

**LÄNSRÄTTEN I
UPPSALA LÄN**

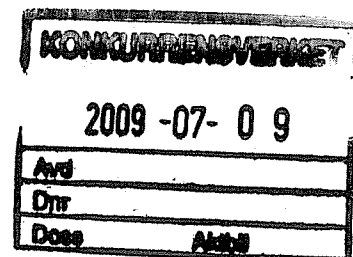
DOM
2009-07-07
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
1232-09 E

SÖKANDE

Arox Media AB, 556663-9158
Uppsalatidningen

Ombud: Per-Magnus Wicén
Provide IT AB
Erik Dahlbergsallén 15
115 20 Stockholm



MOTPART

Uppsala kommun, Kommunledningskontoret
Upphandling
753 75 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Kommunledningskontorets i Uppsala kommun upphandling för Kulturnatten 2009 gällande Bilageproduktion 1 och Bilageproduktion 2

SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan om överprövning avseende kommunledningskontorets i Uppsala kommun upphandling för Kulturnatten 2009 gällande bilageproduktion 1 och bilageproduktion 2.

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut meddelat den 5 juni 2009.

BAKGRUND

Arox Media AB (bolaget) ansökte den 5 juni 2009 om överprövning av kommunledningskontorets i Uppsala kommun (kommunen) direktupphandling för Kulturnatten 2009 gällande bilageproduktion 1 och bilageproduktion 2. Bolaget yrkade att länsrätten omedelbart skulle besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats av länsrätten eller överprövande instans.

Länsrätten beslutade den 5 juni 2009 att förordna att kommunens upphandling för Kulturnatten 2009 gällande Bilageproduktion 1 och Bilageproduktion 2 inte fick avslutas innan rätten har beslutat något annat.

YRKANDEN

Arox Media AB yrkar, såsom bolaget slutligen utformat sin talan, att länsrätten beslutar att kommunens upphandling avseende Kulturnatten 2009 görs om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjort.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför att ansökan inte ska prövas vad gäller bilageproduktion 2 eftersom avtal slutits.

Bolagets talan

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Kommunen skickade i april 2009 ut en anbudsfrågan till tre leverantörer att inkomma med prisuppgifter angående produktion av bilaga "Kulturnatten 2009". Upphandlingen som är en direktupphandling har delats upp i två delar, bilageproduktion 1 som omfattar annonsförsäljning, journalistik, produktion, layout och utformning samt bilageproduktion 2 som omfattar tryck och distribution. Kommunen har i förfrågningsunderlaget angivit förutsättningarna för tryck och distribution samt angivit att från det i anbudet beräknade priset ska kostnaden för det uppskattade värdet av ett "sponsorpaket" d.v.s. försäljning av annonser m.m. dras av. Uppsalatidningen har

lämnat offert på de två delarna i upphandlingen. Avseende bilageproduktion 1 är de intäkter som kommunen ska ha, vilket är 20 procent av intäkterna från annonsförsäljningen, beroende av vilken upplaga som bilagan i fråga ska gå ut i. Till följd av detta angav Uppsalatidningen i sin offert att den gäller under förutsättning att bilagan ges ut i 110 000 exemplar. När Uppsalatidningen ställde frågor via e-post avseende detta uppgav kommunen först att det i underlaget står att den ska ges ut i minst 90 000 exemplar. Detta står inte i upphandlingsunderlaget som anbudsgivarna erhöll utan har tillförts senare. När Uppsalatidningen efter beslutet bad kommunen att precisera upplagan uppgav kommunen att den ska gå ut i 100 000 exemplar. När Uppsalatidningen ifrågasatte den uppgiften gav kommunen ett nytt svar om att den ska ges ut i 75 000 exemplar. Uppsalatidningen hänvisade då till sin offert och tackade nej till uppdraget.

Avseende bilageproduktion 2 finns det inte angivet några utvärderingskriterier som ska ligga till grund för tilldelningsbeslutet. Uppsalatidningen utgår då ifrån att det är priset för en bilaga och sex annonser som är det avgörande. I tilldelningsbeslutet hänvisas till att Uppsalatidningens och konkurrenten, Uppsala Nya Tidning (UNT), är likvärdiga och att den större flexibiliteten vid annonsering i UNT har fått fälla avgörandet. Om detta kriterium finns inget att läsa om i förfrågningsunderlaget. Uppsalatidningen anser inte att priserna avseende bilageproduktion 2 är likvärdiga. Uppsalatidningens nettopris är 37 000 kr och UNT:s nettopris räknat med samma förutsättningar är 42 000 kr. Kommunen har valt ett alternativ med 75 000 exemplar för 42 000 kr före ett alternativ med 110 000 exemplar för 37 000 kr. Kommunen menar då att 56 öre per exemplar är likvärdigt med 33,6 öre per exemplar. Uppsalatidningen har svårt att konkurrera om kommunens upphandlingar av media i Uppsala eftersom kommunen nästan varje gång har med ett s.k. sponsorpaket. I det nu aktuella fallet hade Uppsalatidningen beräknat att den kunde betala 54 000 kr för sponsorpaketet medan UNT erbjudit sig att köpa det för 172 500 kr.

Förfrågningsunderlaget har så allvarliga brister att det inte kan nyttjas för upphandling enligt LOU. Felaktiga förutsättningar har angivits i förfrågningsunderlaget som vilselett Uppsalatidningen vid anbudsingivningen. I underlaget har kommunen t.ex. angivit en önskad upplaga om 100 000 exemplar som en förutsättning för beräkning av priset för leverantörerna. Vidare har inte tid för anbudets inlämnande angivits i förfrågningsunderlaget och inte heller någon ansvarig upphandlare eller kontaktperson till kommunen har angivits. Dokumentinformation saknas för Uppsala kommun och övriga uppgifter som visar vilken den upphandlande enheten är. Förfrågningsunderlaget bör utformas med beaktande av 1 kap. 9 § LOU. Det vill säga att myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Detta innebär att leverantörer ska kunna utläsa hur inkomna anbud kommer att utvärderas. Kommunen har sammanblandat upphandling av bilageproduktion och försäljning av sponsorpaket i samma förfrågningsunderlag. Detta strider mot likabehandlingsprincipen och skapar en snedvriden konkurrens. Uppsalatidningen kan producera tidningar och bilagor men har svårare att stå sig i konkurrensen om försäljning av sponsorpaket.

En direktupphandling får göras om inköpsvärdet är lågt eller om synnerliga skäl föreligger. Direktupphandling ska användas som en undantagslösning. Kommunens upphandlingspolicy förutsätter att kommunens enheter nyttjar de ramavtal som upprättats. En upphandling får inte delas upp på flera upphandlingar eller på annat sätt otillbörligt villkoras med syftet att komma under beloppsgränserna för direktupphandling. Trots att Uppsalatidningen i sitt anbud hade ett lägre pris för hela upphandlingen och erbjöd en större upplaga än konkurrenten har inte huvudkriterierna för urval, priset, fått styra val av leverantör. Kommunen har istället angivit ett helt annat skäl för att välja en annan dyrare konkurrent med motiveringen att konkurrenten kan erbjuda en större flexibilitet vid annonsering än Uppsalatidningen. Detta urvals- eller bedömningskriterium har inte angivits i förfråg-

ningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget ska det framgå hur anbuden kommer att utvärderas. I lagen föreskrivs två sätt, det ekonomiska och mest fördelaktiga eller det med lägsta pris. Väljer upphandlaren att utvärdera på det mest fördelaktiga ska det senast i förfrågningsunderlaget anges vilka kriterier som är av betydelse och hur dessa är viktade inbördes. Konkurrens- och upphandlingsreglerna föreskriver att företagen ska ha lika förutsättningar att konkurrera. Det företag som säljer de efterfrågade varorna och tjänsterna mest förmånligt ska vinna.

Kommunen har inte genomfört en tillåten direktupphandling då det till kontraktet även ingick ett köp av sponsorpaket. Upphandlingens värde kan inte anses vara lågt. Den av UNT lämnade offerten är på 239 679 kr exklusive moms innan det avdrag UNT gör för sponsorpaketet. Av Uppsala kommuns policy för upphandling punkt fem framgår att upphandlingsformen direktupphandling endast får användas om ramavtal saknas och värdet av det upphandlade understiger fem basbelopp för tjänster. Det innebär en maxbeloppsgräns för tjänster på cirka 210 000 kr. UNT:s lämnade offert överstiger detta belopp. Värdet av en upphandling av det här slaget bör räknas brutto. Bruttovärdet i den vinnande offerten är 412 179 kr exklusive moms (239 679 kr + 172 500 kr). Affärerna bör ur mervärdesskattehänseende redovisas som två affärer med belopp både för den köpta och den samtidigt sålda tjänsten för att moms ska kunna utgå på bägge affärerna och inte bara på det uppkomna nettot. Vad gäller Uppsala kommuns påstående om att de skrivit avtal med UNT redan den 28 maj 2009 så kan det inte vara riktigt. Kommunens tilldelningsbeslut kom via e-post den 27 maj 2009. Samma dag ställde Uppsalatidningen kompletterande frågor om upplagens storlek. Uppsalatidningen fick samma dag svar att upplagan var på 100 000 exemplar. När Uppsalatidningen ifrågasatte den uppgiften fick de till svar den 1 juni 2009 att upplagan var på 75 000 exemplar. Om Uppsala kommun skrivit avtal med UNT den 28 maj 2009 borde de ha kunnat svara på upplagens storlek samma dag. I kommunens riktlinjer för upphandling

under punkt 11 sägs angående direktupphandling att förfarandet bör avslutas med att ett skriftligt avtal upprättas och undertecknas av parterna när överklagandetiden gått ut. Uppsalatidningen har begärt överprövning inom överklagandetiden. I kommunens riktlinjer anges vidare avseende direktupphandling att en upphandling inte får delas upp på flera upphandlingar i syfte att komma under beloppsgränserna för direktupphandling. Kommunen har delat upp upphandlingen i köp av bilageproduktion och försäljning av sponsorpaket. Uppsalatidningen hävdar att UNT fått kontraktet uteslutande på grund av ”köpet” av sponsorpaket trots att UNT hade ett högre pris och en mindre upplaga än Uppsalatidningen. Merparten av de nyttigheter som ingår i det s.k. sponsorpaketet är av mycket begränsat värde. Ingen skulle komma på idén att försöka köpa det här paketet om det inte hade varit med som en förutsättning för att få sälja bilagedistributionen. Paketet är endast till för att dra ned kostnaden för kommunen i den aktuella upphandlingen. Att UNT erbjuder sig att ”köpa” paketet för 172 500 kr är en ren pris konstruktion för att vinna bilageupphandlingen.

Ett uttryck för brott mot proportionalitetsprincipen kan t.ex. vara att den upphandlande enheten ställer orimliga eller oskäliga krav på leverantörer eller det som ska upphandlas. Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar att delta som möjligt och behandlas lika. Uppsalatidningen anser att sponsorpaketet är konstruerat för att kunna behandla leverantörerna på ett diskriminerande sätt. Kommunen har genom åren genomfört ett stort antal liknande medieupphandlingar som alla tillfallit UNT. Uppsalatidningen har varit slagna på förhand eftersom de inte kan räkna upp värdet av dylika sponsorpaket i den grad som konkurrenten gör. Uppsalatidningen har lidit skada med anledning av att de, trots ett lägre pris och större upplaga, inte fått trycka och distribuera bilagan ”Kulturnatten 2009”. Uppsalatidningens intäktsbortfall uppskattas till mellan 102 000 kr och 111 000 kr, beroende på om formatet på bilagan skulle bli 20 eller 24 sidor. Upplagan som Uppsalatidningen erbjudit är

110 000 exemplar. För en mindre leverantör är detta ett betydande belopp. Uppsalatidningens hela årsbudget för marknadsföring är 300 000 kr. Detta diskriminerar Uppsalatidningen ytterligare då kommunen i sina upphandlingar kräver att leverantören köper ett sponsorpaket för närmare två tredjedelar av Uppsalatidningens årliga budget för marknadsföring vid varje upphandling.

Kommunens talan

Kommunen har genomfört en tillåten direktupphandling eftersom kontraktets värde om 67 179 kr är att bedöma som lågt. Begreppet lågt värde har inte definierats i LOU eller dess förarbeten men enligt praxis från kammarrätterna ligger gränsen på fyra till fem prisbasbelopp d.v.s. 164 000 kr till 205 000 kr. Kommunen hänvisar till Kammarrättens i Sundsvall avgörande i mål nr 16-07 och Kammarrättens i Göteborg avgörande i mål nr 3475-07. Då avtal om upphandlingen ingicks den 28 maj 2009 får ansökan om överprövning inte prövas enligt 16 kap. 1 § andra stycket LOU. Det är fråga om två upphandlingar. Den upphandling som nu är föremål för överprövning avser enligt förfrågningsunderlaget bilageproduktion 2, tryck och distribution. I förfrågningsunderlaget anges att pris ska anges som nettopris exklusive moms för tryck och distribution med avdrag för offertgivarens uppskattade värde av paket I-VII. Kommunen kan inte åsätta sponsorpaketet något värde utan det är leverantören själv som gör detta. Anledningen till att kommunen har detta upplägg är att kommunen anser att det är för dyrt att betala den verkliga kostnaden för tryck och distribution. Vad kommunen betalar i förevarande fall är 67 179 kr vilket får bedömas som ett lågt värde. Avtal ingicks som tidigare nämnts den 28 maj 2009. Avtalet var muntligt. Kommunen bekräftade avtalet genom ett e-postmeddelande den 3 juni 2009 av vilket det framgår att avtalet ingicks den 28 maj 2009. E-postmeddelandet bifogas till kommunens yttrande i målet.

SKÅL

Tillåmpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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 2 kap. 23 § LOU anges följande. Med direktupphandling avses ett förfarande utan krav på anbud.

I 3 kap. 3 § LOU anges följande. Värdet av kontrakt som avses i 1 eller 2 § ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.

I 3 kap. 4 § LOU anges följande. Beräkningen av värdet av ett kontrakt ska avse värdet vid den tidpunkt då en annons om upphandlingen enligt 7 kap. 1 § skickas ut eller, om en sådan annons inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten bjuder in leverantörer till anbudsgivning.

I 15 kap. 3 § LOU anges följande. En offentlig upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skål. Den upphandlande myndigheten ska vid behov besluta riktlinjer för användning av sådant förfarande.

I 16 kap. 1 § LOU anges bland annat följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

I 16 kap. 2 § LOU anges bland annat 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 leverantö-

ren 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

I Uppsala kommuns upphandlingspolicy punkt fem anges följande. Upphandlingsformen direktupphandling får endast användas om Ramavtal saknas och värdet av det upphandlade understiger tre basbelopp för varor samt fem basbelopp för byggtreprenader respektive tjänster.

I riktlinjer för upphandling i Uppsala kommun punkt elva anges följande. Vid direktupphandlingar som överstiger 10 000 kr, ska minst tre tänkbara leverantörer tillfrågas. Förfarandet ska dokumenteras på samma sätt som vid förenklad upphandling innebärande att det ska framgå vilka leverantörer som tillfrågats, deras pris och övriga villkor samt skälet till varför viss anbudsgivare valdes. Förfarandet bör avslutas med att ett skriftligt avtal upprättas och undertecknas av parterna när överklagandetiden gått ut.

I kommunens förfrågningsunderlag avseende bilageproduktion 1 anges bland annat följande. Pris anges med dels totalpris för paket a, dels med bilagd prislista ut mot annonskunder för att kommunens ska kunna beräkna pris för punkt b.

I kommunens förfrågningsunderlag avseende bilageproduktion 2 anges bland annat följande. Pris anges som nettopris exklusive moms för tryck och distribution med avdrag för offertgivarens uppfattade värde av paket I-VII.

Länsrättens bedömning

Arox Media AB har ansökt om överprövning avseende den aktuella upphandlingen avseende dels bilageproduktion 1 och dels bilageproduktion 2.

Kommunen har angett att endast bilageproduktion 2 är föremål för överprövning. Länsrätten finner dock mot bakgrund av bolagets talan och yrkanden att både bilageproduktion 1 och 2 är föremål för talan.

Vad gäller bilageproduktion 1 finns i målet inget som visar att avtal i den delen ingåtts och något hinder för länsrätten att pröva upphandlingen gällande bilageproduktion 1 föreligger således inte. En grundläggande förutsättning för att länsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att leverantören anser att han lidit eller kan komma att lida skada av något missförhållande. Kommunen antog Uppsalatidningens anbud avseende bilageproduktion 1. Bolaget har således tilldelats avtalet. Länsrätten finner härmed att bolaget inte har lidit någon skada i den mening som avses i 16 kap. 1 § LOU. Det finns därmed inte skäl för länsrätten att närmare pröva de missförhållanden som Arox Media AB påstått. Vid sådant förhållande kan bolagets talan inte vinna bifall i denna del.

Vad gäller bilageproduktion 2 finner länsrätten att det inte finns skäl att ifrågasätta att avtal ingåtts. Arox Media AB har anfört att kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling. Kommunen har gjort gällande att fråga är om en tillåten direktupphandling och att ansökan inte får prövas eftersom avtal slutits när det gäller bilageproduktion 2.

Länsrätten konstaterar att avtal som en upphandlande enhet ingått utan att ha iakttagit sin skyldighet att tillämpa LOU inte utgör hinder för överprövning (jfr RÅ 2005 ref. 10). Med hänvisning till Regeringsrättens avgörande har Kammarrätten i Stockholm i mål nr 234-07 uttalat bland annat att frågan om den upphandlande myndigheten genomfört en otillåten direktupphandling måste kunna bli föremål för förvaltningsdomstols prövning oavsett om avtal har slutits. Direktupphandling får användas om upphandlingens värde är lågt eller det finns synnerliga skäl. Kommunen har inte angett

några synnerliga skäl för att använda sig av direktupphandling. Vid sådant förhållande har länsrätten att pröva om upphandlingens värde är lågt.

I praxis har inte lagts fast genom t.ex. avgörande från Regeringsrätten vad som är att betrakta som lågt värde i den mening som avses i 15 kap 3 § LOU. Länsrätten noterar att Kammarrätten i Sundsvall i dom den 21 november 2007 (mål nr 16-07) bedömt att ett belopp uppgående till 5.3 prisbasbelopp är att bedöma som lågt och att Kammarrätten i Göteborg i dom den 2 oktober 2007 (mål nr 3475-07) bedömt att ett belopp uppgående till 6.2 prisbasbelopp inte är att bedöma som lågt. Båda kammarrätterna fäste vid avgörandena avseende vid förhållandena i de enskilda fallen.

Länsrätten finner att vägledande vid bedömningen av om värdet är lågt ska läggas omständigheterna i det enskilda fallet, såsom karaktären av den tjänst som upphandlas, hur marknaden ser ut, vilka typer av företag som är verksamma och vad den upphandlande enheten vidtagit för åtgärder för att EU:s grundläggande principer om bland annat transparens och förutsägbarhet följs. Beaktas bör att kommunen upphandlat tjänsterna genom viss konkurrensutsättning genom att offerter inhämtas från tre tänkbara leverantörer. Länsrätten noterar att kommunens upphandlingspolicy anger fem basbelopp som värdegräns för direktupphandling.

Kommunen har angett att priset avseende bilageproduktion 2 ska anges med avdrag för anbudsgivarens värde av det s.k. sponsorpaketet. Kommunen har härigenom sammanfört upphandlingen av tryck och distribution med en möjlighet för anbudsgivarna att erhålla vad som närmast är att betrakta som marknadsföringsåtgärder. Värdet på vad kommunen betalat enligt avtal uppgår till 67 179 kr. I detta fall finner dock länsrätten att det står klart att sponsorpaketet har påverkat det pris som anbudsgivaren angett. Kommunen har överlåtit till anbudsgivarna att bestämma vad marknadsföringsåtgärderna är värda. Vad anbudsgivarna erbjuder genom sponsorpake-

tet får anses ha visst reklamvärde. Det är dock svårt att fastställa något exakt marknadsvärde av vad anbudsgivarna erbjuder. Bolaget har självt anfört att merparten av de nyttigheter som ingår i sponsorspaketet är av mycket begränsat värde. Av utredningen framgår att UNT har erbjudit sig att köpa paketet för 172 500 kr. Länsrätten finner att värdet inte skäligen kan uppskattas till högre belopp än det som antagits. Till detta belopp bör läggas vad kommunen betalt enligt avtalet, 67 179 kr. Det totala värdet uppgår då till 239 679 kr.

Vid en samlad bedömning av omständigheterna i målet och mot bakgrund av det ovan anförda finner länsrätten att det värde som det är fråga om i det aktuella fallet är att bedöma som lågt i den mening som avses i LOU. Länsrätten finner att Uppsala kommun inte använt sig av någon otillåten direktupphandling. Då fråga är om en tillåten direktupphandling kan bolagets talan inte vinna bifall i denna del.

Länsrätten avslår ansökan om överprövning i sin helhet.

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



Per-Erik Nistér

tf lagman

TB