



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-11-15
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 20169-11
 Enhet 12

SÖKANDE

Brand'em Communications AB, 556713-5933
 Grimsbygatan 24
 211 20 Malmö

MOTPART

Arbetsförmedlingen
 Juridiska enheten
 113 99 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-11-17	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Brand'em Communications AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 174259

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegeluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND

Arbetsförmedlingen genomför en upphandling av julgåva i form av presentkort (dnr. 2011/161720). Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling varvid utvärderingsprincipen ekonomiskt mest fördelaktiga anbud ska tillämpas. Inbjudan till anbudsgivningen är daterad den 25 maj 2011 och sista dag att komma in med anbud var den 17 augusti 2011. Arbetsförmedlingen har i meddelande om tilldelningsbeslut som är daterat den 30 september 2011 beslutat anta anbud från en annan leverantör än Brand'em Communications AB (Brand'em).

Brand'em ansöker om överprövning av upphandlingen enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Brand'em yrkar att upphandlingen ska göras om och anför till stöd för sin talan följande. Principerna om likabehandling och öppenhet har åsidosatts då inte alla anbudsgivare fått samma information om de frågor som ställts avseende förfrågningsunderlaget. Det har via ombud för anbudsgivare ställts frågor som inte har presenterats publikt och där svar endast har gått till frågeställaren. Endast två frågor har publicerats publikt. Vidare har Brand'em missgynnats på grund av otydlighet i förfrågningsunderlaget. I underlaget uppställs krav på att anbudsgivaren ska leverera paket till den anställdes hemadress. Idag är det vanligast och mest kostnadseffektivt att leverera paket till hemadress via ombud. Brand'ems och tre andra anbudsgivares anbud förkastades på grund av detta. Åsidosättandet av förtydligande om leveranssätt och underlåtenhet att respektera likabehandling och öppenhet vad avser ställda frågor har kraftigt konkurrensbegränsande effekt.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till ansökan och anför huvudsakligen följande. Brand'ems anbud förkastades vid utvärderingen eftersom bolaget inte uppfyllde ställda skall-krav. Även om Arbetsförmedlingen inte hade förkastat Brand'ems anbud hade bolaget vid en vidare utvärdering inte tilldelats kontrakt eftersom bolaget i sitt anbud prissatt sin tjänst högre än det vinnande anbudet. Brand'em har inte lidit någon skada och ingen del av upphandlingen står i strid med bestämmelserna i LOU, gemenskapsrätten eller relaterade principer. Under punkt 6 i förfrågningsunderlaget "Kontaktpersoner hos Arbetsförmedlingen" har Arbetsförmedlingen framhållit följande. "Om behov av klargörande uppstår vill vi få eventuella frågor i skriftlig form, e-post eller per brev ställda till. Sista dag för frågor den 9 augusti 2011". De svar på frågor som Arbetsförmedlingen har lämnat till enskilda frågeställare har i allt väsentligt hänvisat till publicerad text i förfrågningsunderlaget. Arbetsförmedlingen har inte lämnat svar till någon enskild frågeställare som innefattar ny information eller kunskap. Arbetsförmedlingen har heller inte lämnat information som innefattar tidigare okänd information eller kunskap. Utöver det anförda har de frågor Arbetsförmedlingen fått av enskilda frågeställare huvudsakligen varit av allmän karaktär samt till antalet begränsade. Brand'em har åberopat utdrag ur e-post mellan Arbetsförmedlingen och företaget Kommunikatura. Av utdraget framgår tydligt att Arbetsförmedlingen endast hänvisat till var i publicerad text som svar på ställd fråga finns. Arbetsförmedlingens svar har inte i någon del påverkat bedömningen av anbud. Under punkt 6 i förfrågningsunderlaget framgår vidare att eventuella kompletteringar av förfrågningsunderlaget kommer publiceras på Arbetsförmedlingens hemsida. Två kompletteringar har publicerats på Arbetsförmedlingens hemsida. Brand'em har inte visat att Arbetsförmedlingens agerande haft en konkurrensbegränsande effekt eller att bolaget lidit skada. I punkt 4.2 i förfrågningsunderlaget finns "Uppdraget" och dess omfattning beskrivet. Arbetsförmedlingen har uppställt ett särskilt skall-krav om hemleverans i förfrågningsunderlaget. Med beaktande av Arbetsförmedlingens organisatoriska sammansätt-

ning har det varit av väsentlig vikt att hitta en lösning som möjliggör att myndighetens anställda kan få sin valda gåva levererad så nära dörren som möjligt på hemadressen. Julgåva är dessutom att betrakta som en form av överraskning och det är sedvanligt att julgåvan levereras direkt till den anställda alternativt till den anställdes hemadress. Enligt gängse språkbruk kan begreppet hemadress i detta sammanhang svårligen misstolkas som synonymt med utlämningsställe eller liknande. Än mindre kan det tolkas i linje med det vidare begreppet hemort. Tjänster som inbegriper direkt leverans till den anställda, alternativt till den anställdes hemadress, i kontexten ytterdörren, finns att tillgå hos logistikföretag. Detta har även bekräftats av inkomna anbud i den aktuella upphandlingen som erbjuder denna typ av lösning. Det är fritt för varje enskild anbudsgivare och leverantör att söka fram och presentera logistikföretag som kan lösa leveransuppgiften. Anförda invändningar om ekonomiska aspekter och kostnadseffektivitet är irrelevanta. Om en anbudsgivare eller leverantör i någon del anser att förfrågningsunderlaget är oklart bör den upphandlande myndigheten kontaktas för eventuellt förtydligande. Bränd'em har inte uppmärksammat Arbetsförmedlingen på denna typ av förhållande förrän i överprövningsskedet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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. 5 § LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

En överprövning enligt LOU innebär en kontroll av om upphandlande myndighet följt de principer för offentlig upphandling som framgår av 1 kap. 9 § LOU samt övriga bestämmelser i LOU. Som huvudregel har den sökande parten, som gör gällande att en upphandling inte har genomförts i enlighet med bestämmelserna i LOU, bevisbördan för att så inte är fallet.

I LOU saknas såväl detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlaget. Utgångspunkten är dock att likabehandlingsprincipen som innebär att alla leverantörer ska ha samma information för att kunna behandlas rättvist. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas.

Arbetsförmedlingen har förkastat Brand'ems anbud på grund av att skalkravet avseende leverans av julgåva till den anställdes hemadress inte bedömts uppfyllt. Brand'em har angett att julgåvan ska levereras till ett utlämningsställe. Brand'em har anfört att Arbetsförmedlingen genom sin utformning av förfrågningsunderlaget har brutit mot bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlagets punkt 4.2 uttryckligen anges att uppdraget omfattar *"leverans av vald julgåva till den anställdes hemadress. Det är ett skakrav att anbudsgivaren kan leverera julgåvan till den anställdes hemadress, leverans kan ske via en lantbrevbärrare, om sådan finns på den ort där den anställde bor"*. Enligt samma punkt ska anbudsgivaren beskriva hur lång leveranstiden är innan kunden får sin gåva levererad och på vilket sätt detta sker. Enligt förfrågningsun-

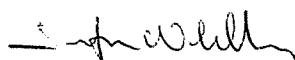
derlagets punkt 8, avtalsvillkor/kommersiella villkor, § 2 svarar leverantören för kostnadsfri leverans av vald produkt till den anställdes hemadress.

Skall-kravet avseende leveranssätt i förfrågningsunderlaget hade möjligen kunnat utformas med något större tydlighet. Det kan emellertid svårligen tolkas som att leverans kan ske till ett utlämningsställe. Förvaltningsrätten anser att det med tillräcklig tydlighet framgår vad Arbetsförmedlingen kräver för att skall-kravet avseende leveranssätt ska vara uppfyllt och att kraven som uppställs i LOU eller som följer av gemenskapsrättsliga principer inte har åsidosatts. Förvaltningsrätten hänvisar särskilt till Högsta förvaltningsdomstolens uttalande i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 om att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när.

Brand'em har anfört att alla anbudsgivare inte fått samma information om de frågor som ställts avseende förfrågningsunderlaget. Brand'em har inkommit med kopior av två e-postmeddelanden med frågor från företaget Kommunikatura samt svar från Arbetsförmedlingen. De uppgifter som Arbetsförmedlingen har lämnat i detta sammanhang består huvudsakligen i hänvisningar till förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner det inte visat att ny information lämnats av Arbetsförmedlingen till enskilda anbudsgivare eller att likabehandlingsprincipen åsidosatts på annat sätt.

Förvaltningsrätten finner följaktligen att skäl för ingripande enligt LOU inte kan anses föreligga på de av Brand'em anförda grunderna. Brand'ems ansökan ska därför avslås.

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



Jonatan Wahlberg
rådman

Föredragande har varit My Lorenius.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1A LOU