



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 16

DOM
 2015-03-12
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 30917-14

KONKURRENSVERKET	
2015 -03- 1 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Depona AB, 556578-3007

Ombud: Advokaterna Anna Hofling Johansson och Björn Nicolai
 Advokatfirman Vinge KB
 Box 11025
 404 21 Göteborg

MOTPART

Kungliga Biblioteket
 Box 5039
 102 41 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Kungliga bibliotekets upphandling av mikrofilmning av resterande pliktlevererade dagstidningar från 2013 ska göras om.

Dok.Id 579524

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

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Kungliga biblioteket (KB) har den 17 december 2014 i ett meddelande om frivillig förhandsinsyn tillkännagett att KB avser att upphandla tjänsten mikrofilmning av resterande pliktlevererade dagstidningar från 2013, ref. 137-KB-1077-2014, direkt från Finlands nationalbibliotek med stöd av 1 kap. 6 § 6 lagen om offentlig upphandling – LOU.

Depona AB ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Det kan först konstateras att 1 kap. 6 § LOU inte är ett av de undantag från upphandlingsplikt som institutet förhandsinsyn är tillämpligt på. Åberopat undantag är inte heller tillämpligt i sak eftersom det avser forsknings- och utvecklingstjänster. Den tjänst som KB upphandlar avser mikrofilmning av dagstidningar. Att det filmade materialet sedermera kommer att användas i forskning saknar relevans för det åberopade undantagets tillämplighet. KB har även anført att direktupphandling med stöd av 4 kap. 7 § LOU är tillämplig. Depona förnekar att denna bestämmelse är tillämplig då bestämmelsen avser tilldelning av ”varukontrakt” och den aktuella upphandlingen avser tjänster. Depona har (inom koncernen) teknisk personal med kunskap och erfarenhet för att kunna utföra tjänsten. Redan det faktum att Depona inte har fått någon möjlighet att konkurrera om ett kontrakt värt över en miljon kronor innebär risk för skada för bolaget.

KB anser att Deponas ansökan om överprövning helt saknar grund och därför ska avvisas. Som grund för sin inställning anför KB bl.a. följande. KB behöver inte utföra en upphandling i detta fall. Köpet är uttryckligen undantaget från LOU då de varor och tjänster som köps utgör sådana som utnyttjas endast i forskningssyfte. Mikrofilmerna kommer att användas av forskare och eventuellt en intresserad allmänhet, inte i KB:s egen verksamhet. Köpet görs inte heller i vinstsyfte. KB är Sveriges

nationalbibliotek och förvaltar det tryckta och det handskrivna kulturarvet samt är det nationella arkivet för ljud, bild och rörliga medier. KB:s uppgift är bl.a. att samla in, bevara och tillhandahålla svenskt tryck, vissa elektroniska dokument samt ljud, bild och rörliga medier. Syftet med detta är att skapa goda förutsättningar för forskning. KB:s arkiv och samlingar utnyttjas av ett mycket stort antal forskare runt hela världen men också av allmänheten. KB har ingen egen forskningsverksamhet utan tillhandahåller endast informationen, därav KB:s benämning "forskningsbibliotek" som är en formell status hos vissa bibliotek som har till uppgift att främja forskning.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 7 kap. 4 § LOU får en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5-9 §§ skicka en annons om sin avsikt till

Europeiska kommissionen (förhandsinsyn). I 4 kap. 7 § 1 anges att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering för tilldelning av varukontrakt om det gäller varor som framställs endast för forsknings experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har ett sådant syfte.

I KB:s ”Meddelande om frivillig förhandsinsyn” anges att det som ska upphandlas är mikrofilmning av resterande pliktlevererade dagstidningar från 2013. Det anges vidare det är en tjänst som upphandlas och på frågan om varorna i fråga framställs endast för forsknings- experiment-, studie- eller utvecklingsändamål har KB svarat nej.

KB har dock i förvaltningsrätten gjort gällande att det både rör sig om en tjänst och en vara. Detta eftersom själva mikrofilmningen är en tjänst men den slutliga mikrofilmsrullen som KB får är en vara som ska användas för forskning. Enligt KB är 4 kap. 7 § 1 LOU tillämplig då bestämmelsen måste läsas tillsammans med 1 kap. 6 § 6 LOU eftersom det både är varor och tjänster för forskningsanvändning som ska köpas.

I 1 kap. 6 § 6 LOU anges att LOU inte gäller för kontrakt som avser forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag för sådana vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet i den egna verksamheten och betalas av myndigheten.

Varken LOU eller upphandlingsdirektivet 2004/24/EG innehåller någon definition eller någon ledning för bedömningen av vad som avses med forsknings- och utvecklingstjänster. Bestämmelser om undantag från normal konkurrensutsättning ska dock tolkas restriktivt och det är den som

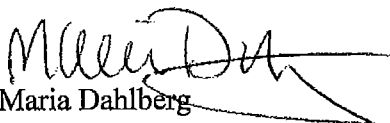
åberopar en undantagsbestämmelse som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som motiverar ett undantag (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-385/02 Kommissionen mot Italien punkt 19 med hänvisningar).

KB upphandlar en tjänst där dagstidningar från 2013 ska filmas och läggas på mikrofilmer som sedan ska tillhandahållas hos biblioteket. Enligt KB har KB inte någon forskningsverksamhet. Förvaltningsrätten bedömer att tjänsten i sig inte har till syfte att användas i något forskningsprojekt och inte heller att KB medfinansierar något forskningsprojekt i samband med den upphandlade tjänsten. Endast det skälet att det mest är forskare av något slag som brukar använda sig av mikrofilmerna berättigar inte till undantag från LOU.

Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser förvaltningsrätten att KB inte har visat att annonserat upphandlingsförfarande kan underlåtas. I och med att KB avser att underlåta detta kan Depona komma att lida skada. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV3109/1A LOU).


Maria Dahlberg
Rådman

Helena Boson har föredragit målet.



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. 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 högste 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.