som offereras.

Avser anbudsgivare att anlita underleverantörer för att genomföra vissa begränsade delar av uppdraget ska dessa anges i anbudet tillsammans med en specificering av omfattning och karaktär. Observera att de krav som ställs på anbudsgivaren i LOU 10 kap. 2 § gäller även för angivna underleverantörer. Observera att SKV 4820 ska bifogas för angivna underleverantörer.

Ovan ställda krav samt principen om ömsesidigt erkännande enligt 1 kap. 9 § LOU tillerkänner anbudsgivaren rätten att styrka dessa förhållanden via intyg från behöriga myndigheter i det egna landet. Att det i det här fallet rör en underleverantör gör ingen skillnad, framför allt mot bak-

grund att SKV 4820 är en svensk blankett från Skatteverket i Sverige och att utländska anbudsgivare och underleverantörer givetvis ska tillåtas att styrka motsvarande förhållanden via sitt eget hemlands motsvarande myndigheter. Till anbudet från Retriever finns bilagt intyg från *Ministerie van Justitie, Rechtbank Amsterdam* samt *Belangstdienst* på holländska. Även en engelsk översatt version från *Chamber of Commerce for Amsterdam* finns bifogad. Med detta anser Riksbanken att ställda krav kan bevisas. Det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att kräva att dessa intyg skulle ha varit översatta till svenska framför allt mot bakgrund av att syftet med ställt krav är att säkerställa en anbudsgivares/underleverantörs juridiska ställning. För Riksbanken bevisar dessa intyg att de krav som ställts på juridisk ställning är uppfyllda och det är orimligt att argumentera för att tillämpa kravet på det sätt och med den innebörden som Infopaq gör gällande. Grund för ingripande med stöd av LOU saknas i detta fall.

Krav avseende underleverantörer (FFU 2.4.4)

Kravet i FFU 2.4.4 finns i sin helhet i punkten ovan och syftar till att säkerställa vem som kommer att utföra vad, för det fall anbudsgivaren får uppdraget. Detta innebär att om en anbudsgivare avser anlita en underleverantör för att utföra delar av uppdraget ska detta anges i anbudet.

Basefarm är inte att se som underleverantör i den bemärkelse som avses ovan. Det står klart och tydligt i anbudet från Retriever att: ”Vi tar alltid på oss all drift och underhåll samt alla tekniska aspekter vid överföring från våra nyhetsleverantörer” samt i andra punkter att: ”Retriever tillhandahåller och ansvarar för drift och underhåll av tjänsten”. Basefarm är således inte anlitate att självständigt utföra del av uppdraget, utan är en ständig samarbetspartner som möjliggör Retrievers verksamhet, detta oavsett denna upphandling. Att argumentera för att Basefarm i detta fall skulle vara att se som underleverantör till Retriever faller på sin egen orimlighet. Vart går i så fall gränsen för vad som är en underleverantör i en upphandling? Ska

en anbudsgivares hyresvärd, lokalvårdsleverantör, ekonomisystemleverantör, elleverantör etc. anges i ett anbud som underleverantörer? Konsekvensen av en sådan tolkning skulle leda till en helt orimlig börda på anbudsgivarna, och är inte relevant för upphandlingen. Begreppet underleverantör till en anbudsgivare i en upphandling är tillägnad det förhållande som innebär att en part utför del eller delar av ett offererat uppdrag, dvs. inte någon som tillhandahåller strukturkapital till någon annans verksamhet.

Tilläggs kan, att Retriever har en intern utvecklingsorganisation och är inte, som Infopaq uppger, beroende av utveckling via Basefarm. Att Basefarm på något sätt skulle ha en central roll för utveckling av tjänsten stämmer inte och har egentligen ingen betydelse i detta sammanhang. Detta påstående är uppenbart felaktigt och kan enkelt avfärdas med hänvisning till Retrievers anbud där det framgår av punkt 1 och med all tydlighet av meningen i punkt 2: "Vi har byggt upp en intern utvecklingsorganisation som har höga krav på sig gällande kvalité och kompetens, inom alla led av utvecklingen av nya tjänster."

Inte heller regleringen om åberopande av annans kapacitet i 11 kap. 12 § LOU är tillämplig i detta fall då Basefarm på samma sätt som i ovan resonemang inte kan anses omfattas av vad som åsyftas med begreppet underleverantör i LOU:s mening. Grund för ingripande med stöd av LOU saknas i detta fall.

Krav avseende internationella källor och upphovsrätt (FFU 3.2.2 och 4.1)

Kraven hänger ihop på så sätt att 7.1 innehåller en hänvisning till 5.2 i Retrievers anbud och dessa punkter behandlas därmed tillsammans. Kravet i FFU 3.2.2 är formulerat så att bevakning av tryckt version samt innehåll på tidningarnas webbplatser ska ingå, vilket klart och tydligt accepteras i anbudet från Retriever. I anbudet punkt 5.2 anges att: "Denna leverans ingår i Retrievers pris i detta anbud.", vilket är det som avses med detta krav, dvs. att säkerställa leverans av denna bevakning. Det har därmed inte varit fråga

om att jämföra anbud som lämnats på olika ekonomiska grunder, eftersom alla tjänster ingår i Retrievers anbud. Inte heller det kortfattade svaret i anbudet från Infopaq indikerar att kravet uppfattats annorlunda. I anbudet från Infopaq anges: "Infopaq Media AB kan leverera samtliga källor som efterfrågas". Anbuderna får därmed anses uppfylla kravet i FFU 3.2.2 på ett likvärdigt sätt. Tillägget i Retrievers anbud (7.1 och genom hänvisning i 5.2) om ett separat avtal mellan Riksbanken och Financial Times är inte att se som ett villkor utan endast ett uttryck för ett faktiskt förhållande för det fall en nyhetsbevakningsleverantör ska kunna leverera en utökad tjänst i form av "fulltext" eller "fullständig". Detta grundar sig i att Financial Times har en policy som innebär att Riksbanken måste ha ett eget avtal med Financial Times för att en leverantör av nyhetsbevakningstjänster ska kunna leverera dessa utökade tjänster för Riksbankens räkning. Observera att detta gäller oavsett vilken leverantör det är som levererar nyhetsbevakningstjänsten och att Riksbanken alltid har ett sådant avtal med Financial Times.

Mot bakgrund av dessa förutsättningar medger Riksbanken att kravet i FFU 4.1 är felaktigt formulerat när det gäller att Riksbanken inte ska behöva sluta separat avtal i kombination med kravet i FFU 3.2.2 på att detta inkluderar Financial Times. Detta medför att så som kravet är formulerat har tyvärr ingen anbudsgivare uppfyllt ställt krav, eftersom Riksbanken de facto har ett avtal med Financial Times. Riksbanken såg sig därmed nödgad att bortse från detta krav vid anbudsprövningen då det inte var korrekt utformat utifrån förutsättningarna som råder för att kunna bedriva nyhetsbevakning av Financial Times. Riksbanken kan genom att ha bortsett från detta krav på sätt och vis anses ha förändrat förutsättningarna, dock har samtliga leverantörer behandlats lika utifrån förutsättningarna och konsekvensen av att bortse från det felaktigt ställda kravet leder inte till något annat resultat av upphandlingen. Tvärtom, i annat fall hade Riksbanken varit tvingad att förkasta samtliga anbud då ingen anbudsgivare kan upp-

fylla ställt krav så som det var utformat. Riksbanken vill betona att anbudet i upphandlingen inte hade varit annorlunda utformade om det felaktiga kravet inte hade funnits. Kravet har således inte på något sätt påverkat leverantörerna i deras anbudsgivning, och tillägget i Retrievers anbud är endast att se som ren information och har inte verkan av ett villkor. Någon risk för skada för någon leverantör föreligger därmed inte och om en leverantör varken har lidit eller kan komma att lida skada saknas nödvändigt rekvisit för åtgärd enligt LOU. Här hänvisas till rättspraxis. I sammanhanget kan även tilläggas att av rättspraxis framgår att även om förfrågningsunderlag inte har kommit att utformas på ett optimalt sätt innebär inte detta med automatik en brist i affärsmässighet eller att grundläggande principer har trätts för när. Här hänvisas till RÅ 2002 ref. 50.

Onormalt lågt anbud

Regleringen i 15 kap. 17 § LOU är dispositiv, vilket innebär att Riksbanken själv har att ta ställning till paragrafens eventuella tillämplighet. Sett till prissättningen, prissättningsmodeller och de två olika tjänsterna ser Riksbanken ingen anledning att på något sätt misstro prissättningen i anbudet från Retriever. Inte heller i övrigt finns någonting som indikerar att Retriever inte skulle kunna leverera efterfrågade tjänster enligt ställda krav i förfrågningsunderlaget. Det kan tilläggas, att även om Retriever hade räknat in Riksbankens egna kostnader för avtalet med Financial Times i sitt anbud så har det inte påverkat utfallet av upphandlingen. Då kostnaderna för detta avtal vida understiger den prisdifferens som föreligger mellan anbudet från Retriever och Infopaq har det aldrig förelagat någon risk för skada på grund av detta. Skäl för Riksbanken att tillämpa åberopad reglering saknas i detta fall.

Infopaq har i yttrande av den 21 juli 2009 anfört bland annat följande. Anbud och anbudsansökningar som inte uppfyller samtliga ställda skallkrav ska förkastas. Om så inte sker begär den upphandlande myndigheten en överträdelse av såväl likabehandlings- som transparensprincipen. Detta framgår av fast rättspraxis från de svenska förvaltningsdomstolarna.

Retriever har inte uppfyllt skall-krav avseende att skatteupplysningar inte får vara äldre än två månader

Av förfrågningsunderlaget i upphandlingen framgår under punkten 2.2 att SKV-blankett 4820, eller för utländska anbudsgivare motsvarande dokument som visar att föreskrivna skatter och sociala avgifter är erlagda, som ska bifogas anbudet inte får vara äldre än två månader. Detsamma gäller för underleverantörer, se punkten 2.4.4 i förfrågningsunderlaget.

Retriever har i bilaga 2 till sitt anbud för underleverantören Lexis Nexis Group Europe & Africa B.V (LexisNexis) bifogat ett holländskt dokument som ska styrka att företaget i fråga har erlagt sociala avgifter. Dock framgår att detta dokument är daterat den 30 mars 2009. Eftersom detta datum är mer än två månader gammalt vid tiden för anbudens öppnande, har Retriever inte heller uppfyllt Riksbankens skall-krav om att handlingar som visar att sociala avgifter har betalats inte ska vara äldre än två månader. Bolaget, som om Riksbanken hade tillämpat sitt eget uppställda skall-krav på rätt sätt, dvs. förkastat anbudet från Retriever, annars hade vunnit upphandlingen och därmed tilldelats kontrakt i upphandlingen, har lidit skada av Riksbankens överträdelse. Skäl för ingripande i enlighet med bolagets förstahandsyrkande föreligger därmed.

Retriever har inte uppfyllt skall-krav avseende internationella källor och upphovsrätt

Riksbanken har i yttrande angett att Retriever har accepterat det i förfrågningsunderlaget avsnitt 3.2.2 uppställda skall-kravet på att bevakning av

tryckt version samt innehåll på tidningarnas webbplatser ska ingå. Som stöd för detta citerar Riksbanken följande mening ur punkten 5.2 i Retrievers anbud: ”Denna leverans ingår i Retrievers pris i detta anbud.” Denna mening är emellertid tagen ur sitt sammanhang. Retrievers fullständiga svar angående skall-kravet avseende internationella källor har följande lydelse.

”Retriever levererar The Economist i digital fulltext i sin nyhetsbevakning. Gällande Financial Times måste kunden själv, i detta fall Riksbanken, ingå separat avtal med tidningen för att erhålla rätt till digital leverans av tidningsartiklar genom nyhetsbevakning. Detta separata avtal innebär en kostnad som Retriever omöjligt kan kalkylera med i detta anbud då det priset sätts mellan Financial Times och Riksbanken. Detta pris är därmed inte medräknat i anbudet. Retriever kan dock, om kunden ingår/ingått sådant avtal med Financial Times, leverera tidningen till Riksbanken i digital fulltext genom LexisNexis. Denna leverans ingår i Retrievers pris i detta anbud.”

Det framgår således inte av Retrievers anbud att de accepterar skall-kravet avseende bevakning av tryckt version av Financial Times samt innehåll på Financial Times hemsida. Vad som framgår är att Retriever har upptagit kostnaden för att leverera Financial Times i digital fulltext i sitt anbud. Det framgår även tydligt att Retriever har villkorat uppfyllandet av skall-kravet med att Riksbanken ingår avtal med Financial Times och att kostnaden för detta inte ingår i Retrievers anbud. Skall-kravet är därmed inte uppfyllt. Det ska tilläggas att Infopaq kan leverera bevakning av tryckt version av Financial Times samt bevakning av innehåll på Financial Times hemsida utan att separat avtal ingås. Bolaget har följaktligen i sitt anbud också klart och tydligt angett att detta skall-krav accepteras.

Angående skall-kravet i 4.1 avseende upphovsrätt vidhåller Infopaq att Riksbanken har antagit Retrievers anbud trots att detta är tydligt villkorat med att Riksbanken ingår avtal med Financial Times. Infopaq har inte uppställt något sådant villkor och behöver heller inte villkora sitt anbud för att kunna leverera de tjänster som efterfrågas i upphandlingen, vilket visar att det går utmärkt att uppfylla skall-kraven i upphandlingen utan att villkora dessa. Vad Riksbanken i yttrandet anger om att en tillämpning av detta skall-krav skulle innebära att samtliga anbudsgivare blir uteslutna äger således inte sin riktighet. Vidare anför Infopaq att det för länsrättens bedömning i förevarande mål är irrelevant huruvida leverantörernas anbud hade sett annorlunda ut om det felaktiga kravet inte hade funnits. Att en anbudsgivare som brister i skall-kravsuppfyllelse utvärderas och dessutom antas, är en högst allvarlig överträdelse av de grundläggande principerna för all offentlig upphandling och är därtill en fråga av principiell karaktär.

Bolagets andrahandsyrkande – upphandlingen ska göras om

Av Riksbankens yttrande framgår att Riksbanken inte längre avser att upprätthålla de skall-krav som Riksbanken ställt upp avseende internationella källor, anbudsspråk samt upphovsrätt. Riksbankens yttrande kan inte tolkas på annat sätt än att Riksbanken i efterhand kommit fram till att dessa krav är oproportionerliga och behöver nyanseras. Riksbanken påstår även själv i yttrandet att kraven i förfrågningsunderlagets avsnitt 3.2.2 och 4.1 är *felaktigt formulerade*. Riksbanken har således själv medgett använt ett oklart och bristfälligt förfrågningsunderlag med avseende på skall-kravet om internationella källor så som detta formulerats i förfrågningsunderlaget avsnitt 3.2.2, och med avseende på skall-kravet om upphovsrätt så som detta formulerats i förfrågningsunderlagets avsnitt 4.1. Riksbanken har således brutit mot de s.k. transparens- och likabehandlingsprinciperna i 1 kap. 9 § LOU, vilket är skäl för att upphandlingen ska göras om. En förändring av skall-kraven låter sig inte göras med mindre än att upphandlingen avbryts och görs om. Att i detta skede bortse från de i förfrågningsunderlaget upp-

ställda skall-kraven strider mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen och innebär att kontrakt tilldelas på andra grunder än vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Bolaget yrkar således i andra hand att länsrätten ska förordna att upphandlingen görs om så att Riksbanken kan göra de korrigeringar i förfrågningsunderlaget som Riksbanken uppenbarligen finner nödvändiga.

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.

Av 16 kap. 2 § samma lag framgår följande. Om den upphandlande myndigheten 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.

Utredningen i målet

Av punkt 3.2.2 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande avseende internationella källor i nyhetsbevakningstjänst 1:

I tjänsten ska ingå bevakning av följande internationella tidningar i tryckt version samt innehållet på samma tidningars webbplats:

The Economist

Financial Times

Av punkt 4.1 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande avseende upphovsrätt:

Anbudsgivaren ska tillse att Riksbanken har rätt att presentera newsfeed, i den form det levereras till Riksbanken, enligt kraven i detta förfrågningsunderlag. Det innebär att anbudsgivaren ska tillse att det är förenligt med ev. upphovsrätt att alla medarbetare (anställda såväl som uppdragstagare) på Riksbanken som har tillgång till Riksbankens intranät har rätt att läsa och skriva ut nyheter i newsfeed. Kravet innebär att anbudsgivaren ska stå för de kostnader som är förknippade med att tillförsäkra Riks-

banken ovanstående rätt samt att Riksbanken inte behöver sluta separata avtal rörande någon av de källor som täcks av nyhetsbevakningstjänst 1.

Länsrättens bedömning

En ansökan om överprövning enligt LOU avser frågan huruvida den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, samt om detta medfört att leverantör lidit eller kan komma att lida skada.

För det fall länsrätten finner att upphandlingen genomförts i strid med LOU och detta medfört att leverantör lidit eller kan komma att lida skada ska domstolen förordna om rättelse alternativt att upphandlingen ska göras om. När det gäller valet mellan rättelse eller att upphandlingen ska göras om har Regeringsrätten i RÅ 2005 ref. 47 uttalat att prövande domstol har, oavsett hur yrkandet utformats, att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. I de fall bristen är att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet föreligger dock inte möjlighet till rättelse utan upphandlingen ska i dessa fall göras om.

Infopaq har i första hand yrkat att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Retriever utesluts. Till stöd för sin talan anför Infopaq att Retrievers anbud på flertalet punkter inte uppfyller obligatoriska skall-krav samt också att anbudet är onormalt lågt. Länsrätten gör här följande bedömning.

Infopaq har bl.a. anfört att Retrievers anbud inte uppfyller ställt skall-krav om att anbudet ska vara skrivet på svenska. Länsrätten konstaterar att anbudet från Retriever i sin helhet är skrivet på svenska och finner att det faktum att vissa bilagor till anbudet är på främmande språk inte kan anses innebära att det aktuella skall-kravet inte är uppfyllt.

Infopaq har vidare anfört att anbudet från Retriever inte uppfyller ställt skall-krav avseende angivande av underleverantör och bifogande av blankett SKV 4820 för underleverantör. Länsrätten finner att det i målet inte är visat att företaget Basefarm är att se som underleverantör i den mening som avses i LOU. Vidare finner länsrätten att förevarande upphandling genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU, varför bestämmelsen i 11 kap. 12 § LOU inte är direkt tillämplig.

Infopaq har också anfört att Retrievers anbud är onormalt lågt enligt 15 kap. 17 § LOU. Länsrätten finner att den aktuella regeln ger en rätt, men medför ingen skyldighet, för upphandlande myndighet att efter att inte erhållit en godtagbar förklaring till ett onormalt lågt anbud förkasta detta. Länsrätten anser att det i förevarande fall inte framkommit något som visat att Riksbanken agerat i strid med LOU när denna valt att inte anse Retrievers anbud som onormalt lågt enligt 15 kap. 17 § LOU.

Vidare har Infopaq anfört att Retriever inte uppfyller i förfrågningsunderlaget ställt skall-krav om att skatteupplysningar inte får vara äldre än två månader, då bolaget vad avser underleverantören LexisNexis bifogat ett dokument daterat den 30 mars 2009. Länsrätten gör följande bedömning. Retriever har till sitt anbud bifogat tre intyg avseende LexisNexis. Två av dessa intyg är inte äldre än två månader. Länsrätten finner att det i målet inte är visat att det faktum att ett av de tre intygen är äldre än tre månader medför att det aktuella skall-kravet inte är uppfyllt.

Infopaq har vidare yrkat rättelse på den grund att anbudet från Retriever inte uppfyller skall-kravet avseende de internationella källor som ska ingå i tjänsten samt skall-kravet avseende upphovsrätt. Infopaq har i andra hand yrkat att upphandlingen ska göras om, då Riksbanken, genom att använda ett oklart och bristfälligt förfrågningsunderlag vad avser dessa skall-krav, brutit mot transparensprincipen samt likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 §

LOU. Infopaq anför här att då denna överträdelse rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

Riksbanken har medgivit att skall-kravet i punkt 4.1 i förfrågningsunderlaget är felaktigt formulerat i förhållande till kravet i punkt 3.2.2 i förfrågningsunderlaget avseende att nyhetsbevakningstjänst 1 inkluderar Financial Times. Riksbanken har angivit att så som kravet är formulerat har ingen anbudsgivare uppfyllt det aktuella kravet. Riksbanken såg sig därmed nödgad att bortse från detta krav vid anbudsprövningen då det inte var korrekt utformat utifrån förutsättningarna som råder för att kunna bedriva nyhetsbevakning av Financial Times. Riksbanken medger vidare att man genom att bortse från detta krav på sätt och vis kan anses ha förändrat förutsättningarna för upphandlingen. Dock anser Riksbanken att samtliga leverantörer behandlats lika utifrån förutsättningarna och att konsekvensen av att bortse från det felaktigt ställda kravet inte påverkar utgången av upphandlingen. Riksbanken anger att för det fall man inte bortsett från det felaktiga formulerade kravet hade man varit tvungen att förkasta samtliga anbud då ingen anbudsgivare kunnat uppfylla kravet så som det var utformat. Riksbanken anser dock att det aktuella kravet inte påverkat anbudsgivarna och att bristen även i övrigt är sådan att den kan godtas med hänvisning till Regeringsrättens dom i RÅ 2002 ref. 50.

Länsrätten gör i denna del följande bedömning.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Brister i utformningen av förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller kan således endast godtas under förutsättning att någon av de i LOU grundläggande principerna inte åsidosätts.

I förevarande upphandling har Riksbanken, vilket de själva medgivit, ställt upp ett skall-krav som enligt sin lydelse i förfrågningsunderlaget inte kunnat uppfyllas av någon anbudsgivare. Med anledning härav valde Riksbanken att bortse från detta krav vid anbudsprövningen. Riksbanken medger att man på så sätt kan anses ha förändrat förutsättningarna för upphandlingen, men anser att detta saknat betydelse i upphandlingen. Samtidigt har dock Riksbanken angivit att om man upprätthållit det felaktigt formulerade skall-kravet, hade man varit tvungen att förkasta samtliga anbud. I sådant fall hade Riksbanken inte fått några giltiga anbud och därmed tvingats göra en ny upphandling. Länsrätten kan mot denna bakgrund konstatera att Riksbankens beslut att vid anbudsprövningen bortse från det felaktigt formulerade skall-kravet fått betydelse såtillvida att Riksbanken därigenom fått tre giltiga anbud man kunnat utvärdera.

Vad avser frågan huruvida utgången i upphandlingen påverkats måste hänsyn även tas till potentiella anbudsgivare som på grund av det felaktiga kravet kan ha avstått från att lämna anbud i upphandlingen. Detta faktum gör sig särskilt gällande i fall som det nu förevarande när den felaktiga utformningen av det aktuella skall-kravet gör att detta inte kan uppfyllas av någon anbudsgivare. Här kan inte uteslutas att vissa leverantörer avstått från att lämna anbud på grund av att det i förfrågningsunderlaget funnits ett skall-krav som inte gått att uppfylla.


Länsrätten finner sammantaget att de brister som framkommit vad avser utformningen av förfrågningsunderlaget, samt det faktum att Riksbanken vid anbudsprövningen medvetet bortsett från det felaktigt utformade skall-kravet, medför att Riksbanken agerat i strid med transparensprincipen och likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU. Enligt Regeringsrättens avgörande i RÅ 2002 ref. 50 kan brister i förfrågningsunderlag godtas endast under förutsättning att någon av de i LOU grundläggande principerna i åsidosätts. I förevarande fall har Riksbanken agerat i strid med transparen-

sprincipen och likabehandlingsprincipen, varför överträdelsen inte är sådan att den kan godtas.

Ytterligare en förutsättning för åtgärder enligt LOU är att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Av förarbetena till LOU framgår att syftet med bestämmelsen är att en felaktig tillämpning av upphandlingsreglerna ska kunna angripas på ett så tidigt stadium att det blir möjligt för domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommit (prop. 1992/93:88 s 101). Detta innebär att den som ansöker om överprövning inte behöver visa att de faktiskt skulle ha vunnit upphandlingen för att domstol ska kunna pröva en upphandling. Det är således tillräckligt att i ansökan om överprövning visa att fel förekommit som kan ha påverkat utgången i upphandlingen. Här ska hänsyn också tas till potentiella anbudsgivare som kan ha avstått från att lämna anbud på grund av brister i utformningen av förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund härav finner länsrätten att det står klart att Infopaq lidit eller kan komma att lida skada som avses i 16 kap. 2 § LOU. Förutsättningar för åtgärder enligt LOU föreligger därmed.

Då det har konstaterats att det i föreliggande upphandling föreligger brister avseende utformningen av förfrågningsunderlaget, vilket är att hänföra till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, finns inte möjlighet för länsrätten att förordna om rättelse. Länsrätten finner därför att upphandlingen ska göras om.

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


Annika Falkenborn

Rådman

Föredragande har varit länsrättsnotarien Johan Rick.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

