

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ****DOM**
2015-07-07
Meddelad i
VäxjöMål nr
1382-15**SÖKANDE**BTJ Sverige AB, 556013-9726
Scheelevägen 18
221 82 LundOmbud: Advokat Martin Levinsohn och jur. kand. Mattias Wiklund
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 4501
203 20 Malmö**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. Regionförbundet i Kalmar län
Box 762
391 27 Kalmar

Dok.Id 114733

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se	0470-255 02	måndag – fredag 08:00-16:00

10. Torsås kommun
Box 503
385 25 Torsås

11. Vimmerby kommun
Stadshuset
598 81 Vimmerby

12. Västerviks kommun
593 80 Västervik

Ombud för 1–12
Kalmar kommun
Box 611
391 26 Kalmar

13. Kalmar kommun
Box 611
391 26 Kalmar

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

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår BTJ Sverige AB:s ansökan om överprövning.

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, Västerviks kommun och Regionförbundet i Kalmar län (kommunerna) har i samverkan genomfört en upphandling avseende ramavtal av biblioteksmedier. Upphandlingen är uppdelad i tre ramavtalsområden. Upphandlingen görs på initiativ av Regionförbundet i Kalmar län. Samordning har skett genom Kalmar kommun.

Enligt tilldelningsbeslut den 16 april 2015 har kommunerna beträffande ramavtalsområde 1 och 2 beslutat att anta Adlibris AB och beträffande ramavtalsområde 3 beslutat att anta FörlagEtt AB:s (FörlagEtt) anbud.

BTJ Sverige AB (BTJ) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om avseende avtalsområde 3. BTJ anför bl.a. följande. Upphandlingen av avtalsområde 3 har skett i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att kommunen uppställt krav på lämnande av anbudspris enligt en kategoriindelning som inte korresponderar mot anbudsgivarans (eller deras distributörer och förlags) sortiment och prissättningsmodeller. Kravet på enhetspris avviker kraftigt från branschpraxis, som är listpriser, och kan endast uppfyllas av en anbudsgivare. För att övriga anbudsgivare överhuvudtaget ska kunna lämna anbud krävs att omfattande förändringar i bolagens affärssystem genomförs, vilket kommer att innebära ökade administrativa kostnader och i förlängningen höjda anbudspriser. Prissättningsmodellen är direkt olämplig för att åstadkomma lägre priser, dels då vissa anbudsgivare helt slås ut vilket minskar konkurrenstrycket, dels då de anbudsgivare som trots kravet väljer att delta kommer att tvingas höja sina anbudspriser för att täcka kostnaderna som är förenade med förändringar av bolagens affärssystem och den ökade prisrisken. Prissättningsmodellen

förutsätter omfattande förändringar i BTJ:S affärssystem för att bolaget ska kunna dela upp och prissätta artiklarna på efterfrågat sätt. Kraven på lämnade anbudspriser har inneburit att BTJ inte kunnat lämna anbud i upphandlingen. BTJ har således lidit skada till följd av kommunens agerande. De fördelar som kommunen eftersträvat med den förändrade prissättningsmodellen hade således kunnat uppnås på ett mindre ingripande sätt. Utformningen av modellen har således varit oproportionerlig. Modellen innebär en otillbörlig konkurrensfördel för en enskild anbudsgivare och strider därför mot likabehandlingsprincipen. Påståendet att Förlag Ett inte skulle ha egna listpriser saknar stöd i de faktiska förhållandena. Förlag Ett kan delta och har deltagit i flera upphandlingar som tillämpat en listprismodell. Kategoriindelningen får oproportionella effekter. Den valda prissättningsmodellen gynnar en enskild leverantör utan att sakliga skäl finns.

Kommunen bestrider BTJ:s talan och anför bl.a. följande. Då prismodell 1 (listpriser) i allt väsentligt motsvarade den prissättningsmodell som var föremål för prövning i Förvaltningsrätten i Karlstad, se dom den 15 oktober 2014 i mål nr 3401-14 och 3823-14–3838-14, såg kommunen en risk att även den aktuella upphandlingen skulle kunna komma att angripas av Förlag Ett. Kommunen hade också förståelse för de argument som Förlag Ett framfört i målet vid Förvaltningsrätten i Karlstad. Kommunen insåg att prismodell 1 riskerade att medföra att kommunen inte skulle kunna anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen beslutade att förändra prissättningsmodellen så att denna skulle ge ett mer rättvisande resultat, prismodell 2 (enhetspriser). BTJ har inte närmare utvecklat vad bolaget menar att branschpraxis skulle betyda i detta sammanhang. Kommunen bestrider att prissättningsmodeller motsvarande prismodell 1 är branschpraxis. Bolaget har bevisbördan för sitt påstående att modeller motsvarande prismodell 1 är branschpraxis. Kommunen har valt att använda sig av prismodell 2, vilket har ansetts ändamålsenligt i upphandlingen. Modellen är transparent, förutsebar och inte oproportionerlig. Prismodellen

säkerställer att den anbudsgivare vars anbud faktiskt medför lägst kostnad för respektive produkt får högst poäng avseende utvärderingskriteriet pris. Modellen är effektiv och lämplig för att nå det eftersträvade syftet. Alla anbudsgivare har fått samma information om prismodell 2 och om hur denna ska fungera. Modellen är lika för alla och står inte i strid med lika-behandlingsprincipen. Alla anbudsgivare har dessutom getts samma förutsättningar att lämna anbud och ingen anbudsgivare har premierats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Prövningsramen

I ansökan om överprövning yrkade BTJ att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts avseende avtalsområde 1 och 2 och att upphandlingen av avtalsområde 3 ska göras om av den anledningen att den enda anbudsgivarens anbud inte uppfyllde samtliga krav i upphandlingen. I yttrande har BTJ konstaterat att de aktuella anbuden förefaller har undertecknats i föreskriven ordning och BTJ frånfäller således sin talan avseende avtalsområde 1 och 2 samt vad gäller undertecknade av FörlagsEtts anbud (avtalsområde 3). Förvaltningsrätten prövar därför inte dessa frågor.

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges 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.

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 Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78 följer att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande samt att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (jfr HFD 2012 ref. 48 I-II).

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på. Domstolens prövning är begränsad till de omständigheter som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det är således BTJ som har att visa att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att BTJ har lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta.

Fråga om upphandlingen strider mot proportionalitets- eller likabehandlingsprincipen

Av förfrågningsunderlaget framgår avseende avtalsområde 3 att pris, totalkostnad på utvalt sortiment, viktas till 60 procent och att anbudspriser ska anges i fast pris. Påslag och rabatter ska gälla hela avtalstiden inklusive förlängning.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (jfr prop. 2006/07:128 s. 132, 155-156).

Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har BTJ inte, mot vad kommunen har anfört, visat att den aktuella prissättningsmedellen är olämplig eller ineffektiv för att uppnå det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för kommunen. Av vad parterna anfört framkommer inte att det finns en mindre ingripande åtgärd som på samma sätt kan uppnå det eftersträvade syftet. De negativa effekter av prissättningsmodellen som framförts av BTJ är att det innebär ökade krav på anbudsgivarna genom att anbudsgivaren åläggs en mycket större kalkyl- och prisrisk, men också att den valda kategoriindelningen är närmast godtycklig och förutsätter omfattande förändringar i BTJ:s affärssystem. Kommunen har å sin sida angett att förhoppningen med den valda modellen är att priset kommer att bli lägre och kommunen inte behöver stå för affärsrisken för framtida prishöjningar i leverantörsledet. Kommunen menar även att den redan från början kan bedöma om offererade priser kommer att rymmas inom budget samt att modellen innebär minskad administration och kontroll av prislistor för kommunen. Enligt förvaltningsrättens mening kan de negativa effekterna för bolaget inte an-

ses vara oproportionerlig jämfört med de fördelar som kommunen framfört. Prissättningsmodellen strider således inte mot proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten anser att BTJ inte har visat att kravet utesluter anbudsgivare från upphandlingen utan godtagbara skäl eller att det endast är en anbudsgivare som har möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. Utifrån modellens utformning får utfallet av utvärderingen anses innebära att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden antas. Kravet strider därmed inte heller mot likabehandlingsprincipen. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att BTJ inte har visat att kommunen brutit mot LOU eller de unionsrättsliga principerna. Därmed finns inte heller skäl för ingripande enligt LOU. Överklagandet ska därför avslås.

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

Elisabeth Lewin

Föredragande: Lena Lundblad



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.