

**LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN**

**DOM**  
2008-02-13  
Meddelad i Stockholm

Mål nr  
27175-07  
Rotel 225

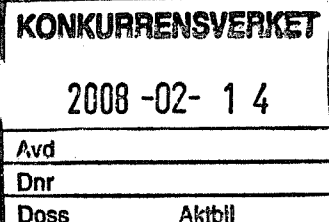
**SÖKANDE**

Adlibris AB, 556261-3512

Ombud: Advokat Peter Adamsson  
Sandart & Partners Advokatbyrå HB  
Engelbrektsgatan 7  
114 32 Stockholm

**MOTPART**

Kungliga Tekniska Högskolan  
Upphandlingssektionen  
Valhallavägen 79  
100 44 Stockholm



**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

**DOMSLUT**

Länsrätten bifaller Adlibris AB:s ansökan på så sätt att Kungliga Tekniska Högskolans upphandling av akademiska böcker skall göras om.

Dok.Id 299189

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

## BAKGRUND

Kungliga Tekniska Högskolan (KTH) har inlett ett anbudsförfarande avseende upphandling av akademiska böcker, diarienummer L-2007-0058.

Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling. Bland de leverantörer som har lämnat anbud är Adlibris AB (Adlibris).

I ett tilldelningsbeslut daterat den 10 december 2007 anges att Dawson har tilldelats uppdraget avseende litteratur på utländska språk och att BTJ har tilldelats uppdraget avseende litteratur på svenska.

## YRKANDEN M.M.

Adlibris har den 19 december 2007 ansökt om överprövning av den aktuella upphandlingen och yrkat att den skall avbrytas och göras om eftersom den genomförts i strid mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet.

KTH vitsordar att utvärderingen av anbuderna inte följt det som angivits i förfrågningsunderlaget men bestrider Adlibris yrkande om att hela upphandlingen därför skall göras om. KTH yrkar att länsrätten i stället skall förordna att KTH skall göra om utvärderingen.

Länsrätten har den 20 december 2007 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

## DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av 1 kap. 22 § LOU framgår att en upphandlande enhet, vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget vidare ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse och omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Av artikel 53 punkt 2 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster framgår bl.a. följande. Om tilldelningen sker enligt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om, enligt den upphandlande myndighetens åsikt, viktning inte är möjlig av påvisbara skäl skall den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget ange kriterierna i fallande prioritetsordning.

Enligt 7 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 7 kap. 2 § första stycket LOU framgår bl.a. följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrättens prövning utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som Adlibris har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som avses i 7 kap. 2 § LOU. Enligt bestämmelsen kan länsrätten förordna att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Grund för att ingripa mot upphandlingen kan föreligga om det visas att den upphandlande enheten har åsidosatt kravet på affärsmässighet eller förbudet mot ovidkommande hänsynstaganden i 1 kap. 4 § LOU. Länsrättens prövning kan också avse en kontroll av att de EG-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande inte överträtts.

I begreppet affärsmässighet ligger att den upphandlande enheten inte bör ställa upp krav som kan innebära en begränsning av konkurrensen. Begreppet affärsmässighet får ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer skall få lika förutsättningar att delta i upphandlingen. För att anbudsgivarna skall få samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas. Det skall vidare framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet skall kunna antas (skall-krav). Ställda krav i förfrågningsunderlaget får sålunda inte ändras under upphandlingen. Den upphandlande enheten får inte anta ett anbud som inte uppfyller skall-kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller

göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i annonsen eller i förfrågningsunderlaget.

I förevarande mål har Adlibris angripit upphandlingen under påstående dels att förfrågningsunderlaget är bristfälligt så till vida att det inte framgår där hur de urvalskriterier som tillämpas av KTH viktats inbördes, dels att KTH:s utvärdering av anbuden inte varit affärsmässig. Till stöd för sin talan har Adlibris sammanfattningsvis framfört i huvudsak följande.

*Brister i transparens*

Den upphandlande enheten har tillämpat regeln om att det mest fördelaktiga anbudet skall antas. Enligt 1 kap. 22 § LOU gäller att den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget anger vilka omständigheter den tillmätt betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Det finns enligt gällande rätt således ett visst utrymme för att det inte skall ske en rangordning där det viktigaste anges först. Enligt artikel 53 punkt 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster skall i förfrågningsunderlaget anges hur olika utvärderingskriterium kommer att viktas inbördes. Det har inte skett i den aktuella upphandlingen trots att det varit fullt möjligt. Att en viktning varit möjlig framgår av att KTH i ett yttrande den 20 december 2007 redogör för på vilket sätt myndigheten vid utvärderingen av anbuden viktat kriterierna servicegrad, pris och leveranspålitlighet. Denna information borde ha varit tillgänglig för anbudsgivarna så att de i förväg kunnat känna till vad som skulle gälla för upphandlingen. I förfrågningsunderlaget anges inte heller att utvärderingskriterierna redovisas i fallande prioritetsordning. EG-direktivet skall tillerkännas direkt effekt och KTH skulle därför ha angett viktningen av tilldelningskriterierna i förhållande till varandra (jfr rättsfallet RÅ 1996 ref 50). Detta borde i vart fall ha skett med utgångspunkt i kraven på en direktivkonform tolkning. Det kan

även sättas i fråga varför leveranstiden skulle vara av mindre betydelse då böcker köps innan de kommit ut. Leveranstiden blir trots allt betydelsefull först då en bok blivit utgiven eftersom det är först då den kan levereras. Adlibris anbud omfattade också ett erbjudande om kortare leveranstid än det anbud som antogs. Den rapport från Konkurrensverket som KTH hänvisar till i ett yttrande den 14 januari 2008 påverkar inte denna bedömning och kan inte tillmätas någon betydelse för frågan om upphandlingen bör göras om eller inte. KTH har vid sin utvärdering vidare tagit hänsyn till kriterier som inte angivits i förfrågningsunderlaget. Detta har medfört att Adlibris och andra anbudsgivare med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget inte har kunnat lägga konkurrenskraftiga anbud. Av tilldelningsbeslutet framgår att klassificering i Dewey haft betydelse vid viktningen av utvärderingskriteriet servicegrad. Denna information har emellertid inte framgått av förfrågningsunderlaget och har inte heller på annat sätt blivit känd för anbudsgivarna. Det hade inte varit något problem för Adlibris att erbjuda en sådan klassificering om kriteriet hade varit känt. Förövrigt kan "Additional services; outsourcing" bestå av en rad komponenter. Bland dessa synes katalogisering i Librisdatabasen emellertid vara den tjänst som är viktigast för hur en anbudsgivare tillgodoser kravet på outsourcing. Även denna information borde ha tillhandahållits anbudsgivarna. Adlibris erbjöd också alla dessa tjänster, med undantag för klassificering i Dewey eftersom Adlibris inte kände till att det var en efterfrågad tjänst. Adlibris erbjöd dessutom vissa av dessa tjänster till ett lägre pris än den leverantör vars anbud antogs. KTH har därmed inte uppfyllt sin skyldighet att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet för den. Bristerna är sådana att upphandlingen bör göras om redan på denna grund.

*Brister i affärsmässighet*

Av KTH: s yttrande den 20 december 2007 framgår också att priset tillmätts betydelse endast om två eller flera anbudsgivare erbjuder samma grad av service. Att inte beakta och därmed vikta pris i förhållande till de två övriga kriterierna strider mot kravet på affärsmässighet. En sådan värdering kan leda till att ett anbud som inte är det ekonomiskt mest fördelaktiga antas. Den anbudsgivare som erbjuder högst servicegrad skall i så fall antas oavsett prisskillnaden till den som har den näst bästa servicegraden. Således har det faktum att Adlibris erbjöd ett lägre pris än den anbudsgivare som tilldelades kontraktet kommit att sakna betydelse vid utvärderingen. Det framkommer tydligt att även principen om affärsmässighet har åsidosatts. Även av denna anledning bör upphandlingen göras om. Upphandlingen har genomförts på ett sätt som uppenbart kan leda till att Adlibris, vars anbud inte har antagits, kan lida skada. Det är inte tillräckligt att endast utvärderingen görs om eftersom bristerna i förfrågningsunderlaget och utvärderingen är sådana att upphandlingen bör göras om.

KTH har sammanfattningsvis framfört i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget står utvärderingskriterierna uppräknade i prioritetsordning, det viktigaste först. Det har inte angivits i förfrågningsunderlaget att de står i rangordning eftersom det varit självklart då lagen kräver att utvärderingskriterierna minst måste vara rangordnade. Delar av EG-direktivet 2004/18/EG har, precis som Adlibris uppger, direkt effekt. Det innebär bland annat att 1 kap. 22 § LOU har ersatts med det som står i direktivets artikel 53. Där anges att om viktning inte är möjlig så skall den upphandlande enheten ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Eftersom det inte finns något val om i vilken ordning kriterierna skall stå har KTH inte ansett det nödvändigt att skriva ut det. KTH väljer normalt att inte vikta utvärderingskriterierna. Detta beror på att ett antal rapporter visar hur fel en utvärderingsmodell kan bli där anbuden jämförs med varandra och sedan poängsätts vilket i sin tur viktas mot en given procentsats. Detta framgår bl.a. av

rapporten *Metoder vid utvärdering av pris och kvalitet i offentlig upphandling* från Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2004:1. Det viktiga är att anbudsgivarna i förfrågningsunderlaget kan utläsa de krav som ställs och hur deras anbud kommer att värderas mot de ställda kraven, vilket också är fallet med det aktuella förfrågningsunderlaget. Det kan inte heller vara skäligt att KTH skall tvingas göra om upphandlingen på grund av att sökanden inte haft kännedom om aktuell regeländring. Det prioriterade behovet för KTH är vidare outsourcing med katalogisering i Librisdatabasen, inte användandet av klassificering som t.ex. Dewey i sig. Priset är utslagsgivande när anbudena uppvisar samma grad av service. Vid bedömningen har framkommit att de tilldelade leverantörerna har högre servicegrad än övriga. I utvärderingen har framhållit att leveranstiden har lägst prioritet eftersom KTH oftast köper litteratur som ännu inte kommit ut. Utvärderingen har inte följt det som angivits i förfrågningsunderlaget, varför den skall göras om.

#### *Länsrättens bedömning*

Beträffande frågan om påstådda brister i transparens gör länsrätten följande bedömning.

KTH har anfört att bestämmelsen om utvärderingskriterier i 1 kap. 22 § LOU har ersatts av motsvarande bestämmelse i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG. Frågan om viktning och rangordning av kriterier regleras i direktivet i artikel 53. Direktivet skulle ha varit genomfört i Sverige senast den 31 januari 2006 men detta har skett först i samband med ikraftträdandet den 1 januari 2008 av den nya lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Eftersom den aktuella upphandlingen påbörjades före ikraftträdandet skall dock den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling tillämpas i målet. Bestämmelsen i direktivet har emellertid s.k. direkt effekt och måste därför tillämpas av upphandlande myndigheter från



och med den 1 februari 2006, då tidsfristen för direktivets genomförande löpte ut (se t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom den 23 november 2006 i mål nr 2277-06). Således är både artikel 53 i direktivet och 1 kap. 22 § LOU tillämpliga i målet. Artikel 53 har emellertid, med hänvisning till EG-domstolens praxis, företräde i den mån bestämmelsen avviker från svensk lagstiftning.

I KTH:s förfrågningsunderlag redovisas vilka kriterier som främst skall ha betydelse då KTH bestämmer vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Där anges följande kriterium:

- Level and quality of general resources and service and technical development (Part II Criteria concerning the supply of academic books)
- Price
- Reliability of delivery and routines concerning delayed delivery

Som redovisats har KTH framfört att den inte har angivit att utvärderingskriterierna står i rangordning eftersom det varit självklart då artikel 53 kräver att kriterierna minst måste vara rangordnade. I direktivet anges att det, för att garantera att principen om likabehandling iakttas vid kontraktstilldelning, bör fastställas en skyldighet att garantera nödvändig öppenhet, så att alla anbudsgivare i rimlig mån kan informeras om de kriterier och villkor som kommer att tillämpas för att utskilja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En upphandlande myndighet bör därför ange tilldelningskriterierna samt viktningen av de olika kriterierna inbördes i så god tid att anbudsgivarna har kännedom om dem vid utarbetandet av sina anbud. Det anges vidare att en upphandlande enhet får göra undantag från kravet att ange viktning av kriterierna i vederbörligen styrkta fall, som de måste kunna motivera, när viktningen inte kan anges i förväg på grund av upphand-

lingens komplicerade art (se punkt 46 i inledningen till Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG).

För att en upphandlande enhet, mot bakgrund av artikel 53, skall få ange utvärderingskriterierna i ett förfrågningsunderlag i fallande prioritetsordning krävs således att det inte är möjligt med en viktning av kriterierna. Det är den upphandlande myndighetens åsikt som avgör om en viktning är möjlig eller ej men det framgår också av bestämmelsen att det skall röra sig om påvisbara skäl. Detta innebär enligt länsrätten att den upphandlande enheten måste motivera varför man inte har kunnat vikta kriterierna. Någon sådan motivering framgår inte av det aktuella förfrågningsunderlaget. Det finns vidare inte någon sifferbeteckning eller liknande som visar att kriterierna är just rangordnade och det framgår, enligt länsrättens bedömning, inte heller på annat sätt att de tre kriterierna skall bedömas i fallande prioritetsordning. KTH har uppgett att den normalt inte väljer att vikta utvärderingskriterierna eftersom ett antal rapporter visar hur fel en utvärderingsmodell då kan bli. Det är, mot bakgrund av utredningen i målet, emellertid inte visat att en viktning av kriterierna servicegrad, pris och leveranspålitlighet inte skulle vara möjlig i den nu aktuella upphandlingen. Länsrätten bedömer att det inte framstår som självklart att KTH i sitt förfrågningsunderlag, genom att tillämpa artikel 53 i direktivet, har angett utvärderingskriterierna i prioritetsordning. Då KTH varken har viktat kriterierna eller med tillräcklig tydlighet har rangordnat dem och det inte heller på annat sätt med tydlighet framgår vilken betydelse de olika omständigheterna kommer att tillmätas finner länsrätten att förfrågningsunderlaget inte har varit utformat på ett sådant sätt som uppfyller kraven på förutsebarhet och transparens.

Beträffande frågan om påstådda brister i affärsmässighet, är det ostridigt i målet att utvärderingen genomförts på ett sätt som strider mot kravet på affärsmässighet i LOU. Länsrätten finner inte anledning att göra någon annan bedömning.

Sammanfattningsvis kan länsrätten konstatera att den nu aktuella upphandlingen inte uppfyller de krav som framgår av LOU och gemenskapsrätten. Bristerna har medfört skada eller risk för skada för Adlibris, vars anbud inte har antagits. Det finns därför grund för att ingripa mot upphandlingen med stöd av 7 kap. 2 § LOU. Eftersom bristerna bl.a. hänför sig till förfrågningsunderlaget anser länsrätten att upphandlingen skall göras om.

Länsrätten bifaller därför Adlibris ansökan om överprövning enligt LOU och förordnar att upphandlingen skall göras om.

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



Thomas Norling

Rådman

Föredragande har varit Elin Jansson.

