


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2011-09-02
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1763--1766-11, 1768--1773-
11, 1815-11 och 1817-11

SÖKANDE

Adlibris Aktiebolag, 556261-3512
Box 3667
103 59 Stockholm

Ombud: Jur dr Dan Eklöf och advokat Magnus Jonson
Sandart & Partners Advokatbyrå HB
Norrländsgatan 20
103 87 Stockholm

MOTPARTER

1. Borgholms kommun
Box 52
387 21 Borgholm

2. Emmaboda kommun
Box 54
361 21 Emmaboda

3. Hultsfreds kommun
Box 500
577 26 Hultsfred

4. Högsby kommun
579 80 Högsby

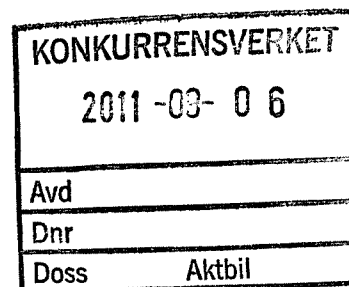
5. Mönsterås kommun
Box 54
383 22 Mönsterås

6. Mörbylånga kommun
386 80 Mörbylånga

7. Nybro kommun
382 80 Nybro

8. Oskarshamns kommun
Box 706
572 28 Oskarshamn

9. Torsås kommun
Box 503
385 25 Torsås



Dok.Id 32538

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-868 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se	0470-869 50	måndag – fredag 08:00-16:30

10. Vimmerby kommun
598 81 Vimmerby

11. Västerviks kommun
593 80 Västervik

Ombud för 1-11:
Kalmar kommun
Box 611
391 26 Kalmar

12. Kalmar kommun
Box 611
391 26 Kalmar

Ombud:
Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Adlibris Aktiebolags ansökan.

YRKANDEN M.M.

Borgholms kommun, Emmaboda kommun, Hultsfreds kommun, Högsby kommun, Kalmar kommun, Mönsterås kommun, Mörbylånga kommun, Nybro kommun, Oskarshamns kommun, Torsås kommun, Vimmerby kommun och Västerviks kommun (kommunerna) har genomfört en öppen upphandling enligt lagen om offentlig upphandling, av ramavtal för biblioteksmedier avseende böcker på svenska och andra språk samt ljudböcker – utrustade. Kalmar kommun är ombud i upphandlingen som omfattar 12 kommuner i Kalmar län. Den anbudsgivare som lämnar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Enligt tilldelningsbeslut den 10 maj 2011 har anbud från Akademibokhandelsgruppen AB Bokus (Bokus) antagits.

Adlibris Aktiebolag (Adlibris) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att kommunernas upphandling får avslutas först efter att rättelse skett genom en ny utvärdering varvid Bokus anbud förkastas. I andra hand yrkar Adlibris att upphandlingen ska göras om. Adlibris anför bland annat följande. Kommunerna har vid utvärderingen av Bokus anbud bl.a. baserat utvärderingen på Bokus uppgift avseende antalet titlar i Bokus lager. Denna uppgift tillmäts betydande vikt vid utvärderingen. Det angivna antalet boktitlar i Bokus lager är emellertid felaktigt. Bokus har angett antal titlar i lager på basis av det antal titlar som Bokus uppskattar att det kommer att ha det datum då avtalet träder i kraft, dvs. den 1 juni 2011. Detta trots att uppgifterna om antal titlar enligt förfrågningsunderlaget avser antal titlar då anbudet lämnas. Antalet titlar som Bokus angett är dessutom orimligt högt (48 000 titlar för böcker på svenska, 10 000 titlar för böcker på andra språk och 1 300 titlar för ljudböcker) och kan inte avse det antal titlar som Bokus har i eget lager. Adlibris har angett antalet titlar i lager vid tidpunkten för ingivandet av anbudet. Kommunerna uppmärksammades om att Bokus antal titlar syntes kraftigt överdrivna. Kommunerna har kontrollerat

Bokus uppgifter om antal titlar i anbudet och kommunerna hade fått en bekräftelse på att antal titlar angivna i anbudet kommer att finnas den dag då avtalet träder i kraft (dvs. den 1 juni 2011), vilket varit tillräcklig som bekräftelse för kommunen. Av detta kan flera slutsatser dras. Kommunerna har – låt vara uppmärksammas på frågan av bolaget – sett sig föranledda att kontrollera den uppgift Bokus lämnat om antal titlar i lager. Bokus har förklarat att bolaget inte hade det angivna antalet titlar i lager när anbudet gavs in. Däremot har Bokus meddelat att företaget kommer att ha det vid en senare tidpunkt, den 1 juni 2011. Redan av det skälet att Bokus uppgift i anbudet inte stämmer med verkliga förhållanden är anbudet upphandlingsrättsligt felaktigt. Bokus har inte uppfyllt skall-kravet om antal titlar, som förutsätter att det antal titlar som anges är korrekt och otvetydigt. Lika självklart är det att antal titlar ska anges utifrån förhållanden vid tidpunkten för anbudslämnandet och inte avse en uppskattning av antalet titlar vid någon senare tidpunkt. Förfrågningsunderlaget saknar upplysning om att en senare tidpunkt skulle kunna användas eller att anbudsgivare skulle kunna beräkna antal titlar med utgångspunkt i ett framtida tillfälle. En normalt uppmärksam, genomsnittlig anbudsgivare kan inte tolka förfrågningsunderlaget på så sätt att det skulle finnas utrymme för en anbudsgivare att använda sig av andra tidpunkter beträffande konkreta sakuppgifter, såsom antal titlar i lager. Av siffrorna i Bokus anbud, som lämnats i jämna tusental och i något fall jämna hundratal, är det i och för sig möjligt att gissa sig till att det inte kan vara fråga om faktiska titlar i lager, utan istället någon slags uppskattning från Bokus sida. Därmed avviker Bokus från den i förfrågningsunderlaget anvisade metoden, som anvisar hur många titlar som faktiskt finns i lager vid tidpunkten för anbudslämnandet. En rimlig förklaring till Bokus höga siffror avseende antal titlar i lager kan vara att Bokus, som kommer att flytta sitt lager till Falun och inleda ett samarbete med den fristående distributören och grossisten Förlagssystem AB, räknar in Förlagssystem AB:s titlar. Bokus har inte åberopat någon annan kapacitet än sin egen, än mindre visat att man har tillgång till någon annans kapa-

citet vid fullgörandet av avtalet. Vidare har Adlibris information om att Bokus flytt till Falun kommer att försenas, vilket innebär att uppgifterna om antal titlar i lager kommer vara oriktiga också per den 1 juni 2011. Genom att inte ange befintliga titlar i lager utan istället uppskatta framtida titlar i lager och genom att inte lämna korrekta uppgifter om antalet framtida titlar i lager, och dessa uppgifter lagts till grund för utvärderingen, har kommunerna vid utvärderingen inte behandlat anbudsgivarna på ett transparent, likvärdigt och affärsmässigt sätt. Till följd av den olika behandlingen och den resulterande bristande affärsmässigheten ska rättelse ske genom att utvärderingen görs om varvid Bokus anbud ska förkastas. Redan genom att Bokus anbud felaktigt kvalificerats till utvärdering har, eller riskerar, Adlibris att lida skada. Även övriga fel som åberopats innebär att Adlibris lidit eller riskerat att lida skada. För det fall att förvaltningsrätten skulle finna att skall-kraven om antal titlar i lager i och för sig skulle kunna ges den tolkning att det står anbudsgivaren fritt att använda en annan tidpunkt än den för anbudsinslämnandet som bas vid beräkningen av antalet titlar, så är förfrågningsunderlaget så oklart att det skulle strida mot LOU och de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. Detta eftersom anbudsgivarna inte getts förutsättning att lämna likvärdiga och konkurrenskraftiga anbud. Att kommunerna i efterhand meddelat att de accepterar den 1 juni 2011 som referensdatum med avseende på antal titlar förändrar inte saken. Upphandlingen ska i enlighet med Adlibris andrahandsyrkande avbrytas och göras om.

Kommunerna motsätter sig att upphandlingen ska rättas eller göras om och anför bl.a. följande. Det är ostridigt att Bokus har fyllt i anbudsbilaga 1 och på angiven plats fyllt i antalet titlar i lager, samt bifogat anbudsbilaga 1 till sitt anbud. Bokus har även angett att samtliga skall-krav är uppfyllda. Adlibris har gjort gällande att uppgifter som Bokus angett i sitt anbud inte är korrekta. Kommunerna har inte ställt krav på någon bevisning rörande antal titlar i lager. Även detta faktum torde vara ostridigt i målet. Den upp-

handlande myndigheten är inte skyldig att kontrollera att uppgifterna i anbudet i sig är riktiga (se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 30 november 2005 i mål nr 3243-04). Kommunerna har agerat helt i enlighet med upphandlingsreglerna när de förlitat sig på de uppgifter som Bokus lämnat i sitt anbud alldeles oavsett om det i ett senare skede skulle visa sig att Bokus inte uppfyller vad Bokus utfäst i sitt anbud. En upphandlande myndighet kan uppställa krav på den vara eller tjänst som ska upphandlas, s.k. särskilda kontraktsvillkor. Huruvida en leverantör, vid anbudsgivningen, uppfyller de särskilda kontraktsvillkoren, i så måtto att leverantören vid leverans inte kommer att avvika från desamma, är givetvis omöjligt att veta och kontrollera i anbudsfasen. Om Bokus inte lagerhåller titlar i utfäst utsträckning utgör detta ett avtalsbrott som kan leda till skadestånd eller hävning av det aktuella avtalet. Adlibris har vidare gjort gällande att det av Bokus uppgivna antalet titlar är felaktiga och presenterat ett antal teorier om att uppgifterna avser en förhoppning om framtida lager och att grossisten Förlagssystem AB:s lager räknats in i uppgiften. Adlibris har emellertid inte visat att Bokus uppgifter är felaktiga. Kommunerna kan inte vitsorda att uppgifterna i Bokus anbud skulle inkludera även ett lager som finns hos Förlagssystem AB och även om så vore fallet har kommunerna inte uppställt något krav på att lagerstatus ska avse endast de titlar som finns i eget lager. Om titlarna finns lagerförda hos underleverantör och kan levereras inom samma tid som titlar i eget lager är en uppgift som inkluderar även underleverantörs lager relevant. Inte ens om förvaltningsrätten skulle finna att det är lagersaldo per anbudsdag som avses med kravet och att kommunerna inte haft rätt att förlita sig på uppgifterna i anbudet föreligger därför skäl att förkasta Bokus anbud. Adlibris har även spekulerat i att Bokus inte kommer att ha uppgivet antal titlar i lager vid avtalsstart. Inte heller detta påstående har bevisats av Adlibris. Förfrågningsunderlaget är utformat på ett tillräckligt klart och tydligt sätt. Anbudsgivarna ska ange antal titlar i lager och om så inte sker kan anbudet komma att förkastas. Antalet titlar i lager per anbudsdagen saknar helt relevans för kommunerna. Det är antalet

titlar som kommer att finnas i lager under avtalstiden som är relevant. Förfrågningsunderlaget är således inte oklart i denna del. Det är inte tillåtet att utesluta anbudsgivare under påstående om att dennes anbud inte uppfyller ett särskilt kontraktsvillkor eller under påstående att anbudet inte uppfyller kvalificeringskrav, om inte detta villkor eller krav varit så klart och tydligt formulerat att anbudsgivaren rimligen måste ha förstått att kravet skulle komma att tolkas på det sätt som skett. Varje normalt informerad anbudsgivare måste förstå hur ett anbud ska utformas för att detta inte ska förkastas. Bokus har tolkat den aktuella föreskriften på det sätt som varit avsett och på samma sätt som kommunerna. Enligt kommunerna är det inte förenligt med LOU och förfrågningsunderlaget att tolka kravet på angivande av "antalet titlar i lager" som Adlibris förespråkar. I vart fall kan detta krav inte ligga till grund för förkastande av ett anbud, där anbudsgivaren istället har angett det antal titlar som kommer att finnas i lager vid avtalsstart. Att kravet skulle tolkas på så sätt som Adlibris gör gällande har inte varit förutsebart för anbudsgivarna. Det är ointressant för kommunerna hur många titlar anbudsgivarna har i lager per anbudsdagen (eller vad gäller Adlibris, per dagen före anbudsdagen). Kommunerna har tillämpat det aktuella kravet på ett sådant sätt att ingen anbudsgivare skulle förkastas på sätt som anbudsgivaren möjligen inte förutsett. Adlibris har gynnats av det sätt på vilket kommunerna tillämpat kravet i och med att en ändamålsenlig och kontextuell tolkning av detsamma skulle lett till att Adlibris anbud förkastats. I den mån förfrågningsunderlaget varit otydligt utformat har Adlibris inte lidit någon skada. Kommunernas avsikt med kravet (avseende efterfrågad information om antalet lagerförda titlar) har varit att säkerställa att den för kommunerna väsentliga leveranstiden beaktas på ett korrekt sätt vid utvärderingen och för att säkerställa att kommunerna faktiskt erhåller leveranser i enlighet med vad anbudsgivarna offererat i sina anbud. Kommunerna har eftersträvat så kort leveranstid som möjligt avseende så många beställda titlar som möjligt under avtalstiden. Kommunerna har av Bokus erhållit sådana uppgifter som de haft för avsikt att få. Adlibris tolk-

ning av att kommunerna efterfrågat antalet lagerförda titlar per anbudsda-
gen skulle få till följd att anbud förkastas på grund av att de innehåller en
uppgift som är irrelevant för kommunerna. Det skulle stå i strid med den
grundläggande principen om proportionalitet och med kommunernas inten-
tioner. Även om förvaltningsrätten skulle finna att Bokus anbud innehåller
felaktiga uppgifter i den bemärkelsen att uppgiften om lagerstatus rätteli-
gen skulle ha avsett tidpunkten för anbudsgivning, ska Adlibris ansökan
ogillas om de uppgifter Bokus lämnat i sitt anbud är tillräckliga för att till-
godose kommunernas behov och syftet bakom de ställda kraven (se Kam-
marrätten i Jönköpings dom den 29 september 2009 i mål nr 2491-09). De
uppgifter som Bokus lämnat är tillräckliga, även om de skulle avse endast
lagerstatus under kommande avtalstid. Om förvaltningsrätten skulle finna
att upphandlingen i någon del är behäftad med någon brist är denna brist
under alla förhållanden inte av sådan art och dignitet att åtgärd enligt 16
kap. LOU är motiverad. Varje brist i en upphandling motiverar inte ingri-
pande enligt 16 kap. LOU (se RÅ 2002 ref 50). Adlibris har inte visat att
några brister föreligger i upphandlingen eller att man lidit eller riskerat att
lida skada på grund av de påstådda bristerna. Adlibris talan ska därför ogil-
las.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantö-
rer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-
handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om
ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna
komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol
ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att 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 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta åtgärder i enlighet med 16 kap. LOU. För att ett sådant ingripande ska bli aktuellt krävs det att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Regeringsrätten har i avgörandet RÅ 2002 ref 50 konstaterat 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av förfrågningsunderlaget framgår följande. Antal titlar i lager **skall** anges i anbudsbilaga 1. I anbudet **skall** bekräftas att redovisade **skall**-krav är uppfyllda. Detta görs genom att besvara aktbilaga 1. Tre kriterier ligger till grund för utvärderingen av anbuderna och viktas enligt följande. Pris 50 %, Leveranstid 30 % och Antal titlar i lager 20 %. Följande viktning kommer att göras av angivna lagersaldon enligt formeln $0,85*X+0,05*Y+0,10*Z =$ totalt lager, där X utgör antal titlar i lager på böcker på svenska, Y antal titlar i lager på böcker på andra språk och Z antal titlar i lager på ljudböcker. Störst totalt lager kommer att få full poäng övriga proportionellt därefter.

Adlibris har gjort gällande att Bokus inte angett antal titlar i lager på anbudsdagen i sitt anbud och därmed inte uppfyller aktuellt skall-krav. Bokus har emellertid fyllt i anbudsbilaga 1 och på angiven plats fyllt i antalet titlar i lager. Anbudsbilaga 1 har bifogats till anbudet och Bokus har även angett att samtliga skall-krav är uppfyllda. I förfrågningsunderlaget anges inte någon tidpunkt som angivandet av lagersaldo ska avse. Förvaltningsrätten finner att Adlibris inte har visat att Bokus inte uppfyller ställt skall-krav i detta hänseende.

Adlibris har även gjort gällande att Bokus angett ett orimligt högt antal titlar i lager i sitt anbud som inte kan avse Bokus eget lager. Bokus har emellertid i sitt anbud uppgett att företaget uppfyller ställda skall-krav och har inte åberopat något annat företags kapacitet. Kommunerna har i förfrågningsunderlaget inte uppställt krav på att antal titlar i lager ska styrkas. Det framgår inte av lagen, dess förarbeten eller rättspraxis att den upphandlande myndigheten skulle vara skyldig att kontrollera att de lämnade uppgifterna i sig är riktiga, om det inte i det enskilda fallet finns anledning att ifrågasätta dess riktighet. Kommunerna har således en möjlighet, men ingen skyldighet, att kontrollera att de uppgifter som anbudsgivare lämnar avseende ett skall-krav i sig är korrekta. I och med att kommunerna kontrollerat uppgiften om antal titlar i lager som Bokus angett i anbudet och kommunerna bedömt att de fått ett tillfredsställande svar från Bokus avseende denna fråga får kommunerna anses ha gjort vad de kan för att förvissa sig om att uppgifterna i Bokus anbud stämmer. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av det anförda att kommunerna genom att ta upp Bokus anbud till utvärdering inte har agerat i strid med bestämmelserna i LOU.

Förfrågningsunderlaget får i det här fallet anses vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kunnat avgöra vad kommunerna tillmäter betydelse vid upphandlingen och därigenom även skapa sig en bild av möjligheten att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Det har inte

framkommit annat än att utvärderingen har gjorts inom ramen för förfrågningsunderlaget. Adlibris har inte heller i övrigt visat att kommunerna vid upphandlingen tagit ovidkommande hänsyn eller att förfarandet i något annat hänseende strider mot de krav som uppställs i LOU.

Förvaltningsrätten finner således att de omständigheter som Adlibris åberopat inte medför att kommunerna har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Adlibris ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Bengt Lindh



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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

- 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,
- det beslut som överklagas med uppgift
- om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
- de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
- den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
- 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 uppge 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 3109/1D LOU