



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-03-09
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 25652-11
 Enhet 12

SÖKANDE

Svenska Boklån AB, 556753-6486
 Fågelkärrsvägen 12
 122 32 Enskede

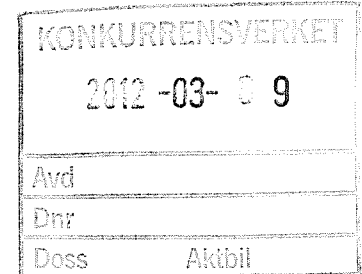
Ombud: Per Magnus Wicén
 Kungsgatan 78
 112 27 Stockholm

MOTPART

Nacka kommun
 131 81 Nacka

SAKEN

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



DOMSLUT

Med delvis bifall till Svenska Boklån AB:s ansökan om överprövning förordnar förvaltningsrätten att Nacka kommuns upphandling av bibliotek rättas på sätt att beslutet av avbryta den konkurrenspräglade dialogen med Svenska Boklån AB upphävs.

Dok.Id 198189

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Nacka kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende bibliotek. Kommunen använder sig av förfarandet konkurrenspräglad dialog. Kommunen har den 3 november 2011 meddelat att kommunen beslutat att avbryta den konkurrenspräglade dialogen med Svenska Boklån AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om med en annan upphandlingsmetod. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska rättas. Till stöd för sina yrkanden anför bolaget bl.a. följande.

Deras uppfattning är att en entreprenadupphandling av en verksamhet som redan finns på entreprenad inom kommunen inte kan betraktas som "särskilt komplicerad" och borde därför inte ha genomförts som konkurrenspräglad dialog utan som ett öppet förfarande. Bolaget anser att Nacka kommun inte levt upp till lagens krav i följande avseenden.

- Någon dialog har inte förekommit i den mening att en diskussion avseende tänkbara alternativa lösningar har diskuterats, bolaget har fått föredra sitt förslag till proaktiva lösningar utan diskussion eller återkoppling.
- Någon begränsning i antalet olika lösningar har inte meddelats.
- Något definierat mål eller krav för verksamheten har inte meddelats under dialogen.
- Samliga önskningsområden har skjutits upp "till senare" vilket inte kan anses som ett "öppet förhållningssätt".
- Återkoppling av det andra dialogmötet kom först efter påstötningar.
- Effektiv konkurrens har inte uppnåtts.
- Beslutet att avbryta dialogen med ett företag uppfyller inte lagkraven.

- Den lösning som tillgodoser myndighetens behov har inte meddelats.

Bolaget har försökt erhålla information före och under den konkurrenspräglade dialogen avseende den status som verksamheten har i personellt, avtalsmässigt och ekonomiskt avseende. Endast i vissa avseenden har sådan information kommit bolaget tillhanda. Bolagets uppfattning är att denna typ av entreprenadupphandling är att betrakta som en verksamhetsövergång. Kommunen har dock hävdats att så inte är fallet. Inför ett anbudsförfarande är det självklart ytterst viktigt att samtliga kostnadsdrivande faktorer är definierade. Eftersom övriga anbudssökanden sekretessbelades har företaget ingen möjlighet att bedöma transparensen i kommunens ställningstagande. Däremot kan en farhåga uttalas att så inte har varit fallet med nuvarande kännedom om konkurrenternas informationsöverläge. Ovanstående kan inte anses uppfylla lagens krav om likabehandling eller öppenhet.

Kommunen anser att bolagets yrkande om överprövning ska avslås, avskrivs eller avvisas och anför bl.a. följande.

Något beslut om att sluta ramavtal eller att tilldela kontrakt har ännu inte fattats. Dialogen är inte avslutad och endast de anbudsgivare som kvarstår i dialogen och som presenterat lösningar och som i övrigt bedöms uppfylla ställda krav kommer att inbjudas att lämna slutliga anbud.

Kommunen vill genom den konkurrenspräglade dialogen finna alternativa lösningar till den verksamhet som finns i dag i egen regi. Frågan är om marknaden kan erbjuda lösningar som innebär bättre möjligheter för att nå prioriterade grupper. Upphandlingsformen kan användas för att förbättra upphandlingens kvalitet i fråga om finansiering, rättsförhållanden, tillvaratagande av ny teknik, designförslag och organisation. De mål som kommu-

nen vill uppnå genom att ta tillvara marknadens kunskaper och erfarenheter hade inte kunnat tillgodoses med en annan upphandlingsform.

Syftet med en konkurrenspräglad dialog är att inte styra anbudsgivaren mot ett bestämt mål. För att skapa transparens och likställighet har kommunen angett vilka minimikrav som ställs på anbudsgivaren. Detta framgår tydligt av förfrågningsunderlaget. I den inledande dialogen har anbudsgivarna utifrån lämnade skriftliga svar fått presentera uppfyllandet av de grundläggande kraven på utbildning, kompetens, organisation, bemanning och biblioteksverksamhet.

Upphandlingsformen konkurrenspräglad dialog är oerhört tids- och kostnadskrävande både för kommunen och för anbudsgivarna varför kommunen genomfört de inledande dialogerna för att sedan gå vidare med de anbudsgivare som bedöms ha förutsättningar att kunna komma med trovärdiga lösningar. I bolagets fall bedömdes det som utsiktslöst då bolaget inte uppfyllde dessa krav och inte heller lämnade några lösningsförslag. Upphandlingsformen bygger på att den upphandlande myndigheten inte ska styra och tala om hur verksamheten ska bedrivas utan förslag/lösningar ska komma från anbudsgivarna som underlag för en fortsatt dialog. Bolaget har inför varje dialog fått den information som krävs för dialogens tema. Bolaget har under hela dialogen i stället för att komma med idéer och förslag ställt frågor om hur kommunen vill ha det. Uppenbarligen har bolaget inte förstått upphandlingsformen. Som ytterligare stöd för att avbryta dialogen med bolaget är erfarenheterna från Linköpings kommun. Att använda en referens kan inte betraktas som ett brott mot likabehandlingsprincipen. Någon begränsning i antalet lösningar har inte angetts och behöver heller inte anges. Konkurrens har uppnåtts genom att tillräckligt antal anbudsgivare inbjudits till dialogen.

Kommunen kan i dagsläget inte bedöma om hela den ekonomiska identiteten för biblioteksverksamheten övergår i annan regi och har inte sagt att det inte är fråga om en verksamhetsövergång. Kommunen accepterar inte att bolaget för att uppfylla krav på kompetens hänvisar till verksamhetsövergång då kraven i förfrågningsunderlaget (punkt Sk 5) säger att anbudsgivaren ska förfoga över den kompetens och resurser som krävs för uppdrags/driftens genomförande. Även bolagets svaga ekonomi motiverar att det ska uteslutas från fortsatt dialog.

DOMSKÄL

Aktuella bestämmelser m.m.

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.

Enligt 4 kap. 10 § LOU får en upphandlande myndighet använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av ett särskilt komplicerat kontrakt och då öppet eller selektivt upphandlingsförfarande inte medger tilldelning av kontraktet.

Enligt 4 kap. 11 § LOU ska ett kontrakt anses som särskilt komplicerat, om det inte rimligen kan krävas av en upphandlande myndighet att den ska kunna

1. definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 6 kap. 3 § som kan tillgodose myndighetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås, eller
2. ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.

Enligt 4 kap. 13 § LOU ska den upphandlande myndigheten inleda en dialog med de anbudssökande som har valts ut med tillämpning av 10 och 11 kap. Dialogens syfte ska vara att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses. Under dialogen får myndigheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena, för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och utgöra grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena bjuds in att lämna.

Enligt 4 kap. 14 § LOU får den upphandlande myndigheten bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras under dialogen. I så fall ska det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.

I 16 kap. 5 § LOU, i tillämplig lydelse, anges 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 har gjorts.

Bibliotek är att anse som kulturverksamhet och är därför enligt bilaga 2 till LOU en s.k. B-tjänst. B-tjänster upphandlas normalt enligt förenklat förfarande. Enligt 15 kap. 2 § andra stycket LOU gäller dock bl.a. bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 1 § tredje stycket och 10–21 §§ även för B-tjänster. Konkurrenspräglad dialog får enligt 15 kap. 3 § tredje stycket användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

Förutsättningar för att pröva beslut om upphandlingsförfarande

Frågan i målet är i första hand om kommunens val att använda sig av konkurrenspräglad dialog för upphandlingen är i enlighet med kraven i LOU. En upphandlande myndighet är i allmänhet fri att välja upphandlingsförfarande och att bestämma upphandlingens syfte. Enligt 4 kap. 10 § LOU får emellertid konkurrenspräglad dialog användas endast vid tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt och då ett öppet eller ett selektivt upphandlingsförfarande inte medger tilldelning av kontraktet. Enligt 15 kap. 2 § andra stycket LOU gäller motsvarande bestämmelse även för B-tjänster, till vilka biblioteksentreprenad ska räknas.

Det är inte enbart den upphandlande myndighetens uppfattning om vad som är ett särskilt komplicerat kontrakt som är avgörande för om konkurrenspräglad dialog ska få användas. Bedömningen ska göras på mera objektiva grunder utifrån en bedömning av vad som rimligen kan krävas av en upphandlande myndighet (se prop. 2009/10:180 s. 232).

I upphandlingsutredningen som föregick införandet av möjligheten till konkurrenspräglad dialog jämfördes förfarandet med förhandlat förfarande utan föregående annonsering (se SOU 2006:28 s. 124). EU-domstolen har slagit fast att villkoren för att få tillämpa sådant förhandlat förfarande ska tolkas strikt och att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att villkoren är uppfyllda (se t.ex. domstolens dom den 14 september 2004 i mål C-385/02). Förfarandet med konkurrenspräglad dialog innebär i normalfallet en mindre förutsebar process med större inslag av subjektivitet än förenklat förfarandet eller urvalsupphandling. Samtidigt ska en upphandlande myndighet iaktta öppenhet och likabehandling vid genomförandet av en upphandling. Det ankommer därför på kommunen att göra sannolikt att förutsättningarna för att få använda förfarandet konkurrenspräglad dialog är uppfyllda.

Att upphandlingen ännu inte avslutats är inte ett hinder för att pröva kommunens beslut om att använda sig av konkurrenspräglad dialog. Kommunens yrkanden om att målet ska avskrivas eller avvisas på denna grund ska därför avslås.

Kommunens rätt att använda konkurrenspräglad dialog

Kommunen har angett att en upphandling av bibliotek aldrig tidigare genomförts i Sverige. Därmed skulle det vara fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt. Bolaget har invänt att ett av kommunens bibliotek redan nu drivs av ett aktiebolag och att det därmed inte kan anses särskilt komplicerat att upphandla driften av samtliga bibliotek. Förvaltningsrätten anser emellertid att det framgår av förfrågningsunderlaget att syftet med upphandlingen inte främst är att uppnå konkurrens genom att biblioteken ska drivas vidare med annan huvudman, utan att finna alternativa och innovativa lösningar för bibliotekens driftsformer.

Att den upphandlande myndigheten vill använda sig av nya och oprövade metoder för att uppfylla sina behov kan i sig göra kontraktet mer komplicerat. I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 323) har som exempel angivits att en upphandling av en landförbindelse kan göras genom konkurrenspräglad dialog för att utröna om en bro eller en tunnel på bästa sätt tillgodoser de specificerade behoven. Detta skulle vara tillåtet även om det är möjligt att ta fram tekniska specifikationer för det ena eller det andra alternativet. Förvaltningsrätten anser att det på motsvarande sätt kan anses särskilt komplicerat på objektiva grunder att upphandla driften av kommunens bibliotek med ambitionen att tilldela kontrakt till innovativa lösningar. Det kan då inte rimligen krävas att kommunen i förväg ska kunna definiera de prestanda- eller funktionskrav som krävs för att uppnå kommunens syfte. Detta gäller således även om det skulle ha varit möjligt att definiera funktionskrav och upphandla driften av biblioteken i dess nuvarande former genom ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande.

För att upphandlingen i sin helhet ska anses särskilt komplicerad bör emellertid krävas att ambitionen att ta fram innovativa lösningar, det komplicerade inslaget, har fått tillräckligt genomslag i upphandlingens tilldelningskriterier. Av det dokument som anger hur anbud ska poängsättas framgår att ”nya, innovativa lösningar ger högre poäng” för ett flertal områden. Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att det kontrakt som upphandlingen avser är att anse som särskilt komplicerat på det sätt som avses i 4 kap. 10 och 11 §§ LOU. Kommunen har således haft skäl att använda sig av konkurrenspräglad dialog vid upphandlingen.

Kommunens beslut att avbryta dialogen med bolaget

Förfarandet med en konkurrenspräglad dialog präglas särskilt av att det innefattar möjlighet för den upphandlande myndigheten att föra en dialog med utvalda leverantörer i syfte att identifiera och definiera hur myndighetens behov bäst ska tillgodoses när detta inte står klart för myndigheten.

Detta innebär att den upphandlande myndigheten inte ska presentera en lösning för de leverantörer som deltar i dialogen. Inte heller finns under den tid dialogen pågår en skyldighet att begränsa antalet lösningar. Syftet är inte heller att föra en diskussion om alternativa lösningar utan att diskutera den lösning en anbudsgivare presenterar utifrån de uppställda förutsättningarna. Bolagets invändningar angående utförandet av själva dialogen medför med hänsyn härtill inte grund för ingripande med stöd för LOU. Inte heller kan det i dagsläget konstateras att effektiv konkurrens inte uppnåtts. Eftersom dialogen inte är avslutad och någon lösning inte är klar går det inte att pröva huruvida upphandlingen rör en verksamhetsövergång.

Bolaget har invänt mot att kommunen beslutat att avbryta den konkurrenspräglade dialogen med bolaget. Någon motivering lämnades inte i beslutet och lagstadgad skyldighet att underrätta en leverantör föreligger först när dialogen är avslutad.

Enligt 4 kap. 14 § LOU kan antalet lösningar som ska diskuteras under dialogen begränsas genom att dialogen förs i successiva steg. En förutsättning är enligt bestämmelsen att det angetts i inbjudan eller i det beskrivande dokumentet att denna möjlighet kommer att utnyttjas. Kommunen har anfört att de vid ett inledande informationsmöte bl.a. har angett att kommunen kan avbryta dialogen med anbudsgivare som inte bedöms uppfylla förutsättningarna för fortsatt dialog. Det framgår dock inte av inbjudan eller det beskrivande dokumentet att lösningar kan komma att uteslutas under dialogen. Kommunen har således inte möjlighet att begränsa antalet lösningar succesivt under dialogen.

Detta innebär att det inte förelåg förutsättningar för kommunen att avbryta dialogen med bolaget. Det kan antas att bolaget till följd härav kan lida

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

25652-11

skada. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på sätt att Nacka kommuns beslut att avbryta dialogen med bolaget ska upphävas.

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

Ann-Jeanette Eriksson
rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Fredrik Forsberg.



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